

UDK 343 : ISSN 2217-219X

CRIMEN

ČASOPIS ZA KRIVIČNE NAUKE || JOURNAL FOR CRIMINAL JUSTICE



PRAVNI FAKULTET
UNIVERZITETA U BEOGRADU



Institut za uporedno pravo

BEOGRAD 2017 / BROJ 3 / GODINA VIII

SRPSKO UDRUŽENJE ZA KRIVIČNOPRAVNU
TEORIJU I PRAKSU



INSTITUT ZA KRIMINOLOŠKA I SOCIOLOŠKA
ISTRAŽIVANJA



REVIJA ZA KRIMINOLOGIJU I KRIVIČNO PRAVO

Vol. 55
Br. 2–3

MAJ–DECEMBAR 2017
UDK 343

ISSN 1820-2969

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 Đorđe Ignjatović

Zamenik urednika / Vice editor

prof. dr Igor Vuković

Članovi Redakcije / Editorial board members

dr Jovan Ćirić	prof. dr Goran Ilić
dr Slobodan Vuković	prof. dr Nataša Delić
prof. dr Milan Škulić	prof. dr Zoran Ilić
prof. dr Dorđe Đorđević	Miloš R. Janković

Saradnici / Colaborators

dr Ivan Đokić, sekretar Redakcije
Nikola Vujičić i Jovana Banović (tehnička priprema rukopisa)

dr 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

© 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: Dosije studio, Beograd

Štampa: JP Službeni glasnik

GODIŠNJA PRETPLATA : 600 RSD; pojedinačan broj 300 RSD /
Annual subscription: 20 €

REVIJA ZA KRIMINOLOGIJU I KRIVIČNO PRAVO

br. 2–3/2017

Savet časopisa

Prof. dr Božidar BANOVIĆ – Fakultet bezbednosti Univerziteta u Beogradu, Dr Ivana STEVANOVIĆ – Institut za kriminološka i sociološka istraživanja u Beogradu, Prof. dr Đorđe IGNJATOVIĆ – Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Dr Marina HUGHSON – 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, Milimir GOVEDARICA, Dr Zoran STEVANOVIĆ, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja u Beogradu, Dr Hajdana GLOMAZIĆ – 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 Univerziteta u Kragujevcu, Prof. dr Miodrag SIMOVIĆ – Pravni fakultet Univerziteta u Banja Luci, Prof. dr Vojislav ĐURĐIĆ – Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Dr Danilo NIKOLIĆ – advokat, Niš, Prof. dr Drago RADULOVIĆ – Pravni fakultet Univerziteta u Podgorici, Dr Jovan ĆIRIĆ – sudija Ustavnog suda RS, Dr Sanja ĆOPIĆ – Institut za kriminološka i sociološka istraživanja u Beogradu, Dr Olivera PAVIĆEVIĆ – 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 ovog broja časopisa

Prof. dr Stanko BEJATOVIĆ, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu

Urednik časopisa

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

Sekretar redakcije časopisa

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



Restiguić

CIP – Каталогизacija u publikaciji
Narodna biblioteka Srbije, Beograd
343

CRIMEN : časopis za krivične nauke = Journal
for Criminal Justice / glavni i odgovorni urednik
Zoran Stojanović. – God. 1, br. 1 (2010)– . – Beograd
(Bulevar kralja Aleksandra 67) : Pravni fakultet : Institut
za uporedno pravo, 2010– (Beograd : Dosije). – 24 cm
Dva puta godišnje
ISSN 2217-219X = Crimen (Beograd)
COBISS.SR-ID 174945036

Izdavanje ovog časopisa omogućeno je zahvaljujući sredstvima kojima Ministarstvo prosvete i
nauke Republike Srbije finansira Projekat br. 179051

REČ UREDNIKA

Sedam decenija života profesora Zorana Stojanovića povod je da zajedničkim izdanjem dva renomirana časopisa – jednog, najstarijeg iz oblasti krivičnih nauka na ovim prostorima (*Revija za kriminologiju i krivično pravo*) i drugog, čiji idejni tvorac je upravo Slavljениk (*CRIMEN*) – obeleži ovaj vredan jubilej.

Zadovoljstvo priređivača je utoliko veće što se profesor Stojanović i dalje nalazi u punoj stvaralačkoj snazi zahvaljujući kojoj učestvuje u domaćim i međunarodnim naučnim projektima i nalazi vremena da piše i objavljuje radove u zemlji i inostranstvu. Uz to, on predaje na svom matičnom fakultetu i u Republici Srpskoj, a vrši i funkciju dekana na jednom od pravnih fakulteta u Podgorici.

Očigledno, nije izgubio od svog poslovličnog entuzijazma sa kojim je ranije stižao da obavlja i društvene funkcije (zamenik Gradonačelnika Novog Sada, savezni ministar pravde, predsednik Komiteta za prikupljanje podataka o izvršenim ratnim zločinima i niz drugih) i naučno-stručne poslove, među kojima se posebno izdvaja članstvo i predsedavanje brojnim komisijama za izradu zakona iz krivične oblasti. Slavljениk, naime, s pravom smatra da je pisanje zakona iz svoje materije jedan od najznačajnijih angažmana profesora pozitivno pravnih predmeta. Zahvaljujući tome, on je poslednjih decenija dao odlučujući doprinos razvoju krivičnog zakonodavstva u Srbiji i Crnoj Gori. Sa druge strane, brojna izdanja njegovih udžbenika krivičnog i međunarodnog krivičnog prava (da pomenem samo njih jer impresivna Bibliografija na kraju ovog izdanja govori sama za sebe o bogatstvu tematike kojom se autor bavio) bitno je uticala na razvoj tih grana prava na našim prostorima.

Pri svemu tome, prof. Stojanović je pokazao zavidnu doslednost držeći se načela za koje se zalagao još u svojim prvim radovima. Krivično pravo je, po njegovom mišljenju, krajnje (*ultima ratio*) sredstvo za kojim društvo treba da posegne u kontroli kriminaliteta i ta reakcija mora počivati na osnovnim principima koji oličavaju pravnu državu. Ne odstupajući od njih, Slavljениk se uspešno distancirao od jeftinog samoreklamerstva i izbegao učešće u izradi krivičnih zakona koji (pod izgovorom o vanrednom stanju ili na talasu kod građana indukovanoj osećanja ugroženosti zločinima koji uzbuđuju javnost poput terorizma, organizovanog kriminaliteta, seksualnog viktimizovanja dece i sličnih) polaze od sasvim drugačijeg pristupa – populističkog licitiranja kako da se granice krivične reakcije prošire, a sankcije po svaku cenu pooštre, čak i protiv načela na kojima krivično pravo već vekovima počiva. Zbog toga je za sve nas koji se bavimo krivičnim naukama važan kriterijum za ocenu nekog zakona iz ove materije postalo to da li je profesor Stojanović učestvovao u njegovom pisanju.

Ovom prilikom treba pomenuti i činjenicu da je Slavljениk na pravnim fakultetima u Novom Sadu (gde je već stekao status našeg vodećeg krivičara srednje generacije) i kasnije u Beogradu rukovodio izradom velikog broja magistarskih, master

i doktorskih radova. Kao korisnik Humboltove stipendije koja mu je otvorila vrata brojnih nemačkih univerziteta i odličan poznavalac nemačke krivično pravne literature, on mlađim kolegama preporučuje da uče nemački jezik koji je za krivičare u Evropi od najvećeg značaja (istina, on odlično vlada i italijanskim i engleskim, zahvaljući čemu je stanju da prati i literaturu na tim jezicima).

O ljudskim oslobinama profesora Stojanovića govori i činjenica da je stekao status omiljenog profesora i kolege, rado viđenog učesnika na brojnim naučnim skupovima čija se reč uvažava. U svim prilikama dobronameran i korektan u op-hođenju sa drugima, stekao je veliki broj prijatelja i poštovalaca, o čemu – na svoj način – govori i broj autora koji su se, u relativno kratkom vremenu, odazvali pozivu da svojim radovima obogate ovo zajedničko izdanje CRIMEN-a i Revije za kriminologiju i krivično pravo.

Nadam se da sa drugim ko-urednikom ovog izdanja (profesorom Stankom Bejatovićem) delim osećanje časti što smo imali priliku da učestvujemo u njegovom pripremanju. U tome su nam pomogle i brojne koleginice i kolege koje su se angažovale u ovom projektu.

Ostaje mi da poželim Slavljenu još mnogo godina uspešnog rada i da ga podsetim na jedan dug koji ima prema našoj naučnoj zajednici – od njega očekujemo da uskoro krivičnu literaturu obogati delom koje odavno nedostaje: *Filozofija krivičnog prava* koja bi mogla da bude kruna njegove karijere. Sa druge strane, njegov naučni put neka posluži mlađima kao nauk da će se zahvaljujući vrednom radu i veri u sebe na kraju naći na mestu koje im pripada.

u Beogradu,
decembra 2017.

Đorđe Ignjatović

CRIMEN

ČASOPIS ZA KRIVIČNE NAUKE || JOURNAL FOR CRIMINAL JUSTICE

(VIII) 3/2017 str. 207–583

REVIJA ZA KRIMINOLOGIJU I KRIVIČNO PRAVO

br. 2–3/2017

SADRŽAJ

Claus Roxin

NORMATIVE ANSPRECHBARKEIT ALS SCHULDKRITERIUM. 215

Kristian Kühn

STRAFRECHT UND MORAL – TRENNENDES UND VERBINDENDES. 230

Dulce M. Santana Vega

THE FIGHT AGAINST CORRUPTION IN EUROPE:
LIGHTS AND SHADOWS. 242

Miodrag N. Simović

USTAVNI SUD BOSNE I HERCEGOVINE: POSTIGNUĆA
I PERSPEKTIVE 268

Drago Radulović

NAČELO OPORTUNITETA KRIVIČNOG GONJENJA U
KRIVIČNOPROCESNOM ZAKONODAVSTVU CRNE GORE. 290

Vid Jakulin

KRIVIČNA DELA PROTIV BRAKA, PORODICE I DECE U
KRIVIČNOM ZAKONIKU REPUBLIKE SLOVENIJE. 305

Stanko Bejatović

MERE BEZBEDNOSTI MEDICINSKOG KARAKTERA
(KRIVIČNOPRAVNI ASPEKT) 315

Dorđe Ignjatović

KRIMINALNO POLITIČKE IDEJE U RADOVIMA PROFESORA
ZORANA STOJANOVIĆA 340

Snežana Soković

SPORNA PITANJA IZRICANJA MERA BEZBEDNOSTI
MEDICINSKOG KARAKTERA 356

Ivana Simović Hiber

KONTEKSTUALIZACIJA OSNOVNIH POJMOVA U IZUČAVANJU
I NORMIRANJU KRIMINALITETA 373

Milan Škulić

KRIVIČNO DELO SILOVANJA U KRIVIČNOM PRAVU SRBIJE –
AKTUELNE IZMENE, NEKA SPORNA PITANJA I MOGUĆE BUDUĆE
MODIFIKACIJE. 393

Dragana Kolarić

REFORMSKI PROCESI I KRIVIČNO MATERIJALNO
ZAKONODAVSTVO SRBIJE. 442

Tatjana Bugarski

ZAJEDNIČKI ISTRAŽNI TIMOVI KAO INSTRUMENT PREKOGRANIČNE
SARADNJE U KRIVIČNIM STVARIMA 461

Branislav Ristivojević

KADA ZDRAVSTVENA POSTANE KRIMINALNA POLITIKA:
OBAVEZNA VAKCINACIJA U ODLUCI USTAVNOG SUDA RS. 483

Igor Vuković

MATERIJALNI POJAM KRIVICE IZ UGLA KRIVIČNOG PRAVA 501

Vanja Bajović

ZLOUPOTREBA OPOJNIH DROGA I LEGITIMNOST
KRIVIČNOPRAVNE ZAŠTITE 517

Ivan Đokić

KRIMINALNOPOLITIČKA OPRAVDANOST INKRIMINISANJA
POLNOG UZNEMIRAVANJA U REPUBLICI SRBIJI 539

Veljko Delibašić

PRIKAZIVANJE, PRIBAVLJANJE I POSEDOVANJE PORNOGRAFSKOG
MATERIJALA I ISKORIŠĆAVANJE MALOLETNOG LICA
ZA PORNOGRAFIJU 559

BIBLIOGRAFIJA RADOVA PROF. ZORANA STOJANOVIĆA. 571

Claus Roxin*

Juristische Fakultät, LMU München

NORMATIVE ANSPRECHBARKEIT ALS SCHULDKRITERIUM

Zusammenfassung: Ich vertrete seit Langem die Auffassung, dass Freiheit und Schuld des Täters bejaht werden können, wenn er im Zeitpunkt der Tat „normativ ansprechbar“ war. In meinem Lehrbuch¹ wird in der Überschrift des betreffenden Abschnitts die „Schuld als unrechtes Handeln trotz normativer Ansprechbarkeit“ bezeichnet. Die Frage, ob Schuld überhaupt möglich und wie sie ggf. zu verstehen sei, hat durch die neuere Hirnforschung, die das Bestehen einer menschlichen Willensfreiheit zum guten Teil leugnet, besondere Aktualität erlangt. Eine unübersehbare Vielzahl von Stellungnahmen und Aufsätzen hat sich in den letzten Jahren mit diesem Problem beschäftigt. Deren Studium hat mich zu der Überzeugung gebracht, dass der Standpunkt einer großen Mehrheit von Autoren sich auf eine gemeinsame Annahme zurückführen lässt: Danach ist für eine Verantwortlichkeit des Täters seine normative Ansprechbarkeit bei Begehung der Tat notwendig, aber auch ausreichend. Das soll im Folgenden näher dargelegt werden, weil es die Strafrechtsdogmatik von scheinbar unentwirrbaren Streitigkeiten entlasten und einer gemeinsamen Grundlage näherführen kann. Ich beschränke mich dabei auf Spezialabhandlungen und ausführliche Einlassungen zum Thema.

Schlüsselwörter: Normative Ansprechbarkeit, Berechtigung, Schuld, Freiheit, Einwand.

WAS BEDEUTET „NORMATIVE ANSPRECHBARKEIT“?

Mit „normativer Ansprechbarkeit“ ist gemeint, „dass die Schuld eines Täters zu bejahen ist, wenn er bei der Tat seiner geistigen und seelischen Verfassung nach für den Anruf der Norm disponiert war“.² Eine solche Disposition fehlt, wenn die Norm im Bewusstsein des Täters nicht wirksam werden kann, sei es wegen seines kindlichen Alters, sei es wegen eines unvermeidbaren Verbotsirrtums oder wegen der in § 20 StGB beschriebenen mentalen Defizite.

Wenn der Täter im geschilderten Sinne normativ ansprechbar war, also über die Kenntnisse und Fähigkeiten eines geistig gesunden strafmündigen Menschen verfügte, wird seine Tat als schuldhaft beurteilt. Die Bejahung einer Handlungsfreiheit und Schuld in solchen Fällen ist eine aus den Grundlagen der Rechtsordnung abzuleitende „normative Setzung“, d. h. eine Zuschreibung, die eine Willensfreiheit

* Profesor emeritus, claus@roxin.de

1 C. Roxin /2006/: *Strafrecht*, Allgemeiner Teil I, 4. Aufl., § 19 Rn 36 ff.

2 C. Roxin: (Fn 1), § 19 Rn 36.

im natuwissenschaftlichen Sinne nicht ausschließt, aber bei der Tat normativ ansprechbaren Menschen als frei, auch wenn diese Freiheit im empirisch-neurologischen Sinne nicht beweisbar ist. Denn die Behandlungsmaßstäbe des Rechts beruhen auf juristischen Vorgaben. Unter naturwissenschaftlichen Aspekten ist das ein agnostischer Schuldbegriff, der das Strafrecht von den neurologischen Befunden der Hirnforschung³ unabhängig macht.

Das Kriterium der „normativen Ansprechbarkeit“ steht in der Tradition *Franz von Liszts*, der die Zurechnungsfähigkeit als „normale Bestimmbarkeit durch Motive“ kennzeichnete.⁴ Der Begriff der normativen Ansprechbarkeit erfasst aber weitgehend den Gesamtbereich der Schuld Voraussetzungen und konkretisiert diese i. S. einer Bestimmbarkeit durch Normen. Er ist schon 1966 (von mir) von *Peter Noll*⁵ verwendet worden, ist aber erst sehr viel später in das Zentrum der Schulddiskussion gerückt.

Der Begriff hat in den letzten Jahren eine gründliche Ausarbeitung durch *Reinhard Merkel*⁶ erfahren. Er führt die normative Ansprechbarkeit auf die beiden konstitutiven Elemente der „Rezeptivität“ und der „Reaktivität“ zurück.⁷ „Der Handelnde muss zunächst rezeptiv (sensitiv) für den Sinn des Normbefehls unter den konkreten Umständen der Handlungssituation sein“. Neben der Rezeptivität muss aber auch eine hinreichende Reaktivität vorliegen. „Ansprechbar... ist man ... nicht schon dann, wenn man versteht, dass und womit man angesprochen wird, sondern erst dann, wenn man grundsätzlich auch in der Lage ist, auf diese „Ansprache“ adäquat zu reagieren“. Der Täter muss also „über ein bestimmtes Maß an Fähigkeit zu richtiger Reaktion auf den Normbefehl“ verfügen. Das alles wird dann von *Merkel* im Einzelnen ausgeführt.

Aus alledem ergibt sich ein empirisch-normativer Schuldbegriff. Empirisch feststellbar sind die Voraussetzungen der normativen Ansprechbarkeit. Dass der normativ ansprechbare Täter bei seinem unrechten Verhalten verantwortlich, frei und schuldhaft handelt, ist eine normative Setzung, deren Gültigkeit unabhängig davon ist, ob sie sich naturwissenschaftlich bestätigen lässt: Jedenfalls wird der in der Tatsituation normativ ansprechbare Mensch vom Recht als frei und schuldfähig behandelt. Diese Konzeption bedarf natürlich, wenn sie überzeugen soll, einer näheren Begründung. Für sie sprechen nach meiner Auffassung mindestens sechs Argumente, die ich nachfolgend in aller gebotenen Kürze zusammenfasse.

1. Jede gesellschaftliche Ordnung beruht auf Rechten und Pflichten. Dies setzt voraus, dass der Einzelne für die Einhaltung seiner Pflichten verantwortlich gemacht wird. Wenn niemand für die Einhaltung von Pflichten verantwortlich gemacht werden könnte, wäre eine rechtliche Verfassung des Gemeinwesens unmöglich.

2. Der normale Bürger beteiligt sich an gesellschaftlichen Aktivitäten in der Vorstellung, dass er und seine Mitmenschen ihr Leben innerhalb gewisser Grenzen

3 Dazu C. Roxin: (Fn 1), § 19 Rn 43 ff.

4 Von Liszt /1905/: *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, Bd. 2, pp. 43, 85, 219.

5 Noll, FS H. Mayer /1966/: p. 219 ff.

6 Merkel /2011/: FS Roxin II, p. 737 ff.

7 Merkel, FS Roxin II: p. 754–757 (Zitate S. 754, 756).

frei gestalten können. Leben im Bewusstsein der Freiheit ist daher eine vom neuronalen Befund unabhängige soziale Realität. Das Recht muss daher die Möglichkeit von Freiheit und Schuld anerkennen, wenn es auf die soziale Realität wirken will.

3. Der Strafzweck der Generalprävention kann nicht allein auf die determinierende Wirkung der Abschreckungs- und Bestrafungsfurcht vertrauen (die beim Fehlen einer konkreten Entdeckungsgefahr ohnehin leerlaufen würde). Der heute im Vordergrund stehende Zweck der positiven Generalprävention beruht auf dem Gedanken, dass der Gesetzgeber den Bürgern das Strafrecht als einen Komplex sicherheitsgewährender Regelungen nahebringen und sie auf diese Weise dazu motivieren soll, sich aus Überzeugung und freiem Entschluss zu rechtstreuem Verhalten zu bekennen. Das setzt die Zubilligung von Freiheit und Schuldfähigkeit voraus.

4. Auch spezialpräventive Erfolge kann das Strafrecht nur erzielen, wenn der Delinquent sich – nach seinem Selbstverständnis – in freier Entscheidung zu einer legalen Lebensführung entschließt. Der von mir mitverfasste „Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches Allgemeiner Teil“ (1966) hatte deshalb in § 37 Abs. 2 Satz 1 ausdrücklich bestimmt: „Im Vollzug ist der Verurteilte auf seine Selbstverantwortung anzusprechen“.⁸ In der Begründung⁹ heißt es dazu, an eine Resozialisierung sei nur zu denken, wenn der Verurteilte bereit sei, „Verantwortung für sich selbst zu übernehmen und an sich zu arbeiten“.

In der Tat wird man schwerlich das „Vollzugsziel“ des geltenden Strafvollzugsgesetzes (§ 2 Satz 1), wonach der Gefangene im Vollzug der Freiheitsstrafe „fähig werden“ soll, „künftig in sozialer Verantwortung ein Leben ohne Straftaten zu führen“, erreichen können, wenn man ihm sagen würde, er sei für seine Taten nicht verantwortlich, weil sein Verhalten einer von seiner freien Entscheidung unabhängigen Determination unterliege.

5. Die Annahme, dass ein normativ ansprechbarer Täter frei und schuldhaft handeln könne, ist auch deshalb kriminalpolitisch geboten, weil sie dem Täter Schutz gegen eine unbegrenzte Eingriffsgewalt des Staates bietet. Er darf niemals ohne Schuld und nicht über das Maß der Schuld hinaus bestraft werden. Das setzt die Möglichkeit schuldhaften Handelns voraus.

Der täterbegünstigende Effekt des Schuldstrafrechts wird allerdings von einigen Autoren bestritten. So wird gegen dieses von mir seit längerem vorgetragene Argument von *Kindhäuser*¹⁰ eingewandt: „Aber was ist an der Unterstellung von Schuldfähigkeit vorteilhaft? ... Die Zuschreibung von Schuldfähigkeit belastet den Täter; sie ist ja Voraussetzung seiner Bestrafung“.

Und *Hörnle*¹¹ sagt: „Natürlich kann man Schuld zuschreiben..., aber kann man Gründe angeben, die dies rechtfertigen? Über dieses Problem geht etwa Claus Roxin zu schnell hinweg. Er zieht eine Parallele zwischen Gleichheitsfiktion und Freiheitsfiktion. So, wie man Menschen, die faktisch nicht gleich sind, als gleich behandeln

8 P. 75 des Entwurfs.

9 Dieser Satz findet sich auch im Alternativ-Entwurf eines Strafvollzugsgesetzes von 1973 (§ 4 Abs. 1 Satz 2).

10 *Kindhäuser* /2010/: FS Hassemer, p. 761 ff. (773).

11 *Hörnle* /2013/: *Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf*, p. 41.

müsse, so müsse man sie auch als frei behandeln. Hier wird nicht gewürdigt, dass die Fiktion von Gleichheit sich in der Regel zugunsten derjenigen auswirkt, die sich darauf berufen. Die Fiktion von Freiheit zur Zuschreibung strafrechtlicher Schuld wirkt sich dagegen (mit sehr erheblichen Folgen) zu Lasten des Betroffenen aus“.

Diese Kritik verkennt,¹² dass die Alternative zum Schuldstrafrecht ja nicht darin besteht, den Täter unbehelligt zu lassen. Der Verzicht auf die Schuldstrafe würde vielmehr zum Einsatz von weniger begrenzten Sicherungsmaßnahmen führen. *Frisch*¹³ hat daher vor Kurzem mit Recht wieder „das Schuldstrafrecht als ein die Freiheiten des Täters mehr schonendes Strafrecht“ allen anderen Lösungen vorgezogen.

6. Schließlich hat der hier vorgeschlagene Schuldbegriff den Vorteil, dass er auch mit einem indeterministischen Standpunkt vereinbar ist, demzufolge ein normativ ansprechbarer Mensch imstande ist, durch eine auf rationalen Gründen beruhende Abwägung autonome, allein auf seinem freien Willen beruhende kausalgestaltende Entscheidungen zu treffen. Wenn man einen Schuldbegriff bilden will, der für alle Parteien annehmbar ist, sollte man die Möglichkeit einer indeterministischen Lösung einschließen. Auch dies leistet der hier befürwortete agnostische Schuldbegriff.

Ich denke, die sechs von mir vorgetragenen Gesichtspunkte liefern die von *Hörnle* eingeforderten Gründe, die eine Zuschreibung von Freiheit und Schuld bei normativ ansprechbaren Tätern rechtfertigen.

1. ZUR KONSENSFÄHIGKEIT DER VORGESCHLAGENEN LÖSUNG

„Viel Zustimmung hat ein Ansatz Roxins erfahren“, schreibt *Weißer*¹⁴, „der die Schuldfähigkeit an das Kriterium der normativen Ansprechbarkeit des Täters knüpft“. Das ist gerade für die Entwicklung der letzten Jahre zutreffend. Was mich aber am meisten zu der Hoffnung berechtigt, dass sich die h. M. auf dieses Schuldverständnis einigen könnte, ist der Umstand, dass neben den dezidierten Anhängern dieser Auffassung (1.) auch viele andere Autoren, die abweichende Kriterien oder Deutungen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit in den Vordergrund rücken, zu denselben oder ganz ähnlichen Ergebnissen kommen. Das gilt für Anhänger sachlich entsprechender Konzeptionen (2.), aber auch für Stimmen, die das Kriterium der normativen Ansprechbarkeit missverstehen und trotzdem substanziell vergleichbare Lösungen erzielen (3.). Es gilt aber sogar für die gegenwärtig radikalsten Vorschläge, die, wie es *Herzberg* (4.) vertritt, auf die Zuschreibung von Freiheit, oder, wie es der Auffassung von *Hörnle* (5.) entspricht, auf eine Schuld der Täters als Sanktionsvoraussetzung ganz verzichten wollen.

12 Vgl. zu ähnlichen Einwendungen, die *Schünemann* schon vor mehr als 25 Jahren vorgebracht hat, *Roxin* (Fn 1), § 19 Rn 49 Fn 113.

13 *Frisch*, FS Kühl /2014/: p. 187 ff. (205 f.).

14 *Weißer* GA 2013, p. 34.

1.1. Übereinstimmende Autoren

Aus den letzten zehn Jahren, auf die ich mich hier beschränke,¹⁵ sind als Autoren mit ausführlicher eigenständiger Begründung¹⁶ *Hoyer*¹⁷, *Merkel*¹⁸, *Schöch*¹⁹ und *Schroth*²⁰ zu nennen. *Hoyer*²¹ sieht freilich eine „Schwäche“ der von mir befürworteten Schuldkonzeption darin, „dass einem deterministischen Weltbild gemäß jeder Täter sich gerade durch sein rechtswidriges Verhalten nachträglich als unansprechbar erweist und deshalb auf der Grundlage von Roxins gemischt empirisch-normativen Schuldbegriff eigentlich nicht bestraft werden dürfte“. Er löst das Problem dadurch, dass er stattdessen auf die „ex-ante-Sicht... eines sachverständigen Beurteilers zu dem Zeitpunkt“ abstellt, „zu dem die Norm den Täter spätestens hätte ansprechen müssen“.

Das führt zum richtigen Ergebnis, wird aber meiner Intention nicht ganz gerecht. Denn danach bedeutet „normative Ansprechbarkeit“ nicht, dass der Täter der „Ansprache“ folgen, d. h. dem Normbefehl gehorchen muss. Es genügt die Disposition zur Befolgung der Norm, die auch derjenige hat, der sich über sie hinwegsetzt, obwohl er die Kenntnisse und Fähigkeiten besaß, die für ein rechtmäßiges Verhalten erforderlich sind. Die Annahme, dass Schuldfähigkeit nur rechtmäßig handelnden Tätern zukommt, würde ja auch ein Schuldstrafrecht unmöglich machen. Die ex-ante-Sicht hat freilich insofern ihre Berechtigung, als die Disposition zur Befolgung der Norm vor der Tatbegehung und zu ihrem Zeitpunkt bestehen muss. Die Ausführung der Straftat ändert an dieser Disposition nichts.

*Schöch*²² sagt: „Roxins empirisch-normativer Schuldbegriff ist die strafrechtlich konsequenteste normative Konzeption, die kein Bekenntnis zum Indeterminismus fordert und gleichwohl an der individuellen Verantwortlichkeit des Täters im Regelfall festhält“. „Problematisch“ findet er²³ aber, „dass nach dieser Konzeption anthropologisch so zentrale Begriffe wie Freiheit, Entscheidung und Gewissen bei der strafrechtlichen Schuld keine Rolle mehr spielen sollen. Danach ist Schuld nur noch ein normatives Konstrukt, bei dem es auf das subjektive Erleben der Menschen nicht mehr ankommt“. Er plädiert daher²⁴ für eine „Kombination von normativer Ansprechbarkeit und subjektiver Freiheit“.

Schöch hat in der Sache durchaus recht. Aber er übersieht, dass ich zur Begründung des Kriteriums der normativen Ansprechbarkeit in vielfältiger Hinsicht auf das individuelle und gesellschaftliche Freiheitsbewusstsein zurückgegriffen habe (oben I. 2, 3, 4.). Die nachfolgende Beschäftigung mit der Lehre *Burkhardts* (II. 2. a) macht das noch deutlicher. Das Freiheitsbewusstsein ist also schon ein wessenli-

15 Über zustimmende Äußerungen in der älteren Literatur vgl. *Roxin* (Fn 1), § 19 Rn 41 Fn 100.

16 In alphabetischer Reihenfolge.

17 *Hoyer*, FS Roxin II, p. 727 ff. (731 ff.).

18 *Merkel*, FS Roxin II, p. 732 ff. (752 ff.).

19 LK-*Schöch*, 12. Aufl. 2007, § 20 Rn 21.

20 *Schroth*, FS Roxin II, p. 705 ff. (718).

21 *Hoyer*, FS Roxin II, p. 731.

22 LK-*Schöch* (Fn 19), § 20 Rn 21.

23 LK-*Schöch* (Fn 19), § 20 Rn 22.

24 LK-*Schöch* (Fn 19), § 20 Rn 24.

ches Begründungselement der normativen Ansprechbarkeit und muss ihr nicht erst hinzugefügt werden.

2. ENTSPRECHENDE LÖSUNGSANSÄTZE²⁵

a) Burkhardt

Burkhardt stützt bekanntlich seinen Schuldbegriff auf das menschliche Freiheitserleben. In seiner letzten Veröffentlichung zum Thema²⁶ sagt er: „Nur Handlungen, die im Bewusstsein des Anderskönnens vollzogen werden, sind beeinflussbar durch soziale Konsequenzen. Hier zeigt sich ein Zusammenhang mit Auffassungen, die in der >Motivierbarkeit durch Normen< oder in der >normativen Ansprechbarkeit< das maßgebliche Schuldkriterium sehen. Wer eine Tat im Bewusstsein des Andershandelkönnens vollzieht, der ist (von pathologischen Fällen abgesehen) qua Freiheitserlebnis normativ ansprechbar“.

Das alleinige Abstellen auf das individuelle Freiheitsbewusstsein ist zwar einseitig, und die Charakterisierung fehlender normativer Ansprechbarkeit als „pathologischer Fälle“ zu eng und reichlich pauschal. Dennoch ist leicht ersichtlich, dass *Burkhardt*s Überlegungen durch die Gründe, die ich oben (I.) für meine Auffassung angeführt habe, abgedeckt werden, so dass also *Burkhardt* trotz etwas anderer Schwerpunktsetzung zu den Vertretern der von mir propagierten Auffassung gezählt werden kann.

b) Frisch

*Frisch*²⁷ spricht von der Schuld als der „Fähigkeit zu richtigem Entscheiden die sich die am Rechtsdiskurs Beteiligten (bei Erfüllung gewisser Voraussetzungen und Nichtvorliegen gewisser feststellbarer Defizite) selbst gegenseitig zuschreiben...“ Es handele sich nicht um „eine empirisch nachgewiesene Willensfreiheit“, sondern von vornherein nur um „eine auf Selbsterfahrung gegründete zugeschriebene Fähigkeit“. Er verweist in diesem Zusammenhang u. a. auf den von mir verwendeten Begriff der „normativen Setzung“ als „letztlich übereinstimmend“,²⁸ kann also im Ergebnis der hier vertretenen Ansicht zugeordnet werden. Denn die von ihm als zuschreibungsrelevant genannten „Voraussetzungen“ und fehlenden „Defizite“ beziehen sich auf die Kriterien normativer Ansprechbarkeit.

c) Hillenkamp und Jäger

*Hillenkamp*²⁹ sagt: „Dass es Willensfreiheit nicht gibt, ist nicht erwiesen, dass es sie gibt, freilich ebenfalls nicht“. Er erklärt dann, wie auch von diesem agnostischen

25 Auch hier werden die Autoren in alphabetischer Reihenfolge angeführt.

26 Burkhardt, FS Maiwald /2010/: p. 79 ff. (89/90). Nicht mehr berücksichtigt werden konnte *Burkhardt*, Freundschaftshabe für Albin Eser zum 80. Geburtstag, 2015, p. 313 ff.

27 *Frisch*, FS Kühl, p. 187 ff. (211).

28 *Frisch*, FS Kühl, p. 211 Fn 100.

29 Hillenkamp JZ 2005, 313 ff. Der Beitrag stellt die Auffassung der ein Schuldstrafrecht ablehnenden Hirnforscher sehr anschaulich dar.

Standpunkt aus „Entscheidungs- und Handlungsfreiheit“ zugebilligt und „persönliche Verantwortlichkeit“ zugeschrieben werden kann. „Das Anders-Handeln-Können wird zur normativen Setzung“. Hillenkamp³⁰ teilt diese Auffassung, hält es allerdings „für falsch“, von der Verantwortlichkeit eines Täters mit normalen Kenntnissen und Fähigkeiten auch dann noch auszugehen, „wenn sich die These der Hirnforscher als wahr, ja als beweisbar erwiese“. „An eine Illusion kann das Strafrecht nicht knüpfen... Das Strafrecht baute auf Lüge, ein Menschenbild wäre gefälscht“.

In ähnlicher Weise geht Jäger³¹ davon aus, „dass dem Menschen, soweit er bei Bewusstsein und geistig gesund ist, vom Gesetz die Fähigkeit zur freien Willensbestimmung schlicht zugeschrieben wird“. Dies sei berechtigt,³² „solange die moderne Hirnforschung eine absolute Determiniertheit des menschlichen Handlungsvollzuges aufgrund neuronaler Vorgänge im Gehirn... nicht nachweisen kann“. Beim Beweis einer vollständigen „Determiniertheit des Handlungsvollzuges“ sei eine Zuschreibung von Schuld und Verantwortung dagegen nicht möglich. Das gelte „auch für den Schuldbegriff Roxins, der... in der Schuld >unrechtes Handeln trotz normativer Ansprechbarkeit< sieht, bei der der Täter >als frei behandelt wird<. Vor dem Hintergrund eines beweisbaren absoluten Determinismus wäre diese Schuldposition nicht mehr haltbar, da sich erwiesene Unfreiheit und fingierte Freiheit gegenseitig ausschließen“.

Da beide Autoren auf der Grundlage eines agnostischen Standpunktes mit der hier vertretenen Auffassung mindestens im Ergebnis übereinstimmen, kann man sie ebenfalls zu den Vertretern eines auf die normative Ansprechbarkeit gegründeten Schuldbegriffs zählen. Ihre Auffassung, dass im Falle einer neurologisch erwiesenen Willensunfreiheit auch bei normativ ansprechbaren Menschen auf die Zuschreibung von Freiheit und Verantwortung verzichtet werden müsse, teile ich jedoch nicht. Sie ist zunächst widersprüchlich. Denn wenn es für die Aufrechterhaltung eines Schuldfreirechts auf das Bestehen der Willensfreiheit nicht ankommt, kann deren Nichtbestehen logischerweise ein solches Strafrecht nicht unmöglich machen. Das hat auch gute Gründe. Denn ein neurologischer Freiheitsbegriff liegt auf einer ganz anderen Ebene als die Zuschreibung von Freiheit in der sozialen Kommunikation. Eine neurologische Determiniertheit schließt daher die Zubilligung einer autonomen Entscheidungsmöglichkeit und eine daraus folgende Verantwortlichkeit bei der gebotenen Orientierung an der sozialen Realität nicht aus, wenn die Kriterien der normativen Ansprechbarkeit beim Handelnden vorliegen.

d) Kindhäuser

Kindhäuser³³ plädiert dafür, „strafrechtliche Schuld nach Maßgabe der jedem Bürger zukommenden Autonomie zu bestimmen“. Der Einzelne sei zugleich Normautor (durch Wahlen und Meinungsäußerungen) und Normadressat.³⁴ Aus dieser

30 Hillenkamp JZ 2005, p. 320.

31 Jäger GA 2013, p. 3 ff. (10).

32 Jäger GA 2013, p. 11.

33 Kindhäuser, FS Hassemer, p. 761 ff. (774).

34 Kindhäuser, FS Hassemer, p. 762.

Doppelrolle will *Kindhäuser* „Schuld und Schuldfähigkeit im Strafrecht näher bestimmen“. „Wer die Fähigkeit beanspruchen kann, zu Normen begründet Stellung zu nehmen, hat auch für die Fähigkeit einzustehen, Normen zu befolgen“.³⁵ Strafrechtliche Schuld beruhe auf einer „Zuschreibung“ und sei „auf eine soziale Praxis bezogen, die in hohem Maße auf normativen Unterstellungen beruht“. Die Frage nach der Willensfreiheit sei zwar sinnvoll, habe aber „mit der Bedeutung von Freiheit im Kontext sozialer Verantwortungszuschreibung nichts zu tun“.³⁶

Das ist, wenn man die postulierte – sehr abstrakte – „Autonomie“ von einer hinreichenden Rezeptivität und Reaktivität im dargelegten Sinne abhängig macht, mit der hier vertretenen Auffassung vollkommen vereinbar. Denn wer unter solchen Voraussetzungen als Normautor und Normadressat gesellschaftlich agiert, ist „normativ ansprechbar“.

e) *Krauβ*

*Krauβ*³⁷ leitet den strafrechtlichen Schuldbegriff aus den Gegebenheiten sprachlicher Kommunikation ab.³⁸ Recht begreife „den Menschen und seine Ordnungsvorstellungen zwangsläufig (!) so, wie sie sprachlich angelegt sind. Sprache... setzt den Menschen als ein im Erfahrungsbereich persönlicher Handlungskompetenz >freies< Wesen voraus“. Das führt ihn zu dem Ergebnis:³⁹ „Das Schuldurteil als gesellschaftliche Zuschreibung von Verantwortung ist in sich stimmig, wenn festgestellt wird, dass der Täter in der Tatsituation hinter seinen (!) objektiv feststellbaren Orientierungs- und Handlungsgewohnheiten zurückgeblieben ist“.

Das entspricht genau den Anforderungen der von *Krauβ* nicht ausdrücklich in Bezug genommenen „normativen Ansprechbarkeit“. Der Rückgriff auf die sprachlichen Vorgaben ist nicht falsch. Aber die Sprache drückt ja nur die soziale Realität aus, deren Kommunikationskriterien auch ein Element des hier vertretenen Schuldbegriffs bilden.

f) *Streng*

*Streng*⁴⁰ schließlich lässt noch einmal die ganze moderne Schulddiskussion Revue passieren. Danach gilt i. S. der herrschenden Straftheorie „als >frei< derjenige Bürger, der angesichts ungestörter (oder nicht wesentlich gestörter) Entscheidungsstruktur als abwägungsfähig und daher durch Normen motivierbar erscheint; es wird von ihm erwartet, dass er die gesellschaftlichen Anforderungen erfüllt, und es werden ihm seine Entscheidungen von den Mitbürgern als von ihm zu verantwortende zugerechnet“.

35 *Kindhäuser*, FS Hassemer, p. 762.

36 *Kindhäuser*, FS Hassemer, p. 765.

37 *Krauβ*, FS Jung, 2007, p. 411 ff. (429).

38 Ähnlich schon früher *Schünemann*; dazu *Roxin* (Fn 1), § 19 Rn 40 und 42 mit Nachweisen in Fn 97, 102.

39 *Krauβ*, FS Jung, p. 427.

40 *Streng*, FS Jakobs, 2007, p. 675 ff. (685 f.).

Wenn *Streng* daraufhin zu dem Ergebnis kommt,⁴¹ dass es als „höchst sinnvoll“ erscheine, „ein gesellschaftliches Verantwortungsprinzip aufrechtzuerhalten, das mit dem Begriff der Schuld angesprochen wird“, so muss das als Zustimmung zu der hier vertretenen Auffassung verstanden werden, zumal da *Streng* „auf eine vom Freiheitsbewusstsein umfasste Handlungsfreiheit oder Steuerungsfähigkeit und nicht auf eine Willensfreiheit im eigentlichen Sinne“ abstellt.

3. MISSVERSTÄNDNISSE BEI SUBSTANZIELL VERGLEICHBAREN LÖSUNGEN

a) *Weißer*

*Bettina Weißer*⁴² meint, das Konzept der normativen Ansprechbarkeit könne den „Zweifel, den neurowissenschaftliche Befunde an der Grundannahme menschlicher Steuerungsfähigkeit wecken, nicht gänzlich zerstreuen. Wenn es stimmt, dass eine psychische Steuerungsmöglichkeit des Menschen angesichts der neuronalen Disposition seines Handelns nicht existiert, dann muss das letztlich auch zum Entfallen einer normativen Ansprechbarkeit führen“. Eine Alternative sieht sie darin,⁴³ „die Prämisse des § 20 StGB als prinzipielle normative Zuschreibung von Verantwortlichkeit an den erwachsenen und seelisch gesunden Menschen zu verstehen“.

Es kann aber nicht die menschliche Steuerungsfähigkeit, sondern nur der Umstand bestritten werden, dass sie auf einem freien Willen beruht. Dies aber lässt auch die Lehre von der normativen Ansprechbarkeit dahingestellt. Wenn diese Lehre sich auf ein empirisches Fundament stützt – hinreichendes Alter, Fehlen schwerer mentaler Defizite, Möglichkeit zur Erlangung der Unrechtskenntnis –, so kann doch auch *Weißer*, obwohl sie eine „gänzlich normative Grundprämisse menschlicher Verantwortlichkeit“ in Anspruch nimmt, nicht umhin in freilich sehr vager Form ebenfalls eine Disposition zur Normbefolgung vorauszusetzen, indem sie Verantwortlichkeit nur einem „Erwachsenen und seelisch gesunden Menschen“ zuschreibt. Nichts anderes tut, in etwas präziserer Form, die Lehre von der normativen Ansprechbarkeit. Die Abweichung *Weißers* von ihr ist also nur scheinbarer Art.

b) *Frister*

Frister stützt seine Kritik am Kriterium der normativen Ansprechbarkeit auf eine Bemerkung von *Merkel*⁴⁴, wonach „die Disposition, in bestimmten Situationen... normadäquat zu reagieren „ (also die normative Ansprechbarkeit) auch bei unrechtmäßigem Verhalten des Täters bestehen könne, „wie allerlei sonstige Situationen seines bisherigen Lebens hinreichend deutlich machen“. Er hält dem

41 *Streng*, FS Jakobs, p. 687.

42 *Weißer* GA 2013, 26 ff. (35).

43 Hier und im Folgenden *Weißer* GA 2013, p. 36.

44 *Merkel*, FS Roxin II, p. 753 f.

entgegen:⁴⁵ „Die Eigenschaft... eine solche Norm nicht nur im Einzelfall, sondern bei jeder sich im Leben bietenden Gelegenheit zu missachten, ist ganz eindeutig kein hinreichender Grund, einem Menschen den normalen Zustand geistiger Gesundheit abzuspochen. An anderer Stelle⁴⁶ fügt er dem hinzu, sonst müsse „jeder hartnäckige Überzeugungstäter, der sich durch die von ihm abgelehnte Norm nicht motivieren lässt, ... als nicht schuldfähig definiert werden“.

Aber das beruht auf einer Überinterpretation der Äußerung *Merkels*. Gewiss kann man die Fähigkeit zu normadäquatem Verhalten, wie *Merkel* mit Recht sagt, häufig aus seinem rechtmäßigen Benehmen in vergleichbaren anderen Situationen folgern. Doch ist das natürlich nicht der einzige Grund für die Feststellung normativer Ansprechbarkeit. Auch wer zum ersten Mal vor der Situation steht, in der er sich strafbar verhält, wird als schuldhaft handelnd beurteilt, wenn er das Verbot kannte (oder auch nur kennen konnte) und keiner schweren Beeinträchtigung seiner Dispositionsfähigkeit ausgesetzt war. Und wer sich als Überzeugungstäter bei gesundem Verstand über ein Verbot hinwegsetzt, zu dem spricht die Norm, auch wenn er auf sie nicht hört!

*Frister*⁴⁷ beurteilt demgegenüber Schuld als Fähigkeit, „sich auf verständige Art und Weise für oder gegen die Beachtung der Norm zu entscheiden... Wenn der für den Täter erreichbare Entscheidungsprozess... grundlegend gestört oder so undifferenziert ist, dass er mit dem Entscheidungsprozess eines normalen Erwachsenen nicht mehr vergleichbar ist, liegt Schuldunfähigkeit vor“.

Mir ist zweifelhaft, ob das glückliche Formulierung sind. Denn die Fähigkeit, „sich... für oder gegen die Beachtung der Norm zu entscheiden“, deutet auf eine Willensfreiheit, die *Frister* gerade nicht zur Voraussetzung der Schuld machen will. Denn er plädiert⁴⁸ für eine „konsequent agnostische, weder explizit noch implizit auf ein Andershandelnkönnen Bezug nehmende Begriffsbestimmung der Schuldfähigkeit“. Auch scheint mir die Fähigkeit, „sich auf verständige Art und Weise“ zu entscheiden, keine sehr passende Kennzeichnung für die Schuld des Straftäters zu sein. Denn viele Straftaten beruhen auf einer sehr unverständigen Entscheidung. Abgesehen davon ist aber die Konzeption *Fristers* entgegen seiner Auffassung mit der Lehre von der normativen Ansprechbarkeit sehr gut vereinbar. Denn ein Mensch, dessen Entscheidungsmöglichkeiten in der Tatsituation derjenigen „eines normalen Erwachsenen“ entsprechen, ist normativ ansprechbar. *Frister* selbst erkennt das insofern an,⁴⁹ als er die von *Merkel* zur Konkretisierung der normativen Ansprechbarkeit verwendeten Begriffe der „Rezeptivität“ und „Reaktivität“ „zumindest z. T. auch als Voraussetzung der Fähigkeit zu einem verständigen Entscheidungsprozess verstehen und damit in den Begriff der Schuldfähigkeit integrieren“ will.

45 *Frister*, FS Frisch /2013/: p. 533 ff. (544).

46 *Frister* JuS 2013, 1057 ff. (1060).

47 *Frister* JuS 2013, 1060; fast gleichlautend *ders*, *Strafrecht* /2013/, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 18. Kap. Rn 12; *ders*. FS Frisch, p. 545.

48 *Frister*, FS Frisch, p. 534.

49 *Frister*, FS Frisch, p. 544 Fn 45.

4. HERZBERGS ABLEHNUNG VON FREIHEIT UND TATSCHULD

Herzberg vertritt in einer Monografie⁵⁰ und in mehreren Abhandlungen⁵¹ einen streng deterministischen, nach seiner Meinung auch das Strafrecht bindenden Standpunkt, der die Willensfreiheit und die Zuschreibung von Tatschuld ausschließt. Er lehnt beim Vorliegen der in § 20 StGB beschriebenen Krankheitszustände jede Art von Schuld ab, will im Übrigen aber trotz aller Determiniertheit die Strafbarkeit des Täters auf eine „Charakterschuld“ gründen. Dabei kommt er der von mir vertretenen Ansicht weit entgegen:⁵² „*Roxin* setzt richtig an und hat auch im Ergebnis recht, wenn er unbedingt, d. h. selbst vom deterministischen Standpunkt aus, am Schuldstrafrecht festhält“. Es sei aber sinnlos und verwirrend, einem solchermaßen determinierten Täter Freiheit und Schuld zuzuschreiben. Denn der Mensch trage auch „bei strenger Determiniertheit seines Verhaltens Verantwortung“, die ihn schuldig werden lasse. Die Freiheit des Willens sei für die Schuldfrage belanglos. *Herzberg* setzt sich ausdrücklich zum Ziel, den „Begründungszusammenhang... zwischen Willensfreiheit und Schuld... mit Entschiedenheit“ zu zerschlagen. Man fragt sich freilich, wie er ohne Zuschreibung zu der von ihm postulierten „Verantwortung“ des Täters kommen will.

Unbeschadet dessen folgt *Herzberg* aber hinsichtlich der sachlichen Voraussetzungen der von ihm bejahten „Charakterschuld“ den Kriterien der normativen Ansprechbarkeit. Das zeigt sein Beispiel einer Mutter, die mit ihrer vierjährigen Tochter bei Lidl eine Tafel Schokolade stiehlt.⁵³ Hier lässt sich nach seiner Meinung „auch der Gedanke der >Freiheit< ins Spiel bringen. Dem die Mutter ist frei von jeder Beeinträchtigung ihrer Willensbildung..., ist seelisch nicht gestört, in keinem Irrtum befangen, und im Gegensatz zu ihrer Tochter kann bei ihr von kindlicher Hemmungsschwäche keine Rede sein. Weil sie so betrachtet sich in Freiheit für den Diebstahl entscheidet, kann man für die Entscheidung auch nicht irgendwelche freiheitsschädlichen Umstände >verantwortlich< machen, sondern man muss ihr die Verantwortung zuweisen. Ihre unbehinderte Persönlichkeit – ihr Wesen, ihr Charakter – hat den Entschluss und die Tat hervorgebracht, sie selbst ist schuld< daran“.

Es bedarf dieses langen Zitats, um zu zeigen, dass *Herzberg* gerade das zur Voraussetzung der Schuld macht, was ich als normative Ansprechbarkeit bezeichne. Wenn ihm das nicht ausreicht, um dem Täter nach sozialen Maßstäben freies Handeln zuzuschreiben, so liegt darin nur eine andere Deutung des Geschehens, aber kein Unterschied in der Bestimmung des sachlichen Substrats der Schuld.

Herzbergs Auffassung, die Schuld des Täters auf seinen Charakter anstatt auf seine Handlungsfreiheit zu gründen, hat keine Anhänger gefunden,⁵⁴ obwohl der

50 *Herzberg* /2010/: Willensunfreiheit und Schuldvorwurf.

51 *Herzberg*, FS Achenbach /2011/: p. 157 ff; *ders.* ZStW 124 (2012), 12 ff; *ders.*, FS Frisch p. 95 ff; *ders.*, FS Kühl, p. 259 ff. Vgl. noch den Hinweis im Vorwort (p. 489) auf *Herzberg* GA 2015, 250 ff.

52 *Herzberg* (Fn 50), p. 87.

53 *Herzberg*, FS Kühl, p. 274.

54 Zur Kritik etwa *Hörnle* (Fn 11), pp. 46–48; *Merkel*, FS Roxin II, p. 748 ff; *Weißer* GA /2013/, p. 34.

Rückgriff auf eine Charakterschuld eine lange strafrechtliche Tradition hat.⁵⁵ Dagegen spricht zunächst, dass dem Täter im Strafurteil seine konkrete Tat und nicht sein Charakter vorgeworfen wird. Wenn außerdem der Charakter des Täters seine Schuld begründen soll, ist auch dies eine Zuschreibung, die sich nur auf die Annahme stützen lässt, dass der Täter in irgendeiner Form die Möglichkeit hatte, auf seinen Charakter Einfluss zu nehmen. Ist das nicht der Fall, kann auch von einer in der Charakterentwicklung liegenden Schuld nicht die Rede sein. Man kann, um es paradox auszudrücken, nicht Schuld für etwas tragen, woran man unschuldig ist. Die Verknüpfung von Schuld und Freiheit ist also entgegen der Annahme von *Herzberg* nicht aufzulösen.

5. HÖRNLES PLÄDOYER FÜR KRIMINALSTRAFE OHNE SCHULDVORWURF

Hörnle schließlich zieht eine noch radikalere Konsequenz. Sie will⁵⁶ „am Grundsatz der personalen Verantwortung in Form individueller strafrechtlicher Zuordnung“ festhalten. Dafür genüge die Feststellung einer allgemeinen Fähigkeit,⁵⁷ „die mit dem Stichwort >normative Ansprechbarkeit< oder (was mir treffender erscheint) >normative Kompetenz< bezeichnet werden kann“. Sie fordert dafür die Fähigkeit zu einem sachgerechten Normverständnis und zu angemessener Impulskontrolle, wobei sie auf *Merkels* Kriterien der Rezeptivität und Reaktivität Bezug nimmt. Das lässt sie aber für einen strafrechtlichen Schuldvorwurf nicht genügen. „Der Denkfehler vieler Autoren, die auf normative Ansprechbarkeit abstellen, liegt in der Erwartung, man könne damit einen Schuldvorwurf inhaltlich ausfüllen. Das kann man nicht. Es handelt sich lediglich um die Bedingung für die Erhebung eines Unrechtsvorwurfs. Das sollte sprachlich und konzeptuell zum Ausdruck gebracht werden, indem der Begriff Schuld konsequent vermieden wird“.

Genau umgekehrt wie *Herzberg*, der am Schuldvorwurf festhält, die Zuschreibung einer Entscheidungsfreiheit aber ablehnt, will *Hörnle* eine hinreichende Handlungsfreiheit anerkennen, dies aber für Zuschreibung von Schuld nicht ausreichen lassen.⁵⁸ „Freiheitsannahmen“ seien „sinvoll“ als „essentielle Funktionsbedingungen in modernen Gesellschaften“ und auf der Grundlage des im Grundgesetz enthaltenen Menschenbildes: „Es handelt sich um ein normatives Menschenbild, dem das wechselseitige Versprechen zugrunde liegt, sich als vernünftige und freie Wesen zu behandeln... Auch insoweit genügt der Verweis auf die bei Menschen bestehende Disposition, Außeneinflüsse im Allgemeinen und normative Anforderungen im Speziellen zu verarbeiten, und auf die menschliche Fähigkeit, Gründe zu verstehen und abzuwägen. Es ist angemessen, dass wir Rechtspersonen, etwa auch für die Zwecke des Zivilrechts, als hinreichend frei einordnen“.

55 Dazu *Roxin* (Fn 1), § 19 Rn 27–32.

56 *Hörnle* (Fn 11), p. 67 f.

57 *Hörnle* (Fn 11), p. 71 f.

58 *Hörnle* (Fn 11), p. 26 f.

Das ist vollkommen richtig. Wenn *Hörnle* aber sagt, dass dies den Schuldvorwurf nicht „inhaltlich ausfüllen“ könne, so berücksichtigt sie nicht, dass die auch von ihr für sinnvoll erachtete Freiheitsannahme auch nach der hier vertretenen Auffassung keinen empirischen Schuldbeweis (i. S. einer „inhaltlichen Ausfüllung“), sondern nur die durch die Freiheitsannahme ermöglichte normative Zuschreibung von Schuld, die Behandlung des Einzelnen als freien und schuldhaften Verhaltens fähig, begründen kann. Wenn die „Freiheitsannahme“ zu den „essentiellen Funktionsbedingungen in modernen Gesellschaften“ gehört, so gilt das genauso für die Möglichkeit, sich schuldig zu machen.

Ich glaube dargetan zu haben, dass die oben (I.) angeführten sechs Gründe nicht nur die Freiheitsannahme, sondern auch die Schuldzuweisung bei einem normativ ansprechbaren Täter als sinnvoll erscheinen lassen. Ebenso wenig wie eine „Schuld“ ohne „Freiheit“ (*Herzberg*) ist eine „Freiheit“ ohne die Möglichkeit ihres schuldhaften Missbrauchs vorstellbar. Das wird bei *Hörnle* nur mühsam dadurch verdeckt, dass sie zwar auf der Grundlage normativer Ansprechbarkeit an der „Verantwortlichkeit“ des Täters festhält und ihm auch einen „Vorwurf“ macht, diesen aber als „Unrechtsvorwurf“ bezeichnet.⁵⁹ Schon im Begriff des „Vorwurfs“ steckt ein Schudelement: Der geistesranke Täter verwirklicht zwar Unrecht, aber vorwerfen kann man ihm das nicht. Die Beschränkung auf einen „Unrechtsvorwurf“ bedeutet also in der Sache kein Abrücken vom Schuldstrafrecht, sondern nur eine terminologische Distanzierung.

Hörnle wird durch ihre Konstruktion auch zu einem völlig neuen und problematischen Verbrechensaufbau genötigt.⁶⁰ Danach soll die normative Ansprechbarkeit zum Tatzeitpunkt als erste Deliktsstufe geprüft werden (I.). Erst anschließend sollen der objektive und subjektive Tatbestand (II.). Rechtfertigungsgründe (III.) und sonstige Strafausschließungsgründe (§§ 33, 35, 24 StGB) (IV.) untersucht werden. Es ist aber schwerlich sinnvoll, sich ausführlich – und möglicherweise unter Zuziehung von Sachverständigen – mit der normativen Ansprechbarkeit (und dabei auch mit den Voraussetzungen des § 20 StGB) zu beschäftigen, bevor überhaupt feststeht, ob der Beschuldigte einen Tatbestand in rechtswidriger Weise erfüllt hat. Hinzu kommt, dass die strafbegrenzende Wirkung des Schuldprinzips (wonach die Strafe das Maß der Schuld nicht überschreiten darf) beim Wegfall einer Schuldzuschreibung nicht mehr begründbar ist. Auch verliert man bei einem Verzicht auf den Schuldvorwurf die Möglichkeit, sich mit der durchaus überwiegenden agnostischen Meinung zu verständigen, die eine Willensfreiheit i. S. der menschlichen Fähigkeit, „einen Zustand von selbst anzufangen“⁶¹, immerhin nicht ausschließt.

Andererseits hat *Hörnles* Ablehnung eines Schuldvorwurfs insofern einen berechtigten Kern, als eine auf die normative Ansprechbarkeit gegründete Schuldzuschreibung, wie ich schon immer gesagt habe,⁶² wegen der Unbeweisbarkeit des Andershandelns „nicht geeignet ist, zu Lasten des Täters eine Vergeltung

59 *Hörnle* (Fn 11), p. 50.

60 *Hörnle* (Fn 11), p. 73.

61 So *Hillenkamp* JZ 2005, p. 320, unter Berufung auf ein Kant-Zitat.

62 *Roxin* (Fn 1), § 19 Rn 46.

und sittliche Vorwürfe zu legitimieren“. Es handelt sich also um einen juristischen Schuldbegriff, der „nur das strafrechtliche Einstehenmüssen für soziales Fehlverhalten“ begründet und „Schutz vor stärkeren Eingriffen“ bietet, „die auf Grund eines reinen Präventionsrechtes möglich wären“. ⁶³ Ich denke, dass dies den Bedenken *Hörnles* hinreichend Rechnung trägt. ⁶⁴ Wie immer man aber zu den gescilderten Streitfragen stehen mag, Sie wirken sich auf das von *Hörnle* erzielte zutreffende praktische Ergebnis nicht aus: dass nämlich die Sanktionierbarkeit des Täters von seiner normativen Ansprechbarkeit abhängt.

FAZIT

Da eine große Mehrheit der aktuellen Stellungnahmen unbeschadet zahlreicher Begründungs- und Deutungsdifferenzen den Täter bei normativer Ansprechbarkeit im Tatzeitpunkt für sein unrechtmäßiges Verhalten strafrechtlich verantwortlich macht, erscheint mir eine Einigung auf dieser Grundlage als möglich. Denn unter dem Mantel unterschiedlicher Interpretationen und Terminologien meinen im Grunde alle dasselbe. Ich habe deswegen die Wortführer der gegenwärtigen Diskussion jeweils einzeln behandelt. Denn es kam mir darauf an, alle in der Auseinandersetzung über Freiheit, Schuld und Verantwortlichkeit umlaufenden Argumente auf den Prüfstand zu legen. Wenn man die dabei zutage tretenden Konvergenzen ins Auge fasst, könnte durch das Abstellen auf die normative Ansprechbarkeit ein langer und scheinbar ewiger Streit über die Grundlagen und Voraussetzungen strafrechtlicher Sanktionierbarkeit beigelegt werden.

Klaus Roxsin

Pravni fakultet u Minhenu

„NORMATIVNA REAKTIVNOST“ KAO KRITERIJUM KRIVICE

APSTRAKT

Autor u radu razrađuje svoj već dugo zastupani stav shodno kome se učinilac može smatrati krivim ukoliko je u vreme izvršenja krivičnog dela on bio podoban da u skladu sa svojim duševnim i duhovnim stanjem „uvaži normu“, tj. da odgovori svojevrsnom „zovu norme“ (normativna reaktivnost). Takva jedna podobnost nedostaje ukoliko se norma nije odrazila u svesti učinioaca, pa bilo to zbog njegovog nedovoljnog uzrasta (dete), neotklonjive pravne zablude ili zbog određenog mentalnog deficita (neuračunljivost). Pojam „normativne reaktivnosti“ u poslednje vreme razvijaju i neki drugi autori, pronalazeći klicu takvog učenja čak

63 *Merkel*, FS Roxin II, p. 761, nennt die von mir befürwortete Schuldkonzeption „nicht nur, aber auch deshalb... vorbildlich“.

64 *Hörnle* (Fn 11), p. 59 Fn 149: Sie selbst weist auf mein restriktives Schuldverständnis hin, will sich aber nicht damit begnügen.

i u ranijoj, u međuvremenu prevaziđenoj, klasičnoj školi učenja o krivičnom delu. Polazeći od najnovijih shvatanja u nauci krivičnog prava može se zaključiti da se ovaj pojam zasniva na dva konstitutivna elementa. Učinilac najpre mora biti svestan zapovesti koju mu norma upućuje, a zatim, on mora biti i podoban da na takvu zapovest adekvatno odgovori. Na taj način se pojam krivice oblikuje kao jedan empirijsko-normativni pojam, gde su empirijski utvrdive pretpostavke „normativne reaktivnosti“, dok je ocena o krivici takvog učinioca koji je podoban da bude odgovarajući adresat norme jedan normativni sud. Autor navodi argumente u prilog ovakvog učenja, smatrajući da je ono, uz manje terminološke razlike, ipak postalo zajednički osnov oko koga se prepliću naizgled drugačija, ali u suštini slična ili ista gledišta pojedinih autora.

Ključne reči: normativna reaktivnost, podobnost da se uvaži norma, krivica, sloboda, prekor.

*Kristian Kühl**

Juristische Fakultät, Universität Tübingen

STRAFRECHT UND MORAL – TRENNENDES UND VERBINDENDES**

Zusammenfassung: Zu den zentralen Themen des Dialogs zwischen Rechtsphilosophie und Strafrecht gehört nach wie vor das Verhältnis von Strafrecht und Moral und in zugespitzter Form das Verhältnis von Strafrecht und Gerechtigkeit. Dass zwischen Strafrecht und Moral trotz deren prinzipieller Trennung auch Verbindungen bestehen, liegt auf der Hand, weil beide Regelungsbereiche auf menschliches Verhalten abzielen.

Weder die Trennung von Recht und Moral noch die Verbindung von Recht und Moral ist statisch. Vielmehr gibt es Bewegungen zwischen Recht und Moral, die dazu führen, dass sich die Regelungsbereiche verschieben. Das geschieht etwa, wenn Trennendes dadurch aufgehoben wird, dass man der Moral vorbehaltene Bereiche ins Recht integriert.

Schlüsselwörter: Rechtsphilosophie, Strafrecht, Verhältnis von Strafrecht und Moral, Rechtsethik.

I. DIE BEDEUTUNG DER RECHTSPHILOSOPHIE FÜR DAS STRAFRECHT

Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das Strafrecht nimmt nach einer „Verschnaufpause“ in den 70er/80er Jahren wieder zu.¹ Das zeigen besonders deutlich neuere Habilitationsschriften, die vor der Behandlung des eigentlich zu bewältigenden strafrechtlichen Problems eine breite rechtsphilosophische Grundlegung für erforderlich halten.² Praktische, wenn auch umstrittene Relevanz hat erneut und vor allem die sog. Radbruchsche Formel erreicht; – die Formel eines Rechtsphilosophen und Strafrechtlers für die Strafrechtsprechung.³ Zu den zentralen Themen des Dialogs zwischen Rechtsphilosophie und Strafrecht gehört dabei nach wie vor das

* Seniorprofessor der Universität Tübingen

** Zuerst in: *Amelung* u.a. (Hrsg.), *Strafrecht – Biorecht – Rechtsphilosophie*, Festschrift für H.-L. Schreiber, 2003, S. 957–968; hier aktualisiert und ergänzt.

1 Vgl. *Kühl*, *Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das Strafrecht*, 2001.

2 Vgl. nur *Lesch*, *Der Verbrechensbegriff*, 1999; *Pawlik*, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, 1999; *Kahlo*, *Die Handlungsform der Unterlassung als Kriminaldelikte*, 2001; *Rath*, *Das subjektive Rechtfertigungselement*, 2002; vgl. außerdem die strafprozessualen Habilitationsschriften von *Schulz*, *Normiertes Misstrauen*, 2001 und *Toepel*, *Grundstrukturen des Sachverständigenbeweises im Strafprozeßrecht*, 2002, die eine breite rechtstheoretische Grundlage haben.

3 Vgl. *Kühl*, *Kontinuitäten und Diskontinuitäten im Naturrechtsdenken des 20. Jahrhunderts* in Acham/Nörr/Schefold (Hrsg.), *Erkenntnisgewinne, Erkenntnisverluste*, 1998, S. 605 ff. und in: *Freiheitliche Rechtsphilosophie*, 2008, S. 500ff.

Verhältnis von Strafrecht und Moral und in zugespitzter Form das Verhältnis von Strafrecht und Gerechtigkeit.⁴ Das belegt der von *Loos/Schreiber* verfasste Artikel „Recht, Gerechtigkeit“ in *Geschichtliche Grundbegriffe* aus dem Jahre 1984.⁵

Er setzt systematisch beim Begriff des Rechts an: „Unter ‚Recht‘ wird das in einem sozialen System tatsächlich geltende Regelsystem verstanden, dessen Normen gegebenenfalls auch zwangsweise in einem geregelten Verfahren durchgesetzt werden können.“⁶ Diese Definition lehnt sich an den Rechtsphilosophen *H. L. A. Hart*, aber auch an die Rechtssoziologen *Max Weber* und *Theodor Geiger* an. Unter „Gerechtigkeit“ wird demgegenüber „die inhaltliche Richtigkeit des Rechts“ verstanden.⁷ Da das positive Recht die „Anforderungen der Gerechtigkeit mehr oder weniger verfehlen“ kann, kann sich zwischen „Recht“ und „Gerechtigkeit“ ein „Spannungsverhältnis“ ergeben, das „Naturrechtler“ anders lösen als „Gesetzespositivisten“. Während die „Naturrechtler“⁸ einen Geltungsvorrang des (von „Natur“) richtigen Rechts behaupten und positives Recht, das der Gerechtigkeit widerspricht, für ungültig erklären, bestehen die „Gesetzespositivisten“ auf dem Vorrang des positiv geltenden Rechts und halten deshalb auch „unrichtiges Recht“, das der Gerechtigkeit widerspricht, für „Recht“. Als dritte Position umreißen *Loos/Schreiber* idealtypisch die These, dass „jedenfalls bei Verstoß gegen elementare Forderungen der Gerechtigkeit ... das positive Recht nicht verbindlich“ sei.⁹ Auch wenn *Loos/Schreiber* für diese vermittelnde Position an dieser Stelle noch nicht auf *Gustav Radbruch* verweisen, so erkennt man doch in dieser „idealtypisch“ formulierten These die sog. Radbruchsche Formel leicht wieder.

Auf diese Formel gehen *Loos/Schreiber* erst sehr viel später ein,¹⁰ nachdem sie *Radbruch* zunächst als Rechtspositivisten einstufen, der eine „Kehre“ vollziehen musste,¹¹ um zum (Mini-)Naturrechtler werden zu können. Auch wenn man bei *Radbruch* keine Wandlung vom „Saulus des Gesetzespositivismus“ zum „Paulus des Naturrechts“ erkennt,¹² weil die Idee der Gerechtigkeit für ihn immer eine Rolle bei der Bestimmung des Rechts spielte,¹³ so wird man doch die Anziehungskraft der Radbruchschen Formel für die Strafgerichte bei der Bewältigung von NS-Unrecht und DDR-Unrecht konstatieren müssen. Diese Anziehungskraft für die Rechtsprechung nach dem 2. Weltkrieg erklären *Loos/Schreiber* mit der Offenheit der Formel: „Diese Formel, die einen Kompromiss zwischen den durch das positive Recht – zumindest grundsätzlich – verbürgten Rechtssicherheitserfordernissen und den Gerechtigkeitsanforderungen sucht, steht – vielleicht gerade wegen ihrer Offenheit – noch immer im

4 Vgl. *Kühl*, FS Lampe, 2003, S. 439, 450 f.

5 In *Brunner/Conze/Koselleck* (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. 5, 1984, S. 231–311.

6 *Loos/Schreiber* (o. Fn. 5), S. 231.

7 *Loos/Schreiber* (o. Fn. 5), S. 232.

8 Zur deutschen Naturrechtsdiskussion nach dem 2. Weltkrieg vgl. *Kühl*, Artikel „Naturrecht V“, in: *Ritter* (Hrsg.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. 6, 1984, Sp. 609–623, und Rückblick auf die Renaissance des Naturrechts nach dem 2. Weltkrieg, in: *Köbler* (Hrsg.), *Geschichtliche Rechtswissenschaft*, 1990, S. 331–357.

9 *Loos/Schreiber* (o. Fn. 5), S. 232.

10 *Loos/Schreiber* (o. Fn. 5), S. 303 f.

11 *Loos/Schreiber* (o. Fn. 5), S. 307 f.

12 *Hassemer*, Einführung zu *Gustav-Radbruch – Gesamtausgabe* Bd. 3 = *Rechtsphilosophie III*, 1990, S. 1 ff., 8.

13 Vgl. *Kühl* (o. Fn. 3), S. 617 ff.

Mittelpunkt der Diskussion.¹⁴ Das galt für die Diskussion bis 1984 und gilt unverändert für die Diskussion um die Wende vom 20. zum 21. Jahrhundert. Der Grund für diese nachhaltige Diskussion einer „offenen“ Formel liegt – äußerlich betrachtet – in ihrem erneuten Wiederaufgreifen durch die Strafrechtsprechung zur Bewältigung des DDR-Unrechts.¹⁵ Ihre Anziehungskraft für die Praxis ist zum einen darin zu sehen, dass für Normallagen das positive Recht gilt, auch wenn es ungerecht ist; zum anderen darin, dass die Gerechtigkeit nicht positiv bestimmt wird, sondern – realistisch – negativ angegangen wird: nur das „schlechthin Ungerechte“ erscheint bestimmbar.¹⁶

II. DAS VERHÄLTNISS VON STRAFRECHT UND MORAL

Verlässt man die in Normalzeiten in einem Rechtsstaat mit in Grundrechten verpositiviertem Naturrecht und einem sie schützenden Verfassungsgericht ohnehin kaum relevante Geltungsfrage,¹⁷ so erschließt sich der rechtsphilosophischen oder rechtsethischen Betrachtung das immer noch weite Feld von Recht und Moral in unterschiedlicher Ausprägung. Als Grundfrage der neuen philosophischen Disziplin ‚Rechtsethik‘ wird die Frage genannt: Welches Recht ist gerecht?¹⁸ Diese Frage hat schon seit der Antike die Rechtsphilosophie, soweit sie nicht deskriptiv-historisch, sondern normativ vorgeht, zu beantworten versucht.¹⁹ Reiches Anschauungsmaterial zu diesen Antwortversuchen findet sich wieder bei *Loos/Schreiber* in dem „Recht, Gerechtigkeit“-Artikel aus dem Jahre 1984.²⁰

Innerhalb dieser Fragestellung wird die mit ihr anvisierte Sachproblematik des gerechten Rechts meist als Frage nach dem Verhältnis von Recht und Moral formuliert und spezifiziert.²¹ Diese eingeschränkte Frage soll hier ansatzweise möglichen Antworten zugeführt werden. Auch hierfür kann noch einmal bei *Loos/Schreiber* angesetzt werden. Ausgehend von der oben (unter 1.) zitierten Definition von ‚Recht‘ betonen sie dessen Zwangscharakter und gewinnen dadurch eine erste Abgrenzung von Recht und Moral: „Durch diesen Zwangscharakter unterscheidet sich das Recht von anderen Ordnungen des sozialen Zusammenlebens wie Brauch, Sitte, Konvention und Moral.“²²

Der nur dem Recht zukommende Zwangscharakter zeigt sich in besonderer Intensität beim Strafrecht, denn die Strafe, mit der dem Bürger nicht nur ein Übel auferlegt, sondern eine sozialetische Missbilligung erteilt wird,²³ ist die schärfste

14 *Loos/Schreiber* (o. Fn. 5), S. 307 f.

15 Vgl. das 1. Mauerschützen-Urteil des BGHSt 39, 1 ff.

16 *Hassemer*, FG BGH, Bd. IV, 2000, S. 439 ff., 463; zu weiteren Gründen vgl. *Kühl* (o. Fn. 1), S. 16 ff.

17 Zu diesem unfruchtbarem Streit vgl. *Höffe*, Recht und Moral, in: Neue Hefte für Philosophie, Bd. 17, 1979, S. 1 ff., 5, 8.

18 *v. d. Pfordten*, Rechtsethik, in: Nida/Rümelin (Hrsg.), Angewandte Ethik, 1996, S. 200 ff., 202.

19 *Höffe* (o. Fn. 17), S. 1.

20 O. Fn. 5; vgl. neuestens *Höffe*, Gerechtigkeit – Eine philosophische Einführung, 2001.

21 So *Höffe* (o. Fn. 17), S. 1.

22 *Loos/Schreiber* (o. Fn. 5), S. 231.

23 *Kühl*, Unschuldsvormutung, Freispruch und Einstellung, 1983, S. 14 f. und in: *Kühl/Reichold/Ronellenfitsch*, Einführung in die Rechtswissenschaft, 2011, § 30 Rn. 9 u. § 43 Rn. 20 sowie eingehend in: FS Eser, 2005, 149 ff.

Reaktion, die der Staat gegenüber den Bürgern einsetzt, und zwar zur Sanktionierung von Verstößen gegen strafgesetzliche Verbote oder (seltener) Gebote.²⁴ Dies sieht natürlich auch *Schreiber*, wenn er „die Strafgewalt an allgemeine Gesetze“ binden will: „Nur wenn dies geschieht, kann die im Mittel der Strafe ... besonders einschneidende und gefährliche Staatsgewalt in Grenzen gehalten, im Interesse der Freiheit und Sicherheit aller beschränkt, kontrolliert und an willkürlicher Ausübung gehindert werden.“²⁵ Damit wird in aller Kürze der Zusammenhang von Recht, Zwang und Freiheit beschrieben, wie er in der Rechtsphilosophie besonders prägnant von *Immanuel Kant* in der Rechtslehre der Metaphysik der Sitten herausgearbeitet worden ist. § D der Einleitung in die Rechtslehre ist mit dem apodiktischen Satz überschrieben: „Das Recht ist mit der Befugnis zu zwingen verbunden.“²⁶ Zur Begründung dieser Feststellung wird auf den freiheitsschützenden Charakter des Rechts abgestellt: „... wenn ein gewisser Gebrauch der Freiheit selbst ein Hindernis der Freiheit nach allgemeinen Gesetzen (d. i. unrecht) ist, so ist der Zwang der diesem entgegengesetzt wird, als Verhinderung eines Hindernisses der Freiheit mit der Freiheit nach allgemeinen Gesetzen zusammenstimmend, d. i. recht ...“²⁷ Damit ist auch die staatliche Kriminalstrafe eine „legitime Rechtsinstitution – insofern und insoweit sie dem Schutz gleicher Freiheit aller Mitglieder der Rechtsordnung dient“.²⁸ Zwang und Strafe sind nach dieser Einschränkung auf den Freiheitsschutz dann nicht mehr ‚recht‘, wenn sie zum Schutz der Freiheit nicht erforderlich sind. Diese Überlegung führt zum Thema ‚Strafrecht und Moral‘, soweit es sich dabei um getrennte Regelungsbereiche handelt.

III. DIE TRENNUNG VON STRAFRECHT UND MORAL

Bei der Diskussion um das Verhältnis von Strafrecht und Moral steht die Position im Vordergrund, die deren Trennung verlangt. Im Rechtsbereich geht es um den Schutz der äußeren Freiheit von jedermann. In noch heute gültiger Form hat *Kant* das in seinem allgemeinen Rechtsgesetz zum Ausdruck gebracht: „Handle äußerlich so, dass der freie Gebrauch deiner Willkür mit der Freiheit von jedermann nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen könne.“²⁹ Als einzig angeborenes Recht gilt dementsprechend die „Freiheit (Unabhängigkeit von eines anderen nötiger Willkür), sofern sie mit jedes anderen Freiheit nach einem allgemeinen Gesetz zusammen bestehen kann“.³⁰

Die wechselseitig beschränkte äußere Freiheit von jedermann bestimmt weitgehend die Rechtsgüterordnung unseres geltenden Strafbuch. Neben dem Leben und der körperlichen Unversehrtheit als Ausübungsbedingungen der Freiheit wird im 18. Abschnitt des Besonderen Teils „die persönliche Freiheit“ geschützt, unter der man

24 *Kühl* (o. Fn. 1), S. 9.

25 *Schreiber*, Gesetz und Richter, 1976, S. 231.

26 *Kant*, Akademie Ausgabe (= AA) VI 231.

27 *Kant*, AA VI 231.

28 *Höffe* (o. Fn. 17), S. 29.

29 *Kant*, AA VI 231.

30 *Kant*, AA VI 237.

auch heute noch – in Anlehnung an *Kant*³¹ – die Möglichkeit versteht, sein Verhalten unabhängig von fremdem menschlichen Einfluss zu bestimmen. Im 13. Abschnitt ist „die sexuelle Selbstbestimmung“ geschützt. Damit hat der Gesetzgeber klargestellt, dass es auch bei den Sexualstraftaten nicht mehr um Verstöße gegen die Sittlichkeit, wie es noch in der früheren Abschnittsüberschrift – Verbrechen und Vergehen wider die Sittlichkeit – zum Ausdruck kam, sondern um Angriffe auf die äußere Freiheit im Sexualbereich geht. Bloße Moralwidrigkeiten hingegen sind nach heute fast allgemeiner Meinung kein zulässiger Gegenstand strafgesetzlicher Regelung,³² weil ein Straftatbestand zum Schutz der äußeren Freiheit der Betroffenen nicht erforderlich ist.

Ein weiterer bedeutender „Aspekt im Problemfeld ‚Recht und Moral‘“ erschließt sich aus der auch von *Kant* präzisieren „Unterscheidung von Legalität und Moralität“.³³ Die wichtigste Ausprägung dieser Unterscheidung ist darin zu sehen, dass sich das Recht mit legalem Verhalten der Bürger zufrieden geben muss; die Gesinnung, mit der die Rechtspflicht erfüllt wird, geht das Recht nichts an: „Das Rechthandeln mir zur Maxime zu machen, ist eine Forderung, die die Ethik an mich tut.“³⁴ Legal verhält sich etwa derjenige, der nicht aus Pflicht, d.h. wegen der Anerkennung fremden Eigentums, sondern aus Furcht vor Strafe den erwogenen Diebstahl unterlässt. Die Begründung *Kants*, dass Gesinnungen als innerliche Phänomene eines etwa unternommenen rechtlichen Beweises nicht zugänglich seien und deshalb auch nicht durch staatliches Recht erzwungen werden können,³⁵ hat entsprechende Versuche nicht verhindern können und ist auch rechtsethisch oder rechtsphilosophisch ergänzungsbedürftig: Mit der Bewertung und Sanktionierung von Gesinnungen wird entgegen dem allgemeinen Rechtsgesetz ein innerliches Phänomen zum Gegenstand einer Rechtsregelung gemacht, ohne dass dies im Interesse des Schutzes der äußeren Freiheit einer anderen Person erforderlich ist.³⁶ Meine äußere Freiheit wird nicht schon dadurch beeinträchtigt, dass andere eine bestimmte Gesinnung haben, und regelmäßig auch noch nicht dadurch, dass sie ihre Gesinnung äußern.

Aus dieser Perspektive sind etliche Strafvorschriften kritisch zu betrachten. So etwa die Bestrafung der bloßen Verabredung eines Verbrechens nach § 30 II StGB i.V. mit dem verabredeten Verbrechen, das weder vorbereitet noch gar versucht worden ist.³⁷ Oder die Bestrafung des Auschwitzleugnens ohne Agitationscharakter nach § 130 III StGB, nur weil dadurch ein „Klima“ für rechtsextremistische Gewalttätigkeiten geschaffen werde.³⁸ – Rechtsethisch oder rechtsphilosophisch ungeklärt ist die Frage, ob das Recht, wenn es schon keine gute Gesinnung bei legalem Verhalten verlangen darf, nicht doch wenigstens die schlechte Gesinnung bei nicht

31 Vgl. *Müller-Dietz*, Artikel „Persönliche Freiheit“ in Ulsamer (Hrsg.), *Lexikon des Rechts – Strafrecht, Strafverfahrensrecht*, 2. Aufl. 1996, S. 681.

32 Vgl. *Roxin*, *Strafrecht Allg. Teil*, Bd. I, 3. Aufl. 1997, § 2 Rdn. 3 u. 12.

33 *Höffe* (o. Fn. 17), S. 18; *Kühl*, FS Schapp, 2010, S. 329 ff.; *Kühl* u.a. (Rn. 23 – 2011) § 32 Rn. 21 f.

34 *Kant*, AA VI 231.

35 *Kant*, AA VI 219 u. 239.

36 *Kühl* (o. Fn. 1), S. 38.

37 Zu Recht kritisch *Köhler*, *Strafrecht Allg. Teil*, 1997, S. 544 ff.

38 Zu Recht kritisch *Geilen*, Artikel „Volksverhetzung“, in: Ulsamer (Hrsg.), *Lexikon des Rechts – Strafrecht, Strafverfahrensrecht*, 2. Aufl. 1996, S. 1168 ff.; krit. auch *Lackner/Kühl*, *Strafgesetzbuch-Kommentar*, 27. Aufl. 2011, § 130 Rn. 8a.

legalem, rechtswidrigen Verhalten z.B. strafscharfend berücksichtigen darf.³⁹ Rein tatsächlich tut dies das positiv geltende deutsche Recht, insbesondere das Strafrecht. Hier gibt es immer noch etwa Gesinnungsmerkmale wie „böswillig“, „roh“ oder „rücksichtslos“, obwohl diese Merkmale schon seit langem als „die entscheidende Gefahrenstelle für die Einsickerung eines Gesinnungsstrafrechts“ ausgemacht wurden.⁴⁰ Problematisch sind auch Motivmerkmale wie die „niedrigen Beweggründe“, die aus einem Totschlag einen Mord werden lassen; vor allem, wenn man berücksichtigt, dass sie von der Rechtsprechung so ausgelegt werden, dass sie „nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe“ stehen müssen und deshalb besonders verwerflich, ja verächtlich sein sollen.⁴¹ Auf weitere Formen möglichen Gesinnungsstrafrechts kann hier nicht mehr eingegangen werden.⁴²

Der bisher für die Trennung von Recht und Moral leitende Gesichtspunkt – nur die Beeinträchtigung der äußeren Freiheit ruft das Recht auf den Plan – führt auch zur Ausscheidung sog. Tugendpflichten aus dem Rechtsbereich. Ohne die rechtsphilosophische Diskussion der Unterscheidung von Rechtspflichten und Tugendpflichten erneut aufzurollen,⁴³ soll hier nur auf noch heute diskutierte und praktizierte Beispiele hingewiesen werden, die die Bedeutung der Trennung von Recht und Moral sichtbar machen.

Zu den der Moral vorbehaltenen Tugendpflichten zählen etwa die Pflichten des Menschen gegen sich selbst. Der Suizid mag von der Moral verboten sein, rechtlich ist er nicht relevant, weil der Suizident nicht in die äußere Freiheit eines anderen eingreift. Anders formuliert: die Erhaltung des eigenen Lebens mag eine Tugendpflicht gegen sich selbst sein, eine Rechtspflicht gegenüber anderen ist sie nicht.⁴⁴ Dem entspricht auch unser geltendes Strafrecht, denn es stellt nur die Tötung anderer Menschen unter Strafe. Aus dieser Straftatbestandslosigkeit des Suizids und Suizidversuchs ergibt sich nach geltendem Recht auch die Straflosigkeit der Anstiftung und der Beihilfe zum Suizid, weil diese Teilnahmeformen in §§ 26, 27 StGB akzessorisch ausgestaltet sind und also eine tatbestandsmäßige, rechtswidrige und vorsätzliche Haupttat voraussetzen.⁴⁵

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen freilich erklärt den Willen des Suizidenten nicht nur für sittenwidrig, sondern auch rechtlich für unbeachtlich: „Da das Sittengesetz jeden Selbstmord – von äußersten Ausnahmefällen vielleicht abgesehen – streng missbilligt, da niemand selbstherrlich über sein eigenes Leben verfügen und sich den Tod geben darf, kann das Recht nicht anerkennen, dass die Hilfepflicht des Dritten hinter dem sittlich missbilligten Willen des Selbstmörders zu seinem eigenen Tode zurückzustehen habe“ (BGHSt 6, S. 147, 153 vom 10.03.1954). Zwar hat es der Bundesgerichtshof 30 Jahre später immerhin dahinstehen lassen, „ob die gegebene Begründung heute noch in vollem Umfang anerkannt

39 Klärungsversuch bei *Kühl* (o. Fn. 1), S. 40 ff.

40 *Welzel*, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 80.

41 Vgl. *Lackner/Kühl* (Fn. 38), § 211 Rdn. 5 m.w.N. aus der neuesten Rspr.

42 Dies ist geschehen bei *Kühl*, Die Bedeutung der Kantischen Unterscheidungen von Legalität und Moralität sowie von Rechtspflichten und Tugendpflichten, in: *Jung/Müller-Dietz/Neumann* (Hrsg.), *Recht und Moral*, 1991, S. 139 ff., 149 ff.

43 Ausführlicher *Kühl* (o. Fn. 42), S. 170 ff. und *Höffe* (o. Fn. 17), S. 21 ff.

44 Vgl. *Kant*, AA VI 422; ebenso *Höffe* (o. Fn. 17), S. 31; *Kühl* (o. Fn. 42), S. 174.

45 Vgl. *Kühl*, *Strafrecht Allg. Teil*, 7. Aufl. 2012, § 20 Rdn. 138 sowie *Achenbach*, *Jura* 2002, S. 542 f.

werden kann“ (BGHSt 37, S. 367, 375 f. vom 04.07.1984) und wenig später sogar die „Neigung“ erkennen lassen, „einem ernsthaften, frei verantwortlich gefassten Selbsttötungsentschluss eine stärkere Bedeutung beizumessen“ (BGH NStZ 1988, S. 127 ff. vom 08.07.1987). Doch kann man vor Rückschlägen in der Rechtsprechung nicht sicher sein, die zuletzt in der Behauptung gipfelten: „Die Rechtsordnung wertet eine Selbsttötung ... als rechtswidrig (BGHSt 6, 147 [153] ...), stellt die Selbsttötung und die Teilnahme hieran lediglich straflos“ (BGHSt 46, S. 279, 285 vom 07.02.2001)⁴⁶.

Anders entscheidet das geltende Strafrecht den Fall der sog. aktiven direkten Sterbehilfe,⁴⁷ bei der der Sterbenswillige seine Tötung durch einen anderen verlangt. Hier sieht § 216 StGB nur eine Strafmilderung im Vergleich zum Totschlag gemäß § 212 StGB vor – aus einem Verbrechen wird ein Vergehen –, doch bleibt es bei der Rechtswidrigkeit und Strafbarkeit wegen eines Tötungsdelikts, eben der Tötung auf Verlangen. Im Gegensatz zum Suizid liegt hier seitens des Täters zwar nicht nur die Verletzung einer Tugendpflicht gegen sich vor, denn er tötet ja einen anderen Menschen. Freilich hat dieser andere Mensch seine Tötung verlangt, so dass es sich fragt, wieso ihm die freiwillige Verfügung über sein Leben versagt wird. Dafür mag es – hier nicht zu diskutierende – Gründe geben, doch wird durch § 216 StGB die äußere Freiheit hinsichtlich des Lebens eingeschränkt, ohne dass dies zum Schutze der Freiheit anderer erforderlich erscheint.

Die fehlende Beeinträchtigung der äußeren Freiheitssphäre anderer fehlt auch bei der moralisch missbilligten Lüge. Nach einer aktuellen Umfrage ist die Ehrlichkeit der in der Bevölkerung am höchsten geschätzte moralische Wert. Nach *Kant* gehört das Verbot der Lüge auch zu den Pflichten gegen sich selbst, weil die Lüge „ein Verbrechen des Menschen an seiner eigenen Person“ enthält.⁴⁸ „Im rechtlichen Sinne aber will man, dass nur diejenige Unwahrheit Lüge genannt werde, die einem anderen unmittelbar an seinem Rechte Abbruch tut, z.B. das falsche Vorgeben eines mit jemandem geschlossenen Vertrags, um ihn um das Seine zu bringen (falsiloquium dolosum)“;⁴⁹ *Kant* nennt diese Auffassung „nicht ungegründet“. Die Auffassung, dass Lügen nur dann vom Strafrecht verboten werden dürfen, wenn sie sich schädigend auf die Freiheitssphäre anderer auswirken, liegt auch dem Strafgesetzbuch zugrunde, wenn dort – anders als in anderen Strafrechtssystemen⁵⁰ – ein Betrug gemäß § 263 StGB erst dann zu bejahen ist, wenn die Täuschung zu einem Vermögensschaden geführt hat. – Erneut in die Kritik gerät damit § 130 III StGB, der nicht nur eine bloße Gesinnungsäußerung ohne Agitationscharakter erfasst, sondern eine Lüge, die sog. Auschwitzlüge, als solche unter Strafe stellt; – nach *Geilen* „kennt das Recht (und auch die europäische Rechtsgeschichte) keine Strafbarkeit der ‚Lüge‘ mit einem der diffusen Ausgestaltung des Abs. III auch nur nahe kommenden Abstrahierungsgrad“.⁵¹

46 Vgl. dazu die zu Recht kritische Anmerkung *Sternberg-Lieben*, JZ 2002, S. 153; vgl. auch schon BGH NJW 1987, S. 1892 mit kritischer Anmerkung *Kühl*, JR 1988, S. 338.

47 Vgl. *Lackner/Kühl* (o. Fn. 38), Rdn. 7 Vor § 211.

48 *Kant*, AA VI 430.

49 *Kant*, AA VI 238; dazu *Kühl* (o. Fn. 42), S. 173 m.w.N.

50 Vgl. etwa *Walter*, Betrugsstrafrecht in Frankreich und Deutschland, 1999, S. 239 ff.

51 *Geilen* (o. Fn. 38), S. 1177.

Neben den Tugendpflichten gegen sich selbst kennt die Rechtsphilosophie auch Tugendpflichten gegen andere. Dazu zählt *Kant* etwa Achtungspflichten⁵², die durch Beleidigungen verletzt werden können. Wann der Achtungsanspruch einer Person in einem Maße verletzt wird, dass man von einer Verletzung der äußeren Freiheit und damit von der Verletzung einer Rechtspflicht sprechen kann, ist nicht leicht anzugeben. Zu eng dürfte es sein, dem Rechtsbereich nur die Verleumdung, nicht aber die üble Nachrede zuzuweisen.⁵³ Nach *Zaczyk* ist die Freiheit und Selbständigkeit nur durch die „Anerkennung“ anderer erreichbar; wer dieses „Anerkennungsverhältnis“ verletzt, verletzt die interpersonal verstandene Ehre⁵⁴ und damit – so wird man ergänzen können – eine Bedingung der Freiheit.

Als letzte Tugendpflichten gegen andere sollen noch kurz die Pflichten der (Nächsten-) Liebe und Wohltätigkeit⁵⁵ angesprochen werden. Auch sie werden von unserem geltenden Strafrecht grundsätzlich nicht mit Strafe erzwungen. Weitgehend sind die im Strafgesetzbuch enthaltenen Straftaten nach dem auch schon von *Kant* vorgegebenem Muster der Rechtspflicht gestaltet: „Tue niemandem Unrecht (neminem laede).“⁵⁶ Das heißt: es ist bei Strafe verboten, die eigene Freiheit so auszuüben, dass sie die äußere Freiheit anderer verletzt oder gefährdet; einseitige Übergriffe in die Freiheitssphäre eines anderen Menschen sind zu unterlassen. Nur ganz ausnahmsweise wird verlangt, dass jedermann aus seiner Freiheitssphäre heraustritt, z.B. um einem in Not Geratenen Hilfe zu leisten (§ 323c StGB). Ob diese Ausnahme unter dem Gesichtspunkt des erforderlichen Freiheitsschutzes gerechtfertigt werden kann, wird noch zu prüfen sein (unter V.). Vorsicht ist jedenfalls geboten, wenn sich nach Ansicht des Rechtsphilosophen und Strafrechtlers *Wolfgang Naucke* das Strafrecht „in der Bestrafung der Unterlassungsdelikte ... als in hohem Maße moralisierendes Instrument“ zeigt.⁵⁷

IV. VERBINDUNGEN VON STRAFRECHT UND MORAL

Dass zwischen Strafrecht und Moral trotz deren prinzipieller Trennung auch Verbindungen bestehen, liegt auf der Hand, weil beide Regelungsbereiche auf menschliches Verhalten abzielen. Rechtsgesetze können auch ethische/moralische Gesetze sein (z.B. *pacta sunt servanda* oder z.B. das Verbot des Diebstahls) und Rechtspflichten können auch moralische Pflichten sein. Das ist auch nicht verwunderlich, denn Rechtslehre und Ethik beantworten die eine Frage: Was soll ich tun? Jeweils geht es darum, richtiges Verhalten festzulegen und unrichtiges Verhalten moralisch oder zwangsrechtlich zu sanktionieren. „Tatbestände und Sanktionen des Strafrechts einerseits und der Sozialmoral andererseits streben zwar in allen differenzierten Gesellschaftsordnungen auseinander, decken sich aber immer noch in

52 *Kant*, AA VI 466.

53 So aber *Höffe* (o. Fn. 17), S. 32.

54 *Zaczyk* Nomos Kommentar zum StGB, 3. Aufl. 2010, Rdn. 1 vor § 185.

55 Vgl. *Kant*, AA VI 448 ff.

56 *Kant*, AA VI, 236.

57 *Naucke*, Strafrecht – Eine Einführung, 9. Aufl. 2000, § 7 Rdn. 243.

weiten Bereichen.⁵⁸ Deckungsgleichheit ergibt sich vor allem bei Verhaltensweisen, die auf die äußere Freiheit einwirken. Dass solche Einwirkungen auch moralisch verboten sind, ergibt sich bei *Kant* aus dem für Rechts- und Tugendlehre gemeinsamen kategorischen Imperativ. Als oberster Grundsatz der „Sittlichkeit“ lautet er: „Handle nach einer Maxime, die zugleich als allgemeines Gesetz gelten kann.“⁵⁹ Als oberster Grundsatz der „Rechtslehre“ lautet er: „Handle äußerlich so, dass der freie Gebrauch deiner Willkür mit der Freiheit von jedermann nach einem allgemeinen Gesetze zusammenbestehen könne.“⁶⁰ Damit ist es dasselbe Vernunftsprinzip der Allgemeinheit, das die Verallgemeinerbarkeit bzw. Universalisierbarkeit unserer Maximen und Verhaltensweisen verlangt.

Konkret-praktisch zeigt sich die Verbindung von Strafrecht und Moral, wenn letztere in Form der guten Sitten bzw. der Sittenwidrigkeit vom Strafrecht ausdrücklich in Bezug genommen werden. Dies geschieht nicht nur im Strafrecht. Schon das Grundgesetz errichtet in Art. 2 I GG das „Sittengesetz“ als Schranke für die freie Entfaltung der Persönlichkeit.⁶¹ Auch im Zivilrecht wird durch Vorschriften des BGB, insbesondere durch Generalklauseln, auf sittliche Maßstäbe Bezug genommen.⁶² Von praktischer Bedeutung ist dabei die Regelung des § 138 I BGB, der ein „Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt“, für „nichtig“ erklärt. Im Bereich des Strafrechts ist vor allem § 228 StGB zu erwähnen. Danach handelt derjenige, der „eine Körperverletzung mit Einwilligung der verletzten Person vornimmt, ... nur dann rechtswidrig, wenn die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt“.

Nach *Schreiber* hat der „Gesetzgeber“ mit solchen „Formeln ... bewusst einen Raum für richterliche Wertungen gelassen, die Anwendung des Gesetzes bedarf hier eines ergänzenden Werturteils durch den Richter“.⁶³ Das klingt sehr deskriptiv und wirkt unkritisch. Noch positiver sieht das *Lampe*, nach dem „gesetzliche Verweisungen auf überpositive Normen grundsätzlich legitim“ sind, weil das Recht „als Teil der Sittenordnung ... jederzeit die Rückbindung an die ‚guten Sitten‘ wahren muss“.⁶⁴ Man kann in der Regelung des § 228 StGB aber auch – kritisch – einen unzulässigen Übergriff der Moral in das Strafrecht sehen, weil nicht mehr das Gesetz, sondern die Moral in Form der guten Sitten die Strafbarkeit von Körperverletzungen bestimmt.⁶⁵ Außerdem kann man die fehlende Bestimmtheit der Regelung betonen,⁶⁶ so dass es mangels Klarheit über die guten Sitten letztlich doch der Richter ist, der das „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ (BGHSt 4,

58 So *Lampe*, Strafrechtsphilosophie, 1999, S. 230.

59 *Kant*, AA VI 226.

60 *Kant*, AA VI 231.

61 Näher *Kühl*, GS Meurer, 2002, S. 545 ff, 551 f.

62 Vgl. *Horn*, Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, 4. Aufl. 2007, § 1 Rdn. 16 sowie *Seelmann*, Rechtsphilosophie, 5. Aufl. 2010, § 6 Rdn. 21 ff.

63 *Schreiber* (o. Fn. 25), S. 224.

64 *Lampe* (o. Fn. 58), S. 111.

65 So die Kritik von *Kargl*, JZ 2002, S. 389, 399: die „Sittenwidrigkeit“ ersetze das „freiheitswidrige Unrecht“.

66 Vgl. *Sternberg-Lieben*, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, 1997, S. 136, 162.

S. 24, 32) festlegt.⁶⁷ All diese Einwände können aber nicht umhin, das Faktum zur Kenntnis zu nehmen, dass der Gesetzgeber bewusst rechtliche Entscheidungen auf moral-sittliche Wertungen verlagert. Ob er damit „gut fährt“, ist schon zweifelhaft; ob er diese Delegation an die Moral nicht in bestimmten Bereichen zurücknehmen sollte, wird noch zu prüfen sein (unter V.).

Als letzter Verbindungspunkt zwischen Strafrecht und Moral soll hier nur noch kurz auf „sozialethische“ Argumente in strafrechtlichen Begründungen hingewiesen werden. So soll schon die Strafe – wie bereits unter II. bei Fn. 23 gesagt – neben ihrem Übelscharakter eine „sozialethische Missbilligung“ enthalten.⁶⁸ Der das Unrecht mit-prägende Handlungsunwert soll bei bestimmten handlungstypisierten Delikten durch sozialethisch verwerfliches Verhalten, z.B. durch die Täuschung bzw. Lüge beim Betrug gemäß § 263 StGB, mitbestimmt sein.⁶⁹ „Sozialethische“ Wertungen sollen nach der Rechtsprechung die Verwerflichkeit i.S. des § 240 II StGB bestimmen, die eine Nötigung erst zu einer Straftat macht.⁷⁰ Am bekanntesten sind die „sozialethischen“ Einschränkungen des Notwehrrechts, mit denen man versucht, das scharfe deutsche Notwehrrecht sozialverträglich zu gestalten.⁷¹

Auch wenn eine inhaltliche Untersuchung dieser verschiedenen „sozialethischen“ Argumentationen noch aussteht,⁷² kann man schon jetzt festhalten, dass das Strafrecht in den verschiedensten Sachbereichen eine Absicherung durch die „Sozialethik“ für erforderlich hält, sich also selbst anscheinend nicht genügt. Ob diese Berufung auf die „Sozialethik“ zur strafrechtlichen Problemlösung von außen überhaupt etwas beiträgt, das über die binnen-strafrechtliche Begründung hinausführt, mag schon zweifelhaft sein. Rechtsphilosophisch noch interessanter ist die ebenfalls noch unbeantwortete Frage, ob das auf Freiheitsschutz festgelegte Strafrecht beliebig auf „sozialethische Wertungen“ rekurrieren darf.

V. DIE AUFHEBUNG VON VERBINDENDEN UND TRENNENDEM

Weder die Trennung von Recht und Moral noch die Verbindung von Recht und Moral ist statisch. Vielmehr gibt es Bewegungen zwischen Recht und Moral, die dazu führen, dass sich die Regelungsbereiche verschieben. Das geschieht etwa, wenn Trennendes dadurch aufgehoben wird, dass man der Moral vorbehaltene Bereiche ins Recht integriert.

Dies ist etwa bei der unterlassenen Hilfeleistung der Fall, die sich von der Tugendpflicht der Nächstenliebe durch § 323c StGB zu einer mit Strafe bewehrten Rechtspflicht der Mindestsolidarität entwickelt hat. Dies wird immer noch

67 Problematisierend *Seelmann* (o. Fn. 62), § 6 Rdn. 20 ff. und *Lampe* (o. Fn. 58), S. 110.

68 Vgl. *Kühl* (o. Fn. 23), S. 14 f. bzw. 149 ff.

69 Vgl. *Kühl*, Die Beendigung des vorsätzlichen Begehungsdelikts, 1974, S. 54.

70 Vgl. BGHSt 17, 329, 331.

71 Vgl. *Kühl* (o. Fn. 45), § 7 Rdn. 153 ff.

72 Einen ersten Versuch unternimmt *Kühl*, „Sozialethische“ Argumente im Strafrecht, in: *Jahrbuch für Recht und Ethik*, 11 (2003) S. 219 ff.

als unzulässige Verschiebung der Moral ins Recht kritisiert.⁷³ Und in der Tat ist die § 323c StGB zugrunde liegende Solidarität kein so gefestigter Rechtsbegriff, dass aus ihm ohne weiteres Rechtsfolgen wie die Hilfespflicht für jedermann in Notfällen abgeleitet werden können. Dennoch scheint es möglich, Mindestsolidaritätspflichten in außergewöhnlichen Notfällen in ein freiheitliches (Straf-) Rechtssystem zu integrieren, wenn sie auf die Wiederherstellung der durch die Not in Gefahr gebrachten äußeren Freiheit beschränkt werden.⁷⁴ Eine solche legitime Pflicht ist neben der genannten § 323c StGB-Hilfespflicht auch und erst recht die vom rechtfertigenden Notstand gemäß § 34 StGB geforderte Duldungspflicht gegenüber erforderlichen Rettungshandlungen in Gefahrenlagen; – auch hier ist zum Schutz der gefährdeten Freiheit Mindestsolidarität nicht nur moralisch, sondern auch rechtlich gefragt.⁷⁵

Strafrecht und Moral Verbindendes wird aufgehoben, wenn sich das (Straf-) Recht Regelungsbereiche, die es an die Moral in Form der guten Sitten abgegeben hatte, zurückholt. Das ist z.B. geschehen, als der Gesetzgeber mit dem am 01.01.2002 in Kraft getretenen Prostitutionsgesetz den Bereich der bisher vom Sittenwidrigkeitsverdikt des § 138 BGB betroffenen Prostitution ins Recht verlagert hat. Nach § 1 dieses Gesetzes liegt eine „rechtswirksame Forderung“ vor, „wenn sexuelle Handlungen gegen ein vorher vereinbartes Entgelt vorgenommen worden“ sind. Für das Strafrecht hat dies Auswirkungen beim Vermögensschutz, denn wenn die Prostituierte eine „rechtswirksame Forderung“ hat, so kann sie darum auch nach § 263 StGB betrügerisch gebracht werden.⁷⁶ Bisher war die sog. „geprellte Dirne“ strafrechtlich nicht geschützt, weil ihre Forderung wegen Sittenwidrigkeit nach § 138 I BGB nichtig war und sie ihre Arbeitskraft zu sittenwidrigen Zwecken eingesetzt hat.⁷⁷

Der Bereich des Strafbaren könnte auch durch eine gesetzgeberische Entscheidung im Bereich der Dopingbekämpfung für die Körperverletzung nach §§ 223 ff. StGB erweitert worden sein. Bisher war die Strafbarkeit der Anwendung gesundheitsschädlicher Dopingmittel mit Einwilligung des gedopten Sportlers nur dann nach § 228 StGB „rechtswidrig, wenn die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt“. Fraglich war dabei, ob allein der Verstoß gegen das sportethische Prinzip der Chancengleichheit im sportlichen Wettbewerb diesen Sittenverstoß begründen konnte. Die Begründung eines Sittenverstoßes scheint nun leichter, weil der Gesetzgeber in §§ 6a, 95 I Nr. 2a, III Nr. 4 Arzneimittelgesetz zum Ausdruck gebracht hat, dass er bestimmte Formen des Dopings nicht nur für sittenwidrig,

73 Vgl. die Kritik von *Seelmann*, JuS 1995, S. 281, 283 und von *Morgenstern*, Unterlassene Hilfeleistung, Solidarität und Recht, 1997.

74 Zu weiteren erforderlichen Einschränkungen vgl. *Kühl* (o. Fn. 1), S. 53 f.; ähnlich *Kahlo* (o. Fn. 2), S. 302, 307.

75 Vgl. näher *Kühl*, FS Hirsch, 1999, S. 259, 275 f., in: *Kühl*, u.a. (Fn. 23) § 31 Rn. 29 ff. und demnächst in: FS Frisch, 2013; kritisch zur Solidaritätsbegründung jetzt aber *Pawlik*, Der rechtfertigende Notstand, 2002, S. 57 ff.

76 Vgl. *Rengier*, Strafrecht Bes. Teil I, 14. Aufl. 2012, § 13 Rdn. 133; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht Bes. Teil 2, 34. Aufl. 2011, Rdn. 567.

77 Vgl. zu den verschiedenen Fallkonstellationen beim sog. „Prellen der Dirne“ nach bisherigem Recht *Kühl*, JuS 1989, S. 505 ff.

sondern für rechtswidrig, ja sogar für strafbar hält.⁷⁸ Auch dies könnte als Zurückerobung eines Lebensbereichs verstanden werden, den das (Straf-)Recht bisher der Moral zur (unsicheren) Entscheidung überlassen hatte.

Alle Beispiele zur Aufhebung von Trennendem und Verbindendem haben zur Einschränkung des Bereichs der Moral und zur Ausweitung des Bereichs des (Straf-)Rechts geführt. Diese Verrechtlichung,⁷⁹ ja sogar Kriminalisierung von Moral ist dann gerechtfertigt, wenn die neuen (Straf-) Rechtsvorschriften zum Schutze der äußeren Freiheit erforderlich sind. Dies dürfte in allen Beispielen der Fall sein. Nicht ausgeschlossen ist der umgekehrte Fall der Rückgabe strafrechtlicher Regelungen an die Moral, wie er z.B. bei der Aufhebung der Strafvorschrift zur Homosexualität (§ 175 StGB a.F.) stattgefunden hat; diese Entkriminalisierung durch Rückgabe an die Moral erfolgte zu Recht, denn in diesen Fällen war die sexuelle Selbstbestimmungsfreiheit nicht bedroht. Doch ist dies ein anderes, hier nicht mehr weiter zu verfolgendes Thema, das etwa die kritische Überprüfung von Strafvorschriften wie die Tötung auf Verlangen gemäß § 216 StGB verlangen würde.

Kristijan Kil

Pravni fakultet Univerziteta u Tbingenu

KRIVIČNO PRAVO I MORAL – razdvajajuće i povezujuće –

APSTRAKT

Konstatujući da je značaj pravne filozofije u novije vreme ponovo porastao, autor ističe da među centralne teme dijaloga između pravne filozofije i krivičnog prava spada pitanje odnosa krivičnog prava i morala, a u svojoj još naglašenijoj formi pitanje odnosa krivičnog prava i pravednosti. Kao osnovno pitanje nove filozofske discipline „Pravne etike“ postavlja se pitanje koje pravo je ispravno i pravedno. To pitanje koje se u okviru pravne filozofije postavlja još od antičkog doba uglavnom se svodi na pitanje odnosa prava i morala.

U radu se prvo pronalaze i analiziraju razlike između krivičnog prava i morala, tj. one karakteristike koje ova dva normativna sistema razdvajaju. Polazeći od stavova poznatih filozofa (Kanta, pre svega) autor te razlike dovodi u vezu i sa nekim pozitivnopravnim rešenjima u krivičnom zakonodavstvu. Zatim, govori se o onome što povezuje krivično pravo i moral. I ovde se kao primeri navode i analiziraju rešenja iz pozitivnog krivičnog prava, a ukazuje se i na tzv. socijalno-etičke argumente koji se u krivičnom pravu koriste.

Na kraju, ukazuje se na relativnost onoga što povezuje i razdvaja moral i krivično pravo. Između ostalog, naglašava se da ni ono što razdvaja moral i krivično pravo, a niti ono što ih spaja nije statično već se njihova međusobna granica stalno pomera.

Ključne reči: pravna filozofija, krivično pravo, odnos krivičnog prava i morala, pravna etika.

78 Für Sittenwidrigkeit, weil sonst „wertungswidersprüchlich“ zum AHM, *Stree/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch-Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 228 Rn. 17.

79 Zum Verrechtlichungstrend *Kühl*, FS Achenbach, 2011, S. 251 ff.

Dra. Dulce M. Santana Vega*
University of Las Palmas de Gran Canaria (Spain)

THE FIGHT AGAINST CORRUPTION IN EUROPE: LIGHTS AND SHADOWS**

Abstract: This work addresses the fight against corruption in the European area, analyzing the main organizational and criminal normative instruments of the international and the supranational organizations with a European presence: the OECD, the Council of Europe and the European Union, and concludes with some critical considerations.

Key words: Corruption, International organizations, Council of Europe, OECD, European Union

Zusammenfassung: Diese Arbeit befasst sich mit der Korruptionsbekämpfung im europäischen Raum und analysiert die wichtigsten organisatorischen und kriminell-normativen Instrumente der internationalen und supranationalen Organisationen mit europäischer Präsenz: der OECD, dem Europarat und der Europäischen Union und schließt mit einigen kritischen Bewertungen.

Schlüsselwörter: Korruption, Internationale Organisationen, Europarat, OECD, Europäische Union

PRELIMINARY GENERAL CONSIDERATIONS

There is practically complete agreement among authors about the difficulty of giving a single concept of corruption¹, since this is a complex and transversal phenomenon². Hence, more than a single definition of corruption, reference is always

* Redovni profesor Krivičnog prava, dulce.santana@ulpgc.es

** This work forms part of the Research Project (Der 2014-57128) of Ministry for the Economy and Competitiveness of Spanish Government.

1 In the etymological sense of corruption derives from the Latin *corrupto, corruptionis*, in which the prefix of intensity “con” means to break, to tear up. From a sociological point of view, K. Liebl /2000/: Ich bin korrupt, du bist korrupt, wir sind korrupt! –oder: Wer ist korrupt?“ Überlegungen zur Korruptionsdiskussion und –definition, *Zeitschrift für soziale Probleme und soziale Kontrolle*, N° 11-1/2, p. 7f.

2 See in this sense, I. Blanco /2004/: La corrupción desde una perspectiva criminológica. Un estudio de sus causas desde las teorías de las actividades rutinarias y de la elección racional, (F. Pérez, ed.), *Serta in memoriam Alexandra Baratta* (Salamanca, Universidad de Salamanca), p. 267 f., and J. F. Malem /2016/: La corrupción: Algunas consideraciones conceptuales y contextuales”, *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Ardularitzako Euskal Aldizkaria*, N° 104, 2, p. 26 f.

made to various concepts of corruption, according to the discipline studying it, the causes that cause it, or their types, determined, fundamentally, by the areas in which it takes place (the public administration, police, judiciary, business).

The conventions, treaties and other inter- or supranational instruments on the subject, as well as the state regulations do not usually contain a concept of corruption, nor is the term used in the classification of administrative infractions or crimes that sanction it. If it is contained, descriptive definitions³ are enunciated or assimilated to bribery⁴.

It is also significant to show that, from a synthetic point of view, corruption is usually defined as an “abuse of power to obtain private earnings”, while, in other concepts, both concepts are contrasted in a genus-species relationship⁵.

The effects of corruption basically affect two areas: the structure of the democratic State of Law and the system of the social market economy⁶.

As regards the incidence of corruption in the democratic State of Law, it undermines the moral foundations of society⁷, thereby generating political instability, by distorting electoral processes – internally within political parties and trade unions – or externally in the European community, general, regional or local elections⁸, basically through bribes. In this way, public administrations and democratic institutions in general are delegitimized⁹.

On the other hand, corruption is also a constant threat to human rights, inasmuch as it violates the rule of law¹⁰ and constitutes a violation of the right to equality before the law, leading to the substitution of the public interest by the private

- 3 In the same line, UN /2003/: United Nations Convention against Corruption, Mérida, in UNODC y Corrupción. Available on: <http://www.unodc.org/lpo-brazil/es/corruptcao/>. Date of consultation: March 2. 2016, p. 1.
- 4 See art. 2 of Civil Law Convention on Corruption (infra); J. L. De La Cuesta /2003/: Iniciativas internacionales contra la corrupción, *Eguzkilore*, N° 17, p. 8, however, warns that, there is a growing trend to equate corruption and any administrative irregularities.
- 5 UN /2005/: Acción mundial contra la corrupción. Los documentos de Mérida, (Viena, Naciones Unidas). Available on: https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_merida_s.pdf. Date of consultation: July 2. 2016, p. 88.
- 6 See L. Bernaldo /1998/: Estado, Economía y Corrupción, *THEMIS: Revista de Derecho*, N° 38, p. 255–262, p. 255 f.
- 7 On this matter, inter alia: R. Bustos /2010/: Corrupción política: un análisis desde la teoría y la realidad constitucional, *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 25, pp. 79, 89; J. M. Andrés /2012/: Ética, corrupción y el paradigma del “Homo Economicus”, *Encuentros multidisciplinares*, V. 14, N° 40, pp. 3, 4, 6, 8; M. überhofen /1997/: *La corrupción en el derecho comparado* (Buenos Aires, Ciedla), p. 111; M. Villoria /2002/: Ética pública y corrupción en el inicio de un nuevo milenio”, *Foro Internacional*, N° 170, p. 651 f.
- 8 See G. Ruiz-Rico /2014/: La lucha contra la corrupción desde el estado constitucional de derecho: la legislación sobre financiación de partidos políticos en España, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, N° 7, p. 223 f., emphasizing that: “Constitutional democracy has not been shown to be immune to the phenomenon of corruption”.
- 9 O. Diego /2007/: Marco institucional para combatir la corrupción, *Revista Española de Control Externo*, V. 9, N° 27, p. 159 f.
- 10 G. Marinucci, E. Dolcini /1999/: Diritto penale minimo e nuove forme di criminalità, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, p. 804.

interest of those who corrupt it, thus undermining the ability of governments to offer basic public services¹¹, and thereby generating inequality not only formally, but also materially¹².

In the economic sphere, the effects of corruption are also equally harmful¹³, in that they discourage investors, national or foreign, since companies do not usually invest in areas where bribes and lack of institutional reliability are present¹⁴. Likewise, corruption hinders the creation and survival of small and medium-sized companies¹⁵, since these are the most vulnerable to institutional corruption –both nationally and internationally–, given the difficulty or impossibility of assuming the spiraling costs of bribery.

Corruption does not only put a break on productivity¹⁶, it also accentuates the processes of economic crisis, generating public and private debt, which leads to a subtraction or inefficient distribution of resources for economic and social development and public finances, affecting the welfare state¹⁷.

Finally, corruption gives rise to flows of black money, damaging the stability and reputation of the financial sector, threatening the internal market of each State and therefore supranational organizations such as the European Union¹⁸, in addition to sustaining, to a great extent, tax havens and generating a constant money laundering process.

-
- 11 J. F. Malem /2014/: Derechos Humanos y Corrupción, *Crítica*, Nº 989, p. 49 f.
- 12 M. Villoria /2014/: La transparencia como política pública en España: algunas Reflexiones, *Economía: Revista en Cultura de la Legalidad*, Nº 7, pp. 86, 93, 96 f.
- 13 F. Boehm /2005/: Corrupción y captura en la regulación de los servicios públicos, *Revista de Economía Institucional*, V. 7, Nº. 13, p. 245 f.; J. Fisher /2010/: Fighting Fraud and Financial Crime. A new architecture for the investigation and prosecution of serious fraud, corruption and financial market crimes, Policy Exchange, *Research Note*, marzo, p. 2 f.; O. Johnson /1975/: An economic analysis of corrupt government, with especial application to less developed countries”, *KYLOS*, Nº 28, p. 47 f.; A. Nieto /2007/: ¿Americanización o europeización del Derecho Penal económico?, *Revista Penal*, Nº 19, p. 127 considers that “the Americanization of criminal law against corruption is closely linked to the protection of the market”, where it is not a matter of protecting the Administration, but of avoiding anti-competitive behaviors.
- 14 D. M. Soto, R. Fernández /2007/: Corrupción pública: actuación del gobierno y cuantías de soborno, *Anales de Economía Aplicada*, Nº 7, p. 46 f., conclude that there is a correlation between the articulation of anti-corruption measures and the reduction of costs derived from corruption for companies.
- 15 C. M. Gómez /2004/: El análisis económico de la corrupción, *Quórum: Revista de Pensamiento Iberoamericano*, Nº 10, p. 145.
- 16 With particular reference to the OECD countries, M. Salinas y F. J. Salinas /2006/: Efectos de la corrupción sobre la productividad: un estudio empírico para los países de la OCDE, *Papeles de trabajo del Instituto de Estudios Fiscales. Serie economía*, Nº 6: p. 12 f.
- 17 J. J. Ganuza /2013/: Luchar contra la corrupción y salir de la crisis económica: dos caras de una misma moneda, *Documentos de Trabajo FUNCAS*, Nº 731, pp. 15, 23, maintains that the fight against corruption is a complementary task to any other action that is undertaken in the fight against the economic crisis.
- 18 World Bank /2013/: El precio de la corrupción. Available on: www.bancomundial.org/temas/anti-corrupcion/precio.htm. Date of consultation: March 23. 2016. p. 25; European Parliament /2013/: paragraphs AC, AD, AE y AI.

1. THE FIGHT AGAINST CORRUPTION IN EUROPE BY MEANS OF CRIMINAL LAW

This fight began in the late twentieth century, coinciding with the progressive strengthening of the process towards the political unification of the EU and also with what has been called the “expansion of criminal law”. This last phenomenon can be described as follows¹⁹:

- a) in terms of the broadening of the list of conducts to be criminally punished either by creating new figures, or by expanding the scope or modalities of the existing ones;
- b) in terms of the increase of the applicable penalties, which, given the indeterminacy or the establishment of minimum sanctions in the European normative instruments, has had a multiplying effect on the entity of the penalties to be imposed; and
- c) in terms of the internationalization of crimes, due to the transnational character that many of them may have, especially in the community sphere, due to the permeability of borders –e. g., in the Schengen area-, with the consequent drawing up of international treaties and conventions on penal aspects – substantive and procedural –, or for the effect of the approximation rules of criminal law within the European Union (hereinafter, EU), all of which has had an inflationary effect on the penal legislation of the member states.

The fight against corruption in Europe in the criminal sphere has three main sources of normative production and areas of action:

- The Organization for Economic Cooperation and Development (OECD),
- The Council of Europe and
- The European Union.

2. THE FIGHT AGAINST CORRUPTION FROM THE ORGANIZATION FOR COOPERATION AND ECONOMIC DEVELOPMENT (OECD)

This international organization was created by the Treaty of Paris of December 14, 1960. It currently brings together 35 countries, the majority of which are European. Its main objectives, as its name says, are cooperation and economic development, in which corruption is an obstacle to eradicate, since it also slows the expansion of international trade, which is another of its objectives.

19 G. M. Silva /2001/: *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales* (Madrid, Civitas), pp. 41, 65, 83, 86, 87, conceives supranational integration as a multiplying factor of the expansion of criminal law; adapt such phenomenon to the subject studied here: A. Mateos /1995/: *La Unión Europea y su incidencia en los derechos penales nacionales*, *La Ley*, N° 2p. 939; I. Ortíz De Urbina /2012/: *Política criminal contra la corrupción: una reflexión desde la teoría de la pena (o viceversa)* – in: *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo* (Madrid, Marcial Pons) (S. Mir, M. Corcoy, eds.), p. 385 f.

2.1. *The anti-corruption instruments of the OECD*

A noteworthy anti-corruption instrument of this body is the OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions (Paris, December 17, 1997)²⁰. The purpose of the said agreement is to urge the signatory States to criminalize the fact that a person deliberately offers, promises or grants any undue, pecuniary or other benefit, directly or through intermediaries, to a foreign public official, for himself or for a third party, to act or refrain from acting in the exercise of official functions, in order to obtain or retain a contract or other irregular benefit in the conduct of international economic activities.

The convention urges the punishment of such conduct with custodial sentences and the punishment of legal persons with effective, proportionate and dissuasive sanctions, without determining its nature, which may or may not be criminal.

As an indispensable complement to the effective fight against this crime, each party is urged to take the necessary measures, within the framework of its laws and regulations, regarding the maintenance of books and records, to publish financial statements and accounting and auditing standards, in order to prohibit: the establishment of accounts off the books, the performance of extra-accounting or insufficiently identified transactions, recording non-existent expenses, making entries of items of liabilities with an incorrect identification of their object, as well as using false documents, by companies subject to such laws and regulations, in order to corrupt foreign public agents or to hide the said corruption.

2.2. *Critical assessment*

The 1997 Convention was created to compensate the grievances American companies complained of having suffered, affected by the Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) of 1977, in relation to European companies in international trade²¹.

This Convention has attempted to be an instrument to fight against transnational corruption, especially in the less economically developed countries, but from developed countries, due to the greater difficulty observed in emerging economies to fight corruption of their officials, generally poorly paid, and the weak state structures of the aforementioned less economically developed countries economy, which favored corruption more than the fight against it.

But furthermore, especially after the economic crisis, the introduction of this crime in the OECD states has become a means to prevent the generalization of bribery in international transactions from impeding the –almost forced– internationalization process of SMEs, since these are the ones that, in no way or to a lesser ex-

20 It should be added that the Council Recommendation for Combating the Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions adopted by the Council on 26 November 2009 make special emphasis on the progressive reduction and elimination of grease payments, the non-deductibility of bribes, facilitating complaints and the protection of internal whistleblowers, the articulation of external audits and internal controls in the procurement process, as well as the suspension or exclusion of public benefits for whom are accused/implicated in corruption, among others.

21 B. Huber /2002/: La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional, *Anales de la Facultad de Derecho. Universidad de La Laguna*, N° 19, p. 96 f.

tent, could compete with transnational cooperation in states in which bribes, grease payments or corporate hospitality were a “way of doing business”²². However, its follow-up by the European member countries of the OECD has been very uneven²³.

In recent years, under the aegis of the global economic crisis and double standards, the OECD has also made an effort aimed at combating tax havens, and has compiled one of the best-known lists of them, which, however, do not usually coincide with those of the member states of the organization²⁴.

3. THE FIGHT AGAINST CORRUPTION IN THE COUNCIL OF EUROPE

The Council of Europe is an international organization of regional European scope that came into being after the Treaty of London of May 5, 1949 and that integrates all the states of the European continent with the exception of Byelorussia, Kazakhstan and the State of the Vatican. The aim of this Organization is to promote, through the cooperation of the states of Europe, the configuration of a common political and legal space in the continent, based on the values of democracy, human rights and the rule of law. With such a declaration of principles it is not surprising that the fight against corruption has been one of the central objectives of its activity and functioning.

3.1. *Anti-corruption Instruments in the Council of Europe*

The following agreements in the Council of Europe are worth mentioning:

A.– Criminal Law Convention on Corruption (Convention number 173 of the Council of Europe, signed in Strasbourg on January 27, 1999) and its Additional Protocol made in Strasbourg on May 15, 2003.

-
- 22 Transparency International, UK /2014/: Countering Small Bribes. Principles and good practice guidance for dealing with small bribes including facilitation payments. Available on: <http://www.transparency.org.uk/publications/15-publications/1096-countering-small-bribes>. Date of consultation: Februar 8. 2016, p. 4 f.
- 23 In the application of this Convention and in the prosecution of this crime the United Kingdom has been particularly active, before and after the publication of the Bribery Act in 2010, due to the efficient and pragmatic functioning of the Serious Fraud Office (SFO). However, its operation has not been free of controversy, especially in those cases in which the refusal of persecution was based on the fact that they affected national interests, or because of the arrogation by the aforementioned Office of assumptions that, on everything after the Bribery Act, are the competence of the courts. At the other end would be Spain, which did not introduce the crime of corruption in international commercial transactions into the Criminal Code until Organic Law 5/2010, which has been amended three times during six years; and Spanish public prosecutor's offices have not opened criminal proceedings for this crime until 2016 (among others: DEFEX case: sale of police equipment to the Republic of Angola, where 100 million € was allegedly paid in bribes).
- 24 For example, the US State of Delaware, member of the OECD, played a leading role in money laundering in the case of Spanish corruption known as “white whale” (STS 974/2012, 5–12). On the other hand, and curiously, in the list of the OECD of 2011, Panama – a protagonist country in the “Panama Papers” scandal– was not included as tax haven. However, France dis consider Panamá as a tax haven; and the same goes for Gibraltar and Liechtenstein in the case of Spain. On this matter, see www.oecd.org.

This agreement deals with the corruption of national public officials, including in this concept: the “functionary”, “public official”, “mayor”, “minister” or “judge”, according to the national law of the state in which the person in question exercises these functions and as applied in its criminal law; members of the public prosecutor’s office and persons who exercise judicial functions (Article 1). Corruption of foreign or international public officials is also foreseen (Articles 1c and 5).

As regards the members of any national public assembly exercising legislative or administrative powers or a public official of any other state, each state party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as offenses the conduct included in the Convention, according to its internal law (Articles 1c and 4).

The profuse qualification of what is understood “by public official” in the Criminal Law Convention is noteworthy. The reason for this is due to the different configuration of the concept of civil servant, public sector employee or official in the different European states, in such a way that the mere reference to the concept without precise definitions would have sown confusion. On the other hand, and in this line of precision, the Additional Protocol on corruption of 2003 adds the list of active subjects to the arbitrators and juries.

The conducts to be classified are the active and passive bribery of a public sector official or employee in order to perform or refrain from performing an act in the exercise of their functions (Articles 2 and 3 of the Convention) and the traffic of influence (Article 12), understanding as such the willful conduct of proposing, offering or granting, directly or indirectly, any undue advantage in terms of remuneration to anyone who affirms or confirms being able to exert influence over the decisions of any of the people.

Likewise, the classification of the accounting offense is urged (Article 14), intended to commit, conceal or disguise the offenses consisting of extending or using an invoice or any other document or accounting entry that contains false or incomplete information, or omit in an unlawful manner the accounting of a payment.

It also includes the responsibility of legal persons, as conceived by each state, unless they are public – national or international – (Articles 1d and 18) and which may be of the nature determined by each state, in accordance with criteria of heteroresponsability.

As far as private corruption is concerned, the criminalization of active and passive bribery in the course of commercial activity, to or by a person who directs or works in any capacity for a private sector entity, for themselves or for any other person, in order to perform or refrain from performing an act in breach of their duties is foreseen as a crime (Articles 7 and 8).

As regards the legal consequences of the offence, the punishment of the deprivation of liberty of those legal consequences that give rise to the extradition of natural persons is urged, and, in the case of legal bodies, effective, proportionate and dissuasive sanctions, including pecuniary sanctions, also covering the confiscation of products of the corruption (Articles 18, 19 and 23), which cannot be obstructed by banking secrecy.

In the organic and procedural field, it is worth mentioning the promotion of the independence and specialization of the organs that combat corruption, the co-

operation between national authorities (extradition, information and mutual assistance), and the protection of both the complainants –external and internal – and the other witnesses (Articles 20 to 22).

B.– Civil Law Convention on Corruption (number 174 of the Council of Europe, Strasbourg, November 4, 1999). The purpose of this agreement is to urge the signatory states to establish effective procedures in favor of persons who have suffered damages resulting from acts of corruption, in order to enable them to defend their rights and interests, including the possibility of obtaining compensation for the said damages, understood in a broad sense, that is: the material, non-material and loss of earnings (Article 3), also foreseeing the concurrence of offences (Article 6) and the nullity of contracts or clauses thereof which have as their object an act of corruption (Article 8).

The Convention provides that states establish appropriate procedures so that persons who have suffered damages resulting from an act of corruption committed by their public officials in the exercise of their functions can claim compensation from the state or, if it is a party that is not the state, from the competent authorities of the said party (Article 5). In the event that such damage consists of an unjustified sanction imposed on employees who have well-founded grounds for suspecting corruption and who report in good faith to the responsible persons or authorities, adequate protection measures and compensation shall be established by the state (Article 9).

The period of limitation of the action may not exceed ten years, or be less than three years from the date on which the person who suffered the damage had knowledge or should have known of the damage or the act of corruption, as well as the identity of the person responsible (Article 7).

Being aware of the supranational dimension of many cases of corruption, the parties are urged to cooperate effectively in matters relating to civil proceedings in cases of corruption, in particular as regards the notification of documents, obtaining evidence from abroad, jurisdiction, recognition and enforcement of foreign judgments and costs, in accordance with the provisions contained in the applicable international instruments relating to international cooperation in civil and commercial matters in which they are parties, as well as in accordance with their domestic law (arts. 11–13).

C.– Group of States against Corruption. This body, created by the Resolution of May 5, 1998 of the Committee of Ministers of the Council of Europe, and known by the acronym GRECO, aims, as stated in Article 1 of its statutes, to improve the capacity of its member states to combat corruption through a dynamic process of mutual evaluation and pressure by other countries, as well as through compliance with the commitments assumed in this area.

In the Commission Report to the Council 307/2011, dated 6 June, it is stated that GRECO is the most complete control mechanism for anti-corruption measures existing at a European level, as all the member states of the EU participate in it. It is composed of 49 states: the 48 European states and the USA. Each state appoints up to two representatives with the right to vote in the plenary session of this body and also commits to designate a list of experts with the purpose of preparing evaluations and reports.

The evaluations of GRECO members are carried out through rounds and in accordance with the standards established in the Twenty Guiding Principles of the Fight against Corruption²⁵, the Civil Law Convention on Corruption and the Criminal Law Convention on Corruption and its additional Protocol.

The evaluation reports are drafted after discussion with the evaluated state and, subsequently, they are discussed and, if appropriate, approved in plenary session. In principle they are confidential, but they can be published with the consent of the evaluated state, having been widely published in practice. The reports include a series of recommendations that the evaluated state has to implement within a certain period of time. Subsequently, a control procedure is conducted order to verify compliance with the recommendations and, finally, compliance reports that can be accompanied by appendices are published.

The Communication: “A Comprehensive EU Anti-corruption Policy” of 28 May 2003, having already considered the EU’s participation in GRECO as an essential element of its anti-corruption policy, taking into account the at that time, limited powers of the Community in relation to the Criminal and Civil Law Conventions on Corruption of the Council of Europe²⁶.

On the other hand, the participation of the EU in an independent manner to that of the member states is intended as a way for the EU to perform supervisory tasks, prepare evaluation and compliance reports, as well as to participate in the debates of the GRECO plenary sessions when they affect the EU Member States and, above all, in relation to the candidate countries or potential candidates, provided that they are in conformity. The aim of this is to avoid any additional burden to the administrations of the member states, as well as unnecessary duplication of work already done by GRECO.

3.2. *Critical Assessment*

After the analysis of the normative and organic instruments deployed by the Council of Europe to combat corruption, the importance that they have had and have in the fight to eradicate corruption from the European geographic space is appreciated. However, there is a lack of legal-criminal protection in significant areas:

- a) It has not been able within this organization to urge any international treaty regarding the financing of political parties and/or unions, this being one of the main breeding grounds for corruption in Europe²⁷.

25 See [https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/documents/Resolution\(97\)24_EN.pdf](https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/documents/Resolution(97)24_EN.pdf).

26 The Memorandum of Understanding between the Council of Europe and the EU signed in May 2007 provides for judicial cooperation between the parties in a political context marked by the pre-eminence of the rule of law, including the fight against corruption. This cooperation must be intensified to ensure coherence between EU legislation and the Council of Europe Conventions, but that will not prevent the EU from adopting more far-reaching measures.

27 There is only one Recommendation from the Committee of Ministers to the Member States concerning the common rules against corruption in the funding of political parties and electoral campaigns (Recommendation No. R (2003) 4 of the Committee of Ministers to member states on

- b) The Criminal Law Convention on Corruption, being a very complete normative instrument when it comes to addressing corruption conducts, nevertheless allows excessive reservations to the signatory states, which may mean serious crimes related to acts of corruption go unpunished²⁸.
- c) The Civil Law Convention on Corruption does not sufficiently develop international judicial cooperation. Likewise, it would have been desirable to specify measures aimed at protecting internal whistleblowers who, being a key element in the fight against corruption –both public and private-, end up becoming, due to their systematic lack of protection, collateral victims of the fight against corruption.
- d) Regarding the operation of GRECO, its reports usually basically show deficiencies in the compliance of the agreements, as well as institutional or normative difficulties concerning their application, also clearly showing the implementation or not of the measures that were recommended in previous rounds. The coercive effect of these for the government of the states lies in the fact that this will be known by the opposition political groups, media or experts²⁹, since the lack of publicity and transparency or not of these would be understood or would be highly negative for the state in question.

It should be positively valued that GRECO, through its supervision process, has induced the member states to act especially in the less internationally regulated areas such as the financing of political parties. However, the mandatory or more coercive nature of its recommendations is lacking, which, at times, tend to be contradictory depending on the evaluation round in question and on who the experts are³⁰.

On the other hand, GRECO has not been able to appreciate some systemic factors of corruption causation, as shown by the 2005 GRECO Evaluation Report, which did not warn of the seriousness of the problems that caused a chain of corruption scandals linked to the financial crisis that would be unleashed soon after.

4. THE FIGHT AGAINST CORRUPTION IN THE EUROPEAN UNION

After the creation of the European Economic Community by the Treaty of Rome in 1957, this organization has evolved towards a political union, which would take shape in 1993 in the so-called “European Union”. There would be a parallel process

common rules against corruption in the funding of political parties and electoral campaigns), but this Recommendation does not have the binding force of a treaty.

28 X. Deop /2001/: La lucha contra la corrupción en el Consejo de Europa, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Nº 2, p. 3 f.

29 I. Ortíz De Urbina: *op. cit.*, p. 386 f.

30 R. García /2008/: La aplicación española de las normas de derecho internacional contra la corrupción, *A.E.D.I.*, V. XXIV, p. 267.

of “Europeanization of criminal law”. Three major milestones can be identified in this process: the Maastricht Treaty (1992), the Amsterdam Treaty (1997)³¹ and the Lisbon Treaty (2007)³². This last treaty, along with the Charter of Fundamental Rights and the requirement that all member states be democratic in law, constitute the main pillars in the fight against corruption in the EU.

It is estimated that there have been around 25 million cases of corruption in the EU. Although the majority of the cases have been of a small magnitude and in the public sector, the cost is about 120,000 million euros per year, in other words, 1% of the EU GDP³³.

Regarding corruption in the private sector, a 2013 study on the detection and reduction of corruption in public procurement in the EU (specifically in France, Italy, Hungary, Lithuania, the Netherlands, Poland, Romania and Spain) concluded that in 2010 the total direct costs of corruption in public procurement of only five sectors (roads and railways, water and waste, construction and equipment, training, research and development) in the eight member states mentioned ranged between € 1,400 million and € 2,200 million³⁴.

Nevertheless, despite these figures, most of the member states of the European Union are among the best classified in the International Transparency Corruption Perceptions Index in 2015, with Denmark, Finland and Sweden occupying the podium of the best classified three EU states in that order. However, it is also true that the countries of southern Europe such as Portugal – position 28 –, Spain – position 36 –, Italy – position 44 – or Greece – position 58 – are halfway down the world table³⁵, and some recently incorporated countries such as Hungary – position 50 –, Romania – position 58 –, Bulgaria – position 69 provide even worse results in the aforementioned ranking³⁶.

31 Broadly on the treaties of Maastricht and Amsterdam, J. A. E. Vervaele /2005/: La europeización del Derecho penal y la dimensión penal de la integración europea (Trad. Isidoro Blanco Cordeiro), *Revista Penal*, N° 15, p. 175 f.

32 S. Romeo /2012/: Un nuevo modelo de Derecho penal transnacional: el Derecho penal de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa, *Estudios Penales y Criminológicos*, N° 32, pp. 318, 322 f.

33 European Commission /2014/: Report from the Commission to the Council and the European Parliament. EU Anti-Corruption Report, Brussels, 3.2.2014, 38 final. Available on: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/e-library/documents/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/docs/acr_2014_en.pdf. Schedule the visit: September 28. 2016. p. 3.

34 Pricewaterhouse-Coopers y Ecorys /2013/: Identifying and Reducing Corruption in Public Procurement in the EU – Development of a methodology to estimate the direct costs of corruption and other elements for an EU-evaluation mechanism in the area of anticorruption”. Available on: http://ec.europa.eu/anti_fraud/documents/anti-fraud-policy/research-and- in_public_procurement_en.pdf, pp. 1–371. Fecha de consulta: 2 de febrero de 2016, p. 35 f., 55 f.

35 These countries were called in the European slang under the acronym PIGS, term coined in the Anglo-Saxon financial environment, due to the financial situation of deficit and balance of payments of these Southern European states. Ireland was subsequently included (PIIGS) or even the United Kingdom (PIIGGS). But this term was later extrapolated, before the entry of Eastern European countries into the European Union, to the field of corruption, but, in this area, only in relation to its first modality (Portugal-Italy-Greece-Spain).

36 Transparencia Internacional España /2015/: Tabla sintética de resultados. Available on: http://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2016/01/tabla_sintetica_ipc-2015.pdf. Schedule the visit: Februar 4 2016, p. 1 f.

4.1. *The recent history of the fight against corruption in the European Union with Criminal law*

The fight against corruption within the EU is closely linked to the protection of its financial interests³⁷, which led to the adoption of the Convention of 26 July 1995 and the *Corpus Iuris* initiative³⁸. The intention of the cited *Corpus Iuris* is to harmonize criminal law in this matter, classifying eight criminal figures, among which were corruption, embezzlement or abusive exercise of office.

From this recent precedent until the adoption of the Lisbon Treaty of 2007, the fight against corruption within the EU was characterized by the following notes:

- a) the limited powers that the EU had in the criminal sphere, which prevented it from creating a criminal justice area, as well as those it had in relation to the Criminal and Civil Law Conventions on Corruption of the Council of Europe;
- b) the unanimity rule required for decision-making, which resulted, in many cases, in resolutions and approaches to problems in the manner of an unsatisfactory “common minimum denominator”;
- c) the deficit in the effective application of the then existing normative framework;
- d) the lack of enforceability on the part of the Commission, as well as the fact that the European Parliament and the courts were barely involved in such a fight.

This situation would change significantly after the EU’s accession to the United Nations Convention against Corruption³⁹, which would be reinforced by the decision to participate in the European regional monitoring mechanism, and with the approval of the reiterated Treaty of Lisbon⁴⁰.

4.2. *The Lisbon treaty as a turning point in the legal-criminal fight against corruption in the orbit of the European Union*

This treaty, a substitute for the intended Constitution for Europe, would modify the EU Treaty (Maastricht) and the Treaty establishing the European Community

37 L. A. Arroyo, A. Nieto /2006/: *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo*, (Cuenca, Editorial Universidad Castilla-La Mancha), p. 11 f., emphasize that from the beginning the EU wanted to transcend beyond this matter. On the other hand, V. Musacchio /2011/: *La corrupción en el ámbito europeo: instrumentos y propuestas de política criminal*, *Revista General de Derecho Penal*, N.º. 16, p. 2, considers that Europe is far too focused “on the protection of its own financial interests and little on the real incidence of corruption phenomena”.

38 E. Bacigalupo /2005/: *El “Corpus Juris” y la tradición de la cultura jurídico-penal de los Estados Miembros de la Unión Europea* – in: *Curso de Derecho Penal Económico* (E. Bacigalupo, ed.), Madrid, Editorial Marcial Pons, segunda edición, p. 388.

39 Council Decision 2008/201/CE, of 25 September, on the conclusion, on behalf of the European Community, of the United Nations Convention against Corruption (Official Journal of the European Union L 287 of 29 October 2008).

40 M. Acale /2008/: *Derecho penal y Tratado de Lisboa*, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, N.º 30, p. 349 f.

(Rome), which allows the EU to show more ambition to respond to the concerns and daily aspirations of European citizens, among which is corruption⁴¹. In this respect, a new rubric and structure was given to the content of Chapter IV, which is now called: “Area of freedom, security and justice”, which allows the EU to have an explicit legal support for the adoption not only of mere framework decisions, but of directives of juridical-criminal content in order to guarantee the effective application of the criminal policy of the EU, with a view to the harmonization of norms and measures to combat crime within the EU and, particularly, against corruption⁴².

The “prevention and fight against crime” (Article 2.2 of the Treaty of Lisbon) occupies a preferential place within this framework of freedom, security and justice of the space without borders. In addition, Article 83 of the Treaty on the Functioning of the EU – hereinafter referred to as the TFEU, as amended by the Treaty of Lisbon – provides that the European Parliament and the Council may establish, through directives, minimum standards relating to the definition of criminal offences and sanctions in criminal areas that are particularly serious and that have a cross-border dimension, derived from the nature or repercussions of such infractions, or from a particular need to combat them according to common criteria. Among these criminal areas, corruption covered in Section 2 of the aforementioned article.

On the other hand, Article 67 of the TFEU of the Treaty of Lisbon states, as an aim of the Union, to guarantee a high level of security by means of four ways:

- a) the articulation of measures to prevent and fight crime;
- b) the implementation of coordination and cooperation measures between police and judicial authorities and other competent authorities;
- c) the mutual recognition of judicial resolutions in criminal matters; and
- d) if necessary, the approximation of criminal legislation, overseeing that national parliaments respect the principles of subsidiarity⁴³ and proportionality, in accordance with the protocol on the application thereof (Article 69

41 The Eurobarometer survey for spring 2011 among the main areas on which EU action should focus, the fourth was the fight against crime, and within this 74% of European citizens, corruption was a national and supranational problem (Special Eurobarometer 374 on corruption, February 2012).

42 H. Satzger /2011/: *Europäisierung des nationalen Strafrechts*, en SIEBER, Ulrich et alii, *Europäisches Strafrecht* (Munich, C. H. Beck), p. 231 f., points out as mechanisms of Europeanization of the legal systems of the Member States: regulatory reference, neutralization of national criminal provisions through the preference of EU law, harmonization, or interpretation in accordance with European regulations.

43 According to this principle, a matter must be resolved by the authority (normative, political or economic) closest to the object of the problem. It is included in Article 3 ter. 3 of the Treaty on European Union, amended by the Treaty of Lisbon since December 1, 2009, which says that “Under the principle of subsidiarity, in areas which do not fall within its exclusive competence, the Union shall act only if and insofar as the objectives of the proposed action cannot be sufficiently achieved by the Member States, either at central level or at regional and local level, but can rather, by reason of the scale or effects of the proposed action, be better achieved at Union level”. Critically, M. Fuertes /2015/: *Combatir la corrupción y legislar en la Unión Europea* (Madrid, Editorial Marcial Pons), p. 47 f., wonders if this principle is serving “to weave European Community law better or, rather, it involves the risk of unraveling part of the already braided canvas”.

TFEU), as well as the different systems and legal traditions of the member states (Article 67 TFEU). In any case, as is clear from Article 83.2 of the TFEU, the approximation of laws, through directives, in matters of infractions and sanctions is a second step, after prior harmonization, and conditioned to its essential character and its effectiveness⁴⁴.

From an organic point of view, the Treaty of Lisbon has meant the granting of an increasingly important role to the European Parliament as co-legislator in most matters and the greater involvement of national parliaments. This will make the EU more responsible for its actions in the interest of the citizen, thereby contributing to strengthening the democratic legitimacy of the Union, as had been demanded⁴⁵, which is essential in criminal matters.

On the other hand, it is also worth mentioning the introduction of the qualified majority in the Council in many matters, which will streamline the decision-making process⁴⁶. Nevertheless, the weight of state sovereignty makes it difficult to break away from unanimity altogether⁴⁷.

With regard to judicial control, the Court of Justice of the European Communities will assume judicial oversight of all aspects related to security, justice and freedom, while the Charter of Fundamental Rights of the EU becomes legally binding.

4.3. *Anticorruption normative instruments in the European Union*

The anti-corruption instruments in the EU have the peculiarity, unlike the other international organizations studied, that their effects are deployed towards both the EU's own organizational structure and towards the member states. Another existing difference is that the EU's regulatory instruments are mandatory from when they are approved⁴⁸, ratification is not necessary.

44 However, as will be shown below, this programmatic statement contradicts the remarkable harmonising legislation of recent times in relation to certain groups of crimes, among which are corruption or crimes closely linked to it.

45 J. F. López /2015/: El Parlamento Europeo, legislador del Espacio de Justicia Penal de la UE, *Revista de Derecho Político*, Nº 93, pp. 18, 23; C. Rodríguez-Aguilera /2015/: ¿Es el parlamento europeo el principal responsable del déficit democrático comunitario?, *Revista D'estudis Autònoms i Federals*, Nº 21, p. 107 f., however, affirms that: "the constant reforms to expand their powers have not served to correct the democratic deficit of the whole (...) A special consideration deserves elections to the European Parliament since, in a multilevel system such as the EU, the direct representative mechanisms play a limited role and this, complemented by the low voter turnout, has configured academically these elections (...) as "second grade elections". The representative principle only half-heartedly works, more as a delegation than as true accountability (...) Neither the political actors nor the citizens grant European elections a special relevance, since, on the one hand, they are incapable of reflecting a sort of common pan-European interest, and on the other, operate exclusively as national elections".

46 C. Ferrer /2010/: El Consejo de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa, *Revista Universitaria Europea*, Nº 13, p. 67 etc.

47 See Art. 69 H of the Lisbon Treaty.

48 I. Berdugo /2015/: La respuesta penal internacional frente a la corrupción. Consecuencias sobre la legislación española, *Estudios de Deusto*, Nº 63/1, p. 244.

A.– Framework Decision 2003/568/JHA of the Council of July 22, 2003, on the fight against corruption in the private sector, involves adapting active and passive bribery conduct to the sphere of business activity.

The responsibility – criminal or administrative, at the decision of each member state – of the legal entities is foreseen; the criteria for the imputation of their responsibility are regulated, as well as the imposition of pecuniary sanctions.

The sanctions to be imposed on natural persons must be criminal, more specifically, deprivation of liberty with a maximum duration of at least one to three years. The temporary prohibition of the exercise of the professional activity or of an activity in a similar position or function may also be imposed, when the proven facts give reasons to think that there is a clear risk that the person abuses his position or office through acts of active or passive corruption.

B.– The Framework Decision 2008/841/JAI of the Council of 24 October, concerning the fight against organized crime, has as its main purpose that the member states classify one or both of the following modalities as offences:

- a) the conduct of any person who, intentionally and knowingly of the purpose and general activity of the criminal organization or of its intention to commit the offences in question, actively participates in the illicit activities of an organization, including the provision of information or of material means, recruiting new participants, as well as in all forms of financing its activities knowing that their participation will contribute to the achievement of the criminal purpose of this organization;
- b) the conduct of any person consisting of an agreement with one or more persons to proceed with an activity that, if carried out, involves the commission of the offences set out in Article 1, that is, those of a “criminal organization” and “structured association”, even if that person does not participate in the execution of the activity.

These conducts are publicly actionable criminal offences and will be punished with a maximum penalty of deprivation of liberty of at least two to five years, foreseeing the responsibility –without specifying its nature– of the legal entities, as well as criteria for attenuation of responsibility and coordination of the judicial proceedings.

C.– Directive (EU) 2015/849 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015, concerning the prevention of the use of the financial system for money laundering or financing of terrorism. This directive has, above all, preventive effects on corruption offences, considering them as being included within the concept of “criminal activity” for the purposes of the application of its regulation (Article 3.4.f), which may operate as underlying crimes or related to money laundering or terrorism. It starts from the premise that certain situations present a greater risk of money laundering, which applies in a particular way to business relationships with people who occupy or have held important public positions, especially when they come from countries where corruption is widespread. In these cases, the directive considers that the need to pay special attention to these persons and to

apply enhanced measures of due diligence with respect to the persons entrusted or have been entrusted with important public functions, either in their own country or abroad, and with respect to senior positions of international organizations. In any case, these measures must be preventive and not punitive.

Other instruments affecting the scope of the consequences of crime would have to be added to the above instruments, highlighting Directive 2014/42/EU of the European Parliament and of the Council of 3 April 2014, on the seizure and confiscation of instruments and of the proceeds of crime in the European Union⁴⁹.

With regard to the criminal process, the approved normative instruments focus on: the European arrest warrant⁵⁰, the creation of joint investigation teams⁵¹, the European warrant⁵², the communication of criminal records⁵³, or on internal investigation procedures on corruption of community officials⁵⁴.

Finally, these normative instruments should be complemented by the so-called “anticorruption package” contained in the European Parliament Resolutions, such as the one of October 23, 2013, a declaration of principles, in the style of *lege ferenda*, on the efforts to be undertaken by the EU in the fight against corruption.

4.4. *Organic instruments to combat corruption in the European Union*

Being a supranational organization with aspirations to become the future United States of Europe, organs have been developed in parallel with those existing in the member states in their fight against corruption. The most noteworthy of these organs are listed below.

A) The European Anti-fraud Office (OLAF). It was created by Decision 1999/352/EC and according to Article 1 its functions are:

- a) to conduct, with total independence, external and internal administrative investigations in order to strengthen the fight against fraud, corruption and

49 This Directive has had a greater follow-up than the Warsaw Convention on May 16, 2005, of the Council of Europe.

50 See Council Framework Decision 2002/584/JHA of 13 June on the European arrest warrant and surrender procedures between Member States, under which Art. 2.2 figure corruption as one of the crimes that give rise to it.

51 See Directive 2014/41/EC of the European Parliament and of the Council of 3 April on the European Criminal Investigation Order (Annex and Article 11).

52 See Council Framework Decision 2008/978/JHA of 18 December 2008 on the European evidence warrant for the purpose of obtaining objects, documents and data for use in proceedings in criminal matters.

53 Council Framework Decision 2009/316/JHA of 6 April 2009 on the establishment of the European Criminal Records Information System (ECRIS) in accordance with Article 11 of Council Framework Decision 2009/315/JHA of 26 February 2009 on the organisation and content of the exchange of information extracted from the criminal record between Member States

54 See Decision N° 26/2004 of the Committee of the Regions of 10 February 2004 relating to the conditions and procedures for internal investigations in relation to the prevention of fraud, corruption and any illegal activity detrimental to the Communities’ interests; Council Act of 26 May 1997 drawing up, on the basis of Article K.3 (2) (c) of the Treaty on European Union, the Convention on the fight against corruption involving officials of the European Communities or officials of Member States of the European Union.

any other illegal activity that is detrimental to the Communities' financial interests, as well as any other activity of an operator that constitutes an infringement of the Community provisions;

- b) to develop the anti-fraud policy of the European Commission, presenting to this end the legislative and regulatory initiatives before the aforementioned Commission with a view to achieving the objectives of the fight against fraud;
- c) to represent the EU and provide assistance to national authorities and bodies, with the EU being interlocutor, within its scope of competence, with national police and judicial authorities.

This body regards as an achievement to have managed to recover more than 1.1 billion euros and to have contributed to obtaining, during its existence, the sentences of more than 300 people⁵⁵.

The implementation within the OLAF of the Early Warning System (EWS) is noteworthy in relation to the prevention of public corruption. The EWS is a database of the names of natural or legal persons who have previously carried out fraudulent conduct of the EU's financial interests or are suspected of committing it. This is intended to prevent such people from going to a public tender, or allowing the administration to block or suspend them from a contract or payment. This database has five main levels of alert, from W1 to W5, subdivided, in turn, into other sublevels.

B) Eurojust. This body was created the Decision 2002/187/JHA of the Council, later modified by the Decision 2009/426/JHA of the Council, of December 16, 2008. This unit is a judicial cooperation network, whose scope of competence includes the fight against the fraud, corruption, money laundering and participation in criminal organizations.

The Treaty of Lisbon makes Eurojust an important piece in the work of reinforcement and support in the coordination and cooperation between the national authorities responsible for investigating and prosecuting serious crime affecting two or more member states, or which must be pursued according to criteria common, based on the operations carried out and on the information provided by the authorities of the member states and by Europol. Eurojust is accountable to the Parliament and the Council and its main functions are:

- a) the initiation of criminal investigation proceedings, as well as the proposal for the initiation of criminal proceedings by the competent national authorities, in particular those relating to infractions that harm the financial interests of the Union, as well as the coordination of such investigations and proceedings; in all cases, formal acts of a procedural nature will be carried out by the competent national officials;

⁵⁵ OLAF has among the most significant operations carried out, in the field of corruption, those referred to: the irregular use of EU funds for projects in areas such as external aid, subsidies for agriculture and for environmental conservation; financing non-existent agricultural products (such as non-produced fruit juices or unplanted trees).

- b) the intensification of judicial cooperation through the resolution of conflicts of jurisdiction and close cooperation with the European Judicial Network.

This body will be evaluated in the exercise of its activities not only by the European Parliament, but also by the national parliaments⁵⁶.

C) Europol. This body is the European Police Office. It was created by the Convention based on Article K.3 of the Treaty of the European Union establishing a European Police Office (Europol Convention), signed in Brussels on July 26, 1995. With Decision 2009/371/JAI, of April 6, it changed from being an international organization to being a European agency. Its functioning is governed by the EU Regulation 2016/794 of the Parliament and the Council of May 11.

Europol's role is to support and strengthen the actions of law enforcement authorities and other services with coercive functions of the member states, as well as their mutual cooperation in the prevention of serious crime affecting two or more member states, of terrorism and of the forms of delinquency that harm a common interest which is the object of the EU policy⁵⁷. The European Parliament and the Council determine the structure, functioning, scope and powers of Europol. These competences are basically the following:

- a) the collection, storage, processing, analysis and exchange of information by the European Information System (EIS), in particular that transmitted by the authorities of the member states or third countries or third instances;
- b) the coordination, organization and conduct of investigations and operational activities, carried out jointly with the competent authorities of the member states or within the framework of joint investigation teams, or, where appropriate, in collaboration with Eurojust.

The European Parliament, Council, Commission and national Parliaments are responsible for monitoring Europol activities, institutions to which they will send an annual report, and the European Data Protection Supervisor (EDPS)⁵⁸ will monitor the use of the data they handle. In any case, any operational activity of Europol must be conducted in contact with and in agreement with the authorities of the member states whose territory is affected and the application of coercive measures will correspond exclusively to the competent national authorities.

56 Extensively about roles, functions and relations with other EU bodies, see N. Alonso /2012/: Eurojust, a la vanguardia de la cooperación judicial en materia penal en la Unión Europea, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Nº 16, p. 130 f.

57 Among its most recent and relevant actions in the fight against corruption could be highlighted, by the number of European countries affected, the one carried out in 13 EU countries in which 425 "dubious" football matches were analyzed, disputed in Europe between 2009 and 2011 (70 of them in Germany, country in which already 14 people have been condemned for such events; Great Britain, Switzerland, Finland, Hungary, Belgium, Croatia or Slovenia would complete the list of countries involved).

58 See C. Blasi /2016/: El reglamento europeo de Europol: Un nuevo marco jurídico para el intercambio de datos policiales en la UE, *Revista General de Derecho Europeo*, Nº. 40 pp. 203 f., 217.

D) European Public Prosecutor’s Office. The forecast of its creation is included in Article 86 of the TFEU, with the *Corpus Iuris* being already foreseen in 1997. It was scheduled to start working in 2016, having suffered a further delay. The essential mission of this body will be, in an early stage, the fight against corruption offences that affect the financial interests of the Community, in close cooperation with Eurojust. Its structure provides for the appointment of a European Prosecutor with delegated prosecutors in each of the member states. What sets OLAF apart from the European Public Prosecutor’s Office is the legal nature of its investigations: OLAF conducts administrative investigations, whereas when the European Public Prosecutor’s Office does this it acts as a judicial body⁵⁹.

E) The European Court of Auditors (Article 285 TFEU). This body is composed of one representative from each member state. In addition to auditing EU income and expenditure, it oversees any person or organization that manages EU funds, in particular through spot checks in EU institutions (especially the Commission), in member states and in countries that they receive help from the EU, when they suspect fraud, corruption or other illegal activities, informing OLAF so they can act⁶⁰.

F) The European Ombudsman. This figure was created by the Treaty of Maastricht. They are elected by the European Parliament⁶¹. They have an essential role when it comes to ensuring transparency in the functioning of EU institutions, also investigating claims in cases of maladministration due to, among other causes, those closely linked to the phenomenon of corruption, such as: abuse of power, omission of information, refusal to provide information, or due to incorrect procedures. Their action takes place through different tiered levels of action depending on the seriousness of the matter: a) inform the institution affected by the claim; b) amicable solution; c) making recommendations to the responsible institution; d) if such recommendations are not accepted, a special report can be presented to the European Parliament to take appropriate action.

CRITICAL ASSESSMENT

The fight against corruption, in most of the EU Member States, already had the way paved by the normative and/or organic instruments that emerged under the umbrella of the UN, the OECD or the Council of Europe⁶². What the EU has done has been to intensify, through the process of its political unity, the fight against corruption both within the organization and in the member states.

59 D. Ordoñez /2016/: La corrupción en el seno de las instituciones de la Unión Europea: responsabilidades, investigación administrativa y control judicial, *R.V.A.P.*, N° 104-II, p. 248.

60 C. Ibáñez /2014/: El control jurisdiccional de las cuentas públicas en Europa: El tribunal de Cuentas Europeo y el Tribunal de Cuentas Español, *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 33, p. 344 f.

61 M. F. Quirós Soro /2012/: La transparencia en la Unión Europea, *MÉI: Métodos de Información*, V. 3, N° 5, p. 180 f.

62 But, as J. M. Arias /2012/: Algunas reflexiones sobre la política anticorrupción en la Unión Europea, *Diario La Ley*, N° 7989, p. 2, said: “the pre-existence of this heterogeneous regulatory body has generated dysfunctions”.

Corruption has become a more visible phenomenon⁶³ in the context of the global economic crisis⁶⁴. It is not that there is more corruption in the EU states in the 21st century, but that European citizenship has developed a greater sensitivity to it, both in relation to that existing in the respective member state, and to that arising from the functioning of the EU institutions themselves⁶⁵, because EU has been gradually accumulating more power and, therefore, more risks and cases of corruption⁶⁶.

The date of incorporation of each member state into the EU determines, although not definitively, the corruption indices of each of them, since other geographic or socio-cultural factors such as the North-South and West dynamics have to be taken into account in which the second part of the disjunction is always the one with the highest levels of corruption⁶⁷.

Although the normative and organic framework could be described as sufficient, it has not been accompanied in all the member states with sufficient adequate material and personal resources for its proper application⁶⁸. Moreover, in the EU states with the highest levels of corruption, there is a weak political will to tackle the fight against corruption in a determined way. The latter appears to be shrouded in symbolic and programmatic discourses that are translated, in many cases, into a slow and ineffective pace of the incorporation of community guidelines, their application being highly conditioned by the economic interests of large companies, influential political parties, whose interests are opposed to, on many occasions, the fight against corruption, or, when this is not the case, by the umbrella that can shelter all of the above: state sovereignty.

In any case, the EU wants the fight against corruption to be unified, in other words, to be based on the consideration that a single body fighting corruption contributes to improving coordination, together with the harmonizing element of the European regulations (Regulations, Framework Decisions or Directives).

On the other hand, the fight against corruption within the EU has been centered around three thematic concentric circles that have been and are: organized crime, money laundering and, above all, the fight against the fraud of their financial interests, as well as tax evasion, which have focused the interest of the European substantive regulation from its beginnings, as also demonstrated by the very conformation and powers of the bodies established to combat corruption. Of these, OLAF is acting as, together with Eurojust, the real flagship in the pursuit of corruption,

63 G. Martinico /2014/: EU crisis and constitutional mutations: a review article, *Revista de Estudios Políticos*, N° 165, p. 247 f.

64 European Commission: *op. cit.*, pp. 3, 8.

65 Citizen awareness, as a key in the struggle against corruption, is characteristic of the EU in relation to the other international organizations studied and operates as a key element not only for the prevention of corruption and, therefore, to avoid the use of criminal law, but also as a facilitator of its application when non-criminal sanctions are insufficient.

66 As it became clear in 1999, qualified as “annus horribilis”, by the numerous cases of corruption detected within the European Commission; see D. Ordoñez: *op. cit.*, p. 239 f.

67 European Commission: *op. cit.*, p. 2.

68 I. Berdugo /2015/: *op. cit.*, p. 246.

until the figure of the European Public Prosecutor is established in the future. However, there are problems of configuration and organization, resulting from the complex delimitation of OLAF jurisdictional boundaries and certain operational deficiencies⁶⁹, as well as in the prevention system developed within OLAF: the EWS⁷⁰.

Another feature of European criminal policy in the fight against corruption is what has come to be called the “technocratization” of criminal law. This feature in itself can be positive in that it could mean a greater disconnection of partisan interests or demagogic positions. However, it has had problems: less democratic support, inasmuch as, until the Treaty of Lisbon, the intervention of the European Parliament was limited, and, on the other hand, it has led to an uncritical and hyperbolic acceptance of the European guidelines⁷¹.

Despite all this normative and organic arsenal existing in the EU, at the present time it cannot be said that there is an “EU criminal law”⁷², that is, a criminal law of supra-state scope emanating from the European Parliament, or a supranational criminal jurisdiction for prosecution, although they have been created, as is the case of OLAF, supranational administrative bodies to fight against corruption, as well as generating a significant, although not always sufficient, level of coordination between police, prosecutorial and judicial bodies in the orbit of the EU.

In sum, there is still a significant way to go. The regulation and harmonization of European regulations on banking secrecy⁷³ are at an incipient stage, although it

69 In this sense, M. Fuertes: *op. cit.*, p. 19 f., highlights the need to undertake reforms both in protection of the rights of the people under investigation, and the streamlining and facilitation of complaints, and notes that the European Public Prosecutor has not yet been created.

70 In a particular case (Case 637/2009/(TN)(ELB)FOR) –in relation to the claim of a company against its registration in the OLAF-EWS, arguing that it was irregular, as well as the refusal of OLAF to lift the alert, and alleging that it was not subject to any judicial procedure–, the European Ombudsman recommended a friendly solution, requesting OLAF to lift the W3b alert assigned to the complainant, and examine the information that was in the possession of OLAF in order to determine if another type of alert was more appropriate. OLAF did not follow the European Ombudsman’s proposal, based on its own investigation into the complaint, so the European Ombudsman closed his own investigation with a critical comment in which he also highlighted the unequal rigor with which European citizens were treated, depending on the member state to which they belonged, at the time of being classified in the EWS.

71 N. Corral /2016/: La irracionalidad de la Política criminal de la Unión Europea, *InDret*, N° 4, p. 20.

72 A. Cuerda /1995/: *¿Ostentan ius puniendi las Comunidades Europeas?*, en VVAA, “*Hacia un Derecho Penal económico europeo. (Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemman)*” (Madrid, BOE) p. 625; N. De La Mata, L. Hernández /2012/: La normativa de la Unión Europea y su aplicación en el Derecho penal ambiental e informático” – in: *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo* (S. Mir; M. Corcoy, eds.) (Madrid, Marcial Pons), pp. 495–497, emphasize the fact that strictly speaking, no clause of the funding Treaties of EU can substantiate the existence of a European criminal law in the strict sense, which does not preclude referring to a “Community criminal system”; in the same vein, H. Satzger /2007/ maintains that Criminal law in the proper sense, that is, directly applicable European criminal offenses do not exist today, which does acknowledge is the existence of a European sanctioning administrative Law. Although the redoubt referred to the protection of its financial interests has always been at the origin of any proposal of a European corpus iuris in criminal matters, and is recognized by the authors as – almost – a European criminal law.

73 In this area, mention should be made of the Agreements with countries such as Switzerland, Andorra, Monaco, Liechtenstein and San Marino (in force from 2018) that allow Member States

should be recognized that the main problem in this matter comes from the third states where assets proceeding from corruption flow to after financial engineering operations.

There is also a lack of a determined and joint fight against tax havens, in relation to which there is a notable disparity between the regulations of the member states among themselves⁷⁴, or, when this not the case, part of the territory of a state of the EU functions as a tax haven.

Another matter that remains in the shadow is the regulation of the lobbies operating around the European institutions⁷⁵, whose registration is not mandatory, but voluntary⁷⁶. This situation contrasts, in addition, with that of the member states, since most of them do not even have a regulation regulating lobbying or those that have developed such activity, have done so even less rigorously than the EU⁷⁷.

Finally, this very asymmetry between the EU and its member states is observed in terms of control over the financing of political parties⁷⁸, without contemplating,

of EU to tax its citizens who have accounts in those countries and allows that in those states measures equivalent to those of the EU are applied. There are ongoing talks with Singapore, Hong Kong and Macao. See as well: Council Decision 2009/127/EC of 18 December 2008 concerning the signature, on behalf of the European Community, of the Cooperation Agreement between the European Community and its Member States, of the one part, and the Swiss Confederation, of the other part, to combat fraud and any other illegal activity to the detriment of their financial interests; on agreements with other states, see, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-288_en.htm, and also: Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee – Promoting Good Governance in Tax Matters /* COM/2009/0201 final */.

74 See supra n. 23.

75 F. Morata /1995/: *Influir para decidir: la incidencia de los lobbies en la Unión Europea*, *Revista de Estudios Políticos*, N° 90 p. 131, shows how the lobbies are consubstantial to the process of creation of the EU “in order to put pressure on governments and create the loyalties necessary to deepen the integration process until it becomes irreversible”.

76 In this sense, D. Lundy, O. Hoedeman /2016/: *Lobbies en la Unión Europea, ¿quién está al mando?* *Ahora* N° 20. Available on: <https://www.ahorasemanal.es/lobbies-en-la-union-europea-quien-esta-al-mando>. Date of consultation: December 1. 2016 p. 1, draw attention as they do not appear in the aforementioned EU Registry: “the Standard & Poor’s rating agency, the Anglo-American mining company, the Maersk transport conglomerate, the Levi’s clothing brand or the management service provider of risks AON. There is also a long list of American law firms missing. This situation, with incomplete and inaccurate information, reflects the modest approach and lack of political will in this matter (...) More than 90% of the meetings were held with the financial sector and banking. Only 4% were produced with NGOs or civil society groups (...) The consulting firms that lobby are famous for their ability to have the most influential figures within the European institutions. The famous revolving doors”.

77 Cf. I. M. Álvarez, F. De Montalvo /2014/: *Los lobbies en el marco de la Unión Europea: una reflexión a propósito de su regulación en España*, *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 33 p. 368 f. and 374, who call the regulation of the Member States of the EU that have regulated the lobbying of “little demanding”, in contrast with the most rigorous regulation of the USA or Canada.

78 To date, regulation in this area is limited to European parties and foundations Regulation (EU, EURATOM) n° 1141/2014 of the European Parliament and of the Council of 22 October 2014, on the statute and funding of European political parties and European political foundations, without there being Community provisions on common guidelines for the Member States, in order to avoid irregular funding of political parties and trade unions at the state, regional or municipal level.

for now, what is also a source of corruption: irregular financing of political parties and trade union organizations.

BIBLIOGRAPHY

- Acale, M. /2008/: Derecho penal y Tratado de Lisboa, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Nº 30: pp. 349–380.
- Alonso, N. /2012/: Eurojust, a la vanguardia de la cooperación judicial en materia penal en la Unión Europea, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Nº 16: pp. 119–157.
- Álvarez, M^a I.; de Montalvo, F. /2014/: Los lobbies en el marco de la Unión Europea: una reflexión a propósito de su regulación en España, *Teoría y Realidad Constitucional*, Nº 33: pp. 353–376.
- Andrés, J. M. /2012/: Ética, corrupción y el paradigma del “Homo Economicus”, *Encuentros multidisciplinares*, V. 14, Nº 40: pp. 1–10.
- Arias, J. M. /2012/: Algunas reflexiones sobre la política anticorrupción en la Unión Europea, *Diario La Ley*, Nº 7989: pp. 1–4.
- Arroyo, L. A.; nieto, A. /2006/: Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo”, en arroyo, Luis A.; nieto, A., *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude* (Cuenca, Editorial Universidad Castilla-La Mancha) pp. 11–40.
- Bacigalupo, E. /2005/: El “Corpus Juris” y la tradición de la cultura jurídico-penal de los Estados Miembros de la Unión Europea – in: *Curso de Derecho Penal Económico* (E. Bacigalupo, ed.), Madrid, Editorial Marcial Pons, segunda edición, pp. 753–766.
- World Bank /2013/: El precio de la corrupción”. Available on: www.bancomundial.org/temas/anticorrupcion/precio.htm. Date of consultation: March 23. 2016.
- Berdugo, I. /2015/: La respuesta penal internacional frente a la corrupción. Consecuencias sobre la legislación española, *Estudios de Deusto*, Nº 63/1: pp. 229–265.
- Blanco, I. /2004/: La corrupción desde una perspectiva criminológica. Un estudio de sus causas desde las teorías de las actividades rutinarias y de la elección racional, (F. Pérez, ed.), *Serta in memoriam Alexandra Baratta* (Salamanca, Universidad de Salamanca) pp. 267–296.
- Blasi, C. /2016/: El reglamento europeo de Europol: Un nuevo marco jurídico para el intercambio de datos policiales en la UE, *Revista General de Derecho Europeo*, Nº. 40: pp. 202–221.
- Bernaldo, L. /1998/: Estado, Economía y Corrupción, *THEMIS: Revista de Derecho*, Nº. 38, 1998: p. 255–262.
- Boehm, F. /2005/: Corrupción y captura en la regulación de los servicios públicos, *Revista de Economía Institucional*, V. 7, Nº. 13: pp. 245–263.
- Bustos, R. /2010/: Corrupción política: un análisis desde la teoría y la realidad constitucional, *Teoría y Realidad Constitucional*, Nº 25: pp. 69–109.
- Corral, N. /2016/: La irracionalidad de la Política criminal de la Unión Europea, *InDret*, Nº 4, 2016: pp. 1–32.
- Cuerda, A. /1995/: ¿Ostentan ius puniendi las Comunidades Europeas?, en VVAA, “Hacia un Derecho Penal económico europeo. (Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemman” (Madrid, BOE) pp. 621–635.

- De La Cuesta, J. L. /2003/: Iniciativas internacionales contra la corrupción, *Eguzkilore*, N° 17: pp. 5–26.
- De La Mata, N.; Hernández, L. /2012/: La normativa de la Unión Europea y su aplicación en el Derecho penal ambiental e informático – in: *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, (S. Mir; M. Corcoy, eds.), (Madrid, Marcial Pons) pp. 495–532.
- Deop, X. /2001/: La lucha contra la corrupción en el Consejo de Europa, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, N° 2: pp. 1–13.
- Diego, O. /2007/: Marco institucional para combatir la corrupción, *Revista Española de Control Externo*, V. 9, N° 27: pp. 159–194.
- European Commission /2014/: Report from the Commission to the Council and the European Parliament. EU Anti-Corruption Report”, Brussels, 3.2.2014, 38 final, pp. 1–41. Available on: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/e-library/documents/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/docs/acr_2014_en.pdf. Schedule the visit: September 28. 2016.
- Ferrer, C. /2010/: El Consejo de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa, *Revista Universitaria Europea*, N° 13: pp. 51–84.
- Fisher, J. /2010/: Fighting Fraud and Financial Crime. A new architecture for the investigation and prosecution of serious fraud, corruption and financial market crimes, Policy Exchange, *Research Note*, marzo: pp. 1–36.
- Fuertes, M. /2015/: *Combatir la corrupción y legislar en la Unión Europea* (Madrid, Editorial Marcial Pons).
- Ganuz, J. J. /2013/: Luchar contra la corrupción y salir de la crisis económica: dos caras de una misma moneda, *Documentos de Trabajo FUNCAS*, N° 731: pp. 1–14.
- García, M. /1999/: Hacia un Derecho penal Europeo. La propuesta de “Corpus Iuris”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, N°. 1: pp. 167–182.
- García, R. /2008/: La aplicación española de las normas de derecho internacional contra la corrupción, *A.E.D.I.*, V. XXIV: pp. 241–242.
- Gómez, C. M. /2004/: El análisis económico de la corrupción, *Quórum: Revista de Pensamiento Iberoamericano*, N° 10: pp. 127–147.
- Huber, B. /2002/: La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional, *Anales de la Facultad de Derecho. Universidad de La Laguna*, N° 19: pp. 95–115.
- Ibáñez, C. /2014/: El control jurisdiccional de las cuentas públicas en Europa: El tribunal de Cuentas Europeo y el Tribunal de Cuentas Español, *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 33: pp. 341–351.
- Johnson, O. E. G. /1975/: An economic analysis of corrupt government, with especial application to less developed countries, *KYLOS*, N° 28: pp. 47–61.
- Lundy, D.; Hoedeman, O. /2016/: Lobbies en la Unión Europea, ¿quién está al mando? *Ahora* N° 20. Available on: <https://www.ahorasemanal.es/lobbies-en-la-union-europea,-quien-en-esta-al-mando>. Date of consultation: December 1. 2016.
- Liebl, K. /2000/: “Ich bin korrupt, du bist korrupt, wir sind korrupt! –oder: Wer ist korrupt?” Überlegungen zur Korruptionsdiskussion und –definition”, *Zeitschrift für soziale Probleme und soziale Kontrolle*, N° 11–1/2: pp. 5–22.
- López, J. F. /2015/: El Parlamento Europeo, legislador del Espacio de Justicia Penal de la UE, *Revista de Derecho Político*, N° 93: pp. 15–74.
- Malem, J. F. /2014/: Derechos Humanos y Corrupción, *Crítica*, N° 989: pp. 48–51.

- Malem, J. F. /2016/: La corrupción: Algunas consideraciones conceptuales y contextuales, *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, N° 104, 2: pp. 25–41.
- Marinucci, G.; Dolcini, E. /1999/: Diritto penale minimo e nueve forme de criminalità, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*: pp. 802–820.
- Martinico, G. /2014/: EU crisis and constitutional mutations: a review article, *Revista de Estudios Políticos*, N° 165: pp. 247–280.
- Mateos, A. /1995/: La Unión Europea y su incidencia en los derechos penales nacionales, *La Ley*, N° 2: pp. 939–962.
- Morata, F. /1995/: Influir para decidir: la incidencia de los lobbies en la Unión Europea, *Revista de Estudios Políticos*, N° 90: pp. 120–146.
- Musacchio, V. /2011/: La corrupción en el ámbito europeo: instrumentos y propuestas de política criminal, *Revista General de Derecho Penal*, N°. 16: pp. 1–8.
- Nieto, A. /2007/: ¿Americanización o europeización del Derecho Penal económico?, *Revista Penal*, N° 19: pp. 120–136.
- Ordóñez, D. /2016/: La corrupción en el seno de las instituciones de la Unión Europea: responsabilidades, investigación administrativa y control judicial, *R.V.A.P.*, N° 104-II: pp. 237–266
- UN /2003/: United Nations Convention against Corruption, Mérida, in UNODC y Corrupción. Available on: <http://www.unodc.org/lpo-brazil/es/corrupcao/>. Date of consultation: March 2. 2016.
- UN /2005/: Acción mundial contra la corrupción. Los documentos de Mérida, (Viena, Naciones Unidas). Available on: https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_merida_s.pdf. Date of consultation: July 2. 2016.
- Ortiz de Urbina, I. /2012/: Política criminal contra la corrupción: una reflexión desde la teoría de la pena (o viceversa)” – in: *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, (S. Mir; M. Corcoy, eds.), (Madrid, Marcial Pons) pp. 385–407.
- Pricewaterhouse; Coopers y Ecorys /2013/: “Identifying and Reducing Corruption in Public Procurement in the EU – Development of a methodology to estimate the direct costs of corruption and other elements for an EU-evaluation mechanism in the area of anti-corruption”. Available on: http://ec.europa.eu/anti_fraud/documents/anti-fraud-policy/research-and-in_public_procurement_en.pdf, pp. 1–371. Fecha de consulta: 2 de febrero de 2016.
- Quirós Soro, M. F. /2012/: La transparencia en la Unión Europea, *MÉI: Métodos de Información*, V. 3, N° 5: pp. 177–203.
- Rodríguez-Aguilera, C. /2015/: ¿Es el parlamento europeo el principal responsable del déficit democrático comunitario?, *Revista D'estudis Autònoms i Federals*, N° 21: pp. 99–127.
- Romeo, S. /2012/: Un nuevo modelo de Derecho penal transnacional: el Derecho penal de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa, *Estudios Penales y Criminológicos*, N° 32: pp. 313–386.
- Ruiz-Rico, G. /2014/: La lucha contra la corrupción desde el estado constitucional de derecho: la legislación sobre financiación de partidos políticos en España, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, N°. 7: pp. 223–241.
- Salinas, M.; Salinas, F. J. /2006/: Efectos de la corrupción sobre la productividad: un estudio empírico para los países de la OCDE, *Papeles de trabajo del Instituto de Estudios Fiscales. Serie economía*, N° 6: pp. 3–30.
- Satzger, H. /2011/: Europäisierung des nationalen Strafrechts, en SIEBER, Ulrich et alii, *Europäisches Strafrecht* (Munich, C.H. Beck) pp. 231–271.

- Silva, J. M^a /2001/: La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales (Madrid, Civitas).
- Soto, M^a D.; FERNÁNDEZ, R. /2007/: Corrupción pública: actuación del gobierno y cuantías de soborno, *Anales de Economía Aplicada*, N^o 7: pp. 46–68.
- Transparencia Internacional España /2015/: Tabla sintética de resultados. Available on: http://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2016/01/tabla_sintetica_ipc-2015.pdf. Schedule the visit: Februar 4 2016.
- Transparency International, Uk /2014/: Countering Small Bribes. Principles and good practice guidance for dealing with small bribes including facilitation payments. Available on: <http://www.transparency.org.uk/publications/15-publications/1096-countering-small-bribes>. Date of consultation: Februar 8. 2016.
- Überhofen, M. /1997/: *La corrupción en el derecho comparado* (Buenos Aires, Ciedla).
- Vervaele, J. A. E. /2005/: La europeización del Derecho penal y la dimensión penal de la integración europea (Trad. Isidoro Blanco Cordero), *Revista Penal*, N^o 15: pp. 169–184.
- Villoria, M. /2002/: Ética pública y corrupción en el inicio de un nuevo milenio, *Foro Internacional*, N^o. 170: pp. 645–682.
- Villoria, M. /2014/: La transparencia como política pública en España: algunas Reflexiones, *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, N^o 7: pp. 85–103.

Dr Dulce M. Santana Vega

Univerzitet u Las Palmasu de Gran Kanarija (Španija)

BORBA PROTIV KORUPCIJE U EVROPI: SVETLA I SENKE

APSTRAKT

Autor se bavi pitanjem borbe protiv korupcije na prostoru Evrope kroz analizu organizacionih i krivičnopравnih normativnih instrumenata evropskih internacionalnih i nadnacionalnih organizacija. Stvaranju normativnih okvira za borbu protiv korupcije pod okriljem Saveeta Evrope, OECD-a i Evropske Unije, doprinela je potreba država da prevaziđu koruptivnu aktivnost u različitim oblastima društvenog i ekonomskog života koju je svetska ekonomska kriza dodatno pojačala. To je učinjeno između ostalog i donošenjem odgovarajućih propisa na polju krivičnog prava i stvaranjem nekih organizacionih okvira za njihovu primenu. Međutim, iako određena regulativa postoji, još uvek se ne može govoriti o nadnacionalnom, evropskom krivičnom pravu. Prema mišljenju autora, ono što često predstavlja najveći problem je nedostatak političke volje na najvišim nivoima, uz uslovljenost više ili manje efikasnog delovanja zainteresovanih država geografskim, socio-ekonomskim i drugim faktorima.

Ključne reči: Korupcija, internacionalne organizacije, Savet Evrope, OECD, Evropska Unija

*Miodrag N. Simović**

Ustavni sud Bosne i Hercegovine

Pravni fakultet, Univerzitet u Banjoj Luci

USTAVNI SUD BOSNE I HERCEGOVINE: POSTIGNUĆA I PERSPEKTIVE

Apstrakt: Za ostvarenje principa vladavine prava i pravne sigurnosti u Bosni i Hercegovini od vitalne važnosti je Ustavni sud Bosne i Hercegovine koji treba da uživa poziciju nezavisnosti i neutralnosti. Na taj način se osigurava njegova objektivnost u odnosu na druge organe državne vlasti i osigurava lišenost bilo kakvih vanjskih uticaja i pritisaka, koji bi eventualno dolazili od nekih interesnih grupa ili pojedinaca. U postkonfliktnim uslovima je uloga Ustavnog suda Bosne i Hercegovine često od presudnog značaja. Svrha ovog rada jeste upoznati se s osnovama koncepta Ustavnog suda Bosne i Hercegovine i njegovom implementacijom u pravnom sistemu Bosne i Hercegovine, sa posebnim osvrtom na njegovu apelacionu nadležnost u krivičnim predmetima.

Ključne riječi: Ustav Bosne i Hercegovine, Ustavni sud Bosne i Hercegovine, Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Evropski sud za ljudska prava, apelaciona nadležnost.

UVODNE NAPOMENE

Ustavni sudovi modernih država izraz su ideje da se politička ravnoteža između zakonodavne, izvršne i sudske vlasti u parlamentarnom sistemu ne može osigurati samo uzajamnom mogućnošću djelovanja jedne vlasti na drugu, već da je za tu ravnotežu potreban i institucionalan nadzor u kontekstu ustavnosti djelovanja tih vlasti¹. Ustavna pitanja u nadležnosti su posebno ustanovljenog suda (centralizovana kontrola) s ustavnim sudijama izabranim u posebnom postupku koji ustavnosudsku kontrolu provode prema posebnim procesnim pravilima. Ustavnosudska kontrola je naknadna, represivna. Temeljna je apstraktna kontrola ustavnosti zakona, ali postoji i konkretna kontrola pojedinačnih akata organa državne i javne vlasti koja se provodi pomoću instituta ustavne žalbe (apelacije) radi zaštite ljudskih prava i osnovnih

* Akademik, sudija Ustavnog suda Bosne i Hercegovine i redovni profesor Pravnog fakulteta u Banjoj Luci, dopisni član Akademije nauka i umjetnosti Bosne i Hercegovine, inostrani član Ruske akademije prirodnih nauka i redovni član Evropske akademije nauka i umjetnosti, miodrag.simovic@pf.unibl.org

1 D. Krapac /2013/: Ustavni položaj Ustavnog suda Republike Hrvatske, *Informator* broj 6209, Zagreb, p. 1.

sloboda zagaranтованиh ustavom. Ustavnosudske odluke obavezne su za sve i dužno ih je poštovati svako fizičko i pravno lice.²

Bosna i Hercegovina ima ustavno sudstvo od 1963. godine. Međutim, kao i za cijeli Ustav BiH, tako i za Ustavni sud Bosne i Hercegovine³ važi premisa da je, osim kontinuiteta ustavnopravnog subjektiviteta BiH, ostalo malo sličnosti sa prijašnjim republičkim ustavnim sudom.⁴

Opšti okvirni mirovni sporazum u Bosni i Hercegovini (*General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina*) (1995), kako glasi njegovo potpuno ime, dogovoren je 21. novembra 1995. godine u Dejtonu u SAD, a potpisan je 14. decembra iste godine u Parizu. On se sastojao od okvirnog sporazuma koji je obuhvatao mali broj stranica i 11 djelimično veoma detaljnih aneksa. Republika Bosna i Hercegovina, Republika Hrvatska i Savezna Republika Jugoslavija bile su stranke ugovornog okvira. Niz mirovnih misija je u aneksima dobio mandat da osigura implementaciju Sporazuma. U preambuli Okvirnog sporazuma ne govori se ni o agresiji, ni o međunarodnom ili građanskom ratu, već o tragičnom sukobu koji se treba okončati. U članu 1. ugovorne stranke dogovorile su da će sporove rješavati mirnim putem i da će se međusobno priznavati u svojoj suverenoj jednakosti. Član 9. predvidio je saradnju ugovornih stranaka sa svim akterima koji dobiju nalog za implementaciju Sporazuma. On je zahtijevao od ugovornih stranaka da sudjeluju u procesuiranju ratnih zločina. Većina ostalih članova Okvirnog sporazuma potvrdila je 11 aneksa. Aneks IV ovog sporazuma čini najvažniji dokument za ovu državu – Ustav Bosne i Hercegovine.

1. POLOŽAJ USTAVNOG SUDA PREMA ANEKSU IV DEJTONSKOG SPORAZUMA

Položaj Ustavnog suda je određen članom VI Ustava BiH, a čiji stav 1 utvrđuje da se Ustavni sud sastoji od devet članova. Četiri člana bira Predstavnički dom Federacije, a dva člana Narodna skupština Republike Srpske. Preostala tri člana bira predsjednik Evropskog suda za ljudska prava⁵ nakon konsultacija sa Predsjedništvom BiH. Tačka b) ovog člana propisuje da će sudije biti istaknuti pravници visokog moralnog ugleda, te da svako ko udovoljava takvoj kvalifikaciji i ima pravo glasa – može biti imenovan za sudiju Ustavnog suda. Sudije koje bira predsjednik Evropskog suda ne mogu biti državljani Bosne i Hercegovine ili bilo koje susjedne države.

Ustavotvorac je želio da Ustavni sud u poslijeratnom periodu ima značajnu ulogu u tumačenju Ustava BiH, a time i u procesu ustavnih reformi, posebno imajući u vidu dodatne nadležnosti iz člana III/5 Ustava BiH. Mandat sudija imenovanih u prvom sazivu trajao je pet godina i oni nisu mogli biti reimenovani. S druge stra-

2 J. Omejec, J. /2009/: O potrebnim promjenama u strukturi hrvatskog ustavnog sudovanja, *Hrvatsko ustavno sudovanje*, HAZU, Zagreb, p. 41.

3 U daljem tekstu: Ustavni sud.

4 C. Steiner, N. Ademović /2010/: *Constitution of Bosnia and Herzegovina – Commentary*, Sarajevo: Konrad Adenauer Stiftung, p. 623.

5 U daljem tekstu: Evropski sud.

ne, sudije koji su imenovani nakon prvog saziva, na dužnosti ostaju do navršene 70 godine života, osim ako podnesu ostavku ili s razlogom budu razriješeni na temelju konsenzusa ostalih sudija (član VI/1c) Ustava BiH).

2. NADLEŽNOSTI USTAVNOG SUDA

U skladu s odredbom člana VI/3a) Ustava BiH, Ustavni sud je jedini nadležan da odlučuje o bilo kojem sporu koji se javlja po ovom ustavu između dva entiteta ili između Bosne i Hercegovine i jednog ili oba entiteta, te između institucija Bosne i Hercegovine, uključujući, ali ne ograničavajući se na to: da li je odluka entiteta da uspostavi poseban paralelan odnos sa susjednom državom u skladu sa ovim ustavom, uključujući i odredbe koje se odnose na suverenitet i teritorijalni integritet Bosne i Hercegovine, te da li je bilo koja odredba ustava ili zakona jednog entiteta u skladu sa ovim ustavom. Pitanju da li se pod „sporovima entiteta“ podrazumijevaju i sporovi između organa entiteta, kao i druga pitanja, treba pristupiti u duhu u kojem je Ustav BiH pisan, ne zanemarujući unesene elemente anglosaksonskog prava. Upravo širim tumačenjem odredbi Ustava BiH koji je nastao kao kompromis različitih i suprotstavljenih političkih interesa pod međunarodnim nadzorom možemo reći da je Ustavni sud nadležan i za sukobe nadležnosti entiteta koji je ostvaruju djelovanjem svojih organa. Sporove može pokrenuti član Predsjedništva BiH, predsjedavajući Vijeća ministara BiH, predsjedavajući ili njegov zamjenik bilo kojeg doma Parlamentarne skupštine BiH, jedna četvrtina članova (delegata) bilo kojeg doma Parlamentarne skupštine BiH ili jedna četvrtina članova bilo kojeg doma zakonodavnog organa jednog entiteta.

Druga nadležnost Ustavnog suda jeste apelaciona koja izaziva brojne dileme, a jedna od njih je da li je ovom nadležnošću Ustavni sud postao redovni ili čak vrhovni sud. U okviru ove nadležnosti, Ustavni sud rješava konkretne sporove, o kojima su prethodno odlučivali redovni sudovi.

Treća nadležnost Ustavnog suda odnosi se na pitanja koja mu je prosljedio bilo koji sud u Bosni i Hercegovini u pogledu toga da li je zakon, o čijem važenju njegova odluka zavisi, kompatibilan sa Ustavom BiH, Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda⁶ i njenim protokolima ili sa zakonima Bosne i Hercegovine ili u pogledu postojanja ili domašaja nekog opšteg pravila međunarodnog javnog prava koje je bitno za odluku suda (član VI/3 c) Ustava BiH).

Ustavni sud je takođe nadležan da odlučuje o bilo kakvom sporu u vezi sa zaštitom utvrđenog statusa i ovlašćenja Brčko distrikta koji se može javiti između jednog ili više entiteta i Brčko distrikta ili između Bosne i Hercegovine i Brčko distrikta prema Ustavu BiH i odlukama Arbitražnog tribunala. Svaki takav spor takođe može pokrenuti većina poslanika u Skupštini Brčko distrikta BiH koja uključuje najmanje jednu petinu izabраних poslanika iz reda svakog od konstitutivnih naroda (član VI/3c) Ustava BiH).

Još jedna značajna nadležnost Ustavnog suda se određuje u smislu zaštite vitalnog nacionalnog interesa, kako je predviđeno odredbom člana IV/3e) Ustava BiH.

6 U daljem tekstu: Evropska konvencija.

Naime, predložena odluka Parlamentarne skupštine BiH može biti proglašena destruktivnom po vitalni interes bošnjačkog, hrvatskog ili srpskog naroda, većinom glasova iz reda bošnjačkih, hrvatskih ili srpskih delegata⁷. Kada se većina bošnjačkih, hrvatskih ili srpskih delegata pozove na tačku e) člana IV/3 Ustava BiH, predsjedavajući Doma naroda će (u cilju razrješenja tog pitanja) odmah sazvati zajedničku komisiju, koja se sastoji od tri delegata, od kojih je svaki izabran iz redova bošnjačkih, hrvatskih i srpskih delegata. Ukoliko to Komisija ne uspije u roku od pet dana, predmet se upućuje Ustavnom sudu koji će po hitnom postupku preispitati proceduralnu ispravnost slučaja (član IV/3f) Ustava BiH). Ova uloga Ustavnog suda potencijalno je značajna, jer doprinosi otklanjanju blokade u vršenju zakonodavne vlasti.

3. POSTUPAK PRED USTAVNIM SUDOM

Pravilima Ustavnog suda⁸ oživotvoren je ustavni tekst o Ustavnom sudu, te su detaljno regulisana pitanja organizacije, postupka i pravnog dejstva odluka koje Sud donosi.

Odredbom člana 2 stav 1 Pravila utvrđeno je da je Ustavni sud, u odnosu na druge organe vlasti u Bosni i Hercegovini i bilo koje vanjske uticaje, samostalan i nezavisan, te da svoja prava i dužnosti ostvaruje u skladu sa Ustavom BiH, ovim pravilima i drugim aktima Ustavnog suda.

Ustavni sud odlučuje u sjednicama. Sjednice Ustavnog suda su Plenarna sjednica, sjednica Velikog vijeća i sjednica Malog vijeća. Plenarnu sjednicu čine sve sudije Ustavnog suda. Ustavni sud odlučuje u Plenarnoj sjednici većinom glasova svih sudija Ustavnog suda kada odlučuje o predmetima iz nadležnosti Ustavnog suda: iz člana VI/3a) Ustava kada ih pokrenu ovlašteni podnosioci, te čl. VI/3c), IV/3f) Ustava i Amandmana I na Ustav; u predmetima iz nadležnosti Ustavnog suda iz člana VI/3b) Ustava koji se uvrste na dnevni red Plenarne sjednice, te drugim pitanjima utvrđenim Ustavom BiH, ovim pravilima i zaključkom Plenarne sjednice.

Veliko vijeće čine sudije koje su izabrali nadležni zakonodavni organi entiteta. Predsjednik Ustavnog suda predsjedava Velikim vijećem, a u slučaju njegove spriječenosti, zamjenjuje ga jedan od potpredsjednika kojeg on odredi. Veliko vijeće, većinom glasova svih sudija Ustavnog suda (najmanje pet sudija), odlučuje o predmetima iz nadležnosti Ustavnog suda iz člana VI/3a), kada ih pokrenu neovlašteni podnosioci i člana VI/3b) Ustava BiH, koji nisu uvršteni u dnevni red Ustavnog suda u Plenarnoj sjednici i o drugim pitanjima koja se uvrste na dnevni red sjednice u skladu sa Ustavom BiH i ovim pravilima. Ukoliko nije donesena odluka, predmet se prosljeđuje Ustavnom sudu u Plenarnoj sjednici u tekstu koji predlaže sudija izvjestilac, ako Veliko vijeće ne odluči drugačije.

Većina svih sudija Ustavnog suda (najmanje pet sudija) čini kvorum za održavanje Plenarne sjednice i sjednice Velikog vijeća. Kvorum Malog vijeća čine svi njegovi članovi.

7 Za donošenje takve odluke potrebna je saglasnost Doma naroda, izglasana od strane većine bošnjačkih, većine hrvatskih i većine srpskih delegata koji su prisutni i glasaju.

8 Prečišćeni tekst Pravila Ustavnog suda utvrđen je u *Službenom glasniku BiH* broj 22/14.

Malo vijeće sastoji se od predsjednika Ustavnog suda i dva potpredsjednika iz reda sudija koje su izabrali nadležni zakonodavni organi entiteta. Malim vijećem predsjedava predsjednik Ustavnog suda. Malo vijeće jednoglasno odlučuje o zahtjevima za donošenje privremenih mjera i o administrativnim pitanjima o kojima se ne odlučuje u sjednicama Ustavnog suda.

Rad Ustavnog suda je u principu javan, izuzev na radnim sjednicama pri vijećanju i odlučivanju, kao i pitanjima koja imaju karakter tajnosti po zakonu, kada to zahtijevaju razlozi zaštite morala, javnog reda, sigurnosti države, prava privatnosti ili ličnih prava. Predviđena je ravnopravnost jezika konstitutivnih naroda Bosne i Hercegovine i oba pisma.

U skladu sa članom 59 Pravila Ustavnog suda, Sud donosi: odluku o dopustivosti apelacije po osnovu člana VI/3b) Ustava BiH ili zahtjeva po osnovu neke od ostalih nadležnosti Ustavnog suda; odluku o meritumu apelacije po osnovu člana VI/3b) Ustava BiH ili zahtjeva po osnovu neke od ostalih nadležnosti Suda; odluku o privremenoj mjeri koja je zatražena u apelaciji ili zahtjevu i odluku o obustavi postupka povodom apelacije po osnovu člana VI/3b) Ustava BiH ili zahtjeva po osnovu neke od ostalih nadležnosti Suda.

Kada Ustavni sud donosi odluku o meritumu apelacije ili zahtjeva, to znači da su ispunjeni svi formalni uslovi, te Sud odlučuje da li je došlo do povrede Ustava BiH. Prema tome, odluka o meritumu može biti utvrđivanje povrede Ustava BiH ili odbijanje apelacije ili zahtjeva zato što povrede nema.

Subjekt koji pokreće postupke pred Ustavnim sudom po osnovu jedne od nadležnosti Suda, često se suočava sa opravdanom bojazni da će do okončanja postupka pred Ustavnim sudom, u međuvremenu, pretrpjeti određenu štetu koja se naknadno neće moći ispraviti i nadoknaditi čak i ako Ustavni sud donese odluku pozitivnu za tog subjekta. Da bi se spriječile takve posljedice, Ustavni sud je omogućio da se do donošenja odluke odredi privremena mjera kojom će se spriječiti nastupanje takve štete. Osnovni uslovi koje subjekt mora ispuniti da bi Ustavni sud mogao izreći privremenu mjeru su: (a) predmet mora biti dopustiv, (b) šteta koja bi mogla nastupiti morala bi biti ozbiljna i neotklonjiva i (c) time se ne bi ugrozio neki drugi interes koji ima veći značaj.

Ustavni sud donosi odluku kojom obustavlja postupak kada je u toku postupka: (a) otklonjena neustavnost osporenog akta, (b) osporeni opšti akt prestao da važi, (c) apelant umro ili kada je apelant koji je pravno lice prestao da postoji, (d) prestanu da postoje pretpostavke za vođenje postupka ili kada Sud utvrdi da nije svrsishodno voditi dalji postupak pod uslovom da je to u skladu sa poštovanjem ljudskih prava.

Dosadašnje djelovanje Ustavnog suda, posebno u oblasti zaštite ljudskih prava, posebno je obilježila Odluka o konstitutivnosti naroda u BiH kao potvrda stava da je Bosna i Hercegovina domovina svih njenih građana i nacionalnih zajednica. Upravo je u oblasti zaštite jednakopravnosti svih državljana Bosne i Hercegovine uloga Suda posebno izražena, najprije djelovanjem Doma za ljudska prava (uspostavljenog Aneksom 6 Opšteg okvirnog sporazuma za mir u BiH), te

kroz Komisiju za ljudska prava Ustavnog suda (kao pravnu sljednicu Doma) i konačno samog Suda.

4. NEIZVRŠENJE ODLUKA USTAVNOG SUDA I ULOGA TUŽILAŠTVA BIH

Odredbom člana VI/5 Ustava BiH utvrđeno je da su odluke Ustavnog suda konačne i obavezujuće. Ustavni sud obično preduzima aktivnu ulogu u pogledu praćenja primjene svojih odluka i traži informacije od nadležnog organa u pogledu odluke koju je donio, te, ukoliko je opravdano, ostavlja i dodatni period za izvršenje.

Organi vlasti koji su obavezni da primijene odluke Ustavnog suda, a koji to ne učine, navode različite razloge za neizvršenje koje Sud ispituje u svakom konkretnom slučaju. Ukoliko Sud nađe da postoje valjani razlozi za neizvršenje, u svom internom dokumentu „Informacija o neizvršenju“, kojeg periodično usvaja, odluku označava kao opravdano neizvršenu. U suprotnom, usvaja rješenje o neizvršenju.

Dodatna zaštita u pogledu izvršavanja odluka Ustavnog suda je predviđena članom 238 Krivičnog zakona BiH,⁹ u vidu krivičnog djela „Neizvršenje odluke Ustavnog suda BiH, Suda BiH, Doma za ljudska prava ili Evropskog suda za ljudska prava“, a koji propisuje da će se „službena osoba u institucijama Bosne i Hercegovine, institucijama entiteta ili institucijama Brčko distrikta BiH, koja odbije da izvrši konačnu i izvršnu odluku Ustavnog suda, Suda BiH, Doma za ljudska prava ili Evropskog suda za ljudska prava ili sprječava da se takva odluka izvrši ili na drugi način onemogućava njeno izvršenje – kazniti kaznom zatvora od šest mjeseci do pet godina“.

5. APELACIONA NADLEŽNOST USTAVNOG SUDA

U skladu sa članom 18 stav (1) Pravila Ustavnog suda, Ustavni sud može razmatrati apelaciju samo ako su protiv presude, odnosno odluke koja se njome pobija, iscrpljeni svi djelotvorni pravni lijekovi mogući prema zakonu i ako se podnese u roku od 60 dana od dana kada je podnosilac apelacije primio odluku o posljednjem djelotvornom pravnom lijeku kojeg je koristio. U skladu sa članom 18 stav (2) Pravila Ustavnog suda, Ustavni sud može razmatrati apelaciju i kada nema odluke nadležnog suda, ukoliko apelacija ukazuje na ozbiljna kršenja prava i osnovnih sloboda koje štiti Ustav BiH ili međunarodni dokumenti koji se primjenjuju u Bosni i Hercegovini.

Ustavni sud, prije svega, nije nadležan vršiti provjeru utvrđenih činjenica i način na koji su redovni sudovi protumačili pozitivnopravne propise osim ukoliko odluke redovnih sudova krše ustavna prava. To će biti slučaj kada odluka redovnog suda ne uključuje ili pogrešno primjenjuje ustavno pravo, kada je primjena pozitivnopravnih propisa bila očigledno proizvoljna, kada je relevantni zakon sâm po sebi neustavan ili kada je došlo do povrede osnovnih procesnih prava kao što su pravo

9 Službeni glasnik BiH br. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07, 8/10, 47/14, 22/15 i 40/15.

na pravičan postupak, pravo na pristup sudu, pravo na efektivan pravni lijek i u drugim slučajevima¹⁰. Takođe, pravičnost postupka se ocjenjuje na osnovu postupka kao cjeline¹¹.

5.1. Pravo na ličnu slobodu i bezbjednost

Prema praksi Evropskog suda, osnovanost sumnje na kojoj se mora zasnivati hapšenje čini bitan element zaštite od proizvoljnog hapšenja i lišavanja slobode propisanog članom 5 stav 1 tačka c) Evropske konvencije. Osnovana sumnja da je počinjeno krivično djelo zahtijeva postojanje nekih činjenica ili informacija koje bi uvjerile objektivnog posmatrača da je moguće da je lice koje je u pitanju počinilo krivično djelo¹². Pri tome, u trenutku određivanja pritvora ne mora biti sa sigurnošću utvrđeno da je krivično djelo zaista i počinjeno, te ne mora biti utvrđena njegova priroda. Konačno, shodno članu 5 stav 1 Evropske konvencije, zakonitost pritvora ocjenjuje se na osnovu domaćeg zakona, odnosno mora imati pravni osnov u domaćem zakonu, s tim da lišavanje slobode mora biti u skladu sa svrhom člana 5 Evropske konvencije, tj. lice koje je u pitanju mora biti zaštićeno od proizvoljnosti¹³.

Dalje, odredbe člana 5 stav 3 Evropske konvencije zahtijevaju da je lice lišeno slobode u skladu sa članom 5 stav 1 tačka c) Evropske konvencije, tj. da je lišavanje „zakonito“ u smislu navedenog člana i da obuhvata podjednako i proceduralnu i materijalnu zaštitu takvih lica. Evropski sud je zaključio da poštovanje člana 5 stav 3 Evropske konvencije zahtijeva da sudska vlast preispita sva pitanja u vezi sa pritvorom, te da odluku o pritvoru donese pozivajući se na objektivne kriterijume predviđene zakonom. Pri tome je postojanje osnovane sumnje da je lice lišeno slobode počinilo krivično djelo za koje se tereti *condicio sine qua non* za određivanje ili produženje pritvora, ali to nakon određenog vremena nije dovoljno, već se mora procijeniti da li za pritvor postoje relevantni i dovoljni razlozi¹⁴. Stoga je najprije potrebno utvrditi: da li druge osnove na kojim se zasniva sudska odluka nastavljaju opravdavati lišavanje slobode, te kada su takve osnove „relevantne“ i „dovoljne“ – da li su javne vlasti ispoljile „posebnu marljivost“ u vođenju postupka¹⁵.

Nadalje, opravdanost pritvora procjenjuje se obzirom na okolnosti konkretnog slučaja i njegove specifičnosti. Produženje mjere pritvora biće opravdano ukoliko

- 10 Vidi: Ustavni sud, Odluka broj U 29/02od 27. juna 2003. godine, objavljena u *Službenom glasniku BiH* broj 31/03.
- 11 Vidi: Ustavni sud, Odluka brojU 63/01 od 27. juna 2003. godine, objavljena u *Službenom glasniku BiH* broj 38/03 i Evropski sud, *Thomas protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 10. maja 2005. godine, aplikacija broj 19354/02.
- 12 Vidi: Evropski sud, *Fox, Campbell i Hartley protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 30. avgusta 1990. godine, Serija A broj 182, stav 32; *O'Hara protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 16. oktobra 2001. godine, Izvještaji presuda i odluka 2001-X, stav 34 i *Stepuleac protiv Moldavije*, presuda od 6. novembra 2007. godine, aplikacija broj 8207/06, tačka 68.
- 13 Vidi: Ustavni sud, Odluka o dopustivosti i meritumu, broj AP 5842/10 od 20. aprila 2011. godine, dostupna na web-stranici Ustavnog suda www.ustavnisud.ba.
- 14 Vidi: Evropski sud, *Trzaska protiv Poljske*, presuda od 11. jula 2000. godine, aplikacija broj 25792/94, stav 63.
- 15 Vidi: Evropski sud, pored ostalih, *Idalov protiv Rusije* [GC], br. 5826/03, stav 140, od 22. maja 2012. godine.

postoje stvarni razlozi koji upućuju na postojanje opšteg (javnog) interesa koji je tako važan i značajan da uprkos presumpciji nevinosti preteže nad principom poštovanja slobode pojedinca¹⁶. Obaveza sudske vlasti je da ispita sve razloge „za“ i „protiv“ i da s tim u vezi dâ razloge i obrazloženja¹⁷.

Pri odlučivanju o opravdanosti određivanja ili produženja pritvora protiv osumnjičenog ili optuženog, težina krivičnog djela koje mu se stavlja na teret svakako je relevantan element za odlučivanje. Stoga, Evropski sud prihvata da ozbiljnost optužbi i težina zapriječene kazne predstavljaju inicijalni rizik koji nadležni organi mogu opravdano uzeti u obzir. Međutim, Evropski sud je istovremeno naglasio da ozbiljnost i težina optužbi ne može biti argument koji, sam po sebi, može opravdati produženje pritvora¹⁸, već da je neophodno u takvim slučajevima utvrditi i da li postoje drugi razlozi koji takvu odluku opravdavaju.

Uz to, prema stavu Evropskog suda, određena krivična djela, zbog svoje posebne težine i reakcije javnosti na njih, mogu uzrokovati socijalne nemire, te da se time može opravdati određivanje pritvora barem neko vrijeme. U izuzetnim okolnostima taj faktor se stoga može uzeti u obzir u smislu Evropske konvencije. To, u svakom slučaju, važi ako nacionalno zakonodavstvo priznaje pojam narušavanja javnog reda kao neposrednu posljedicu nekog krivičnog djela. Međutim, taj osnov se može smatrati relevantnim i dovoljnim samo pod uslovom da se zasniva na činjenicama iz kojih jasno proizilazi da bi puštanje osumnjičenog na slobodu zaista narušilo javni red. Konačno, pritvaranje će biti zakonito samo ako je javni red i dalje stvarno ugrožen. Produženje pritvora ne može se koristiti kao anticipacija za zatvorsku kaznu¹⁹. Ovakav stav je slijedio i Ustavni sud u nekim svojim odlukama, npr. br. AP 2930/15 i AP 1971/14²⁰. Takođe, i Komitet ministara Savjeta Evrope smatra da se ovaj osnov može koristiti kao opravdanje za pritvor samo u slučaju da postoje suštinski dokazi o reakciji na teško krivično djelo poput ubistva. Jedino nastanak izuzetne situacije može učiniti pritvor neophodnim²¹.

Osim toga, Ustavni sud je u svojoj Odluci broj AP 3210/15²² razmatrao i apelantove navode u tom predmetu koji su se ticali opravdanosti i postojanja razloga za određivanje pritvora po osnovu člana 146 stav 1 tačka d) Zakona o krivičnom postupku Federacije BiH²³, čija odredba je stipulisana na isti način kao i odredba

16 Vidi: Evropski sud, *Buzadji protiv Moldove*, presuda od 5. jula 2016. godine, stav 90.

17 Vidi: Evropski sud, *Aleksanyan protiv Rusije*, presuda od 5. juna 2009. godine, stav 179.

18 Vidi: Evropski sud, *Ilijkov protiv Bugarske*, presuda od 26. jula 2001. godine, aplikacija broj 33977/96, st. 80 i 81.

19 Vidi: Evropski sud, *Letellier protiv Francuske*, presuda od 26. juna 1991. godine, stav 51 i *I. A. protiv Francuske*, presuda od 23. septembra 1998. godine, stav 104.

20 Vidi: Ustavni sud, odluke broj AP 2930/15 od 16. septembra 2015. godine i broj AP 1971/14 od 17. septembra 2014. godine, dostupne na internetskoj stranici Ustavnog suda www.ustavnisud.ba.

21 Vidi: Preporuka (2006)13 Komiteta ministara Savjeta Evrope o zadržavanju u pritvoru, uslovima u pritvoru i mehanizmima zaštite od zloupotrebe (C/M Rec (2006) 13.

22 Vidi: Odluka Ustavnog suda, broj AP 3210/15 od 27. oktobra 2015. godine, dostupna na internet-skoj stranici Ustavnog suda www.ustavnisud.ba.

23 *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.

člana 197 stav 1 tačka g) Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske²⁴, te utvrdio kršenje apelantovog prava na slobodu i bezbjednost ličnosti u odnosu na postojanje tih razloga i osnova. U toj odluci Ustavni sud je, između ostalog (tač. 63–65), ukazao na Izvještaj Misije OSCE-a u Bosni i Hercegovini iz avgusta 2008. godine u kojem je u odnosu na poseban pritvorski razlog iz tadašnje odredbe tačke d) stava 1 člana 146 Zakona o krivičnom postupku Federacije BiH istakao da Evropski sud uvažava da potreba za održavanjem javnog reda može biti osnov za određivanje mjere pritvora u vrlo ograničenom obimu. OSCE je zaključio da se sveobuhvatan koncept javnog reda zasniva na ugroženosti javne bezbjednosti zbog načina na koji je krivično djelo počinjeno ili zbog posljedica navodnog djela. Međutim, OSCE je istakao da obrazloženja u vezi s primjenom ovog osnova, takođe, „ne sadrže konkretne činjenice koje bi ukazale na to da postoji stalna prijetnja po bezbjednost građana ili imovine u stepenu koji dovodi u pitanje javni red, tako da se usredsređenost stavlja više na objašnjenje načina na koji je navodno djelo počinjeno nego na njegove eventualne buduće posljedice ako se optuženom ne odredi pritvor i, najzad, da stepen u kojem se domaći praktičari oslanjaju na ovaj osnov ukazuje na to da je on postao zamjena za odredbu o obaveznom pritvoru za krivična djela za koja je zapriječena kazna zatvora u trajanju od deset ili više godina, koju su sadržavali prethodni krivični procesni zakoni“.

Ustavni sud je u navedenoj Odluci broj AP 3210/15, uzimajući u obzir standarde Evropske konvencije, praksu Evropskog suda, kao i navedeni izvještaj OSCE-a, zaključio da iz osporenih rješenja, zapravo, ne zapaža da su redovni sudovi predočili relevantne razloge o postojanju stvarne i razumne opasnosti od narušavanja javnog reda u slučaju puštanja apelanata na slobodu, kako propisuju standardi Evropskog suda i kako, konačno, proizilazi iz tačke d) stava 1 člana 146 Zakona o krivičnom postupku Federacije BiH koja, između ostalog, propisuje postojanje „stvarne prijetnje narušavanja javnog reda“. Zaključeno je da redovni sudovi nisu naveli niti jedan konkretan dokaz, niti bilo kakvu indiciju da bi puštanjem apelanata iz pritvora zaista i došlo do narušavanja javnog reda, što je osnovna pretpostavka da bi se uopšte moglo govoriti o primjeni ovog zakonskog osnova za određivanje mjere pritvora, kako nalažu standardi Evropskog suda.

U vezi s tim, Ustavni sud ukazuje da, u smislu uspostavljenih standarda organa Evropske konvencije, te shodno citiranom izvještaju OSCE-a, samo postojanje pretpostavke i apstraktno navođenje da bi puštanje na slobodu osumnjičenih moglo dovesti do stvarne prijetnje narušavanju javnog reda nisu dovoljni, već se moraju navesti konkretne okolnosti koje kao takve nesumnjivo ukazuju na to da će do toga i doći²⁵.

U slučaju iz predmeta broj AP 2886/17, od 11. oktobra 2017. godine, Ustavni sud zapaža da redovni sudovi nisu niti jednim argumentom ukazali da postoji stvarna prijetnja narušavanju javnog reda u smislu navedenih stavova Evropskog suda i Ustavnog suda, već su iznijeli samo pretpostavku da bi puštanje apelanata na slobodu predstavljalo stvarnu opasnost za narušavanje javnog reda pri čemu su propustili da

24 Službeni glasnik Republike Srpske broj 53/12.

25 Vidi: Evropski sud, odluka od 14. septembra 2009. godine u predmetu *Makarov protiv Rusije*, aplikacija broj 15217/07.

utvrde postojanje navedenih okolnosti u vremenu relevantnom za određivanje pritvora i nisu naveli kojim radnjama i dešavanjima će se odigrati narušavanje javnog reda i mira. Samim tim, prema stavu Ustavnog suda, u potpunosti je izostala analiza okolnosti relevantnih za konkretnu situaciju u pogledu postojanja stvarne prijetnje za narušavanje javnog reda, budući da sama pretpostavka da će, zbog činjenice da apelant i oštećena, kao i njihove porodice, rodbina i prijatelji žive u Banjoj Luci, doći do narušavanja javnog reda – sama po sebi nije dovoljna za određivanje pritvora iz ovog pritvorskog razloga. Slijedom navedenog, Ustavni sud zaključuje da su osnovani apelantovi navodi da mu je osporenim rješenjima povrijeđeno pravo iz člana II/3d) Ustava BiH i člana 5 stav 1 tačka c) i stav 3 Evropske konvencije u odnosu na zaključak redovnih sudova da su se stekli i razlozi za određivanje pritvora iz člana 197 stav 1 tačka g) Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske.

5.2. Opšta garancija „pravičnog suđenja“ iz člana 6 Evropske konvencije

Ustavni sud je u svojoj praksi već usvojio jasno stanovište da se na pitanje ima li apelant ili hoće li imati pravično suđenje pred redovnim sudovima – ne može odgovoriti dok je postupak u toku. U skladu s praksom Ustavnog suda i Evropskog suda, pitanje da li je poštovan princip 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 ispravljani u nekoj od narednih faza istog tog postupka. Slijedeći to, nije moguće, u principu, utvrditi je li krivični postupak bio pravičan dok se postupak pravnosnažno ne okonča²⁶.

Kada je u pitanju krivični postupak, opšta garancija „pravičnog suđenja“ iz stava 1 člana 6 Evropske konvencije ima elemente koji dopunjuju specifične garancije utvrđene st. 2 i 3 člana 6²⁷. Ako se se radi o slučaju koji potpada pod neku od specifičnih garancija ustanovljenih st. 2 i 3 člana 6, on može biti razmatran ili u okviru tih garancija²⁸ ili u vezi sa stavom 1 člana 6²⁹. Međutim, ukoliko se aplikacija suštinski odnosi na tvrdnju da je postupak u cjelini, uključujući i žalbeni postupak, bio nepravičan – navodi se ispituju u smislu stava 1 člana 6³⁰.

Ako se utvrđuje da li je postupak u cjelini bio pravičan, potrebno je uzeti u obzir i jesu li poštovana prava odbrane. Posebno se mora ispitati da li je apelantu pružena prilika da ospori vjerodostojnost dokaza i da se usprotivi njegovoj upotrebi. Osim toga, mora se uzeti u obzir i kvalitet dokaza, između ostalog, i da li je, zbog okolnosti u kojima je dokaz pribavljen, dovedena u pitanje njegova pouzdanost ili tačnost³¹.

26 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.

27 Vidi: Evropski sud, *Artico protiv Italije*, A 37 (1980).

28 Vidi: Evropski sud, *Luedicke protiv FRG*, A 29 (1978); 2 EHRR 149.

29 Vidi: Evropski sud, *Benham protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 1996-III; 22 EHRR 293 GC.

30 Vidi: Evropski sud, *Edwards protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, A 247-B (1992); 15 EHRR 417, st. 33 i 34.

31 Vidi: Evropski sud, *Bykov protiv Rusije*, presuda od 10. marta 2009. godine [GC], predstavka broj 4378/02, stav 90.

Van nadležnosti Ustavnog suda je procjenjivati kvalitet zaključaka redovnih sudova u pogledu ocjene dokaza ukoliko se ova ocjena ne doima očigledno proizvoljnom. Isto tako, Ustavni sud se neće miješati u način na koji su redovni sudovi usvojili dokaze kao dokaznu građu. Ustavni sud se neće miješati ni u situaciju kada redovni sudovi povjeruju dokazima jedne strane u postupku na osnovu slobodne sudijske ocjene. To je isključivo uloga redovnih sudova, čak i kada su izjave svjedoka na javnoj raspravi i pod zakletvom suprotne jedna drugoj³². Pri tome, redovni sud nije vezan niti ograničen posebnim formalnim dokaznim pravilima, ali slobodna ocjena dokaza zahtijeva obrazloženje kako svakog dokaza pojedinačno tako i svih dokaza zajedno, te dovođenje svih provedenih dokaza u uzajamnu logičnu vezu. Zatim, prema stavu Evropskog suda, mora se utvrditi da li je licu koje je u pitanju bila pružena mogućnost za osporavanje validnosti dokaza i suprotstavljanje; mora se cijeliti kvalitet dokaza, uključujući i činjenicu jesu li uzeti u okolnostima koje dovode u sumnju njihovu pouzdanost i istinitost³³.

U ovom kontekstu zadatak Ustavnog suda je ispitati jesu li dokazi u korist i protiv lica koje je u pitanju prezentirani tako da osiguraju pravičan postupak³⁴. Prema praksi Evropskog suda, „u principu sud ne procjenjuje da li su izjave svjedoka bile na ispravan način usvojene kao dokazna građa“³⁵. Ovakvu praksu slijedi i Ustavni sud³⁶.

Primarni zadatak domaćih vlasti je da formulišu i primijene pravila koja se tiču prihvatljivosti dokaza³⁷. Osim toga, Ustavni sud, u načelu, nije nadležan da procjenjuje činjenično stanje koje su utvrdili redovni sudovi ukoliko utvrđene činjenice i dokazi na kojima se presuda zasniva ne izgledaju proizvoljno i neprihvatljivo.

Prema praksi Evropskog suda, član 6 stav 1 i stav 3 tačka c) Evropske konvencije uvijek povrijeđeni kada apelant nije bio pozvan na sjednicu žalbenog vijeća ako je to propisano domaćim zakonom, a odluka se ticala činjenica i navoda krivičnog djela, okolnosti pod kojima je djelo učinjeno, kakvo je počiniočevu lično viđenje tih činjenica, a on je zahtijevao da bude prisutan u radu žalbenog vijeća³⁸. Tako, u citiranoj odluci *Delcourt protiv Belgije* na str. 14 i 15 navodi se: „[A] Krivična optužba nije riješena dok oslobađajuća ili osuđujuća presuda nije postala konačna. Krivični postupak čini cjelinu i mora se, obično, završiti izvršnom odlukom... [T] Evropska konvencija ne prisiljava strane ugovornice da ustanove, odnosno formiraju žalbene

32 Vidi: Evropski sud, *Doorson protiv Holandije*, presuda od 6. marta 1996. godine, objavljena u Izvještajima broj 1996–II, stav 78.

33 Vidi: Evropski sud, pored ostalih, *Sevinc i drugi protiv Turske* (dec.), aplikacija broj 8074/02 od 8. januara 2008. godine i *Bykov protiv Rusije* [GC], aplikacija broj 4378/02, stav 90, od 10. marta 2009. godine.

34 Vidi: *mutatis mutandis*, Evropski sud, *Barim protiv Turske* (dec.), aplikacija broj 34536/97 od 12. januara 1999. godine.

35 Vidi: Evropski sud, *Kostovski protiv Holandije*, presuda od 20. novembra 1989. godine, Serija A-166.

36 Vidi, npr: Odluka o dopustivosti i meritumu, broj AP 525/04 od 18. januara 2005. godine.

37 Vidi: Evropski sud, *Thomas protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, odluka o dopustivosti od 10. maja 2005. godine, aplikacija broj 19354/02.

38 Vidi: Evropski sud, *Delcourt protiv Belgije*, presuda od 17. januara 1970. godine, A.11, pp. 14 i 15 i *Monnell i Morris protiv Velike Britanije*, presuda od 2. marta 1987. godine, A.115, p. 25.

ili kasacione sudove. Ipak, od država koje su osnovale takve sudove zahtijeva se da osiguraju licima koja su podložna zakonima (na koja se zakon odnosi) uživanje svih temeljnih garancija sadržanih u članu 6 Evropske konvencije. Iz toga slijedi, ako je apelant ponudio činjenice i dokaze u žalbi za koje smatra da su mu korisni i zahtijeva da ih lično prezentira pred žalbenim vijećem, a takva je mogućnost predviđena domaćim krivičnim zakonodavstvom – da mu se to mora i omogućiti. U suprotnom, radi se o povredi prava na pravično suđenje iz člana 6 Evropske konvencije“.

U tom kontekstu su i navodi iz tačke 57 presude Evropskog suda *Monnell i Morris protiv Velike Britanije*, koja glasi: „U vezi sa aplikacijom kojom se traži dopuštenje za prisustvovanje žalbenom vijeću, žalbeni sud nije ponovno razmatrao činjenice slučaja, niti pozivao svjedoke, iako osnovi žalbe sadrže pitanja utvrđivanja činjenica nasuprot tumačenju samog zakona. Ali, suštinsko za odlučivanje u ovakvim postupcima jeste da li je apelant pokazao postojanje osnova koje bi opravdale saslušanje o žalbi. Ako su razlozi koji se navode zasnovani na zakonu i zaslužuju daljnju argumentaciju ili razmatranje – prisustvo žalioca će biti dopušteno“.

Član 6 stav 3 tačka d) Evropske konvencije sadrži dva prava: 1) pravo optuženog da mu se omogući da ispituje svjedoka optužbe i 2) pravo na saslušanje svjedoka odbrane pod istim uslovima koji vrijede i za svjedoka optužbe³⁹. Ustavni sud smatra da ova odredba zahtijeva da se optuženi stavi u položaj potpune jednakosti s tužiocem, te da mu se omogući da ispita i ospori svjedočenje svjedoka optužbe, kao i da pozove i ispita svoje svjedoke pod istim uslovima. Međutim, Ustavni sud naglašava da ova odredba nema apsolutno djelovanje, tj. ovo pravo optuženog nije neograničeno, a izuzeci su propisani zakonom⁴⁰.

5.3. Nadležnost Ustavnog suda da ocjenjuje visinu dosuđenog iznosa naknade nematerijalne štete

Imajući u vidu da je apelacionim navodima u predmetu broj AP 754/14 od 30. marta 2017. godine ukazano na povredu prava na pravično suđenje u vezi s pogrešnom primjenom materijalnog prava i nedostatkom obrazloženja u pogledu dosuđene visine naknade nematerijalne štete u postupku odlučivanja o žalbi i reviziji, Ustavnom sudu se kao ključno postavlja pitanje da li može ulaziti u ocjenu visine dosuđenog iznosa naknade za ovaj specifični vid štete. S tim u vezi, Ustavni sud naglašava da je njegova nadležnost određena Ustavom BiH, kao i ograničenjima (kočnicama) koje je Ustavni sud razvio kroz svoju praksu. Jedno od takvih ograničenja (kočnica) je principijelan stav Ustavnog suda da ne ispituje činjenice koje su utvrdili redovni sudovi. Međutim, taj stav nije apsolutan s obzirom na to da praksa Ustavnog suda u tom pravcu dozvoljava izuzetke u slučajevima kada su relevantne činjenice utvrđene „očigledno proizvoljno“. Opravdanje za navedeni izuzetak Ustavni sud nalazi u činjenici da „proizvoljnost“, odnosno „arbitrarnost ili samovolja“ ne može biti u skladu sa principima iz Ustava BiH uprkos tome što utvrđivanje rele-

39 Vidi: presudu Evropskog suda, *Unterpertinger protiv Austrije*, od 24. novembra 1986. godine, Serija A-110.

40 Vidi: Ustavni sud, Odluka broj AP 105/03 od 30. novembra 2004. godine, st. 25–27.

vantnih činjenica spada u osnovnu nadležnost redovnih sudova. Dakle, navedeni izuzetak je potreban da bi se mogla popraviti odluka koja je potencijalno neustavna. Ovaj izuzetak se mora krajnje oprezno primjenjivati, ali ne smije postati apsolutno pravilo, jer bi to, u konačnici, predstavljalo redukciju ustavnih prava. Naime, postavlja se pitanje da li bi Ustavni sud trebalo da odbije da zasnuje nadležnost čak (i) da je u konkretnom slučaju na ime naknade štete dosuđen iznos od 1 KM uz obrazloženje da je utvrđivanje relevantnih činjenica u osnovnoj nadležnosti redovnih sudova?! Prema mišljenju Ustavnog suda, tako rigidan princip u pogledu preispitivanja činjenica sigurno bi imao kao posljedicu uskraćivanje zaštite koju pružaju prava zagarrantovana Ustavom BiH.

Osim toga, Ustavni sud ukazuje na praksu Evropskog suda u predmetu *Tolstoy Miloslavsky protiv Ujedinjenog Kraljevstva*⁴¹ u kojoj se Evropski sud, osim suštine zahtjeva iz člana 10 Evropske konvencije, dakle, prava na slobodu izražavanja, bavio primjenjivošću člana 6 stav 1 Evropske konvenciju u kontekstu dosuđene naknade štete, ukazujući na to da je taj slučaj bio ograničen na prigovor u pogledu iznosa utvrđene odštete i sudski nalog, te da je s obzirom na ostale slučajeve klevete koje je do tada ispitivao – sud bio drugačiji. Evropski sud je pri tom podsjetio da se njegovo ponovno razmatranje odnosi na odluku o naknadi štete (kako ju je procijenila porota u uslovima sudskog nadzora) i da se ne proteže na utvrđivanje klevete od porote iz čega proizlazi da je prostor ocjene još manji nego da se aplikacija odnosila i na klevetu. U konkretnom predmetu dosuđeni iznos naknade nematerijalne štete za klevetu je bio tri puta veći od najveće naknade štete za klevetu koja je donesena prije toga u Engleskoj, a nakon toga nije donesena presuda s kojom bi se ona mogla uporediti. Stoga se, kako smatra Evropski sud (tačka 49), iznos dosuđene štete mora dovesti u kontekst mjerodavnog (nacionalnog) materijalnog prava i kontekst zahtjeva za srazmjernost (proporcionalnost).

Imajući u vidu navedenu praksu, Ustavni sud ocjenjuje da se, u smislu člana 6 stav 1 Evropske konvencije, može upustiti u raspravljanje o dosuđenoj naknadi štete sa aspekta njene proporcionalnosti, i to u odnosu na elemente iz kojih se formira novčana naknada kao pravična zadovoljština za neosnovano lišavanje slobode, imajući pritom u vidu da se taj iznos naknade štete utvrđuje na temelju specifičnih okolnosti svakog konkretnog slučaja, dakle i ovog, na bazi elemenata iz kojih se formira novčana naknada ne ulazeći u njenu visinu, odnosno njen obim. Pri tome Ustavni sud afirmiše stav Suda BiH povodom izjavljene revizije prema kojem iznos nematerijalne štete zbog povrede časti, ugleda i slobode, proizašle zbog neosnovanog pritvora, nije fiksni i ne može da se uspostavi čak ni putem sudske prakse u sličnim predmetima, već se utvrđuje na osnovu specifičnih okolnosti svakog konkretnog slučaja.

U tom kontekstu, Ustavni sud, prije svega, podsjeća da, prema praksi Evropskog suda, pravo pojedinca na ugled predstavlja element njegovog „privatnog života“ zaštićenog članom 8 Evropske konvencije⁴², što predstavlja vrijednost čiju zaštitu

41 Vidi: Evropski sud, *Tolstoy Miloslavsky protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, aplikacija broj 18139/91 od 13. jula 1995. godine.

42 Vidi: Evropski sud, *Chauvy i drugi protiv Francuske*, broj 64915/01, stav 70, ECHR 2004-VI; *Pfeifer protiv Austrije*, broj 12556/03, stav 38, ECHR 2007-XII i *Petrina protiv Rumunije*, presuda od 14. oktobra 2008. godine, predstavka broj 78060/01, stav 28.

ne treba dovoditi u pitanje. Prilikom pojmovnog određenja časti i ugleda Ustavni sud ističe da se svaka ljudska individua odlikuje tim kategorijama koje su sastavni neodvojivi dio njene ličnosti. Čast se najčešće definiše kao skup nematerijalnih vrijednosti koje čovjek posjeduje kao ljudsko biće i kao pripadnik određene društvene zajednice, a stiče se rođenjem. S druge strane, o ugledu se najčešće govori kao o drugoj strani časti, tzv. vanjskoj časti, koja podrazumijeva uvažavanje koje čovjek ima u društvenoj zajednici. Na taj način određeni, čast i ugled predstavljaju neodvojive kategorije koje se mogu posmatrati s različitih aspekata, pa i sa aspekta njihove građanskopravne zaštite⁴³.

U konkretnom slučaju, kako proizlazi iz činjenica konkretnog predmeta, prvostepeni sud je u obrazloženju svoje presude naveo da satisfakcija kao cilj kojem naknada štete služi obuhvata sve štetne posljedice koje su u vezi sa ličnošću oštećenog, a koje su proistekle iz neosnovanog lišavanja slobode pri čemu je imao u vidu težinu i prirodu krivičnih djela koja su apelantu stavljena na teret, činjenicu da je apelant konačnom presudom oslobođen optužbi za ta djela, zatim je ocijenjena činjenica vremenskog lišavanja slobode (11 mjeseci), nalaz i mišljenje vještaka neuropsihijatra na okolnost trpljenja duševnih bolova zbog narušavanja časti i ugleda kao direktne posljedice sudskog procesa i pritvaranja, te je na istu okolnost ocijenio izjave saslušanih svjedoka i apelanta u svojstvu parnične stranke. Prilikom odlučivanja o visini naknade nematerijalne štete zbog duševnih bolova uzrokovanih povredom časti i ugleda neosnovanim lišavanjem slobode prvostepeni sud je, dakle, imao u vidu bitne kriterije ocijenjene sa aspekta konkretnog slučaja, i to: dužinu trajanja lišavanja slobode, apelantovu raniju neosuđivanost, porodičnost i status koji je uživao u svojoj životnoj i radnoj sredini, te je, polazeći od cilja pravične naknade koja u sferi cjelokupnog društva mora očuvati sistem vrijednosti u kome element ličnog integriteta ima određeno mjesto, zaključio da je pravična naknada nematerijalne štete za duševne bolove koje je trpio apelant zbog boravka u pritvoru iznos od 120.000 KM.

Međutim, za razliku od navedenog stava, Sud BiH je u žalbenom postupku djelimičnim uvažavanjem žalbe i preinačenjem prvostepene presude u pogledu dosuđene visine naknade nematerijalne štete zbog povrede časti i ugleda naglasio da je „drugostepeno vijeće, imajući u vidu sve okolnosti konkretnog slučaja, kao i praksu Suda BiH u sličnim slučajevima (naknada štete M. Š. optuženom u istom krivičnom predmetu za ista djela kao i apelant)“ ocijenilo da je opravdan prigovor tužene da je dosuđeni iznos na ime naknade nematerijalne štete od 120.000,00 KM previsok i da pogoduje težnjama koje nisu spojive s njenom prirodom i društvenom svrhom. Prema ocjeni drugostepenog vijeća Suda BiH, koja je potvrđena i u revizijskom postupku, iznos od 30.000KM predstavlja odgovarajuću satisfakciju za sve štetne posljedice koje je pretrpio apelant zbog neosnovanog pritvora koji je trajao 11 mjeseci. Navedeni stav je potvrđen u revizijskom postupku uz zaključak da iznos od 30.000KM u konkretnom slučaju predstavlja pravičnu satisfakciju za pretrpljene duševne bolove zbog povrede ugleda, časti i slobode.

Imajući u vidu navedeno, zatim, ključne prigovore na koje je ukazano apelacijom, kao i praksu Evropskog suda u predmetu *Tolstoy Milostavsky protiv Ujedinjenog*

43 Vidi: Ustavni sud, Odluka o dopustivosti i meritumu, broj AP 2814/13 od 20. aprila 2016. godine, stav 42, dostupna na www.ustavnisud.ba.

Kraljevstva, Ustavni sud smatra da je Sud BiH u žalbenom i revizijskom postupku propustio da dovede iznos dosuđene štete u kontekst materijalnog prava u pogledu specifičnih okolnosti koje se tiču apelanta (jasno navedenih u prvostepenoj presudi) i, s tim u vezi, kontekst zahtjeva proporcionalnosti, dakle nematerijalnih vrijednosti koje se tiču apelanta kao ljudskog bića, a zatim kao pripadnika određene društvene zajednice, i to s njegovog građanskopravnog aspekta, pa proizlazi zaključak da je iznos nematerijalne štete zbog povrede časti i ugleda usljed neosnovanog lišavanja slobode u okolnostima konkretnog slučaja proizvoljno odmjeren, konkretno, propuštanjem da se dovedu u vezu specifične okolnosti (svakog pojedinog slučaja) i, s tim u vezi, proporcionalnost.

Shodno navedenom, Ustavni sud zaključuje da je u okolnostima konkretnog slučaja u revizijskom i žalbenom postupku prekršeno apelantovo pravo na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava BiH i člana 6 stav 1 Evropske konvencije.

5.4. *Pravo na djelotvoran pravni lijek u vezi sa pravom na slobodu kretanja i prebivališta*

U predmetu broj AP 715/17 od 22. marta 2017. godine Ustavni sud je zaključio da postoji povreda prava na djelotvoran pravni lijek iz člana 13 Evropske konvencije u vezi sa pravom na slobodu kretanja iz člana II/3m) Ustava BiH i člana 2 Protokola broj 4 uz Evropsku konvenciju kada je, zbog propusta redovnog suda da po isteku dva mjeseca ispita da li je primijenjena mjera zabrane kojom se ograničava apelantica sloboda kretanja i dalje potrebna, apelantica lišena mogućnosti da u adversarnom postupku pred sudom ospori izrečene mjere, te u nedostatku odluke iskoristi djelotvoran pravni lijek propisan zakonom.

Član 2 Protokola broj 4 garantuje svakome pravo na slobodu kretanja u okviru određene teritorije i pravo da napusti tu teritoriju, što znači pravo da putuje u zemlju po svom izboru u koju može biti primljen⁴⁴. Shodno navedenom, proizlazi da izrečena mjera zabrane napuštanja boravišta i putovanja predstavlja ograničenje apelantice prava na slobodu kretanja u smislu navedenog stava Evropskog suda. Na drugačiji zaključak ne utiče ni činjenica da apelantici nije ograničena sloboda da izlazi iz svog doma, te imajući u vidu efekt dodatnih naloga (obaveze javljanja svakih sedam dana policiji i zabrane sastajanja samo sa određenim licima), da ima društveni život i održava kontakte sa vanjskim svijetom⁴⁵.

Kada postoji osnovan prigovor da mjere koje je preduzela javna vlast mogu narušiti slobodu kretanja pojedinca, član 13 Evropske konvencije zahtijeva da nacionalni pravni sistem omogući licu koje je u pitanju da u adversarnom postupku pred sudom ospori izrečene mjere.⁴⁶ Uz to, član 13 Evropske konvencije garantuje dostupnost na državnom nivou pravnog lijeka kojim se podnosi žalba zbog povrede sloboda i prava iz Konvencije. Zbog toga, mada je državama dozvoljena određena diskrecija u pogledu načina na koji će ispoštovati svoje obaveze, mora

44 Vidi: Evropski sud, *Khlyustov protiv Rusije*, aplikacija broj 28975/05, stav 64, od 11. jula 2013. godine i *Baumann protiv Francuske*, aplikacija broj 33592/96, stav 61, ECHR 2001–V.

45 Vidi: *mutatis mutandis*, *De Tommaso protiv Italije*, presuda od 27. februara 2017. godine, stav 88.

46 Vidi: već citiranu, *De Tommaso protiv Italije*, stav 182.

postojati domaći pravni lijek koji će nadležnom domaćem organu vlasti dozvoliti da se bavi i suštinom relevantne žalbe (o povredi sloboda i prava) iz Konvencije, te da pruži odgovarajuću pomoć. Obim obaveze iz člana 13 razlikuje se zavisno od prirode pritužbe podnosioca predstavke iz Konvencije, ali, u svakom slučaju, pravni lijek mora biti „djelotvoran“ u praksi, kao i u zakonu, posebno u smislu da njegovo ostvarivanje ne smije biti neopravdano ometano radnjama ili propustima organa vlasti države⁴⁷.

5.5. *Pravo na imovinu*

Član 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju obuhvata tri različita pravila. Prvo pravilo, navedeno u prvom stavu, jeste opšte prirode i iskazuje načelo mirnog uživanja imovine. Drugo pravilo, sadržano u drugoj rečenici istog stava, obuhvata lišavanje imovine i čini ga podložnim određenim uslovima. Treće pravilo, koje se nalazi u drugom stavu, priznaje da države članice imaju pravo, između ostalog, da nadziru korištenje imovine u skladu s javnim interesom. Ova tri pravila nisu „različita“ u smislu da su nepovezana – drugo i treće pravilo se odnose na pojedinačne slučajeve ometanja prava na mirno uživanje imovine, te ih stoga treba tumačiti u okviru opšteg načela iskazanog u prvom pravilu.

Pojam „imovina“ koji se navodi u članu 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju ne treba tumačiti na restriktivan način nego ga treba shvatiti tako da uključuje i stečena prava, kao što su sredstva, dionice ili novčani zahtjevi zasnovani na ugovorima ili deliktnoj odgovornosti, kao i određena ekonomska i socijalna primanja propisana zakonom. S druge strane, član 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju štiti samo postojeću imovinu, ali, uopšteno shvaćeno, tako da ne uključuje pravo sticanja imovine u budućnosti⁴⁸.

Prilikom razmatranja da li je u okolnostima konkretnog slučaja došlo do povrede člana 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju prvo se mora utvrditi da li je apelant titular prava koja se ubrajaju u član 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju. U konkretnom slučaju (predmet broj AP 475/15 od 7. septembra 2017. godine) osporenim rješenjima je apelantu zabranjeno otuđenje i raspolaganje nekretninama koje su nesumnjivo njegovo vlasništvo. Stoga, Ustavni sud konstatuje da predmetne nekretnine predstavljaju imovinu, odnosno da je apelant titular prava koje je zaštićeno članom II/3k) Ustava BiH i članom 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju.

Ustavni sud smatra da je u konkretnom slučaju došlo do miješanja u apelantovu imovinu s obzirom na to da je osporenim odlukama određena privremena mjera zabrane otuđenja i raspolaganja imovinom. Zatim, Ustavni sud zapaža da iz sadržaja osporenih rješenja kao nesporno proizlazi da ta imovina apelantu nije oduzeta, ali je određena privremena mjera zabrane otuđenja i raspolaganja te imovine, pa osporene odluke u svojoj suštini potpadaju pod treće pravilo, odnosno predstavljaju kontrolu nad upotrebom imovine u smislu drugog stava člana 1 Protokola broj 1

47 Vidi: Evropski sud, *Nada protiv Švajcarske*, st. 208 i 209 i *Büyükdag protiv Turske*, broj 28340/95, stav 64, od 21. decembra 2000. godine, sa daljnim referencama na relevantnu praksu Evropskog suda.

48 Vidi: Evropski sud, *Marckx protiv Belgije*, presuda iz 1979. godine, tom 31, stav 50.

koji daje pravo državi da usvoji one zakone koje smatra potrebnim da bi regulisala korištenje imovine u skladu s opštim interesima⁴⁹.

Odgovarajući na pitanje da li je miješanje u apelantovu imovinu bilo u skladu sa zakonom i u javnom interesu, Ustavni sud primjećuje da su osporena rješenja donijeta u skladu s relevantnim zakonskim odredbama. Naime, Ustavni sud prvenstveno zapaža da su se redovni sudovi pozvali na odredbe zakona kojima su propisani uslovi pod kojima se mjera osiguranja može odrediti. Pri tome, Ustavni sud ističe da su sudovi utvrdili da je u konkretnom slučaju predlagač mjere osiguranja učinio vjerovatnim postojanje potraživanja, kao i da postoji opasnost da bi bez takve mjere protivnik osiguranja (apelant) mogao spriječiti ili znatno otežati ostvarenje potraživanja. S obzirom na sve navedeno, Ustavni sud zaključuje da je miješanje u pravo na imovinu apelanta bilo u skladu sa zakonom i u javnom interesu.

Odgovarajući na pitanje da li je to miješanje bilo proporcionalno legitimnom cilju, Ustavni sud smatra da su osporene odluke, koje su u konkretnom slučaju osnov miješanja u apelantovu imovinu, proporcionalne cilju i svrsi, te da, stoga, na apelanta nije stavljen pretjeran teret, prvenstveno zbog toga što suštinski ne zadiru u obim korištenja te imovine (predmetna imovina nije oduzeta i dalje je u apelantovom posjedu), ali je, kako proizlazi iz osporenih rješenja, bilo neophodno da se donese privremena mjera, te privremeno (do naredne odluke suda) zabrani i onemogućiti apelantu da imovinu otuđi ili da u zakup ili na bilo koji način optereti. U tom kontekstu, imajući u vidu navedeno, Ustavni sud smatra da se privremenom mjerom koja se isključivo odnosi na zabranu raspolaganja i otuđenja predmetne imovine – ne stavlja pretjerani pojedinačni teret na apelanta u poređenju s javnim interesom koji se želi ostvariti, a koji se u konkretnom slučaju ogleda u dosljednoj primjeni zakonskih odredbi kojim je regulisan institut sudske mjere osiguranja u smislu izvjesnosti da će predlagač mjere osiguranja samo uz ispunjenje zakonom propisanih uslova moći izdejsstvovati osiguranje svog novčanog potraživanja. Budući da je, dakle, nesporno da je miješanje u apelantovu imovinu u skladu s načelom pravne sigurnosti, time je postignuta pravična ravnoteža između zahtjeva opšteg interesa zajednice i zahtjeva za zaštitu osnovnih prava pojedinaca, tj. apelanta.

6. PRAVO DA SE NE BUDE SUĐEN ILI KAŽNJEN DVA PUTA U ISTOM PREDMETU

O sličnim pravnim pitanjima Evropski sud je odlučivao u predmetima *Muslija protiv Bosne i Hercegovine*⁵⁰, zatim u predmetu *Maresti protiv Hrvatske*⁵¹, a takođe i Ustavni sud (slijedeći praksu Evropskog suda u predmetu *Maresti protiv Hrvatske*) u predmetu broj AP 133/09⁵².

49 *Mutatis mutandis*, *Air Canada protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 5. maja 1995. godine, st. 32–37, te *Arkuri i ostali protiv Italije*, odluka od 5. jula 2001. godine, predstavka broj 52024/99.

50 Vidi: Evropski sud, *Muslija protiv Bosne i Hercegovine*, aplikacija broj 32042/11, presuda od 14. januara 2014. godine.

51 Vidi: Evropski sud, *Maresti protiv Hrvatske*, aplikacija broj 55759/07, presuda od 23. jula 2009. godine.

52 Vidi: Ustavni sud, Odluka broj AP 133/09 od 30. marta 2012. godine, *Službeni glasnik BiH* broj 38/12.

Evropski sud je u predmetu *Maresti protiv Hrvatske*, pozivajući se na stavove iz predmeta *Sergey Zolotukhin protiv Rusije*⁵³, utvrdio da je pri odlučivanju o postojanju dvostrukog suđenja ili kažnjavanja u smislu člana 4 Protokola broj 7 uz Evropsku konvenciju potrebno odgovoriti na sljedeća pitanja: a) da li je prva kazna po svojoj prirodi bila krivičnopravna?; b) da li je djelo zbog kojeg je apelant krivično gonjen isto (*idem*)? te c) da li je postojala dvostrukost postupka (*bis*)? Stoga, Ustavni sud apelantove navode da je za isto djelo suđen dva puta, ispituje saglasno navedenim stavovima Evropskog suda.

6.1. Da li je prva kazna po svojoj prirodi bila krivičnopravna?

Prema stanovištu Evropskog suda, pravno označavanje postupka prema nacionalnom pravu ne može biti jedino mjerilo relevantnosti za primjenu načela *ne bis in idem* na temelju člana 4 stav 1 Protokola broj 7 uz Evropsku konvenciju. Inače bi primjena te odredbe bila ostavljena na slobodnu procjenu državama ugovornicama u mjeri koja bi mogla dovesti do rezultata nespojivih s ciljem i svrhom Evropske konvencije⁵⁴. Pojam „krivični postupak“ u tekstu člana 4 Protokola broj 7 treba tumačiti u svjetlu opštih načela koja se odnose na odgovarajuće riječi „optužba za krivično djelo“ i „kazna“ u čl. 6 i 7 Evropske konvencije⁵⁵.

U utvrđenoj praksi Evropskog suda postavljena su tri mjerila koja su opštepoznata kao „mjerila Engel“⁵⁶, koja treba razmotriti pri utvrđivanju radi li se o optužbi za krivično djelo. Prvo mjerilo je pravno razvrstavanje djela prema nacionalnom pravu, drugo je sama priroda djela, a treće stepen težine kazne kojoj je odnosna osoba moguće izložena. Drugo i treće mjerilo je alternativno, ne nužno kumulativno. To, međutim, ne isključuje kumulativni pristup kad odvojena analiza svakog mjerila ne omogućava postizanje jasnog zaključka u pogledu postojanja optužbe za krivino djelo⁵⁷.

Nadalje, Evropski sud je u predmetu *Muslija protiv Bosne i Hercegovine*⁵⁸, ispitujući navedena načela po aplikaciji aplikanta, koji je tvrdio da mu je povrijeđeno pravo iz člana 4 stav 1 Protokola broj 7 uz Evropsku konvenciju, zbog činjenice da je proglašen odgovornim za prekršaj iz člana 3 Zakona o javnom redu i miru Zeničko-dobojskog kantona, a potom krivično odgovarao i proglašen krivim za krivično djelo nanošenje teške tjelesne ozljede iz člana 172 Krivičnog zakona Federacije BiH,

53 Vidi: Evropski sud, *Sergey Zolotukhin protiv Rusije*, aplikacija broj 14939/03, presuda od 10. februara 2009. godine

54 Vidi: Evropski sud, *Storbraten protiv Norveške* [dec.], br. 12277/04, ECHR 2007 [izvodi], s daljnjim referencama.

55 Vidi: Evropski sud, *Haarvig protiv Norveške* [dec.], broj 11187/05, od 11. decembra 2007. godine; *Rosenquist protiv Švedske* [dec.], broj 60619/00, od 14. septembra 2004. godine; *Manasson protiv Švedske* [dec.], broj 41265/98, od 8. aprila 2003. godine; *Göktan protiv Francuske*, broj 33402/96, stav 48, ECHR 2002-V; *Malige protiv Francuske*, od 23. septembra 1998. godine, stav 35, Izvještaj 1998 VII i *Nilsson protiv Švedske* [dec.], broj 73661/01, ECHR 2005.

56 Vidi Evropski sud, *Engel i drugi protiv Holandije*, od 8. aprila 1976. godine, serija A, broj 22.

57 Vidi Evropski sud, *Jussila protiv Finske* [GC], broj 73053/01, st. 30 i 31, ECHR 2006 i *Ezeh i Connors protiv Ujedinjenog Kraljevstva* [GC], broj 39665/98 i 40086/98, st. 82–86, ECHR 2003 X.

58 Vidi Evropski sud, aplikacija broj 32042, presuda od 14. januara 2014. godine.

zaključio: „Aplikant je ‚osuđen‘ u prekršajnom postupku koji se u autonomnom značenju ovog termina u Konvenciji izjednačava sa ‚krivičnim postupkom‘. Nakon što je ova ‚osuda‘ postala pravnosnažna, on je oglašen krivim za krivično djelo koje se odnosilo na isto ponašanje za koje je kažnjen u prekršajnom postupku i koje je obuhvatalo u biti iste činjenice“.

Takođe, Ustavni sud ukazuje da je u odluci broj AP 2028/11, od 8. maja 2014. godine⁵⁹, razmatrao primjenu navedenih standarda u vezi sa prekršajem iz člana 5 Zakona o javnom redu i miru, za koji je i apelant u predmetnom slučaju oglašen krivim, i u kojem je naveo „...Ustavni sud dalje opaža kako su u konkretnom predmetu apelanti odgovarali za prekršaj iz člana 5 Zakona o javnom redu i miru, za koji je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do 30 dana. Prvoapelantu je u prekršajnom postupku izrečena novčana kazna od 400 KM, a drugoapelantu novčana kazna od 300 KM. U konkretnom slučaju, Ustavni sud primjećuje kako je svrha kazne u prekršajnom postupku spriječiti ponašanje kojim se na nedozvoljen način remeti red, mir, normalan način života, stvara uznemirenost, narušava sigurnost građana i drugo, te spriječiti učinioca da čini prekršaje i prevaspitati ga, te vaspitno uticati na druge da ne čine prekršaje, jača moral i utiče na razvijanje odgovornosti i discipline građana, a što čini obilježja i krivične sankcije. U konkretnom slučaju svrha kazne je osigurati poštovanje propisa kojima se uređuje oblast javnog reda i mira, te sankcionisati osobe koje krše te propise. Dakle, svrha kazne u prekršajnom postupku je odvratanje i sankcionisanje bez obzira na stepen njene težine. Ustavni sud zaključuje kako priroda djela za koja su apelanti proglašeni odgovornima i za koja su im izrečene sankcije (...) ulaze u sferu „krivičnog postupka“ prema sadržaju člana 4 Protokola broj 7...“.

Stoga, i u slučaju koji je predmet apelacije iz odluke broj AP 86/15, od 25. oktobra 2017. godine, polazeći od navedene prakse Evropskog suda i Ustavnog suda u istovjetnim predmetima, Ustavni sud zaključuje da i priroda djela za koje je apelant oglašen odgovornim i za koje mu je izrečena sankcija u prekršajnom postupku koji je pravnosnažno okončan rješenjem Opštinskog suda od 15. aprila 2009. godine, nesporno ulazi u sferu krivičnog postupka prema sadržaju člana 4 Protokola broj 7 uz Evropsku konvenciju.

6.2. *Da su li djela zbog kojih se apelant goni ista(idem)?*

Član 4 Protokola broj 7 uspostavlja jemstvo da se nikome neće suditi, odnosno da niko neće biti kažnjen za djelo za koje je već bio pravnosnažno oslobođen ili osuđen. U predmetu *Sergey Zolotukhin protiv Rusije*⁶⁰ Evropski sud je primijetio da praksa koju je taj sud stvorio tokom istorije primjene člana 4 Protokola broj 7 ukazuje na postojanje nekoliko pristupa kada je riječ o pitanju jesu li djela za koja je aplikant bio krivično gonjen – ista. Nastojeći okončati tu pravnu nesigurnost, Sud je odlučio dati usuglašeno tumačenje pojma „ista djela“, odnosno elementa *idem* sadržanog u načelu *ne bis in idem*⁶¹. U predmetu *Sergey Zolotukhin protiv Rusije* Sud je

59 Dostupna na Internet stranici Ustavnog suda, www.ustavnisud.ba.

60 [GC], broj 14939/03, 10. februara 2009. godine.

61 *Muslija protiv Bosne i Hercegovine: op. cit.*, tačka 32.

iskazao stav da se član 4 Protokola broj 7 mora tumačiti tako da zabranjuje krivično gonjenje ili suđenje za drugo djelo ukoliko ono proizlazi iz identičnih činjenica ili činjenica koje su u biti iste⁶².

U predmetu *Muslija* Evropski sud je utvrdio kako je aplikant proglašen krivim za isti postupak prema istoj žrtvi i u isto vrijeme, kako u prekršajnom tako i u krivičnom postupku. S tim u vezi, Evropski sud je utvrdio kako definicija prekršaja iz člana 3 stav 1 tačka 2 Zakona o javnom redu i miru, kao takva ne uključuje nanošenje tjelesne ozljede, dok je taj element ključni za krivično djelo nanošenja teške tjelesne ozljede iz člana 172 Krivičnog zakona Federacije BiH. Međutim, sud za prekršaje je u svom rješenju izričito rekao kako je aplikant kriv što je, *inter alia*, udario M. P. u predjelu lica i cijelog tijela. Fizički napad na M. P. tako predstavlja obilježje prekršaja za koji je aplikant proglašen krivim. U krivičnom postupku pred Opštinskim sudom aplikant je ponovno proglašen krivim što je, *inter alia*, udario M. P. Događaji opisani u odlukama koje su donesene u oba postupka odigrali su se oko 18,40 sati 12. februara 2003. godine u stanu M. P. Evropski sud je zaključio kako se obje odluke odnose na potpuno isti događaj i iste radnje (bez obzira na to što je u odluci Opštinskog suda navedeno da se događaj odigrao oko 19 sati), da se činjenice koje se odnose na ova dva djela moraju stoga smatrati u biti istim – u smislu člana 4 Protokola broj 7 uz Evropsku konvenciju.

U konkretnom slučaju Ustavni sud primjećuje da definicija prekršaja iz člana 5 Zakona o javnom redu i miru Hercegovačko-neretvanskog kantona⁶³, kao jednu od radnji izvršenja propisuje i postojanje fizičkog napada na drugog, ali kao takva ne uključuje nanošenje tjelesne ozljede kao posljedicu fizičkog napada, dok je taj element jedan od ključnih elemenata za krivično djelo iz člana 362 stav 2 Krivičnog zakona Federacije BiH⁶⁴, za koje je apelant oglašen krivim. Ustavni sud zapaža da je apelant u prekršajnom postupku, između ostalog, oglašen odgovornim da je „...oko 1,30 sati ispred caffe bara Hotela Sunce narušio javni red i mir vrijeđanjem, verbalnim konfliktom, a zatim fizičkim obračunom sa D. Š.“. S druge strane, Ustavni sud zapaža da je apelant u krivičnom postupku u relevantnom dijelu, između ostalog, oglašen krivim zbog toga što je „...oko 1,30 sati u Neumu na terasi hotela „Sunce“ dok su se nalazili kao gosti za istim stolom A. J., D. Š., A. A. i S. H., (...) prišao njihovom stolu i bez ikakva povoda i razloga (...) počeo razbacivati flaše i čaše sa stola, odgurnuo sto (...), nakon čega je stolu prišao i drugoosumnjicheni I. M. i još nekoliko NN osoba, te svi zajedno, bez ikakvog razloga i povoda, fizički nasrnuli na oštećene, udarali ih šakama i flašama, razbacivali stolove i stolice, a posljedicom kojih udaraca je (...) oštećeni D. Š. zadobio tjelesnu ozljedu u vidu nagnječenja lica i nagnječenja tijela sa ogrebotinama koje su lake tjelesne ozljede...“.

Dovodeći u vezu opise radnji izvršenja sa djelima koja su apelantu stavljena na teret, proizlazi da je postupanje za koje je apelant oglašen odgovornim u prekršajnom postupku jedino obuhvatilo postojanje fizičkog obračuna sa D. Š. Međutim, u opisu prekršaja nije bilo obuhvaćeno i nanošenje lakih tjelesnih ozljeda prema

62 *Muslija protiv Bosne i Hercegovine: ibid.*, tačka 33.

63 *Narodne novine Hercegovačko neretvanskog kantona* broj 2/05.

64 *Službene novine Federacije BiH* br. 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05, 42/10 i 42/11.

oštećenom D. Š., koje prema opisu krivičnog djela nisu nastupile isključivo kao posljedica apelantovih radnji, već zajedničkog djelovanja apelanta, drugooptuženog I. M. i još nekoliko NN osoba, pa zbog toga fizički obračun apelanta i D. Š. nije moguće dovesti u vezu isključivo sa nanošenjem lakih tjelesnih ozljeda – da bi se ta radnja mogla smatrati jednim djelom, kao što je to slučaj u predmetu *Muslija*. Stoga, Ustavni sud zapaža da iz opisa navedenih djela proizlazi da radnje za koje je apelant oglašen krivim presudama osporenim u ovom apelacijskom postupku – nisu ušle u sastav prekršaja za koje je apelant oglašen odgovornim ranijim rješenjem Opštinskog suda. Osim toga, Ustavni sud zapaža da u prekršajnom postupku, koji je proveden prije krivičnog, nisu bile obuhvaćene ni druge apelantove radnje prema drugim oštećenim, kao ni okolnost da je te radnje počinio zajedničkim djelovanjem sa drugim osobama. Sve ovo su detaljno i jasno obrazložili i redovni sudovi. Stoga, Ustavni sud nije mogao zaključiti da se u konkretnom slučaju radi o istim djelima, odnosno o istom „predmetu“ u smislu člana 4 Protokola broj 7 uz Evropsku konvenciju.

6.3. *Da li je postojala dvostrukost postupka(bis)?*

Imajući u vidu da se u konkretnom slučaju ne radi o istom predmetu, Ustavni sud smatra da nije postojala ni dvostrukost postupka, s obzirom na to da se pravno snažno rješenje Opštinskog suda od 15. aprila 2009. godine i osporene osuđujuće presude protiv apelanta odnose na različite radnje, koje su u prekršajnom postupku kvalifikovane kao narušavanje javnog reda i mira, a u krivičnom kao krivično djelo nasilničko ponašanje i nanošenje teške tjelesne povrede. Stoga, Ustavni sud zaključuje da u ovom segmentu nije došlo do povrede prava iz člana 4 stav 1 Protokola broj 7 uz Evropsku konvenciju.

UMJESTO ZAKLJUČKA

Na temelju svega izloženog, moguće je zaključiti da je položaj Ustavnog suda vrlo specifičan, posebno ako se uzme u obzir činjenica da u njegovom radu participiraju strani državljani i u čijem izboru i imenovanju učestvuje jedna institucija poput Evropskog suda. To je donekle i prihvatljivo ukoliko imamo na umu da su takva rješenja osmišljena u uslovima ratnih dejstava, kada je pod svaku cijenu trebalo osigurati neutralnost i objektivnost jedne ovako bitne institucije.

Posebno pitanje predstavlja neizvršavanje odluka Ustavnog suda, čime se narušava njegov integritet i položaj, ali u širem smislu dolazi i do dezintegracije koncepta vladavine prava i pravne sigurnosti, što zapravo i ne čudi, ukoliko je poznato da je upravo u uslovima tranzicije u demokratsko društvo u Bosni i Hercegovini uveden oblik konsocijacijske demokratije sa visokim stepenom federalizacije i decentralizacije države, što stvara pogodno tlo za blokiranje izvršenja odluka Ustavnog suda. Međutim, uprkos svim poteškoćama kroz koje ova institucija prolazi, nepobitno je da se kroz svoje dosadašnje djelovanje ipak uspjela nametnuti kao garant zaštite ljudskih prava i sloboda, zajemčenih bogatim katalogom Ustava BiH. Dugoročno

je potrebno jačati poziciju Ustavnog suda, u smislu sprečavanja vršenja pritisaka na njega i očuvanja njegove neutralnosti i nepristrasnosti.

LITERATURA

- Bilten Ustavnog suda BiH (1–26).
Bulletin of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina (1–3).
Digest of the Case Law of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina /2009/.
Digest of the Case Law of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina 2. ed. /2016/.
Krapac D. /2003/: Ustavni položaj Ustavnog suda Republike Hrvatske, Zagreb, *Informator*, broj 6209.
Okrugli sto /2001/: Ustavni sud BiH I druge sudske instance, Sarajevo, 29. 11. 1999. godine i Teslić, 8. i 9. decembra 2000. Godine
Omejec J. /2009/: O potrebnim promjenama u strukturi hrvatskog ustavnog sudovanja, *Hrvatsko ustavno sudovanje*, Zagreb, HAZU.
Pregled prakse Ustavnog suda Bosne i Hercegovine /2016/, 2. izd.
Steiner C., Ademović N. /2010/: *Constitution of Bosnia and Herzegovina – Commentary*, Sarajevo: Konrad Adenauer Stiftung.

Miodrag N. Simović

Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina,
Faculty of Law, University of Banja Luka

CONSTITUTIONAL COURT OF BOSNIA AND HERZEGOVINA: ACHIEVEMENTS AND PERSPECTIVES

SUMMARY

In order to achieve the rule of law and legal security in Bosnia and Herzegovina, it is vital that the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina should enjoy the position of independence and neutrality. In this way, it is ensured its objectivity in relation to other state authorities and any external influences and pressures that might possibly come from certain interest groups or individuals is eliminated. In post-conflict conditions, the role of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina is often of crucial importance. The purpose of this paper is to get acquainted with the fundamental concept of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina and its implementation in the legal system of Bosnia and Herzegovina, with specific reference to its appellate jurisdiction in criminal cases.

Keywords: Constitution of Bosnia and Herzegovina, the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, the European Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms, the European Court of human rights, appellate jurisdiction.

*Drago Radulović**

Pravni fakultet, Univerzitet Crne Gore

NAČELO OPORTUNITETA KRIVIČNOG GONJENJA U KRIVIČNOPROCESNOM ZAKONODAVSTVU CRNE GORE

Apstrakt: Predmet rada je stručno-naučna analiza načela oportuniteta sa krivičnoprocesnog, kriminalnopolitičkog i sa stanovišta praktične primjene. U uvodnom dijelu se načelo oportuniteta posmatra kao jedan od instrumenata koji doprinosi efikasnosti krivičnog postupka. Navodi se koja je svrha njegovog uvođenja u zakonodavstvo i kojim se razlozima rukovodio zakonodavac prilikom njegovog propisivanja. Primjena ovog načela omeđena je poljem načela oficijelnosti krivičnog gonjenja, budući da se ono odnosi samo na krivična djela za koja se goni po službenoj dužnosti. Razmatra se odnos ovog načela prema načelu legaliteta krivičnog gonjenja, kao i odnos prema institutu nezatne društvene opasnosti kao osnovu za isključenje postojanja krivičnog djela. Drugi dio rada posvećen je analizi ovog načela u krivičnoprocesnom zakonodavstvu Crne Gore u svijetlu Zakonika o krivičnom postupku, počev od onog iz 2003. godine, pa do najnovijeg, jer su se zakonske odredbe o ovom institutu mijenjale. Najznačajnija izmjena je da se stalno proširivao pravni okvir primjene ovog instituta. Na kraju rada je istraživanje koliko se oportunitet krivičnog gonjenja primjenjuje u praksi.

Ključne riječi: krivični postupak, krivično gonjenje, načelo oportuniteta, odbacivanje krivične prijave, državni tužilac, osumnjičeni

UVODNE NAPOMENE

Savremena zakonodavstva sve više karakteriše sve izraženija diferencijacija procesnih formi (postupaka), tj paralelna egzistencija jedne opšte forme krivičnog postupka i određeni broj posebnih formi postupka čiji je osnovni smisao da se preko tih posebnih (uprošćenih formi) doprinese poboljšanju efikasnosti krivičnog postupka, koja je jedna od najvećih slabosti našeg, i ne samo našeg pravosuđa. Heterogenost procesnih formi uslovljena je heterogenošću krivičnih stvari (krivičnih djela i učinilaca). Postupak koji je pogodan (neophodan) za jednu vrstu krivičnih djela i učinilaca, može da bude nepodesan i neracionalan za drugu vrstu krivičnih djela i učinilaca, pa ne bi bilo ni u skladu sa obavezujućim međunarodnim dokumentima o pravu na suđenje u razumnom roku (čl. 6 tač. 1 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i čl. 14 tač. 3 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima), da se za sva krivična djela primjenjuje ista forma postupka.

* redovni profesor, dragor@ac.me.

Uniformna procedura ne bi odgovarala ni pojedinačnom ni opštem interesu, odnosno ni okrivljenom koji ima pravo na adekvatan i brz postupak, niti društvenoj zajednici, koja ima za potrebu da sigurno i efikasno suzbija kriminalitet.¹ Redovni krivični postupak, kao opšta forma postupanja, koji u svojoj strukturi ima istragu, optuženje, pripremanje glavnog pretresa i glavni pretres opravdan je za teže slučajeve suđenja, gdje je zbog same prirode krivične stvari i njene složenosti, teže istu riješiti, a da se ne ugrozi potrebna ravnoteža između potrebe za zaštitom osnovnih sloboda i prava čovjeka (okrivljenog) i potrebe za efikasnošću krivičnog postupka. Procedura koja je za teža krivična djela neophodan minimum za dobro presuđenje, pokazuje se kod lakših i manje lakših krivičnih djela kao suvišnost, rasipanje vremena, truda i sredstava. Odstupanje od opšte procedure i njeno uprošćavanje daju jednostavan, brz i kratak postupak, prilagođen značaju djela, ali tako pojednostavljen da ne dovodi u pitanje ni opšti interes, ni osnovna prava građana.²

U savremenim uslovima koje karakteriše globalna kriza (ne samo ekonomska) praćena porastom kriminaliteta, a time sve većim prilivom krivičnih predmeta u sudovima, treba tragati za mogućim rešenjima za izlazak iz krize krivičnog pravosuđa i visokog stepena njegove neracionalnosti. Jedan od puteva izlaska iz te krize jeste i ideja produbljivanja procesne diferencijacije, gdje bi opštoj procesnoj formi konkurisao veći broj uprošćenih procesnih modela, koji bi bili namijenjeni suđenju lakših i jednostavnijih slučajeva. Imajući u vidu strukturu kriminaliteta u kojoj dominiraju lakša i srednje teška krivična djela, uvođenje uprošćenih procesnih formi, s jedne strane značajno bi rasteretilo sudove, a s druge strane, sudovi bi se mogli više posvetiti kvalitetnijem suđenju težih i komplikovanijih predmeta.

Uprošćene procesne forme se karakterišu posebnim osnovom (koji je i ratio legis posebnih – uprošćenih procesnih formi) i posebnom strukturom. Posebnost osnova posebnih uprošćenih formi nalazi se u osobenostima procesnih objekata (predmeta) ili u ponašanju (držanju) procesnih subjekata. Kada je riječ o procesnom objektu kao osnovu za reglementaciju pojednostavljenih formi postupanja od značaja mogu da budu kako materijalnopravne, tako i procesnopravne implikacije procesnih objekata.

Sa materijalnopravnog aspekta od značaja su značaj i težina krivičnog djela i vrsta i priroda krivičnog djela. U savremenom zakonodavstvu se pojednostavljenje krivičnog postupka najčešće povezuje sa značajem i težinom krivičnog djela. U uslovima sve veće preopterećenosti pravosuđa i traženja rješenja kako taj problem da se riješi, laka krivična djela i djela manje društvene opasnosti ne opravdavaju angažovanje materijalnih sredstava, vremena i subjekata u istom obimu kao kad su u pitanju teža djela i djela veće društvene opasnosti.³

Pojednostavljenje procesne forme ide dotle da se lakša krivična djela rešavaju ne kod suda, nego kod državnog tužioca. Taj vid rešavanja krivičnih stvari omogućuje se uvođenjem načela oportuniteta krivičnog gonjenja što je sve izraženije

1 M. Grubač /2004/: *Krivično procesno pravo, uvod i opšti deo*, Beograd, p. 25.

2 S. Bejatović /2008/: *Krivično procesno pravo*, Beograd, p. 511.

3 M. Grubač /1984/: *Načelo legaliteta u krivičnom procesnom pravu SFRJ, Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, № 3, p. 290.

u savremenom krivičnoprocesnom zakonodavstvu. To je u saglasnosti sa Preporukom br. P(87) 18 Savjeta ministara u vezi sa pojednostavljenjem krivičnog pravosuđa (Usvojena od strane Savjeta ministara 17.9.1987. g.), kao i sa Preporukom Rec(2000) 19 u vezi uloge državnog tužioca u krivičnompravnom sistemu (Usvojena od strane Savjeta ministara 6.10.2000. g.).

Prvopomenuta Preporuka naglašava cilj ovog načela, kao i uslove u okviru kojih bi trebalo da se primjenjuje navedeno načelo. Drugopomenuta Preporuka obezbeđuje zaštitu od proizvoljnosti kod primjene načela oportuniteta time što sadrži kriterijume koji mogu poslužiti kao referenca prilikom primjene ovog načela na pojedinačne slučajeve. U Preporuci br (87) 18 u poglavlju I koje nosi naziv „Diskreciono gonjenje“ navodi se da se odluka o odricanju od gonjenja, shodno ovom načelu, donosi samo ako organ koji je zadužen za krivično gonjenje raspolaže dokazima o krivici osumnjičenog, te da u osnovi ovog načela treba da bude javni (opšti) interes. Pri tome, postupajući po ovom načelu, nadležni organ u skladu sa nacionalnim zakonom, treba da se rukovodi načelom jednakosti svih građana pred zakonom i individualizacijom krivice, naročito ozbiljnošću, prirodom, okolnostima i posljedicama krivičnog djela, ličnošću učinioca, očekivanom presudom suda, efektima kazne na učiniocima i položajem žrtve.

Koliki se značaj gore navedenim preporukama daje potvrdila je i Peta Konferencija vrhovnih tužilaca Evrope (CPGE) održana u Celeu od 23. do 25. maja 2004. godine pod pokroviteljstvom Savjeta Evrope, pod nazivom „Diskreciona ovlašćenja javnog tužilaštva i oportunitet ili pravno načelo – prednosti ili negativne strane“. Najveći dio diskusije posvećen je načelima diskrecionog ili obaveznog gonjenja.⁴

1. POJAM, RAZLOZI OZAKONJENJA I SVRHA NAČELA OPORTUNITETA I ODNOS PREMA DRUGIM NAČELIMA I INSTITUTIMA

1. U istorijskoj retrospektivi krivičnoprocesnog zakonodavstva onda kada je krivično gonjenje, u načelu, dato posebnom državnom organu koji po službenoj dužnosti preduzima krivično gonjenje (načelo oficijelnosti krivičnog gonjenja), riješeno je pitanje koji su interesi odlučujući kada je u pitanju pokretanje i vođenje krivičnog postupka. Ali, ostalo je otvoreno pitanje da li određeni državni tužilac to mora i da učini. To pitanje dužnosti (obaveznosti) pokretanja krivičnog postupka riješeno je načelom legaliteta krivičnog gonjenja, po kojem načelu je državni tužilac dužan da preduzme krivično gonjenje kada se ispune stvarni i pravni razlozi za pokretanje krivičnog postupka. Da li je ta dužnost vezana samo za pokretanje ili i za njegovo održavanje u toku, u literaturi su bila podijeljena mišljenja, tako da imamo mišljenja po kojima je načelo legaliteta vezano samo za pokretanje krivičnog postupka⁵ kao i onih koji načelo legaliteta vežu ne samo za pokretanje krivičnog po-

4 O tome šire: J. Kiurski /2011/: Oportunitet krivičnog gonjenja i dosadašnja iskustva u njegovoj primeni – u: *Nova rešenja u krivičnoprocesnom zakonodavstvu teorijski i praktični aspekt* (S. Bejatović, ed.), Beograd, p. 181.

5 A. Munda /1956/: *Učbenik kazenskoga postupka Federativne ljudske Republike Jugoslavije*, Ljubljana, p. 76.

stupka, nego i za njegovo održavanje u toku⁶. Mislimo da se zakonski izraz „dužan da preduzme krivično gonjenje“ ne smije samo gramatički i restriktivno tumačiti i obavezu gonjenja vezati samo za pokretanje postupka, nego i za njegovo kasnije održavanje u toku. U početku ovo načelo je u zakonodavstvu bilo postavljeno bez ikakvih izuzetaka, da bi vremenom sve više prostora zauzimalo načelo oportuniteta kao izuzetak od načela legaliteta krivičnog gonjenja. Reforma krivičnog procesnog zakonodavstva u kontinentalno-evropskom krivičnoprocesnom zakonodavstvu odlikuje se sve većim odstupanjem od načela legaliteta, a sve više se širi polje primjene načela oportuniteta, tako da je, kako se ističe u literaturi, načelo oportuniteta krivičnog gonjenja postalo „inflatorni trend“ najvećeg broja krivičnoprocesnih zakonodavstava kontinentalnog pravnog sistema⁷. Slobodno možemo reći da je načelo oportuniteta krivičnog gonjenja danas opšte prihvaćeno bilo kao osnovno načelo ili kao izuzetak od načela legaliteta krivičnog gonjenja. Kao osnovno načelo ono je zastupljeno u onim zakonodavstvima koja u zakonskom određenju pojma krivičnog djela izostavljaju element društvene opasnosti (usvajaju formalni pojam krivičnog djela), a kao dopunsko načelo prihvaćeno je u zakonodavstvima koja kao element bića krivičnog djela navode društvenu opasnost (materijalni pojam krivičnog djela). Bez obzira da li ovo načelo fungiralo kao osnovno ili dopunsko načelo, njegov smisao, odnosno svrha, je ista, jer je državni tužilac ovlašćen da cijeni opravdanost krivičnog gonjenja iako su se ostvarili svi uslovi (stvarni i pravni) za krivično gonjenje. Kada je u pitanju ispunjenje tih uslova, onda nema razlike između načela legaliteta i oportuniteta krivičnog gonjenja, pa se traži da postoje stvarni uslovi (dovoljan stepen sumnje da je neko lice učinilo krivično djelo) i pravni (da ne postoje smetnje za krivično gonjenje, kao što je amnestija, pomilovanje, zastarjelost i sl.). I u jednom i u drugom slučaju krivica učinioaca postoji. Razlika je u tome što kod načela oportuniteta državni tužilac cijeni da li je u konkretnom slučaju oportuno da pokrene krivični postupak.

Međutim, ta ocjena cjelishodnosti ne znači i arbitrnost. Naprotiv, i po ovom načelu državni tužilac je dužan da preduzme krivično gonjenje ako postoje pretpostavke za to, a pri tome ocijeni da je gonjenje u javnom interesu. U tom smislu se načelo oportuniteta krivičnog gonjenja u literaturi i definiše kao obaveza organa krivičnog gonjenja da vrši funkciju krivičnog gonjenja ako su ispunjeni zakonom predviđeni uslovi i ako je to u konkretnom slučaju svrsishodno s obzirom na javni interes⁸. Iz ove definicije može se izdvojiti nekoliko osnovnih elemenata: 1) i ovim načelom se rešava pitanje obaveznosti krivičnog gonjenja; 2) potrebno je da se ispunje zakonske pretpostavke za gonjenje (da postoje stvarni i pravni razlozi); 3) ovo načelo veže državnog tužioca; 4) na osnovu diskrecione ocjene državnog tužioca gonjenje može izostati ako to sa stanovišta opšteg (javnog) interesa ne bi bilo cjelishodno⁹. Ako se kaže da se kod primjene načela oportuniteta krivičnog gonjenja

6 V. Bayer /1978/: *Jugoslavensko krivično procesno pravo – knjiga druga, Pravo o činjenicama i njihovom utvrđivanju u krivičnom postupku*, Zagreb, p. 138.

7 S. Bejatović /2012/: *Oportunitet krivičnog gonjenja i novi ZKP – u: Aktuelna pitanja krivičnog zakonodavstva – normativni i praktični aspekt* (S. Bejatović, ed.), Beograd, p. 131.

8 S. Cigler /1995/: *Načelo legaliteta i oportuniteta krivičnog gonjenja*, Novi Sad, p. 23.

9 V. Đurđić /2011/: *Načelo oportuniteta krivičnog gonjenja u krivičnom postupku Srbije, Revija za kriminologiju i krivično pravo*, № 2–3, p. 200.

polazi od javnog interesa, onda se postavlja pitanje kako definisati javni interes. U literaturi se ističe da je pitanje javnog interesa definisano zakonski tako što je javni interes povezan sa određenim krivičnim djelima, u smislu da materijalni krivični zakon odražava javni interes koji predstavlja tačku u kojoj se sijeku mnogi društveni i individualni interesi.¹⁰

2. Iz definicije načela oportuniteta zaključuje se da ono važi samo za državnog tužioca, što znači da se primjenjuje samo za krivična djela za koja se goni po službenoj dužnosti¹¹ i ono se, kako se ističe u literaturi, rasprostire na polje omeđeno načelom oficijelnosti krivičnog gonjenja kojem je pretpostavka sistem javne krivične tužbe.¹² U literaturi možemo naći i suprotnih stanovišta koja ovo načelo vežu i za privatnog tužioca, oštećenog kao supsidijarnog tužioca i oštećenog sa predlogom za gonjenje.¹³ Međutim, za ove tužioce važi načelo dispozitivnosti, a ne načelo oportuniteta krivičnog gonjenja.

3. Kao što smo prethodno naglasili i načelo legaliteta i načelo oportuniteta važe u polju načela oficijelnosti krivičnog gonjenja, pa se postavlja pitanje njihovog međusobnog odnosa, koji odnos se manifestuje kroz njihove razlike i sličnosti. U sadržinskom smislu razlike između ovih načela su u tome što je načelo oportuniteta obimnijeg sadržaja jer je državni tužilac pored ocjene zakonitosti pokretanja postupka (što čini sadržinu načela legaliteta) ovlašćen da cijeni i oportunitet (cjelishodnost) pokretanja krivičnog postupka. Prema načelu legaliteta krivičnog gonjenja, pokretanje postupka ne zavisi od volje državnog tužioca jer kad su ispunjeni uslovi predviđeni zakonom – pokretanje postupka za državnog tužioca nije samo mogućnost, nego i dužnost.¹⁴

Iz razlike vezane za ocjenu državnog tužioca u pogledu preduzimanja krivičnog gonjenja proizilazi i druga razlika u pogledu rezultata te ocjene. Ta razlika u mogućem rezultatu ocjene svodi se na pitanje obaveznosti pokretanja krivičnog postupka, tog međaša za suprotstavljanje ovih dvaju načela, gdje je po načelu legaliteta državni tužilac dužan da preduzme krivično gonjenje ako zaključi da su ispunjeni stvarni i pravni uslovi za pokretanje postupka, dok po načelu oportuniteta može, ali ne mora, krivično da goni zavisno od procjene javnog interesa.¹⁵

Osim razlika postoje i određene sličnosti između ova dva načela. Pored toga što se oba primjenjuju u polju važenja načela oficijelnosti krivičnog gonjenja, zajednička im je i svrha i javljaju se kao procesna sredstva za ostvarivanje krivične represije

10 J. Kiurski /2009/: Načelo oportuniteta krivičnog gonjenja u postupku prema punoletnim učinocima krivičnih dela – u: *Oportunitet krivičnog gonjenja* (S. Bejatović, ed.), Beograd, p. 44.

11 V. Đurđić /2011/: *op. cit.*, p. 200, S. Knežević /2015/: *Krivično procesno pravo, opšti deo*, Niš, p. 54, J. Kiurski /2011/: *op. cit.*, p. 184.

12 V. Đurđić, *Ibid.*, p. 201.

13 S. Bejatović /2008/: *op. cit.*, p. 100, M. Škulić /2014/: *Krivično procesno pravo*, Beograd, p. 127, D. Dimitrijević /1982/: *Krivično procesno pravo*, Beograd, p. 145, R. Danić /2007/: *Načelo legaliteta i oportuniteta krivičnog gonjenja*, Beograd, p. 128, Đ. Lazin /2003/: *Odlaganje krivičnog gonjenja – u: Krivično zakonodavstvo Državne zajednice Srbije i Crne Gore* (Đ. Lazin, ed.), Beograd, p. 26.

14 N. M. Simović /2009/: Načelo oportuniteta u krivičnom procesnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine i Repulike Hrvatske – u: *Oportunitet krivičnog gonjenja* (S. Bejatović, ed.), Beograd, p. 147.

15 V. Đurđić /2011/: *op. cit.*, p. 206.

u cilju zaštite društva od kriminaliteta, što im je krajnji cilj do koga se stiže putem ocjene javnog interesa, ali različitim metodama – jednom je javni interes pretpostavljen (ocijenjen) u samom krivičnom zakonu (načelo legaliteta), a u drugom slučaju javni interes procjenjuje državni organ nadležan za krivično gonjenje (načelo oportuniteta).¹⁶

Sve ove karakteristike ovih načela u ravni sličnosti i razlika samo na teorijskom planu izgledaju jednostavno. Međutim, u praksi je to mnogo složenije. Kod primjene načela oportuniteta postoji bojazan državnih organa od objektivnosti sopstvene procjene što je javni interes u svakom konkretnom slučaju, što je, između ostalog, vjerovatno bio jedan od razloga nedovoljne primjene ovog načela odmah nakon njegovog ozakonjenja.

Širenjem pravnog okvira primjene načela oportuniteta dovodi do toga da ono više i nije, kao što je ranije bilo, izuzetak od načela legaliteta krivičnog gonjenja, pa se postavlja pitanje koji su to razlozi njegove sve češće primjene? Tako se na prvom mjestu ističe kriminalnopolitički razlog, a to je stvaranje normativne osnove za povećanje efikasnosti krivičnog postupka i rasterećenje sudova¹⁷, obziri prema učiniocu krivičnog djela, prema njegovoj porodici ili javnosti, obziri prema zahtjevima državne politike u međunarodnim odnosima¹⁸, mali značaj djela, činjenica da je šteta već nadoknađena.¹⁹ Dalje se ističe da oportunitet krivičnog gonjenja u biti predstavlja diverzioni model, protkan idejama konsesulne i restorativne pravde, čija je svrha racionalizacija krivičnog postupka i postizanje nekih vanprocesnih i političkih ciljeva.²⁰

4. Ko sve ima koristi od primjene načela oportuniteta krivičnog gonjenja. Korist ima država jer se postiže veća efikasnost postupka, rasterećuju sudovi od lakših i srednje teških krivičnih djela, a posvećuju rešavanju teških krivičnih djela. Za osumnjičenog je korist višestruka. Prvo, zadržava status neosuđivanog lica i ne snosi troškove koji bi se sudskim rešavanjem krivične stvari proizveli. Kod odloženog krivičnog gonjenja kao jednog vida oportuniteta obaveza koja se osumnjičenom određuje i koju mora da izvrši da bi došlo do odbačaja krivične prijave, predstavlja svojevrstu sankciju koja ima efekat specijalne prevencije. Uz to, izbjegava se rizik negativnog uticaja zatvorske zajednice, a nema odvajanja od porodice i radne sredine.

5. Na početku smo naglasili da je načelo oportuniteta prihvaćeno u onim zakonodavstvima koja su prihvatila u svom krivičnom zakonodavstvu formalni pojam krivičnog djela, bez isticanja društvene opasnosti kao elementa bića krivičnog djela. U tom smislu, ta zakonodavstva ne poznaju institut neznatne društvene opasnosti kao opšti osnov za isključenje postojanja krivičnog djela. Međutim, ima zakonodavstava (kao što je bilo i krivično zakonodavstvo Crne Gore sve do 2010. g.) koja u

16 V. Đurđić /2011/: *Ibid.*, p. 207.

17 S. Bejatović /2012/: *op. cit.*, p. 130, D. Čvorović /2009/. *Kriminalnopolitička opravdanost, svrha i oblici načela oportuniteta krivičnog gonjenja* – u: *Oportunitet krivičnog gonjenja* (S. Bejatović, ed.), Beograd, p. 33.

18 M. Grubač /2004/: *op. cit.*, p. 152.

19 Simović /2013/: *op. cit.*, p. 151.

20 V. Đurđić /2011/: *op. cit.*, p. 205.

procesnom zakonodavstvu uvode načelo oportuniteta, a u materijalnom krivičnom zakonodavstvu poznaju institut nezatne društvene opasnosti (djela malog značaja), pa se postavlja pitanje opravdanosti njihovog istovremenog postojanja, kao i pitanje njihovog međusobnog odnosa, odnosno da li se oni međusobno isključuju imajući u vidu da je konačni ishod primjene ovih instituta nepokretanje krivičnog postupka. Razlika postoji po tome što je kod primjene instituta nezatne društvene opasnosti (djelo malog značaja) nepreduzimanje krivičnog gonjenja bezuslovno, a kod primjene načela oportuniteta kod odloženog krivičnog gonjenja uslovljeno je ispunjenjem naložene obaveze. S obzirom na to da primjena ova dva instituta imaju isti ishod, postavlja se pitanje kome dati prednost u primjeni. Po jednom mišljenju, prednost treba dati materijalnopravnom institutu i tek ako nisu ostvareni uslovi da se ponašanje učinioaca iz kažnjive zone isključi već na terenu materijalnog krivičnog prava, onda se pribjegava primjeni načela oportuniteta.²¹ Uz to, pitanje postojanja krivičnog djela je prevashodno pitanje materijalnog krivičnog prava, pa bi rešavanje ovog pitanja primjenom načela oportuniteta u krajnjem moglo da dovede do proizvoljnosti i mogućnosti zloupotrebe od strane organa ovlašćenih za gonjenje.²² Drugi su mišljenja da je ovakav stav neprihvatljiv i bazira se na pretpostavkama, a ne na realnim činjenicama, niti se navode argumenti.²³ Uostalom, ako polazimo od mogućnosti zloupotreba od strane organa nadležnog za gonjenje, onda ono nije isključeno ni kod primjene instituta djela malog značaja, kao i drugih instituta.

6. Načelo oportuniteta krivičnog gonjenja državnom tužiocu daje široka ovlašćenja, pa se postavlja pitanje da li je potreban određen vid kontrole državnog tužioca u tom segmentu rada? Inače u uporednom zakonodavstvu, uglavnom, su prisutna dva vida kontrole – unutrašnja i spoljašnja. Spoljašnja se vrši od strane suda, na različite načine, kao što je da državni tužilac pribavi saglasnost suda (kao što je ranije bilo u ZKP Srbije). Ovakav vid kontrole, uglavnom se osporava i u teoriji, a i od strane praktičara, ali ima mišljenja da ovakav vid kontrole ima svojih prednosti i opravdanja čak i u situaciji kad on, teorijski, zadire i u polje djelovanja javnog tužioca.²⁴

Drugi su mišljenja da je unutrašnji vid kontrole (unutar tužilačke organizacije) prihvatljiviji s obzirom da se zasniva na hijerarhijskoj strukturi javnotužilačkog organa, pri čemu viši organ može po sopstvenoj inicijativi ili na inicijativu trećeg lica, narediti podređenom organu vršenje krivičnog gonjenja ili ga sam vršiti.²⁵ Zato na nivou tužilačke organizacije treba da bude kontrola i preispitivanje primjene načela oportuniteta.²⁶ Osim preispitivanja odluke o nepokretanju krivičnog postupka od strane neposredno višeg javnog tužioca, u literaturi se ističe kao vid kontrole i saglasnost oštećenog.²⁷

21 Đokić /2010/: *op. cit.*, p. 312.

22 N. Srzentić, A. Stajić i Lj. Lazarević /1994/: *Krivično pravo Jugoslavije, Opšti deo*, Beograd, p. 138.

23 J. Kiurski /2016/: *Delo malog značaja i načelo oportuniteta krivičnog gonjenja – u: Evropske integracije i kazneno zakonodavstvo – Poglavlje 23 – norma, praksa i mere harmonizacije* (S. Bejatović, ed.), Beograd, p. 480.

24 M. Škulić /2009/: *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Podgorica, p. 149.

25 J. Kiurski /2011/: *op. cit.*, p. 186.

26 Cigler /1995/: *op. cit.*, p. 134.

27 S. Bejatović /2012/: *op. cit.*, p. 136.

2. NAČELO OPORTUNITETA U KRIVIČNOPROCESNOM ZAKONODAVSTVU CRNE GORE

1. Povodeći se iskustvima u primjeni načela oportuniteta u savremenom komparativnom krivičnoprocesnom zakonodavstvu, kao i iskustva u njegovoj praktičnoj primjeni u zemljama gdje je načelo legaliteta krivičnog gonjenja osnovno načelo, postepeno se mijenjao i stav našeg zakonodavca pa su se sve više otvarala vrata primjeni načela oportuniteta. To je bio jedan instrument čiji je glavni smisao povećanje efikasnosti krivičnog postupka, što se drugim instrumentima nije moglo postići.

Načelo oportuniteta krivičnog gonjenja imali smo ranije u Zakonu o krivičnom postupku iz 1977. godine, čiju tradiciju nastavljamo, ali samo u postupku prema maloljetnicima. U postupku protiv punoljetnih lica načelo oportuniteta se po prvi put uvodi Zakonikom o krivičnom postupku SRJ iz 2001. godine. Crna Gora, još prije osamostaljenja, u okviru državne zajednice Srbije i Crne Gore, u cjelosti uređuje svoje krivičnoprocesno zakonodavstvo donošenjem Zakonika o krivičnom postupku²⁸ 2003. godine i istim uvodi i načelo oportuniteta krivičnog gonjenja u nešto izmijenjenom obliku u odnosu na ZKP SRJ i to u dva vida – a) odloženo krivično gonjenje (diverzija krivičnog postupka) i b) odbačaj krivične prijave iz razloga pravičnosti. Odredbe ZKP o oportunitetu su, unekoliko, izmijenjenje u Zakoniku o krivičnom postupku iz 2009. g.²⁹

Donošenjem Zakona o postupanju prema maloljetnicima u krivičnom postupku³⁰, kojim su sve odredbe prema maloljetnicima, koje su ranije bile disperzirane u Krivični zakonik, Zakonik o krivičnom postupku i Zakon o izvršenju krivičnih sankcija, sada su sintetizovane u jednom zakonu, i načelo oportuniteta krivičnog gonjenja uređeno je drugačije nego što je bilo ranije. Slično kao i u postupku protiv punoljetnih i ovdje imamo dva vida oportuniteta a) odbačaj krivične prijave iz razloga pravičnosti i b) uslovljeni oportunitet.

U prvom slučaju, za krivična djela za koja je kao glavna kazna propisana novčana kazna ili kazna zatvora do pet godina, državni tužilac za maloljetnike može odbaciti krivičnu prijavu ako je maloljetnik usljed stvarnog kajanja spriječio nastupanje štete ili je štetu u potpunosti već nadoknadio, a državni tužilac za maloljetnike, prema okolnostima slučaja, ocijeni da izvršenje krivične sankcije ne bi bilo pravično.

Drugi vid oportuniteta u postupku prema maloljetnicima je postupak određivanja vaspitnog naloga u izviđaju ili uslovljeni oportunitet što je slično diverziji krivičnog postupka (odloženom krivičnom gonjenju) u postupku protiv punoljetnih lica. Tako, državni tužilac za maloljetnike može odlučiti da ne pokrene postupak za krivično djelo za koje je kao glavna kazna propisana novčana kazna ili zatvor do deset godina, iako su ispunjeni uslovi za pokretanje postupka, pod uslovom da donese rešenje kojim se određuje jedan ili više vaspitnih naloga ako ne bi bilo cjelishodno da se vodi postupak prema maloljetniku s obzirom na prirodu krivičnog djela

28 Službeni list RCG, br. 71/03.

29 Službeni list RCG, br. 57/09.

30 Službeni list RCG, br. 64/2011.

i okolnosti pod kojim je krivično djelo učinjeno, raniji život maloljetnika i njegova lična svojstva. Isto tako, pod naprijed navedenim uslovima kad je u toku izvršenje krivične sankcije prema maloljetniku, državni tužilac za maloljetnike može odlučiti da ne pokrene postupak za drugo krivično djelo koje je maloljetnik učinio, ako s obzirom na težinu krivičnog djela, kao i na kaznu, odnosno vaspitnu mjeru koja se izvršava ne bi imalo svrhe vođenje krivičnog postupka i izricanje krivične sankcije za to djelo. U slučaju odbačaja krivične prijave iz razloga pravičnosti, oštećeni ne može da zahtijeva od sudije za maloljetnike da odluči o pokretanju krivičnog postupka, dok kod uslovljenog oportuniteta ima pravo da traži od sudije za maloljetnike da odluči o pokretanju postupka prema maloljetniku.

2. Kada je riječ o oportunitetu krivičnog gonjenja u postupku protiv punoljetnih lica razlika između ZKP iz 2003. g. kada je prvi put uvedeno ovo načelo i ZKP iz 2009. g. u zakonskom određenju ovog načela, uglavnom se ogledala u pravnom okviru njegove primjene, pa je ZKP iz 2003. g. ovo načelo primjenjivano za krivična djela za koja je propisana novčana kazna i kazna zatvora do tri godine, a ZKP-om iz 2009. g. taj okvir je proširen i na krivična djela za koja je propisana kazna zatvora do pet godina. Druga značajna razlika između ova dva Zakonika je u tome što je ZKP-om iz 2003, bila predviđena unutrašnja kontrola primjene načela oportuniteta time što je na rešenje državnog tužioca bilo dozvoljeno pravo prigovora od strane osumnjičenog i oštećenog neposredno višem državnom tužiocu. U ZKP iz 2009. g. ta mogućnost je izostala.

3. U članu 272 važećeg ZKP predviđen je jedan vid oportuniteta – odloženo krivično gonjenje ili diverzija krivičnog postupka, gdje državni tužilac može odložiti krivično gonjenje ako se radi o krivičnim djelima za koja je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do pet godina, ali ako se ispune određeni uslovi od kojih su neki objektivne prirode i vezani su za krivično djelo (priroda krivičnog djela i okolnosti pod kojima je krivično djelo izvršeno), a drugi su subjektivne prirode i vezani su za ličnost osumnjičenog (raniji život učinioca i njegova lična svojstva). U zamjenu za krivično gonjenje državni tužilac može da odredi da osumnjičeni izvrši jednu ili više sledećih obaveza:

- 1) da otkloni štetnu posledicu nastalu izvršenjem krivičnog djela;
- 2) da ispuni dospelje obaveze izdržavanja, odnosno druge obaveze utvrđene pravosnažnom sudskom odlukom;
- 3) da plati određeni novčani iznos u korist humanitarne organizacije, fonda ili javne ustanove;
- 4) da obavi određeni društvenokorisni ili humanitarni rad.

Ove obaveze državni tužilac utvrđuje rešenjem koje se dostavlja osumnjičenom, oštećenom ako ga ima, odnosno humanitarnoj organizaciji ili javnoj ustanovi u čiju se korist nalaže izvršenje. Svakako, i ovdje državni tužilac prethodno mora utvrditi da su ispunjeni svi uslovi za krivično gonjenje na temelju kojih bi mogao da, shodno načelu legaliteta krivičnog gonjenja, pokrene krivični postupak.

Kada su u pitanju objektivne okolnosti u ZKP, izražene kao priroda krivičnog djela i okolnosti pod kojima je djelo učinjeno, državni tužilac će, prije svega imati u vidu da li postoje okolnosti koje bi se, ako bi došlo do pokretanja krivičnog postupka, odnosno do krivičnog gonjenja, mogle smatrati olakšavajućim okolnostima kod odmjeravanja kazne.³¹

Od subjektivnih okolnosti koje državni tužilac cijeni navode se „raniji život učinioca i njegova lična svojstva“ što se u članu 42 st. 1 Krivičnog zakonika navodi kao okolnost koja se uzima kod odmjeravanja kazne, s tim što se umjesto „ličnih svojstava“ navode „lične prilike“, što se može, u sadržajnom smislu uzeti kao sinonim.

Kad je riječ o „ranijem životu“ učinioca on predstavlja njegov odnos prema društvenim i moralnim normama koje je ispoljio u svom životu prije izvršenja krivičnog djela, a naročito da li je ranije vršio krivična djela.³²

Ni za povratnika, ZKP ne sprečava primjenu oportuniteta krivičnog gonjenja, ali će to u praksi vjerovatno biti limitirajuća okolnost, pogotovo ako se radi o istovrsnom recidivizmu. Pod ličnim svojstvima osumnjičenog, osim kompletnog utiska koji ostavlja, treba imati u vidu i porodične prilike, da li izdržava djecu, da li je zaposlen, da li se školuje i slično.

4. Državni tužilac je potpuno autonoman pri izboru mjere koju će odrediti u zamjenu za pokretanje postupka. Međutim, te mjere su podijeljene u dvije grupe, s obzirom na to da li je za njihovo određivanje potrebna saglasnost oštećenog ili ne. Za mjere iz člana 272 st. 1 tač. 1 i 2 nije potrebna saglasnost oštećenog, dok je za mjere iz člana 272 st. 1 tač. 3 i 4 potrebna saglasnost oštećenog.

Osim odredbi ZKP koje regulišu načelo oportuniteta krivičnog gonjenja, postoje i podzakonski akti kojima se bliže uređuje način ispunjenja naloženih obaveza. Uz ZKP iz 2003. godine, to je bilo Uputstvo Vrhovnog državnog tužioca za postupanje državnih tužilaca u vezi primjene odredbi ZKP o odlaganju krivičnog gonjenja od 2005. godine. U pomenutom uputstvu, između ostalog, dat je svojevrsni registar krivičnih djela za koja Vrhovni državni tužilac smatra da su podobna za primjenu načela oportuniteta, pa se tu navode sledeća krivična djela: zapuštanje i zlostavljanje maloljetnog lica (čl. 219. st. 1), nedavanje izdržavanja (čl. 221. st. 1), kršenje porodičnih obaveza (čl. 222. st. 1), povreda obaveza i prava iz rada (čl. 224), povreda prava iz socijalnog osiguranja (čl. 229), krađa (čl. 239 – ako vrijednost ukradene stvari značajno ne prelazi iznos potreban za postojanje tog krivičnog djela – 150 €), sitna krađa, utaja ili prevara (čl. 246. st. 1), oduzimanje tuđe stvari (čl. 247 st. 1 i 2), oduzimanje vozila (čl. 248), uništenje i oštećenje tuđe stvari (čl. 253 st. 1 i 2) ako oštećena stvar nije u svojini građana, protivpravno oduzimanje zemljišta (čl. 254 st. 1), nesavjestan rad u privrednom poslovanju (čl. 272 st. 1), ugrožavanje javnog saobraćaja (čl. 339 st. 1 i 2), neizvršenje sudske odluke (čl. 395) i nesavjestan rad u službi (čl. 417. st. 1).

U ZKP od 2009. godine navedeno ovlašćenje Vrhovnog državnog tužoca za donošenje Uputstva je izostavljeno i umjesto njega dato je Ministarstvu pravde da to

31 M. Škulić /2009/: *op. cit.*, p. 796.

32 Z. Stojanović /2010/: *Komentar Krivičnog zakonika*, Podgorica, p. 180.

uredi podzakonskim aktom, što je i učinjeno donošenjem Pravilnika o odloženom krivičnom gonjenju 15.10.2010. g. Pravilnik je dosta sličan ranijem Uputstvu Vrhovnog državnog tužioca, a interesantno da je u njemu izostavljen katalog krivičnih djela za koja se može odložiti krivično gonjenje. Pravilnik reguliše najznačajnija pitanja u vezi sa odlaganjem krivičnog gonjenja, počev od ocjene državnog tužioca da li postoje uslovi za to, pozivanja osumnjičenog radi davanja izjašnjenja i njegovo izjašnjenje, pozivanja oštećenog radi davanja saglasnosti, povjeravanje posredovanja za određivanje nekih obaveza, način ispunjenja obaveza kod odloženog krivičnog gonjenja za svaku od mogućih obaveza i slično.

Da bi se mogla kao obaveza odrediti otklanjanje posljedice krivičnog djela, neophodno je da se radi o krivičnom djelu koje spada u tzv. materijalna krivična djela, a naknada štete se može odrediti jedino ako se radi o krivičnom djelu za koje je karakteristično da prouzrukuje i određenu materijalnu štetu. Kada je riječ o ispunjavanju dospjelih obaveza izdržavanja, onda se to uglavnom svodi na plaćanje alimentacije.

Obavezu plaćanja određenog novčanog iznosa u korist humanitarne organizacije, fonda ili javne ustanove, kao i obavezivanje na obavljanje određenog društveno korisnog ili humanitarnog rada, državni tužilac može da naredi uz saglasnost oštećenog. Iako ni ZKP-om niti Pravilnikom o odlaganju krivičnog gonjenja nije propisano koji bi to novčani iznos trebalo da bude, u teoriji se s pravom ističe da bi iz razloga elementarne pravičnosti, ali i cjelishodnosti taj iznos morao da bude sličan novčanoj kazni koja bi se osumnjičenom mogla izreći u krivičnom postupku za to krivično djelo koje bi bilo predmet optužbe³³. To analogno važi i za vrstu i dužinu trajanja društveno korisnog i humanitarnog rada, pa bi u praksi to trebalo određivati u skladu sa zakonskim mogućnostima izricanja kazne rada u javnom interesu koja bi bila moguća ili vjerovatna ako bi došlo do pokretanja postupka za to djelo.

5. Postavlja se pitanje da li državni tužilac može naknadno promijeniti mjeru koju je naložio osumnjičenom sve do isteka roka za njeno izvršenje? Mislimo da je to moguće iako u ZKP to izričito ne stoji, pogotovo ako su se u međuvremenu izmijenile okolnosti koje otežavaju ili onemogućavaju izvršenje prvobitno naložene obaveze, s tim da rok izvršenja novoodređene obaveze teče od momenta odlaganja. Inače, naloženu obavezu osumnjičeni mora da izvrši u roku koji ne može biti duži od šest mjeseci. Osumnjičeni je dužan da naloženu obavezu u cjelosti izvrši. Ako je izvrši samo djelimično, bez obzira u kojoj mjeri ili ako je izvršio samo neke od naloženih obaveza, smatraće se da obaveza nije izvršena i državni tužilac ne može odbaciti krivičnu prijavu, nego mora pokrenuti postupak.

6. Osim odlaganja krivičnog gonjenja (uslovljenog oportuniteta) u članu 273 ZKP predviđen je klasični (bezuslovni oportunitet) gdje državni tužilac može da odbaci krivičnu prijavu ako se radi o krivičnim djelima za koja je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine ako se kumulativno ispuni nekoliko uslova: a) da je osumnjičeni nakon izvršenja krivičnog djela ispoljio stvarno kajanje, b) da je spriječio nastupanje štete ili je istu u potpunosti nadoknadio i c) da državni tužilac ocijeni da izricanje krivične sankcije ne bi bilo pravično.

33 M. Škulić /2009/: *op. cit.*, p. 798.

Zakonik koristi nekoliko izraza koji mogu da podliježu tumačenju kao što su „stvarno kajanje“, „okolnosti slučaja“, „pravično“ i sl. Stvarno kajanje treba da izražava izuzetno jak osjećaj krivice osumnjičenog. U sprečavanju nastupanja štetnih posljedica krivičnog djela i u otklanjanju štetnih posljedica, osumnjičeni mora biti motivisan svojom grižom savjesti, pa u određenoj mjeri, kako se ističe u literaturi, i strahom od krivičnog gonjenja, ali taj strah ne smije da bude dominantan motiv za sprečavanje štetne posljedice, odnosno naknadu pričinjene štete³⁴. Neodređenost izraza „okolnosti slučaja“ otvara brojna pitanja od značaja za praktičnu primjenu, prije svega da li se ova odredba može primijeniti na osumnjičenog koji je već kažnjavao, da li se može primijeniti više puta za sva djela za koja je propisana kazna zatvora do tri godine i slično³⁵.

S tim u vezi, nameće se potreba vođenja jedinstvene evidencije lica prema kojima je krivična prijava odbačena primjenom člana 273 ZKP i koja bi bila dostupna svim tužilaštvima.

7. Načelo oportuniteta krivičnog gonjenja, u postupku protiv punoljetnih lica, prvi put je uvedeno u ZKP od 2003. godine, a ratio legis uvođenja ovog instituta bio je da se sudovi rasterete rešavanja lakših krivičnih djela i time doprinesu efikasnosti krivičnog postupka. No, kako to obično biva, kad su u pitanju novi instituti koji se uvode u zakonodavstvo, oni teško „krče“ put u praktičnoj primjeni. Šta je razlog tog početnog „rezervisanog“ pristupa novim institutima, teško je reći, ali kad je riječ o primjeni načela oportuniteta u praksi državnog tužioca, onda to može da bude bojazan državnog tužioca od reagovanja javnog mnjenja, koje takvu odluku državnog tužioca može da protumači na različite načine. Zato se ovo načelo u početku i nije u praksi primjenjivalo, ali kako je vrijeme odmicalo sve više se primjenjivalo.

U nastavku ćemo prikazati statističke podatke iz Izvještaja o radu Vrhovnog državnog tužilaštva za period od 2005. do 2015. godine objavljeni na zvaničnom sajtu Vrhovnog državnog tužilaštva. U navedenom periodu po godinama posmatraćemo:

1) Ukupan broj podnesenih krivičnih prijava, 2) Ukupan broj odbačenih krivičnih prijava, 3) Broj odbačenih krivičnih prijava po osnovu odlaganja krivičnog gonjenja i 4) broj odbačenih krivičnih prijava primjenom oportuniteta u postupku prema maloljetnicima.

1. *Ukupno podnesenih krivičnih prijava:*

u 2005. g. 9482; u 2006. g. 11679; u 2007. g. 16275; u 2008. g. 15255; u 2009. g. 9751; u 2010. g. 1036; u 2011. g. 9480; u 2012. g. 10948; u 2013. g. 10474; u 2014. g. 10509 i u 2015. g. 9808.

2. *Ukupno odbačenih krivičnih prijava:*

u 2005. g. 2106; u 2007. g. 3266; u 2008. g. 3121; u 2009. g. 3380; u 2010. g. 2815; u 2011. g. 3608; u 2012. g. 4345; u 2013. g. 4112; u 2014. g. 3133 i u 2015. g. 3038.

34 M. Škulić /2009/: *Ibid.*, p. 802.

35 D. Radulović /2009/: *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Podgorica, p. 326.

3. *Broj odbačenih krivičnih prijava po osnovu odlaganja krivičnog gonjenja*: u 2005. g. 4; u 2006. g. 26; u 2007. g. 164; u 2008. g. 240; u 2009. g. 339; u 2010. g. 382; u 2011. g. 571; u 2012. g. 1000; u 2013. g. 734; u 2014. g. 549; u 2015. g. 487.
4. *Broj odbačenih krivičnih prijava po osnovu oportuniteta u postupku prema maloljetnicima*: u 2005. g. 18; u 2006. g. 9; u 2007. g. 80; u 2008. g. 70; u 2009. g. 64; u 2010. g. 76; u 2011. g. 114; u 2012. g. 134; u 2013. g. 178; u 2014. g. 171 i u 2015. g. 135.

Kada je riječ o primjeni odloženog gonjenja, kao vida oportuniteta u postupku protiv punoljetnih lica, onda je vidljivo da se sve do 2007. godine skoro nije ni primjenjivao. Preciznije rečeno, sve do donošenja Uputstva Vrhovnog državnog tužioca o primjeni odredbi ZKP o odloženom gonjenju septembra 2005. godine nismo imali nijedan slučaj primjene odloženog gonjenja u praksi. Od 2007. godine pa do 2012. g. zabilježen je širi obim primjene oportuniteta (čak je 2012. g. u odnosu na prethodnu godinu udvostručen broj), da bi opet nakon 2012. g. postepeno opadao broj odbačaja krivične prijave iz razloga oportuniteta. Šta je uzrok tome ne možemo odgovoriti bez istraživanja koje ne bi bilo bazirano samo na statističkim podacima. Bez obzira na izvjesne oscilacije u praktičnoj primjeni oportuniteta krivičnog gonjenja za očekivati je da će se u perspektivi znatno povećati obim primjene ovog načela, čime će se ostvariti i njegova glavna misija, a to je rasterećenje sudova i poboljšanje efikasnosti krivičnog postupka.

S druge strane imajući u vidu da primjena ovog načela može da proizvede određene nepravične situacije, potrebna je izvjesna doza opreza, pa je potrebno da se imaju jasni kriterijumi kada treba primijeniti ovaj institut. Stoga mislimo da je tu važna uloga Vrhovnog državnog tužilaštva koje bi, i pored toga što postoji, već pominjani, Pravilnik o odloženom gonjenju Ministarstva pravde, svojim Uputstvom, a radi ujednačavanja prakse mogao još bliže urediti određena pitanja u vezi sa praktičnom primjenom ovog načela.

LITERATURA

- Bayer V. /1978/: *Jugoslavensko krivično procesno pravo – knjiga druga, Pravo o činjenicama i njihovom utvrđivanju u krivičnom postupku*, Zagreb.
- Bejatović S. /2012/: *Oportunitet krivičnog gonjenja i novi ZKP – u: Aktuelna pitanja krivičnog zakonodavstva – normativni i praktični aspekt* (S. Bejatović, ed.), Beograd.
- Bejatović S. /2008/: *Krivično procesno pravo*, Beograd.
- Cigler S. /1995/: *Načelo legaliteta i oportuniteta krivičnog gonjenja*, Novi Sad.
- Čvorović D. /2009/: *Kriminalnopolitička opravdanost, svrha i oblici načela oportuniteta krivičnog gonjenja – u: Oportunitet krivičnog gonjenja* (S. Bejatović, ed.), Beograd.
- Danić R. /2007/: *Načelo legaliteta i oportuniteta krivičnog gonjenja*, Beograd.
- Dimitrijević D. /1982/: *Krivično procesno pravo*, Beograd.
- Đurđić V. /2011/: *Načelo oportuniteta krivičnog gonjenja u krivičnom postupku Srbije, Revija za kriminologiju i krivično pravo*, № 2–3, pp. 199–218.

- Grubač M. /2004/: *Krivično procesno pravo, uvod i opšti deo*, Beograd.
- Grubač M. /1984/: Načelo legaliteta u krivičnom procesnom pravu SFRJ, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, № 3, pp. 79–92.
- Kiurski J. /2016/: Delo malog značaja i načelo oportuniteta krivičnog gonjenja – u: *Evropske integracije i kazneno zakonodavstvo – Poglavlje 23 – norma, praksa i mere harmonizacije* (S. Bejatović, ed.), Beograd.
- Kiurski J. /2011/: Oportunitet krivičnog gonjenja i dosadašnja iskustva u njegovoj primeni – u: *Nova rešenja u krivičnoprocesnom zakonodavstvu teorijski i praktični aspekt* (S. Bejatović, ed.), Beograd.
- Kiurski J. /2009/: Načelo oportuniteta krivičnog gonjenja u postupku prema punoletnim učiniocima krivičnih dela – u: *Oportunitet krivičnog gonjenja* (S. Bejatović, ed.), Beograd.
- Knežević S. /2015/: *Krivično procesno pravo, opšti deo*, Niš.
- Lazin Đ. /2003/: Odlaganje krivičnog gonjenja – u: *Krivično zakonodavstvo Državne zajednice Srbije i Crne Gore* (Đ. Lazin, ed.), Beograd.
- Munda A. /1956/: *Učbenik kazenskega postopka Federativne ljudske Republike Jugoslavije*, Ljubljana.
- Radulović D. /2009/: *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Podgorica.
- Simović N. M. /2009/: Načelo oportuniteta u krivičnom procesnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine i Repulike Hrvatske – u: *Oportunitet krivičnog gonjenja* (S. Bejatović, ed.), Beograd.
- Srzentić N., Stajić A. i Lazarević, LJ. /1994/: *Krivično pravo Jugoslavije, Opšti deo*, Beograd.
- Stojanović Z. /2010/: *Komentar Krivičnog zakonika*, Podgorica.
- Škulić M. /2014/: *Krivično procesno pravo*, Beograd.
- Škulić M. /2009/: *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Podgorica.

Drago Radulović

Faculty of Law, University of Montenegro

PRINCIPLE OF OPPORTUNITY OF PROSECUTION IN THE CRIMINAL PROCEDURE LEGISLATION OF MONTENEGRO

SUMMARY

The subject of this paper is the professional and scientific analysis of the principle of opportunity from the criminal procedural, criminal political and practical point of view. The introductory part gives an overview of the principle of opportunity as one of the instruments which contribute to the efficiency of the criminal procedure. It also states the purpose of its introduction into the legislation, along with the reasons that the legislator was guided by at the time of its adoption. The application of this principle is bounded by the scope of the principle of officiality of criminal prosecution, since it refers only to acts prosecuted ex officio. We analyse the relationship of this principle with the principle of legality of criminal prosecution, as well as with the institute of insignificant social danger as the basis for nullifying a criminal offence.

The second part of the paper is dedicated to the analysis of this principle in the criminal procedural legislation of Montenegro in the light of the Criminal Procedure Code, starting with the 2003 version and up to the most recent one, since the provisions regarding this institute have changed. The most important change is that the legal framework for the application of this institute has constantly been expanded. The last part of the paper provides research on the practical application of the opportunity of criminal prosecution.

Key words: criminal procedure, criminal prosecution, principle of opportunity, dismissal of criminal charges, state prosecutor, suspect

Vid Jakulin*

Pravni fakultet, Univerzitet u Ljubljani

KRIVIČNA DELA PROTIV BRAKA, PORODICE I DECE U KRIVIČNOM ZAKONIKU REPUBLIKE SLOVENIJE

Apstrakt: Predmet krivičnopravne zaštite kod krivičnih dela o kojima se raspravlja u ovom prilogu su: brak, porodica, maloletna lica i deca. Obzirom na predmet zaštite krivična dela iz ove glave moguće je podeliti u tri grupe. U prvoj grupi, a to je brak, nalazi se samo jedno krivično delo – dvobračnost. U grupi krivičnih dela protiv porodice nalaze se sledeća krivična dela: promena porodičnog stanja, oduzimanje maloletnog lica, nasilje u porodici i kršenje porodičnih dužnosti. U grupi krivičnih dela protiv maloletnih lica (u ovu grupu spadaju takođe i deca) obuhvaćena su krivična dela: zanemarivanje i zlostavljanje maloletnog lica, nedavanje izdržavanja i rodoskrvnuće.

Potrebno je obratiti pažnju na to da su isti objekti krivičnopravne zaštite (uz druge, primarne) obuhvaćeni i u drugim glavama krivičnog zakonika, a posebno ih nalazimo među krivičnim delima protiv života i tela, protiv ljudskih prava i sloboda kao i protiv polne slobode.

Krivično pravo je krajnje i najmanje pogodno sredstvo za uređivanje društvenih odnosa. To utoliko više važi za područje porodičnog života u kojem postoje vrlo osetljive srodstvene i emotivne veze između učinioca i žrtava. I pored toga da znamo da krivično pravo nije pogodno sredstvo za uređivanje porodičnih odnosa, u slučaju teških kršenja nije se moguće odreći krivičnopravnoj intervenciji jer se radi o dobrima koja su toliko značajna da zaslužuju i krivičnopravnu zaštitu.

Ključne reči: Slovenija, krivična dela, brak, porodica, maloletna lica, deca

UVOD

Predmet ove glave¹ Krivičnog zakonika Republike Slovenije je krivičnopravna zaštita braka, porodice, maloletnih lica i dece. Obzirom na predmet zaštite, krivična dela iz ove glave mogu se podeliti u tri grupe. U prvu grupu, to su krivična dela protiv braka, spada samo jedno krivično delo, a to je dvobračnost (188. član). U grupu krivičnih dela protiv porodice spadaju krivična dela: promena porodičnog stanja (189. član), oduzimanje maloletnog lica (190. član), nasilje u porodici (191. član) i

* Redovni profesor, vid.jakulin@pf.uni-lj.si

1 Krivična dela protiv braka, porodice i dece (Kazniva dejanja zoper zakonsko zvezo, družino in otroke) nalaze se u 21. glavi Krivičnog zakonika Republike Slovenije. Kazenski zakonik Republike Slovenije (KZ-1), *Uradni list Republike Slovenije* br. 55/08; 66/08; 39/09 (KZ-1A); 91/11 (KZ-1B); 54/15 (KZ-1C); 38/16 (KZ-1D) in 27/17 (KZ –1E).

kršenje porodičnih dužnosti (193. član). U grupu krivičnih dela protiv maloletnih lica (u tu grupu ubrajamo i krivična dela protiv dece) svrstavamo sledeća krivična dela: zanemarivanje maloletnog lica i njegovo zlostavljanje (192. član), nedavanje izdržavanja (194. član) i rodoskrvnuće (195. član).

Potrebno je napomenuti, da su gore navedeni predmeti krivičnopravne zaštite (uz druge, primarne) obuhvaćeni i u drugim glavama KZ-1, posebno u glavama: krivična dela protiv života i tela, protiv ljudskih prava i sloboda i protiv polne slobode (nedotakljivosti).

Uloga krivičnog prava u zaštiti tih objekata je minimalna. Krivično pravo je samo krajnje sredstvo. Pojedina krivična dela iz ove glave su opšta, a neka su specijalna (počinitelj može biti samo roditelj, usvojilac, staralac, punoletno lice).

Sva krivična dela iz ove glave su dela sa umišljajem.

Krivična dela, o kojima je reč, statistički nisu posebno značajna. Predstavljaju od 0,89 posto do 2,18 posto od svih krivičnih dela, kojima su se od 2000. godine do godine 2015. bavili sudovi u Republici Sloveniji. Statistički podaci predstavljaju broj punoletnih i maloletnih lica, koja su bila osuđena u Sloveniji za krivična dela protiv braka, porodice i dece:

2000	103 lica
2001	134 lica
2002	109 lica
2003	100 lica
2004	110 lica
2005	116 lica
2006	164 lica
2007	151 lice
2008	165 lica
2009	206 lica
2010	368 lica
2011	380 lica
2012	483 lica
2013	674 lica
2014	623 lica
2015	523 lica ²

1. KRIVIČNO DELO PROTIV BRAKA

1.1. Dvobračnost (član 188 KZ-1)³

Krivično delo zvano dvobračnost (na slov. j. dvojna zakonska zveza) tipično je krivično delo stanja, kod kojeg učinilac jednako kao kod trajajućih krivičnih dela,

2 Podaci sa internetne stranice Statističkog ureda Republike Slovenije <http://www.stat.si> od 24.5.2017.

3 (1) Ko zaključi novi brak iako se već nalazi u braku, kazniće se novčanom kaznom ili zatvorom do jedne godine.

realizira protivpravno stanje, no to za postojanje ovog krivičnog dela nije odlučujuće. Održavanje protivpravnog stanja u ovim slučajevima nije deo biti krivičnog dela. Krivično delo je završeno nastankom protivpravnog stanja kao zabranjene posledice. Zastarenje krivičnog gonjenja započinje sklapanjem (zaključenjem) novog braka.⁴ Vezano za krivično delo dvobračnosti postavlja se nekoliko pitanja koja valja pomenuti.

Kao prvo, postavlja se pitanje, šta je predmet krivičnopravne zaštite u ovom krivičnom delu i ko je oštećeni odnosno predmet napada. Neki autori smatraju, da u slovenačkom krivičnom pravu postoji nekoliko inkriminacija u vezi kojih nastaju nejasnoće što se tiče sadržaja krivičnopravnog dobra odnosno predmeta krivičnopravne zaštite. Kao takve inkriminacije smatraju se dvobračnost i rodoskrvnuće.⁵ *Deisinger* zastupa suprotno mišljenje, da je predmet krivičnopravne zaštite u ovom krivičnom delu takozvani monogamni brak, koji je uspostavljen u slovenačkom zakonodavstvu o bračnoj vezi.⁶ Ako i prihvatimo stav, da je oštećeni u slučaju ovog krivičnog dela lice koje sklapa brak s licem za koje ne zna da je već u braku, naići ćemo na problem u slučaju, kada lice zna da zaključuje brak s licem koje je već u braku. To je situacija koja je inkriminirana u drugom stavu ovog člana. U takvim slučajevima teže je govoriti o „oštećenom“, jer se radi o licu koje zna da je partner s kojim zaključuje brak već u braku i na takvo stanje pristaje. Pristanak „oštećenog“ dakle nema nikakvog uticaja na postojanje krivičnog dela. Očigledno se radi o dobru, kojim upletena lica ne mogu i ne smeju raspolagati (nedisponibilno dobro). Radi se o dobru, koje je deo prisilnog propisa, a čije kršenje ima negativne posledice za upletena lica, jer zakonodavstvo koje uređuje bračnu zajednicu i porodične odnose, određuje da je brak, koji zaključí osoba koja je već u braku, nevažeći.

Brak i porodične odnose u Republici Sloveniji od 1976. godine dalje uređuje zakon o braku i porodičnim odnosima (Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih, dalje ZZZDR).⁷ Mada je bio kasnije usvojen Porodični zakonik (Družinski zakonik),⁸ koji je zamenio ZZZDR, još se uvek primenjuju odredbe prvog, jer Porodični zakonik sam određuje da će, osim u izričito navedenim odredbama, stupiti na snagu tek dve godine nakon usvajanja.⁹

Na prosuđivanje o postojanju krivičnog dela dvobračnosti može uticati i to, kako „novu“ bračnu vezu opredeljuje matična pravna grana – to je porodično pravo. ZZZDR u 20. članu određuje, da niko ne može zaključiti novi brak dok god

(2) Jednako će se kazniti i ko zaključí brak sa licem za koje zna da se nalazi u braku.

(3) Ako je raniji brak prestao ili je bio poništen, gonjenje se ne preduzima, a ako je gonjenje počelo, zaustavlja se.

4 Bavcon – Šelih i saradn. /2013/: *Kazensko pravo*, Splošni del, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana, pp. 198–199. Vidi i: M. Deisinger /2002/: *Kazenski zakonik s komentarjem*, Posebni del, GV Založba, Ljubljana, p. 314.

5 Bavcon – Šelih i saradn.: *op. cit.*, p. 209.

6 M. Deisinger: *op. cit.*, p. 313.

7 Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih, neuradno prečiščeno besedilo, ZZZDR – NPB5 z dne 6.11.2015, dostupno na internetnoj stranici Državnog zbora Republike Slovenije <https://www.dz-rs.si>

8 Družinski zakonik, *Uradni list Republike Slovenije* br. 15/17.

9 Družinski zakonik je stupio na snagu 6. aprila 2017 sa početkom upotrebe 6. aprila 2019.

njegov ranije sklopljeni brak ne prestane ili dok nije poništen. Trideset i drugi član određuje, da je brak, koji je sklopljen u suprotnosti s odredbama iz 16. do 21. člana ovog zakona, nevažeći. U 36. članu ZZZDR uređeno je pravo na tužbu za poništenje braka, zaključenog u suprotnosti s navedenim odredbama tog zakona. Među tim odredbama nalazi se i 20. član (dvobrak). U slučaju dvobrača tužbu za poništenje braka mogao je podneti i javni tužilac. Pravo na tužbu za poništenje braka u izvešnim slučajevima **ne zastareva** (to važi i za dvobračnost).

U drugoj polovini sedamdesetih godina prošloga veka preovladavao je stav da je „novi“ (drugi) brak **ništav**. Ako prihvatimo taj stav, dolazimo do zaključka, da krivičnog dela dvobračnosti nije bilo moguće počinuti, jer je drugi brak ionako bio ništav (nepostojeć). Moglo bi se govoriti samo o pokušaju tog krivičnog dela, a pokušaj ne bi bio kažnjiv, jer je kazna za ovo delo suviše niska, da bi bio kažnjiv pokušaj tog dela na osnovu odredbe o kažnjivosti pokušaja u opštem delu. Krivični zakon nije specijalno ni određivao da je pokušaj ovog krivičnog dela kažnjiv.

Kasnije je preovladao stav, da se drugi brak ne smatra ništavim, već samo osporavajućim. Ako prihvatimo taj stav, nedoumica nije ništa manja. Kao prvo, otvara se pitanje, zašto je potrebna tužba za poništenje braka koji je po odredbi 32. člana ZZZDR i onako nevažeći. Dodatnu zbrku unosi odredba o nezastaravanju tužbe, jer za razliku od ništavosti koja je trajna, osporavajući pravni posao po pravilu može se osporavati samo u određenom roku. Ako pravo na poništenje braka nikad na zastari, imamo vremenski neograničeno osporiv pravni posao, a to je već samo po sebi problem.

Dodatnu poteškoću predstavlja 37. član ZZZDR koji određuje da se novi brak, zaključen u vreme dok je prethodni brak jednog od oba supružnika još važio, ne poništava u slučaju da je prethodni brak prestao ili će biti poništen. Ta odredba naime znači da matična pravna grana – porodično pravo – dozvoljava konvalidaciju pravnog posla koji krivično pravo određuje kao krivično delo. Istina je, da konvalidaciju pravnog posla i krivično pravo na neki način prihvaća, jer u trećem stavu 188. člana KZ-1 izričito određuje, da se gonjenje ne preduzima, a ako je započelo, obustavlja se ako je prethodni brak raskinut ili je poništen.

2. KRIVIČNA DELA PROTIV PORODICE

2.1. *Promena porodičnog stanja (član 189 KZ-1)*¹⁰

Promena porodičnog stanja takođe je krivično delo stanja. To krivično delo je završeno samim prouzrokoivanjem protivpravnog stanja. Daljnje postojanje protivpravnog stanja za krivično delo nije od značaja.

Krivično delo može se počinuti samo sa umišljajem. Ako se porodično stanje promeni iz nehata, ne može se govoriti o krivičnom delu.

Porodično stanje deteta odnosi se na njegovu pripadnost određenoj porodici, vlastitom imenu ili državljanstvu. Vezano za to krivično delo interesantno je, da se

¹⁰ Ko podmetanjem, zamenom ili na drugi način promeni porodično stanje deteta, kazniće se zatvorom do tri godine.

detetom ne smatra maloletno lice do četrnaeste godine, već samo odojče odnosno dete do starosti u kojoj još nije svesno pripadnosti određenoj porodici. Naravno, to ne važi ako se radi o duševno zaostaljoj deci koja mogu biti objekt ovog krivičnog dela do dopunjene starosti od četrnaest godina.¹¹

2.2. Oduzimanje maloletnog lica (član 190 KZ-1)¹²

To krivično delo može počiniti svako, dakle i roditelj. Učinilac krivičnog dela može biti samo onaj roditelj ili lice kome je dete povereno u vaspitavanje i odgajanje izvršljivom sudskom odlukom.

Što se tiče ovog krivičnog dela, protivpravnost nije samo element opšteg pojma krivičnog dela, već je i njegov zakonski znak. Učinilac tog krivičnog dela mora biti svestan da postupa protivpravno. Ako je učinilac ubeđen, da postupa u skladu s pravom, a u stvari za njegovo postupanje nema nikakve pravne osnove, on je u zabludi. Pošto je protivpravnost zakonski znak krivičnog dela, zabluda, koja je izvorno pravna zabluda (zabluda o protivpravnosti) pretvara se u činjeničnu zabludu u užem smislu (zabluda o zakonskim znacima krivičnog dela) i ima odgovarajući učinak – isključuje umišljaj učinioca. Pošto se radi o krivičnom delu koje je obzirom na zakonsku definiciju moguće počiniti samo direktnim umišljajem, zabluda o protivpravnosti isključuje učiniočevu krivnju.

Izvršna radnja tog krivičnog dela određena je alternativno, a to znači, da je za krivično delo dovoljno, da učinilac počini barem jedan od alternativnih oblika počinjenja dela (oduzimanje, zadržavanje, onemogućavanje izvršenja odredbe). Kumulativno moraju biti izvršeni tako oduzimanje kao i zadržavanje maloletnog lica a takođe i sprečavanje kontakata sa onima koji imaju na to pravo. U oba slučaja prekiđa se dotadašnja neposredna kontrola nad maloletnim licem.¹³

U drugom stavu ovog člana opredeljen je kvalifikovani oblik krivičnog dela. O kvalifikovanom obliku krivičnog dela radi se u slučajevima kada nastanu posledice dela u obliku pogoršanja duševnog ili telesnog zdravlja maloletnog lica ili je ugrožen njegov budući razvoj.

Ako sud izrekne uslovnu osudu, može narediti učiniocu, da mora maloletno lice predati onome koji ima na to pravo ili omogućiti izvršenje izvršljive odluke o maloletnom licu.

11 M. Deisinger: *op. cit.*, pp. 317–318.

12 (1) Ko maloletno lice protivpravno oduzme od roditelja, usvojioca, staraoca ili drugog lica, odnosno ustanove, kojima je ono povereno ili ga zadržava i onemogućava da bi bilo kod onoga, ko ima pravo na njega, ili ko zlonamerno onemogućava izvršenje odluke o maloletnom licu, kazniće se novčanom kaznom ili zatvorom do jedne godine.

(2) U slučaju da je delo prouzrokovalo pogoršanje duševnog ili telesnog zdravlja maloletnog lica ili je ugrozilo njegov razvoj, kazniće se zatvorom od jedne godine do pet godina.

(3) Ako sud izrekne uslovnu osudu, može odrediti obavezu učiniocu da u određenom roku preda maloletno lice onome ko ima pravo na to ili omogući izvršenje odluke o maloletnom licu.

(4) Ako učinioc iz prvog stava ovog člana dobrovoljno preda maloletno lice onome kome je maloletno lice povereno ili omogući izvršenje odluke, može biti oslobođen od kazne.

13 M. Deisinger: *op. cit.*, pp. 319–320.

Četvrti stav sadrži odredbu, koja omogućuje opraštanje kazne učiniocu, koji je dobrovoljno predao maloletno lice onome ko na to ima pravo ili je omogućio izvršenje izvršljive odluke.

Vezano za to krivično delo postavlja se pitanje, kako kvalifikovati krivično delo u slučaju da učinilac „ukrade“ odojče i prisvoji ga. Naime, ne može se smatrati da je to krivično delo krađe, jer odojče nije tuđa kretina već ljudsko biće. Očigledno u Krivičnom zakoniku Republike Slovenije nema odredbe, kojom bi se moglo odgovoriti na takav slučaj. Teoretično, takvo delo moglo bi se opredeliti kao krivično delo promene porodičnog stanja po 189. članu KZ-1 (prisivajanje odojčeta po pravilu moglo bi značiti promenu njegovog porodičnog stanja) ili kao krivično delo oduzimanja maloletnog lica po 190. članu KZ-1. Smatram, da sadržaju više odgovara kvalifikacija po 190. članu KZ-1, jer „krađa“ i prisvajanje deteta predstavljaju oblik protivpravnog oduzimanja maloletnog lica roditelju ili licu, kome je maloletno lice povereno. Uz takvu kvalifikaciju veliki promašaj je izuzetno niska propisana kazna za krivično delo oduzimanja maloletnog lica. Za krivično delo najobičnije krađe predviđena je kazna zatvora do tri godine, a za krivično delo oduzimanja maloletnog lica propisana je kazna zatvora do samo jedne godine. U konkretnom slučaju to izgleda tako, da neko može biti osuđen za krađu motora na tri godine zatvora, a učinilac koji odvede (ili ukrade) dete na najviše godinu dana zatvora. Situacija je očito apsurdna i trebalo bi je na neki način popraviti. Problem bi se moglo rešiti na način, da bi se u 190. članu KZ-1 predvideo kvalifikovan oblik dela (krađa ili prisvajanje tuđeg deteta) za koji bi se propisao i kazneni okvir koji bi odgovarao težini krivičnog dela.

Na ovom mestu treba se takođe pitati, kakav je odnos između krivičnog dela promene porodičnog stanja i krivičnog dela oduzimanja maloletnog lica. *Deisinger* u svom komentaru piše o nemogućnosti sticaja ova dva krivična dela,¹⁴ no sam, naprotiv, smatram da bi u određenim situacijama takav sticaj imao smisla. Na primer, učinilac ukrade odojče i prisvoji ga, a zatim obmanjivanjem postigne da upravni organi upišu dete u službene evidencije kao njegovo dete. Učinilac bi u takvom slučaju ispunio znake oba krivična dela i mislim da tu nema nikakvog odnosa zbog kojeg bi se moglo smatrati da je sticaj samo prividan. U takvom slučaju radi se o pravom sticaju dva krivična dela.

2.3. *Nasilje u porodici (član 191 KZ –1)*¹⁵

To krivično delo uvodi krivični zakonik KZ-1, koji je stupio na snagu 1. novembra 2008. godine. Odnosi se na sve oblike nasilja u porodici ili drugom dugo-

14 M. Deisinger: *op. cit.*, p. 318.

15 (1) Ko u porodičnoj zajednici zlostavlja drugog, tuče ga ili mu na drugi način zadaje bol ili ga ponižava, preti mu napadom na život i telo ili pravo na zajedničko boravište ili mu ograničava slobodu kretanja, uhodi ga, prinuđuje na rad ili napuštanje rada ili ga bilo na koji način nasilnim ograničavanjem njegovih jednakih prava potiskuje u zajednici u podređen položaj, kazniće se zatvorom do pet godina.

(2) Jednako će se kazniti, ko počini delo iz gornjeg stava u nekoj drugoj trajnijoj životnoj zajednici.

(3) Ako je delo iz prvog stava počinjeno protiv lica, s kojim je učinilac živeo u porodičnoj ili drugoj trajnijoj zajednici, koja više ne traje, a delo je s tom zajednicom povezano, učinilac će se kazniti zatvorom do tri godine.

trajnijim životnim zajednicama. Tim krivičnim delom uspostavljena je granica sa krivičnim delom nasilja uopšte (član 296 KZ-1).¹⁶

Krivično delo nasilja u porodici je po prvom stavu opšte krivično delo, mada ga može izvršiti samo lice koje živi u porodičnoj zajednici. Reč je o sastavljenom krivičnom delu; zakonodavac je u njegovom opisu udružio više samostalno inkriminiranih krivičnih dela u jedno jedino krivično delo. Dispozicija krivičnog dela je alternativna, a to znači, da je krivično delo počinjeno ako učinilac počini bar jedan od alternativno određenih oblika počinjenja dela. Ako učinilac ispuni više izvršnih oblika dela, radi se o jednom krivičnom delu, jer je to sastavljeno krivično delo i sticaj pojedinih izvršnih oblika samo je prividan.

U drugom stavu je inkriminirano nasilje u nekom drugom dugotrajnijem obliku životne zajednice. Treći stav uređuje privilegovane oblike krivičnog dela u slučaju ako učinilac počini delo protiv lica s kojim je živio u porodičnoj ili drugoj dugotrajnijoj zajednici koja se raspala ali je delo vezano za tu zajednicu.

2.4. Kršenje porodičnih dužnosti (član 193 KZ-1)¹⁷

To je specijalno krivično delo koje može počiniti samo onaj ko zanemaruje porodične dužnosti predviđene zakonom. Krivično delo je delo sa umišljajem.

Izvršeno delo izražava se u teškom zanemarivanju porodičnih dužnosti i obaveza. Reč je samo o zakonski određenim dužnostima. Posledica zanemarivanja po tom krivičnom delu je takva da član porodice dolazi u težak položaj. U takvom položaju član porodice teško je pogođen jer nema sredstava za život, onemogućeno mu je osnovno obrazovanje ili osposobljavanje za poziv ili je u teškom psihičkom stanju. Za postojanje tog krivičnog dela potrebno je da je ugroženom članu porodice onemogućeno da sam brine o sebi. U slučaju da bi imao mogućnost da brine o sebi, to ne bi bilo krivično delo.

Porodične dužnosti su dužnosti između supružnika, dužnosti roditelja do dece i dužnosti punoletne dece do roditelja ako ti nisu sposobni za rad i nemaju sredstava za život. Jednako važi za odnos između očuha ili maćehe do pastoraka kao i za odnos između usvojitelja i usvojene dece.

Zbog odnosa specijalnosti ne postoji sticaj s krivičnim delom nedavanja pomoći po članu 130 KZ-1. Ako su ispunjeni znaci tog krivičnog dela, takođe ne postoji ni sticaj s krivičnim delom zanemarivanja maloletnog lica i njegovog zlostavljanja po 192. članu KZ-1. Samo u slučaju da delo ne može biti kvalifikovano po tom članu, može se za zanemarivanje i zlostavljanje maloletnog lica delo opredeliti po 192. članu KZ-1.

U slučaju da kršenje porodičnih dužnosti predstavlja nedavanje izdržavanja, reč je samo o krivičnome delu nedavanja izdržavanja po 194. članu KZ-1, koji je *lex specialis*.

16 M. Deisinger u knjizi: I. Bele, M. Deisinger, V. Jakulin /2008/: *Kazenski zakonik KZ-1 in KZ – UPB1*, Uvodna pojasnila, GV Založba, Ljubljana, pp. 88–89.

17 (1) Onaj ko grubo zanemaruje porodične dužnosti koje ima po zakonu i time stavlja u težak položaj člana porodice, koji ne može brinuti o sebi, kazniće se zatvorom do dve godine.

(2) Ako izrekne uslovnu osudu, sud može odrediti obavezu učiniocu da mora redovno ispunjavati svoje dužnosti brige, vaspitavanja i zbrinjavanja.

Ukoliko sud izrekne uslovnu osudu, može odrediti učiniocu da mora redovno ispunjavati svoju dužnost zbrinjavanja i vaspitavanja.¹⁸

3. KRIVIČNA DELA PROTIV MALOLETNIH LICA

3.1. Zanemarivanje i zlostavljanje maloletnog lica

(*Zanemarjanje mladoletne osebe in surovo ravnanje*) (član 192 KZ-1)¹⁹

Po prvom stavu to krivično delo je specijalno krivično delo koje mogu počiniti samo oni koji imaju dužnosti do maloletnih lica. To je krivično delo sa umišljajem. Izvršna radnja po prvom stavu predstavlja zanemarivanje maloletnog lica teškim kršenjem dužnosti zbrinjavanja i vaspitanja. Po pravilu, o krivičnom delu radi se tada, kada je takvim postupanjem ugroženo vaspitanje, razvoj ili zdravlje maloletnog lica. Lakši oblici kršenja predstavljaju prekršaje protiv javnog reda i mira.

Zanemarivanje se izražava u fizičkom ili psihičkom zlostavljanju maloletnika, u grubom postupanju, koje očigledno prelazi granice uobičajenih vaspitnih mera protiv maloletnika, u zanemarivanju brige za osnovne potrebe maloletnika u vezi njegove ishrane, nege, zdravlja, odevanja, školovanja itd. O krivičnom delu je reč, kada se radi o nekom trajnijem postupanju učinioca, a ne samo o pojedinim grubim postupcima protiv maloletnika. Više puta ponavljano izvršno delo predstavlja jedno krivično delo.

Krivično delo prema drugom stavu predstavlja opšte krivično delo, jer ga može počiniti svako.²⁰

3.2. Nedavanje izdržavanja (član 194 KZ –1)²¹

Učinioc ovog krivičnog dela je onaj ko ne daje izdržavanje, a morao bi ga davati za lice koje je po zakonu dužan izdržavati i za koje je izvršnim nalogom određena visina njegove dužnosti izdržavanja. Obzirom da nisu određeni načini počinjenja ovog krivičnog dela, delo je moguće počiniti svakim postupanjem kojim učinilac

18 M. Deisinger: *op. cit.*, pp. 329–330.

19 (1) Roditelji, staralac, hranilac ili drugo lice koje grubo krši svoje dužnosti do maloletnog lica kazniće se zatvorom do tri godine.

(2) Roditelji, staralac, hranitelj ili drugo lice koje prinudava maloletno lice na preteran rad ili rad koji ne odgovara njegovom uzrastu ili ga iz koristoljublja navodi na prosjačenje ili druge radnje koje su štetne za njegov razvoj ili se grubo odnosi do maloletnog lica ili ga muči kazniće se zatvorom do pet godina.

20 M. Deisinger: *op. cit.*, pp. 324–325.

21 (1) Ko ne daje izdržavanje iako bi to mogao za lice koje je po zakonu dužan da izdržava, a ta dužnost je utvrđena izvršnom sudskom odlukom kazniće se zatvorom do jedne godine.

(2) Ako je usled dela iz stava 1. ovog člana ugroženo ili bi moglo biti ugroženo zbrinjavanje maloletnog lica ili ako učinioc izbegava davanje izdržavanja kazniće se zatvorom do tri godine.

(3) Ako izrekne uslovnu osudu, sud može odrediti obavezu učiniocu iz prvog ili iz drugog stava ovog člana da mora uredno davati izdržavanje ili da mora izmiriti izostalo preživljavanje ili druge sudom određene obaveze u vezi izdržavanja.

izbegava plaćanje izdržavanja. Takav stav zauzeo je i Viši sud u Ljubljani u slučaju Kp 1453/93.²²

Izvršno delo ovog krivičnog dela je neplaćanje izdržavanja, koje se može izražavati kao aktivno postupanje ili nečinjenje.

Neplaćanje izdržavanja izražava se kao neplaćanje izdržavanja kroz duži vremenski period. Za postojanje krivičnog dela dovoljno je i neplaćanje samo jednog obroka izdržavanja ako se iz okolnosti može zaključiti da učinilac nema nameru da izdržavanje plaća.²³

U drugom stavu opredeljen je kvalifikovani oblik krivičnog dela, koji postoji kada je ili bi zbog neplaćanja izdržavanja bilo ugroženo izdržavanje lica koje ima na to pravo ili kada obaveznik izbegava davanje izdržavanja.

U slučaju da sud izrekne uslovnu osudu, može odrediti učinioocu da mora plaćati izdržavanje, a moguće je i da mu odredi da plati zaostatak izdržavanja kao i da ispuni druge obaveze i dužnosti vezane za izdržavanje.

3.3. Rodoskrvnuće (član 195 KZ-1)²⁴

Krivično delo rodoskrvnuća može počinuti samo punoletno lice koje vrši obljudu sa maloletnim licem u krvnom srodstvu u pravoj liniji ili maloletnim bratom ili sestrom. Učinilac mora biti svestan, da vrši obljudu sa maloletnim licem u krvnom srodstvu u pravoj liniji odnosno maloletnim bratom ili sestrom. Učinilac koji je svestan srodstvene veze i uprkos tome odluči se na polni čin, čini to delo s direktnim umišljajem.

Ako učinilac nije svestan da vrši obljudu sa licem u srodstvu, tada to čini u činjeničnoj zabludi u užem smislu koja isključuje krivnju iako je učinilac bio u zabludi iz nehata.

Sporazumni polni čin (obljuba) među maloletnim srodnicima po krvi i maloletnom braćom i sestrama nije kažnjiv. Isto tako nisu kažnjivi polni odnosi između punoletnih srodnika po krvi. Maloletno lice sa kojim učinilac izvrši obljudu nije učinilac krivičnog dela. Protivpravnost dela nije isključena ni u slučaju da maloletno lice samo navodi punoletnog srodnika u pravoj liniji na polni čin.²⁵

ZAKLJUČAK

Krivično pravo je krajnje i najmanje pogodno sredstvo za uređivanje društvenih odnosa. To toliko više važi za područje porodičnog života, u kojem postoje vrlo osetljive srodstvene i emotivne veze između učinioca i žrtava. I pored toga što znamo da krivično pravo nije pogodno sredstvo za uređivanje porodičnih odnosa, u slučaju teških kršenja nije se moguće odreći krivičnopravnoj intervenciji jer se radi o dobrima koja su toliko značajna da zaslužuju i krivičnopravnu zaštitu.

22 Po M. Deisinger: *op. cit.*, pp. 334–335.

23 M. Deisinger: *ibid.*, p. 331.

24 Lice koje izvrši obljudu sa maloletnim srodnikom po krvi u pravoj liniji ili sa maloletnim bratom odnosno sestrom kazniče se zatvorom do dve godine.

25 M. Deisinger: *op. cit.*, pp. 338–339.

LITERATURA

- Bavcon – Šelih i saradn. /2013/: *Kazensko pravo*, Splošni del, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana.
- Bele I., Deisinger M., Jakulin V. /2008/: *Kazenski zakonik KZ-1 in KZ – UPB1*, Uvodna pojasnila, GV Založba, Ljubljana.
- Deisinger M. /2002/: *Kazenski zakonik s komentarjem*, Posebni del, GV Založba, Ljubljana. Družinski zakonik, *Uradni list Republike Slovenije* br. 15/17.
- Kazenski zakonik Republike Slovenije (KZ-1), *Uradni list Republike Slovenije* br. 55/08; 66/08; 39/09 (KZ-1A); 91/11 (KZ-1B); 54/15 (KZ-1C); 38/16 (KZ-1D) in 27/17 (KZ –1E).
- Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih, neuradno prečiščeno besedilo, ZZZZDR – NPB5 z dne 6.11.2015, dostupno na internetnoj stranici Državnog zbora Republike Slovenije <https://www.dz-rs.si>.

Vid Jakulin

Faculty of Law, University of Ljubljana

OFFENCES AGAINST MARRIAGE, FAMILY
AND CHILDREN IN THE CRIMINAL CODE
OF REPUBLIC OF SLOVENIA

SUMMARY

The objects of criminal law protection in these offences are marriage, family, minor persons and children. With regard to the object of protection, the criminal offences from this chapter can be divided into three groups. The first group of offences, that is criminal offences against marriage, contains only one single criminal offence, that is Bigamy. The group of criminal offences against family consists of the following offences: Alternation of Family Status, Abduction of Minors, Family Violence and Violation of Family Obligations. The group of criminal offences against minor persons (which certainly includes also children) is composed of the following criminal offences: Neglect and Maltreatment of a Child, Non-Payment of Maintenance and Incest.

It has to be pointed out that the same objects of criminal law protection (in addition to some other objects which are primary) are covered also by other chapters of the Criminal Code, in particular by Criminal Offences against Life and Limb, Criminal Offences against Human Rights and Liberties and by Criminal Offences against Sexual Integrity.

Criminal law is an ultimate and the least appropriate means of the regulation of social relations. This is especially true for the area of family life, where it is a question of very sensible family and emotional relationships between perpetrators and victims. Although we are aware that the criminal law is not an appropriate means of the regulation of family relationships, it is nevertheless not possible in the cases of serious violations to renounce to the criminal law intervention, because it is a question of goods which are so important that they deserve the criminal law protection.

Key words: Slovenia, criminal offences, marriage, family, minor persons, children

*Stanko Bejatović**

Pravni fakultet, Univerzitet u Kragujevcu

MERE BEZBEDNOSTI MEDICINSKOG KARAKTERA (KRIVIČNOPRAVNI ASPEKT)**

Apstrakt: Predmet analize u radu su krivičnopravna pitanja mera bezbednosti medicinskog kartaktera. Pojedinačno posmatrano, nekoliko je grupa pitanja obrađenih u radu. Prvo, tu su opšte napomene o merama bezbednosti, njihovom pojmu, vrsti i svrsi, kako uopšte, tako i u pozitivnom krivičnom zakonodavstvu Srbije. Kada je reč o ovoj grupi pitanja, onda, u skladu sa samim nazivom rada, posebna pažnja je posvećena merama bezbednosti medicinskog karaktera –njihovom pojmu, vrstama, svrsi propisivanja i izricanja, a u okviru njih posebno su apostrofirane dve mere bezbednosti ovog karaktera (obavezno psihijatrijsko lečenje i čuvanje u zdravstvenoj ustanovi i obavezno psihijatrijsko lečenje na slobodi). Nakon ovog, sledi stručno – kritička (normativna i teorijska) analiza dvaju ključnih mera bezbednosti u pozitivnom krivičnom zakonodavstvu Republike Srbije. Posmatrano sa ovog aspekta, predmetna problematika u ovom delu rada analizirana je, kako sa aspekta Krivičnog zakonika i Zakonika o krivičnom postupku, tako i sa aspekta Zakona o maloletnim učinocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica, Zakona o izvršenju krivičnih sankcija i Zakona o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama. Izvršena analiza predmetne grupe pitanja, pokazala je brojnost otvorenih pitanja kada je reč o krivičnopravnom aspektu dvaju analiziranih mera bezbednosti medicinskog karaktera (obavezno psihijatrijsko lečenje i čuvanje u zdravstvenoj ustanovi i obavezno psihijatrijsko lečenje na slobodi). Slučaj npr. sa pitanjem: Da li ove mere zadržati u sistemu krivičnih sankcija ili pak da se pitanja statusa lica kojima su namenjene rešavaju u okviru prinudnog lečenja psihijatrijskih bolesnika. Zatim, tu je pitanje obima njihove primene. Potom, pitanje ograničenja njihovog trajanja, posebno u slučaju primene kod bitno smanjeno uračunljivih učinilaca i u zavisnosti od dužine izrečene kazne zatvora. Odnosno, i pitanje uvođenja instituta uslovnog otpusta iz zdravstvene ustanove, kao i pitanje unapređena uslova njihovog izvršenja i sl. Uz izneseno, u radi su prikazani i rezultati praktične prisutnosti ove vrste krivičnih sankcija u praksi naših sudova.

Na kraju rada, data su zaključna razmatranja u kojima je na jedan rezimirani način iznet stav autora, pre svega, u odnosu na pitanja koja su posebno apostrofirana, otvorena – diskutabilna i sa teorijskog i sa normativnog aspekta.

Ključne reči: krivične sankcije, Srbija, mere bezbednosti, medicinski karakter, zdravstvena ustanova, obavezno psihijatrijsko lečenje, psihijatrijsko lečenje na slobodi, ne-uračunljivost, veštačenje, specijalna zatvorska bolnica.

* redovni profesor i predsednik Srpskog udruženja za krivičnopravnu teoriju i praksu, st.bejatovic@eunet.rs

** Rad je rezultat rada na projektu Ministarstva prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije, pod nazivom „Srbija i evropsko pravo – upoređivanje i usaglašavanje“ (D 179031).

1. OPŠTE NAPOMENE

Kada je reč o merama bezbednosti uopšte, a time i merama bezbednosti medicinskog karaktera. onda treba pre svega poći od njihovog cilja. On je, načelno posmatrano, identičan cilju propisivanja krivičnih sankcija uopšte.¹ To je realizacija zaštitne funkcije krivičnog prava – suzbijanje dela kojima se povređuju ili ugrožavaju vrednosti zaštićene krivičnim zakonodavstvom. No, i pored toga što i mere bezbednosti, kao i krivične sankcije uopšte, a posebno kazne, imaju isti cilj, ipak se iz toga ne sme izvući zaključak o njihovoj identičnosti. Nasuprot. Njihova priroda i svrha značajno se razlikuju,² pa su zbog toga u pravu oni koji govore o dualitetu krivičnih sankcija. Kada se radi o njihovoj prirodi, ona im daje karakter i glavne i sporedne sankcije u zavisnosti od ličnosti učinoca krivičnog dela. Njihova priroda je različita. Ona im kao takva daje karakter i glavne i sporedne sankcije u zavisnosti od ličnosti učinoca krivičnog dela. Kod uračunljivih učinilaca krivičnog dela kazna i uslovna osuda je ta koja je glavna a mera bezbednosti sporedna, što nije slučaj kod neuračunljivih učinilaca. Kod njih. mere bezbednosti medicinskog karaktera (prevashodno mera bezbednosti *obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi*) su te koje čine „glavi instrument“ krivičnog prava. Reč je o reagovanju na ponašanja koja su u krivičnom zakonodavstvu predviđena kao krivična dela od strane onih koji s obzirom na svoje duševno stanje nisu sposobni za uračunljivost, pa samim tim ni za krivicu. Nije sporno da je legitimna odbrana društva i od ponašanja koja ne sadrže u sebi krivicu kao konstitutivni element krivičnog dela. Međutim, ne bi trebalo da bude sporno ni to da su učinioci takvih dela dvostruko marginalizovani (kao učinioci dela u zakonu predviđenog kao krivičnog dela i kao duševno bolesna lica). Upravo zbog ovog, neophodno je pronaći ravnotežu između interesa društva i interesa pojedinaca koji su posebno ranjivi i koji, po pravilu, nisu u stanju da sami zaštite svoja osnovna prava koja im kao ljudima pripadaju, a što treba da se postigne adekvatnim predviđanjem sistema medicinskih mera bezbednosti.³ Ovo tim pre što, osim u odnosu na neuračunljiva lica kod kojih su mere psihijatrijskog lečenja glavni i najvažniji odgovor društva na njihovu opasnost od ponovnog vršenja krivičnog dela, te mere imaju veliki značaj i kod bitno smanjeno uračunljivih lica. Iako je u odnosu na njih glavna reakcija društva na učinjeno krivično delo kazna (ili sankcija koja je zamenjuje kao što je uslovna osuda), ona nije uvek dovoljna i u određenim slučajevima postoji opravdanje da se uz kaznu reaguje i merom bezbednosti čija je sadržina psihijatrijsko lečenje takvog učinioca krivičnog dela, a u cilju smanjivanja rizika i verovatnoće od ponovnog vršenja krivičnog dela. Upravo polazeći od ovog, krivično zakonodavstvo, posmatrano uopšte, a time i krivično zakonodavstvo Srbije, vodi računa o potrebi da se na ponašanje određenih kategorija lica (neuračunljiva i bitno smanjeno uračunljiva lica) reaguje i prinudnim psihijatrijskim lečenjem.⁴

1 Vid. Z. Stojanović /2012/: *Komentar krivičnog zakonika*, Beograd.

2 Vid. Z. Stojanović /2015/: *Krivično pravo i duševna bolest*, *Sociologija*, № 2, pp. 219–230.

3 Z. Stojanović /2014/: *Mere bezbednosti psihijatrijskog lečenja – Prinudno psihijatrijsko lečenje kao krivična sankcija*, *Crimen*, № 2, pp. 145–172.

4 D. Kolarić /2016/: *Koncepcijske novine u Krivičnom zakoniku Srbije i adekvatnost državne reakcije na kriminalitet*, – in: *Suđenje u razumnom roku i drugi krivičnopravni instrumenti adekvatnosti državne reakcije na kriminalitet* (S. Bejatović, ed.), Beograd, p. 23.

Kada je reč o krivičnom zakonodavstvu u Srbiji onda, posmatrano u ovom kontekstu, treba pre svega istaći da je ono tradicionalno u skladu sa opšteprihvaćenim stavovima krivičnog zakonodavstva po ovom pitanju uopšte. I po ovom pitanju ono ima izuzetno dugu tradiciju. U Srbiji već projekat KZ u redakciji iz 1911. god. predviđa mere bezbednosti i terminološki ih razlikuje u odnosu na kaznu, što samo po sebi dovoljno govori. Ovo tim pre što je prvi zakonski projekat koji predviđa mere bezbednosti kao poseban tip sankcije Prednacrta švajcarskog krivičnog zakonika iz 1893. godine.⁵ Za razliku od krivičnih zakonodavstava XIX veka, koja pod uticajem klasične škole sadrže odredbu o tome da neuračunljiva lica ne mogu učiniti krivično delo, da ne mogu biti ni kažnjena i po pravilu ne predviđaju kako će se sa njima postupati, odnosno ne predviđaju meru bezbednosti psihijatrijskog lečenja i čuvanja. U krivičnom zakonodavstvu XX veka, mere bezbednosti se normiraju kao posebna vrsta krivičnih sankcija, sadržinski i sistemski odvojenih od kazne.⁶ Od tada, kako u zakonodavstvu, tako i u teoriji, dominira koncept dualističkog sistema krivičnih sankcija. U vreme nastanka i prihvatanja tog koncepta, i pored toga što je to bilo predmet rasprava i diskusija, postojala je relativno jasna granica između kazne i mera bezbednosti. Kazni se kao cilj postavljala odmazda, moralna opomena i generalna prevencija kroz zastrašivanje, a merama bezbednosti lečenje i popravljavanje učinioca krivičnog dela. Mere bezbednosti su uvedene da bi se posebno preventivno delovalo na određene kategorije učinilaca u odnosu na koje kazna ne predstavlja adekvatnu reakciju. Međutim, sa prodorom i prihvatanjem resocijalizacije kao cilja kazne ta se jasna granica počinje gubiti. Orijentacija na resocijalizaciju i tretmane učinioca stvarala je predlogu za unifikaciju kazne i mera bezbednosti i osporavanje dualističkog koncepta. No, noviji razvoj u svetu na planu kriminalne politike i krivičnog prava tekao je u znaku razočaranja u resocijalizirajuće efekte kazne, što je u nekim zemljama i delu teorije za rezultat imalo potpuno napuštanje resocijalizacije kao obaveznog cilja kazne. To ima za posledicu jasnije razgraničenje kazne i mera bezbednosti. Zatim, uporedo sa tim i u oblasti mera bezbednosti usvajaju se pojedini principi i instituti koji su ranije bili rezervisani samo za kaznu (npr. dosledno ostvarivanje načela zakonitosti, usvajanje u izvesnoj meri principa srazmernosti i pravednosti, uslovno odlaganje i dr.). Dakle, dok se jedno vreme kazna približavala merama bezbednosti, u vreme kojem pripadamo se mere bezbednosti, u pogledu određenih pitanja, približavaju kazni.⁷

I pored toga što predviđanje mera bezbednosti kao posebnih krivičnih sankcija u krivičnom zakonodavstvu Srbije predstavlja tradiciju, za razliku od nekih drugih zakonodavstava, ovde je reč o tradiciji koja je, može se reći, ustaljena već dugi niz godina, o rešenjima koja su, posebno kada je reč o materijalnom krivičnom zakonodavstvu, već dugi niz godina skoro nepromenjena. Skoro da nema novijih zakonskih rešenja kada su u pitanju ove krivične sankcije. U vezi sa tim, osnovno pitanje

5 Usvojen 1937. godine.

6 Jedan od prvih krivičnih zakonika u koji su uvedene mere bezbednosti kao zasebna vrsta krivičnih sankcija bio je Krivični zakonik Kraljevine Jugoslavije iz 1929. godine.

7 V. Jakulin /2017/: Medicinske mere bezbednosti u slovenačkom krivičnom pravu – in: *Mere bezbednosti medicinskog karakteta – pravni i medicinski aspekt – Regionalna zakonodavstva, iskustva u primeni i mere unapređenja* (S. Bejatović, ed.), Beograd, p. 173.

je: Da li je i u ovoj oblasti neophodna reforma? Činjenica da sada važeći KZ Srbije po ovom pitanju zadržava rešenja KZ SFRJ iz 1977. god. daje dodatnu aktelnost ovako postavljenom pitanju. Ovo tim pre što je, u međuvremenu, došlo i do značajnih promena u gledanju na duševne bolesti i status duševno bolesnog lica, kao i do značajnog napretka savremene psihijatrije u lečenju određenih duševnih bolesti.⁸ Upravo zahvaljujući svemu ovome danas su u vezi sa ovom problematikom otvorena brojna pitanja. Među njima se posebno ističu sledeća: Prvo, da li ove mere, pre svega meru bezbednosti obaveznog *psihijatrijskog lečenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi* i meru *obaveznog psihijatrijskog lečenja na slobodi*, zadržati u sistemu krivičnih sankcija ili pak pitanje kategorija lica kojima su namenjene rešavati u okviru prinudnog lečenja psihijatrijskih bolesnika. Drugo, pitanje obima njihove primene – Da li npr. isključiti mogućnost primene kod lakših krivičnih dela (načelo srazmernosti primene); Treće, pitanje ograničenja njihovog trajanja, posebno u slučaju primene kod bitno smanjeno uračunljivih učinilaca i u zavisnosti od dužine izrečene kazne zatvora. Četvrto, uvođenje instituta uslovnog otpusta iz zdravstvene ustanove. Šesto, uloga sudije za izvršenje u primeni mere i sl. Ova kao i neka druga, takođe otvorena pitanja, sama po sebi, u najmanju ruku, zahtevaju neophodnost ozbiljnog uzimanja u obzir i ove problematike u radu na reformi krivičnog zakonodavstva koja je u toku. Cilj rada je analiza i preispitivanje postojećih rešenja i davanje eventualnih predloga njihovog unapređenja.

Na kraju ovih opštih napomena, pažnju zaslužuje i sledeće:

Prvo, ključnu razliku između kazne i mera bezbednosti treba tražiti u njihovoj svrsi. Iako se nekim merama bezbednosti ne može negirati izvesno generalno-preventivno dejstvo, a još manje kazni specijalno-preventivni učinak, ono što razlikuje ova dva tipa krivičnih sankcija jeste, pre svega, način ostvarivanja opšte svrhe krivičnih sankcija. Postizanje ciljeva krivičnopravne zaštite kaznom vrši se prevashodno na generalno-preventivnom planu. Kod mera bezbednosti pak, specijalna prevencija je u prvom planu, a generalna prevencija je sporedan efekat koji je izražen u znatno manjoj meri nego kod kazne, ili je sasvim odsutan. Dalje, kazna znači socijalno-etički prekor odgovornom učiniocu i pretpostavlja postojanje krivice, dok je mera bezbednosti vrednosno neutralna sankcija zasnovana na opasnosti učinioca u smislu ponovnog vršenja krivičnog dela. Prilikom izricanja (ili neizricanja) kazne, sud se ne sme rukovoditi isključivo specijalnom prevencijom, dok je kod mera bezbednosti to pravilo. Kazna se ne sme suviše opteretiti specijalno-preventivnim ciljevima niti se kao osnov za njenu primenu sme na prvo mesto staviti opasnost učinioca. Međutim, ovo ne znači da se merama bezbednosti ne postavljaju nikakva ograničenja u pogledu ostvarivanja specijalno-preventivnih ciljeva, niti da je opasnost učinioca jedini uslov za njihovu primenu.

Drugo, kada su u pitanju određeni učinioci krivičnih dela i određene situacije, sama kazna ne može biti dovoljan i adekvatan način reagovanja na vršenje krivičnih dela. Štaviše, u odnosu na neuračunljive učinioce mera bezbednosti je osnovna sankcija. Dok je kazna, odnosno pretnja kaznom, okrenuta pre svega

8 A. Jovanović /2017/: Mere bezbednosti medicinskog karaktera (medicinski aspekt) in: *Mere bezbednosti medicinskog karaktera – pravni i medicinski aspekt – Regionalna zakonodavstva, iskustva u primeni i mere unapređenja* (S. Bejatović, ed.), Beograd, pp. 275–280.

potencijalnim učinocima, mere bezbednosti su krivične sankcije predviđene da budu reakcija na individualnu opasnost određenog učinioca i istu treba shvatiti kao opasnost za okolinu, opasnost da se vrše nova krivična dela. Primenu mera bezbednosti ne treba vezivati za određene tipove delinkvenata. To nije nikakva generalna opasnost, ili društvena opasnost učinioca, već individualna, situaciona opasnost od toga da određeni učinilac u određenoj situaciji ponovi krivično delo. *Treće*, izbor, vrsta i trajanje mere bezbednosti određuje se, pre svega, na osnovu procene opasnosti učinioca. Međutim, iako krivično delo nema onaj značaj koji ima kod primene kazne, težina i priroda učinjenog krivičnog dela značajan su indikator za utvrđivanje te opasnosti.

Četvrto, svrha mera bezbednosti sastoji se u otklanjanju stanja ili uslova koji mogu biti od uticaja na to da učinilac ubuduće vrši krivična dela. Ovakva jedna odredba nije samo deklarativnog karaktera, odredba koja samo određuje prirodu mera bezbednosti kao posebne vrste krivičnih sankcija. Ona sadrži i uslove za njihovu primenu, predstavlja direktivu sudovima prilikom izricanja mera bezbednosti. Svrha mera bezbednosti jeste da se otklone stanja ili uslovi koji mogu voditi ponovnom vršenju krivičnih dela.⁹ Pod pojmom stanja podrazumevaju se psihička stanja učinioca. Za izricanje mere bezbednosti traži se postojanje uzročne veze između njegovog psihičkog stanja i učinjenog krivičnog dela, kao i da takva stanja mogu voditi ponovnom vršenju krivičnog dela. Pojam „uslovi“, u ovom kontekstu, treba tumačiti kao povezanost ličnosti učinioca i njegove sredine i prilika. Za primenu mera bezbednosti traži se postojanje stanja ili uslova na osnovu kojih se sa visokim stepenom verovatnoće može zaključiti da će učinilac ponovo vršiti krivična dela, kao i da se merom bezbednosti mogu otkloniti ta stanja ili uslovi.¹⁰

Peto, i pored toga što to nisu jedine mere bezbednosti medicinskog karaktera predmet analize u radu su, pre svega, dve ključne mere bezbednosti ovog karaktera (obavezno psihijatrijsko lečenje i čuvanje u zdravstvenoj ustanovi i obavezno psihijatrijsko lečenje na slobodi). Reč je o krivičnim sankcijama koje predstavljaju krivičnopravno reagovanje na učinjeno protivpravno delo koje je predviđeno kao krivično delo prevashodno od strane neuračunljivog lica. Ali, pošto one mogu biti izrečene i bitno smanjeno uračunljivom licu, radi njihovog celovitijeg sagledavanja kao krivičnih sankcija u radu se analizira i ta situacija.

2. MERE BEZBEDNOSTI MEDICINSKOG KARAKTERA I KRIVIČNI ZAKONIK RS

Krivični zakonik RS¹¹ poznaje jedanaest vrsta mera bezbednosti. Njihova kategorizacija je moguća po nizu kriterijuma. Jedan od njih je i njihov karakter. Prema istom, posebnu kategoriju mera bezbednosti kao posebnih i nadasve specifičnih kri-

9 Vid. Z. Stojanović, *op. cit.*

10 Vid. Z. Stojanović /2013/: Nova rešenja u krivičnom zakoniku Srbije i njihova primena i buduća reforma – in: *Nova rešenja u kaznenom zakonodavstvu Srbije i njihova praktična primena*, Beograd, pp. 11–32.

11 *Sl. glasnik RS*, br. 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09, 121/12 i 104/13, 108/2014 i 94/2016.

vičnih sankcija predstavljaju mere bezbednosti medicinskog karaktera. To su četiri mere (obavezno psihijatrijsko lečenje i čuvanje u zdravstvenoj ustanovi; obavezno psihijatrijsko lečenje na slobodi; obavezno lečenje narkomana i obavezno lečenje alkoholičara).

Pored propisivanja vrste mera bezbednosti Zakonik¹² sadži još pet specifičnih odredaba kod ove vrste krivičnih sankcija. Prvo, izričito propisuje njihovu svrhu. To je otklanjanje stanja ili uslova koji mogu biti od uticaja da učinilac u buduće ne vrši krivična dela. Drugo, mogućnost kumulativnosti izricanja mera. Prema istom „Sud može učiniocu krivičnog dela izreći jednu ili više mera bezbednosti kad postoje uslovi za njihovo izricanje predviđeni Zakonikom“, Treće, mogućnost samostalnog izricanja i neuračunljivom učiniocu. Prema istom, obavezno psihijatrijsko lečenje i čuvanje u zdravstvenoj ustanovi i obavezno psihijatrijsko lečenje na slobodi neuračunljivom učiniocu izriču se samostalno, s tim da uz njih zakonodavac dozvoljava i mogućnost izricanja mera zabrana vršenja poziva, delatnosti i dužnosti, zabrana upravljanja motornim vozilom i oduzimanje predmeta. Četvrto, mogućnost izricanja dvaju ključnih medicinskih mera bezbednosti učiniocu krivičnog dela čija je uračunljivost bitno smanjena, ako mu je izrečena kazna ili uslovna osuda. Peto, za krivična dela u sticaju mera bezbednosti će se izreći ako je utvrđena za jedno od krivičnih dela u sticaju.

2.1. Obavezno psihijatrijsko lečenje i čuvanje u zdravstvenoj ustanovi

Mogućnost izricanja ove mere bezbednosti postoji kod dve kategorije lica (prema učiniocu koji je krivično delo učinio u stanju bitno smanjene uračunljivosti i prema učiniocu koji je u stanju neuračunljivosti učinio protivpravno delo predviđeno u zakonu kao krivično delo). Uslovi mogućnosti izricanja mere su kumulativno propisani. Prvi od njih je izvršenje protivpravnog delo koje odgovara zakonskom opisu nekog krivičnog dela¹³ učinjeno u stanju neuračunljivosti ili bitno smanjene uračunljivosti. Imajući u vidu ovakvu zakonsku formulaciju ovog uslova postavlja se pitanje: Da li je svaka neuračunljivost, odnosno bitno smanjena uračunljivost, osnov za primenu mere? Iako zakonodavac po tom pitanju nije izričit, s obzirom na prirodu i svrhu mere, normu treba shvatiti tako da svaka neuračunljivost, odnosno bitno smanjena uračunljivost nije osnov za primenu mere. Npr. privremena duševna poremećenost koja je u konkretnom slučaju dovela do neuračunljivosti ili bitno smanjene uračunljivosti, sama po sebi ne bi mogla biti osnov za primenu ove mere bezbednosti. Potrebno je da se radi o nekoj trajnijoj formi duševne poremećenosti. Od četiri biološka osnova o kojima se govori u čl. 23 st. 2. KZ RS, kao uzrocima neuračunljivosti i bitno smanjene uračunljivosti (duševna bolest, privremena duševna poremećenost, zaostali duševni razvoj ili druge teže duševne poremećenosti) kao osnov izricanja mere treba, pre svega, uzeti duševnu bolest.

12 Pod „Zakonikom“, u kontekstu ovog rada, podrazumeva se Krivični zakonik RS, *Sl. glasnik RS*, br. 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09, 121/12 i 104/13, 108/2014 i 94/2016.

13 E. Čorović /2017/: *Položaj neuračunljivih učinilaca krivičnih dela u krivičnom pravu Srbije – in: Krivično zakonodavstvo između prakse i propisa i usklađivanje sa evropskim standardima* (S. Bejatović, ed.), Beograd, pp. 181–198.

Uz iznesenu dilemu kada je reč o ovom uslovu mogućnosti izricanja mere, aktuelno je i pitanje: Da li dozvoliti mogućnost izricanja mere kod svih, pa i najlakših krivičnih dela? Odnosno, da li kao osnov za primenu ove mere bezbednosti isključiti laka krivična dela? U slučaju prihvatanja ovakvog jednog zalaganja, zaštita čini se ima osnova, neophodno je pronaći adekvatnu meru propisanog iznosa kazne kao osnova isključenja mogućnosti primene mere.

Osim učinjenog dela, za primenu ove mere bezbednosti moraju biti ispunjena i sledeća dva uslova: da postoji ozbiljna opasnost da će učinilac učiniti teže krivično delo i da je za otklanjanje te opasnosti potrebno njegovo lečenje i čuvanje u zdravstvenoj ustanovi (čl. 81 st. 1. KZ RS). Utvrđivanje da postoji ozbiljna opasnost da će učinilac učiniti teže krivično delo treba da bude zasnovano na prognozi budućeg ponašanja učinioca u smislu postojanja visokog stepena verovatnoće da će izvršiti neko teže krivično delo, usled psihičkog stanja koje je prozrokovalo neuračunljivost, odnosno bitno smanjenu uračunljivost. Za takvu prognozu nije dovoljna samo ocena psihičkog stanja, odnosno duševnog poremećaja učinioca, kao i prirode učinjenog krivičnog dela, načina i okolnosti pod kojima je ono učinjeno, već je potrebna i svestrana ocena životne situacije u kojoj se on nalazi. Odredba čl. 81 st. 1. KZ RS osim duševne poremećenosti i učinjenog krivičnog dela ne navodi i druge osnove koje bi sud trebalo da procenjuje kada donosi odluku o postojanju ozbiljne opasnosti da će učiniti teže krivično delo. Međutim, odredba člana 78 KZ RS koja je opšteg karaktera jer se odnosi na sve mere bezbednosti, treba da predstavlja orijentir i u rešavanju ovog pitanja.¹⁴ Osim psihičkog stanja, neophodno je da stanje i uslovi sredine u kojoj živi konkretno lice ukazuju kako na opasnost od vršenja novih krivičnih dela tako i na mogućnost da se merom bezbednosti neutrališe ta opasnost koja proizlazi iz takvog stanja i uslova. Međutim, i pored ispravnosti ovakvog jednog stava, tačno je i to da postojanje ovog uslova u konkretnom slučaju nije lako egzaktno utvrditi. Izricanje ove mere bezbednosti u krajnjoj liniji zavisi od jedne pretpostavke, a to je da postoji visok stepen verovatnoće da će učinilac da izvrši neko teže krivično delo. Ako toga nema, prema neuračunljivom učiniocu neće biti izrečena nikakva sankcija. Neuračunljivom učiniocu se mera ne izriče zbog učinjenog protivpravnog dela predviđenog u zakonu kao krivičnog dela¹⁵, već zbog opasnosti da će učiniti novo delo, što i čini posebnu specifičnost mere. Kao takva, mera je okrenuta budućnosti, a ne prošlosti. I upravo zbog ovog je prognoza budućeg ponašanja učinioca ovde u prvom planu. Ali, i pored toga što odluku o tome donosi sud, u davanju odgovora na ovo krucijalno pitanje, važno je mišljenje veštaka o stanju učinioca, njegovoj duševnoj poremećenosti i prognozi u pogledu uticaja poremećenosti na buduće ponašanje učinioca¹⁶.

Drugi uslov za primenu ove mere bezbednosti je, da je radi otklanjanja ozbiljne opasnosti da će učinilac učiniti teže krivično delo, potrebno njegovo lečenje i čuvanje u zdravstvenoj ustanovi. Kao takav, on je ujedno i kriterijum za izbor između ove

14 Vid, E. Ćorović /2017/: *ibid.*

15 Izvršeno krivično delo je samo neophodna ali i ne dovoljna pretpostavka za primenu ove mere bezbednosti.

16 A. Jovanović /2017/: *op. cit.*, p. 279.

mere i mere bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja na slobodi iz čl. 82 KZ RS. I ovde, tj. kod procene da li je nužna ova mera, ili je u odnosu na neuračunljivog učinioca dovoljno lečenje na slobodi, važno je mišljenje veštaka psihijatra. Reč je o proceni intenziteta opasnosti i mogućnosti da se ona otkloni, odnosno o utvrđivanju potrebnih mera za otklanjanje te opasnosti. No, i pored ovog, za razliku od mera bezbednosti obaveznog lečenja alkoholičara i obaveznog lečenja narkomana kod kojih je sud obavezan da pre nego što donese odluku o njihovom izricanju pribavi nalaz i mišljenje veštaka (čl. 533. ZKP) ovde je to predviđeno samo kao mogućnost. Prema čl. 525. st. 2. ZKP „Pre donošenja odluke sud će, po potrebi, ispitati veštaka koji je obavio psihijatrijski pregled optuženog“. U vezi sa ovim, sasvim opravdano je pitanje: Zašto je zakonodavac napravio razliku po ovom pitanju u postupku odlučivanja o ove četiri mere bezbednosti medicinskog karaktera? Čini se da nema opravdanih argumenata za tako nešto.¹⁷

Za razliku od neuračunljivog učinioca, gde se ova mera bezbednosti izriče kao samostalna sankcija, bitno smanjeno uračunljivim učiniocima ona se, pod istim uslovima, izriče uz kaznu zatvora i izvršava pre kazne. Ukoliko je izvršenje ove mere trajalo isto ili duže vreme od dužine izrečene kazne zatvora, smatra se da je učinilac time ujedno izdržao i kaznu jer se vreme provedeno u zdravstvenoj ustanovi uračunava u vreme trajanja izrečene kazne što je sasvim opravdano jer je reč o dve krivične sankcije koje su vezane za lišenje slobode. Međutim, ako je to vreme kraće, sud će odlučiti da li će ga uputiti na izdržavanje ostatka kazne, ili će ga pustiti na uslovni otpust, stim da pri odlučivanju o puštanju na uslovni otpust sud naročito uzima u obzir uspeh lečenja osuđenog, njegovo zdravstveno stanje, vreme provedeno u zdravstvenoj ustanovi i ostatak kazne koju osuđeni nije izdržao. U vezi sa zakonskim rešenjem koje dozvoljava da bitno smanjeno uračunljiv učinilac može u zdravstvenoj ustanovi da provede duže vreme od izrečene kazne postavlja se pitanje njegove kriminalno političke opravdanosti. Ovo posebno imajući u vidu činjenicu da se radi o odgovornom učiniocu krivičnog dela kome se izriče kazna na osnovu težine učinjenog krivičnog dela i stepena njegove krivice. Takvom učiniocu krivičnog dela izricati sankcije koje znače lišenje slobode neodređenog trajanja protivi se načelu krivice. Argumenat da se radi o o učiniocu koji je, iako je postupao sa krivicom, zbog svog stanja opasan, na šta se mora reagovati merom bezbednosti sve dok se ta opasnost ne otkloni nije sam za sebe opravdanje za ova-
kvo jedno rešenje.¹⁸

Mera bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi izriče se na neodređeno vreme, bez obzira na to da li se radi o neuračunljivom ili bitno smanjeno uračunljivom učiniocu i to je njena još jedna specifičnost. Sud ne određuje trajanje mere prilikom izricanja, niti pak zakon vremenski ograničava najduže moguće trajanje mere. Lice koje je upućeno u zdravstvenu ustanovu

17 S. Bejatović /2017/: Mere bezbednosti medicinskog karaktera kao krivičnopravni instrumenti suprotstavljanja kriminalitetu (prevencija i represija) – in: *Mere bezbednosti medicinskog karaktera – pravni i medicinski aspekt – Regionalna zakonodavstva, iskustva u primeni i mere unapređenja* (S. Bejatović, ed.), Beograd, pp. 29.

18 V. Jakulin/2017/: *op. cit.*, p. 169.

vu može u njoj da ostane doživotno. O njenoj obustavi odlučuje sud na predlog specijalne zatvorske bolnice ili druge zdravstvene ustanove u kojoj se ona izvršava. Sud može odlučiti da ovu meru zameni merom obaveznog psihijatrijskog lečenja na slobodi. Odluku o obustavi mere sud će doneti onda kada na osnovu mišljenja lekara utvrdi da je prestala potreba za lečenjem i čuvanjem u zdravstvenoj ustanovi, a po uzimanju izjave javnog tužioca (čl. 531. st. 2. ZKP). U kontekstu ovog, posebno treba istaći činjenicu opravdanosti predviđanja mogućnosti da sud umesto ove mere u toku njenog izvršenja može da odredi obavezno psihijatrijsko lečenje na slobodi. Takvo rešenje, u skladu je sa težnjom da ova mera bude samo izuzetna. Da se u svim slučajevima kada je to moguće, lečenje obavlja na slobodi. Uz to, ono je u skladu i sa odredbom čl. 82 st. 2. KZ prema kojem se mera obaveznog psihijatrijskog lečenja na slobodi može izreći i „neuračunljivom učiniocu prema kojem je određeno obavezno psihijatrijsko lečenje i čuvanje u odgovarajućoj zdravstvenoj ustanovi kad sud, na osnovu rezultata lečenja, utvrdi da više nije potrebno njegovo čuvanje i lečenje u takvoj ustanovi, nego samo njegovo lečenje na slobodi“. Zdravstvena ustanova, odnosno odeljenje u koje je upućeno lice radi lečenja i čuvanja, obavezna je da najmanje jedanput godišnje obaveštava sud koji je izrekao meru, o stanju zdravlja lica prema kojem se primenjuje (čl. 198. Zakona o izvršenju krivičnih sankcija RS – ZIKS¹⁹). Nasuprot ovom, čl. 531. ZKP predviđa da će sud na svakih devet meseci (po predlogu zdravstvene ustanove, organa starateljstva ili okrivljenog, odnosno po službenoj dužnosti) ispitati da li je prestala potreba za lečenjem i čuvanjem u zdravstvenoj ustanovi. Posmatrano u ovom kontekstu bilo bi logično da sud pre svakog ispitivanja da li je prestala potreba za daljim lečenjem ima izveštaj zdravstvene ustanove. S obzirom na to, opravdanije je predvideti da zdravstvena ustanova u istom roku, tj. na svakih devet meseci obaveštava sud o stanju zdravlja lica prema kome se mera bezbednosti primenjuje.

Izneseno rešenje po pitanju neograničenog trajanja mere opravdano se može staviti pod znak pitanja. Nemali broj argumenata ide u prilog ograničavanja njenog trajanja, što posebno dobija na aktuelnosti kod bitno smanjeno uračunljivih lica. Teško je naći opravdanje da mera bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja prema bitno smanjeno uračunljivom učiniocu može trajati neograničeno i bez obzira na dužinu izrečene kazne zatvora. Nešto manji problem je kod njenog izricanja neuračunljivom učinjocu. No, čini se da i tu postoje argumenti za njeno ograničavanje. Posmatrano u ovom kontekstu, čini se opravdanim rešenje „da se prilikom njenog izricanja odredi njeno vreme trajanja sa mogućnosti da se nakon isteka tog vremena ono novom odlukom suda produži“. Pored ovog, tu je i pitanje opravdanosti uvođenje uslovnog otpuštanja iz zdravstvene ustanove²⁰. Čini se opravdanim razmišljanje postupanja po ovom pitanju na način koji pruža mogućnost da se ova mera u toku izvršenja zameni merom obaveznog lečenja na slobodu što je, kao što je to već konstatovano, za pozdraviti.

19 Sl. glasnik RS, br. 55/ 2014.

20 Vid. M. Kolaković-Bojović /2017/: Uslovni otpust i mere bezbednosti medicinskog karaktera – in: *Mere bezbednosti medicinskog karaktera – pravni i medicinski aspekt – Regionalna zakonodavstva, iskustva u primeni i mere unapređenja* (S. Bejatović, ed.), Beograd, pp. 145–154.

2.2. Obavezno psihijatrijsko lečenje na slobodi²¹

Mogućnost izricanja i ove kao i predhodne mere bezbednosti postoji kod dve kategorije učinilaca krivičnog dela, stim što od kategorije učinoca krivičnog dela zavisi i pitanje samostalnosti ili nesamostalnosti izricanja ove krivične sankcije. Shodno ovom kriterijumu, mera bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja na slobodi izriče se samostalno neuračunljivom učiniocu. Kada je reč o bitno smanjeno uračunljivom licu do njenog izricanja može da dođe u dva slučaja (uz uslovnu osudu i u slučaju kada je bitno smanjeno uračunljiv učinilac posle obustave izvršavanja mere obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi pušten na uslovni otpust).

Kada je reč o uslovima mogućnosti izricanja ove mere bezbednosti onda pre svega treba konstatovati njihovu izvesnu različitost u odnosu na uslove mogućnosti izricanja mere bezbednosti obaveznog *psihijatrijskog lečenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi*. Razlika je pre svega u načinu otklanjanja (ozbiljne) opasnosti da učinilac ponovo učini krivično delo, odnosno protivpravno delo koje je u zakonu predviđeno kao krivično delo. Ovde je za otklanjanje te opasnosti, bez obzira da li se radi o neuračunljivom ili bitno smanjeno uračunljivom učiniocu, kod kojeg postoji ta opasnost dovoljno lečenje učinioca na slobodi, kao i kod mere bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi, s tim da se kod ove mere ne zahteva da to bude opasnost od vršenja težih krivičnih dela, već opasnost da će neuračunljivi učinilac učiniti bilo koje protivpravno delo u zakonu predviđeno kao krivično delo, odnosno da će bitno smanjeno uračunljiv učinilac učiniti bilo koje krivično delo.²² U vezi sa ovako formulisanim uslovom mogućnosti izrucanja ove mere bezbednosti dva su pitanja. Prvo, kako i na koji način egzaktno utvrditi kada postoji opasnost od vršenja bilo kojeg krivičnog dela, a kada opasnosti da će učinilac učiniti teže krivično delo? Drugo, u slučaju procene postojanja opasnosti od izvršenja težeg krivičnog dela da li bi se mogla izreći mera bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja na slobodi onda ako bi se procenilo da je za otklanjanje te opasnosti dovoljno lečenje učinioca na slobodi?

Mera bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja na slobodi ograničenog je trajanja. Može trajati najduže tri godine. U vezi sa ovakvim rešenjem postavlja se pitanje: Šta sa onim licima kojima je izrečena mera, a vreme od tri godine nije bilo dovoljno za postizanja cilja izricanja mere? Nesporno je da ni u takvim slučajevima nema mogućnosti produžetka njenog trajanja. Imajući u vidu ovo, a pre svega cilj izricanja mere, čine se opravdanim zalaganja da u takvim slučajevima sudu treba dati mogućnost donošenja odluke o produženju njenog trajanja za dodatno određeno vreme.²³

Mogućnost zamene ove mere u meru bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi predviđena je u dva slučaja (kada se učinilac

21 *Ratio legis* ozakonjenja ove mere bezbednosti sadržan je u činjenici da je u savremenoj psihijatriji postalo nesporno da se u nekim slučajevima bolji uspeh u lečenju može postići bez hospitalizacije – u normalnim životnim uslovima.

22 Razlika u pogledu ovog uslova može se pravdati, s obzirom na to da između ove dve mere bezbednosti postoji velika razlika u pogledu ograničavanja prava učinioca krivičnog dela.

23 Vid. D. Kolarić /2016/: *op. cit.*, pp. 11–40.

ne podvrgne lečenju, odnosno kada ga samovoljno napusti i kada i pored lečenja učinilac postane toliko opasan za okolinu da je potrebno njegovo lečenje i čuvanje u zdravstvenoj ustanovi). Uz ovo, predviđena je i suprotna mogućnost. Prema istoj, mera obaveznog psihijatrijskog lečenja na slobodi se može izreći neuračunljivom učiniocu kada sud na osnovu rezultata lečenja utvrdi da više nije potrebno njegovo čuvanje i lečenje u zdravstvenoj ustanovi, već da je dovoljno samo lečenje na slobodi (čl. 82 st. 2 KZ RS). No, i u tom slučaju, pod istim uslovima (u navedene dve situacije) može se ponovo izreći mera bezbednosti obaveznog čuvanja i lečenja u zdravstvenoj ustanovi. Shodno ovom, nesporno je da uvek, čak i u slučaju pogrešne procene rezultata lečenja na osnovu koje je obustavljena primena mere obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja i umesto nje izrečena mera obaveznog psihijatrijskog lečenja na slobodi, odlukom suda mera psihijatrijskog lečenja na slobodi može ponovo da se transformiše u meru obaveznog čuvanja i lečenja u zdravstvenoj ustanovi. Zakonik u tom pogledu ne postavlja nikakva ograničenja. Moguće je više puta naizmenično da dođe do zamene ovih dvaju mera, i to u korist i jedne i druge. Neophodno je samo da do te nove odluke suda dođe u toku trajanja – primene mere bezbednosti.

Uz izneseno, još su tri specifičnosti ove mere bezbednosti. Prvo, predviđena je mogućnost povremenog sprovođenja ove mere u odgovarajućoj zdravstvenoj ustanovi, ako je to potrebno radi uspešnijeg lečenja, s tim da povremeno lečenje u ustanovi ne može neprekidno trajati duže od petnaest dana, niti ukupno duže od dva meseca (čl. 82 st. 4 KZ RS). Rešenje je za pozdraviti i predstavlja osnov za veću primenu ove mere bezbednosti. No, za razliku od ovog, čini se opravdanim pitanje adekvatnosti ovako određenog roka. Odnosno, pitanje: Da li on kao takav pruža mogućnost potrebnog institucionalnog lečenja u svim situacijama kada je to neophodno? Čini se neophodnim iznalaženje nekog fleksibilnijeg rešenja. Drugo, nijednom pozitivnopravnom normom nije rešeno pitanje primene ovakve jedne mogućnosti. Nesporno je da ovde nije reč o zameni jedne mere bezbednosti drugom. Uz to, aktuelnost postavljenog pitanja posebno dolazi do izražaja u slučajevima kada lice ne pristane na to (tj. u slučaju ako je potrebno sprovesti prinudno lečenje u stacionarnoj ustanovi). Treće, nije rešeno ni pitanje načina prestanka ove mera bezbednosti. Čl. 82 st. 5 KZ RS propisuje da „Obavezno psihijatrijsko lečenje na slobodi traje dok postoji potreba lečenja“, ali ne i ko i u kom postupku o tome odlučuje. Određba čl. 531 ZKP odnosi se samo na meru bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi, a ne i na ovu meru bezbednosti. S obzirom na sve ovo, a posebno činjenicu da ova mera bezbednosti ima, ne samo simboličnu primenu u praksi²⁴, neophodno je izričito rešiti i ovo pitanje, i to po uzoru na njegovo rešenje kod mere bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi.

Na samom kraju, kada je reč o ovim dvema merama bezbednosti medicinskog karaktera, nužno je osvrnuti se i na nezaobilzano pitanje sadašnjeg načina njihovog normiranja. Odnosno, već duže vremena aktuelno je pitanje: Da li ove mere zadržati u sistemu krivičnih sankcija ili pak da se pitanja kategorija lica kojima su na-

24 Vid. /2017/: *Kaznena politika u Srbiji (Zakon i praksa)*, Beograd: Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu.

menjene ove krivične sankcije (pre svega neuračunljivih) rešavaju u okviru prinudnog lečenja psihijatrijskih bolesnika? Pitanje dobija na značaju i činjenicom da su u jednom broju novijih krivičnih zakonodavstava ove mere bezbednosti izostavljene iz sistema krivičnih sankcija.²⁵ No, i pored toga što postoji nemali broj pristalica takvog jednog rešenja u teoriji krivičnog prava²⁶ i što je ono i sprovedeno u jednom, istina manjem broju novijih krivičnih zakonodavstava, njegova opravdanost se može dovesti u sumnju. Iole detaljnija analiza ovako postavljenog pitanja, kao i iskustva država koja su ove mere bezbednosti izostavile iz sistema krivičnih sankcija, govore u prilog zadržavanja i ovih mera bezbednosti u sistemu krivičnih sankcija²⁷. Međutim, takav pristup ni u kom slučaju ne znači i zalaganje za zadžavanje sadašnjeg načina njihovog izvršenja. Nasuprot. Čini se da brojni razlozi govore u prilog neophodnosti drugačijeg pristupa izvršenju medicinskih mera bezbednosti. Po ovom pitanju, trebalo bi za uzor uzeti npr. nemačka i italijanska rešenja.

3. MALOLETNA LICA I MERE BEZBEDNOSTI MEDICINSKOG KARAKTERA

Mogućnost primene mera bezbednosti medicinskog karaktera prema maloletnim licima predviđena je Zakonom o maloletnim učinocima krivičnih dela i krivičnoporavnoj zaštiti maloletnih lica (u nastavku: ZM).²⁸ No, kada je reč o ključnoj meri bezbednosti ove vrste ona je kod ove kategorije lica supsidijarnog karaktera. Prema čl. 23. st. 1. ovog zakonskog teksta prema maloletniku ometenom u psihofizičkom razvoju ili sa psihičkim poremećajima²⁹ sud može, umesto mere upućivanja u vaspitnu ustanovu ili vaspitno-popravni dom, izreći meru upućivanja u posebnu ustanovu za lečenje i osposobljavanje. Ova mera izreći će se umesto mere bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi, ako se u posebnoj ustanovi za lečenje i osposobljavanje može obezbediti čuvanje i lečenje

25 Slučaj npr. sa BiH, Hrvatskom i Slovenijom.

26 V. Jakulin /2017/: *op. cit.*, p. 169.

27 Vid. D. Kolarić /2016/: *op. cit.*, pp. 11–40

28 *Sl. glasnik RS*, br. 85/2005.

29 Ovakva zakonska formulacija duševnog zdravlja maloletnika kao uslova izricanja mere kod jedinaca predstavlja osnov za postavljanje pitanja: Da li je i kod maloletnih učinilaca krivičnih dela ključni uslov za primenu mere bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi neuračunljivost, odnosno bitno smanjena utračunljivost, kao što je to slučaj kod punoletnih učinilaca. Dilemu rešava nesporn stav da se i za postojanje krivičnog dela maloletnika traži postojanje krivice i da krivica i ovde sadrži uračunljivost, iz čega proizlazi da se ove dve ključne mere bezbednosti medicinskog karaktera primenju i prema neuračunljivim i bitno smanjeno uračunljivim maloletnicima. Međutim, nesporna je i činjenica da ovakav jedan satav nema jasnu i nedvosmisleno podlogu u zakonu i da bi ga u cilju otklanjanja prisutnih dilema trebalo izričito rešiti. U Zakonu o maloletnim učinocima krivičnih dela i krivičnoporavnoj zaštiti maloletnih lica, trebalo bi na jedan nedvosmilan način rešiti pitanje mogućnosti izricanja ovih dvaju ključnih mera bezbednosti medicinskog karaktera neuračunljivim i bitno smanjeno uračunljivim maloletnim učinocima, što trenutno nije slučaj (Vid. I. Stevanović /2016/: *Krivičnopravni instrumenti adekvatnosti državne reakcije na maloletnički kriminalitet – in: Suđenje u razumnom roku i drugi krivičnopravni instrumenti adekvatnosti državne reakcije na kriminalitet* (S. Bejatović, ed.), Beograd, pp. 649–662.

maloletnika i time postići svrha te mere bezbednosti³⁰. Obzirom na ovo jasan je, i čini se sasvim opravdan stav zakonodavca da, kada su u pitanju ove kategorije lica, prednost ima vaspitna mera nad merom bezbednosti.³¹ U slučaju da je maloletnik izvršio krivično delo u stanju neuračunljivosti ili bitno smanjene uračunljivosti, sud će pre svega ispitati mogućnost primene vaspitne mere upućivanja u posebnu ustanovu za lečenje i osposobljavanje. Samo u slučaju da se njenom primenom ne bi mogla postići svrha mere bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi, sud će izeći meru bezbednosti, pod daljim uslovom, a to je da su ispunjeni i uslovi za izricanje mere iz čl. 81 KZ. Uz ovo, kada je reč o ovoj vaspitnoj meri, teba istaći i to da u slučaju njenog izricanja maloletnik u posebnoj ustanovi za lečenje i osposobljavanje može da ostane najviše tri godine, s tim da sud razmatra svakih šest meseci da li postoje osnovi za obustavu izvršenja mere ili za njenu zamenu drugom merom. U slučaju da je ova mera izrečena umesto mere bezbednosti maloletnik u posebnoj ustanovi za lečenje i osposobljavanje ostaje dok je potrebno, a kada navrší dvadeset jednu godinu izvršenje mere se nastavlja u ustanovi u kojoj se izvršava mera bezbednosti obaveznog lečenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi.³²

Uz izneseno, posmatrano u kontekstu ovog rada pažnju zaslužuju i dva sledeća zakonska rešenja. Prvo, mere bezbednosti mogu se izreći maloletnicima ako im je izrečena vaspitna mera ili kazna maloletničkog zatvora. Mera bezbednosti obaveznog lečenja alkoholičara i mera bezbednosti obaveznog lečenja narkomana ne mogu se izreći uz mere upozorenja i usmeravanja. Mera bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi može se izreći samostalno³³. Drugo, zakon sadrži i posebne odredbe o izvršenju mera bezbednosti izrečenih maloletniku. Prema istim, mera bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi se izvršava u posebnom odeljenju zdravstvene ustanove određenom za maloletnike (Specijalne zatvorske bolnice ili druge zdravstvene ustanove) i njeno izvršenje se prilagođava uzrastu i ličnosti maloletnika.³⁴

4. KRIVIČNOPROCESNI ASPEKT MERA BEZBEDNOSTI MEDICINSKOG KARAKTERA

Pored KZ problematika mera bezbednosti medicinskog karaktera predmet je regulisanja i ZKP. U istom je kao posebna vrsta postupka predviđen i postupak za izricanje mera bezbednosti. Od tri mere bezbednosti ovog karaktera čiji je postupak izricanja posebno normiran je i mera bezbednosti obaveznog psihijatrijskog leče-

30 I. Stevanović /2017/: Mera bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja maloletnika u zdravstvenoj ustanovi Srbije – in: *Mere bezbednosti medicinskog karaktera – pravni i medicinski aspekt – Regionalna zakonodavstva, iskustva u primeni i mere unapređenja* (S. Bejatović, ed.), Beograd, pp. 155–166.

31 Vid. O. Perić /2007/: *Komentar Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica*, Beograd, p. 254.

32 Vid. I. Stevanović /2016/: *op. cit.*, pp. 649–662.

33 Čl. 39 ZM.

34 Čl. 146 ZM.

nja.³⁵ Među nemalim brojem pitanja ove vrste posebnog postupka, posmatrano sa aspekta teme rada, poseban značaj imaju sledeća:

1. Pokretanje postupka je u nadležnosti javnog tužioca. On u slučaju ako je okrivljeni učinio protivpravno delo koje je u zakonu određeno kao krivično delo u stanju neuračunljivosti, podnosi sudu predlog da okrivljenom izrekne meru bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi, odnosno predlog za obavezno psihijatrijsko lečenje okrivljenog na slobodi. Uslov je da za izricanje takve mere postoje uslovi predviđeni KZ. Uz ovo, mere se mogu izreći i kad javni tužilac na glavnom pretresu izmeni podignutu optužnicu odnosno optužni predlog, podnošenjem predloga za izricanje tih mera.³⁶

Posle podnošenja predloga okrivljeni mora imati branioca.

2. O predlogu za izricanje jedne od ovih dvaju mera bezbednosti odlučuje sud koji je nadležan za suđenje u prvom stepenu.

3. U podnetom predlogu za izricanje mere bezbednosti javni tužilac može predložiti da se prema okrivljenom koji se nalazi na slobodi odredi pritvor. Uslovi za određivanje pritvora su ne samo oni predviđeni za određivanje pritvora uopšte već i postojanje opravdane opasnosti da bi okrivljeni usled duševnih smetnji mogao da izvrši krivično delo (*kumulativnost propisivanja*). Pre odlučivanja o određivanju pritvora sud pribavlja mišljenje veštaka. Nakon donošenja rešenja o određivanju pritvora okrivljeni se do završetka postupka pred sudom prvog stepena smešta u odgovarajuću zdravstvenu ustanovu ili prostoriju koja odgovara njegovom zdravstvenom stanju.³⁷

4. O podnetom predlogu sud odlučuje na glavnom pretresu nakon čijeg završetka se odmah izriče odluka i objavljuje s bitnim razlozima. Odluka može biti različita što zavisi od utvrđenih razloga. Tako, ako sud utvrdi da postoje razlozi za odbijajuću i oslobađajuću presudu iz čl. 422 i 423 ZKP³⁸, doneće, i u ovom postupku, odbijajuću ili oslobađajuću presudu. Ako sud utvrdi da optuženi u vreme izvršenja krivičnog dela nije bio neuračunljiv, rešenjem će obustaviti postupak za primenu mere bezbednosti.³⁹ Odnosno, ako sud, na osnovu izvedenih dokaza, utvrdi da je optuženi učinio određeno protivpravno delo koje je u zakonu određeno kao krivično delo i da je u vreme izvršenja dela bio neuračunljiv, rešenjem će optuženom izreći meru bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja u zdravstvenoj

35 Pod merom bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja u kontekstu ovog zakonskog teksta podrazumeva se mera bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi i mera bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja na slobodi.

36 S. Bejatović /2015/: Kaznena politika i reforma krivičnog procesnog zakonodavstva Srbije (Dоследnost ili ne?) – in: *Krivično zakonodavstvo – de lege lata et de lege ferenda* (S. Bejatović, M. Simović i Lj. Mitrović, eds.), Banja Luka, 2015, pp. 12–21.

37 Vid. D. Radulović /1990/: *Pritvor u krivičnom postuku*, Mostar.

38 S. Bejatović /2016/: *Krivično procesno pravo*, Beograd, p. 347.

39 Odmah po objavljivanju rešenja o obustavljanju postupka za primenu mere bezbednosti, javni tužilac može dati usmenu izjavu da se odriče prava na žalbu i podneti optužnicu ili optužni predlog za isto krivično delo. Glavni pretres će se održati pred istim većem ili sudijom pojedincem, a ranije izvedeni dokazi se neće ponovo izvoditi, osim ako sud ne odluči drugačije.

ustanovi, odnosno obaveznog psihijatrijskog lečenja na slobodi. Pri odlučivanju koju će meru bezbednosti izreći, sud nije vezan za predlog javnog tužioca. U rešenju kojim je izrekao meru bezbednosti, sud će, pod uslovima predviđenim Zakonikom, odlučiti i o imovinskopravnom zahtevu.

Rešenje po kojem sud izriče meru bezbednosti kada na osnovu izvedenih dokaza utvrdi da je u vreme izvršenja dela bio neuračunljiv podložno je, čini se sasvim opravdano, kritici stručne javnosti. Ovo iz razloga što takva formulacija daje osnov za tumačenje da je sama neuračunljivost dovoljna za izricanje mere što nije tačno. Uz to, ona nije ni u saglasnosti sa odredbom čl. 522 st. 1 ZKP prema kojoj javni tužiac podnosi sudu predlog za izricanje mere „ako za izricanje takve mere postoje uslovi predviđeni Krivičnim zakonikom“.⁴⁰

Iznesenom, dodajmo i to da se protiv rešenja o izricanju mere bezbednosti može, u roku od osam dana od dana prijema rešenja, izjaviti žalba. Krug titulara prava na izjavljivanje žalbe je dosta širok – indentičan krugu titulara prava na izjavljivanje žalbe protiv prvostepene presude iz čl. 433 st. 1 i 2 ZKP. Pravnosnažna odluka kojom je izrečena mera bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi, odnosno obaveznog psihijatrijskog lečenja na slobodi dostavlja se sudu koji je nadležan da odluči o lišenju poslovne sposobnosti, i o istoj se obaveštava i organ starateljstva.

5. U slučaju da sud izrekne kaznu optuženom koji je učinio krivično delo u stanju bitno smanjene uračunljivosti, presudom mu izriče i meru bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi, ako utvrdi da za to postoje zakonski uslovi.

6. Obaveza je suda koji je sudio u prvom stepenu u kojem je izrečena mera bezbednosti, da ispita po predlogu zdravstvene ustanove, organa starateljstva ili okrivljenog kome je izrečena mera bezbednosti, odnosno po službenoj dužnosti na svakih devet meseci da li je prestala potreba za lečenjem i čuvanjem u zdravstvenoj ustanovi. Po uzimanju izjave od javnog tužioca, sud će rešenjem ovu meru obustaviti i odrediti otpuštanje okrivljenog iz zdravstvene ustanove, ako na osnovu mišljenja lekara utvrdi da je prestala potreba za lečenjem i čuvanjem u zdravstvenoj ustanovi, a može odrediti i njegovo obavezno psihijatrijsko lečenje na slobodi. U slučaju da predlog za obustavu mere bude odbijen, može se ponovo podneti po proteku šest meseci od dana donošenja tog rešenja. Kada se iz zdravstvene ustanove otpušta osuđeni čija je uračunljivost bila bitno smanjena, a u toj ustanovi je proveo manje vremena nego što iznosi kazna zatvora na koju je osuđen, sud će rešenjem o otpuštanju odlučiti da li će osuđeni izdržati ostatak kazne ili će biti pušten na uslovni otpust. Osuđenom koji se pušta na uslovni otpust može se izreći i mera bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja na slobodi, ako za to postoje zakonski uslovi.

7. Pored obustave mere, ista može biti i zamenjena. Sud može po službenoj dužnosti ili na predlog zdravstvene ustanove u kojoj se okrivljeni leči ili je trebalo da se leči, izreći meru bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi, okrivljenom prema kome je primenjena mera bezbednosti

40 S. Bejatović /2017/: *op. cit.*, p. 27.

obaveznog psihijatrijskog lečenja na slobodi. Odluku sud donosi po uzimanju izjave od javnog tužioca ako ustanovi da se učinilac nije podvrgao lečenju ili ga je samovoljno napustio ili da je i pored lečenja ostao tako opasan za svoju okolinu da je potrebno njegovo čuvanje i lečenje u zdravstvenoj ustanovi. Pre donošenja odluke sud ispituje veštaka koji je obavio psihijatrijski pregled okrivljenog, a okrivljeni će se saslušati ako to njegovo stanje dozvoljava. O ročištu za ispitivanje veštaka sud obaveštava javnog tužioca i branioca.

8. Pored posebno predviđenih odredaba u postupcima za izricanje mera bezbednosti shodno se primenjuju i ostale odredbe Zakonika, ukoliko odredbama ovog postupka nije nešto posebno propisano.

Uz izneseno, kada je reč o krivičnoprocesnom aspektu predmetne problematike, pažnju zaslužuju i odredbe ZKP o psihijatrijskom veštačenju kao posebnoj vrsti veštačenja. Svoju praktičnu realizaciju ova vrsta veštačenja nalazi kod dve grupe procesnih subjekata (okrivljenog i svedoka). Do psihijatrijskog veštačenja okrivljenog dolazi ako se pojavi sumnja da je isključena ili smanjena njegova uračunljivost, da je okrivljeni usled zavisnosti od upotrebe alkohola ili opojnih droga učinio krivično delo ili da je zbog duševnih smetnji nesposoban da učestvuje u postupku (čl. 131 st. 1 ZKP). Predmet ove vrste veštačenja je duševno zdravlje okrivljenog, i to kako u vreme izvršenja krivičnog dela, tako i u vreme vođenja krivičnog postupka. Ova vrsta veštačenja preduzima se i u postupku odlučivanja o izricanju mera bezbednosti medicinskog karaktera.

Do psihijatrijskog veštačenja svedoka može doći u slučaju ako se pojavi sumnja u sposobnost svedoka da prenese svoja saznanja ili opažanja u vezi sa predmetom svedočenja (čl. 131 st. 2 ZKP).

Posle sprovedenog veštačenja, obaveza je veštaka da dà nalaz i mišljenje čija sadržina zavisi pre svega od toga s kojim ciljem je veštačenje određeno. Shodno ovom kriterijumu, razlikujemo tri situacije. Prvo, ako je veštačenje određeno radi ocene uračunljivosti okrivljenog, veštak će ustanoviti da li je u vreme izvršenja krivičnog dela kod okrivljenog postojala duševna bolest, privremena duševna poremećenost, zaostali duševni razvoj ili druga teža duševna poremećenost, odrediće prirodu, vrstu, stepen i trajnost poremećenosti i dati mišljenje o uticaju takvog duševnog stanja na sposobnost okrivljenog da shvati značaj svoga dela ili upravlja svojim postupcima (čl. 132 st. 1 ZKP). Drugo, ako je veštačenje određeno radi ocene sposobnosti okrivljenog da učestvuje u postupku, veštak će ustanoviti da li kod okrivljenog postoje duševne smetnje i dati mišljenje da li je okrivljeni sposoban da shvati prirodu i svrhu krivičnog postupka, razume pojedine procesne radnje i njihove posledice i sam ili uz pomoć branioca vrši svoju odbranu (čl. 132 st. 2 ZKP). Treće, ako je veštačenje određeno radi ocene sposobnosti svedoka da prenese svoja saznanja ili opažanja u vezi sa predmetom svedočenja, veštak će ustanoviti da li kod svedoka postoje duševne smetnje i dati mišljenje da li je svedok sposoban da svedoči (čl. 132 st. 3 ZKP).⁴¹

U vezi sa ovom vrstom veštačenja, treba istaći i to da Zakonik ne traži ocenu veštaka da li je okrivljeni uračunljiv, neuračunljiv ili smanjeno uračunljiv, pa ni sud

41 O tome detaljnije vid. S. Bejatović /2016/: *op. cit.*, pp. 567–574.

takvo pitanje ne može postaviti veštaku, niti je veštak pozvan da o tome dâ svoj sud. Uračunljivost je pravni pojam i o njemu odlučuje sud, a psihijatar treba samo da mu pruži podatke na osnovu kojih će on moći da izvede svoj zaključak.⁴²

5. PENOLOŠKI ASPEKT MEDICINSKIH MERA BEZBEDNOSTI

Kada je reč o penološkom aspektu predmetne problematike, nju, posmatrano sa aspekta mere bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi, karakteriše nekoliko osobenosti. Jedna od ključnih je mesto izvršenja izrečene mere. Mera se izvršava po pravilu u Specijalnoj zatvorskoj bolnici, a samo izuzetno u drugoj zdravstvenoj ustanovi, s tim što je predviđena i mogućnost premeštaja. Na predlog Specijalne zatvorske bolnice, odnosno druge zdravstvene ustanove u kojoj se mera izvršava, sud može u toku trajanja mere, po prethodno pribavljenom mišljenju sudije za izvršenje, odlučiti da se lice prema kojem se mera izvršava premesti iz jedne u drugu zdravstvenu ustanovu. U slučaju da je mera izrečena uz kaznu zatvora, lice prema kojem se ona primenjuje prvo se upućuje na izvršenje mere bezbednosti. Zatim, kada je reč o položaju lica prema kome je izrečena mera, stav je zakonodavca da mera može sadržati samo ona ograničenja kretanja i ponašanja koja su neophodna radi lečenja i čuvanja lica prema kome se ova mera primenjuje i radi održavanja reda i discipline. Isto tako, lice prema kome se izvršava mera, ima ista prava i obaveze kao i lice koje izdržava kaznu zatvora, osim ako potrebe lečenja drugačije ne zahtevaju. Dalje, tu je i obaveza zdravstvene ustanove, odnosno odeljenja u koje je upućeno lice radi lečenja i čuvanja, da najmanje jedanput godišnje obaveštava sud koji je izrekao meru, o stanju zdravlja lica prema kojem se primenjuje. Posmatrano u tom kontekstu tu je i odredba prema kojoj, na predlog specijalne zatvorske bolnice ili druge zdravstvene ustanove u kojoj se mera izvršava, sud može u toku trajanja mere odlučiti da se mera obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja u psihijatrijskoj ustanovi obustavi ili izreći meru obaveznog psihijatrijskog lečenja na slobodi. Zatim, ako se radi o licu čije je lečenje završeno, a kome još nije istekla kazna, policija na čijem području se nalazi zdravstvena ustanova, na zahtev suda sprovodi osuđeno lice na izvršenje kazne, pod uslovom da mu sud nije odredio uslovni otpust. Pored ovog, tu je i odredba prema kojoj stručnost rada u izvršenju mere bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi nadzire ministarstvo nadležno za poslove zdravlja. Odnosno i odredba prema kojoj posle otpuštanja iz zdravstvene ustanove brigu o licu prema kome je izvršena mera bezbednosti, a koje je bez porodičnog staranja, preuzima organ starateljstva nadležan prema prebivalištu, odnosno boravištu lica u vreme kada je odluka kojom je mera bezbednosti izrečena postala pravnosnažna.⁴³

Neka od iznesenih rešenja predmet su, čini se, opravdane kritike stručne javnosti.⁴⁴ Među takvim rešenjima posebno se ističu dva. Prvo se tiče nepredviđanja

42 T. Vasiljević, M. Grubač /1995/: *Komentar Zakona o krivičnom postupku*, Beograd, p. 339.

43 Vid. čl. 195–201 ZIKS.

44 Vid. M. Kolaković /2017/: *op. cit.*, pp. 145–154.

mogućnosti uslovnog otpuštanja iz zdravstvene ustanve. Smatra se, čini se ne bez razloga, da bi uvođenje instituta uslovnog otpuštanja iz zdravstvene ustanove bilo višestruko korisno i u funkciji potpunijeg ostvarenja cilja izricanja ove mere.⁴⁵ Drugo, kada je reč o nadzoru o stručnosti rada u izvršavanju mere bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi, bilo bi neophodno u isti uključiti pre svega sudiju za izvršenje koji sada, kada je u pitanju ova mera, nema nikakvu ulogu.⁴⁶

Kada je reč o drugoj meri ovog karaktera (meri bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja na slobodi) pažnju zaslužuju tri njene penološke osdobenosti. *Prvo*, sud koji je izrekao meru upućuje lice kojem je izrečena mera u zdravstvenu ustanovu u roku od osam dana od dana pravnosnažnosti odluke kojom je mera izrečena, a lice kojem je izrečena mera obaveznog psihijatrijskog lečenja na slobodi obavezno je da se u roku koje odredi sud, a najkasnije u roku od 15 dana od dostavljanja odluke o upućivanju na lečenje, javi zdravstvenoj ustanovi radi lečenja. *Drugo*, ako se upućeno lice ne podvrgne lečenju u roku koji odredi sud, lečenje samovoljno napusti ili i pored lečenja postane toliko opasno za okolinu da je potrebno i njegovo čuvanje u psihijatrijskoj zdravstvenoj ustanovi, zdravstvena ustanova će o tome obavestiti sud koji je izrekao meru. *Treće*, obaveza je zdravstvene ustanove da najmanje svakih šest meseci obavestava sud koji je izrekao meru o stanju zdravlja lica koje je na lečenju kao i da obavesti sud o završetku lečenja.⁴⁷

6. PSIHIJATRIJSKO LEČENJE BEZ PRISTANKA LICA I ZAKON O ZAŠTITI LICA SA MENTALNIM SMETNJAMA (PRINUDNO PSIHIJATRIJSKO LEČENJE)

Pored prednje navedenih zakonskih tekstova, problematika postupanja nadležnih državnih organa sa licima koja imaju mentalne smetnje, regulisana je i Zakonom o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama.⁴⁸ Posmatrano sa aspekta problematike koja čini temu rada, pažnju zaslužuju dve grupe njegovih odredaba. Prva se tiče zadržavanja bez pristanka i smeštaja bez pristanka lica sa mentalnim smetnjama u psihijatrijsku ustanovu. Prema istoj, lice sa mentalnim smetnjama za koje doktor medicine ili psihijatar proceni da, usled mentalnih smetnji, ozbiljno i direktno ugrožava sopstveni život ili zdravlje ili bezbednost, odnosno život ili zdravlje ili bezbednost drugog lica, može se smestiti u psihijatrijsku ustanovu bez svog pristanka, samo ukoliko nisu na raspolaganju manje restriktivni načini za pružanje zdravstvene zaštite. Uz ovo, lice sa mentalnim smetnjama ili lice lišeno poslovne sposobnosti može se iz istih ovih razloga smestiti u psihijatrijsku ustanovu i bez pristanka njegovog zakonskog zastupnika. Posmatrano u ovim kontekstu, tu je i odredba prema kojoj

45 Vid. S. Soković /2013/: Uslovni otpust – sporna pitanja i savremena normativna rešenja – in: *Nova rešenja u kaznenom zakonodavstvu Srbije i njihova praktična primena* (S. Bejatović, ed.) Beograd, pp. 366–379.

46 Vid. Z. Stevanović /2008/: *Komentar Zakona o izvršenju krivičnih sankcija*, Beograd, p. 198.

47 Vid. čl. 202–204 ZIKS.

48 *Sl. glasnik RS*, br. 45/2013.

će se navedeno lice zadržati bez pristanka ili smestiti bez pristanka u psihijatrijsku ustanovu, samo kada je to jedini način da mu se obezbedi neophodna medicinska mera, a mera traje samo dok traju zdravstveni razlozi za zadržavanje bez pristanka ili smeštaj bez pristanka. (čl. 21 Zakona o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama).

Postupak za zadržavanje bez pristanka i smeštaj bez pristanka lica sa mentalnim smetnjama mogu pokrenuti članovi njegove uže porodice, organ starateljstva, poslodavac i zdravstveni radnici, obaveštavanjem ministarstva nadležnog za unutrašnje poslove i hitne medicinske pomoći o ugrožavajućem ponašanju tog lica. Po dobijenom obaveštenju, službena lica ministarstva nadležnog za unutrašnje poslove i zdravstveni radnici hitne medicinske pomoći, dužni su da bez odlaganja lice sa mentalnim smetnjama odvedu u najbliži dom zdravlja ili zavod za hitnu medicinsku pomoć. U slučaju da doktor medicine doma zdravlja ili zavoda za hitnu medicinsku pomoć proceni, na osnovu pregleda, da je potrebno stacionarno lečenje, uputiće bez odlaganja lice sa mentalnim smetnjama u psihijatrijsku ustanovu, a kada psihijatar utvrdi da postoje zdravstveni razlozi za stacionarno lečenje i zadržavanje bez pristanka lica, dužan je da bez odlaganja donese odluku o zadržavanju i istu, na prigodan način, saopšti i obrazloži licu sa mentalnim smetnjama zadržanom bez pristanka i upozna ga sa razlozima i ciljevima takvog zadržavanja, kao i sa njegovim pravima i dužnostima, u skladu sa zakonom. Po prijemu lica sa mentalnim smetnjama u psihijatrijsku ustanovu, a najkasnije prvog radnog dana, konzilijum psihijatrijske ustanove odlučuje da li će se ovo lice zadržati na daljem bolničkom lečenju ili će biti otpušteno. O zadržavanju lica sa mentalnim smetnjama u psihijatrijskoj ustanovi bez njegovog pristanka, odlučuje sud na čijem se području nalazi sedište psihijatrijske ustanove u kojoj je lice sa mentalnim smetnjama zadržano bez svog pristanka. Sud može, pre isteka vremena određenog za zadržavanje lica sa mentalnim smetnjama u psihijatrijskoj ustanovi, po službenoj dužnosti ili na predlog tog lica, njegovog zakonskog zastupnika ili psihijatrijske ustanove, da odluči o njegovom otpustu iz psihijatrijske ustanove, ako utvrdi da se zdravstveno stanje tog lica poboljšalo u tolikoj meri da su prestali zdravstveni razlozi za njegovo dalje zadržavanje bez pristanka. Sud je dužan da u odluci o zadržavanju bez pristanka lica sa mentalnim smetnjama odredi trajanje zadržavanja bez pristanka, koje ne može biti duže od 30 dana, računajući od dana kada je psihijatar doneo odluku o zadržavanju bez pristanka lica sa mentalnim smetnjama. Međutim, ako psihijatrijska ustanova proceni da lice sa mentalnim smetnjama koje je zadržano bez svog pristanka, treba da ostane na bolničkom lečenju i nakon isteka vremena zadržavanja određenog u rešenju suda, dužna je da pet dana pre isteka vremena određenog u rešenju suda, predloži sudu donošenje rešenja o produženju zadržavanja tog lica bez njegovog pristanka, u skladu sa procenom konzilijuma psihijatrijske ustanove u pogledu ishoda lečenja.

Stručno kritička analiza navedenih odredaba ovog zakonskog teksta, nedvosmisleno ukazuje na to da se one izričito odnose samo na zadržavanje, a ne i na smeštaj bez pristanka lica sa mentalnim smetnjama u zdravstvenu ustanovu. Imajući u vidu ovo, samo se na posredan način može izvesti zaključak o pitanjima koja se tiču nadležnosti za odlučivanje i postupka donošenja odluke o smeštaju bez pristanka lica sa mentalnim smetnjama u zdravstvene i druge ustanove, što je čini se jedan od nema-

lih nedostataka ovog zakonskog teksta. Ovo tim pre što smeštaj podrazumeva duži vremenski period boravka takvog lica u zdravstvenoj i drugoj ustanovi.⁴⁹

Druga grupa odredaba ovog zakonskog teksta vezanih za temu rada tiče se postupka prema licima sa mentalnim smetnjama, učinocima krivičnih dela i prekršaja (glava XI Zakona o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama). Iole ozbiljnija analiza sadržaja svega tri člana posvećena ovoj problematici ukazuje na skoro potpunu neregulisanost ovog postupka. Umesto toga, imamo samo upućivanje na drugi zakonski tekst u čl. 59 st. 1 Zakona o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama, koji kaže: „kad se kod lica koje se nalazi na izdržavanju kazne zatvora, utvrdi postojanje mentalnih smetnji, postupa se u skladu sa odredbama zakona kojim se uređuje izvršenje krivičnih sankcija“. Ako se ovome doda i odredba st. 3 ovog člana koja predviđa da će se isti postupak (*postupak koji po stavu autora i nije normiran*) primeniti „i na osuđeno lice kome je, uz kaznu zatvora, sud izrekao i meru bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja za vreme izdržavanja te kazne“, problem još više dobija na svojoj aktuelnosti. Sve ovo, samo po sebi, ukazuje na neophodnost propisivanja postupka za smeštaj lica sa mentalnim smetnjama u psihijatrijsku ustanovu bez pristanka, što trenutno nije slučaj. Uz to, posmatrano sa aspekta rada kao celine, čini se neophodnim i regulisanje pitanja odnosa smeštaja koji predviđa ovaj zakon i dvaju ključnih mera bezbednosti medicinskog karakter (obavezno psihijatrijsko lečenje i čuvanje u zdravstvenoj ustanovi i obavezno psihijatrijsko lečenje na slobodi). Čini se opravdanim zalaganje da mera prinudnog smeštaja iz ovog zakona dobije i karakter dopunske mere u odnosu na dve navedene mere bezbednosti (pre i posle izvršenja ovih mera). Uz to, opravdano je i zalaganje da se predvidi mogućnost korišćenja psihijatrijskih ustanova za pružanje zdravstvene pomoći licima kojima je bila izrečena jedna od dvaju navedenih mera bezbednosti medicinskog karaktera, što bi moglo da bude i predmet regulisanja upravo ovim zakonskim tekstom.

ZAKLJUČNA RAZMATRANJA I PREDLOG MERA UNAPREĐENJA

Izvršena analiza krivičnopravnog aspekta medicinskih mera bezbednosti pokazuje ne samo njihovu izuzetnu aktuelnost već i otvorenost brojnih pitanja, pre svega kod dvaju ključnih mera bezbednosti ovog karaktera (obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi i obaveznog psihijatrijskog lečenja na slobodi). Među njima se posebno ističu sledeća: Prvo, da li ove dve ključne mere bezbednosti medicinskog karaktera (obavezno psihijatrijsko lečenje i čuvanje u zdravstvenoj ustanovi i obavezno psihijatrijsko lečenje na slobodi) zadržati u sistemu krivičnih sankcija ili pitanje lica kojima su namenjene rešavati u okviru prinudnog lečenja psihijatrijskih bolesnika. Drugo, pitanje obima njihove primene – Da li npr. isključiti mogućnost primene kod lakših krivičnih dela. Treće, pitanje ograničenja njihovog trajanja, posebno u slučaju primene kod bitno smanjeno uračunljivih učinilaca i u zavisnosti od dužine izrečene kazne zatvora. Četvrto, uvođenje instituta uslovnog otpusta iz zdravstvene ustanove. Šesto, uloga sudije za izvršenje u primeni

49 Vid. Z. Stojanović /2014/: *op. cit.*, pp. 145–172.

mere i sl. Ova, kao i neka druga, takođe otvorena pitanja, sama po sebi, u najmanu ruku, zahtevaju neophodnost ozbiljnog uzimanja u obzir i ove problematike u radu na reformi krivičnog zakonodavstva koja je u toku. U tom radu, a u cilju stvaranja adekvatnije normativne osnove kod ovih mera bezbednosti i stvaranja osnove za njihovu adekvatniju primenu, posebnu pažnju trebna posvetiti sledećem:

1. Iole ozbiljnija analiza pitanja: Da li dve ključne mere bezbednosti medicinskog karaktera (*obavezno psihijatrijsko lečenje i čuvanje u zdravstvenoj ustanovi* i *obavezno psihijatrijsko lečenje na slobodi*) zadržati u sistemu krivičnih sankcija ili pak da se pitanja kategorija lica kojima su one namenjene (pre svega neuračunljivih) rešavaju u okviru prinudnog lečenja psihijatrijskih bolesnika, budući da iskustva država koja su ove mere bezbednosti izostavile iz sistema krivičnih sankcija govore u prilog njihovog zadržavanja u sistemu krivičnih sankcija. Međutim, takav pristup ni u kom slučaju ne znači i zalaganje za zadžavanje sadašnjeg načina njihovog izvršenja. Nasuprot, čini se da brojni razlozi govore u porilog neophodnosti drugačijeg pristupa izvršenju medicinskih mera bezbednosti. Po ovom pitanju, trebalo bi za uzor uzeti npr. nemačka i italijanska rešenja.
2. Kod mere bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi, opravdano je postaviti pitanje: Da li dozvoliti mogućnost njenog izricanja kod svih, pa i najlakših krivičnih dela? Odnosno, da li kao osnov za primenu ove mere bezbednosti isključiti laka krivična dela? U slučaju prihvatanja ovakvog jednog zalaganja, za šta čini se da ima osnova, neophodno je pronaći adekvatnu meru propisanog iznosa kazne kao osnova isključenja mogućnosti primene mere. Potrebno je propisati kojom kaznom mora biti zaprećeno delo koje je osnov za izricanje ove mere bezbednosti.
3. Rešenje Zakonika o neograničenom trajanju mere bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi, opravdano se može staviti pod znak pitanja. Nije mali broj argumenata koji govore u prilog ograničavanja njegovog trajanja, što posebno dobija na aktuelnosti kod bitno smanjeno uračunljivih lica. Teško je naći opravdanje da mera bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja prema bitno smanjeno uračunljivom učiniocu može trajati neograničeno i bez obzira na dužinu izrečene kazne zatvora. Nešto manji problem je kod njenog izricanja neuračunljivom učiniocu. No, čini se da i tu postoje argumenti za njeno ograničavanje. Posmatrano u ovom kontekstu, čini se opravdanim rešenje da se prilikom njenog izricanja odredi njeno vreme trajanja, sa mogućnošću da se, nakon isteka tog vremena, ono novom odlukom suda produži.
4. Opravdana su zalaganja za uvođenje instituta uslovnog otpuštanja iz zdravstvene ustanove. Čini se opravdanim razmišljanje postupanja po ovom pitanju na način koji pruža mogućnost da se mera obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi u toku izvršenja zameni merom obaveznog lečenja na slobodi, što je za pozdraviti. Ovakvo jedno rešenje bi doprinelo, ne samo da se broj lica koja se nalaze na izvršavanju ove mere smanji, već bi bilo i u funkciji potpunije realizacije cilja njenog izricanja.

5. Kod mere bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja na slobodi, opravdano je zalaganje za dozvoljavanje mogućnosti produžetka njenog trajanja i preko tri godine. Ovo iz razloga što je nesporno da postoje slučajevi u kojima vreme od tri godine nije dovoljno za postizanja cilja izricanja mere. S tim u vezi, a imajući pre svega u vidu cilj izricanja mere u takvim slučajevima, sudu treba dati mogućnost donošenja odluke o produženju njenog trajanja za dodatno određeno vreme. Uz ovo, neophodno je rešiti i pitanje postupka sprovođenja ove mere u odgovarajućoj zdravstvenoj ustanovi, ako je to potrebno radi uspešnijeg lečenja, posebno u slučajevima kada lice ne pristane na to (tj. u slučaju ako je potrebno sprovesti prinudno lečenje u stacionarnoj ustanovi). Zatim, treba preispitati i sadašnju dužinu roka takvog sprovođenja ove mere.
6. Institut sudije za izvršenje bi trebalo da ima značajniju ulogu i u izvršavanju mere bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja.
7. U ZKP odredbu čl. 526 st. 3 treba dopuniti u smislu da, za donošenje rešenja kojim se izriče mera bezbednosti, nije dovoljno samo da je učinilac u vreme izvršenja bio neuračunljiv, nego da su ispunjeni i drugi uslovi predviđeni KZ. Postojeća formulacija daje osnov za tumačenje da je sama neuračunljivost dovoljna za izricanje mere, što nije tačno. Uz to, ona nije ni u saglasnosti sa odredbom čl. 522 st. 1 ZKP, prema kojoj javni tužiac podnosi sudu predlog za izricanje mere „ako za izricanje takve mere postoje uslovi predviđeni Krivičnim zakonikom“.
8. U cilju otklanjanja nemalog broja dilema, neophodno je precizirati uslove za primenu mere bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja prema maloletnom licu u Zakonu o maloletnim učinocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica.
9. U Zakonu o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama, treba propisati postupak za smeštanje u psihijatrijsku ustanovu bez pristanka. Takođe, to smeštanje treba dovesti u vezu sa dve mere bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja i odrediti odnos sa njima. Bilo bi korisno da se predvidi da prinudno smeštanje po ovom zakonu bude dopunska mera u odnosu na dve ključne mere bezbednosti medicinskog karaktera (npr. pre i posle izvršenja ovih mera). Takođe, opravdano je koristiti civilnu psihijatrijsku infrastrukturu za zdravstvenu pomoć licima prema kojima je bila izrečena jedna od ovih dvaju mera.
10. U Zakonu o maloletnim učinocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica, trebalo bi na jadan nedvosmilan način rešiti pitanje mogućnosti izricanja dvaju ključnih mera bezbednosti medicinskog karaktera neuračunljivim i bitno smanjeno uračunljivim maloletnim učinocima, što trenutno nije slučaj.
11. Kada je reč o penološkom aspektu medicinskih mera bezbednosti, dva pitanja zaslužuju posebnu pažnju. Prvo se tiče nepredviđanja mogućnosti uslovnog otpuštanja iz zdravstvene ustanove. Čini se, ne bez razloga, da bi uvođenje instituta uslovnog otpuštanja iz zdravstvene ustanove bilo više-

struko korisno i u funkciji potpunijeg ostvarenja cilja izricanja mere. Drugo, kada je reč o nadzoru i stručnosti rada u izvršavanju mere bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi, bilo bi neophodno u isti uključiti i sudiju za izvršenje koji sada, kada je u pitanju ova mera, nema nikakvu ulogu.

12. Kod mere bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja na slobodi, opravdano je zalaganje za dozvoljavanje mogućnosti produžetka njenog trajanja i preko tri godine. Ovo iz razloga što je nesporno da postoje slučajevi u kojima vreme od tri godine nije dovoljno za postizanja cilja izricanja mere. U vezi sa iznetim, a imajući pre svega u vidu cilj izricanja mere u takvim slučajevima, sudu treba dati mogućnost donošenja odluke o produženju njenog trajanja za dodatno određeno vreme. Uz ovo, neophodno je rešiti i pitanje postupka sprovođenja ove mere u odgovarajućoj zdravstvenoj ustanovi, ako je to potrebno radi uspešnijeg lečenja, posebno u slučajevima kada lice ne pristane na to (tj. u slučaju ako je potrebno sprovesti prinudno lečenje u stacionarnoj ustanovi). Zatim, treba preispitati i sadašnju dužinu roka takvog sprovođenja ove mere.

LITERATURA

- Bejatović, S. /2017/: Mere bezbednosti medicinskog karaktera kao krivičnopravni instrumenti suprotstavljanja kriminalitetu (prevencija i represija) – in: *Mere bezbednosti medicinskog karaktera – pravni i medicinski aspekt – Regionalna zakonodavstva, iskustva u primeni i mere unapređenja* (S. Bejatović, ed.), Beograd, pp. 29.
- Bejatović, S. /2016/: *Krivično procesno pravo*, Beograd.
- Bejatović, S. /2015/: Kaznena politika i reforma krivičnog procesnog zakonodavstva Srbije (Doslednost ili ne?) – in: *Krivično zakonodavstvo – de lege lata et de lege ferenda* (S. Bejatović, M. Simović i Lj. Mitrović, eds.), Banja Luka, 2015, pp. 12–21.
- Ćorović, E. /2017/: Položaj neuračunljivih učinilaca krivičnih dela u krivičnom pravu Srbije – in: *Krivično zakonodavstvo između prakse i propisa i usklađivanje sa evropskim standardima* (S. Bejatović, ed.), Beograd, pp. 181–198.
- Jakulin, V. /2017/: Medicinske mere bezbednosti u slovenačkom krivičnom pravu – in: *Mere bezbednosti medicinskog karaktera – pravni i medicinski aspekt – Regionalna zakonodavstva, iskustva u primeni i mere unapređenja* (S. Bejatović, ed.), Beograd, p. 173.
- Jovanović, A. /2017/: Mere bezbednosti medicinskog karaktera (medicinski aspekt) in: *Mere bezbednosti medicinskog karaktera – pravni i medicinski aspekt – Regionalna zakonodavstva, iskustva u primeni i mere unapređenja* (S. Bejatović, ed.), Beograd, pp. 275–280.
- Kolaković-Bojović, M. /2017/: Uslovni otpust i mere bezbednosti medicinskog karaktera – in: *Mere bezbednosti medicinskog karaktera – pravni i medicinski aspekt – Regionalna zakonodavstva, iskustva u primeni i mere unapređenja* (S. Bejatović, ed.), Beograd, pp. 145–154.
- Kolarić, D. /2016/: Konceptijske novine u Krivičnom zakoniku Srbije i adekvatnost državne reakcije na kriminalitet, – in: *Suđenje u razumnom roku i drugi krivičnopravni instrumenti adekvatnosti državne reakcije na kriminalitet* (S. Bejatović, ed.), Beograd, p. 23.
- Perić, O. /2007/: *Komentar Zakona o maloletnim učinocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica*, Beograd.

- Radulović, D. /1990/: *Pritvor u krivičnom postuku*, Mostar.
- Soković, S. /2013/: *Uslovni otpust – sporna pitanja i savremena normativna rešenja – in: Nova rešenja u kaznenom zakonodavstvu Srbije i njihova praktična primena* (S. Bejatović, ed.) Beograd, pp. 366–379.
- Stevanović, I. /2017/: *Mera bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja maloletnika u zdravstvenoj ustanovi Srbije – in: Mere bezbednosti medicinskog karaktera – pravni i medicinski aspekt – Regionalna zakonodavstva, iskustva u primeni i mere unapređenja* (S. Bejatović, ed.), Beograd, pp. 155–166.
- Stevanović, I. /2016/: *Krivičnopravni instrumenti adekvatnosti državne reakcije na maloletnički kriminalitet – in: Suđenje u razumnom roku i drugi krivičnopravni instrumenti adekvatnosti državne reakcije na kriminalitet* (S. Bejatović, ed.), Beograd, pp. 649–662.
- Stevanović, Z. /2008/: *Komentar Zakona o izvršenju krivičnih sankcija*, Beograd.
- Stojanović, Z. /2015/: *Krivično pravo i duševna bolest*, *Sociologija*, № 2, pp. 219–230.
- Stojanović, Z. /2014/: *Mere bezbednosti psihijatrijskog lečenja – Prinudno psihijatrijsko lečenje kao krivična sankcija*, *Crimen*, № 2, pp. 145–172.
- Stojanović, Z. /2013/: *Nova rešenja u krivičnom zakoniku Srbije i njihova primena i buduća reforma – in: Nova rešenja u kaznenom zakonodavstvu Srbije i njihova praktična primena*, Beograd, pp. 11–32.
- Stojanović, Z. /2012/: *Komentar krivičnog zakonika*, Beograd.
- Vasiljević, T., Grubač, M. /1995/: *Komentar Zakona o krivičnom postupku*, Beograd.

Stanko Bejatović

Faculty of Law, University of Kragujevac

SECURITY MEASURES OF MEDICAL CHARACTER (CRIMINAL ASPECT)

SUMMARY

The subject of the analysis in the paper are the criminal matters of the security measures of medical character. Individually observed, there are several groups of issues discussed in this paper. Firstly, there are general observations on security measures, their concept, type and purpose, both generally, and in the positive criminal legislation of Serbia. When it comes to this group of questions, then, in accordance with the very title of the paper, special attention is paid to the security measures of medical character – to their own concept, types, purpose of pronouncement and imposition, and in particular, two security measures of this character are specifically emphasized (mandatory psychiatric treatment and staying in a health institution and compulsory non-institutional psychiatric treatment). Having finished this, there is an expert-critical (normative and theoretical) analysis of two key security measures in the positive criminal legislation of the Republic of Serbia. From this point of view, the issues discussed in this section are analyzed both in terms of the Criminal Code and the Criminal Procedure Code, as well as from the aspect of the Law on Juvenile Offenders and Criminal Protection of Juveniles, the Law on the Execution of Criminal Sanctions and the Law on the Protection of Persons with Mental Disorders. The analysis of the comparative group of issues has shown the large number of open questions regarding the criminal-legal

aspect of the two analyzed measures of security of medical character (obligatory psychiatric treatment and keeping in a health institution and compulsory non-institutional psychiatric treatment). The case, for example, with the question: Are these measures to remain in the system of criminal sanctions, or should that the issues of the status of the persons whom they are intended be solved in the course of the forced treatment of psychiatric patients. Then, there is a question of the scope of their application. Then, there is a question of the limitation of their duration, especially in the case of application in significantly reduced insane perpetrators, and depending on the length of the imprisonment sentence. There is also the question of the introduction of a conditional release institute from the health institution, as well as the issue of improved conditions for their execution, etc. In addition to this, the results of the practical presence of this cross-section of criminal sanctions in the practice of our courts are also presented.

At the end of the paper, concluding observations were given in which the author's position was outlined in a summarized way, primarily, in relation to issues that were particularly emphasized, open-debatable both from the theoretical and the normative point of view.

Key words: criminal sanctions, Serbia, security measures, medical character, medical institution, mandatory psychiatric treatment, non-institutionalized psychiatric treatment, mental incompetence, expertise, a special psychiatric prison hospital.

Dorđe Ignjatović*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

KRIMINALNO POLITIČKE IDEJE U RADOVIMA PROFESORA ZORANA STOJANOVIĆA**

Apstrakt: U mnoštvu radova koje je objavio profesor Zoran Stojanović se, uz ostala pitanja iz oblasti krivičnih nauka, često vraćao kriminalno političkim pitanjima usvajajući shvatanje velikog Franza von Liszta da je puko tumačenje normi krivičnog prava sterilno bez uvida u to kakvo one dejstvo imaju u regulisanju specifičnih društvenih odnosa povezanih sa najopasnijim ugrožavanjem fundamentalnih socijalnih dobara i vrednosti. Ovaj rad namenjen je analizi osnovnih ideja koje ovaj autor u svojim radovima zastupa u pogledu mehanizama namenjenih kontroli kriminaliteta.

Ključne reči: kriminalna politika, suzbijanje kriminaliteta, krivično pravo za neprijatelje, minimalizam, *ulitima ratio*, dekriminalizacija.

UVOD

Uobičajeno se smatra da krivične nauke počivaju na tri stuba: krivičnom (materijalom, procesnom i izvršnom) pravu, kriminologiji i kriminalnoj politici. Dok se prva bavi normativnim aspektom kontrole kriminaliteta (određivanjem zone kažnjivosti, merama koje se učinocu mogu izreći, postupkom u kome se utvrđuje krivica i izriču sankcije, kao i njihovim izvršenjem), druga proučava kriminalitet kao realnu pojavu, dok se treća, najjednostavnije rečeno bavi proučavanjem svih mehanizama koje društvo koristi kako bi sprečila ili suzbila inkriminisana ponašanja. Svako ko želi da se bavi ostalim krivičnim naukama¹, trebalo bi da, pored odličnog poznavanja svoje discipline, poznaje i navedene tri nauke – stožera².

Kriminalna politika nastala je u krilu nemačke krivične nauke, a njenim tvorcem smatra se Franz von Liszt. U nas se počela razvijati zahvaljujući činjenici da je profesor Mihajlo Čubinski jedan od svojevremeno najvećih autoriteta ove nauke probegao iz Rusije posle Oktobarske revolucije i u Beogradu 1937. izdao

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

** Autor je počastvovan mogućnošću da ovim tekstom doprinese obeležavanju jubileja prof. Zorana Stojanovića objavljivanjem zajedničkog izdanja časopisa *Crimen* (čiji je idejni tvorac i glavni i odgovorni urednik) i našeg najstarijeg časopisa iz oblasti krivičnih nauka *Revije za kriminologiju i krivično pravo* (gde je takođe dugogodišnji urednik).

1 Pored ovih „glavnih“, tu bi spadale penologija, kriminalistika, sudska medicina, sudsko organizaciono pravo i prekršajno pravo.

2 Uz to, trebalo bi da poseduje znanje i iz istorije – opšte i pravne, filozofije, ali i sociologije.

prevod sa ruskog prvog udžbenika kriminalne politike u svetu (izvorno, izašlo je u Moskvi 1905).

Posle Drugog svetskog rata, u Srbiji je prvo sistematsko delo iz ove oblasti na srpskom jeziku, pod nazivom *Kriminalna politika*, 1984. objavio prof. Milan Milutinović, koji je time krunisao višedecenijsko bavljenje ovom materijom. Istina, ovaj autor je i pre toga u svom udžbeniku iz kriminologije pisao o ovoj problematici, pa su tako sedamdesetih godina generacije studenata širom tadašnje Jugoslavije koristile knjigu čiji puni naziv je glasio *Kriminologija sa penologijom i osnovama kriminalne politike*.

U vreme kada je Milutinović završavao rukopis svog udžbenika, jedan kandidat je u Ljubljani (1981.) odbranio doktorsku disertaciju *Određivanje inkriminacija uopšte i u sferi seksualnih odnosa*. Mentor je bio prof. Ljubo Bavcon, autor poznate knjige *Kriminalna politika in njene tendence v socijalistični družbi* koji je doktorirao na istoj temi³. Taj mladi autor je Zoran Stojanović, koji je uskoro po doktoratu započeo karijeru nastavnika na predmetima Krivično pravo i Kriminalna politika na Pravnom fakultetu Univerziteta u Novom Sadu.

Posle učešća na jednom međunarodnom kongresu, objavio je rad o dekriminalizaciji, a zatim i knjigu *Granice, mogućnosti i legitimnost krivično pravne zaštite* u kojima su, uz ostalo, sadržane osnovne kriminalno političke ideje ovog autora sadržane u njegovoj doktorskoj disertaciji. Nekoliko godina kasnije, Pravni fakultet u Novom Sada publikovao je knjigu *Politika suzbijanja kriminaliteta*.

Posle četvrt veka, autor ovog teksta – istovremeno urednik Edicije Crimen – predložio je prof. Stojanoviću da pripremi novo izdanje te, čitaocima odavno nedostupne knjige; ovaj se opredelio da ponovi ranije i dopunio ga osvrtom na to koliko su se stvari u našoj kriminalnoj politici izmenile u međuvremenu. Tako se decembra 2016. kao 38. knjiga u Ediciji pojavila *Politika suzbijanja kriminaliteta* sa pogovorom autora.

Navedene knjige, kao i njegovi drugi radovi, biće osnov za kraću analizu kriminalno političkih ideja profesora Stojanovića koje ćemo izložiti u ovom tekstu.

1. RANI RADOVI

Ovde će biti ukratko prikazano nekoliko bitnih priloga autora našoj kriminalno političkoj literaturi koji su objavljeni krajem prošlog veka: prvi je rad o dekriminalizaciji; u drugom se bavi pitanjem granica krivične reakcije, a treći je udžbenik *Politika suzbijanja kriminaliteta*.

1.1. Ka politici dekriminalizacije

Osnovu za ovaj članak, objavljen u *Arhivu za pravne i društvene nauke*, predstavlja referat koji je Stojanović podneo na Petom evropskom kongresu društvene

3 Deo teze prof. Bavcon je nameravao da publikuje u sarajevskom časopisu za društvena pitanja *Pregled*. Očigladno, redakcija Časopisa je bila u dilemi da li da uopšte objavi rukopis čiji naslov je bio *Kriminalna politika u savremenom socijalističkom društvu*. Na kraju, članak je objavljen, uz napomenu na prvoj strani da je izraz „kriminalna politika“ uobičajeni naziv jedne grane nauke i da Redakcija odbija svaku mogućnost da je politika u socijalističkim državama kriminalna.

odbrane (održan u Vupertalu marta 1984. godine). Tu se na originalan način pozabavio jednim od najizazovnijih procesa u oblasti kriminalne politike – dekriminalizacijom. Autor konstatuje protivrečnost da – i pored svesti o potrebi zaustavljanja trenda ubrzane (in)kriminalizacije – dekriminalizacija nije dobila mesto koje zaslužuje i ukazuje na razloge zbog kojih je neophodno povesti širu politiku dekriminalizacije. Ovaj pojam on određuje u užem smislu (*de iure*) kao proces kojim ranije kažnjiva ponašanja propisana kao krivična dela prestaju to da budu i ukazuje na njena dva pojavna oblika: prvi se odnosi na ponašanja koja spadaju u bagatelni kriminalitet i tu je ključna ocena da li takva inkriminisana ponašanja ugrožavaju osnovna dobra i vrednosti zaštićena krivičnim pravom. Radi se prevashodno o inkriminacijama koje predstavljaju relikv prošliosti i prakse da država bez potrebe zadire u privatnu sferu građana; drugi tip („alternativna dekriminalizacija“) tiče se ponašanja koja su nesumnjivo štetna⁴ i tu se otvaraju mnogi načelni problemi koji zadiru u bit krivičnog prava. U radu se izlažu razlozi u prilog ovakvog zahvata i naglašava da bi se njime krivična reakcija učinila delotvornijom. Autor razmatra koje alternativne mere bi mogle zameniti klasične krivične sankcije i odgovara na prigovore koji se upućuju zalaganjima za širu primenu dekriminalizacije. U tom sklopu, posebno se pominju prigovori vezani za probleme generalne prevencije, položaj žrtve⁵ i opasnost od ugrožavanja prava i sloboda čoveka pri korišćenju alternativnih mera i sankcija.

Stojanović se načelno izjašnjava i o tome gde su granice dekriminalizacije i tu navodi da bi se:

...inkriminisanje moglo dozvoliti samo u pogledu društveno opasnih ponašanja koja nanose ozbiljnu štetu (povredu ili ugrožavanje) onim društvenim dobrima i interesima koji u krajnjoj liniji služe egzistenciji čoveka i društva i njihovom daljem progresu, a koji se na drugi način, tj. drugim sredstvima i drugim oblicima društvene reakcije ne mogu efikasno neutralisati, odn. kontrolisati i u vezi sa kojima upotreba krivičnog prava ne donosi više štete nego koristi“ /Stojanović, 1984:213/.

Na ovaj način, autor je u jednom od prvih radova u kome se u našoj literaturi o dekriminalizaciji govori na generalan način⁶, dotakao i pitanje koje će u kasnijim radovima dobiti jedno od centralnih mesta: pitanje krivično pravnog minimalizma.

1.2. Granice, mogućnosti i legitimnost krivično pravne zaštite

Knjiga pod navedenim nazivom izdata je 1987. godine u Novom Sadu i pored Uvoda, pregleda literature i rezimea na nemačkom jeziku podeljena je u tri celine: prva se bavi opštim problemima krivično pravne zaštite (KPZ); druga objektom KPZ, a treća potrebom izgradnje humanistički orijentisane KPZ.

4 U skladu sa tada važećom doktrinom krivičnog prava, autor koristi izraz „društveno opasna“.

5 U poznatoj knjizi *Izguljenje kazne*, holandski kriminolog Louk Hulsman je ukazao da je zabluda naše verovanje da je žrtvi bitno da prestupnik koji je viktimizovao bude za to primerno kažnjen / Hulsman, 1982:137/.

6 Bilo ih je i ranije i kasnije (Bavcon /1974/ i Ignjatović /1985/), ali su se oni više odnosili na konkretna zabranjena ponašanja koja bi trebalo izostaviti iz posebnog dela našeg krivičnog prava.

U Uvodu, autor ukazuje na to da pitanje legitimnost KPZ ima izuzetno bitne posledice jer se radi o najoštrijem i najizrazitijem vidu pravnog reagovanja na dela koja ugrožavaju društvo. Osnov njenog legitimiranja je zaštitna funkcija krivičnog prava, koje sa jedne strane mora biti legitimno, a sa druge ne sme sprečavati pojedinca da deluje slobodno /p. 3/. Pogrešno je izjednačavati legitimnost i legalnost.

Granice KPZ limitiraju realne mogućnosti da se ona ostvari. Pri tome, treba imati u vidu da su te mogućnosti obrnuto proporcionalne njenoj širini. Autor u knjizi polazi od navedene hipoteze i nastoji da je u daljem izlaganju proveri. Na pitanje koji su kriterijumi za određivanje koja ponašanja moraju biti inkriminisana, odgovor nije jednostavan jer ne postoji jasan kriterijum koji ih odvaja od drugih ljudskih delanja. Štaviše, budući da se ovde umeću vrednosni sudovi, mora se začeti i u oblast etike. Zbog toga, Stojanović navodi:

...cilj ovog rada (je) da se ispitaju mogućnosti korišćenja određenih opštih kriterijuma i faktora za postavljanje kontura jednog modela krivično pravne zaštite koji bi mogao obezbediti relativno visok stepen legitimnosti i efikasnosti“ /Stojanović, 1987:5/.

Ovaj zahvat je još važniji u naše doba koje karakteriše hipertofirana KPZ, što dovodi do neefikasnosti krivičnog prava i nelegitimnosti pojedinih inkriminacija koje sadrži.

Rad sadrži još jednu bitnu tezu: da presudnu ulogu pri određivanju granica KPZ imaju njeni ciljevi – drugim rečima: njen objekt. Uz to, mora se voditi računa i o tome da se za zaštitu tih dobara koriste legitimna sredstva, da ona bude krajnje sredstvo (lat. *ultima ratio*) i da, ukoliko je to moguće, oko ovih pitanja bude ostvaren društveni konsenzus. Razmatranja ovog tipa zbog toga nužno, pored pravne i filozofske, imaju i političku dimenziju.

Prva glava (1. Opšti problemi KPZ) podeljena je u tri poglavlja: 1.1. Legitimnost KPZ i način njenog ostvarivanja; 1.2. Opšta pitanja sužavanja i supstituisanja KPZ i 1.3. Neki faktori od značaja za oblikovanje KPZ.

Prvo poglavlje (1.1.) bavi se različitim shvatanjima o legitimnosti i mogućnosti KPZ. Kada je reč o legitimnosti, ukazuje se na njeno osporavanje od strane ranijih retributivista i radikalnih kriminologa i abolicionista u novije vreme. On smatra da je utilitaristički karakter krivičnog prava danas nesporan i on se ogleda u njegovoj zaštitnoj funkciji. Ovde se otvara i staro pitanje: u čiju korist deluje krivično pravo? U tom kontekstu, snažan uticaj ostvarile su konfliktne teorije i njihova tvrdnja da ovaj pravni mehanizam predstavlja važno sredstvo održavanja društvenog *status quo*-a⁷. Sa druge strane, tvrdnje da je KPZ nepravedna jer se njome često krši načelo ravnopravnosti građana ili da je neefikasna, ne može dovesti u pitanje njenu legitimnost⁸.

I među onima koji imaju afirmativan stav prema KPZ ima značajnih razlika: prvi spor nastaje oko pitanja da li ona štiti dobra oko kojih postoji minimalni vred-

7 Stojanović se osvrće i na shvatanja abolicionista i ukazuje da su njihove ideje (iako humanističke i liberalne) neostvarive /p. 9/.

8 Ovde se poziva na rad jednog poznatog nemačkog krivičara (Heinz Zipf) čija *Kriminalna politika* je prevedena na više jezika, uključujući i italijanski –v. Zipf /1989:55/

nosni konsenzus da to zavređuju? Drugi se tiče načina na koji se ona ostvaruje i tu autor navodi primer onih koji se zalažu za ukidanje kazne, one koji bi da je zamene terapijskim merama i neoklasični pristup koji je nastao kao reakcija na širenje filozofije tretmana i insistira na generalnoj prevenciji.

Pišući o načinima ostvarivanja KPZ, autor ukazuje da se mora dati prednost generalnoj prevenciji u odnosu na specijalnu i da

...specijalna prevencija može da ima prednost samo u odnosu na uzak krug učinilaca na koje zbog njihove psihičke defektnosti ili drugih razloga pretnja kaznom u principu ne može da deluje i gde samostalno, ili uz kaznu treba primenjivati druge krivične sankcije“ /Stojanović, 1987:15/.

Sa postepenim gubljenjem vere u tretman i resocijalizaciju, rastu očekivanja od generalne prevencije⁹, ali ne više samo u formi zastrašivanja („psihološke prinude“), već i kroz jačanje moralnih normi (tzv. pozitivna generalna prevencija).

Sama generalna prevencija predmet je brojnih prigovora: od onih starih da nema opravdanja kažnjavati nekog da bi se drugi odvratili od vršenja krivičnih dela, do novijih koja ukazuju da zastrašivanje vređa ljudsko dostojanstvo, što naročito važi za demokratska društva; treći prigovor na koji Stojanović ukazuje je pretnja kaznom nekome ko ne može slobodno da odlučuje o svojim postupcima ne samo neefikasna mera, nego je i nemoralna; četvrti se sastoji u tvrdnji da generalna prevencija ne deluje na učinioce nahatnih krivičnih dela¹⁰.

Stvar ne stoji mnogo bolje ni sa drugom funkcijom generalne prevencije – njenim uticajem na jačanje morala u društvu. Na tome su naročito insistirali autori iz nekadašnjih socijalističkih zemalja, iako je bilo jasno da je kazna nepodobno sredstvo za razvijanje moralnih shvatanja građana. Biće da je obrnuto, naglašava Stojanović

...mnogo toga govori u prilog stava da se dejstvo kazni u značajnoj meri zasniva na podršci koju joj daju drugi mehanizmi socijalne kontrole¹¹, a da ona malo doprinosi njihovoj izgradnji i jačanju“ /Stojanović, 1987:27/.

Da bi generalna prevencija mogla delovati, potrebno je da zadovolji one uslove koje je još pre četvrt milenijuma (1764.) u svom eseju *O zločinima i kaznama* naveo Cesare Beccaria: nije bitno da je kazna surova, već izvesna, dovoljno stroga i brza¹². Kasnija istraživanja ukazala su da pojave kakve su tzv. tamna brojka¹³ i selektivnost krivičnog progona¹⁴ još više utiču na relativizaciju laičke predstave o delovanju pravosudnog sistema i njegovoj efikasnosti.

9 Interesantno je da je taj trend bio vidljiv i u zemljama koje su se nekoliko decenija ranije zaklinjale u specijalnu prevenciju i resocijalizacioni tretman kao vid „lečenja“ prestupnika – o takvom trendu, čak i u skandinavskim državama piše norveški kriminolog Nils Christie /1981/.

10 Najdetajnije osporavanje generalne prevencije dao je u knjizi *Zatvor na optuženičkoj klupi* Norveški krivičar Thomas Mathiesen /1990/.

11 Pre svega morala („pozitivnih moralnih shvatanja u društvu“).

12 Beccaria /1987:97/.

13 Bolji izraz je „tamno polje“ (*Dunkelfeld*) kako se označava u nemačkoj ili „skriveni kriminalitet“ (*Hydden criminality*) u anglosaksonskoj literaturi –v. Ignjatović /2016:56/.

14 Možda najbolji primer te selektivnosti je studija o „svecima i prostacima“ koju je napisao William Chambliss. On je utvrdio da se policija i drugi organi formalne socijalne kontrole ne odnose na

Iz svih navednenih razloga, autor izvodi zaključak da postoji smo jedan način za postizanje izvesnosti primene kazni i ostvarenje cilja da se generalna prevencija učini efikasnom. To je sužavanje granica KPZ /p. 20/. Drugim rečima, kao rešenje se nameće supstituisanje kazne drugim sredstvima socijalne kontrole kojima se može (čak i delotvornije) ostvariti zaštita određenih dobara.

Drugo poglavlje (1.2.) knjige bavi se opštim pitanjima sužavanja i supstitucije KPZ. Polazeći od rezultata naučnih istraživanja, autor navodi da je jedan od razloga neuspeha krivičnog prava da efikasno zaštiti društvo od najopasnijih vidova kriminalnog ponašanja njegova hipertrofija koja je posledica nerealnog očekivanja da će njegove norme rešiti sve ključne društvene probleme. To, kao i činjenica na koju ukazuju brojni primeri da je kaznena reakcija – umesto da utiče na sprečavanje i suzbijanje društveno neprihvatljivih ponašanja – još više dramatisovala stanje kriminaliteta¹⁵, pojačava argumentaciju u korist preispitivanja potrebe da se granice krivične represije sagledaju u duhu principa *ultima ratio* (krajnje sredstvo).

Međutim, i među onima koji dele to mišljenje, ne postoji saglasnost kako suziti te granice i čime (kojim merama odn. sredstvima): jedni su bili za dekriminalizovanje bagatelnih krivičnih dela; drugi su predlagali radikalni zahvat koji je, u krajnjoj liniji, vodio ukidanju krivičnog prava; treći, pak, ukidanje kazne lišenja slobode. Dakle, shvatanja o tome šta u moderno vreme predstavlja minimum krivično pravne reakcije. Autor naaglašava da se neko rešenje mora iznaći jer je krivično pravo postalo *prima*, a ne *ultima ratio*, ali se odmah izjašnjava i da druga i treća mogućnost, koje popularišu abolicionisti i drugi kritički kriminolozi¹⁶, predstavljaju nerealne i neprihvatljive solucije. S druge strane, smatra i da dotadašnja praksa dekriminalizovanja lakših dela (pre svega iz oblasti seksualnog kriminaliteta), uz istovremeno povećanje broja inkriminacija i širenje granica kažnjivost ne predstavlja optimalno rešenje.

Stojanović navodi kao moguća rešenja: posredovanje u cilju razrešenja konflikata između učinioca i žrtve, obeštećenje (naknadu štete) žrtvi; tolerisanje onih ponašanja koja su inkrimisana kako bi se sankcionisala različitost; i društveno samoregulisanje oblasti u kojoj su se vršila ranije kriminalizovana ponašanja. Sve su ovo mere koje, uz dekriminalizaciju, mogu doprineti da krivično pravo zaista dobije supsidijaran karakter u regulisanju društvenih odnosa. Autor ističe da one nisu dovoljno iskorišćene ni u našoj tadašoj državi (SFRJ) iako im je postojeći sistem društvene samozaštite otvarao prostor za realizaciju.

Treće poglavlje (1.2.2.) posvećeno je raspravi o načelnim mogućnostima i problemima povezanim sa sužavanjem i supstituisanjem KPZ kod nas. Nasuprot ustavnim normama i načelnom zalaganju za sužavanje, autor zapaža suprotnu tenden-

isti način prema maloletnicima različitog socijalnog porekla koji su izvršili isto krivično delo. One iz viših socijalnih slojeva („sveci“) opominju, one iz nižih („prostaci“) pretvaraju u „pacijente“ krivičnog sistema (sledi im hapšenje, suđenje, boravak u kaznenoj ustanovi) sa svim posledicama koje to na njihov dalji život ima –v. Chambliss /1976/.

15 Najbolji primer za to je uvođenje Prohibicije u SAD početkom 1919. koju Peter Wickman i Philip Whitten smatraju jednim od najgorih pravnih eksperimenata u istoriji – „plemenit eksperiment čiji cilj je bilo pohlepna želja da se uspostavi kontrola“ /Wickman and Whitten, 1980:242/.

16 To ne znači da on ne uvida i pozitivne strane njihovog zalaganja /p. 26/.

ciju: ona se neprestno širi, što dovodi u pitanje legitimnost same krivične reakcije. Istovremeno, konstatuje i da u trenutku pisanja rada nisu postojale pretpostavke za široku dekriminalizaciju u našem tadašnjem krivičnom pravu, pre svega zbog konfuzije koja je postojala u vezi sa alternativnim sankcijama. I pored toga, piše Stojanović, postojale su mogućnosti za sužavanje granica kaznene reakcije i bez njihove primene. Kao primere, on navodi potrebu da se norme krivičnog prava oslobode preširoke i neodređene formulacije, kao i mnoštva alternativno određenih radnji izvršenja. Takođe, smatra da sudska praksa mora odustati od ekstenzivnog tumačenja tih normi /p. 31/.

Govoreći o oblicima i nivoima sužavanja KPZ, pisac knjige ukazuje na potrebu da se ovaj proces odigra kako u oblasti materijalnog krivičnog prava (misli se pre svega na dekriminalizaciju), kao i u sistemu krivičnih sankcija (depenalizacija uvođenjem alternativnih mera). U izlaganju koje sledi, data je, u dotadašnjoj jugoslovenskoj literaturi, najpotpunija analiza mogućnosti dekriminalizacije, pitanja i dileme koje ovaj proces otvara i razmotrene granice koje mu postavljaju društveni, etički, politički i ostali činioci. Razmišljanja o depenalizaciji započinje ponavljanjem stava da je ideja o ukidanju kazne lišenja slobode nerealna. No, primena alternativnih mera ima i te kako opravdanja, ali osnov za takve odluke mora počivati na rezultatima multidisciplinarnih naučnih proučavanja.

Globalno posmatrano, u navedenim procesima treba izbeći dve situacije: da se u kontroli po društvo opasnih ponašanja ne otvori „prazan prostor“ čime bi bitna dobra i interesi ostali nezaštićeni. Druga moguća zamka je da se pod vidom sužavanja zona krivično pravne reakcije u kazneni sistem unesu drugi, još manje prihvatljivi oblici represije. Prikriveni i perfidni, koji uvode sveobuhvatni kontrolu (Stojanović ga naziva „omnipotentni sistem kontrole“). On tvrdi da ovakav model socijalne kontrole u vreme pisanja knjige nije egzistirao, ali zapaža da postoje tendencije da se izgradi.

Ovde autor posebno naglašava da

...sužavanje granica krivično pravne zaštite na treba za krajnji cilj da ima ukidanje krivičnog prava ili njegovo svođenje na sporedno ili nevažno sredstvo za zaštitu navedenih dobara. Naprotiv, to za cilj ima jedno legitimnije i na planu generalne prevencije efikasnije krivično pravo“ /Stojanović, 1987:37/.

U tom smislu, u Zaključku se Stojanović zalaže za *koncept selektivnog krivičnog minimalizma* u čijoj su osnovi dve ideje – vodilje: 1) da se sloboda čoveka ograniči u minimalnoj mogućoj meri; i 2) da se težište KPZ stavi (samo) na osnovna dobra čoveka /p. 103/.

1.3. Politika suzbijanja kriminaliteta

Pod ovim nazivom, profesor Stojanović je 1991. u Novom Sadu objavio knjigu koja se sastoji iz Uvoda, sedam glava (pri čemu poslednja predstavlja zaključno razmatranje) i popis literature. Glave nose sledeće naziva: Osnovni principi politike suzbijanja kriminaliteta (II); Krivično pravo kao sredstvo suzbijanja kriminaliteta – krivičnopravna politika (III); Organi krivičnog pravosuđa i politika suzbijanja kri-

minaliteta (IV); Vankrivično pravna sredstva i strategije u oblasti politike suzbijanja kriminaliteta (V); Osnovni principi politike suzbijanja maloletničkog kriminaliteta (VI); Organizovane forme kao savremeni izazov politike suzbijanja kriminaliteta (VII); i Perspektive politike suzbijanja kriminaliteta (VIII).

Pre svega, odmah treba napomenuti da je autor sa puno razloga uobičajeni naziv ove krivične nauke „kriminalna politika“ koji potiče iz nemačkog jezika zamenio mnogo pogodnijim „politika suzbijanja kriminaliteta“¹⁷. On je /p. 14/ inače shvata u oba značenja koja se toj disciplini daju u literaturi: to je i nauka (koja se bavi proučavanjem, vrednovanjem i usavršavanjem sredstava namenjenih suzbijanju kriminaliteta) i posebna veština (u smislu racionalne i praktične delatnosti usmerene u istom cilju kao i nauka)¹⁸. Budući da je autor pravnik, prirodno je bilo očekivati da će on najveću pažnju posvetiti krivično pravnoj politici ili kako je on naziva i „politikom suzbijanja kriminaliteta u užem smislu“. To se potvrdilo ne samo iz naslova delova knjige, nego još više iz prostora koji im je posvećen i dubine obrade pitanja.

U Uvodu se uz određivanje pojma i zadataka politike suzbijanja kriminaliteta, piše o njenom nastanku i razvoju i odnosu prema drugim (krivičnim i ostalim) naukama i diciplinama. U delu označenom kao *Osnovni principi politike suzbijanja kriminaliteta* (II glava), autor ih vidi pet: 1. princip pravne države; 2. princip ograničenja korišćenja represivnih sredstava; 3. legitimnost politike suzbijanja kriminaliteta i pojedinih njenih sredstava; 4. racionalnost politike suzbijanja kriminaliteta i 5. načelo humanosti.

Skoro polovina rukopisa knjige je posvećena izlaganju problema „politike suzbijanja kriminaliteta u užem smislu“ ili, drugim rečima, o delovanju mehanizama formalne socijalne kontrole. U dve glave izlaže se o krivičnom pravu kao sredstvu suzbijanja kriminaliteta (Glava III) i o delovanju organa krivičnog pravosuđa (Glava IV). U prvoj od navedenih celina autor se bavi načelnim pitanjima krivično pravne politike, ulozi krivičnog zakonodavstva i mehanizmima primene prava koji se svode na određivanje zone kažnjivosti i primenu krivičnih sankcija (kaznenu politiku u užem smislu). Kada se radi o organima krivičnog pravosuđa, bavi se delovanjem policije, tužilaštva, suda i organa zaduženih za izvršenje krivičnih sankcija.

Izlaganje o vankrivično pravnim sredstvima i njihovim strategijama suzbijanja kriminaliteta (Glava V) dodiruje pitanja socijalne kontrole u širem smislu, ulogu morala, javnog mnjenja, porodice, škole, tehnoprevencije, organizacione i socijalno medicinske mere, kao i posredovanje u cilju mirenja.

17 Iako se čini da bi njenom predmetu još više odgovaralo da bude označena kao „politika kontrole kriminaliteta“ jer obuhvata i mere koje preduzimamo pre no što se delo izvrši (sprečavanje), a ne samo one koje na scenu stupaju po preduzetom delu (suzbijanje takvih radnji).

18 Očito je nemačka krivično pravna teorija ovde odlučujuće uticala na autora. To se najbolje vidi kada se ove odredbe uporede sa onima koje navodi Heinz Zipf. Zipf posle definicija koje su dali Feuerbach („mudrost državnog zakonodavca“), von Liszt („sistematski nukleus principa koji se zasnivaju na naučnoj analizi kako državnog razloga, tako i efekata kazne i principa srazmere kojima država treba da se rukovodi u borbi protiv kriminaliteta“), Mezger („ukupnost svih ovlašćenja države usmerenih na prevenciju i suprotstavljanje kriminalitetu“), Jescheck („umeravanje krivičnog prava kako bi bilo na visini svog zadatka u odbrani društva“), Kaiser („sistematsko izlaganje društvenih strategija, tehnika i mera sankcionisanja usmerenih na optimalnu kontrolu kriminaliteta“) i drugi autori, daje i sopstvenu odredbu po kojoj je kriminalna politika „stvaranje i realizacija principa poretka na polju krivične pravde“ /Zipf, 1989:14/.

Do sada navedene celine ove knjige predstavljaju „opšti deo politike suzbijanja kriminaliteta“, dok bi sledeće mogle poneti naziv „posebni deo“. Jer, u njima se izlaže o reakciji na dve specifične vrste kriminaliteta: maloletnički (Glava VI) i organizovani (Glava VII). Kada govori o suzbijanju kriminaliteta maloletnika, izlaganje je obogaćeno statističkim podacima o stanju tog tipa kriminalne aktivnosti /p. 107–9/. Oni nam omogućavaju i upoređenje sa današnjim stanjem koje pokazuje da se za četvrt veka procentualno učešće maloletnika u populaciji osuđenih lica skoro uopšte nije promenilo (iznosi oko 6%), ali se drastično izmenila struktura tih dela: dok je u vreme pisanja knjige preko 80% maloletnika osuđeno za imovinska dela, taj procenat je ovih godina pao na 57%; s druge strane, ranije je učešće dela protiv života i tela iznosilo oko 6%, a poslednjih godina je ono poraslo na oko 12%¹⁹.

Organizovani kriminalitet Stojanović definiše u užem i širem smislu i naglašava da se ova vrsta delikata (i pored svih izazova koje stavlja pred zakonodavce i tvorce kriminalne politike) može suzbijati postojećim mehanizmima krivičnog pravosuđa. Drugim rečima, smatra on, ne postoji potreba za izmenama u materiji krivičnog prava (naročito ne u njegovom posebnom delu), kao što ne postoji ni potreba da se čitav društveni i ekonomski sistem zemlje transformiše kako bi se suzilo polje delovanja organizovanog kriminaliteta /p. 124/.

Zaključna razmatranja (pod nazivom *Perspektive politike suzbijanja kriminaliteta*) Stojanović započinje odgovorom na pitanje: da li se kriminalitet može suzbijati? On tvrdi da je najviše što možemo postići njegovo svodenje na onaj nivo koji ne prelazi „prag podnošljivosti“ /p. 127/. Takođe, trebalo bi izdvojiti još nekoliko autorovih stavova: pre svega, ni u doglednoj budućnosti krivično pravo kao mehanizam zaštite osnovnih društvenih dobara i vrednosti ne može biti zamenjeno nekim vanpravnim instrumentima; to, međutim, ne znači da ga ne treba usavršavati, naročito u oblasti krivičnih sankcija, ali bez radikalnih ishitrenih zahvata. Politika suzbijanja kriminaliteta mora počivati na osmišljenoj strategiji koja će uzeti u obzir sve posledice poteza koji se pojedinim situacijama čine racionalnim.

2. NOVIJI RADOVI

U ovoj grupi, naći će se dela koja je profesor Zoran Stojanović objavio u ovom milenijumu. Najveći broj analiziranih tekstova publikovan je u Ediciji Crimen Pravnog fakulteta UB.

2.1. Proces stvaranja krivičnog zakonodavstva i suzbijanje kriminaliteta

Pod navedenim naslovom pisac se dotiče jednog od zapostavljenih pitanja kontrole kriminaliteta: kvalitetom procesa kojim se stvaraju norme krivičnog prava. Polazeći od stava da je u Srbiji stanje u toj oblasti nezadovoljavajuće, navodi da to

19 Slični su i pokazatelji o učešću dela protiv javnog reda i mira u presuđenom kriminalitetu maloletnika –v. Ignjatović /2014/. Dakle, kao neka vrsta zaključka, moglo bi se reći da kriminalitet maloletnika nije u navedenom periodu pokazao zabrinjavajući trend u pogledu broja izvršenih dela („kvantitativni kriterijum“), ali da jeste u pogledu vrste dela, odn. opasnosti koju on predstavlja za zajednicu („kvalitativni kriterijum“).

za neposrednu posledicu ima olako posezanje za mehanizmima ove grane prava, širenje zone kažnjivosti i jačanje represije. Ne dovodeći u pitanje praksu stvaranja radnih grupa koje rade na noveliranju krivičnog zakonodavstva, autor primećuje da se u njihovom radu ne poštuju neki od osnovnih standarda zakonodavne tehnike kakvi su preciznost i jasnost norme, izbegavanje laičke terminologije, vođenje računa o primenljivosti norme, kritička primena uporedno pravnog metoda (izbegavanje nekritičkog prepisivanja tuđih rešenja), neophodnost da se uzme u obzir stvarna opasnost ponašanja za osnovna društvena dobra i stav nauke (doktrine) i sudske prakse.

Autor zaključuje da se u pogledu poštovanja navedenih standarda pri izradi zakonskih tekstova iz oblasti krivičnog prava često odstupa od navedenih smernica, a poseban problem predstavlja unošenje iz drugih zakonodavstva i međunarodnih ugovora u naše krivično pravo rešenja („pravni transplant“) koja su ovde neprikladna. Zbog toga je neophodno da se proces donošenja krivičnih zakona u Srbiji podigne na viši nivo, uz poštovanje naše teorije i prakse, kao i dostignuća komparativnog krivičnog prava /Stojanović, 2009:30/.

2.2. *Krivično pravni ekspanzionizam i zakonodavstvo Srbije*

U prilogu objavljenom u Zborniku, polazi se od tvrdnje da je većina savremenih krivičnih zakonodavstava pod uticajem jedne od varijanata neoklasicizma koja u prvi plan ističe strogo i srazmerno kažnjavanje, što je dovelo do porasta retributivnosti²⁰. Srbija u tom pogledu ne predstavlja izuzetak i autor posebno apostrofiruje rešenja sadržana u Zakonu o izmenama i dopunama KZ iz 2009. koji vrvi ne samo od omaški u legislativno tehničkom smislu, nego sadrži i niz loših rešenja. Stojanović ukazuje na činjenicu da se slične tendencije mogu zapaziti i u krivičnom procesnom i izvršnom pravu – što je sve odraz širenja politike krivično pravnog ekspanzionizma²¹. Zbog toga se pita da je došlo vreme da se odrekemo do sada nespornih standarda pri osmišljavanju krivične reakcije i napustimo principe na kojima se krivično pravo u demokratskim zemljama zasnivalo vekovima?

Nastojeći da na navedena pitanja odgovori, on ukazuje na neka praktična pitanja. Prvo je kapacitet krivičnog pravosuđa. Povećanje broja inkriminacija i zaoštavanje politike kažnjavanja za veliki broj dela dodatno opterećuje sve organe formalne socijalne kontrole i taj trend se ne može širiti beskonačno. Kapaciteti tužilaštva, sudova, a ponajviše kaznenih ustanova nisu neograničeni i hipertrofija inkriminacija to jasno pokazuje.

No, zahvati u krivičnu materiju ne svode se samo na izmene posebnog dela krivičnog prava. Autor ukazuje i koja rešenja iz opšteg dela su sporna: pre svega, uspostavljanje krivične odgovornosti pravnih lica, prošireno oduzimanje imovinske koristi i uvođenje komandne odgovornosti. Takođe, mnoga rešenja koja se odnose na potrebu suzbijanja tzv. sistemskog neprava /p. 40/ odn. kriminaliteta koji uključuje delovanje više lica i koja se vrše u sprezi sa ili uz prećutno odobrenje držav-

20 Zato se i govori da smo u „eri kaznenog ekscesa“ /Stojanović, 2010:36/.

21 Dobra ilustracija tog trenda je porast stope osuđenih lica i prenaseljenost naših kaznenih ustanova.

nih organa. Autor misli pre svega na organizovani kriminalitet i podseća na jedan svoj raniji rad u kome je ukazao da mu se država ne sme suprotstavljati koristeći ista sredstva kojima se služi i kriminalno podzemlje /p. 133/. Pored toga, govori i o problemima u inkriminisanju međunarodnih krivičnih dela i, naročito, korupcije. U ovom poslednjem slučaju, najočiglednije se pokazuje nedelotvornost isključivog oslanjanja na krivične norme. Šta više, čini se da od širenja „antikorupcijskih mehanizama“ korist imaju samo oni koji su u njima profesionalno angažovani.

2.3. Kaznena politika u Srbiji: sukob zakonodavca i prakse

Jedna od tema koja već decenijama privlači pažnju krivičara u Srbiji je raskorak između kaznene politike zakonodavca (ispoljava se kroz propisivanje sankcija u krivičnim zakonima) i sudova (dolazi do izražaja u sankcijama koje izriču učinocima krivičnih dela). Još u vreme socijalizma, sudovima se zamerala tzv. blaga kaznena politika koja se ogledala u činjenici da su za većinu klasičnih krivičnih dela²².

Takvo stanje, po autoru, postoji u Srbiji i danas. Ali, za razliku od uobičajenog pristupa koje predstavlja neku vrstu pritiska na sudove da izriču oštrije sankcije, on smatra da stanju koje je opisano doprinosi i krivični zakonodavac koji polazi od neosnovanog verovanja da propisivanje strožih sankcija samo po sebi deluje generalno preventivno. Stojanović ovo smatra zabudom i time se pridružuje onim autorima koji ističu da propisivanje kazni, samo po sebi, nema nikakvo generalno preventivno dejstvo ako se kazne ne primenjuju. Dalje, zakonodavac doprinosi navedenom stanju time što često određuje preširoke kaznene okvire za pojedina dela i koristi neodređene izraze. Kada govori o kriterijumima za odmeravanje kazne, ukazuje na pitanje načina na koji su određeni ollašavajuće i otežavajuće okolnosti, institut ublažavanja kazne, uslovna osuda i delo malog značaja /p. 10–13/.

Da bi ukazao na to da se ne radi o našoj specifičnosti, autor daje podatke o propisanim i izrečenim sankcijama u Srbiji, Austriji i Nemačkoj. Analiza govori da je problem najmanje izražen u Austriji. Sa druge strane, navedeni uporedni podaci o strukturi izrečenih sankcija pokazuju da npr. u Nemačkoj 80% izrečenih sankcija predstavljaju novčane kazne, u Austriji njeno učešće je oko trećine, a u Srbiji je dvostruko niže (oko jedne šestine). Istovremeno, u Srbiji kazna zatvora (bezuslovna i uslovna) je izrečena u preko 3/4 slučajeva, u Austriji nešto više od polovine dok je njihov udeo u Nemačkoj oko petine. Ovo, kao i drugi komparativni podaci ukazuju autoru da nema nikakvog opravdanja da se primena kazne zatvora u Srbiji širi jer smo po kriterijumu njene zastupljenosti u kaznenoj politici u samom vrhu evropskih država /p. 7/.

U zaključku, on ističe da i zakonodavac i sudovi moraju učiniti napor da se navedena diskrepancija smanji. Sudska praksa bi trebalo da više uvažava kaznenu politiku zakonodavca, a ovaj bi – opet – sa svoje strane trebalo da odustane od verovanja da se pitanje kriminaliteta može rešiti propisivanjem sve strožih kazni i da

22 Izraz „za većinu“ nije upotrebljen slučajno jer je kod drugih demonstrirana neskrivena retributivnost (primer su bila politička krivična dela kod kojih ne samo da su kazne težile maksimumu, nego su čak uvedene i nove sankcije sa retroaktivnim dejstvom – kao u slučaju mere bezbednosti zabrane javnog istupanja).

se distancira od (medijski) izmanipulisanog javnog mnjenja. Ako se nastavi sa dosadašnjim trendom u kome se zakonodavac često vodi emocijama, umesto racionalnom procenom koji će efekat imati njegovi zahvati, nismo, smatra Stojanović, daleko ni od tzv. neprijateljskog krivičnog prava (krivično pravo namenjeno neprijateljima) koje u učinocima krivičnih dela ne vidi ljudska bića koja su se ogrešila o zakon – nego neprijatelje koje treba svim sredstvima eliminisati iz društva²³.

2.4. *Krivično pravno suzbijanje organizovanog kriminaliteta, terorizma i korupcije*

U koautorskoj knjizi (napisanoj sa prof. dr Draganom Kolarić) pažnju čitaoca trebalo bi posebno skrenuti na uvodni deo u kome Stojanović piše o opštim pitanjima krivično pravne zaštite od tri navedena tipa kriminalne aktivnosti koji predstavljaju iskušenje ne samo za krivično pravosuđe, nego i za samo društvo u celini. Iz te neosporne činjenice, u mnogim državama rađa se i jača ideja da im se – upravo zbog opasnosti koju izazivaju – treba suprotstaviti svim sredstvima, poput reagovanja u doba ratnog stanja u kome prestaju da važe čak i najznačajnije garancije prava čoveka.²⁴ Autor se, umesto toga, zalaže za racionalan pristup u suprotstavljanju (i) ovim delatnostima koje će poštovati osnovne principe na kojima vekovima počiva krivično pravo. Zbog toga je neophodno da nauka deideologizuje krivično pravo i ukaže na znake krize kroz koje prolazi u naše vreme.

Jedno od krajnjih i privremenih rešenja moglo bi da bude stvaranje posebne grane krivičnog prava „u okviru koje bi bila dozvoljena izvesna odstupanja od osnovnih načela i standarda“ ove grane prava /p. 32/. Iako ukazuje da bi ona predstavljala opasnost (naročito u našem društvu koje se može baš podičiti dugom tradicijom vladavine prava), radilo bi se o nužnom zlu i vremenski ograničenom rešenju kome nikako ne trebalo dozvoliti da se integriše u („regularno“) krivično pravo /p. 32/.

2.5. *Krivično pravni minimalizam versus krivično pravni maksimalizam – dvadeset pet godina kasnije*

Pod gore navedenim naslovom krije se Pogovor ponovljenom izdanju *Politike suzbijanja kriminaliteta* koje je objavljeno krajem 2016. godine. U tom tekstu, autor je, ne samo kao vodeći krivičar u zemlji, nego i kao član više komisija za noveliranje krivičnog prava u Srbiji (i Crnoj Gori), bio najpozvaniji da ukaže na tendencije koje su u ovoj materiji došle do izražaja u novije vreme. Tekst počinje retoričkim pita-

23 Ono što je još gore, ovo krivično pravo je neprijateljsko, ne samo prema prestupnicima, nego i prema građanima i sudovima –v. Stojanović /2011:39/. Na ovaj način autor se približava stavovima dvojice velikana anglosaksonske kriminološke misli (u pitanju su Jock Young /1999/ koji piše o društvu koje eliminiše odn. isključuje i David Garland /2002/ i njegova analiza društva kontole) koji su izvršili ogroman uticaj na kriminalnu politiku na razmeđu milenijuma.

24 Radi se o specifičnom stanju koje se u nemačkoj literaturi kritikuje i označava kao „rat protiv prava“ –v. Stojanović i Kolarić /2014:13/. Ove kontroverzne koncepcije poreklo vuku iz američkog viđenja borbe protiv kriminaliteta koji se popularno označava kao „rat“ (protiv droge, terorizma, organizovanog kriminaliteta...). O dometima takve strategije i posledicama do kojih dovodi –v. Ignjatović /2015/.

njem: da li uopšte ima smisla zalagati se za racionalnu politiku suzbijanja kriminaliteta (zasnovane na poštovanju načela zakonitosti i legitimnosti krivične represije), ako ne postoje skoro nikakve šanse da se ona i realizuje? Ovo dilema proističe iz Stojanovićevo ubedenja da će se teško zaustaviti proces jačanja retributivnog karaktera našeg krivičnog (ne samo materijalnog, nego i procesnog i izvršnog) prava koji je plod ne samo političkog voluntarizma, nego i pokušaja da se izađe iz društvene krize, nekritičkog usvajanja pravnih transplanata, nekompetentnog predstavljanja države na skupovima posvećenim potpisivanju međunarodnih konvencija²⁵, nepromišljenog prihvatanja kategorije „tranziciona pravda“²⁶ i niza drugih okolnosti. Na taj način i Srbija je ušla u krug zemalja koje karakteriše krivično pravni ekspanzionizam (čija deviza je „što više krivičnog prava“).

U tom kontekstu, autor se pita nije li savremeno krivično pravo sve manje reakcija na najteže povrede dobara građana, a sve više postaje sredstvo unutrašnje politike /p. 126/. Ono se, kao i celokupni mehanizam krivične pravde „pretvara u nešto što, umesto da štiti čoveka i njegove najvažnije vrednosti, počinje da ugrožava te vrednosti“ /p. 131/. U tom sklopu, u budućnosti nije nezamisliv scenario po kome bi jačanje retributivnosti u kontroli kriminaliteta moglo dovesti do učvršćivanja i produbljivanja društvenih podela, jačanja kriminogenih procesa, izolovanja velikih društvenih grupa, diskreditacije pravosuđa, umanjenja klime međuljudske tolerancije i jačanja autoritarnih tendencija u društvu /p. 138/. Zbog toga, navodi Stojanović, ne treba nikada zaboraviti da tvrdnja kako je loše krivično pravo gore od nikakavog /p. 125/ nije nikakvo preterivanje.

ZAKLJUČAK

I najkraći uvid u neke od radova kojima je profesor Zoran Stojanović obrađivao kriminalno političke teme pokazuje da je on duže od trideset godina dosledno zastupao ideje krivično pravnog selektivnog minimalizma zalažući se za svođenje krivične reakcije u granice koje određuje princip *ultima ratio*.

Već u svojim prvim tekstovima ukazuje na tendenciju krivično pravnog ekspanzionizma u kome se norme ove grane prava počinju koristiti kao sredstvo za rešavanje nagomilanih problema koji proističu iz krize savremenog društva. U nastojanju da uvere građane da čine sve kako bi odgnali njihov osećaj ugroženosti, predstavnici vlasti posežu za sredstvom koje zahteva najmanje napora: za noveliranjem krivičnog zakonodavstva čijim inkriminacijama se širi zona kažnjivosti, a izmenama u sistemu sankcija predviđaju sve oštrije kazne. Dakle, ovaj trend nije

25 Dok predstavnici država koje bi trebalo da nam budu primer šalju na te skupove vrhunske stručnjake koji na licu mesta ocenjuju šta u predloženim dokumentima odgovara nacionalnim interesima i šta se može primeniti (pa zbog toga stavljaju rezerve na one odredbe koje ne ispunjavaju navedene uslove), nije poznato da li je ijedan predstavnik ove zemlje tako postupio u pogledu međunarodnih akata iz krivične materije.

26 Radi se o modelu koji se ovde bez prestanka nameće po uzoru na Nemačku posle Drugog svetog rata kada je stanovništvo te zemlje, trebalo ubediti u masovna stradanja koja su izazvali nacisti („denacifikacija“). Kasnije, sličan model primenjen je u Kambodži, Ruandi, Istočnom Timoru i Sijera Leoneu –v. Lambourne /2009/.

rezultat samo nekompetentnosti, nego je još više plod političke manipulacije. Zato se, umesto promišljenog delovanja društvenih subjekata koje bi trebalo da otkloni faktore koji na primer dovode do nasilja prema vršnjacima ili u porodici, u organizovani kriminalitet i korupciju – poseže za retribucijom i izgradnjom onipotentnog sistema društvene kontrole.

Stojanović se, naprotiv, zalaže za dekriminalizaciju i to ne samo zbog potrebe da se krivični sistem učini delotvornijim, nego i zbog poštovanja prava čoveka. Odmereno i dokumentovano, autor ukazuje na još jednu zabrinjavajuću tendenciju u ovoj oblasti – da krivično pravo postaje sve više sredstvo vođenja unutrašnje politike. Pod izgovorom da se terorizam, organizovani kriminalitet, korupcija i pedofilija moraju suzbijati uvođenjem mera koje se proglašavaju „objavom rata zločinu“ zakonodavci danas često pribegavaju merama koje ne samo da su neprihvatljive sa stanovišta principa na kojima krivično pravo funkcioniše već vekovima, nego direktno zadiru i u fundamentalna ljudska prava. Izgrađuje se, dakle, ono što se u nemačkoj literaturi naziva „krivično pravo za neprijatelja“ koje prestupnika ne gleda kao ljudsko biće koje je povredilo zakon, nego kao individuu koju treba eliminisati iz društva. Autor se odlučno suprotstavlja takvim tendencijama. On ustaje protiv začeta nekakvih „antiterorističkih“, „antimafijaških“ ili „antikorupcionaških krivičnih prava“ i stvaranja posebnih organa za primenu takvih normi.

Za kraj je ostavljena još jedna konstatacija: u literaturi je malo radova koji su kao knjiga *Politika suzbijanja kriminaliteta* izdržali probu vremena u tolikoj meri da ni posle četvrt veka nisu izgubila na aktuelnosti. Pisan u vreme krize socijalizma na zalasku i obnovljen u vreme krize neoliberalnog kapitalizma, tekst je aktuelan i danas kao u vreme pisanja. Čak i delovi koji se čine prevaziđenim – kao što je slučaj sa izlaganjem o društvenoj samozaštiti – podsećaju nas da smo u naletu želje da iz korena izmenimo stvari zaboravili da kontrola kriminaliteta koja se ne oslanja na podršku građana ne može postići osnovni cilj – da učini društvo bezbednim mestom. Umesto toga, oslanjamo se isključivo na mehanizme krivične reakcije koja postaje predimenzionirani poligon za stihijsko vršenje eksperimenata na zastrašenim ljudima obuzetim paničnim strahom od zločina, što je pogodan teren za izazivanje talasa moralne panike i kazneni populizam.

LITERATURA

- Bavcon Lj. /1958/: *Kriminalna politika in njene tendence v socijalistični družbi*, Ljubljana.
- Bavcon Lj. /1974/: Mogućnosti novih inkriminacija i dekriminacija u jugoslovenskom krivičnom zakonodavstvu, JRKK, n° 4.
- Beccaria C. /1987/: *Dei delitti e delle pene / Consulte criminali* (a cura di Giuseppe Armani), Milano.
- Chambliss W. /1976/: The Saints and Roughnecks –in: *Whose Law? What Order? A Conflict Approach in Criminology* (Chambliss W. and Mankoff M. eds.), New York.
- Christie N. /1981/: *Limits of Pain*, Oslo.
- Čubinski M. /1937/: *Kriminalna politika– Pojam, sadržaj i odnos prema nauci krivičnog prava*, Beograd.
- Garland D /2002/: *The Culture of Control– Crime and Social Order in Contemporary Society*, Chicago.

- Hulsman L. et de Celis J. /1982/: *Pienes perdues– le système pénal en question*, Paris.
- Ignjatović Đ. /1985/: Dekriminalizacija i inkriminalizacija u savremenom krivičnom pravu, *JRKK*, n° 1.
- Ignjatović Đ. /2014/: Stanje i tendencije kriminaliteta maloletnika u Srbiji– analiza statističkih podataka, *Crimen– časopis za krivične nauke*, n° 2.
- Ignjatović Đ. /2015/: Epidemiološka kriminologija, *Sociologija*, n° 2.
- Ignjatović Đ. /2016/: *Kriminologija*, 13. ed., Beograd.
- Lambourne W. /2009/: Transnational justice and peacebuilding after mass violence, *International Journal of Transnational Justice*, n° 1.
- Mathiesen T. /1990/: *Prison on Trail*, London.
- Milutinović M. /1984/: *Kriminalna politika*, Beograd.
- Stojanović Z. /1984/: Ka politici dekriminalizacije, *Arhiv za pravne i društvena nauke*, n° 2.
- Stojanović Z. /1987/: *Granice, mogućnosti i legitimnost krivično pravne zaštite*, Beograd.
- Stojanović Z. /1989/: Organizovani kriminalitet i pitanja zaštite i ostvarivanja ljudskih prava –in: *Prava čoveka i savremena kretanja u kriminalnoj politici* (Vasiljević V., ed.), Beograd.
- Stojanović Z. /1991/: *Politika suzbijanja kriminaliteta*, Novi Sad.
- Stojanović Z. /2009/: Proces stvaranja krivičnog zakonodavstva i suzbijanje kriminaliteta – in: *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja, III deo* (Ignjatović Đ., ed.), Beograd.
- Stojanović Z. /2010/: Krivično pravni ekspanzionizam i zakonodavstvo Srbije –in: *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja, IV deo* (Ignjatović Đ., ed.), Beograd.
- Stojanović Z. /2011/: Krivično pravo u doba krize, *Branič*, n° 1–2.
- Stojanović Z. /2012/: Kaznena politika u Srbiji: sukob zakonodavca i prakse –in: *Kaznena reakcija u Srbiji, II deo* (Ignjatović Đ., ed.), Beograd.
- Stojanović Z., Kolarić D. /2014/: *Krivično pravno suzbijanje organizovanog kriminaliteta, terorizma i korupcije*, Beograd.
- Stojanović Z. /2016/: Krivično pravni minimalizam versus krivično pravni maksimalizam–dvadeset pet godina kasnije, Pogovor –in: *Politika suzbijanja kriminaliteta*, Beograd.
- Wickman P. and Whitten P. /1980/: *Criminology– Perspectives on Crime and Criminality*, Lexington.
- Young J. /1999/: *The Exclusive Society*, London.
- Zipf H. /1989/: *Politica criminale*, Milano.

Dorđe Ignjatović

Faculty of Law, University of Belgrade

CRIMINAL POLICY IDEAS IN PROFESSOR STOJANOVIĆ WORKS

SUMMARY

And the shortest insight into some of the papers that professor Zoran Stojanović has dealt with in criminal political topics shows that for thirty years he consistently advocated ideas of criminal and selective minimalism, plead for the reduction of the criminal reaction to the limits determined by the principle of *ultima ratio*.

Already in his first papers, he points to the tendency of criminal legal expansionism in which the norms of this branch of law begin to be used as a means to solve the accumulated problems arising from the crisis of modern society. In an effort to convince citizens that they are doing everything they can to make their sense of vulnerability, government representatives resort to the means that require the least effort: to amend criminal legislation whose incriminations spread a zone of punishability, and the changes in the sanctions system foresee increasingly severe penalties. Therefore, this trend is not only the result of incompetence, but is even more a result of political manipulation. Therefore, instead of the deliberate action of social subjects that should eliminate factors that, for example, lead to violence against peers or in the family, into organized crime and corruption – they resort to retribution and the construction of an omnipotent system of social control.

On the contrary, professor Stojanović advocates for decriminalization, not only because of the need to make more effective criminal justice system, but also because of the respect for human rights. In a measured and documented manner, the author points to another worrying tendency in this area – that criminal law is becoming a more and more means of leading an internal policy. Under the pretext that terrorism, organized crime, corruption and pedophilia must be suppressed by the introduction of measures proclaimed as “war crimes,” lawmakers today often resort to measures that are not only unacceptable from the standpoint of the principles of criminal justice for centuries, but directly affecting both fundamental human rights. It’s being built, therefore, what is referred to in German literature as “the criminal law of the enemy”, which the perpetrator does not regard as a human being who violated the law, but as an individual to be eliminated from society. The Professor resolutely opposes such tendencies. He stands up against the beginnings of some “anti-terrorist”, “anti-mafia” or “anticorruption criminal laws” and the creation of special bodies for the application of such norms.

Key words: criminal policy, crime control, “criminal law for enemies”, penal minimalism, *ultima ratio*, decriminalization.

Snežana Soković*

Pravni fakultet, Univerzitet u Kragujevcu

SPORNA PITANJA IZRICANJA MERA BEZBEDNOSTI MEDICINSKOG KARAKTERA

Apstrakt: U radu se razmatra samostalno i kumulativno izricanje mera bezbednosti medicinskog karaktera u domaćem pravu, pri čemu se samostalno izricanje mera bezbednosti medicinskog karaktera ističe kao posebno sporno, s obzirom da mogućnost samostalnog izricanja mera psihijatrijskog lečenja neuračunljivim učinocima u sistemskom smislu predstavlja dvostruki izuzetak, u odnosu na dopunski karakter mera bezbednosti kao krivičnih sankcija i po pravilu kumulativno izricanje sa drugim sankcijama, kao i u odnosu na pravilo da se krivične sankcije izriču za učinjeno krivično delo. Kumulativno izricanje mera bezbednosti medicinskog karaktera sa drugim krivičnim sankcijama analizirano je u kontekstu ostvarenja potrebne svrhe izricanja krivičnih sankcija učinocima krivičnih dela sa psihijatrijskim smetnjama ili u stanju zavisnosti od upotrebe narkotika ili alkohola. Sa uvažavanjem otvorenog pitanja legitimiteta krivično-pravne reakcije na ponašanja duševno bolesnih lica i uopšte legitimiteta prinudnog lečenja kao krivične sankcije, analiza se zadržava u okvirima postojećeg zakonskog okvira mera bezbednosti medicinskog karaktera sa predlozima za unapređenje pozitivnih zakonskih rešenja.

Ključne reči: mere bezbednosti medicinskog karaktera, samostalnost izricanja, kumulativnost izricanja, neuračunljivost, lečenje zavisnosti.

UVODNE NAPOMENE

Mere bezbednosti medicinskog karaktera u domaćem pravnom sistemu jesu krivične sankcije, i kao takve imaju sva obeležja krivičnih sankcija: predviđene su zakonom, primenjuje ih i izriče sud u zakonom predviđenom postupku, primenjuju se prema učinocima krivičnih dela, odnosno protivpravnih ponašanja koja su zakonom predviđena kao krivična dela u cilju suzbijanja kriminaliteta, imaju represivni karakter i podrazumevaju oduzimanje ili ograničavanje prava i dobara učinioca.¹

Dualistička koncepcija sistema krivičnih sankcija, sa kaznama (i merama upozorenja, kao alternativama kazni), sa jedne strane, i merama bezbednosti (i vaspitnim merama, kao posebnom vrstom mera bezbednosti koje se primenjuju prema maloletnicima) sa druge strane, merama bezbednosti pridaje karakter sankcija

* redovni profesor, ssnezana@jura.kg.ac.rs

1 Z. Stojanović /2017/: *Krivično pravo, opšti deo*, Beograd, p. 281.

sporednog, po pravilu dopunskog značaja.² Svrha mera bezbednosti jeste otklanjanje stanja ili uslova koji mogu biti od uticaja da učinilac ubuduće ne vrši krivična dela (čl. 78. KZ).³ U vrlo heterogenom sistemu mera bezbednosti,⁴ domaće krivično zakonodavstvo predviđa i četiri mere bezbednosti medicinskog karaktera: obavezno psihijatrijsko lečenje i čuvanje u zdravstvenoj ustanovi, obavezno psihijatrijsko lečenje na slobodi, obavezno lečenje narkomana, obavezno lečenje alkoholičara.⁵ Ove mere su namenjene učiniocima kod kojih je izvršeno krivično delo, odnosno protivpravno ponašanje koje je u zakonu predviđeno kao krivično delo, uzročno povezano sa određenim duševnim bolestima ili duševnim poremećajima, ili u vezi sa stanjem zavisnosti od upotrebe alkohola ili narkotika. Njihova primena je obligatorna ukoliko su za to ispunjeni uslovi, za razliku od ostalih mera bezbednosti čija je primena fakultativnog karaktera. Stanja ili uslovi koji se tiču duševnog zdravlja ili bolesti zavisnosti, a koji mogu da utiču da učinilac i ubuduće vrši krivična dela, primenom ovih mera bezbednosti otklanjaju se preduzimanjem odgovarajućeg medicinskog tretmana, odnosno lečenjem u zdravstvenoj ustanovi ili na slobodi uz nadzor.

Za razliku od kazni, čija primena osim specijalno-preventivnih efekata, treba da ostvari značajne generalno-preventivne ciljeve (čl. 42. KZ), mere medicinskog karaktera, kao i sve mere bezbednosti, imaju naglašene specijalno-preventivne ciljeve (čl. 78. KZ) i treba da spreče buduća krivična dela lica prema kojima se prime-

- 2 Postoje i mišljenja da dualizam treba shvatiti samo kao tehnički termin utemeljen u tradiciji, koji nema praktičnu upotrebljivost, kao ni potvrdu i pokriće realnosti. U tom kontekstu se osporava koncept mera bezbednosti kao posebne vrste krivičnih sankcija i poriče njihova samosvojnost i autentičnost u registru krivičnih sankcija. D. Drakić, G. Drakić /2015/: Sistem mera bezbednosti u našem krivičnom pravu – kroz istoriju i danas, *Teme, Časopis za društvene nauke* Vol. XXXIX, No. 4, pp. 1399–1416; E. Ćorović /2014/: Osvrt na sistem „duplog koloseka“ u krivičnom pravu, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, Vol. 52, br. 3 (2014), pp. 105–118. Uporedi: T. Živanović /1986/: Dualitet krivičnih sankcija, kazne i mere bezbednosti, *Osnovni problemi krivičnog prava i druge studije*, Beograd; F. Bačić /1980/: *Krivično pravo, Opći dio*, Informator, Zagreb, pp. 386–387.
- 3 Krivični zakonik, *Službeni glasnik RS*, 94/2016; Suprotno stavu da je posebna zakonska odredba kojom se određuje svrha mera bezbednosti potrebna i da ima nesporan praktični značaj jer sadrži uslove za primenu i predstavlja direktivu sudovima prilikom izricanja mera bezbednosti, ima i shvatanja da je odgovarajuća odredba isključivo deklaratorne prirode, bez praktičnog značaja i da kao takva može voditi ka pogrešnom tumačenju prirode ovih krivičnih sankcija, ili nekih od njih. U prilog prvog shvatanja: Z. Stojanović /2014a/: Mere bezbednosti psihijatrijskog lečenja, prinudno psihijatrijsko lečenje kao krivična sankcija, *Crimen (V)*, 2/2014, pp. 145–172, suprotno: E. Ćorović /2015a/: *Sistem krivičnih sankcija Republike Srbije*, Novi Pazar, p. 197.
- 4 Neki autori u postojanju velikog broja raznorodnih mera bezbednosti vide prednost koja odražava njihovu suštinu i praktično omogućava postizanje svrhe kao posebne vrste krivičnih sankcija. Tako: Z. Stojanović /2014b/: *Krivično pravo, opšti deo*, Beograd, p. 352. Po drugom shvatanju brojnost i heterogenost mera bezbednosti predstavljaju nedostatak, „ozbiljan remetilački faktor očuvanja konzistentnosti njihovog sistema, bez obzira na zajedničku zakonom propisanu svrhu“. O tome: D. Drakić, G. Drakić: *op. cit.* p. 1408.
- 5 KZ R Srbije predviđa jedanaest, po svojoj prirodi i sadržini, vrlo heterogenih mera bezbednosti: obavezno psihijatrijsko lečenje i čuvanje u zdravstvenoj ustanovi, obavezno psihijatrijsko lečenje na slobodi, obavezno lečenje narkomana, obavezno lečenje alkoholičara, zabrana vršenja poziva, delatnosti i dužnosti, zabrana upravljanja motornim vozilom, oduzimanje predmeta, proterivanje stranca iz zemlje, javno objavljivanje presude, zabrana približavanja i komunikacije sa oštećenim i zabrana prisustvovanja određenim sportskim priredbama (čl. 79. KZ)

njuju, dok generalno-preventivni efekti, društvena osuda i elementi retribucije, karakteristični za kaznu, izostaju ili su neuporedivo manjeg značaja. Kao i sve krivične sankcije, i mere bezbednosti medicinskog karaktera imaju dimenziju represivnosti, i ova činjenica ne negira njihov specijalno-preventivni karakter.⁶ Takođe, sekundarno prisutni generalno-preventivni efekti mera bezbednosti ne negiraju posebnost mera bezbednosti i jesu posledica činjenice da i mere bezbednosti medicinskog karaktera kao krivične sankcije svoju svrhu nalaze pod okriljem opšte svrhe propisivanja i izricanja krivičnih sankcija, a to je suzbijanje dela kojima se povređuju ili ugrožavaju vrednosti zaštićene krivičnim zakonodavstvom putem generalne i specijalne prevencije (čl. 4. st. 2. KZ).

1. USLOVI PRIMENE

Mere bezbednosti medicinskog karaktera jesu sankcije dopunskog karaktera i po pravilu se ne izriču samostalno, nego kumulativno uz kaznu ili neku drugu krivičnu sankciju. Ove mere imaju za cilj otklanjanje posebnih stanja učinioca koja mogu da budu od uticaja da isti učinilac i ubuduće vrši krivična dela, i kao takve dopunjuju funkcije kazne, pojačavaju ukupni učinak kazne⁷, odnosno pojačavaju specijalno-preventivne efekte krivičnih sankcija uz koje se izriču.⁸ Razlog postojanja mera bezbednosti generalno, i danas kao i prilikom njihovog nastanka, jeste potreba da se kazne prekomerno ne opterete specijalno-preventivnim zadacima i to što osnov za izricanje kazne ne sme biti opasnost učinioca.⁹

Povod za primenu mera bezbednosti medicinskog karaktera prema određenom učiniocu jeste učinjeno krivično delo, odnosno protivpravno ponašanje koje je zakonom predviđeno kao krivično delo, i činjenica da je psihičko stanje učinioca u uzročnoj vezi s njim. Psihičko stanje se odnosi na stanje određenih duševnih bolesti i duševnih poremećaja, ili stanje zavisnosti od upotrebe alkohola ili upotrebe narkotika, i nije samo po sebi povod za primenu mere bezbednosti. Potrebno je da je psihičko stanje učinioca uzročno povezano sa učinjenim delom i da kao takvo kod konkretnog učinioca znači mogućnost ponovnog vršenja krivičnih dela. Zakonom nisu postavljeni uslovi u pogledu težine učinjenog dela. Načelno, to bi moglo da bude bilo koje krivično delo, mada princip srazmernosti, zahtevom da krivična sankcija bude pravedna i srazmerna učinjenom delu, nalaže restriktivni pristup pri proceni ovog uslova. Sa druge strane posmatrano, nije isključeno da i lakše delo u kontekstu psihičkog stanja učinioca i s obzirom na okolnosti pod kojim je učinjeno, može da ukaže na ozbiljan kriminalni potencijal, zbog čega ne bi bilo opravdano

6 Prinudni karakter lečenja u okviru mera bezbednosti medicinske prirode otvara pitanje legitimitnosti mere prinudnog lečenja u sistemu krivično-pravne reakcije na kriminalitet, kao i pitanje legalnosti prinudnog lečenja obzirom na moguću koliziju sa Ustavom predviđenom pravom na zaštitu fizičkog i psihičkog integriteta.

7 F. Bačić /1980/: *op. cit.*, p. 389.

8 D. Drakić /2005/: *Mere bezbednosti psihijatrijskog lečenja u krivičnom pravu Srbije*, Prosveta, Novi Sad, p. 28.

9 Z. Stojanović /2017/: *op. cit.*, p. 343.

rukovoditi se isključivo zaprećenom kaznom kao kriterijumom za procenu ispunjenosti uslova za izricanje mere bezbednosti u odnosu na učinjeno delo.

Osnov za primenu konkretne mere jeste ozbiljna opasnost da će usled takvog duševnog stanja učinilac ponovo činiti krivična dela, odnosno protivpravna ponašanja u kojima se stiču obeležja krivičnog dela, kao i mogućnost otklanjanja konkretnog duševnog stanja učinioca lečenjem, odnosno merom bezbednosti određene medicinske sadržine. Mere bezbednosti se tradicionalno zasnivaju na konceptu „opasnog stanja“, a KZ za primenu svih mera bezbednosti medicinskog karaktera zahteva „ozbiljnu opasnost“ i predviđa potrebne karakteristike ozbiljne opasnosti za svaku meru bezbednosti posebno. Reč je o definisanom kontekstu opasnosti, „o individualnoj situacionoj opasnosti od toga da određeni učinilac u određenoj situaciji ponovi krivično delo“,¹⁰ a ne o opštoj opasnosti učinioca. Neophodno je da opasnost postoji s obzirom na učinjeno delo i stanje duševne poremećenosti učinioca kod mera psihijatrijskog lečenja, odnosno s obzirom na učinjeno krivično delo i stanje zavisnosti od upotrebe opojnih droga ili upotrebe alkohola kod mere obaveznog lečenja narkomana i obaveznog lečenja alkoholičara. Potrebno je da se opasnost sastoji u mogućnosti da isti učinilac „i dalje vrši krivična dela“ ako se radi o lečenju narkomana i lečenju alkoholičara, ili u mogućnosti da učini teže delo kod obaveznog lečenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi, ili u mogućnosti da učini bilo koje delo, kod obaveznog psihijatrijskog lečenja na slobodi. Konačno, opasnost mora da bude ozbiljna, a to znači da je nužno da u konkretnom slučaju realno postoji, ne samo obična mogućnost, nego visoka verovatnoća činjenja novih dela. Mada je kontekst opasnosti potrebne za primenu svake mere bezbednosti medicinskog karaktera različito definisan u smislu ishodišta i usmerenosti, u svakom slučaju je neophodna realno postojeća ozbiljna opasnost, odnosno visok nivo opasnosti. Postojanje duševne poremećenosti, zavisnosti od upotrebe alkohola ili zavisnosti od upotrebe opojnih droga samo po sebi ne znači i postojanje opasnosti. Opasnost potrebnih karakteristika i intenziteta za izricanje određene mere bezbednosti medicinskog karaktera mora se utvrditi u svakom konkretnom slučaju, kao i potreba za određenim lečenjem radi otklanjanja opasnosti. Odluku o izricanju određene mere na osnovu procene o postojanju opasnosti i potrebi lečenja donosi sud na osnovu stručnog mišljenja veštaka o stanju učinioca, intenzitetu opasnosti i mogućnosti da se ona otkloni lečenjem.¹¹ Kod mera psihijatrijskog lečenja potrebna je i procena o potrebi

10 Z. Stojanović /2014a/: *op. cit.*, p. 148.

11 Zakonik o krivičnom postupku (*Sl. glasnik RS*, 55/2014.) normira pribavljanje nalaza i mišljenja veštaka kao obavezno u postupku za izricanje mere bezbednosti obaveznog lečenja alkoholičara ili mere bezbednosti obaveznog lečenja narkomana i posebno naglašava obavezu veštaka da se izjasni o mogućnostima za lečenje okrivljenog (čl. 533. ZKP). Ista obaveza za sud se ne predviđa u postupku za izricanje mera psihijatrijskog lečenja. Pre donošenja odluke o određivanju mere psihijatrijskog lečenja sudu je ostavljena mogućnost da po potrebi ispita veštaka koji je obavio psihijatrijski pregled optuženog (čl. 526. st. 2. ZKP). S obzirom da je u ovom postupku potrebno da sud utvrdi postojanje ozbiljne opasnosti od činjenja novih krivičnih dela i potrebu lečenja učinioca, o čemu se veštak ne izjašnjava prilikom procene uračunljivost (čl. 131. čl. 132. ZKP), nije osnovano da se sud prilikom odlučivanja o izricanju mere psihijatrijskog lečenja oslanja na prethodno psihijatrijsko veštačenje i na eventualno naknadno saslušanje istog veštaka.

hospitalnog lečenja, s obzirom da je to kriterijum po kome se sud opredeljuje za jednu od dve mere psihijatrijskog lečenja.

Trajanje mera bezbednosti medicinskog karaktera je prilagođeno njihovoj svrsi i u trenutku izricanja je neodređeno, što načelno omogućava da mera traje dok se ne ostvari svrha lečenja, ali je ograničeno jer ne može da traje duže od maksimalnog vremena određenog za svaku meru posebno, izuzev mere obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi za koju ne postoji ograničenje maksimalnog trajanja.

Mere bezbednosti medicinskog karaktera se izriču pod određenim uslovima i samostalno i kumulativno. Samostalno izricanje je moguće samo kada se radi o neuračunljivom učiniocu i odnosi se samo na mere psihijatrijskog lečenja, meru obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi i meru obaveznog psihijatrijskog lečenja na slobodi. Mera obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi izriče se kumulativno sa kaznom bitno smanjeno uračunljivim učiniocima. Mera obaveznog psihijatrijskog lečenja na slobodi izriče se bitno smanjeno uračunljivom licu uz uslovnu osudu ili uz uslovni otpust koji je izrečen posle obustave mere obaveznog lečenja u ustanovi. Obavezno lečenje narkomana i obavezno lečenje alkoholičara, mogu se izreći uz kaznu zatvora, novčanu kaznu, uslovnu osudu, sudsku opomenu ili oslobođenje od kazne. Ukoliko je mera bezbednosti izrečena uz kaznu zatvora, vreme provedeno u ustanovi za lečenje se uračunava u kaznu zatvora.

2. SAMOSTALNO IZRICANJE MERA BEZBEDNOSTI

Samostalno izricanje mera bezbednosti uračunljivim (i bitno smanjeno uračunljivim) učiniocima u klasičnom sistemu krivičnih sankcija zasnovanom na principu dualiteta nema smisla. Samostalno izricanje mera bezbednosti medicinskog karaktera namenjeno je isključivo neuračunljivim izvršiocima. Neuračunljivim učiniocima samostalno se može izreći mera obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi i mera obaveznog lečenja na slobodi (čl. 80. st. 1. KZ). Uz ove mere neuračunljivom učiniocu se mogu izreći, ukoliko su za to ispunjeni uslovi, i zabrana vršenja poziva, delatnosti ili dužnosti, zabrana upravljanja motornim vozilom i oduzimanje predmeta. Mera obaveznog lečenja i čuvanja u psihijatrijskoj ustanovi i mera obaveznog lečenja na slobodi za neuračunljive učinioce predstavljaju glavne i samostalne krivične sankcije.

Samostalno izricanje mera bezbednosti medicinskog karaktera neuračunljivim učiniocima u sistemskom smislu predstavlja dvostruki izuzetak, i u odnosu na dopunski karakter mera bezbednosti kao krivičnih sankcija i po pravilu kumulativno izricanje sa drugim sankcijama, kao i u odnosu na pravilo da se krivične sankcije izriču za učinjeno krivično delo. Neuračunljivim učiniocima nedostaje sposobnost za krivicu, a s obzirom da krivica predstavlja konstitutivni elemenat krivičnog dela, ne može se smatrati da neuračunljiva lica čine krivična dela. Normirana mogućnost izricanja krivičnih sankcija neuračunljivim učiniocima, stoga ukazuje na koncepciji-

sku nedoslednost, a suštinski otvara pitanje legitimiteta krivično-pravne reakcije na ponašanja duševno bolesnih lica.

U cilju očuvanja fundamentalne pojmovne sistematike krivičnog prava, zakonodavac za delo koje čini neuračunljivi učinilac koristi izraz „protivpravno delo u zakonu predviđeno kao krivično delo“, i posebnom odredbom predviđa mogućnost izricanja mera bezbednosti neuračunljivom učiniocu koji je učinio protivpravno delo u zakonu predviđeno kao krivično delo (čl. 79. st. 2. KZ). Time je mogućnost izricanja krivične sankcije neuračunljivom učiniocu, na nivou legislativne jezičke formulacije „pomirena“ sa doslednom primenom objektivno-subjektivnog pojma krivičnog dela, ali pitanje legitimiteta izricanja krivičnih sankcija učiniocu koji nije postupao sa krivicom ostaje sporno.

Neuračunljivi učinioци se ne suprotstavljaju pravnim normama svesno i voljno, stanje duševne poremećenosti utiče na njihovu sposobnost rasuđivanja i odlučivanja i oni nisu u stanju da svoje ponašanje prilagode pravnim normama. Stoga i pitanje da li je za neuračunljive učinioce umesto krivično-pravne reakcije primenjena zdravstveno-socijalna intervencija ima i veliki praktični značaj. Zdravstveno-socijalni model društvene reakcije prema neuračunljivim licima poznat je u komparativnom krivičnom zakonodavstvu¹², a argumentovano se zastupa i u domaćoj krivično-pravnoj literaturi.¹³ Kao osnovna prednost ovog koncepta navodi se omogućavanje čistog teorijskog modela krivičnih sankcija i unapređenje položaja duševno bolesnih lica. Međutim, komparativna iskustva pokazuju da teorijski dosledan model ne znači i veliku praktičnu korist, primenu zdravstveno-socijalnih modela u praksi prate ozbiljne teškoće, zbog kojih ima i primera napuštanja započete prakse i vraćanja na model krivično-pravne reakcije u obliku mera bezbednosti.¹⁴

Uslovi za *samostalno izricanje mere bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi* jesu da je protivpravno delo u kome se stiču obeležja krivičnog dela izvršeno u stanju neuračunljivosti, da postoji ozbiljna opasnost da će učinilac, s obzirom na učinjeno delo i stanje duševne poremećenosti, učiniti teže delo i da je za otklanjanje ove opasnosti potrebno njegovo lečenje i čuvanje u zdravstvenoj ustanovi (čl. 81. st. 2. KZ). Svaka neuračunljivost ne opravdava izricanje ovih mera, potrebno je da je neuračunljivost posledica neke trajne duševne poremećenosti, pre svega duševne bolesti, zaostalog duševnog razvoja, eventualno neke teže duševne poremećenosti, u smislu čl. 23. st. 2. KZ. Činjenica da kod zaostalog duševnog razvoja i kod nekih duševnih bolesti lečenje nije moguće, ne isključuje mogućnost izricanja ove mere.¹⁵ S obzirom da težina i postojanje krivičnog dela zavise od umišljaja i nehata, a radi se o neuračunljivom izvršiocu, posebna pitanja se otvaraju u vezi kvalifikacije učinjenog dela. U skladu sa, u domaćoj krivič-

12 Z. Stojanović /2014a/: *op. cit.*, p. 150.

13 E. Ćorović /2015a/: *op. cit.*, p. 198.

14 Z. Stojanović /2014a/: *op. cit.*, p. 161; D. Tripalo, Z. Burić /2012/: Položaj neubrojivih počinitelja protupravnih djela u kontekstu novog hrvatskog kaznenog zakonodavstva, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb)*, vol. 19, broj 2/2012, pp. 501–531.

15 Z. Stojanović /2014a/: *ibid.*, p. 150. U vezi sa ovom činjenicom postoji shvatanje da je određivanje svrhe mera bezbednosti kao „otklanjanje stanja“ neadekvatno i preambiciozno postavljeno. Vidi: D. Drakić: *op. cit.*, p. 20; F. Bačić: *op. cit.*, p. 477; E. Ćorović /2015a/: *op. cit.*, p. 198.

no-pravnoj teoriji i praksi prihvaćenim shvatanjem o dvostrukoj funkciji umišljaja i nehata,¹⁶ za postojanje određenog krivičnog dela potrebna je ostvarenost umišljaja ili nehata u prirodnom smislu, odnosno ostvarenost umišljaja ili nehata kao bitnog obeležja bića dela. Kako se radi o neuračunljivom učiniocu, u slučaju sumnje da li postoji umišljajno ili nehatno delo, opravdano je uzeti da se radi o nehatnom delu. Međutim, mada je nekada upravo duševna poremećenost uzrok nehatnog ponašanja, sporno je da li je nehatno delo dovoljan osnov za primenu mere obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja u ustanovi, odnosno, da li nehatno delo daje osnove za prognozu o postojanju ozbiljne opasnosti vršenja težih krivičnih dela.¹⁷ Ostvarenost umišljaja ili nehata u prirodnom smislu od značaja je i za primenu konstrukcije krivičnog dela kvalifikovanog težom posledicom, odnosno za pokušano krivično delo kao osnov za primenu ove sankcije. U pogledu težine učinjenog dela zakon ne postavlja uslov, ali činjenica da se na osnovu učinjenog dela procenjuje da li postoji ozbiljna opasnost od vršenja ne bilo kojih, nego težih dela, kao i težina same sankcije koja se izriče u kontekstu principa srazmernosti, upućuju na zaključak da se, po pravilu, radi o nekom težem krivičnom delu. No, i u slučaju da je učinjeno lakše krivično delo ali postoji opasnost od vršenja težih dela i potreba lečenja u zdravstvenoj ustanovi, ispunjeni su uslovi za izricanje ove mere. U pogledu verovatnih budućih krivičnih dela postoji zakonski uslov da se radi o težim delima. Potreba ostvarivanja garantivne funkcije krivičnog prava i u odnosu na mere bezbednosti opravdava preciziranje i sužavanje uslova za primenu mere obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja u ustanovi, zbog čega pojam „teža dela“ treba po pravilu shvatiti u smislu umišljajnog dela (potreban je umišljaj u prirodnom smislu, umišljaj kao bitno obeležje krivičnog dela) zaprećenog kaznom zatvora od pet i preko pet godina.¹⁸ Ozbiljnu opasnost budućeg vršenja ovih krivičnih dela kao i potrebu lečenja radi otklanjanja ove opasnosti utvrđuje sud. O prognozi budućeg ponašanja u vezi sa stanjem duševne poremećenosti u smislu postojanja ozbiljne opasnosti,¹⁹ kao i o tome da je potrebno lečenje i čuvanje u ustanovi ili je dovoljno lečenje na slobodi, treba da se izjasni veštak. Kako se veštak psihijatar ne izjašnjava o ovim pitanjima prilikom procene uračunljivost (čl. 131. i čl. 132. ZKP), nije osnovano da se sud prilikom odlučivanja o izricanju mere psihijatrijskog lečenja oslanja na prethodno psihijatrijsko veštačenje i na eventualno naknadno saslušanje istog veštaka, kako to predviđa ZKP (čl. 525. ZKP). Kriterijum za izbor između obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja u psihijatrijskoj ustanovi i mere obaveznog psihijatrijskog lečenja na slobodi jeste postojanje ili nepostojanje potrebe za hospitalizacijom učinioca. Ukoliko sud utvrdi da je za otklanjanje opasnosti od budućih dela učinioca dovoljno lečenje na slobodi, izreći će meru obaveznog psihijatrijskog lečenja na slobodi. Mera se izvršava po principu periodičnog izveštavanja suda koji je sudio u prvom stepenu od strane ustanove u kojoj se mera izvršava o stanju zdravlja učinioca i u pogledu toga da li je potrebno dalje lečenje. Meru bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja i

16 Z. Stojanović /2017/: *op. cit.*, p. 104.

17 Z. Stojanović /2014a/: *op. cit.*, p. 151.

18 Z. Stojanović /2014a/: *ibid.*, p. 153.

19 Vidi: J. K. Peterson, J. Skeem, Bray B. Kennealy, A. Zvonkovic /2014/: How Often and Consistently do Symptoms Directly Precede Criminal Behavior Among Offenders With Mental Illness?, *Law and Human Behavior*, 38(5), pp. 439–449.

čuvanja u zdravstvenoj ustanovi obustavlja sud kada utvrdi da je prestala potreba za lečenjem i čuvanjem učinioca u zdravstvenoj ustanovi.²⁰

Mera obaveznog psihijatrijskog lečenja na slobodi izriče se samostalno neuračunljivom učiniocu ako postoji ozbiljna opasnost da će učinilac učiniti protivpravno delo koje je u zakonu predviđeno kao krivično delo i ako je radi otklanjanja ove opasnosti dovoljno njegovo lečenje na slobodi (čl. 82. st. 1. KZ). Razlika u odnosu na prethodnu meru jeste u tome što se prognoza opasnosti budućeg vršenja krivičnih dela ne odnosi samo na teže delo i što u konkretnom slučaju nije potrebno lečenje i čuvanje u zdravstvenoj ustanovi. Za izbor između mere obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi ili mere obaveznog psihijatrijskog lečenja na slobodi, potrebno je utvrditi da li postoji opasnost od vršenja bilo kog dela ili postoji opasnost od vršenja težeg dela i utvrditi da li je radi otklanjanja opasnosti potrebno lečenje i čuvanje učinioca u zdravstvenoj ustanovi ili je dovoljno njegovo lečenje na slobodi. Postavlja se pitanje da li je moguće izreći meru obaveznog psihijatrijskog lečenja na slobodi u slučaju da postoji opasnost da će učinilac učiniti teže delo ali se procenjuje da za otklanjanje opasnosti dovoljno lečenje na slobodi. Mada jezičko tumačenje čl. 82. KZ dozvoljava ovu mogućnost, sistematsko i teleološko tumačenje upućuje na primenu mere obaveznog lečenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi.²¹

Obavezno psihijatrijsko lečenje na slobodi je u pogledu trajanja neodređeno, traje dok postoji potreba lečenja, ali je u pogledu najdužeg trajanja ograničeno i ne može trajati duže od tri godine. Obavezno psihijatrijsko lečenje na slobodi može se povremeno sprovoditi i u odgovarajućoj zdravstvenoj ustanovi, ako je to potrebno radi uspešnijeg lečenja, s tim da povremeno lečenje u ustanovi ne može neprekidno trajati duže od petnaest dana, niti ukupno duže od dva meseca.

Između mera psihijatrijskog lečenja samostalno izrečenih neuračunljivim izvršiocima može doći do zamene jedne mere drugom. Ukoliko se neuračunljivi učinilac kome je izrečena mera lečenja na slobodi ne podvrgne lečenju na slobodi ili ga samovoljno napusti ili i pored lečenja nastupi opasnost da ponovo učini protivpravno delo predviđeno u zakonu kao krivično delo, tako da je potrebno njegovo lečenje i čuvanje u odgovarajućoj zdravstvenoj ustanovi, sud može izreći obavezno psihijatrijsko lečenje i čuvanje u takvoj ustanovi (čl. 83. st. 6. KZ). Takođe, mera obaveznog

20 U pogledu obustave mere i u obaveze obaveštavanja suda o toku izvršenja izrečene mere obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi postoji neusaglašenost odredbi Zakonika o krivičnom postupku i Zakona o izvršenju krivičnih sankcija. ZKP predviđa da sud koji je sudio u prvom stepenu u kojem je izrečena mera bezbednosti ispituje, po predlogu zdravstvene ustanove, organa starateljstva ili okrivljenog kome je izrečena mera bezbednosti, odnosno po službenoj dužnosti, na svakih devet meseci da li je prestala potreba za lečenjem i čuvanjem u zdravstvenoj ustanovi. Ako predlog za obustavu bude odbijen, može se ponovo podneti po proteku šest meseci od dana donošenja rešenja o odbijanju predloga za obustavu (čl. 531. ZKP). ZIKS predviđa da je zdravstvena ustanova, odnosno odeljenje u koje je upućeno lice radi lečenja i čuvanja, obavezna najmanje jedanput godišnje da obaveštava sud koji je izrekao meru, o stanju zdravlja lica prema kojem se primenjuje (čl. 198. ZIKS), a na predlog Specijalne zatvorske bolnice ili druge zdravstvene ustanove u kojoj se mera izvršava, sud može u toku trajanja mere odlučiti da se mera obustavi (čl. 199. st. 1. ZIKS).

21 Z. Stojanović /2014a/: *op. cit.*, p. 157.

psihijatrijskog lečenja na slobodi može se izreći i neuračunljivom učiniocu prema kojem je prvobitno određeno obavezno psihijatrijsko lečenje i čuvanje u odgovarajućoj zdravstvenoj ustanovi kad sud, na osnovu rezultata lečenja, utvrdi da više nije potrebno njegovo čuvanje i lečenje u takvoj ustanovi, nego samo njegovo lečenje na slobodi (čl. 83. st. 2. KZ). U ovom slučaju može se naknadno ponovo izreći mera obaveznog lečenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi, pod istim uslovima kao i kada se izriče umesto prvobitno izrečene mere lečenja na slobodi. Umesto mere institucionalnog karaktera moguće je i više puta naizmenično izricati meru ambulantnog karaktera i obrnuto. Ukoliko do nove odluke suda dolazi u toku trajanja primene mere bezbednosti, neće doći do zastarelosti izvršenje mera bezbednosti.²²

3. KUMULATIVNO IZRICANJE MERA BEZBEDNOSTI

Mera obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi izriče se kumulativno sa kaznom bitno smanjeno uračunljivim učiniocima. Mera obaveznog psihijatrijskog lečenje na slobodi izriče se bitno smanjeno uračunljivom licu uz uslovnu osudu ili uz uslovni otpust koji je izrečen posle obustave mere obaveznog lečenja u ustanovi. Obavezno lečenje narkomana i obavezno lečenje alkoholičara, mogu se izreći uz kaznu zatvora, novčanu kaznu, uslovnu osudu, sudsku opomenu ili oslobođenje od kazne. Ukoliko je mera bezbednosti izrečena uz kaznu zatvora, vreme provedeno u ustanovi za lečenje se uračunava u kaznu zatvora.

Kumulativno izricanje mera bezbednosti sa kaznama i merama upozorenja jeste posledica nedovoljnih specijalno-preventivnih kapaciteta ovih sankcija u odnosu na određene učinioce. Kada su u pitanju kazne, to je razumljivo s obzirom na zakonom definisanu svrhu kažnjavanja (čl. 42. KZ). Kada se radi o merama upozorenja, može se postaviti pitanje opravdanosti kumulativne primene, s obzirom na to da su i mere upozorenja mere prevshodno specijalno-preventivnog karaktera, jer za svoju svrhu imaju neprimenjivanje kazne prema učiniocu lakšeg krivičnog dela kada se može očekivati da će upozorenje uz pretnju kazne ili samo upozorenje dovoljno uticati na učinioca da više ne vrši krivična dela (čl. 64. st. 2. KZ). Za određene kategorije učinilaca, bitno smanjeno uračunljive učinioce, zavisnike od narkotika ili alkohola, mere upozorenja izrečene samostalno ne ostvaruju potreban intenzitet specijalno-preventivnog delovanja, pa nisu ni dovoljan ni odgovarajući način reagovanja. Tako, iako su ispunjeni svi uslovi za izricanje uslovne osude, u najvećem broju slučajeva, bez istovremenog izricanja odgovarajuće mere bezbednosti, bitno smanjeno uračunljivim učiniocima kod kojih postoje psihičke smetnje ili učiniocima kod kojih postoji zavisnost od upotrebe narkotika ili alkohola ne bi bilo opravdano izricanje uslovne osude. Pri postojanju posebnih psihičkih stanja učinioca povezanih sa činjenjem krivičnih dela, kao i posebnih okolnosti pod kojima je delo učinjeno, a koje je sud u obavezi da ceni prilikom izricanja uslovne (čl. 66. st. 4. KZ), teško je održivo uverenje da se samo upozorenjem uz pretnju kaznom može dovoljno uticati na učinioca da više ne vrši krivična dela. I pored određenih prigovora,²³ kumulativno

22 Z. Stojanović /2014a/: *ibid.*, p. 157.

23 Ima shvatanja i da je kumulativno izricanje mera bezbednosti uz mere upozorenja „svojevrsni *contradictio in adjecto*“ sa stanovišta zakonom normirane svrhe uslovne osude i svrhe mera bez-

izricanje uslovne osude i mera bezbednosti medicinskog karaktera ima opravdanje i praktični značaj. Bez opcije kumulativnog izricanja sa merama bezbednosti, mogućnosti primene uslovne osude za bitno smanjeno uračunljiva lica, odnosno primena uslovne osude i sudske opomene za zavisnike od alkohola ili narkotika, bile bi značajno umanjene, a to bi u krajnjem slučaju vodilo češćem izricanju kazne zatvora ovim kategorijama učinilaca, kao i sužavanju prostora za primenu mere obaveznog psihijatrijskog lečenja na slobodi, što sa stanovišta principa individualizacije, principa srazmernosti i principa pravednosti i humanosti nije prihvatljivo.

Imajući u vidu da domaći sistem krivičnih sankcija poznaje i uslovnu osudu sa zaštitnim nadzorom kao samostalnu krivičnu sankciju, postavlja se pitanje da li se potrebna svrha krivično-pravnog sankcionisanja u konkretnom slučaju, kada su u pitanju uračunljivi učiniooci, može ostvariti i primenom samo jedne krivične sankcije, izricanjem uslovne osude sa zaštitnim nadzorom (čl. 72. KZ), umesto kumulativnim izricanjem uslovne osude i odgovarajuće mere bezbednosti medicinskog karaktera. Posebno imajući u vidu da i zaštitni nadzor uz uslovnu osudu i kumulativno izricanje mera bezbednosti uz uslovnu osudu, imaju istu cilj, potpunije ostvarivanje svrhe uslovne osude (čl. 72. st. 1. KZ). Zaštitni nadzor podrazumeva obezbeđivanje potrebne pomoći, staranja, nadzora za učiniooca kako više ne bi vršio krivična dela, nametanjem jedne ili više obaveza u toku vremena proveravanja. Kada su u pitanju učiniooci kojima su namenjene medicinske mere bezbednosti i ispunjeni uslovi za izricanje uslovne osude, zaštitni nadzor mogao bi da obuhvati posebno sledeće mere: uzdržavanje od upotrebe droge ili alkoholnih pića (čl. 73. st. 7. KZ), lečenje u odgovarajućoj zdravstvenoj ustanovi (čl. 73. st. 8. KZ), posećivanje određenih profesionalnih ili drugih savetovališta ili ustanova i postupanje po njihovim uputstvima (čl. 73. st. 9. KZ). I mere zaštitnog nadzora i mere bezbednosti izrečene kumulativno sa uslovnom osudom jačaju specijalno-preventivni kapacitet uslovne osude u odnosu na određene učinioce.

Međutim, i pored iste svrhe, postoji značajna razlika između uslovne osude sa zaštitnim nadzorom i kumulativnog izricanja uslovne osude i mera bezbednosti. Mere zaštitnog nadzora odnose se na pomoć, nadzor, zaštitu ili staranje, dok mere bezbednosti podrazumevaju lečenje, te su ove mere namenjene suštinski različitim kategorijama učinilaca krivičnih dela. Mere zaštitnog nadzora nisu dovoljne, niti su adekvatne, za upotpunjavanje specijalno preventivne svrhe uslovne osude kod uračunljivih učinilaca u posebnom psihičkom stanju i stoga u ozbiljnoj opasnosti činjenja novog krivičnog dela. Mere bezbednosti medicinskog karaktera se izriču s obzirom na psihičko stanje učiniooca koje je uzročno povezano sa izvršenim krivičnim delom zbog čega postoji ozbiljna opasnost će isti učinilac ponovo učiniti krivično delo. Određivanje mera zaštitnog nadzora vrši se na osnovu godina života učiniooca, njegovog zdravstvenog stanja, sklonosti i navika, pobuda iz kojih je izvršio krivično delo, držanja posle izvršenog krivičnog dela, ranijeg života, ličnih i porodičnih prilika, uslova za ispunjenje naloženih obaveza i, kao i na osnovu drugih okolnosti koje se odnose na ličnost učiniooca (čl. 74. KZ). Za izricanje mera bezbednosti medicinskog karaktera potrebno je stručno mišljenje veštaka, dok za izbor mera zaštitnog

bednosti, jer se postavlja pitanje „čemu mera bezbednosti ukoliko je sud stekao uverenje da je na učiniooca dovoljno uticati nekom merom upozorenja“. E. Ćorović /2015a/: *op. cit.*, p. 198.

nadzora to po pravilu nije slučaj. Nije opravdano izricanje mera zaštitnog nadzora učiniocima kod kojih postoji ozbiljna opasnost da će učiniti novo krivično delo s obzirom na psihičko stanje u kome se nalaze i vezu tog stanja sa već učinjenim krivičnim delom, a još manje opravdanja ima za izricanje mera bezbednosti učiniocima kod kojih se merama zaštitnog nadzora može ostvariti potrebni specijalno preventivni učinak. Ne postoji preklapanje kumulativnog izricanja uslovne osude i mera bezbednosti sa uslovnom osudom za zaštitnim nadzorom, s obzirom da su kategorije učinilaca kojima su namenjene različite. Merama zaštitnog nadzora ne mogu se postići ciljevi na koje su usmerene mere bezbednosti medicinskog karaktera izrečene kumulativno sa uslovnom osudom.

Bitno smanjeno uračunljivim učiniocima uz kaznu zatvora kumulativno se izriče mera bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi ako se, s obzirom na učinjeno krivično delo i stanje duševne poremećenosti, utvrdi da postoji ozbiljna opasnost da učinilac učini teže krivično delo i da je radi otklanjanja ove opasnosti potrebno njegovo lečenje u takvoj ustanovi (čl. 81. st. 1. KZ). Mera bezbednosti se izvršava pre kazne, a vreme provedeno u zdravstvenoj ustanovi uračunava se u vreme trajanja izrečene kazne. Izriče se na neodređeno vreme, a obustavlja se odlukom suda u posebnom postupku. Ako je vreme provedeno na lečenju u zdravstvenoj ustanovi kraće od trajanja izrečene kazne, sud će, po prestanku mere bezbednosti, odrediti da se osuđeni uputi na izdržavanje ostatka kazne ili da se pusti na uslovni otpust. Pri odlučivanju o puštanju na uslovni otpust sud će, pored ispunjenosti potrebnih uslova za uslovni otpust (čl. 46. KZ) naročito uzeti u obzir uspeh lečenja osuđenog, njegovo zdravstveno stanje, vreme provedeno u zdravstvenoj ustanovi i ostatak kazne koju osuđeni nije izdržao.

KZ predviđa da mera bezbednosti obaveznog lečenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi izrečena uz kaznu zatvora može trajati i duže od izrečene kazne (čl. 81. st. 4. KZ). S obzirom da zakon vremenski ne ograničava najduže trajanje ove mere bezbednosti, ova mogućnost bi za bitno smanjeno uračunljivog učinioca mogla da znači lišenje slobode neodređenog trajanja. Kako se radi o krivično odgovornom učiniocu vremenski neodređeno trajanje krivične sankcije koja podrazumeva lišavanje slobode je teško prihvatljivo, uprkos i dalje postojećoj opasnosti. Moguće rešenje moglo bi se naći u vezi sa zdravstvenim zakonodavstvom. Za ove učinioce trajanje mere bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja u ustanovi bi trebalo vremenski ograničiti, sa obavezom da se u slučaju i dalje postojeće opasnosti obavezno lečenje kontinuirano nastavlja u formi obaveznog lečenja regulisanog zdravstvenim zakonodavstvom, a ne u formi krivične sankcije.

Uz uslovnu osudu kumulativno se izriče mera bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja na slobodi bitno smanjeno uračunljivim učiniocima ukoliko su ispunjeni uslovi za primenu uslovne osude a pri tom kod učinioca postoji ozbiljna opasnost da ponovo učini krivično delo, a radi otklanjanja ove opasnosti dovoljno je njegovo lečenje na slobodi (čl. 82. st. 3. KZ). Mera bezbednosti se u ovom slučaju izriče na neodređeno vreme, ali ne može trajati duže od tri godine. Obavezno psihijatrijsko lečenje na slobodi može se povremeno sprovoditi i u odgovarajućoj zdravstvenoj ustanovi, ako je to potrebno radi uspešnijeg lečenja, s tim da povremeno lečenje u

ustanovi ne može neprekidno trajati duže od petnaest dana, niti ukupno duže od dva meseca. Posledice neodazivanja obavezi obaveznog psihijatrijskog lečenja ili samovoljnog napuštanja započetog lečenja na slobodi nisu vezane za mogućnost opoziva uslovne osude, već za mogućnost zamene ove mere lečenja merom obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi odlukom suda u posebnom postupku (čl. 532. ZKP). Ako je vreme provedeno na lečenju u zdravstvenoj ustanovi kraće od trajanja izrečene kazne, sud će, po prestanku mere bezbednosti, odrediti da se osuđeni uputi na izdržavanje ostatka kazne ili da se pusti na uslovni otpust. Mera bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja na slobodi izriče se i bitno smanjeno uračunljivom učiniocu koji je nakon obustave mere obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi pušten na uslovni otpust.

Kumulativno izricanje mere bezbednosti obaveznog lečenja narkomana i mere bezbednosti obaveznog lečenja alkoholičara uz druge krivične sankcije jeste pravilo, ne postoji mogućnost samostalnog izricanja ovih mera. Za izricanje ovih mera potrebno je da budu ispunjeni sledeći uslovi: postojanje stanja zavisnosti od upotrebe droga ili upotrebe alkohola kod učinioca; postojanje veze između stanja zavisnosti učinioca i učinjenog krivičnog dela i postojanje ozbiljne opasnosti da će učinilac usled svoje zavisnosti i dalje vršiti krivična dela. Zavisnost od upotrebe narkotika ili alkohola utvrđuje sud na osnovu nalaza i mišljenja veštaka.

Zakonodavac ovim merama tretira problem jake povezanosti zavisnosti od upotrebe droga i alkohola i činjenja krivičnih dela. Problem je u postojećem stanju zavisnosti učinioca koje menja njegovo ponašanje i uvodi ga u kriminogene situacije. Činjenica da postoje i drugi oblici zavisnosti, osim narkomanije i alkoholizma kao najčešćih, koji mogu biti značajno povezani sa vršenjem krivičnih dela, kao i ne tako retki slučajevi politoksikomanije,²⁴ opravdava predloge za utvrđivanje jedne mere bezbednosti obaveznog lečenja bolesti zavisnosti, umesto dve postojeće mere.²⁵ Mere izriče sud u posebnom postupku na osnovu pribavljenog nalaza i mišljenja veštaka (čl. 533. ZKP). I mera bezbednosti obaveznog lečenja narkomana i mera bezbednosti obaveznog lečenja alkoholičara izriču se uz kaznu zatvora, novčanu kaznu, uslovnu osudu, sudsku opomenu ili oslobođenje od kazne. Mera bezbednosti u ovom slučaju dopunjuje specijalno-preventivni učinak druge krivične sankcije uz koju je izrečena.

Mera obaveznog lečenja narkomana izvršava se u zavodu za izvršenje kazne ili u odgovarajućoj zdravstvenoj ili drugoj specijalizovanoj ustanovi i traje dok postoji potreba za lečenjem, ali ne duže od tri godine. Ako je mera obaveznog lečenja narkomana izrečena uz kaznu zatvora, ona može trajati duže od vremena izrečene

24 Vidi: J. R. P. Ogloff, D. Talevski, A. Lemphers, M. Wood, M. Simmons /2015/: Co-Occurring Mental Illness, Substance Use Disorders, and Antisocial Personality Disorder Among Clients of Forensic Mental Health Services, *Psychiatric Rehabilitation Journal*, Vol. 38. No. 1, pp. 16–25; B. Nielsen, T. Kolind /2016/: Offender and/or client? Fuzzy institutional identities in prison-based drug treatment in Denmark; *Punishment & Society*, Vol. 18(2), pp. 131–150.

25 O tome: E. Ćorović /2015b/: Kritički osvrt na zakonsku regulativu mera bezbednosti obaveznog lečenja narkomana i alkoholičara u krivičnom pravu Srbije sa predlogom *de lege ferenda* – u: *Krivično zakonodavstvo delege lata et de lege ferenda* (M. Pavić, A. Kasipović, S. Bejatović, S. Stanić, M. Simović, L.J. Mitrović, S. Zec, eds.), Prijedor, p. 322.

kazne, ali njeno ukupno trajanje ne može biti duže od tri godine. Vreme provedeno u ustanovi za lečenje uračunava se u kaznu zatvora. Kad je izrečena uz novčanu kaznu, uslovnu osudu, sudsku opomenu ili oslobođenje od kazne, mera bezbednosti obaveznog lečenja narkomana izvršava se na slobodi i ne može trajati duže od tri godine. Ako se učinilac, bez opravdanih razloga, ne podvrgne lečenju na slobodi ili lečenje samovoljno napusti, sud će odrediti da se mera prinudno izvrši u odgovarajućoj zdravstvenoj ili drugoj specijalizovanoj ustanovi (čl. 83. KZ).

Mera bezbednosti obaveznog lečenja alkoholičara izvršava se u zavodu za izvršenje kazne zatvora ili u odgovarajućoj zdravstvenoj ili drugoj specijalizovanoj ustanovi i traje dok postoji potreba za lečenjem, ali ne duže od izrečene kazne zatvora. I u ovom slučaju vreme provedeno u ustanovi za lečenje uračunava se u kaznu zatvora. Kad je mera obaveznog lečenja izrečena uz novčanu kaznu, uslovnu osudu, sudsku opomenu ili oslobođenje od kazne izvršava se na slobodi i ne može trajati duže od dve godine. U slučaju neodazivanja obavezi lečenja na slobodi, obavezno lečenje, kao i u slučaju obaveznog lečenja narkomana, postaje prinudno. Sud će odrediti da se mera prinudno izvrši u odgovarajućoj zdravstvenoj ili drugoj specijalizovanoj ustanovi ukoliko se učinilac, bez opravdanih razloga, ne podvrgne lečenju na slobodi ili lečenje samovoljno napusti (čl. 84. KZ, čl. 534 ZKP).

Ukoliko su mera bezbednosti obaveznog lečenja narkomana ili mera bezbednosti obaveznog lečenja alkoholičara izrečene uz uslovnu osudu, zbog neusaglašenih odredbi KZ i ZKP sporno je da li neodazivanje obavezi lečenja na slobodi povlači opoziv uslovne osude. KZ za takve situacije predviđa samo prinudno izvršenje lečenja u odgovarajućoj zdravstvenoj ili drugoj specijalizovanoj ustanovi, ne i mogućnost opoziva uslovne osude. ZKP posebno normira prinudno izvršenje ovih mera bezbednosti (čl. 532. ZKP) i predviđa da, ukoliko je uslovnom osudom naloženo lečenje na slobodi, a osuđeni se nije podvrgao lečenju ili ga je samovoljno napustio, sud može opozvati uslovnu osudu ili narediti prinudno izvršenje izrečene mere obaveznog lečenja alkoholičara ili mere bezbednosti obaveznog lečenja narkomana u zdravstvenoj ustanovi ili drugoj specijalizovanoj ustanovi. Ovu odluku sud donosi po službenoj dužnosti ili na predlog ustanove u kojoj se osuđeni lečio ili je trebalo da se leči, s tim što je u obavezi da pre donošenja odluke uzme izjave od javnog tužioca i osuđenog, a po potrebi i da ispita lekara ustanove u kojoj se osuđeni lečio ili je trebalo da se leči.

Nije opravdano da se proceduralnim odredbama kojima ZKP normira postupak za izricanje mere bezbednosti obaveznog lečenja alkoholičara ili mere bezbednosti obaveznog lečenja narkomana uvodi novi razlog za opoziv uslovne osude. Regulisanje procedure prestanka izrečenih mera bezbednosti ne uključuje i normiranje novih uslova za primenu krivične sankcije uz koju je izrečena mera bezbednosti. ZKP utvrđuje „pravila da se učiniocu krivičnog dela izrekne krivična sankcija pod uslovima koje propisuje krivični zakon“ (čl. 1. ZKP), i nije opravdano da ZKP menja uslove pod kojima se primenjuje krivična sankcija regulisana KZ.

Zakon ne predviđa mogućnost izricanja mera bezbednosti obaveznog lečenja narkomana i obaveznog lečenja alkoholičara uz kaznu rada u javnom interesu i kaznu oduzimanja vozačke dozvole. Pitanje opravdanosti izricanja mera obaveznog le-

čenja zavisnosti uz kaznu rada u javnom interesu²⁶, osim pravničke, zahteva i psihijatrijsku elaboraciju na temu kompatibilnosti i održivosti istovremenog obaveznog lečenja i obavljanja rada u javnom interesu, s obzirom na ličnost zavisnika.

Izricanje mera bezbednosti obaveznog lečenja narkomana ili alkoholičara uz oslobađanje od kazne u izvesnom smislu odstupa od pravila o nesamostalnom, kumulativnom izricanju ovih mera uz druge sankcije, budući da oslobodenje od kazne nije krivična sankcija. Izrečena mera bezbednosti ovde predstavlja zapravo glavnu krivičnu sankciju, jer druga i nije izrečena.

Odsustvo dobrovoljnosti lečenja predstavlja ključni problem izvršenja mera bezbednosti obaveznog lečenja narkomana i obaveznog lečenja alkoholičara. Lečenje stanja adicije je samo po sebi veoma kompleksno, pa je zbog nametnutog lečenja bez lične autonomne motivacije, posebno kada su mere bezbednosti izrečene uz kaznu zatvora, teško kao ishod takvog lečenja očekivati više od stanja privremene apstinencije. Osim postizanja stanja apstinencije, poseban problem predstavlja i motivacija učinioca za održavanje stanja apstinencije.²⁷ Pri tom treba imati u vidu i teškoće koje postoje u pogledu uslova i kapaciteta potrebnih za izvršavanje mera bezbednosti medicinskog karaktera.²⁸

ZAKLJUČAK

Mere bezbednosti medicinskog karaktera imaju posebno mesto u sistemu krivičnih sankcija, kako zbog činjenice da sadržinu ovih sankcija čini prinudno lečenje prestupnika koje može biti u koliziji sa ustavnim načelom prava na zaštitu fizičkog i psihičkog zdravlja, tako i zbog činjenice da se neke od ovih mera mogu izricati i samostalno i to neuračunljivim učiniocima. Mada legitimitet potrebe

26 E. Ćorović /2015b/: *ibid.*, p. 321.

27 S. Klag, F. O Callaghan, P. Creed /2005/: The Use of Legal Coercion in the Treatment of Substance Abusers: An Overview and Critical Analysis of Thirty Years of Research, *Substance Use & Misuse*, 40, pp. 1777–1795; A. Orešković, D. Bodor, N. Mimica, Ž. Milovac, T. Glavina /2013/: Coerced addiction treatment: How, when, and whom?, *Alcoholism*, 49(2), pp. 107–114;

28 Vidi: Report to the Government of Serbia on the visit to Serbia carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 26 May to 5 June 2015, CPT/Inf(2016)21, pp. 49–55; Ukupan broj izrečenih mera bezbednosti medicinskog karaktera u Srbiji, posmatran u desetogodišnjem periodu, oscilira, od najviše 1213 izrečenih mera 2009. godine do najmanje 753 izrečene mere 2015. godine. Najčešće je izricana mera obaveznog lečenja narkomana (u posmatranom periodu najviše 702 mere 2008. godine, najmanje 290 izrečenih mera 2015. godine), sledi obavezno lečenje alkoholičara (najviše 461 mera 2012. godine, najmanje 230 mera 2007. godine), dok se mere bezbednosti psihijatrijskog lečenja izriču u manjem broju (psihijatrijsko lečenje i čuvanje u ustanovi najviše 69 izrečenih mera 2009. godine, najmanje 38 mera 2014. godine; obavezno psihijatrijsko lečenje na slobodi izrečeno je u najvećem broju 2009. godine ukupno 97 mera, a najmanje 2010. godine kada je izrečeno 36 mera). 2015. godine mere bezbednosti medicinskog karaktera najčešće su izricane za krivična dela protiv braka i porodice (najčešće mera obaveznog lečenja alkoholičara, 205), zatim krivična dela protiv imovine (najčešće je izricana mera bezbednosti obaveznog lečenja narkomana, 112). Mera obaveznog lečenja narkomana posmatrane godine je najčešće izricana, ukupno 151 mera, za krivična dela protiv zdravlja ljudi. <http://www.stat.gov.rs/WebSite/Public/PageView.aspx?pKey=144>, pristup: septembar, 2017.

društva da se štiti i od protivpravnih dela koja su u zakonu predviđena kao krivična dela učinjenih od strane lica koja zbog stanja svog duševnog zdravlja nisu sposobna za uračunljivost, pa ni za krivicu, nije sporan, krivičnoppravna reakcija (izricanje posebnih mera bezbednosti kao krivičnih sankcija) prema ovim licima dovodi u pitanje jedno od osnovnih opštih načela savremenog krivičnog prava, načelo individualne subjektivne odgovornosti, odnosno načelo krivice. Uporedo se otvaraju i druga, ne manje značajna, pitanja usklađivanja pravnog okvira sa stavovima i potrebama savremene psihijatrije u pogledu lečenja duševnih bolesti, kao i lečenja alkoholizma i narkomanije kao bolesti zavisnosti. Sporna pitanja krivičnoppravne reakcije u formi obaveznog, prinudnog lečenja argumentuju i razmišljanja o zameni krivično-pravnog modela modelom zdravstveno-socijalne reakcije. Mada mere lečenja načelno treba prepustiti medicini, ne treba zanemariti činjenicu da se primena mere prinudnog lečenja, posebno u slučaju mere obaveznog lečenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi, u značajnoj meri odnosi i na pitanje prava i sloboda lica prema kojima se mere primenjuju. Zadržavanje mera medicinskog karaktera u okviru sistema krivičnih sankcija opravdava visok nivo garancija pravilne primene i pravne sigurnosti, s obzirom da ih primenjuje krivični sud u krivičnom postupku i to samo u slučajevima kada su neophodne. Sam po sebi čist teorijski model ne garantuje bolji model praktične primene. Naprotiv, komparativna iskustva napuštanja krivično-pravnog modela i prelaska na zdravstveno-socijalni model ukazuju na značajne probleme u praksi.

Analiza izricanja mera bezbednosti medicinskog karaktera, bilo da se radi o samostalnoj ili kumulativnoj primeni sa drugim krivičnim sankcijama, ukazuje da postoji potreba unapređenja postojećeg normativnog okvira. Potrebno je preciznije usaglašavanje odgovarajućih odredaba Krivičnog zakonika, Zakonika o krivičnom postupku i Zakona o izvršenju krivičnih sankcija, kao i preciznije regulisanje uslova izricanja, posebno kada je reč o meri bezbednosti obaveznog lečenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi.

LITERATURA

- Bačić F. /1980/: *Krivično pravo, Opći dio*, Informator, Zagreb.
- Ćorović E. /2014/: Osvrt na sistem „duplog koloseka“ u krivičnom pravu, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, Vol. 52, br. 3 (2014).
- Ćorović E. /2015a/: *Sistem krivičnih sankcija Republike Srbije*, Novi Pazar.
- Ćorović E. /2015b/: Kritički osvrt na zakonsku regulativu mera bezbednosti obaveznog lečenja narkomana i alkoholičara u krivičnom pravu Srbije sa predlogom *de lege ferenda* – u: *Krivično zakonodavstvo delege lata et de lege ferenda* (M. Pavić, A. Kasipović, S. Bejatović, S. Stanić, M. Simović, Lj. Mitrović, S. Zec, eds.), Prijedor.
- Drakić D. /2005/: *Mere bezbednosti psihijatrijskog lečenja u krivičnom pravu Srbije*, Prosveta, Novi Sad.
- Drakić D., Drakić G. /2015/: Sistem mera bezbednosti u našem krivičnom pravu – kroz istoriju i danas, *Teme, Časopis za društvene nauke* Vol. XXXIX, No. 4.

- Klag S., O Callaghan F., Creed P. /2005/: The Use of Legal Coercion in the Treatment of Substance Abusers: An Overview and Critical Analysis of Thirty Years of Research, *Substance Use & Misuse*, 40.
- Nielsen B., Kolind T. /2016/: Offender and/or client? Fuzzy institutional identities in prison-based drug treatment in Denmark; *Punishment & Society*, Vol. 18(2).
- Ogloff J. R. P., Talevski D., Lemphers A., Wood M., Simmons M. /2015/: Co-Occurring Mental Illness, Substance Use Disorders, and Antisocial Personality Disorder Among Clients of Forensic Mental Health Services, *Psychiatric Rehabilitation Journal*, Vol. 38. No. 1.
- Orešković A., Bodor D., Mimica N., Milovac Ž., Glavina T. /2013/: Coerced addiction treatment: How, when, and whom?, *Alcoholism*, 49(2)
- Peterson J. K., Skeem J., Kennealy Bray B., Zvonkovic A. /2014/: How Often and Consistently do Symptoms Directly Precede Criminal Behavior Among Offenders With Mental Illness?, *Law and Human Behavior*, 38(5).
- Report to the Government of Serbia on the visit to Serbia carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 26 May to 5 June 2015, CPT/Inf(2016) <http://www.stat.gov.rs/WebSite/Public/PageView.aspx?pKey=144>, pristup: septembar, 2017.
- Stojanović Z. /2017/: *Krivično pravo, opšti deo*, Beograd.
- Stojanović Z. /2014a/: Mere bezbednosti psihijatrijskog lečenja, prinudno psihijatrijsko lečenje kao krivična sankcija, *Crimen (V)*, 2/2014.
- Stojanović Z. /2014b/: *Krivično pravo, opšti deo*, Beograd.
- Tripalo D., Burić Z. /2012/: Položaj neubrojivih počinitelja protupravnih djela u kontekstu novog hrvatskog kaznenog zakonodavstva, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb)*, vol. 19, broj 2/2012.
- Živanović T. /1986/: Dualitet krivičnih sankcija, kazne i mere bezbednosti, *Osnovni problemi krivičnog prava i druge studije*, Beograd.

Snežana Soković

Faculty of Law, University of Kragujevac

DISPUTED ISSUES OF IMPOSITION SECURITY MEASURES OF MEDICAL CHARACTER

SUMMARY

The paper deals with issue of cumulative imposition and self-imposition of the security measures of medical character. The issue of self-imposition of the security measures of medical character is particularly discussed, considering that the possibility of self-imposition of measures of psychiatric treatment to mentally incompetent perpetrators in the systemic sense represents the double exception, in relation to the supplementary character of security measures as criminal sanctions and cumulative imposition with other sanctions as a rule, as well as in relation to the rule that criminal sanctions are being imposed for committed criminal offence. Cumulative imposition of the security measures of medical character with other criminal sanctions is analyzed in the context of the achievement of the required

purpose of criminal sanctions imposition to criminal offences perpetrators with psychiatric disorders or who are addicted to narcotics or alcohol. With respect to the open question of the legitimacy of the criminal-legal reaction to the mentally ill persons behavior and the legitimacy of the forcedly treatment as criminal sanction in general, the analysis is retained within existing legal framework of the security measures of medical character with proposals for improvement of positive legal solutions.

Key words: security measures of medical character, self-imposition, cumulative imposition, mental incompetence, addiction treatment

Ivana Simović Hiber*

Fakultet bezbednosti, Univerzitet u Beogradu

KONTEKSTUALIZACIJA OSNOVNIH POJMOVA U IZUČAVANJU I NORMIRANJU KRIMINALITETA**

Apstrakt: U prvom delu teksta se analizira nametnuta nužnost redefinisavanja pojma kriminaliteta. Fenomen normalizacije zločina i njegova integracija u društveni i ekonomski život su samo spoljne odlike procesa redefinisavanja zločina, koje nije slučajno. Kontekstualizacija kao izraz upućuje na tektonske promene u sferi poimanja novih društvenih relacija kao osnove objašnjenja kriminaliteta. Ideja dekonstrukcije kriminologije i krivičnog prava je najvidljivija kroz promovisanje koncepta socijalne povreda – harm. To je istovremeno i pokušaj odgovora na novi neoliberalni diskurs. Pokušaj zamene pravne definicije zločina zemiološkom je doveo do promena i posledica koje postaju sve vidljivije. U drugom delu teksta se pokušava ukazati na neke posledice koje proizlaze iz novog viđenja kriminala. Zadržali smo se na problemima koji se pojavljuju u oceni pretpostavljene i nužne koherentnosti krivičnog zakona. Ako se pođe od hipoteze da su svi osnovni pojmovi i međupojmovi dovoljno određeni, da poštovanje načela zakonitosti i jasna zakonska kriminalna politika sadrže niz usaglašenih normi i njihovog nedvosmisleno pravilnog primenjivanja, u analizi se proverava osnovanost ovih postavki. Pitanja nisu nova, i svode se na sledeće: odnos načela zakonitosti i implementacija ideje zaštite ljudskih prava u krivičnopravni sistem, politika krivičnog zakonodavstva koja se može prepoznati iz teksta zakona i preciziranje kažnjive zone kroz posmatranje odnosa krivičnog i prekršajnog zakonodavstva. Zaključuje se da bi doktrina, razrađujući sve segmente postavljenog pitanja trebalo da utiče na reinterpretaciju uloge pravnih i vanpravnih uticaja na načelo zakonitosti, koje se mora zaštititi.

Gljučne reči: kriminologija, neoliberalizam, povreda (harm), načelo zakonitosti, kriminalne zone.

* redovni profesor, ivanassss@hotmail.com

** U drugom delu teksta (Podnaslov: **Nužnost unutrašnje usklađenosti krivičnog zakona**) koristila sam ranije objavljene tekste na temu načela zakonitosti u savremenom kontekstu, i to:

I. Simović Hiber /2012/: Načelo zakonitosti i legitimitet krivičnog zakonodavstva – in: *Aktuelna pitanja krivičnog zakonodavstva* (Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu), Beograd, pp. 367–379, ISBN 978-86-83437-98-6, COBISS SR-ID 192714764.

I. Simović Hiber /2014/: Oglad o legitimnosti krivičnog zakonodavstva u uslovima relativizovanog načela zakonitosti, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, Vol. 52, No. 3; pp. 21–41, UDK 343, ISSN 1820-2969, ISSN 0022-6076 COBISS.SR-ID 116488460.

I. Simović Hiber /2015/: Nove zakonodavne tendencije i tehnike (i vladavina prava) – in: *Krivično zakonodavstvo-de lege lata et de lege ferenda* (S. Bejatović, M. Simović i Lj. Mitrović, eds.), Banja Luka, pp. 273–284, ISBN 978-99938-22-51-6, COBISS.RS-ID 4957976, CIP 343.2/7(082).

I. Simović Hiber /2015/: Usklađenost krivičnog zakona: hipoteza i dileme (Compatibility of the criminal law: hypothesis and dilemmas) – in: *Pravna država i stručnost procesnih subjekata kao instrument suprotstavljanja kriminalitetu* (S. Bejatović, ed.), Kragujevac, pp. 112–127, ISBN: 978-86-7623-061-7.

1. SKICIRANJE PROBLEMA – KONTEKST NOVE SOCIOLOGIJE KRIMINALA

Počinjem konstatacijom da opšti tip paradoksa sa kojima se danas susrećemo u kriminologiji i krivičnom pravu proističe, između ostalog, i iz notorne činjenice da društvene nauke direktno reflektuju stanje u društvu. Stoga je svako analizirano pitanje u suštini – pitanje ogledalo.

Savremeni ugao poimanja pojma kriminaliteta, pa sledstveno i krivičnog prava, nužno je uslovljen pomeranjem bazičnih kockica u shvatanju kompozicije društva. Kao što je istakao Lea, J.¹, dogodila se prećutana prekretnica nazvana **normalizacija zločina** i čak njegova integracija u društveni i ekonomski život. To znači da je pretvaranjem delovanja, ranije poznatih kao kriminalne aktivnosti (ili bar povrede normi) u floskulu „tako funkcioniše“ savremeni globalizovani svet, učinjen skok u nepoznato.

Normalizacija kriminaliteta, dekompozicija i pojma i značenja zločina i kontrole kriminaliteta (*crime control*), kao relativno novi prilazi u kriminologiji, ukazuju na promenjeni ugao u skiciranju pojma fenomena. Naime, pojam zločina, čak i samo u fenomenološkom značenju gubi ili menja svoje značenje.

Trebalo bi poći od hipoteze da je krivičnopravni sistem nastao u okvirima **moderne**, tematizujući i odslikavajući smisao socijalne filozofije modernog društva. Osnovno pitanje koje se i danas postavlja je mogućnost **poretka** u uslovima pluralizma i slobodnog delovanja pojedinca u narastajućim složenostima društva.² Kada je reč o premodernim društvima, ona su se integrisala na nekom unapred datom svetonazorskom uporištu. Ono je u srednjem veku bilo zasnovano na transcendentnom, religijskom uporištu koje je uređivalo odnose u društvu. U antičkoj Grčkoj država je počivala na vrlini, odnosno na moralu. Stoga se pitanje o integracijskom uporištu modernog društva, koje je fragmentizovano u niz različitih i suprotstavljenih grupa bez unapred datog okvira, svodi na mogućnost uspostavljanja normativnog poretka. Ako je to svet „otvorenog horizonta“ i ako nema ničeg što nas sprečava da sami konstruišemo svoj svet, pitanje ipak ostaje „klasično“: kako se moderno društvo integriše? Odgovor je da su to **univerzalne norme** u okviru kojih sve različitosti nalaze zajednički imenitelj. „Sledeći modernu liberalnu misao Đinđić kaže da nema ničeg univerzalnijeg od **ustava** u čijem su središtu subjektivna prava i slobode pojedinca.“³ Odgovor je u **zakonima i zakonitosti** – u osnovnom značenju jednakosti u zakonu i pred zakonom.

Tek je u modernom društvu, čiji institucionalni okvir čine univerzalno važeće norme, omogućeno emancipovanje političkog kao dezintegracijskog (zastupanje partikularnih interesa). Ako nema konstitutivne istine, tada se otvara pitanje ko donosi odluke. Ono društvo koje uspe da napravi institucionalni okvir na vladavini zakona i jednakosti otvorilo je sebi šansu i za modernu politiku, zato što zakonitost garantuje da nijedno verovanje ne može da pretenduje na apsolutno važenje.

1 J. Lea /2002/: *Crime and Modernity (continuities in Left realist Criminology)*, London.

2 V. Pešić, *Šta ste radili 12. marta* – <http://pescanik.net/sta-ste-radili-12-marta/>, 13. mart 2016.

3 *Ibid.*

Dezintegracija (fragmentizacija) u okviru postmoderne dovodi do stvaranja kaleidoskopa stavova, koji (kaleidoskop) se uvek može protresti kada postoji potreba za novom perspektivom. Tako i univerzalnost normativnog supstrata počinje da bleedi u korist sve ogoljenije ideje deregulacije (korporativno pravo, na primer).⁴

Demokratske države kao da su sačuvale neke represivne kapacitete, ali kao da su izgubile sposobnost vladavine (pod vladavinom razumem upravljanje javnim poslovima koje je ustav poverio državi.) Ovo je stanje povezano sa globalizacijom. Globalizacija odlučno menja socijalne, političke i pravne konture modernih društava i država. Nadnacionalni nedržavni izvori moći i prava, nameću i šire svoj autoritet na račun državne suverenosti. Pred našim očima rastače se jedna bitna odlika moderne državnosti: nestaje isprepletanost političke zajednice, demokratije i prava. To više nisu kategorije koje idu jedna s drugom. Posledice su zabrinjavajuće. Temeljne vrednosti lične i političke autonomije, jednakosti u pravima ili, ako hoćete, ljudskog dostojanstva, solidarnosti i socijalne pravde, urušavaju se pod pritiskom socijalnih procesa koji se odvijaju po logici dominacije, arbitrarnosti i isključivosti.⁵

Nazire se tako da je novi diskurs moć i demonstracija moći koja negira jednakost u pravima.

Sa druge strane, krivičnopravni sistem nastao na ideji retribucije se vremenom konzervirao i do danas se ponašao i doživljavao kao zamrznuta tvorevina, izuzetno rezistentna na mogućnost promene. Ili, kako se zaključuje u literaturi, razvoj društvenih nauka u devetnaestom veku, i sledstveno tome rezultati koji su ukazivali na potrebu napuštanja apstraktnog, spekulativnog načina razmišljanja i shodno tome sugerisali prelazak na konkretno i empirijsko (pozitivizam) nisu dodirnuli klasične pravne discipline. Stoga, osnovano treba pretpostaviti da je krivično pravo zasnovano na postulatima moderne države zadržalo konzervatorsku ulogu čuvara osnovnih vrednosti demokratskog društva i u kojoj meri.

Međutim, počev od poslednjih decada dvadesetog veka najkasnije, počinje suptotan proces, koji ulogu krivičnog prava posmatra na nov način, viđen kao nužnost redefinisanja pojma kriminaliteta. U analizi konteksta redefinisanja pojma kriminaliteta, nezaobilazni su pojmovi države blagostanja i neoliberalizma kao termina koji označava primarnim „spontani poredak“ koji podrazumeva samooograničenje prava u korist „nove“ organizacije društva i tržišta. Tako neoliberalna utopija pokušava da predloži i stvori sintezu slobodnog tržišta i „bezbedne“ države. Uloga ovog koncepta u savremenom krivičnom pravu, kriminologiji i viktimologiji nije dovoljno zapažena i objašnjena. Po mišljenju autorke, upravo je utilitarizam kao novi način mišljenja nesumnjivo okrnjio značenje načela zakonitosti. Stoga bi se moglo zaključiti da pristup kriminalitetu mora pronaći nove instrumente efikasnog funkcionisanju u (ili nasuprot) neoliberalnom duhu i društvenom modelu, ili će u

4 Krivična odgovornost pravnog lica od devedesetih, kada je bila važan narativ ideje o opasnom delovanju baš pravnog lica je utihnuo. Vid. šire I. Simović Hiber /2007/: *Sistem rasprava o ideji vladavine prava, osnovama krivičnog zakona, pojmu zločinačke grupe i internacionalizaciji krivičnog prava*, Beograd, pp. 83–97.

5 N. Dimitrijević /2016/: Ustavna teorija u doba krize: moć, pravo i moral, *Reč*, № 86/32, pp. 12 i dalje.

suprotnom i samo krivično pravo postati ritual u iskrivljenom ogledalu, ritual lišen vrednosne komponente.

Do sada su vidljive neke posledice novih trendova.

Jedna bi bila hegemonija ekonomskih pogleda i objašnjenja u društvenim naukama, druga uvođenje pojma **harm** u prostor i okvir predmeta analize – zločina, zatim punitivni populizam i skup izuzetaka u koji se utopilo značenje krivičnog dela.

Novi okvir delovanja svih disciplina koje se bave kriminalitetom bi stoga morao uključiti redefinisane samog pojma kriminaliteta (da li je pristup prilagođen postmoderni i neoliberalističkoj utopiji ili je ostao na kategoriji modela države blagostanja), razmatranje uloge *mala prohibita* u strukturi kriminaliteta, problem ugrožavanja načela legaliteta u krivičnom pravu, problem „sekuritizacije“ krivičnog prava ili preventivnog reagovanja (primer terorizma) i još mnogo pitanja koja se naprosto nameću.

Matrice vrednosti neposrednog društvenog okvira uslovljavaju i sam predmet istraživanja. Kriminologija dovodi u pitanje vladajuću kulturu kontrole kriminaliteta, odnosno osnovne postulate i nedostatke kulture kontrole kriminaliteta u značenju sužavanja vidnog polja na **etiološke ikone** – klasna pripadnost (siromaštvo), godine starosti, pol i etnicitet, i na izučavanje prevashodno bagatelnog i kontaktnog kriminaliteta (imovinska dela i kriminal ulice – *street crime*). Takva orijentacija je nužno suzila i opredelila pravac istraživanja, zamagljujući ulogu novog socijalnog konteksta. Relacija države i kriminaliteta, uključujući odnos prema učiniocu i žrtvi je u savremenim uslovima definitivno pomeren u neoliberalnoj ideji sužavanja okvira ingerencija države. Ideja u suštini „ukida“ brigu o ljudima (zdravstvo, obrazovanje i bezbednosni okvir su postale zanemarene, pa potom privatizovane aktivnosti, ali u svakom slučaju one prestaju biti deo ekskluzivno državnih ovlašćenja, ili kako se to eufemistički artikuliše – s one strane, izvan države – *Beyond the State*).

Zadržimo se na trenutak i na problemu nove sociologije kriminala. Pod tim pojmom se podrazumeva kritički odnos prema klasičnim sociološkim teorijama kriminala koje su, smatra se danas nedovoljne, čak neadekvatne za objašnjenje položaja kriminala u savremenom društvu (postavlja se i novo pitanje: da li je to još uvek kriminologija). Ako, na primer, ove teorije kao faktore kriminalizacije razrađuju pitanje ekonomske i socijalne nejednakosti, zadržavajući se na merenju motivirajuće nejednakosti, one ne mogu istovremeno dati odgovor na gubljenje kontrole u artifičijelnom proizvođenju nejednakosti kao pravila funkcionisanja. Blanketna pretpostavka da je lični napor način prevazilaženja nejednakosti, danas je izgubila značenje poništavanjem vrednosti značenja pojma socijalnog kapitala. Tako jedna od važnih etioloških ikona – siromaštvo olako postaje kriminogeni faktor kao prosta činjenica koju niko ne želi i ne treba objašnjavati.

Posebno treba istaći i sve prisutniju u suštini mega – zloupotrebu prava, koje sve češće postaje lek za sve probleme. To je naravno nemoguće, ali je prisutno kao nasilje pravom čime ono gubi ne samo legitimitet, već i osnovni kredibilitet. Primeri su brojni; korporativni kriminal oko koga se sukobljavaju narativ – kriminal korporacija i korporativni narativ kao način života; terorizam kao krivičnopравни problem koji promovise kršenje osnovnih ljudskih prava u narativu bezbednosti i prevencije,

penalni populizam kao politizacija u oblasti reakcije na kriminalitet.⁶ Najnoviji primer je „inkriminisanje“ klimatskih promena.⁷

Nova perspektiva u objašnjenju zločina je prihvaćen deo novog konteksta koji znači da se više ne traži opšta teorija ili čak integrativna teorija uzročnosti, ukoliko se integracija definiše kao sinteza postojećih teorija u smislu prvog koraka ka opštoj sintetičkoj teoriji. Ideja je postaviti neke inicijalne osnove na kojima bi počivao alternativni teorijski okvir sa „nekom“ snagom objašnjenja i razvojnim potencijalom i na toj osnovi konstruisati alternativu, po mogućnosti integrisanu u opšte kanone kriminologije, ma koliko to delovalo teško izvodivo.

Možemo izdvojiti nekoliko najopštijih pravaca objašnjenja i uticaja na kriminološku misao.

Klasična / liberalna / konzervativna kriminologija odbacuje etiološku obavezu, a njihov osnovni diskurs počiva na pogrešnim premisama. Ona ne istražuje ontološko biće novog pojma povrede – *harm* istovremeno ga suprotstavljajući pravnim definicijama zločina; zatim, ona pokušava da ignoriše zločine moćnih (*powerful*) disproporcionalno se fokusirajući na zločine onih bez moći (*powerless*); koriste pozitivističke metode koje su nedovoljne, a često i kontraproaktivne u objašnjenjima društvenog života, i na kraju oni uzimaju za činjenicu da je ljudska priroda zla, pa samim tim etiološke teorije nisu potrebne za objašnjenje ponašanja subjekta, koji tako postaje objekat disciplinovanja i socijalizacije.

Levo krilo (liberali) u američkoj verziji značenja su od etiologije stigli do kritizma. Problem koji su napravili je mnogo koštao kriminologiju kao naučnu disciplinu, a ukratko se može svesti na plač o izgubljenom „skrivenom“ predmetu proučavanja. Ako se on – predmet ne može prepoznati, tim manje objasniti, učinjen je bitan politički korak (pokazujući slabost levice, čak u moć objašnjenja povreda nastalih kriminalom i koruptivnim praksama moćnih) ka vakuumu koji su iskoristili teoretičari desnog krila lansirajući populističke teorije i punitivne solucije.

Kada su stope kriminaliteta 60/70-ih skočile uprkos porastu individualnih sloboda i privremenom ublažavanju socijalnih nejednakosti, objašnjenja o deprivaciji i represiji kao etiološkim stubovima objašnjenja kriminaliteta su dovedena u sumnju, pa je kriminologija ušla u fazu koju je Jock Young nazvao **etiološka kriza**. Etiološka kriza je tražila svoje rešenje ili izbavljenje upravo povratkom na etiološka pitanja **uzročnosti i motivacije** (umesto deprivacija).

Prazan prostor su osamdesetih godina dvadesetog veka zauzeli predstavnici desnog realizma kao pravca u anglosaksonskoj kriminologiji, koji su zajedno sa neo-

6 J. Pratt, M. Miao /2017/: *Penal Populism: The End of Reason*, The Chinese University of Hong Kong, Faculty of Law, № 02, p. 12.

7 „Kompanije za proizvodnju fosilnih goriva treba da preuzmu odgovornost za posledice klimatskih promena. Pravni rat ima dvostruki cilj: s jedne strane, da reformiše model poslovanja tih prestupnika kako bi ih naterao da poštuju globalnu obavezu postepenog isključivanja fosilnih goriva i ograničavanja porasta temperature na 1,5 stepen Celzijusa; s druge strane, da ih natera da plate štetu nastalu zbog globalnog zagrevanja. Klimatske parnice su neizbežan rezultat neuspeha pregovora tokom prethodne dve decenije. Ali one su i važan način da se klimatska kriza redefiniše kao hitan slučaj povrede ljudskih prava“. (*The Guardian*, 10.09.2017.) <http://pescanik.net/vidimo-se-na-sudu/>, 14. septembar 2017.

liberalnim ekonomistima samozadovoljno pošli u tunnel moći. Taj prostor je iskorišćen kao i „intelektualna“ pomoć programima sekuritizacije, za koje se i danas tvrđi da su osnov statističkog opadanja kriminala. Gubitak „etiološke pozicije“ je doveo do vulgarnog tumačenja sada omiljenog uzroka kriminaliteta – ličnog izbora, zlih pojedinaca i neodgovornog roditeljstva. Prema Hall-u nužan je odlučan povratak u borbu za etiološkim objašnjenjem zločina.⁸

Kriminologija mora prevazići zamke interpretativnog relativizma i kulturalnog pluralizma koji su predstavljeni kao prirodna suština društva i vratiti se ontološkom pitanju konsesualne povrede. Konsesualno jezgro povrede – harm okruženo je osporavajućom periferijom, pa bi kriminologija upravo morala vratiti i povratiti analitičku energiju na jezgro. Međutim, takav povratak nužno vodi oživljavanju filozofskog principa univerzalizma, uz pravljenje ustupaka postojanju relativističke periferije. To je već na prvi pogled u suprotnosti sa osnovnim postavkama postmoderne, kao novog diskurzivnog konteksta.

Dalje, trebalo bi razmisliti o potrebi da se harm postavi kao univerzalna ontološka kategorija. Tome u prilog govori i ideja da to ne bi značilo povratak apsolutnom autoritetu-državi, a da je apsolutni interpretativni relativizam na suprotnoj strani, oblik ponuđenog haosa. Oba pristupa treba prevazići ili povezati.

1.1. Pokušaj razumevanja pojma harm⁹

Pojmom povrede – harm se označava koncept koji bi trebalo da obuhvati i krivično delo i nekrivična ali štetna dela – socijalne povrede.¹⁰

Problema ne bi bilo kada bi postojalo konsesualno razumevanje pojma harm; ali mora se poći od neprihvatljivosti **savremene mantre da su sve povrede – harm ravnopravni i sporni** (brutalno fizičko nasilje i preterano sunčanje na primer, pokriveni su istim izrazom bez vrednosnog razgraničenja).

Tako se jednostavno vraća pitanje da jezgru treba objektivna odluka o tome šta je stvarno štetno, a time i potreba etiološke rasprave.

Prvo pitanje koje se nameće je da li kriminologija treba privremeno da zapostavi pravne definicije zločina u korist definicije povrede – harm, što se ponekad naziva zemiološki pristup (zemiological debate). To sigurno nije lako.

Savremena kriminologija kao da ipak, mada svesna problema, nije zainteresovana da **kontekstualizuje etiologiju**, uz tendenciju odbacivanja mnogih predstava zločina kao novog izvora moralne panike.

8 S. Hall /2014/: Synopsis of Theorizing Crime and Deviance, *Journal of Theoretical & Philosophical Criminology*, № 6 (2), p. 146.

9 U daljem tekstu će se najčešće koristiti zajedno originani izraz – harm i prevod – povreda. Osnovni razlog za to je pretenzija izraza harm da zameni pojam zločina, a drugi je teška prevodljivost zbog mnoštva sinonima (injury, damage). Pravna definicija, prema Merriam-Webster rečniku (www.merriam-webster.com/dictionary/harm) harm označava gubitak ili povredu nečijeg prava, imovine ili fizičkog ili mentalnog blagostanja; sinonim je injury.

10 R. Khare /2016/: Benefits that a Zemiological Approach can bring to the Study of Global Crime and Insecurity, *International Research Journal of Social Sciences*, № 5 (5), p. 30

Treba poći od, i ponovo otvoriti ozbiljnu debatu oko jednog jednostavnog i starog problema: šta od opasnih ponašanja treba kriminalizovati, šta biti podvrgnuto restorativnom pritisku, a šta treba ignorisati. Ako tako vratimo pitanje na početak, vraćamo se na pravo. Možemo je nazvati i demarkacionom linijom između jezgra i periferije ali ona uvek znači isto: značenje i skaliranje kao u krivičnom pravu. Ono što jeste problem je upravo postmodernističko skaliranje u izjednačavanju relativizovanih opasnosti, ali i oni prihvataju suženo jezgro: **brutalno nasilje**. Opiranje očiglednom se u literaturi tumači neoliberalnom opsesijom opresivnom državom, izraženom u stavu da svako širenje jezgra konsesualnog harma je ekvivalent ekspanziji „governmentality“ u Fukoovom smislu. Integritet naučne discipline ipak ne bi smeo omogućiti da joj iracionalni politički strahovi zaključaju značenje u kavez brutalnog fizičkog nasilja kao jedinog jezgra povreda – harm (tim pre što je sumnjiv odnos prema genocidu).

Za ovo stanje se u literaturi optužuje postpolitičko stanje, samoindukovana politička samoparaliza, nakon toga diskurs o „kraju istorije“, što je sve omogućilo **totalitarni neoliberalizam i normalizaciju globalnih tržišta kriminala**.

Hall¹¹ otvara debatu o harm (povreda umesto zločina), oživljavajući etiološku radoznalost i vraća je u centar kriminologije. Ako bi pravo bilo definisano harmom, u momentu kada zakon definiše harm, imajući u vidu sve koncesije političkoj moći koju ova idealistička inverzija zahteva nastaju novi / stari problemi.

Tvrda linija konstrukcionizma i relativizma kreirala je klimu simboličke neefikasnosti, koja sada prožima ne samo kriminologiju, društvene nauke već i politiku i popularnu kulturu. Polazeći od Derrid-inog kulta dekonstrukcije stigli smo do političko-kulturne tačke u kojoj značenje može biti ustanovljeno samo za trajanje koje je potrebno da se ono dekonstruiše i uništi.

Pokušaji da se konstruišu simbolički efikasni koncepti harm-a putem političkih i regulatornih poduhvata, automatski izazivaju skepticizam uz optužbu da su konstruisani u preuveličanoj formi koja kreira moralnu paniku i opravdava ‘governmentality’. Radikalna liberalna ideja antidržavnosti dominira levim krilom kriminologije; ali u realnom svetu ceo projekat se urušava socioekonomskom situacijom i afirmacijom države bezbednosti u nedostatku alternativnih formi političke (demokratske) intervencije.

Švendingerova definicija i koncept zločina kao povrede – harm (2001.) bila je napredak. Ona glasi: „Bilo koja osoba, društveni sistem, ili društveni odnos koji negiraju ili ukidaju osnovna prava, smatraju se kriminalnim“. „Osnovna prava tiču se prava na rasnu, polnu i ekonomsku jednakost“. Ona su „osnovna“ zato što „je toliko mnogo uloženo u njihovo priznavanje“. Može se primetiti da ova ideja koincidira sa momentom kada je narušavanje navedenih prava već ozbiljno započelo.

Dalje, „pojedinici koji ne priznaju ova prava drugima – su kriminalci“, a „isto tako, društveni odnosi i društveni sistemi koji redovno ukidaju ta prava – takođe su kriminalni“.¹²

11 *Ibid.*, 147.

12 D. Milovanović /2005/: Pravna definicija zločina – jedan alternativni pogled, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, № 2, pp. 20–28.

Ovo je uvođenje novog pristupa konstitutivne kriminologije.

Za početak, treba da definišemo „povredu“ na sveobuhvatniji način kako to predlaže Milovanović.¹³ Povreda (zločin) može da se definiše kao „izraz energije agenta/agencije da nešto učini drugom, ko se tome ne može odupreti jer je u tom trenutku bespomoćan da održi ili iskaže svoju ljudskost.“ Drugim rečima, radi se o demonstraciji moći prema drugoj osobi, a bez ikakvog njenog značajnijeg suprotstavljanja. Pod „agencijom“ podrazumevamo one subjekte koji ulažu energiju (prekomerna primena) u negiranju drugih pomoću dela redukcije i represije.“ Agenti (i agencije) mogu biti: ljudska bića, društveni identiteti (žene, muškarci), razne grupe (etničke, rasne, itd.), političke partije, društvene i kulturne institucije, agenti društvene kontrole (policija), ali i pravni aparat (pravni sistem i njegovi zakoni) i država (i njeni razni organi).

„Povrede ili zločini su izrazi primene moći (prekomerna upotreba od strane jednog ili više organa prinude) prema drugim licima, koja su u momentu te primene (bilo da je trenutna ili protegnuta kroz vreme), bespomoćna da to stanje promene. Zločin, dakle, oduzima deo nečije ljudskosti. U trenutku njegovog izvršenja žrtva se smatra za nebiće, nepotpuno ljudsko biće, koje nije u mogućnosti da promeni situaciju“.

Po Milovanoviću, dakle, prihvatiti pravnu definiciju zločina znači biti zarobljen državnom, politički vođenom i pravno diktiranom logikom.

Ovi stavovi svakako zaslužuju veliku pažnju, mada, eksplicitna sumnja u državno i pravno kršenje ljudskih prava mnogima deluju preterano. Pogotovo, ako se u centar legitimnosti krivičnog prava instalira sociološko objašnjenje odnosa moći u drugačije pomešanim kartama.

Naime, po mišljenju autora, u nepostojanju ozbiljne debate o krizi kriminologije i krivičnog prava neoliberalna elita je šćepala koncept harm-a i definisala ga u okviru svoje terminologije, koja uobičajeno podrazumeva i disproporcionalno ponižavanje nemoćnih. Kriminologija tradicionalno kritikuje državu i korporativni kriminal, ali ta kritika uporno propada u odnosu na individualne ili konstruisane forme subjektiviteta koji su iza tih povreda.

Kao prvi korak u analizi agenta, agencije – subjektiviteta treba poći od preuzimanja definicije specijalne slobode (*special liberty*) i uvesti ovu kulturnu normu u kriminologiju. Ona uobičajeno objašnjava i opravdava povrede koje poslovna klasa čini ljudima i njihovoj prirodnoj sredini u ime prosperiteta. Može se reći da je mentalitet *special liberty* postao šire prihvaćen u deindustrijalizovanom društvu kao normalno ponašanje, deo kulture rizika nezavisno i uprkos mogućnostima povrede drugih.

Izbegavanje pitanja povrede – harm i poricanje njegovog postojanja u političkom i društvenom životu je definitivno ograničilo i razmišljanja kriminologije o ontološkom konsensusu harm i nužnosti izlaska iz kruga individua i imovina, priznajući socijalne, kulturne i psihološke dimenzije društvenog života.

13 *Ibid.*, 20.

Sušтина je poštovanje prava (osnovnih potreba i emocija drugih). U tom značenju, potrebe su multidimenzionalne i treba ih svesti na okvir značenja mogućnosti harm-a. Taj okvir je **kontekstualizacija**. U tom smislu, hegelijanski pristup je zastareo, pošto je osnov socioekonomske uzajamne zavisnosti prekinut činjenicom automatske produkcije svega. U tom pravcu se objašnjenje širi dodatkom da današnja vladajuća klasa nema potrebu za priznavanjem mišljenja „robovske“ većine koja joj nije potrebna. Tako većina gubi latentnu političku moć.¹⁴

Vladajući tako osvajaju moć arbitrarnog izbora da li će nekom dati, pokloniti ili ne, socijalno priznanje, prava, tako da ovo postaje najvažniji element specijalne slobode.

Za povratak socijalnog priznanja u okvir i bazu za univerzalnu kategoriju harm postojanje demokratije se pretpostavlja. Na taj način se uzročna veza obrće: ustvari, demokratija bi bila rezultat prethodnih znanja o harm i udružena sa empatijom i socijalnim pravima bi poništila elemente specijalne slobode. Tim procesom bi bilo omogućeno stvaranje, institucionalizovanje obnovljene politike i realizacije pravog progressa. Tako bi se kriminologija pomerila ka univerzalnoj kategoriji povrede – harm i dala veoma bitan temelj obnovi demokratije.

Polazilo bi se od argumenta da harm nije aberacija, kategorija koja bi pomogla da se definiše kao uzgredna posledica uzrokovana čestim poremećajima u funkcionisanju kapitalističkog sistema, ili kao individualno ponašanje koje je dozvoljeno (u tom savremenom obliku sistema) a sastoji se u povređivanju prava drugih.

Pravi cilj bi bio utvrditi da se povreda – **harm u svojim skrivenim oblicima nalazi integrisan u srž savremenog oblika kapitalističkog sistema** i prateće vladajuće kulture i subjektivitete, predstavljajući funkcionalnu dinamičku silu.

Kroz istoriju procesa pseudopacifikacije kao srži kapitalizma elita je naučila vitalnu lekciju: da kapitalistička tržišna ekonomija ne može da funkcioniše u uslovima nasilja ali ni altruizma. Nasilje u nedostajanju altruizma se može ispoljiti kao *varvarizam poretka ili varvarizam poremećenog poretka (disorder)*. Sistem mora stalno pronalaziti treću dimenziju, koja će represirati oba vida.

Neoliberalizam je, kako se to često ističe, uticao na zamenu tradicionalnog značenja kulture i političke tradicije idejom lažno depolitizovane konzumerske kulture. Međutim, kako ističe Hall, ovo je, zajedno sa tehnološkim napretkom i transportom (značajke novog sveta) kreiralo uslove razvoja globalnog kriminalnog tržišta i detektorizovanih kriminalnih mreža.

Moglo bi se zaključiti da ponovo otvaranje problema kontekstualizacije sada novog pojma povreda – harm opet nužno vraća priču na etiologiju kao centralno pitanje kriminologije. Da li to znači da „to nešto“ – nazvali ga zločin, krivično delo ili harm, egzistira izvan prava. Ne znači i ne može da znači. **Čak i kada bi pravo bilo definisano harm-om, harm je samim tim automatski definisan pravom.**

Otvorenim ostaje samo pitanje kolika se koncesija mora dati političkoj moći u ovakvoj idealističkoj inverziji stvarnosti.

14 C. Crouch /2000/: *Coping with Post-Democracy*, Post-Democracy.pdf.

1.2. Neoliberalizam i pravno mišljenje

U knjizi objavljenj 2015. godine, *Demontiranje demosa*, Wendy Brown¹⁵ ubedljivo izlaže tezu da je rušenje demokratskih vrednosti širom sveta posledica prihvatanja neoliberalne ekonomije. To, po njoj ne znači da su elite slobodnog tržišta proračunato podržavale autokratske projekte, već da su ekonomske mikrostrukture izgrađene u poslednjih 30 godina „preoblikovale sve domene ljudskog života i postupanja, pa i ljude same, prema liku ekonomske vrednosti“. Sve ocenjujemo prema ekonomskim učincima: slobodu govora, obrazovanje, učešće u političkom životu. Načela koja bi morala imati opšte važenje vagamo kao da je u pitanju roba. **Pitanje glasi: „isplati“ li se?** (dopustiti pojedinim gradovima da štite ilegalne imigrante? Kakve će biti ekonomske posledice otpuštanja desetina hiljada profesora i ograničavanja područja istraživanja kojima se oni bave?).

U obrazlaganju ove važne teme ona polazi od čuvenih Fukoovih (Foucault) predavanja (Collège de France lectures). Izdvaja njegovo zapažanje da „pravo daje formu ekonomskom“ u neoliberalnoj racionalnosti, što se u neku ruku nadovezuje na njegovo viđenje marksističke ideje da pravo derivira iz, i predstavlja ogledalo oblika (načina) proizvodnje.

Međutim, Fukoovo viđenje uloge prava u neoliberalizaciji društva je možda još šire: pravo i pravno razmišljanje ne daje samo formu ekonomskom, već ekonomskim parametrima definiše društveni život i odnose. Na taj način pravo postaje medijum za prodiranje i širenje neoliberalnog diskursa, koji nadilazeći, prevazilazeći ekonomiju, uključuje i konstitutivne elemente demokratskog života. To znači više od prostog osiguranja prava kapitala i strukturalnog nadmetanja, neoliberalno pravno mišljenje **preinačuje** politička prava, građanska prava pa i samo polje demokratije kao takve u ekonomski poredak, registar; čineći to, ono dezintegriše i samu ideju demosa.¹⁶

Pravno mišljenje tako postaje komplementarno praksi vladanja, kojom se kao sredstvom uništava demokratski politički život. Važno je istaći da načini dedemokratizacije putem neoliberalnog prava počinju u sferi reformi pravnih kompleksa kojima se ojačava politička snaga kapitala a slabi snaga organizovanih građana (radnika i potrošača).

Međutim, tu se suština dedemokratizacije ne zaustavlja. Prevodeći slobodu govora u robu koja se konzumira shodno ličnom izboru, svaka intervencija vlasti isključuje deo tržišta, isključujući slobodu političkog govora milionima udruženih građana (korporacijama) paternalistički ograničavajući šta potrošači treba da znaju ili smatraju. To znači ako slobodu političkog govora razumemo kao kapital političkog tržišta, tada smo politički slobodni kada on slobodno cirkuliše. A slobodna cirkulacija je obezbeđena samo ukoliko korporacije nisu sputane u izboru koji govor, stav one formiraju ili promovišu. Štaviše, menja se i stav o tome šta uopšte govor znači: to ne bi više bilo sredstvo izražavanja i dijaloga, već inovativno i produktivno

15 W. Brown /2015/: *Undoing the Demos: Neoliberalism's Stealth Revolution*, New York, pp. 151–155.

16 *Ibid.*

„nešto“, baš kao i kapital.¹⁷ Ovaj kreativni koncept slobode izražavanja, koji se uklapa u brze tehnološke promene bi po njima generirao novo javno dobro.

2. NUŽNOST UNUTRAŠNJE USKLAĐENOSTI KRIVIČNOG ZAKONA

Prethodno naveden opis erodiranja, preinačenja i zloupotrebe osnovnih pojmova ljudskih prava je samo primer kako politička moć dekonstruiše sve zatvorene svetove koji smatraju da su nekako zaštićeni.

Svet krivičnog prava je zadržao osnovne parametre moderne, kako smo to ranije istakli. Savremene promene se uglavnom tretiraju kao usklađivanje krivičnog pravnog normativnog sistema sa novim svetom (shvaćenim kao strano telo), kao reakcija na promene (visokotehnološki kriminal, na primer) bez pominjanja, a kamoli prihvatanja promenjenog diskursa.

To znači da bi, između ostalog, trebalo pokušati, analiziranjem procesa neutralizacije i normalizacije zločina, ponovo promisliti o posledicama čišćenja normativnih, ovoga puta u smislu vrednosnih, parametara iz prostora fenomena kriminaliteta, shvaćenog u najopštijem smislu.

U ovom delu se pokušava ukazati na probleme koji se pojavljuju u pretpostavljenoj koherentnosti krivičnog zakona. Ako se pođe od hipoteze da su svi osnovni pojmovi i međupojmovi nedvosmisleni ili bar dovoljno određeni, da poštovanje načela zakonitosti i jasna zakonska kriminalna politika sadrže niz usaglašenih normi i njihovog nedvosmisleno pravilnog primenjivanja, u analizi se proverava osnovanost ovih postavki. Pitanja nisu nova, i svode se na sledeće: šta danas znači odnos načela zakonitosti i implementacija ideje zaštite ljudskih prava u krivičnom pravnom sistemu.

Naučno izučavanje pravnog fenomena kao predmeta specijalnih pravnih nauka je, bar posmatrajući krivično pravo, u savremenim uslovima prilično 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. Važno je, stoga, podsetiti se da predmet krivičnog prava tako nisu pravni propisi, već povrede prava (nepravo, krivična dela) odnosno inkriminisane povrede pravnih propisa, odnosno pravne ustanove ili instituti¹⁸; dakle, krivično pravo se ne može baviti pravnim propisima o ubistvu, već ubistvom, na primer. 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, a onda ona određuje masu zakonskih pojmova. Obrnuti proces je opasan, i to ćemo pokušati delimično osvetliti u ovom tekstu.

¹⁷ *Ibid.*, 159.

¹⁸ T. Živanović /1921/: *Sistem sintetičke pravne filozofije*, Beograd, p. 38.

Zatim, svaka pravna nauka po suštini mora biti sistem određenih pojmova. „Pravno sistematiziranje pojmova se sastoji u koordinaciji pojmova istog pojmnog stepena udruženoj sa subordinacijom koordiniranih pojmova nižeg pojmnog stepena koordiniranim pojmovima višeg pojmnog stepena, i najzad koordiniranim pojmovima najvišeg pojmnog stepena, tj. osnovnim pojmovima, odnosno osnovnom pojmu dotične nauke“. ¹⁹ To znači da svi elementi sistema moraju biti usklađeni i da sistem mora biti sređen.

Nakon ovih notornih konstatacija, treba naglasiti da krivično pravo zauzima poseban položaj u odnosu na sve ostale grane prava: ono je grana prava koja obuhvata uglavnom samo sankcije za prekršaje koji su **najteži** i **koji se odnose na sve grane prava**. Zato ga neki pisci i smatraju glavnim delom tzv. *prava o nepravu*, tj. prava o deliktima, dok su ostale grane prava *pravo o pravu*.

Naime, svaka grana prava sadrži i svoje sankcije, kojima se sankcionišu norme koje ta grana sadrži. Ali najteže sankcije za najteže delikte iz svih grana prava se skupljaju u jednu posebnu granu prava – u krivično pravo. Ti najteži delikti čine krivična dela, i određivanje krivičnih dela i sankcija za njih čini predmet krivičnog prava. Prema tome, krivično pravo je kao neka negativna sinteza svih ostalih grana prava. Kao takvo, krivično pravo se razlikuje od ostalih grana prava po mnogim karakteristikama, a posebno po svojoj strogoj kodifikaciji, tj. po tome da se krivična dela i kazne mogu odrediti samo zakonima, a ne i drugim, nižim pravim izvorima ili aktima. Načelo zakonitosti dolazi do najvidljivijeg izraza u krivičnom pravu, iako podjednako važi i u drugim granama prava.

Naše krivično pravo, prema navedenim osnovnim postulatima zaslužuje posebnu proveru, u situaciji stalnog reformisanja, koje otvara pitanje utvrđivanja da li samo fingira primer sistematizovane nauke ali i zakona, ili prostog pozitivnog zakona izgubljenog u košmaru napuštanja pravnih vrednosti kao osnove i ekskluzivnosti ove vrste prava.

Ukoliko se ovome doda ugao posmatranja odnosa stvaranja prava i njegove primene, možemo slobodno reći da to 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 tog teksta iz druge, najjednostavnije rečeno. Takođe je uobičajeno da se problem funkcionisanja krivičnog prava najčešće iscrpljuje kritikom pravosuđa ne dovodeći na scenu mogućnost da je problem loš zakonski tekst ili kriminalna politika koja je po prirodi stvari deo „pozitivne“, i samim tim nestabilne i promenljive real – politike.

Proces primene prava – norme ima sledeće faze u klasifikaciji Radomira Lukića:²⁰ saznanje norme i utvrđivanje njene sadržine, tumačenje norme, što ustvari predstavlja dalji proces saznavanja, ali se zbog svoje važnosti izdvaja kao posebni

19 T. Živanović /1921/: *Ibid.*, 44.

20 R. Lukić /1954/: *Teorija države i prava II*, Beograd, p. 271.

element, utvrđivanje faktičke situacije – polazna i dolazna situacija i ljudska radnja primenjivanja norme.

Osnovno pravilo tumačenja je da se uvek mora raditi o tumačenju pravnog porotka kao celine.

Kada govorimo o stvaranju norme, princip harmonizacije uz poštovanje jezika konvencije i konsesualni princip međunarodnih akata, kao i modelski pristup pisanju zakona kao usvojena tehnika su primeri savremenih dilema o, ne samo načinu pisanja zakona, već o podudarnosti stvarnosti, potreba i norme. To se posebno odnosi na takozvana postkomunistička društva, u kojima je važna tendencija postići standard demokratije, poznat kao vladavina prava. Međutim, nekritičko modelsko pisanje i neshvatanje jezika konvencije su opasni, jer ono što je usaglašeno i funkcioniše kao dobra odredba u jednom kontekstu (istorijskom, političkom) naprosto ne funkcioniše na isti način u drugom kontekstu²¹.

Savremeni kontekst postepeno uvodi dve osnovne relativizacije krivičnog pravnog sistema i njegove uloge: prevenciju kriminaliteta kao zadatak krivičnog zakona; gubljenje suštinskog supstrata najteže povrede (što je očigledno u odnosu krivično delo – prekršaj). Ova druga relativizacija je istovremeno put zanemarivanja standarda o velikom stepenu društvene neprihvatljivosti krivičnog dela koji nužno angažuje celokupni pravosudni aparat. Krivična odgovornost je figurativno govoreći najviši stepen pravne odgovornosti; stoga, kao takav – pravni standard ne sme biti predmet zloupotrebe i ciljanog tumačenja u datim okolnostima.

Očigledno je naime, da savremeni svet „borbe“ protiv kriminala funkcioniše na principima efikasnosti i povećanja represije korišćenjem preventivnih metoda koji derogiraju ljudska prava. Proporcionalnost u realizaciji cilja – odbrane društva u odnosu na prava učinioca se može ostvariti minimum „normalne“ kriminalne politike. Filozofija krivičnog prava je (trebalo bi biti) izvor kriminalne politike, te bi ona morala pratiti ideje legitimiteta i granica prava na kažnjavanje, obaveze društva prema delinkventima, ljudska prava, ulogu morala u regulisanju društvenog života...²² Ovo viđenje uloge i odnosa krivičnog prava i kriminalne politike je staro tridesetak godina, a zapravo deluje kao da puni vekovi dele ove ideje i sadašnjost.

Dobar primer može biti implementacija ljudskih prava u krivičnopravni sistem i domet njihove zaštite na tako profilisanom apstraktnom nivou. Prava i slobode kao metafora nije toliko apstraktna kategorija da može izgubiti značenje. Ne iscrpljuje se u formalnoj zabrani diskriminacije na primer, koju stavite u zakonski tekst pa je onda dezavuišete nizom pojedinačnih propisa i praksom.

Verovatno je najgori izbor, ali opet dobar primer, oblik hiperinkriminalizacije kojim se reguliše situacija već pokrivena postojećom (krivičnopravnom ili nekrivičnopravnom) normom u ideji sužavanja, naglašenog putokaza u (poželjnom) tumačenju njenog značenja, ali to najčešće rezultira konfuznom normom nepogodnom za pravilno tumačenje; to bi mogli prepoznati i nazvati uvođenje načelno nedozvo-

21 N. Dimitrijević, *Kako čitati ustav* – <http://pescanik.net/kako-citati-ustav/>, 29. februar 2012.

22 R. Merle, A. Vitu /1981/: *Traite de droit criminel. Problemes generaux de la science criminelle. Droit penal general*, Paris, p. 94.

ljene kreativne analogije samim zakonskim tekstom, čime svako tumačenje postaje legitimno ali nedozvoljivo (primer trgovina uticajem iz čl. 366 KZ u svojoj neodredljivosti vanpravnih pojmova).

U daljem tekstu ćemo, koliko je to moguće, slediti navedene primere, prevodeći ih u posebna pitanja. Tako izdvajamo kao posebna pitanja odnos značenja: načelo zakonitosti i implementacija ideje zaštite ljudskih prava u krivičnopravni sistem i preciziranje kažnjive zone – odnos krivičnog i prekršajnog zakonodavstva.

2.1. Načelo zakonitosti i implementacija ideje zaštite ljudskih prava u krivičnopravni sistem

Polazeći 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, čak napuštanju osnovnog smisla načela.

Pre svega, polazi se 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.²³ Radi se o vrednosnoj kategoriji koja obuhvata osnovne, specifične pravne i nespecifične pravne vrednosti, koje su konsensualne i samom tim nesumnjive. Nesumnjivost proizlazi iz vrednosnog izbora.

Načelo zakonitosti spada u takva, ali i normirana načela. Normirana su ona načela koja garantuju na najvišem nivou pravne hijerarhije poštovanje sloboda i prava čoveka i građanina i načela sudskih postupaka.

Nesumnjivost načela zakonitosti postoji utoliko što latinska izreka *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* prevedena i prepričana, zauzima počasno mesto u ustavnim i zakonskim tekstovima većine država. 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.

Takođe je notorno znanje da je krivični zakon izvor i teorije i prakse, ali i da je on, kao uostalom i svaki drugi zakon samo tekst, 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.

23 Ž. Harašić /2009/: Dometi sistematskog tumačenja u pravu, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, № 2, p. 324.

U ovom tekstu se, dakle, polazi od osnovne ideje – provere „zakonitosti“ zakonskog teksta. Obradićemo dva uočena problema u okviru teme o određivanju kažnjive zone.

2.2. Načelo zakonitosti i određivanje kažnjive zone

2.2.1. Odnos opšteg i posebnog dela krivičnog zakona na primeru pripremnih radnji

Pitanje o odnosu opšteg i posebnog dela nije novo, ali je konceptualno nerešeno. Da li je opšti stvarno opšti deo, odnoseći se na sve norme i pojedinačne inkriminacije po hijerarhijskom principu? Navešćemo dva primera.

Najbolji, i klasični primer je **položaj** pripremnih radnji u odnosu opšteg i posebnog. Provera koliko su u značenju očuvanja načela zakonitosti pripreme radnje, koje su u obliku opšteg instituta nestale iz Krivičnog zakonika, a u ideji praćenja savremenih trendova sužavanja zone kažnjivosti adekvatno oblikovane. Sužavanje zone kažnjivosti je nesporno model kome se načelno ne može prigovoriti, prvenstveno kao novi kriminalnopolitički stav, međutim prebacivanje nužnog kažnjavanja za određene oblike pripreme u posebni deo Krivičnog zakonika donelo je svoje probleme. Činjenica da je priprema u obliku *delicta preparata* izgubila element opštosti, ali i svojstvo interpretativnog modela unosi (možda nepotrebnu) konfuziju u tumačenje. Teško je zanemariti činjenicu, na primer, da se u dispoziciji uslova za izricanje kazne oduzimanja vozačke dozvole (čl. 53 st. 1 KZ) pripremanje navodi ravnopravno sa radnjom izvršenja krivičnog dela²⁴, i da sledstveno potrebama tumačenja nailazimo na ozbiljnu prepreku.

Nedostatak interpretativnog modela za ovaj slučaj kao i za slučajeve predviđene u Posebnom delu Krivičnog zakonika je ozbiljan problem. Zašto makar u objašnjenjima opštih pojmova koja su locirana u deo Opšteg dela pod nazivom – značenje zakonskih izraza, nije data definicija pripremnih radnji? Tako bi verovatno bili izbegnute načelne dileme. Navodimo par primera.

Uobičajeno je da se ne dovodi u problem formulacija čl. 320 st. 2 Krivičnog zakonika (Pripremanje dela protiv ustavnog uređenja i bezbednosti Srbije).²⁵ Ona bi čak trebalo da bude i znači „opšti“ pojam (ponavlja se na primer i u članu 391 st. 4 i 5 KZ koji inkriminiše međunarodni terorizam). Međutim, domet relevantnosti ovog zaključka se može dovesti u pitanje logičkim ukrštanjem dva pravna rešenja. Naime, u samom članu 320 st. 3 KZ se kao dodatne pripreme radnje navode aktivnosti upućivanja i prebacivanja na teritoriju Srbije lica ili oružja, eksploziva, otrova, opreme, municije ili drugog materijala radi izvršenja jednog ili više krivičnih dela protiv ustavnog uređenja i bezbednosti Srbije. Ostaje otvorenim pitanje da li se u ovoj odredbi može prepoznati samo specifičnost vezana za ovo krivično delo. Tre-

24 Z. Stojanović /2011/: *Krivično pravo – Opšti deo*, Beograd, p. 269 (*bez komentara o ulozi pripreme*).

25 Zakon kaže da se pripremanje sastoji u nabavljanju ili osposobljavanju sredstava za izvršenje krivičnog dela, u otklanjanju prepreka za izvršenje krivičnog dela, u dogovaranju, planiranju ili organizovanju sa drugim izvršenje krivičnog dela ili u drugim radnjama kojima se stvaraju uslovi za neposredno izvršenje krivičnog dela.

balo bi da je tako, ali drugi navedeni primer – međunarodni terorizam može imati slične pojavne oblike. Nedostatak norme može dovesti do širenja tumačenja.

Posebno je pitanje tumačenja kada se zakonska odredba pojavljuje u čistom obliku *delicta preparata* – ko vrši pripreme... (čl. 401 st. 6 KZ – protivljenje pretpostavljenom). U ovom i drugim slučajevima, primerima je još uočljiviji i opasniji nedostatak interpretativne norme.

Međutim, čini se još alarmantijim primer krivičnih dela neprijavlivanja pripremanja krivičnog dela i neprijavlivanja krivičnog dela i učinioca (čl. 331 i 332 u Glavi tridesetoj KZ – Krivična dela protiv pravosuđa). U prvom, nedostatak interpretativnog modela prerasta u nedostatak pravnog osnova inkriminisanja. Naime, ako su pripreme radnje načelno dekriminalizovane i postoje isključivo u formi posebne inkriminacije, na osnovu čega se može kazniti neko ko zna da se priprema izvršenje krivičnog dela za koje se po zakonu može izreći pet godina zatvora ili teža kazna, pa u vremenu kad je još bilo moguće sprečiti njegovo izvršenje to ne prijavi, a delo bude pokušano ili izvršeno (kazniće se novčanom kaznom ili zatvorom do jedne godine).

Načelno je pitanje da li tada odredbe koje su interpretativne u slučaju nekih krivičnih dela mogu poslužiti davanju značenja drugim normama koje su imperfektne u tom smislu? Koja norma je tada relevantna?

Tako dotičeno i važno pitanje zabrane kreativne analogije.

2.2.2. *Preciziranje kažnjive zone – odnos krivičnog i prekršajnog zakonodavstva*

Uobičajeno je da se pod izrazom preciziranje kažnjive zone misli na utvrđivanje distinkcije pripreme od izvršenja krivičnog dela. U okvirima ovog teksta govorimo o novom, ili bar izoštroenom problemu odnosa krivičnog i prekršajnog zakonodavstva.

Ovaj problem je možda najvidljiviji kod pozitivnopravnog regulisanja krivičnih dela i prekršaja protiv javnog reda i mira. Prema tumačenju u literaturi²⁶ definicija iz Zakona o javnom redu i miru se primenjuje na Krivični zakonik. Osim što je ne-kvalitetna, ova odredba je promašila i suštinu i tehniku definicije.

Naime, u članu 2 Zakona o javnom redu i miru²⁷ data je definicija javnog reda i mira, a ne (bar) povrede propisa; predmet zakona je povreda ili ugrožavanje određenog kruga društvenih odnosa, a ne najuopšteniji opis, nabrojanje mogućih objekata zaštite. Kao kad bi opšta definicija krivičnog dela definisala, ne delo nego nabacani, pobrojani skup nečega što se štiti. Definiše se javni red i mir kao usklađeno stanje međusobnih odnosa građana nastalo njihovim ponašanjem na javnom mestu i delovanjem organa i organizacija u javnom životu radi obezbeđivanja jednakih uslova za ostvarivanje prava građana na ličnu i imovinsku sigurnost, mir i spokojstvo, privatni život, slobodu kretanja, očuvanje javnog morala i ljudskog dostojanstva i prava maloletnika na zaštitu.

26 N. Delić /2013/: Nova rešenja u glavi krivičnih dela protiv javnog reda i mira (XXXI), *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, № 2, p. 278.

27 *Službeni glasnik RS*, br. 51/92, 53/93, 67/93, 48/94, 101/2005 – dr. zakon i 85/2005 – dr. zakon.

Ili, najšire shvaćen javni red i mir, kao grupni zaštitni objekat ove grupe krivičnih dela, čine „međusobni odnosi građana koji su u skladu sa pravilima ponašanja o normalnom načinu života u društvenoj zajednici“.²⁸

Ali, i na ovaj način shvaćen, javni red i mir široko je određen. U svakom slučaju treba da se naglasi da ponašanja i postupci kojima se remeti normalan način života, ugrožava bezbednost građana, unosi nemir među građane itd. mogu da predstavljaju kako prekršaje, tako i krivična dela iz ovog poglavlja. To eventualno može važiti za prekršaje (misli se različitost objekata zaštite), ali kada se radi o krivičnim delima, inkriminišu se ponašanja, kod kojih već i iz njihovog naziva nije teško uočiti da su veoma raznorodna u smislu težine.

U pomenutim zakonskim tekstovima, nije dat pojam povrede ili ugrožavanja već pozitivna definicija značenja pojma javni red i mir. Šta nam ona govori? Prema čisto jezičkom tumačenju, a podelom na sastavne delove, dobijamo nespojive segmente: usklađeno stanje, međusobni odnosi građana nastali njihovim ponašanjem na javnom mestu, delovanje organa i organizacija u javnom životu radi obezbeđivanja jednakih uslova za ostvarivanje prava građana na ličnu i imovinsku sigurnost, mir i spokojstvo, privatni život, slobodu kretanja, očuvanje javnog morala i ljudskog dostojanstva i prava maloletnika na zaštitu.

Usklađeno stanje u izvornom značenju se može shvatiti samo kao ideal koji se najmanje može postići represijom, znači svakom zakonskom regulativom koja nosi sankciju.

Način postizanja usklađenog stanja objašnjeno kao – međusobni odnosi građana nastali njihovim ponašanjem na javnom mestu u vezi sa delovanjem organa i organizacija u javnom životu ne znači baš ništa. Cilj normiranja objašnjen kao obezbeđivanje jednakih uslova za ostvarivanje prava građana na ličnu i imovinsku sigurnost, mir i spokojstvo, privatni život, slobodu kretanja, očuvanje javnog morala i ljudskog dostojanstva i prava maloletnika na zaštitu, još manje.

Ako sa druge strane posmatramo krivična dela posvećena javnom redu i miru, možemo zaključiti da su krajnje heterogena. Heterogenost, i što je važnije dijagonalno različiti stepen i vrsta ugrožavanja različitih zaštitnih objekata, ne predstavlja dobru osnovu za pojedinačna objašnjenja. Kriterijum pretežnosti grupnog zaštitnog objekta upravo ilustruje problem o kome pišemo, a to je da treba uspostaviti opštiji kriterijum pretežnosti količine opasnosti koja opravdava izbor da neko ponašanje uopšte bude krivično delo. Podrobnija analiza propisanih krivičnih dela, pojačava nedoumice. Neka od ovih dela, bar na prvi pogled, asociraju na dela iz glave dvadeset osme KZ – krivična dela protiv ustavnog uređenja i bezbednosti zemlje²⁹ pa se ne sme olako preći preko uočene sličnosti. S tim u vezi, nameću se dva nezaobilazna pitanja koja treba razjasniti: po čemu se dela protiv javnog reda i mira razlikuju od pomenute glave KZ, a zatim postoji li nešto što bi bliže povezivalo sva krivična dela protiv javnog reda i mira. Na prvo pitanje i na prvi pogled nije teško odgovoriti. Krivičnim delima iz glave dvadeset osme KZ napada se u celini ustavno uređenje i

28 Z. Stojanović, O. Perić /2009/: *Krivično pravo – Posebni deo*, Beograd, p. 295.

29 *Ibid.*

bezbednost zemlje, a izvesnim krivičnim delima protiv javog reda i mira napadaju se samo u jednom nebitnijem delu pojedine od tih vrednosti. Iz toga proizlazi da je razlika u pretežnosti grupnog zaštitnog objekta. Drugo pitanje je teže objasniti. Teško je, naime, pronaći neku međusobnu vezu koja bi spajala sva ova krivična dela, jer su u izvesnim slučajevima u istu grupu svrstavana i krivična dela, iz ranijeg krivičnog zakonodavstva, ali i iz sporednog krivičnog zakonodavstva, „koja samo dalje znače napad na javni red i mir“.³⁰

ZAKLJUČAK

Počeli smo od konstatacije da opšti tip paradoksa sa kojima se danas susrećemo proističe između ostalog i iz notorne činjenice da društvene nauke direktno reflektuju stanje u društvu. Stoga je svako analizirano pitanje u suštini – pitanje ogledalo.

Proučavajući dugo vremena prilično obimnu i razuđenu literaturu posvećenu ovim problemima, došla sam do preliminarnog zaključka da doktrina krivičnog prava nije spremna da konstatuje i pokuša da vrednosno proceni trend derogiranja klasičnih postulata (načela zakonitosti pre svega).

Odgovor mogućeg funkcionisnja modernog društva je u zakonima i zakonitosti – u osnovnom značenju jednakosti u zakonu i pred zakonom. Savremeni ili postmoderni pristup pretvara princip jednakosti pred zakonom u diskriminativno pravo – pravni mehanizmi su uspostavljeni, ali kad je u pitanju krivično (ali i svako drugo) pravo „primenjivaću ga prema neprijateljima“.

Samo krivično pravo kao da ne primećuje šta se dešava, zadržavajući formu (ili masku) legaliteta.

Moglo bi se reći da postoji neka vrsta stidljivih pokušaja da se problematizuje položaj i uloga krivičnog prava, ali se ona rasipa u preovlađujućem metodu objašnjavanja izuzetaka do nekog nivoa i kao pojedinačnih slučajeva; tu se sve zaustavlja, bez zaključka o sudbini samih osnova opštih pojmova.

Izabrani primeri, čini se, nesumnjivo pokazuju da bi trebalo mnogo više pažnje posvetiti jezičkoj jasnoći samog zakonskog teksta radi izbegavanja nepotrebnih nesporazuma u tumačenju i primeni. Osim ozbiljne jezičke analize, nužno je preispitati strukturu zakonskog teksta, simboliku položaja i značenja opštih normi, posebno načela zakonitosti u implementaciji ideje zaštite ljudskih prava, i stvarnog uticaja izuzetaka na koherentnost krivičnog pravnog sistema.

Otvoreno je pitanje da li je antimodernizam pravo značenje globalizacije u pravu (postmodernizma) utoliko što podrazumeva devastaciju značaja korišćenja korektne pravne forme, koja bi sama po sebi trebalo da bude garant jednakosti – jednako postupanje u jednakom činjeničnom i pravnom kontekstu prema svima. Svaka vlast teži ovoj vrsti zloupotrebe.

Da ponovimo, savremeni kontekst postepeno uvodi dve osnovne relativizacije krivičnog pravnog sistema i njegove uloge: prevenciju kriminaliteta kao zadatak krivičnog zakona i gubljenje suštinskog supstrata najteže povrede (što je očigledno u

odnosu krivično delo – prekršaj). Ova druga relativizacija je istovremeno put zanemarivanja standarda o velikom stepenu društvene neprihvatljivosti koji nužno angažuje celokupni pravosudni aparat kada se govori o krivičnom delu.

Smatram da treba posebno istaći i ponoviti ideju o novom odnosu harm i prava. Ukoliko krivično pravo može biti definisano pomoću pojma povrede – harm, tada je i harm definisan pravom, uz priznavanje koncesija političkoj moći, koju zahteva ova idealistička inverzija stvarnosti. Ovo bi sa druge strane značilo reanimaciju etiološkog pristupa zločinu kroz redefinisanje, priznavanje socijalnih, kulturnih i ekonomskih uzroka kriminaliteta na nov način. To ne mogu biti stare etiološke ikone: klasna pripadnost (siromaštvo), godine starosti, pol i etnicitet.

LITERATURA

- Brown W. /2015/: *Undoing the Demos: Neoliberalism's Stealth Revolution*, New York.
- Crouch C. /2000/: *Coping with Post-Democracy*, Post-Democracy.pdf.
- Delić N. /2013/: Nova rešenja u glavi krivičnih dela protiv javnog reda i mira (XXXI), *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, № 2.
- Dimitrijević N. /2016/: Ustavna teorija u doba krize: moć, pravo i moral, *Reč*, № 86/32.
- Hall S. /2014/: Synopsis of Theorizing Crime and Deviance, *Journal of Theoretical & Philosophical Criminology*, № 6 (2).
- Harašić Ž. /2009/: Dometi sistematskog tumačenja u pravu, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, № 2.
- Khare R. /2016/: Benefits that a Zemiological Approach can bring to the Study of Global Crime and Insecurity, *International Research Journal of Social Sciences*, № 5 (5).
- Lea J. /2002/: *Crime and Modernity (continuities in Left realist Criminology)*, London.
- Lukić R. /1954/: *Teorija države i prava II*, Beograd.
- Merle R., Vitu A. /1981/: *Traite de droit criminel. Problemes generaux de la science criminelle. Droit penal general*, Paris
- Milovanović D. /2005/: Pravna definicija zločina – jedan alternativni pogled, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, № 2.
- Pratt J., Miao M. /2017/: *Penal Populism: The End of Reason*, The Chinese University of Hong Kong, Faculty of Law, № 02.
- Simović Hiber I. /2007/: *Sistem rasprava o ideji vladavine prava, osnovama krivičnog zakona, pojmu zločinačke grupe i internacionalizaciji krivičnog prava*, Beograd.
- Stojanović Z. /2011/: *Krivično pravo – Opšti deo*, Beograd.
- Stojanović Z., O. Perić /2009/: *Krivično pravo – Posebni deo*, Beograd.
- Živanović T. /1921/: *Sistem sintetičke pravne filozofije*, Beograd.

IZVORI SA INTERNETA:

- Dimitrijević N., *Kako čitati ustav* – <http://pecsanik.net/kako-citati-ustav/>, 29. februar 2012.
- Pešić V., *Šta ste radili 12. marta* – <http://pecsanik.net/sta-ste-radili-12-marta/>, 13. mart 2016.
- Vidimo se na sudu – <http://pecsanik.net/vidimo-se-na-sudu/>, 14. septembar 2017.
- <http://merriam-webster.com/dictionary/>

Ivana Simović Hiber

Faculty of Security Studies, University in Belgrade

NEW CONTEXT OF STUDING AND NORMATIVE FRAME OF CRIMINALITY

SUMMARY

Contemporary world has changed. Neoliberalism and globalisation have certain consequences in the field of criminal law. Concept of harm, instead of criminal act, penal populism and using a criminal law as instrument of regulation for various social problems are examples. Where law should be defined by harm, at the moment harm is defined by law, with all the concessions to political power that this idealist inversion of reality demands. In the second part of this text, the author attempts to point out problems that emerge in the presumed coherence of the criminal law. If we start with hypothesis that all basic terms and subterms are unambiguous or at least sufficiently defined, that the following of the principle of legality and comprehensible legal criminal policy includes a series of compatible terms and have unambiguously correct implementation, the analysis is aimed at examining the foundation of these presumptions. The questions are not new and they boil down to the following: a relation between the principle of legality and implementation of the idea of protection of human rights within the criminal justice system, and a policy of criminal legislation which can be recognised in the text of the law and more detailed specifying of punishability by observing relation between criminal and misdemeanour legislation. Having analysed all the segments of the raised question, it is concluded that the doctrine should affect the reinterpretation of the role of legal and extralegal influence on the principle of internal „regulation“ of the criminal law and principle of legality itself.

Key words: criminology, neoliberalism, harm, principle of legality, specifying punishability

Milan Škulić*

Ustavni sud Republike Srbije i
Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

KRIVIČNO DELO SILOVANJA U KRIVIČNOM PRAVU SRBIJE – AKTUELNE IZMENE, NEKA SPORNA PITANJA I MOGUĆE BUDUĆE MODIFIKACIJE

Apstrakt: U radu se objašnjavaju bitne karakteristike silovanja kao osnovnog krivičnog dela protiv polne slobode. Autor se osvrće na istorijski razvoj inkriminacije silovanja, kako uopšte, tako i u srpskom krivičnom zakonodavstvu, odnosno nekadašnjem jugoslovenskom krivičnom pravu. Rad sadrži odgovarajuća opšta razmatranja o krivičnom delu silovanja, te klasičnu normativno-dogmatsku analizu svih bitnih obeležja krivičnog dela silovanja. U radu se analizira i novi oblik silovanja, koji je svojevremeno bio propisan u Nacrtu Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika, od kojeg je u međuvremenu, zakonodavac odustao a koji bi postojao kada se obljuba ili sa obljubom izjednačen čin, realizuje bez prinude, ali protivno striktno izraženoj volji pasivnog subjekta, što u praksi može biti skopčano sa ozbiljnim dokaznim problemima. U radu se iznose i određeni primeri koji ukazuju da je naša praksa i inače, u nekim situacijama prihvatala odgovarajuće relativno „fleksibilno“ tumačenje postojanja prinude, što autor označava kao primer tzv. latentne prinude na obljubu ili sa obljubom izjednačeni čin.

Cljučne reči: silovanje, nedobrovoljan seksualni odnos, prinuda, obljuba, sa obljubom izjednačeni čin, Krivični zakonik.

UVODNA RAZMATRANJA O OSNOVNIM RAZLOZIMA ZA NOVELE U SFERI KRIVIČNIH DELA PROTIV POLNE SLOBODE

Smatra se da je „dugo vremena, centralno pitanje kod krivičnih dela protiv polne slobode (za koja se obično koristi i termin seksualni delikti), bilo kako ih zakonom regulisati, odnosno gde postaviti granicu između dozvoljenog i kriminalnog.“¹ Ovaj problem je očigledno veoma aktuelan i u odnosu na krivično zakonodavstvo Srbije, koje već niz poslednjih godina i inače ispoljava izrazitu „dinamičnost“, za šta ipak nema uvek potpunog opravdanja, iako inače, načelno nije sporno da se krivično zakonodavstvo, radi prilagođavanja važnim društvenim promenama, potrebi

* Sudija Ustavnog suda i redovni profesor, skulic@ius.bg.ac.rs

1 Z. Stojanović /2009/: *Krivično pravo*, CID, Podgorica, p. 442.

reagovanja na nove oblike kriminaliteta s njima povezanih i sl., mora s vremena na vreme, a nekada i relativno često, modifikovati, u određenoj meri. Veliki broj „novih“ odredbi sadržanih u novelama Krivičnog zakonika, odnosi se na neka potpuno nova krivična dela u sferi zaštite polne slobode, poput polnog uznemiravanja, kao i još neka krivična dela suštinski povezana sa krivičnim delima protiv polne slobode, koja su naravno, proistekla iz dejstva Istanbulske konvencije, gde spadaju sakaćenje ženskog polnog organa i prinudno zaključenje braka. U našoj krivičnopravnoj teoriji, se načelno i inače, ističe da bi bilo suvišno nabrajati sve one inkriminacije u pojedinim zakonodavstvima koje bi se mogle svrstati u inkriminacije u sferi seksualnih odnosa, jer su njima obuhvaćena kako ponašanja društveno opasna u veoma malom stepenu, ili koja to uopšte nisu, tako i ona ponašanja koja izuzetno teško pogađaju pojedince i društvo, pa tako na primer, D.J. West, kao i mnogi drugi američki autori „ističu da inkriminisana seksualna ponašanja variraju“ počev od „gledanja kroz prozor žene koja se svlači, pa sve do ubistva kao posledice seksualnog nasilja.“² Samo silovanje može biti i oblik izvršenja nekih drugih krivičnih dela, poput zločina protiv čovečnosti, kada do silovanja dođe u okviru „šireg ili sistematskog napada usmerenog protiv bilo kog civilnog stanovništva“.³

U Nacrtu Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika, pa i kasnije u samom Predlogu Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika, bio je propisan i jedan sasvim novi i za našu praksu, a donekle i krivičnopravnu nauku, prilično neuobičajeni oblik silovanja, a to je – *obljuba ili sa obljubom izjednačen čin protiv volje pasivnog subjekta, ali bez primenjene prinude*.

Ovaj oblik silovanja je trebalo da bude propisan u članu 178. stav 2. Krivičnog zakonika, koji je trebalo da bude izmenjen u cilju usklađivanja sa Istanbulskom konvencijom,⁴ čime bi bilo propisano krivično delo silovanje u bitno redefinisanoj

2 Z. Stojanović /1981/: *Kriterijum određivanja inkriminacija – uopšte i u sferi seksualnih odnosa*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Ljubljani, Ljubljana, p. 146.

3 Z. Stojanović /2017/: *Međunarodno krivično pravo*, Pravna knjiga, Beograd, p. 108.

4 I inače je poslednjih decenija veoma upadljiv uticaj određenih međunarodnih izvora prava na sferu seksualnosti i slične oblasti, naročito u pogledu posebne i intenzivnije zaštite dece i žena, gde nekada, iako načelno nije sporno da te kategorije stanovništva/građana, iz lako razumljivih razloga treba pojačano krivičnopravno štiti, što je posebno važno kada se radi o deci i maloletnim licima uopšte, dolazi i do nekih ozbiljnih neusaglašenosti, pa i nelogičnosti u okvirima domaćeg krivičnog sistema. U Srbiji je to posebno upadljivo kod krivičnog dela tzv. dečije pornografije (član 185. KZ), gde je u izvornom zakonskom tekstu, pasivni subjekt krivičnog dela prikazivanja, pribavljanja i posedovanja pornografskog materijala i iskorišćavanja maloletnog lica za pornografiju, bilo dete (osoba koja još nije navršila 14 godina života), a onda je naknadnim izmenama Krivičnog zakonika, radi usaglašavanja sa bezrezervno prihvaćenim međunarodnim obavezama, pasivni subjekt ovog krivičnog dela, definisan kao maloletnik (lice koje još nema navršenih 18 godina života), što je pomalo čudno u srpskom krivičnom sistemu, ne samo zbog korišćenja termina „maloletnik“, umesto „maloletno lice“, što bi bilo daleko više u skladu sa našom krivičnopravnom terminologijom, već i iz drugih suštinskih i načelnih razloga.

Tako se na primer, u srpskom krivičnom zakonodavstvu još uvek (isto kao što je to i u Nemačkoj i u mnogim drugim evropskim državama), dobrovoljan seksualni odnos inkriminiše kao krivično delo, samo kada se radi o takvom odnosu (obljuba ili sa njom izjednačen čin), sa licem koje još nema navršenih 14 godina života, tj. samo ako je u pitanju dete (član 180. KZ – krivično delo obljuje sa detetom), što se, potom u kontekstu „upoređivanja“ te inkriminacije sa nekim drugim krivičnim delima čiji je pasivni subjekt maloletno lice, svodi na izrazitu nelogičnost. Naime, kada

vidu (član 10. Nacrta zakona), a od čega se u međuvremenu odustalo, što naravno, ne znači da u nekom predstojećem periodu naš zakonodavac neće ipak i na ovaj način dodatno modifikovati sadašnju inkriminaciju silovanja.⁵

Pored toga, u pravno-tehničkom smislu je i normativna konstrukcija ovog oblika silovanja, bitno drugačija u odnosu na klasično silovanje, jer se ovde više ne radi (kao kod tipičnog silovanja), o odgovarajućem „spoju“ obljube ili sa obljubom izjednačenog čina sa prinudom, što se svodi na prinudnu obljubu ili sa njom izjednačen čin, već je kod ovog oblika silovanja dovoljno da ne postoji adekvatan pristanak pasivnog subjekta na obljubu ili sa njom izjednačen čin.

Tako bi prema novoj odredbi (član 178. stav 2 KZ-a), koja je bila propisana Nacrtom Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika, bio propisan oblik silovanja koji bi postojao kada učinilac nad drugim izvrši obljubu ili sa njom izjednačen čin i pored jasno izraženog protivljenja, a pod uslovom da time nisu ostvarena obeležja „klasičnog silovanja“, kao dela koje se sastoji u prinudi pasivnog subjekta na obljubu ili sa njom izjednačen čin, upotrebom sile ili pretnjom da će se neposredno napasti na život ili telo tog ili njemu bliskog lica tj. dela koje je propisano u članu 178. stav 1. Krivičnog zakonika. Za novi oblik silovanja je bila predviđena kazna zatvora od šest meseci do pet godina.

Osim formalnog razloga da odredbe Istanbulske konvencije zahtevaju značajno redefinisane silovanja ili uvođenje posebnog krivičnog dela (obljuba ili sa njom izjednačen čin bez pristanka žrtve), osnovni *ratio legis* nove definicije silovanja, odnosno uvođenja jednog posebnog oblika ovog krivičnog dela, u sferi nekih mogućih praktičnih problema, koji su čini nam se, ipak prilično retki i uglavnom, teško zamislivi, a da to zvuči iole realno.

Naime, i u obrazloženju Nacrta Zakona o izmenama i dopunama konstatuje se da „postojeće rešenje kod ovog krivičnog dela ne može da se primeni na sve slučajeve u kojima je izostao pristanak, odnosno onda kada nema konsensualnog seksualnog odnosa.“ Druga je stvar naravno, što će u praksi biti veoma teško do-

imamo u vidu novo zakonsko rešenje iz člana 185. KZ-a Srbije, dolazi do apsurdne situacije, jer iz ovoga proizlazi da je veći „greh“ posedovanje pornografskog sadržaja koji se odnosi na maloletno lice, koje je već navršilo 14 godina života, te se stoga, ne radi o detetu u krivičnoppravnom smislu, nego sa tim istim maloletnim licem ostvariti dobrovoljan seksualni odnos. Više uopšte o problematici dečije pornografije i uticaju međunarodnih izvora prava u: I. Vuković /2015/: Dečja pornografija i krivično pravo – međunarodni ugovori i član 185 Krivičnog zakonika – u: zbornik *Međunarodna krivična dela*, Udruženje za međunarodno krivično pravo i „Intermex“ Tara, pp. 513–528.

- 5 Zmenjeni stav 2. člana 178. Krivičnog zakonika, bi kao što je to svojevremeno bilo propisano u Nacrtu Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika, inkriminisao obljubu bez pristanka kao poseban oblik silovanja, mada je u pravnotehničkom smislu bilo moguće, a možda i adekvatnije, da se formuliše posebno krivično delo ove vrste, tim pre što je ovaj oblik silovanja prema rešenju iz Nacrta bio zaprečen blažom kaznom u odnosu na osnovni oblik silovanja.

Drugo, a u striktno pravno-tehničkom smislu, čini se adekvatnije rešenje, bi bilo i da takva „nedobrovoljna obljuba“ bude *osnovni oblik silovanja*, a da jedan od *težih oblika* ovog krivičnog dela, postoji ako je do obljube došlo zahvaljujući prinudi, tj. silom ili kvalifikovanom pretnjom. S druge strane, ovakvo rešenje bi se u terminološkom smislu, a možda i suštinski, kosilo i sa samim pojmom silovanje, u čijem korenu je naravno, reč *sila*, iz čega proizlazi da silovanje u nekom svom osnovnom kriminološko-fenomenološkom smislu, spadau „delikte sa elementima nasilja.“

kazati da je došlo do obljube ili sa njom izjednačenog čina protivno jasno izraženoj volji pasivnog subjekta, odnosno da se ne radi o „konsensualnom odnosu“ (tada bi se nekada eventualno moglo raspravljati i o postojanju (ne)skrivljene, odnosno (ne) otklonjive stvarne zablude ali bez ikakve relevantne prinude. Bez jasnog obrazloženja, od predviđenog novog oblika silovanja se „u finišu“ usvajanja novela Krivičnog zakonika Srbija, ipak odustalo⁶, što u kontekstu očekivanih dokaznih teškoća, ali i s obzirom na već postojeću praksu, suštinski može imati smisla, mada ostaje činjenica da odredbe Istanbulske konvencije, formalno zahtevaju da u našem krivičnim zakonodavstvu, postoje i takve odredbe, odnosno takva „varijanta“ krivičnog dela silovanja. Svakako treba očekivati da u nekom narednom periodu, Krivični zakonik Srbije bude „obogaćen“ i za takvu novu inkriminaciju, odnosno novu varijantu silovanja, bilo u pravno-tehničkom smislu kao posebno krivično delo (nedobrovoljna obljuba ili obljuba protivno volji pasivnog subjekta), bilo kao poseban oblik već postojeće inkriminacije silovanja.

Izmene koje se odnose na krivična dela protiv polne slobode, ali i u pogledu drugih zaštićenih objekata (objekata zaštite), kao kada je reč o proganjanju, utemeljene su na odredbama Istanbulske konvencije, kao multilateralno potvrđenog međunarodnog ugovora, što formalno obavezuje Srbiju, pa su stoga, u Krivični zakonik Srbije, između ostalog, uvedena i sledeća potpuno nova dela: 1) sakaćenje ženskog polnog organa (član 121a KZ); 2) polno uznemiravanje (član 182a KZ) i 3) prinudno zaključenje braka (član 187a KZ).

1. OPŠTA RAZMATRANJA O KRIVIČNOM DELU SILOVANJA

Prilikom definisanja silovanja u savremenom krivičnom pravu uočavaju se primarno dva osnovna pristupa:

- 1) *tradicionalni pristup* silovanju, prilikom koga se silovanje uobičajeno definiše kao „obljuba žene na silu i protiv njene volje“ i
- 2) *relativno novi(ji) pristup* zasnovan na „promenjenim kulturološkim stavovima u odnosu na seksualnost“, a koji je karakterističan za poslednjih nekoliko decenija 20. veka i čija su osnovna obeležja:
 1. upotreba rodno-neutralnih, odnosno rodno-univerzalnih termina, kako u odnosu na učinioca, tako i u pogledu pasivnog subjekta, odnosno žrtve (govori se o licu, a ne o muškarcu ili ženi);
 2. izbegavanje ili „relativizovanje“ termina „obljuba“, umesto koga se u nekim krivičnim zakonodavstvima koriste izrazi veoma širokog zna-

6 Prema nekim objašnjenjima, Republičko javno tužilaštvo se protivilo uvođenju novog oblika silovanja, smatrajući da bi to u kontekstu postojeće sudske prakse, u stvari, vodilo do ublažavanja kaznene politike u odnosu na ovo krivično delo, jer bi sudovi bili skloni da u dilemi (koja je očigledno problem u praksi), u odnosu na (ne)primenjenu prinudu u pogledu obljube ili sa obljubom izjednačenog čina, bili skloni(ji), rezonovanju da prinude nije bilo, odnosno da se ona ne može efektivno dokazati, ali da nije bilo ni saglasnosti pasivnog subjekta, što bi se svelo na lakši oblik silovanja, koji je bio propisan Nacrtu Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika (član 178. stav 2. KZ).

čenja, a pre svega termin „seksualni odnos“, koji se ne ograničava samo na „prodiranje penisa u vaginu“, odnosno drugu vrstu penetracije muškog polnog organa, kao i uvođenje odgovarajućih alternativno propisanih radnji izvršenja silovanja, poput prinudne obljube ili prinudnog sa obljubom izjednačenog čina, kao što je to na primer, učinjeno u KZ-u Srbije, a slično je na primer i u KZ-u Austrije; te

3. termin seksualni odnos se u nekim krivičnim zakonodavstvima dodatno određuje atributom „protivpravni“, kojem se takođe nekada pripisuje i veoma široko značenje, te se i na takav način pojam protivpravni seksualni odnos izrazito proširuje.⁷

Ovaj veoma širok pristup definisanju silovanja je u velikoj meri posledica znatno povećanog društvenog angažmana žena u drugoj polovini 20. veka, a posebno organizovanih napora raznih ženskih pokreta, pre svega u zemljama „zapada“, a posebno u SAD, gde se još osamdesetih godina zaključuje da „zločin silovanja postaje krivično delo o kome se u toj državi najviše diskutuje“.⁸ Nesporno je da je i u tom pogledu bio izuzetno snažan i značaj uticaj nekih feminističkih pokreta u SAD, a onda potom i širom sveta.⁹ Ipak, neki američki autori skloniji tradicionalnom krivičnompravnom rezonovanju, zaključuju da se u „novim zakonima“ prilikom definisanja silovanja upotrebljava „frazá“ *seksualni odnos* tj. „polno opštenje“ (*sexual intercourse*), čime se zamenjuje ranije veoma uobičajeni jezički izraz, koji se odnosio

7 R. J. Bonnie, A. M. Coughlin, J. C. Jefries, Jr., STR.W.Low /1997/: *Criminal Law*, The Foundation Press, Westbury, New York, 1997, pp. 270–271.

8 J. N. Gilbert /1980/: *Criminal Investigation*, Charles E. Merrill Publishing Company – A Bell & Howell Company, Columbus, Toronto, London, Sydney, p. 256.

9 Smatra se da je u tom pogledu, tj. u odnosu na promenu dominante svesti u SAD, a potom i širom sveta u odnosu na *osnovni sadržaj silovanja, uloge učinioca i žrtve*, ali i suštinsku *etiologiju* ovog krivičnog dela, ključna bila jedna danas već čuvena, pa čak i legendarna knjiga *Susan Brownmiller*, društveno veoma angažovane američke novinarkе i jedne od najistaknutijih feministkinja 20. veka, čija shvatanja, iako ona nije „školovani kriminolog“, danas predstavljaju obavezno „kriminološko štivo“, kada se radi o kriminološkom, posebno viktimološkom, a donekle i krivičnompravnom pogledu na seksualne delikte.

Ključna teza *Susan Brownmiller* u odnosu na silovanje, izražena je u njenoj veoma poznatoj knjizi „Protiv naše volje, muškarci, žene i silovanje“ (*Against our Will, Men, Women and Rape*). Ova knjiga je potom često doživljalo i sumarne verzije pod naslovom „Ne protiv naše volje“ (*No against our Will*), te brzo postaje i svojevrsni *feministički manifest*, ali konačno, što je posebno očigledno u promenama u odnosu na definiciju silovanja u mnogim nacionalnim krivičnompravnim sistemima pod uticajem Istanbulske konvencije dobija i svoj neposredan *krivičnompravni ishod*. Ta ključna teza *Susan Brownmiller* se svodi na striktan stav da se kod silovanja uopšte primarno ne radi o „seksualnom činu“, već je pre svega osnovni sadržaj silovanja (*fenomenološka komponenta*), ali i dominantni impuls za vršenje ovog krivičnog dela (*etiološka komponenta*) – zadobijanje i pokazivanje moći, pre svega „muškarca u odnosu na ženu“, te čak „držanje žena u vekovnoj potčinjenosti u odnosu na muškarce“ (što je naravno jedna izrazito dalekosežna i veoma radikalna feministička koncepcija), u čemu se ogleda i vrlo značajna *viktimološka komponenta* silovanja, ali i inače, seksualnih delikata. Takođe, ovde treba imati u vidu da pri tom, *Susan Brownmiller* i „homoseksualnu varijantu silovanja“, tj. silovanje muškarca, takođe tretira kao manifestaciju moći nekih muškaraca u odnosu na druge muškarce, tako da ona prinudne homoseksualne odnose ne posmatra kao prinudnu seksualnu aktivnost, već kao svojevrsni „čin moći“ ili „dokaz moći“ jednih muškaraca (učinioci) u odnosu na druge muškarce (žrtve). Više o tome: S. Brownmiller /1994/: *Gegen unseren Willen – Wergewaltigung und Männerherrschaft*, Fischer Verlag“, Frankfurt am Mein, pp. 16–17.

na „prinudnu obljubu“, ali pri tom, neki od tih autora zaključuju da između tih termina i nema suštinske razlike, jer se penetracija zahteva u oba slučaja,¹⁰ mada inače, saučesnik u silovanju može biti „oglašen krivim“ i bez dokazivanja penetracije.¹¹

Inače, u savremenoj američkoj teoriji, a naročito onoj koja je kriminološki orijentisana, a posebno pod uticajem određenih feminističkih shvatanja, vrlo je dominantan stav, da čak ni svrstavanje silovanja u seksualne delikte, načelno nije dobro i adekvatno, jer „mada silovanje jeste seksualno krivično delo, ono je i mnogo više od toga, ona pripada zločinu nasilja i manifestovanju moći“.¹² Čini se da je ovo shvatanje, naročito u pogledu razmatranja etiološke komponente silovanja, odnosno seksualni delikata uopšte,¹³ kao i bez obzira što inače, nije sporno da kod silovanja agresija predstavlja veoma upadljivu i čak često dominantnu fenomenološku karakteristiku, ipak u terminološkom pogledu suviše jednostrano, iako inače, agresivni karakter silovanja nije sporan, već je po pravilu, jedna od njegovih osnovnih fenomenoloških osobnosti.¹⁴

2. SUMARNI OSVRT NA ISTORIJSKI RAZVOJ INKRIMINACIJE SILOVANJA UOPŠTE I U JUGOSLOVENSKOM/SRPSKOM KRIVIČNOM PRAVU

Sam čin silovanja se na veoma različit način doživljavao od najranijih vremena, pa do savremene epohe, što bi se u kratkim crtama moglo svesti na sledeći sumarni hronološki prikaz:¹⁵

Kod različitih *primitivnih naroda* silovanje se kažnjavalo samo kao akt koji je smanjio prodajnu vrednost devojke.

U *srednjem veku* se silovanjem prvenstveno napadala čast žene koja nije primarno pripadala njoj, već njenoj porodici, a osnovni uslov za kažnjavanje silovatelja je bio nevinost žrtve, tako da silovanje žene bez stalnog boravišta, kao i onih koje su bile na lošem glasu, nije bilo kažnjivo, a od silovane žene se zahtevalo da se odmah nakon događaja, raščupane kose i pocepane odeće, požali prvoj osobi koju sretno.

10 Kao dokazi postojanja penetracije kod silovanja u jednom konkretnom slučaju iz američke krivičnopravne prakse, koji navodi citirani autor (*In Com. v. Coderre, 360 Mass. 869, 277 H.E.2g 677 (1971)*), tretirano je sledeće: 1) Žrtva je svedočila da je imala „odnos“ sa okrivljenim koji joj je pretio nožem; 2) jedan svedok očevidac je svedočio da je okrivljeni bio na žrtvi; 3) drugi svedok očevidac je izjavio da je video okrivljenog koji ima odnose sa žrtvom; 4) vaginalnim ispitivanjem u kratkom vremenu nakon izvršenog dela, utvrđeno je postojanje spermatozoida.

11 J. R. Nolan /1976/: *Criminal Law*, West Publishing CO, St. Paul, Minn, pp. 102–103.

12 F. Adler, O. W. Mueller and W. S. Laufer /1991/: *Criminal Law*, McGraw-Hill, New York, St. Louis etc., p. 239.

13 Više o tome: N. Lukić /2013/: Etiologija seksualnog kriminaliteta i recidivizma njegovih učinilaca – u: *Kaznena reakcija u Srbiji, Deo 3*, (Đ. Ignjatović, ed.) Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, pp. 280–294.

14 Tako se na primer, u američkoj krivičnopravnoj, ali pre svega, kriminološkoj literaturi, koja inače tradicionalno poklanja mnogo pažnje seksualnim deliktima, ističe: „Zločin koji najviše plaši žene je silovanje (*forcible rape*), a to delo u mnogim slučajevima podrazumeva torturu, kao i teške povrede žrtve.“ S. T. Reid /2000/: *Crime and Criminology*, Ninth Edition, Mc Graw Hill, Boston, New York etc., p. 194.

15 Ž. Aleksić i M. Škulić /2016/: *Kriminalistika*, deveto izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, p. 283. Ипема: L. Vier i dr. /1985/: Izmišljeno silovanje, *Izbor*, br. 2–3/85, p. 229.

U doba *prosvetiteljstva* se vrlo ozbiljno sumnjalo u mogućnost da uopšte dođe do silovanja, ukoliko je žena pružila otpor, a akt silovanja se, shodno tome, kažnjavao jedino ako je u njemu učestvovalo više lica, ili ukoliko se žrtvi pretilo oružjem, odnosno ako je bila vezana.

Tek je u *XIX veku* eliminisan faktor nevinosti žrtve kao bitan momenat, tako da žrtva više nije morala biti isključivo devojka, udata žena ili udovica, odnosno ugledna žena, pa je stoga momenat diskriminacije žrtve potisnut u zadnji plan u odnosu na nasilno prodiranje u sferu tuđe volje.

U *savremenim društvima* i njihovim krivično-pravnim sistemima, žrtvom silovanja se smatra svaka žena prema kojoj je upotrebljeno nasilje te vrste, bez obzira na nevinost u polnom smislu, ili prethodno već stečeno seksualno iskustvo, dob i način života.

Pored toga, u *relativno novije vreme* inkriminacija silovanja u savremenim krivičnopravnim sistemima obuhvata i druge polne radnje, koje se izjednačuju sa obljubom (poput radnji koje su kod nas nekada bile radnje izvršenja, ranije postojećeg krivičnog dela – protivprirodnog bluda), te silovanje u većini varijanti (što se u izvesnoj meri razlikuje i u nacionalnim krivičnopravnim sistemima, koji prihvataju širi pojam silovanja), može postojati nezavisno od pola žrtve, tj. pasivnog subjekta silovanja, kao i pola učinioca ovog krivičnog dela.

Krivično delo silovanja je u nekadašnjem jugoslovenskom krivičnom pravu bilo definisano na klasičan i „tradicionalan“ način, kao *prinudna obljuba* koju muškarac vrši prema ženi sa kojom nije u bračnoj zajednici.¹⁶ To se ogledalo i u nekadašnjem članu 103. KZS, u okviru kojeg je silovanje sadržavalo sve bitne elemente ovog krivičnog dela, odavno manje-više uobičajene kod „tradicionalnog“ zakonskog opisa silovanja.

U našoj krivičnopravnoj teoriji je i dugo pre suštinskih promena u pogledu normativne konstrukcije krivičnog dela silovanja, ukazivano na mogućnost i potrebu ozbiljnijih izmena u pogledu ovog krivičnog dela.¹⁷ Prvu značajnu novinu u Srbiji, u pogledu bitnih modifikacija inkriminacije silovanja je uneo ZID KZ/02 proširujući ovo krivično delo i na silovanje žene sa kojom učinilac ne živi u bračnoj zajednici.¹⁸

Radikalna promena zakonske definicije silovanja stupa na scenu sa novim Krivičnim zakonikom Srbije iz 2005. godine,¹⁹ čija je primena započela 2006. godine.

16 U krivičnopravnoj teoriji se i tada (a to je bilo prihvaćeno i u sudskoj praksi), isticalo da bračnu zajednicu treba razlikovati od braka, što znači da je i u vreme važenja takve inkriminacije, bilo moguće da učinilac izvrši silovanje „i prema ženskom licu sa kojim se formalno nalazi u braku – pod uslovom da sa tim licem ne živi u bračnoj zajednici.“ Prema: D. Atanacković /1981/: *Krivično pravo – posebni deo*, Privredna štampa, Beograd, p. 267.

17 Više o tome: Z. Stojanović /1999/: *Seksualna krivična dela i predstojeća reforma krivičnog zakonodavstva – u: Zbornik radova sa međunarodnog simpozijuma: „Seksualnost, agresivnost, delinkventnost – medicinski, pravni i socijalni aspekti seksualne delinkvencije“*, Matica srpska, Novi Sad, pp. 87–93. i M. Cetinić /1995/: *Pogled na pitanje da li je potrebno preispitivanje inkriminacije silovanja, Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu*, broj 2/1995, pp. 80–91.

18 Y vreme SFRJ, samo se jedno vreme u Krivičnom zakonu Slovenije nije zahtevalo da između učinioca i pasivnog subjekta silovanja (isključivo muškarac kao izvršilac i isključivo žena kao pasivni subjekt), ne postoji bračna zajednica.

19 *Sl. glasnik RS*, br. 85/2005.

Osnovne karakteristike relativno nove zakonske definicije silovanja u krivičnom pravu Srbiji, svode se na sledeće konstatacije:

1. Izvršilac silovanja je definisan na „polno-neutralan način“, te može biti kako muškarac, tako i žena;
2. Pasivni subjekt silovanja se takođe označava u „polno-neutralnom smislu“, te i on može da bude kako žena (klasično silovanje), tako i muškarac;
3. Ne zahteva se da između aktivnog i pasivnog subjekta silovanja ne sme postojati određena specifična formalno-pravna i istovremeno i faktička veza specifične vrste,²⁰ tj. nije više neophodno da se radi o licima koja ne žive u bračnoj zajednici;²¹
4. Radnja izvršenja krivičnog dela silovanja definisana je kao određena prinudom iznuđena alternativna aktivnost: a) obljava ili b) sa obljubom izjednačen čin.

3. KRIVIČNO DELO SILOVANJA U POZITIVNOM SRPSKOM KRIVIČNOM PRAVU

Krivično delo silovanja se u svom osnovnom obliku sastoji u prinudi drugog na obljudu ili sa obljubom izjednačeni čin, upotrebom sile ili pretnjom da će se neposredno napasti na život ili telo tog lica ili njemu bliskog lica (član 178. stav 1. KZ).

Silovanje je u suštini *prinudna obljava* ili *prinudni sa obljubom izjednačeni čin*.

Otpor pasivnog subjekta je „samo sredstvo za dokazivanje da je upotrebljena sila“, tako da „postojanje otpora dokazuje silu, ali ne i obrnuto, tj. izostanak otpora ne mora da znači da sila nije upotrebljena.“²²

3.1. Radnja izvršenja krivičnog dela silovanja

Radnja izvršenja osnovnog oblika silovanja je formulisana kao prinuda, koja se realizuje bilo silom, bilo kvalifikovanom pretnjom,²³ putem koje se alternativno ostvaruje: 1) *obljava* ili 2) *sa obljubom izjednačeni čin*.

20 Takva specifična veza, koja je u vreme važenja takve „klasične“ definicije silovanja u našem krivičnom zakonodavstvu, isključivala mogućnost silovanja između muškarca i žene između kojih takva veza postoji, morala je ispunjavati određene uslove. To znači da je veza morala biti kumulativno – kako *formalno-pravna* (postojanje *braka* između muškarca i žene), tako i *faktička* (postojanje *bračne zajednice*). Iz ovoga proizlazi da samo po sebi, formalno egzistiranje braka (kada na primer, supružnici više uopšte ne žive zajedno u određenom relativno dužem vremenskom periodu, koji je *questio facti* u svakom konkretnom slučaju, a što se može, ali i ne mora manifestovati i mogućim pokretanjem postupka za razvod braka, nije bilo dovoljno za nemogućnost silovanja između lica u braku, odnosno silovanje žene od strane muža, ukoliko u isto vreme ne postoji i bračna zajednica, što podrazumeva odgovarajuću zajednicu života između supružnika, tj. muškarca i žene koji su u braku.

21 Kao što je prethodno već objašnjeno, ova novina nije unesena u naš krivičnopravni sistem tek novim Krivičnim zakonikom (koji je i sada, nakon brojnih novela na snazi i u primeni), već je ona prethodno bila sadržana u ZID KZ/02, kojim je noveliran tada važeći Krivični zakon Srbije.

22 Z. Stojanović i N. Delić /2013/: *Krivično pravo – posebni deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Pravna knjiga, Beograd, p. 77.

23 Pretnja je u osnovnom obliku silovanja kvalifikovana tako što je usmerena na stavljanje u izgled neposrednog napada na život ili telo pasivnog subjekta ili lica bliskog njemu, dok je za drugi

3.1.1. Karakteristike prinude kod silovanja

Smatra se da je „preciziranje pojma prinude, tj. sile i pretnje kao dela radnje izvršenja silovanja, vezano za nekoliko specifičnih problema od kojih je najvažniji utvrđivanje potrebnog oblika i intenziteta prinude i povlačenje jasne granice između obljube ili drugih sa njom izjednačenih radnji protiv volje žrtve i onih uz pristanak lica prema kojim se preduzimaju, kao i rešavanje pitanja kakva prinuda pretpostavlja započinjanje radnje izvršenja u slučaju da nije došlo do obljube ili sa njom izjednačenog čina.“²⁴

U sudskoj praksi i krivičnopravnoj teoriji su razvijeni određeni kriterijumi za utvrđivanje koji oblik i kakav intenzitet prinude moraju da postoje, da bi se radilo o krivičnom delu silovanja, pri čemu se „obično ističe da kod silovanja može postojati bilo apsolutna, bilo kompulzivna sila“, dok se u pogledu intenziteta sile zahteva da je ona „podobna da slomi otpor žrtve“.²⁵

Prinudna obljuba ili prinudno ostvareni drugi sa obljubom izjednačeni čin, kao radnja izvršenja krivičnog dela silovanja predstavlja složenu radnju koja se kumulativno sastoji od: 1) prinude – koja ima dva oblika: a) upotreba sile i b) pretnja da će se neposredno napasti na život ili telo pasivnog subjekta ili njemu bliskog lica i 2) obljube ili čina koji je sa obljubom izjednačen.

U teoriji se ističe da je silovanje krivično delo sa dve kumulativne radnje izvršenja, a da pri tom treba imati u vidu da su te delatnosti čvrsto povezane i da jedna drugoj daju novi kvalitet, tako da nije reč o prostom zbiru obljube ili sa obljubom izjednačenog čina i prinude, nego o obljubi ili činu koji je sa obljubom izjednačen, što i o prinudi kojom se vrši obljuba ili sa obljubom izjednačeni čin.²⁶

U stvari, radnja izvršenja je prinudna obljuba ili prinudni sa obljubom izjednačeni čin, dakle obljuba ili čin koji je izjednačen obljubi, uz upotrebu sile ili određene kvalifikovane pretnje, tj. pretnje koja je funkcionalnog karaktera i ispoljava dva kumulativna uslova: 1) usmerena je alternativno: a) prema pasivnom subjektu ili b) prema njemu bliskom licu, te 2) sastoji se u stavljanju u izgled neposrednog napada na život ili telo.

Čini se da, kada je u pitanju radnja izvršenja silovanja, ipak i nije reč o dve kumulativne radnje izvršenja, već o jednoj posebno određenoj radnji izvršenja. U pitanju su svakako *dve kumulativne radnje*, ali to nisu kumulativno određene radnje izvršenja, jer jedna bez druge nemaju potreban krivičnopravni značaj. Radi se o jednoj radnji izvršenja koja je kumulativno određena, tj. definisana je kao zbir i određena kombinacija dve aktivnosti (radnje) učinioca ovog krivičnog dela. Pojam radnje u krivičnopravnom smislu je inače, jedno od važnijih pitanja u razvoju krivičnopravne dogmatike, koja je razvila niz shvatanja pojma radnje, poput „pret-

oblik silovanja (kod kojeg nikada nema primene efekrivne sile), karakteristična pretnja ucenjivačkog karaktera, koja je usmerena na to da će se za pasivnog subjekta ili njemu blisko lice otkriti nešto što bi škodilo njegovoj časti ili ugledu ili se pasivnom subjektu preti drugim teškim zlom.

24 Z. Stojanović i O. Perić /2009/: *Krivično pravo – posebni deo*, XIII izdanje, Pravna knjiga, Beograd, p. 83.

25 Z. Stojanović /2017/: *Komentar Krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, Beograd, p. 567.

26 Z. Stojanović i O. Perić: *op. cit.*, p. 171.

klasičnog pojma radnje“, „prirodnog (naturalističkog, kauzalnog) pojma klasičnog sistema“, „finalnog pojma radnje krivičnog dela“, „socijalnog pojma radnje“, te u novije vreme tzv. „negativnog pojma radnje krivičnog dela“, koji se zasniva na „mogućnosti izbegavanja radnje“, što znači da se „učiniocu može pripisati određena posledica, koju on nije izbegao, iako je to mogao i kada je takva posledica pravom zabranjena.²⁷ Naravno, kada je reč o radnji izvršenja krivičnog dela silovanja, onda se ovo shvatanje mora logički suziti, jer je to uvek po logici stvari, radnja koja predstavlja odgovarajuće činjenje. Ta radnja je složena i kombinovana, sastoji se u prinudi i obljubi ili prinudi i činu koji je sa obljubom izjednačen. Prinuda je praktično u funkciji sredstva kojim se izvršilac služi da bi zahvaljujući njemu ostvario obljubu ili sa obljubom izjednačeni čin.

Naime, jedna od tih radnji (ako nije kumulativno praćena drugom) uopšte nije radnja izvršenja bilo kog krivičnog dela, već je u pitanju bilo normalna ljudska aktivnost održavanja seksualnih odnosa, tj. obljuba, čiji su akteri lica različitog pola, tj. muškarac i žena, bilo drugi čin koji je sa obljubom izjednačen, a na koji se obostrano pristaje od strane oba aktera takvog čina, koji u toj varijanti mogu da budu kako lica različitog pola, tako i osobe istog pola, dok je druga radnja – radnja izvršenja drugog krivičnog dela – prinude, mada ona zbog kvalifikovanosti pretnje i cilja prinuđavanja, ipak ne odgovara u potpunosti krivičnom delu prinude, kako je ono propisano u članu 135. Krivičnog zakonika.

Samo u svojoj određenoj kombinaciji koja je definisana u članu 178. stav 1. KZ i koja se svodi na prinudnu obljubu ili prinudni čin koji je sa obljubom izjednačen, ove dve kumulativno preduzete radnje, postaju jedna radnja izvršenja krivičnog dela silovanja, mada se u logičkom i faktičkom smislu svakako radi o dve radnje koje kumulativno preduzima učinilac, odnosno izvršilac krivičnog dela silovanja. Iz ovoga i proizlazi da silovanje nije složeno krivično delo jer nije sastavljeno od više krivičnih dela, već je samo njegova *radnja izvršenja složena*, ali tako da u jednom svom delu predstavlja deliktno ponašanje (prinuda), dok se u drugom segmentu ne radi o ponašanju koje je samo po sebi krivično delo (obljuba ili sa obljubom izjednačeni čin), ali u kombinaciji te dve radnje nastaje određena vrsta prinudne obljube, tj. krivično delo silovanja.

Ne postoji sticaj silovanja sa delom prinude iz člana 135. KZ, jer je prinuda „radnja izvršenja kod silovanja“, a preovlađuje shvatanje da nema idealnog sticaja ni sa lakom telesnom povredom, jer je ona konsumirana silovanjem.²⁸ U stvari, ovakvo shvatanje, iako u praksi praktično nije moguće uočiti krivično gonjenje u sticaju za silovanje i laku telesnu povredu, u striktno dogmatskom smislu, ipak nema potpunog opravdanja. Naime, moglo bi se podrazumevati da silovanje konsumira laku telesnu povredu ukoliko je ono ostvareno upotrebom sile, tj. određenim fizičkim delovanjem (tada bi naneta telesna povreda morala da se tretira kao otežavajuća okolnost), ali nema razloga da se smatra da silovanje apriorno konsumira

27 Више о томе: C. Roxin /2006/: *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, Band I, *Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenlehre*, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, pp. 239–254.

28 Lj. Lazarević /2000/: *Krivično pravo – posebni deo*, Savremena administracija, Beograd, p. 108. Više o tome i: Đ. Lazin /1982/: *Prividni idealni sticaj krivičnih dela*, Privredna štampa, Beograd, pp. 69–70.

laku telesnu povredu ukoliko je do prinudne obljube došlo zahvaljujući kvalifikovanoj pretnji, jer takva vrsta prinude uopšte ne podrazumeva delovanje izvršioca na telo pasivnog subjekta, već je po pravilu reč o verbalnom izražavanju pretnje, mada se pretnja inače, na odgovarajući način može efektivno izraziti i faktički, tj. određenim konkludentnim radnjama, koje u konkretnim okolnostima imaju jasno i nedvosmisleno značenje, kao kada na primer, izvršilac pasivnom subjektu rukom, tj. šakom koju prevlači preko vrata, stavlja u izgled presecanje grla, odnosno ubistvo na takav način i sl. U praksi ovo pitanje i nema velikog značaja, naročito zbog toga što je silovanje daleko teže krivično delo, nego laka telesna povreda, te zbog toga što se osnovni oblik lake telesne povrede goni po privatnoj tužbi, a iz lako shvatljivih faktičkih razloga, teško da bi nekoj žrtvi silovanja u situaciji kada okrivljenog već krivično goni javni tužilac, palo na pamet da protiv istog okrivljenog, podnosi još i privatnu tužbu za krivično delo lake telesne povrede.

Prinuda u vidu sile ili pretnje treba da bude takvog intenziteta da slomi otpor žrtve. U pitanju je funkcionalna prinuda usmerena ka slamanju otpora žrtve ili potpunom onemogućavanju otpora. Atribut „funkcionalna“ u odnosu na ovu prinudu označava da je ona *ciljno usmerena* – s jedne strane osnovni njen cilj je vršenje obljube (ta obljuba i ima karakter prinudne obljube, pod uslovom da silovanje ne ostane na pokušaju), a s druge strane, cilj ove prinude je i slamanje otpora, odnosno demotivisanje žrtve da uopšte pruža otpor, čime se takođe omogućava prinudna obljuba. Ona sila koja je u konkretnom slučaju bila dovoljna da savlada ispoljeni otpor ili eliminiše mogućnost pružanja otpora, predstavlja silu dovoljnog intenziteta u konkretnom slučaju. Sila može biti apsolutna ili kompulzivna, mada je u praksi po logici stvari češća kompulzivna sila.

U nemačkoj krivičnopravnoj teoriji se problematika razlikovanja apsolutne i kompulzivne sile (*vis absoluta und vis compulsiva*), povezuje sa postojanjem ili nepostojanjem (nedostatkom) sposobnosti za preduzimanje radnje (*Handlungsfähigkeit und Fehlen der Handlungsfähigkeit*), koja ima odgovarajući „kvalitet“, što znači da se može smatrati radnjom činjenja krivičnog dela (*Handlungqualität*).²⁹ Tako se u literaturi navodi da; takav „kvalitet nedostaje kada je do radnje došlo usled prinude koja je postignuta neodoljivom silom.“³⁰ Ovo shvatanje koje se odnosi na problem radnje koja sama po sebi, predstavlja radnju izvršenja krivičnog dela, ali koja to neće biti, jer se vrši pod uticajem apsolutne sile (kada bi pod određenim uslovima, takav čovek mogao da se samo smatra oruđem u rukama posrednog izvršioca), može da se na odgovarajući način primeni i u pogledu radnje izvršenja krivičnog dela silovanja. Naime, ako pasivni subjekt pod uticajem apsolutne sile (što bi kada se radi o silovanju, mogla da bude na primer, primena određenih psihoaktivnih supstanci), uopšte nema mogućnost bilo kakvog odupiranja obljubi ili sa obljubom izjednačenom činu, jer su mu volja i svest potpuno isključeni i sl., tada treba smatrati da je postojala nesposobnost pasivnog subjekta na preduzimanje bilo kakve radnje kojom bi izrazio svoje protivljenje obljubi ili obljubi izjednačenom činu.

29 J. Wessels und W. Beulke /2003/: *Strafrecht – Allgemeiner Teil – die Straftat und Ihr Aufbau*, 33, neu bearbeitete Auflage, C. H. Müller, Heidelberg, pp. 33–34.

30 J. Wessels und W. Beulke: *ibid.*, p. 34.

Smatra se da „upotreba sile radi izvršenja nasilne obljuje ne mora da bude uvek takva da ostavi i fizičke tragove u obliku telesne povrede na telu pasivnog subjekta, već je dovoljna sila takvog intenziteta kojom se i pored toga što ne ostavlja tragove, ipak savladava otpor oštećene“.³¹ Takođe prema stavu sudske prakse: „Nedostatak spermatozoida u brisu oštećene i telesnih povreda na telu oštećene ne mora da bude dokaz kojim bi se doveo u sumnju iskaz oštećene da je učinilac nad njom izvršio nasilnu obljudu. Da li će na napadaču ili žrtvi ostati neki tragovi koji bi ukazivali na otpor ženske osobe zavisi od čitavog spleta okolnosti koje bi ukazivale na otpor ženske osobe, uključujući tu i odnos snage između njega i oštećene i njegovu umešnost.“³²

Pod pojmom sile treba podrazumevati u smislu člana 112. stav 12. Krivičnog zakonika i primenu hipnoze ili omamljujućih sredstava, s ciljem da se neko protiv svoje volje dovede u nesvesno stanje ili onesposobi za otpor. U omamljujuća sredstva svakako spadaju alkohol, opojne droge i slični medikamenti.³³ Intenzitet sile koja je podobna da slomi otpor žrtve je *questio facti* i on se ne može određivati unapred i apriorno na apsolutan način, već u svakom konkretnom slučaju zavisi od fizičke snage učinioca i pasivnog subjekta, objektivnih okolnosti koje deluju na (ne)moćnost davanja otpora određenog intenziteta, subjektivnih okolnosti koje su postojale kod žrtve (npr. bolest iznemoglost i sl.) i kod učinioca (na primer, pijanstvo, delovanje drugih psihoaktivnih supstanci i sl.). Kada su u pitanju deca i maloletnici kao žrtve silovanja, onda se načelno može zaključiti da je za slamanje njihovog otpora po pravilu dovoljna sila manjeg intenziteta nego u odnosu na punoletnog pasivnog subjekta, mada se i to pitanje u svakom konkretnom slučaju mora rešavati u svetlu svih relevantnih subjektivnih i objektivnih okolnosti.

Pretnja kao „jedan od dva oblika prinude“ može u opštem krivičnopravnom smislu, da bude „sredstvo da se drugo lice prinudi da izvrši neko krivično delo, a može biti radnja izvršenja određenih krivičnih dela.“³⁴ Kada je reč o pretnji kao obliku prinude kod silovanja, ona predstavlja segment radnje izvršenja krivičnog dela, tako što se zahvaljujući pretnji, vrši obljudba ili sa obljudbom izjednačeni čin. Pretnja usled koje se ostvaruje prinudna obljudba mora da bude kvalifikovana na odgovarajući način, te da ima određeno konkretno ciljno usmerenje, tako da se odnosi na neposredni napad na život ili telo žrtve ili njoj bliskog lica. „Napadni objekti“ pretnje, odnosno dobra u odnosu na koja je pretnja usmerena su definisani *alterna-*

- 31 Odluka Vrhovnog suda Srbije Kž. br. 415/90. U ovoj odluci se integralno govori o telesnim povredama „ženskog lica“, jer je odluka doneta u vreme kada je u našem krivičnom zakonodavstvu silovanje bilo definisano na „klasičan“ način, kao „prinudna obljudba koju muškarac vrši nad ženom“, odnosno prema tadašnjoj zakonskoj terminologiji radilo se o obljudbi upotrebom sile ili pretnje da će se napasti na život ili telo pasivnog subjekta, ili njemu bliskog lica, pod uslovom da između učinioca i pasivnog subjekta ne postoji bračna zajednica.
- 32 Presuda Okružnog suda u Beogradu K. br. 79/81. I u ovoj presudi se u njenom izvornom obliku, a u kontekstu tada važećeg KZ-a, govori samo o „ženskoj osobi“, kao mogućem pasivnom subjektu krivičnog dela silovanja.
- 33 I. Simić i M. Petrović /2002/: *Krivični zakon Republike Srbije – praktična primena*, Službeni glasnik, Beograd, p. 105.
- 34 Z. Stojanović /2013/: O pojmu pretnje u krivičnom pravu, *Nauka, bezbednost, policija (NBP)*, broj 2/2013, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd, p. 1.

tivno i to na dvostruki način: 1) život ili 2) telo i to: a) pasivnog subjekta (žrtve) ili b) njoj bliskog lica.

Kategorija „bliskih lica“, odnosno „bliskosti“ između pasivnog subjekta i lica u odnosu na koja je usmerena kvalifikovana pretnja, se određuje zavisno od faktičkih okolnosti, ali je načelno potrebno da se radi o licima koja su draga žrtvi, odnosno osobama koje sa žrtvom imaju poseban emocionalan odnos, utemeljen na srodstvu (na primer, deca, roditelji, brat ili sestra itd.), bliskom prijateljstvu i sl. I kod pretnje je potrebno da postoji određeni intenzitet, slično kao što je to objašnjeno u pogledu sile, mada je tu manje spornih pitanja. Pretnja je „nešto što se dešava pre svega u sferi psihičkog“, i „iako sam način na koji je pretnja upućena, može biti i fizički, ona je usmerena da deluje na voljni elemenat čovekovog ponašanja.“³⁵ Pretnja napadom na život ili telo treba da je neposredna, tako da nanošenje zla neposredno predstoji ako žensko lice (pasivni subjekt), ne pristane na obljubu (ili sa obljubom izjednačeni čin u kontekstu sada važećeg KZ-a); neće postojati silovanje ukoliko se prei nekim budućim, kasnijim napadom na život ili telo.³⁶ Smatra se da pretnja mora biti „ozbiljna i ostvariva“, a „pri oceni ozbiljnosti pretnje mora se voditi računa o tome da li je takva pretnja kod pasivnog subjekta objektivno moga stvoriti utisak da će biti realizovana, odnosno da li je pasivni subjekt imao osnova da poveruje da će pretnja biti ostvarena.“³⁷

Utvrđivanje potrebnog oblika i intenziteta prinude i postavljanje precizne granice između obljube ili sa obljubom izjednačenog čina protiv volje žrtve i obljube, odnosno sa njom izjednačenog čina, uz pristanak pasivnog subjekta predstavlja ključno pitanje kod krivičnog dela silovanja, a nastojanja teorije i prakse da se postave kriterijumi za rešavanje tog pitanja su vezana za otpor žrtve, pri čemu u teoriji i sudskoj praksi prevladuje stav da samo ona sila kojom je savladan ozbiljan, čvrst i stalan otpor žrtve, može da bude element krivičnog dela silovanja.³⁸ Pitanje kvaliteta i kvantiteta otpora žrtve se ne može rešavati šablonski, niti se u tom pogledu mogu utvrditi sasvim precizni kriterijumi. Naime, to pitanje je takođe izrazito faktičkog karaktera i ono je direktno povezano sa svim relevantnim *subjektivnim* i *objektivnim okolnostima* konkretnog događaja. Subjektivni faktori se mogu odnositi kako na žrtvu tako i na učinioca, a mogu se konkretno ispoljavati kao telesna snaga, psiho-fizičko stanje, uzrast itd. Objektivni faktori se odnose na mesto izvršenja silovanja (šuma, grad, otvoreni ili zatvoreni prostor itd.), vreme kada je delo izvršeno, tj. doba dana, način izvršenja (konkretan *modus operandi*), da li je radi realizacije sile ili realizacije/potkrepljenja pretnje, korišćeno određeno sredstvo poput podobnog oruđa ili nekog oružja i sl.

Samo pažljivom analizom svih subjektivnih i objektivnih činilaca mogu se utvrditi realne mogućnosti efektivne realizacije prinude, te pružanja otpora u odnosu na nju, pa u skladu sa tim treba izvesti i zaključak o (ne)postojanju prinudne obljube ili

35 Z. Stojanović: *ibid.*, p. 2.

36 Lj. Lazarević: *op. cit.*, p. 213.

37 M. Babić i I. Marković /2013/: *Krivično pravo – posebni dio*, četvrto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet u Banjoj Luci, Banja Luka, p. 133.

38 Z. Stojanović i O. Perić: *op. cit.*, p. 173.

sa obljubom izjednačenog čina tj. krivičnog dela silovanja. Neki apsolutan i krajnji otpor, uz „nepredavanje“ žrtve u bilo kom momentu obljube ili sa obljubom izjednačenog čina, tj. tokom celokupnog „toka“ silovanja, ne mora se uvek ispoljavati. Potrebno je da je žrtva imala čvrstu težnju za pružanjem otpora, te da nije dobrovoljno pristala na obljubu ili sa obljubom izjednačen čin, a čak iako ona nije taj otpor realno ispoljila, usled na primer, straha od realizacije pretnje koji je delovao parališuće, ili ako je shvatila da je svaki otpor uzaludan, a bojala se da će pružanjem otpora isprovocirati učinioca da preduzme neko veće zlo i sl., silovanje će postojati, ukoliko sve okolnosti ukazuju da je stav žrtve koja otpor nije pružala ili ga je pružala u relativno slabom intenzitetu bio opravdano motivisan svešću da bi on u svakom slučaju bio bezuspešan.

Pitanje otpora treba po pravilu, rešavati fleksibilnije i realnije, te uzeti da sila nije isključena u slučajevima kada su s obzirom na konkretne okolnosti postojali opravdani i razumljivi razlozi zbog kojih žrtva nije pružala nikakav otpor, ili je pružala otpor slabijeg intenziteta, a postojanje otpora se zahteva i zbog toga što se preuveličava značaj tzv. prividnog otpora (*vis haud ingrata*), ali takve slučajeve po pravilu nije teško utvrditi zato što obljuba nije rezultat primene sile ili kvalifikovane pretnje, tj. žena se sa obljubom saglašava.³⁹ Otpor se naročito fleksibilno mora tumačiti ako je žrtva silovanja maloletna, jer načelno lica mlađeg starosnog doba imaju relativno smanjene mogućnosti pružanja otpora, a njihov otpor i sila slabijeg intenziteta lakše može da slomi, isto kao što kvalifikovana pretnja po pravilu na njih teže deluje.

U stvari, ključan element kod silovanja je ipak u suštini „nedobrovoljnost“, tj. do obljube ne dolazi na osnovu saglasne volje njenih aktera, već učinilac koristi prinudu da bi sa žrtvom ostvario seksualni odnos u užem smislu, tj. da bi je obljubio ili sa njom ostvario čin koji je sa obljubom izjednačen. Ovo proizlazi iz definisanja silovanja kao prinudne obljube ili prinudnog sa obljubom izjednačenog čina. U tom smislu, sila i pretnja se upotrebljavaju da se pasivni subjekt prinudi na obljubu, što pretpostavlja, s jedne strane, pružanje otpora od strane pasivnog subjekta, a s druge strane takav intenzitet prinude kojim se može savladati otpor, tako da „nema ovog krivičnog dela ako žensko lice pristaje na obljubu ili se samo verbalno izjašnjava protiv obljube, ali iz njenog ponašanja proizlazi da se sa obljubom saglašava“.⁴⁰ S druge strane, treba uvažiti i shvatanje da je „otpor samo sredstvo za dokazivanje da je upotrebljena sila, tako da postojanje otpora dokazuje silu, ali ne i obrnuto, te stoga zahtev da otpor uvek postoji i to otpor jakog intenziteta predstavlja restriktivnog tumačenje pojma sile, te neopravdano dovodi do sužavanja kriminalne zone kod krivičnog dela silovanja“.⁴¹

U stvari u konkretnim krivičnim postupcima, često je ključan element dokazivanja baš usmerenost na posledice nastale usled primene sile i otpora toj sili, što u praksi po pravilu rezultira određenim telesnim povredama pasivnog subjekta.

39 Z. Stojanović i O. Perić: *ibid.*, p. 173.

40 Lj. Lazarević: *op. cit.*, p. 213. I u ovom citatu se naravno, jer je reč o radu pisanom u vreme važenja „klasične definicije“ silovanja u našem krivičnom pravu, govori samo o otporu „ženskog lica“.

41 Z. Stojanović i O. Perić: *op. cit.*, p. 173.

Nedobrovoljnost odnosa se lakše može dokazati ako je žrtva pretrpela određene povrede usled intenziteta primenjene sile, koji je u direktnoj vezi sa intenzitetom i vrstom pruženog otpora. To ne znači da nije moguće dokazati postojanje nasilne obljuje, odnosno prinudnog sa obljubom izjednačenog čina i kad je otpor, kao što je prethodno objašnjeno bio slabijeg intenziteta ili kad je on čak izostao, ali je ipak postojalo nedvosmisleno protivljenje žrtve seksualnom odnosu, ali je naravno, izvođenje takvog dokaznog zaključka znatno komplikovanije i teže. Sud tada mora da sa posebnom pažnjom utvrđuje sve relevantne činjenice, a prilikom donošenja konačnog dokaznog zaključka on se pre svega rukovodi principima slobodne ocene dokaza i slobodnog sudijskog uverenja, ali se može dogoditi i da postupa prema načelu *in dubio pro reo*.

Sa pitanjem otpora ne iscrpljuju se svi problemi vezani za postavljanje granice između obljuje ili sa obljubom izjednačenog čina, do čega dolazi korišćenjem prinude i dobrovoljne obljuje, odnosno dobrovoljnog sa obljubom izjednačenog čina, tako da je u konkretnim slučajevima vrlo teško utvrditi kada prestaje pristanak na obljubu ili sa obljubom izjednačeni čin, a počinje prinuda, što znači da se „postavlja pitanje kada postoji pristanak koji isključuje prinudu, a kada prinuda koja negira pristanak?“⁴² Rešavanje ovog pitanja je posebno komplikovano ukoliko pasivni subjekt pristaje na određeni ljubavni odnosno seksualni kontakt, ali samo u određenim „granicama“, tako da ne želi obljubu, odnosno čin koji je sa obljubom izjednačen tj. na takvu aktivnost ne pristaje. U takvoj situaciji po pravilu nema nikakve sile odnosno prinude uopšte, sve dok su u pitanju ljubavne (seksualne) aktivnosti na koje lice prema kojem se te aktivnosti usmeravaju, pristaje, ali se od momenta jasnog manifestovanja nepristanka, može ispoljiti prinuda određenog intenziteta.

Ukoliko se u konkretnom dokaznom postupku nedvosmisleno utvrdi da je postojalo nepristajanje pasivnog subjekta na obljubu ili sa obljubom izjednačeni čin, te da je ono jasno manifestovano, uz izražen otpor ili čak njegov nedostanak (ali uz postojanje prethodno objašnjenih okolnosti koje izostajanje otpora čine irelevantnim), silovanje će postojati, bez obzira na pristanak pasivnog subjekta na kontakt koji je hronološki prethodio obljudi. U stvari, tada je po pravilu forma i intenzitet ispoljene prinude drugačiji, nego kada pasivni subjekt od početka nije pristajao na bilo kakav kontakt, tako da je učiniocu prinudna obljava ili prinudni sa obljubom izjednačeni čin u izvesnoj meri olakšanja tim prethodnim ponašanjem žrtve, što je takođe podložno dokazivanju i što ponekad u praksi, usled postojanja određenih predrasuda, izaziva izvesne probleme prilikom izvođenja dokaznih zaključaka. Ukoliko je učinilac usled prethodnog pristajanja pasivnog subjekta na određeni vid kontakta, imao pogrešnu predstavu da on pristaje na obljubu ili sa obljubom izjednačeni čin, to se pitanje rešava prema opštim pravilima koja se odnose na stvarnu zabludu,⁴³ a tada su u konkretnom slučaju takođe važni oblik, intenzitet i vrsta kako

42 Z. Stojanović i O. Perić: *ibid.*, p. 174.

43 Z. Stojanović /2012/: *Komentar Krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, Beograd, pp. 145–148. Autor objašnjava da se u članu 28. stav 2. KZ., razlikuju *dve vrste stvarne zablude*. 1) zabluda o stvarnim obeležjima bića krivičnog dela i 2) zabluda o razlozima isključenja protivpravnosti, tj. o osnovama koje isključuju postojanje krivičnog dela, pri čemu se našoj literaturi inače, ove dve vrste stvarne zablude često nazivaju stvarnom zabludom u užem smislu (stvarna zabluda o obe-

otpora (odnosno načina protivljenja obljudi), tako i prinude usled koje je do obljudbe ipak došlo.

Za postojanje sile kao bitnog elementa krivičnog dela silovanja dovoljno je da je ona ima određeni stepen relevantnosti, što znači da je prema okolnostima konkretnog slučaja mogla dovesti do vršenja obljudbe ili sa obljudbom izjednačenog čina protiv volje pasivnog subjekta, pa je stoga, potrebno da je sila bila stvarni uzrok vršenja obljudbe ili sa obljudbom izjednačenog čina (tj. da bez njene primene obljudba ili sa njom izjednačeni čin ne bi mogli biti realizovani), ili je kod pokušaja do to moglo doći.⁴⁴ Sila primenjena u konkretnom slučaju mora da predstavlja *condicio sine qua non* u pogledu realizacije obljudbe ili sa obljudbom izjednačenog čina, tj. u pravcu uticanja na volju žrtve (najčešće izraženu pruženim otporom), koja se primenom sile isključuje ili se modifikuje, tako da zahvaljujući tome i dolazi do obljudbe ili sa obljudbom izjednačenog čina. U tom smislu je moguće da postoji silovanje i kada prvobitno primenjena sila nije bila upravljena u cilju ostvarenje prinudne obljudbe ili prinudnog sa obljudbom izjednačenog čina, ali je do toga zahvaljujući sili ipak došlo.

Ukoliko je učinilac silu primenio radi realizacije nekog drugog prvobitnog cilja, ali potom iskoristio efekat te sile radi ostvarenje obljudbe ili sa obljudbom izjednačenog čina, radiće se i tada, o krivičnom delu silovanja. Na primer, učinilac primeni silu radi izvršenja razbojništva, a onda koristeći efekat te iste sile, izvrši silovanje. Tada će postojati realni sticaj krivičnih dela razbojništva i silovanja. Kao što je prethodno objašnjeno i u ovakvim slučajevima, kao i inače u svim konkretnim situacijama, stepen intenziteta primenjene sile zavisi od konkretnih subjektivnih i objektivnih okolnosti kako u odnosu na sve elemente krivičnog dela (na primer, mesto izvršenja), tako i posebno u pogledu relevantnih fizičkih i psihičkih karakteristika, kako učinioca, tako i pasivnog subjekta. Slično prethodno objašnjenom, moguć je i sticaj pokušaja silovanja i nekog drugog krivičnog dela, pod uslovom da je silovanje sa umišljajem započeto, ali do prinudne obljudbe ili prinudnog sa obljudbom izjednačenog čina, ipak nije došlo. O ovome govori i sledeći primer iz sudske prakse:⁴⁵

ležjima bića krivičnog dela) i stvarnom zabludom u širem smislu (stvarna zabluda o osnovima isključenja protivpravnosti), što ovaj autor kritikuje smatrajući da je osnovna razlika između te dve vrste zablude u tome što prva vrsta deluje u odnosu na element predviđenosti dela u zakonu, a druga u odnosu na element protivpravnosti, te stoga, nema razloga da se jedna smatra stvarnom zabludom u užem, a druga u širem smislu.

U ranijoj vladajućoj jugoslovenskoj krivičnopravnoj teoriji (Grupa autora (red. N. Srzentić) /1986/: *Komentar Krivičnog zakona SFRJ*, Savremena administracija, Beograd), se podela na ove dve vrste stvarne zablude, iz koje bi mogla *proizići krivična odgovornost* učinioca (**otklonjiva** stvarna zabluda), ili bi *krivična odgovornost učinioca bila isključena* (**neotklonjiva** stvarna zabluda), zasnivala na oceni postojanja ili nestojanja *krivice učinioca* u odnosu na zabludu, što je interesantno, jer *krivica* nije bila u to vreme striktan zakonski termin. Tako se konstatuje: „Stvarna zabluda može da bude otklonjiva ili neotklonjiva. Neotklonjiva stvarna zabluda postoji kada učinilac nije mogao niti je bio dužan da ima svest odnosno pravilnu predstavu o onome o čemu nije imao svest, odnosno o čemu je imao pogrešnu predstavu. Postojanje takve stvarne zablude istovremeno znači i odsustvo njegove krivice za zabludu u kojoj se nalazi.“ Više o tome i: I. Đokić /2012/: *Stvarna zabluda u krivičnom pravu –u: zbornik Kaznena reakcija u Srbiji, Deo 2.* (Đ. Ignjatović, ed.), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, pp. 266–288.

44 Z. Stojanović i O. Perić: *op. cit.*, p. 175.

45 Presuda Vrhovnog suda Srbije Kž. br. 1501/95 od 25. maja 1993.

„Kada optuženi pokuša upotrebom sile i pretnje da prinudi na obljubu maloletnu oštećenu, a zatim joj naredi da skinе jaknu, što je oštećena i učinila, pa je tu jaknu uzeo i pobegao, čini, pored krivičnog dela silovanja u pokušaju i krivično delo razbojništva.“

U praksi se prilikom dokazivanja silovanja kao problem može pojaviti i vremenska distanca od momenta kada je do izvršenja dela došlo i prijave izvršenog dela od strane oštećene, kada odbrana po pravilu insistira da je sam protok vremena indicija da je prijava lažna. Međutim, to ne mora da bude tako, jer čitav niz okolnosti može dovesti do toga da oštećena/oštećeni tek nakon nekoliko dana prijavi silovanje, a sud će kasnije tokom postupka njen iskaz ceniti slobodno, kao i sve ostale dokaze, u skladu sa načelima slobodne ocene dokaza i slobodnim sudijskim uverenjem. O ovome govori i sledeći slučaj iz sudske prakse: „Prvostepenom presudom optuženi je oglašen krivim što je u noći između 24. i 25. aprila 1996. godine u selu L. upotrebom sile, prinudio na obljubu oštećenu, čime je izvršio krivično delo silovanja za koje je osuđen na kaznu zatvora u trajanju od dve godine. Inače, oštećena je svojim roditeljima i policiji događaj prijavila 3. maja 1996. godine, dakle devet dana od događaja. Odbrana je insistirala da tome da iskaz oštećene nije istinit, da je ona dobrovoljno imala polni odnos sa optuženim kritičnom prilikom, a da je tako ukazuje okolnost što je oštećena silovanje prijavila devet dana posle kritičnog događaja. Iz iskaza svedoka S. J., a to je najbolja drugarica oštećene, vidi se da je ona po kritičnom događaju videla oštećenu i sa njom razgovarala, da je videla povrede kod oštećene a oštećena joj je rekla da je nju optuženi silovao i da mu je pružila bezuspešan otpor, da je bila uzbuđena i plakala dok je to govorila. Svedok Č. M. je izjavio da od ranije dobro poznaje oštećenu koja je po prirodi vesela osoba, ali da ju je video po kritičnom događaju kada je izgledala vidno neraspoložena... Da je iskaz oštećene istinit ukazuju i materijalni dokazi, odnosno pocepana odeća koju je oštećena nosila kritičnom prilikom, u koju je sud izvršio uvid...“⁴⁶

Pod pojam sile se kod silovanja, kao i inače, kada je reč o prinudi u krivičnom pravnom smislu, podvode i hipnoza, kao i određena omamljujuća sredstva, odnosno psihoaktivne supstance koje žrtvi onemogućavaju otpor, ili ga čine neefikasnim. Tu pre svega spadaju alkohol i razne opojne droge, ali specifično kada je reč o krivičnom delu silovanja, poseban značaj imaju i određene psihoaktivne supstance koje poseduju jaka afrodizijačka svojstva. Psihoaktivne supstance čijom se upotrebom omogućava prinudna obljuba ili sa obljubom izjednačeni čin (koja u ovakvim situacijama često ima i poseban element lukavosti, ali i podmuklosti), se prema kriterijumu njihovog dejstva mogu podeliti na dve vrste: 1) supstance koje žrtvu dovode u nesvesno stanje, odnosno stanje opijenosti u manjem ili većem stepenu, usled čega se smanjuju mogućnosti pasivnog subjekta u pogledu pružanja otpora i 2) materije koje svojim afrodizijačkim delovanjem bude kod žrtve neodoljivu seksualnu želju, čak i onda kada takve želje realno ne bi bilo, tako da tada otpora nema, ali ne što ga žrtva inače, u normalnim okolnostima ne bi pružila, već usled dejstva psihoaktivne supstance. Neophodno je da učinilac žrtvi takva sredstva da mimo njene slobodne volje, koristeći se prevarom ili upotrebljavajući prinudu. Interesantno je da se u re-

46 Presuda Okružnog suda u Valjevu, K. br. 36/96 od 3.10.1996.

lativno novije vreme u Zapadnoj Evropi registruje priličan broj takvih zloupotreba psihoaktivnih supstanci, naročito u odnosu na „tinejdžere“ kao žrtve. O ovome govori sledeći primer:⁴⁷ Jednu sedamnaestogodišnjakinju su trojica učinilaca prevarno doveli u nesvesno stanje, tako što su je dok je sa prijateljima sedela u jednom noćnom klubu, pozvali na piće, a kada se ona okrenula da popriča sa prijateljem, osetila je kako je neko stao iza nje i sipao joj na silu neku tečnost u usta. Nakon što je izgubila svest, učinioci su je izneli iz kluba, te taksijem odvezli do kuće u kojoj su je tokom dva dana više puta silovali.

3.1.1.1. Moguće varijante (ne)pristanka/(ne)pristajanja pasivnog subjekta na obljubu ili sa obljubom izjednačeni čin

Pristanak na obljubu ili pristanak na čin koji je sa obljubom izjednačen, automatski isključuje prinudu, u pitanju je dobrovoljna obljuba, odnosno dobrovoljan sa obljubom izjednačen čin i tada se ne radi o krivičnom delu silovanja.⁴⁸ Međutim pitanje (ne)postojanja pristanka na obljubu ili sa obljubom izjednačen čin, odnosno relevantnosti pristanka, s obzirom na momenat njegovog davanja u odnosu na radnju izvršenja krivičnog dela, zahteva šire objašnjenje, jer je u pitanju kompleksan krivičnopravni problem. Moguće su sledeće varijante:

- 1) Pasivni subjekt ne pristaje na obljubu ili sa obljubom izjednačeni čin neposredno pre započinjanja obljube ili sa obljubom izjednačenog čina i ne ispoljava pristanak tokom celokupnog trajanja obljube, odnosno sa obljubom izjednačenog čina;
- 2) Pasivni subjekt ne pristaje na obljubu ili sa obljubom izjednačeni čin pre započinjanja tih radnji, ali se tokom obljube ili sa obljubom izjednačenog čina započetih prinudno, sa tim naknadno i dok radnje traju, saglašava;
- 3) Pasivni subjekt pristaje na obljubu ili sa obljubom izjednačeni čin pre započinjanja takvih radnji, ali tokom obljube ili sa obljubom izjednačenog čina povlači svoj pristanak i počinje da pruža otpor;⁴⁹

47 T. Radović /2002/: *Metodika otkrivanja, razjašnjavanja i dokazivanja krivičnog dela silovanja sa bitnim kriminološkim obeležjima*, magistarski rad odbranjen na Pravnom fakultetu u Beogradu, Beograd, pp. 19–20.

48 Inače, u krivičnopravnoj teoriji je prisutno i shvatanje da iako „na prvi pogled, deluje da pristanak isključuje postojanje krivičnog dela silovanja, zato što on isključuje postojanje prinude kao bitnog elementa tog krivičnog dela, to ipak nije nesporno“, pa tako, „postoji mišljenje da pristanak ne mora uvek da isključuje prinudu, da i pored toga što neko pristaje na seksualni odnos, prinuda može biti primenjena, čime bi bili ostvareni bitni elementi bića krivičnog dela silovanja“, pa se zato zastupa stav da „pristanak ne isključuje samu predviđenost u zakonu, već protivpravnost.“ Prema: Z. Stojanović /2012/: *Značaj ponašanja pasivnog subjekta za postojanje krivičnog dela silovanja – u: Zbornik Razvoj pravnog sistema Srbije i Harmonizacija sa pravom EU – prilozi projektu* (S. Taboroši, ed.), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, p. 44.

49 Ove su moguće i neke specifične (pod)varijante, svedene na odnos svojevrsnu „kumulaciju prinude i pristanka“, tj. *postojanja prinude i onda kada u isto vreme postoji pristanak na obljubu ili sa njome izjednačen čin*, što objašnjava Z. Stojanović: (*ibid.*, p. 45), kada u *prvoj varijanti* pasivni akter obljube ili sa njom izjednačenog čina, svojevolsno pristaje na odgovarajući oblik prinude, pa čak i samo pod uslovom da se prema njemu ispolji prinuda, pristaje na seksualni odnos (*mahozizam*), ili se u *drugoj varijanti*, radi o specifičnoj zabludi kod učinioca, odnosno aktivnog

- 4) Pasivni subjekt ne pristaje na obljubu ili sa obljubom izjednačeni čin pre započinjanja takvih radi i tokom njihovog celokupnog trajanja, ali se nakon završene obljube ili završenog sa obljubom izjednačenog čina, sa time saglašava.

U prvom slučaju je svakako reč o postojanju silovanja. Druga varijanta može da bude diskutabilna, pa se tako, smatra da neće postojati ovo krivično delo ako žensko lice pruža otpor na početku, ali kasnije, pre dovršenja dela, prihvati obljubu, jer u takvom slučaju obljuba nije izvršena upotrebom sile.⁵⁰ Međutim, u pravnologičkom smislu u ovakvom bi slučaju ipak postojalo silovanje, jer je obljuba započeta kao prinudna, a nesporno je da silovanje postoji i kada obljuba u fiziološkom smislu nije dovršena. Suprotan stav bi se dakle, mogao zasnivati isključivo na kriminalno-političkim razlozima, ali nikako ne i na pravnodogmatskom rezonovanju. Verovatno je da se ovakvo pitanje retko može pojaviti u praksi, jer „žrtva“ takvog silovanja delo ne bi prijavila, odnosno ne bi svedočila da je došlo do silovanja.

U trećoj varijanti je potpuno jasno da postoji silovanje, što proizlazi iz istog logičkog osnova i krivičnogpravnog rezonovanja kao u prethodnom slučaju, a u praksi se određeni problemi mogu pojaviti jedino prilikom izvođenja dokaza u vezi sa mogućnošću da je u pitanju fingirano krivično delo.

Silovanje postoji i u četvrtoj varijanti, mada je i tada verovatno da pasivni subjekt ne bi takvo delo ni prijavio, odnosno kasnije ne bi svedočio, ali je u krivičnompravnog smislu potpuno jasno da je u pitanju svršeno krivično delo silovanja.

3.1.2. Prinudna obljuba

Prinudna obljuba predstavlja klasično silovanje, koje nužno podrazumeva da su izvršilac i pasivni subjekt ovog krivičnog dela lica različitog pola. U praksi je naravno, skoro isključivo slučaj da muškarac ostvaruje prinudnu obljubu u odnosu na ženu, a veoma je retka obrnuta situacija.

Obljuba se tradicionalno u krivičnom pravu definiše kao prodiranje muškog polnog organa u ženski. Smatra se dovoljnim i delimično prodiranje muškog polnog organa u ženski, pa da se obljuba u krivičnompravnog smislu tretira kao započeta i dovršena, nezavisno od dužine trajanja takvog kontakta i fizioloških osobenosti tog seksualnog čina, koji u tom pogledu može ostati nedovršen.

Obljuba se smatra izvršenom kad su polni organi spojeni, tj. kad je započelo prodiranje muškog polnog organa u ženski polni organ, za postojanje svršenog dela nije dovoljno samo doticanje polnih organa, ali se ne traži ni izbacivanje semena

aktera seksualnog odnosa, koji primenjuje prinude smatrajući da samo tako može u odnosu na konkretnog pasivnog subjekta seksualnog odnosa, da ostvari obljubu ili sa njome izjednačeni čin, ali u stvari, lice prema kojem se prinuda primenjuje, pristaje na obljubu ili sa obljubom izjednačeni čin, potpuno nezavisno od primenjene prinude, što bi se u praksi, uglavnom svelo na slučaj postojanja tzv. prividnog otpora seksualnom odnosu, koji učinilac, odnosno aktivni akter seksualnog odnosa pogrešno (u zabludi), poistovećuje sa stvarnim nepristajanjem na obljubu ili sa njom izjednačeni čin, te u stvari, pogrešno veruje da do obljube ili sa obljubom izjednačenog čina, dolazi zahvaljujući prinudi koju je primenio.

50 Lj. Lazarević: *op. cit.*, p. 214.

(*emissio seminis*) odnosno unošenje semena (*immisio seminis*).⁵¹ Ukoliko nije došlo bar do delimičnog prodiranja u vaginalni kanal žrtve ne može se raditi o silovanju, tj. zavisno od konkretnih okolnosti izvršenja, biće u pitanju pokušaj silovanja ili svršeno krivično delo nedozvoljenih polnih radnji (bludne radnje prema nekadašnjoj zakonskoj krivičnopravnoj terminologiji).

U nekim situacijama je moguće da dođe do prodiranja u polni organ žrtve, odnosno pasivnog subjekta, koji je ženskog pola i pre toga nije imao seksualne odnose (*virgo intacta*), a da to ipak ne bude praćeno i defloracijom, ukoliko je u pitanju izuzetno elastičan himen. Naravno i u takvom se slučaju svakako radi o svršenom krivičnom delu silovanja. Smatra se da je donekle sporno da li postoji penetracija i onda kada je došlo do prodiranja samo u spoljne delove ženskog polnog organa (tj. i kod neznatnog ulaženja uda između *labia majora*), a u teoriji se ističe da iako je u takvim slučajevima do izvesnog prodiranja u širem smislu došlo, ipak ne bi trebalo smatrati da postoji obljava.⁵²

Smatra se da je za izvršenje obljuje (*coitus*) dovoljan „spoj spolovila“ (*conjunctio membrorum*), tako da s jedne strane, nije dovoljan sam dodir polnih organa, ali s druge strane, nije potrebna ni (potpuna) *immissio penis in vaginam*, već je dovoljno da je došlo do spajanja polnih organa, a obljava je izvršena početkom prodiranja muškog polnog organa u ženski polni organ.⁵³ Mada ejakulacija nesporno ne predstavlja element silovanja, jer je za obljobu dovoljno da je došlo do makar početnog prodiranja muškog polnog organa u ženski, pronalaženje tragova sperme u vagini predstavlja važan dokaz u konkretnom krivičnom postupku, da je zaista postojala obljava, što još uvek ne mora da znači da je ona imala i prinudni karakter.

3.1.3. Drugi prinudni sa obljobom izjednačeni čin

S obzirom da je sada u istom krivičnom delu inkorporisano nekadašnje klasično silovanje (prinudna obljava) i nekadašnji protivprirodni blud (prinudavanje na određene posebne oblike seksualnog kontakta), zakonodavac je po svemu sudeći, mislio na radnje koje su se kod nas u praksi decenijama tretirale kao protivprirodni blud (nekada postojeće krivično delo), tj. oralni i analni seksualni kontakt do koga dođe prinudom ili kvalifikovanom pretnjom.

Međutim, upotrebljena formulacija po kojoj se radnja silovanja osim u obljobi može sastojati u „drugom sa obljobom izjednačenom činu“,⁵⁴ u stvari, znači da je u pitanju određena radnja koja do neke mere *liči* na obljobu, ali ipak nije obljava, jer nema sve njene osobine, odnosno bitne elemente (na primer, istopolni aktivni i pasivni akter silovanja), pa se stoga tretira samo kao sa obljobom izjednačena, a pri tom je sudskoj praksi prepušteno da u konkretnim slučajevima rešava da li se radi o takvoj radnji.

Ovakav način formulisanja ove radnje poprilično asocira na *analogiju*, jer se radi o radnji koja samim tim što je sa drugom striktno definisanom radnjom izjed-

51 Lj. Lazarević: *ibid.*, p. 214.

52 Z. Stojanović i O. Perić: *op. cit.*, p. 172.

53 B. Zlatarić /1958/: *Krivični zakonik u praktičnoj primeni*, Narodne novine, Zagreb, p. 223.

54 Veoma slična formulacija postoji u Krivičnom zakoniku Austrije.

načena, na nju liči, tako da su u konkretnom slučaju na temelju traganja za *sličnostima* između radnji o kojima se radi, rešava da li je u pitanju takva radnja koja se može smatrati radnjom kojom je izvršeno silovanje, naravno ako istovremeno postoje i prinuda odnosno kvalifikovana pretnja, zahvaljujući kojima je takva radnja i realizovana.

Ovde se ipak ne radi o pravoj analogiji i ovakvim formulisanjem, tj. takvim konstruisanjem krivičnopravne norme nije narušeno načelo zakonitosti, ali je nesporno da sud prilikom tumačenja ovakve norme, odnosno njene primene na konkretan slučaj, mora rezonovati po „principu sličnosti“, ali ne među normama, već u odnosu na određene konkretne životne radnje. Stoga, to nije analogija u primeni ili stvaranju prava, već se tu radi o nekoj vrsti analogije u tumačenju elemenata životne stvarnosti, kada sud ocenjuje da li je određenom radnjom ostvareno konkretno krivično delo i na koji način.⁵⁵ To nije idealno rešenje, ali je s obzirom na osobenost i *ratio legis* nove (proširene) definicije silovanja, praktično nemoguće smisliti bolji pravno-tehnički način kreiranja norme, a da se to ne svede na besmisleno taksativno nabranjanje.⁵⁶

Konačno, neko ciničan bi čak mogao da zaključi da time što je zakonodavac definisao alternativno propisane radnje izvršenja silovanja u vidu *obljube* i *sa obljubom izjednačenog čina*, on privileguje određene učinioce, jer da je neko pre stupanja na snagu Krivičnog zakonika iz 2006. godine, pasivnog subjekta prinudio kako na klasičnu obljubu, tako i na neku radnju koja se sada može podvesti pod sa obljubom izjednačenim činom (na primer, oralni seksualni kontakt), on bi odgovarao za silovanje i za protivprirodni blud u *sticaju*, a u istoj situaciji bi se nakon stupanja na snagu KZ-a iz 2006. godine, radilo samo o prividnom sticaju po osnovu alternativiteta, tj. ne bi postojala dva krivična dela, već samo jedno silovanje.

U našoj krivičnopravnoj teoriji (Z. Stojanović), se ističe je osnovni problem prilikom uvođenja novih oblika radnje izvršenja kod krivičnog dela silovanja (*drugi sa obljubom izjednačeni čin*), sveden na problem preciziranja tih radnji, što se svodi na pitanje „koje su to radnje koje se po svom značaju mogu izjednačiti sa obljubom, a koje su to pak druge radnje seksualnog karaktera koje bi, ukoliko su preduzete korišćenjem prinude, predstavljale krivično delo nedozvoljenih polnih radnji.“⁵⁷ Pojam *drugog sa obljubom izjednačenog čina* je moguće shvatiti *restriktivno* i *ekstenzivno*, što znači da bi u prvom slučaju (*restriktivno shvatanje*), to bilo „samo prodiranje muškog polnog organa u analni ili oralni otvor pasivnog subjekta“, a to su i „dve vrste radnji koje su prema vladajućem shvatanju u našoj teoriji i sudskoj praksi bile obuhvaćene pojmom krivičnog dela protivprirodnog bluda“, sadržanog u nekadašnjem članu 110. stav. 1 KZS.⁵⁸ *Ekstenzivno shvatanje* bi, „pored te dve radnje, obu-

55 Više o tome: M. Škulić /2010/: Načelo zakonitosti u krivičnom pravu, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu*, broj 1/2010, Beograd, pp. 73–74.

56 M. Škulić /2017/: Načelo zakonitosti i princip krivice u krivičnom pravu kao segmenti pravne države, tradicionalna tematska međunarodna naučna konferencija – u: *zbornik Principi vladavine prava*, Udruženje za međunarodno krivično pravo i „Intermex“, Tara, p. 86.

57 Z. Stojanović i N. Delić /2013/: *Krivično pravo – posebni deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Pravna knjiga, Beograd, p. 75.

58 Z. Stojanović /2017/: *op. cit.*, p. 436.

hvatalo i druge vrste penetracije“, pri čemu bi odlučujući kriterijum bio da se „te radnje na osnovu svestrane ocene njihovog ukupnog dejstva, oblika ispoljavanja i propratnim pojavama, mogu uporediti sa obljubom, tj. vaginalnim koitusom“, a taj se kriterijum na primer, prihvata u Austriji.⁵⁹

3. POL IZVRŠIOCA I PASIVNOG SUBJEKTA SILOVANJA

Iz definicije silovanja, odnosno iz alternativno propisanih radnji izvršenja ovog krivičnog dela, proizlazi da je ovo krivično delo sada definisano na *rodno neutralan način*, što znači da i učinilac, ali i pasivni subjekt silovanja, načelno mogu da budu kako muškog, tako i ženskog pola, što ipak, ne znači da je to moguće u svakoj „varijanti“ silovanja.

Ako se radi o prinudnoj obljubi, onda je reč o „klasičnoj“ varijanti silovanja, što znači da se tada aktivni i pasivni akter silovanja svakako polno razlikuju, ali mogu da budu u dijametralno različitim ulogama u krivičnoppravnom smislu. Muškarac može da siluje ženu, što bi u praksi bilo tipično, ali je moguća i obrnuta situacija da je muškarac pasivni subjekt, a žena izvršilac.

Ukoliko je u pitanju prinuda na drugi sa obljubom izjednačeni čin, onda učinilac i pasivni subjekt ovog oblika (vrste) silovanja, mogu uvek da budu kako lica različitog pola, tako i osobe istog pola, ako bi se prihvatilo *ekstenzivno shvatanje drugog sa obljubom izjednačenog čina*, kao što je to na primer, slučaj u Austriji.

Ako bi se prilikom definisanja „drugog sa obljubom izjednačenog čina“, pošlo od *restriktnog shvatanja*, kao ipak adekvatnijeg rezonovanja, koje više odgovara „intenciji“ zakonodavca, naročito imajući u vidu „istoriju“ sada važeće inkriminacije silovanja, a u kontekstu nekadašnjeg krivičnog dela protivprirodnog bluda, tada bi se svakako moralo raditi o licima različitog pola, ili bi bila moguća samo „jedna istopolna varijanta“, što znači da bi se moglo raditi i o licima isključivo muškog pola.

Naime, kako restriktivno shvatanje drugog sa obljubom izjednačenog čina svakako podrazumeva da se radi prodiranju muškog polnog organa u analni ili oralni otvor, to znači da akteri ovakve radnje mogu alternativno da budu: 1) lica *različitog pola* ili 2) lica koja su oba *muškog pola*. Treća varijanta u ovom slučaju nije moguća. To znači da nije moguće da žena sa ženom ostvari drugi sa obljubom izjednačeni čin, ako se on shvati restriktivno kao „prodiranje muškog polnog organa u analni ili oralni otvor“.

Kako smo se već prethodno opredelili za restriktivno shvatanje „drugog sa obljubom izjednačenog čina“, kao što se za to shvatanje argumentovano zalaže Z. Stojanović,⁶⁰ a u prilog čega govori i prethodno objašnjeno načelno limitiranje preširokog tumačenja, principijelnim imperativom ispoljavanja pojačanog stepena opreznosti/uzdržanosti prilikom interpretiranja krivičnopravnih normi koje bi se suviše „približilo“ analogiji (načelo zakonitosti),⁶¹ smatramo da *nije moguć drugi*

59 Z. Stojanović: *ibid.*, p. 436.

60 Z. Stojanović: *ibid.*, pp. 436–437.

61 M. Škulić /2010/: *op. cit.*, pp. 73–74.

sa obljubom izjednačeni čin između dva lica ženskog pola. To dakle, znači da, ukoliko bi izvršilac ženskog pola drugu ženu prinudio na određeni seksualni čin, poput oralnog seksualnog odnosa, guranja nekog predmeta ili prstiju u vaginalni ili oralni otvor pasivnog subjekta, tada se ipak ne bi radilo o silovanju, već bi postojalo krivično delo nedozvoljenih polnih radnji propisano u članu 182. stav 1. Krivičnog zakonika.

4. OBLIK KRIVICE KOD SILOVANJA

Iz prirode silovanja kao krivičnog dela, proizlazi da se ono može izvršiti samo sa umišljajem i to isključivo sa direktnim umišljajem.

Kod učinioca mora postojati svest o prinuđavanju na obljubu ili sa obljubom izjednačeni čin tj. učinilac mora posedovati svest da pasivni subjekt ne pristaje na obljubu, odnosno ne pristaje na čin koji je sa obljubom izjednačen, već do toga dolazi protiv volje pasivnog subjekta. U starijoj krivičnopravnoj literaturi se ovo objašnjavalo na nešto drugačiji način: „Učinilac treba da zna da savlađuje otpor. Ukoliko mu se čini da otpor nije ozbiljan (*vis haud ingrata*), nema umišljaja.“⁶² U stvari, otpora kod silovanja i ne mora uvek i svakako da bude, mada on inače, u praksi najčešće postoji. Naime, ako se prinuda sastoji u pretnji, onda pasivni subjekt ne mora ni da ispolji bilo kakav otpor, već je dovoljno da ne pristaje na obljubu ili sa obljubom izjednačeni čin, ali je takva njegova volja potom, modifikovana, odnosno promenjena delovanjem pretnje. Pretnja tada kao oblik prinude slama volju pasivnog subjekta i on se uopšte ni ne upušta u aktivno pružanje otpora. I onda kada je otpor prvobitno ispoljen, s njim se može prestati, bilo pod uticajem pretnje, bilo usled ispoljene sile, odnosno zahvaljujući primenjenoj prinudi, a do toga može doći i usled određenih psihofizičkih faktora, poput umora žrtve, gubljenja snage, osećaja bezizlaznosti i potpune bespomoćnosti i sl.

Učinilac krivičnog dela silovanja mora biti svestan svog dela i hteti njegovo izvršenje (direktni umišljaj), što znači da kod njega u konkretnoj situaciji mora postojati svest (*intelektualni element* direktnog umišljaja), da pasivni subjekt ne pristaje dobrovoljno na obljubu ili sa obljubom izjednačeni čin, već da do toga dolazi usled primenjene prinude, a što učinilac i hoće (*voluntativni element* direktnog umišljaja). U subjektivnom smislu nije potrebno postojanje neke specifične namere izvršioca krivičnog dela silovanja, već je dovoljno da kod njega postoji direktni umišljaj.⁶³

62 J. Šilović i S. Frank /1929/: *Krivični zakonik za Kraljevinu Srba, Hrvata i Slovenaca*, Jugoslavenska štampa D.D., Zagreb, p. 200.

63 Inače, u životnom i laičkom smislu često se *poistovećuju umišljaj*, a naročito *direktni umišljaj i namera*, ali se tu, kada je reč o srpskom krivičnopravnom sistemu, svakako *ne radi o sinonimima*. Više o tome: V. Bajović /2013/: *O činjenicama i istini u krivičnom postupku*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, pp. 40–45.

Namera u srpskom krivičnom pravu podrazumeva jedno posebno ciljno usmeravanje u subjektivnom smislu, tako što se njome „pojačava“ i dodatno precizira direktan umišljaj, koji svakako mora postojati kada se radi o krivičnim delima čije je bitno obeležje i takav poseban subjektivan element, što naravno, nije slučaj kada je reč o krivičnom delu silovanja. U nekim krivičnim pravima ona predstavlja poseban oblik krivice, koji se najčešće poistovećuje sa umišljajem, kao što

5. POKUŠAJ SILOVANJA

U pogledu pokušaja krivičnog dela silovanja u praksi se javljaju značajni problemi, „pre svega u pogledu razgraničenja sa pripremnim radnjama (koje bi, inače, u određenim slučajevima mogle biti kažnjive kao krivično delo prinude)“, a u načelu je (naravno, ovde u kontekstu tada važeće inkriminacije „klasičnog silovanja“), prihvatljiv stav da „pokušaj postoji onda kada je upotrebljena sila ili kvalifikovana pretnja u cilju da se izvrši obljuba.“⁶⁴ Ukoliko je potpuno jasno da je osnovna svrha upotrebljene sile ili pretnje bila usmerena na vršenje obljuje ili sa obljubom izjednačenog čina (na primer, od pasivnog subjekta se zahteva da se skine, ili se ono nasilno skida, cepa mu se odeća, verbalno se izražava namera vršenja obljuje, odnosno sa obljubom izjednačenog čina i t. sl.), u pitanju je naravno, funkcionalna prinuda usmerena na obljubu ili upravljena na čin koji je sa obljubom izjednačen i tada postoji pokušaj silovanja. Ovde se u stvari, termini „cilj“ ili „svrha“ u odnosu na obljubu ili sa obljubom izjednačeni čin, poistovećuje sa *voluntativnim elementom direktnog umišljaja*. To praktično znači da pokušaj silovanja postoji kada je umišljaj učinioca, koji započinje sa određenim radnjama prinude, tako što primenjuje silu ili pretnju da će neposredno napasti na život ili telo pasivnog subjekta, ili njemu bliskog lica, usmeren na prinudno ostvarenje obljuje ili sa obljubom izjednačenog čina. Prinuda se po pravilu, ne započinje u bilo kojem drugom cilju, već je svrha započete prinude da se zahvaljujući njoj u odnosu na pasivnog subjekta ostvari obljuba ili sa obljubom izjednačeni čin.

Ukoliko je cilj započete ili već realizovane prinude proširen, tako da se ona istovremeno ili paralelno odnosi i na ostvarenje neke druge radnje, koja je bitni element nekog drugog krivičnog dela, poput na primer, oduzimanja tuđe pokretne stvari u nameri da se njenim prisvajanjem sebi ili drugom pribavi protivpravan imovinska korist (razbojništvo), ali se pri tom, u isto vreme prinudom teži i ostvarenju obljuje ili sa obljubom izjednačenog čina i tada će se raditi o pokušaju silovanja. Ovo je tako naravno, ukoliko u ovom primeru do obljuje ili sa obljubom izjednačenog čina nije došlo, a u ovom slučaju može postojati i sticaj pokušaja silovanja sa svršenim krivičnim delom razbojništva, odnosno postojaće bar sticaj pokušaja silovanja i pokušaja razbojništva.

Ukoliko sila ili pretnja nisu direktno usmerene na izvršenje prinudne obljuje, odnosno prinudnog sa obljubom izjednačenog čina, tada treba razjasniti da li su

je na primer, od nedavno (čini se neporavdano), učinjeno u KZ-u Hrvatske. Suprotno ovome, u većini drugih evropskih krivičnih prava se, kao i našem krivičnom pravu, razlikuju *umišljaj* i *namera*. 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: *op. cit.*, pp. 77–78.

64 J. Šilović i S. Frank: *op. cit.*, p. 176.

bile u pitanju radnje upravljene na stvaranje uslova da se izvrši silovanje, ili da se olakša njegova realizacija, odnosno da se omogući prinudna obljuba ili prinudni sa obljubom izjednačeni čin – na primer, prinudno delovanje na pasivnog subjekta, njegovo vezivanje ili odvođene na neko izolovano i „kontrolisano“ mesto i sl., pa ukoliko se to utvrdi, postojaće pokušaj silovanja. Ključni element je ipak utvrđivanje postojanja odgovarajuće svesti učinioca i posebno njegove volje da takvim radnjama, tj. upotrebom takve sile ili pretnje, omogući sebi izvršenje obljube ili čina koji je sa obljubom izjednačen. U stvari, umišljaj učinioca, koji mora biti direktan, jer je nemoguće silovanje sa eventualnim umišljajem, treba da bude usmeren ka ostvarenju obljube ili čina koji je sa obljubom izjednačen, uz korišćenje određene prinude.

U sudskoj praksi se kao značajan problem postavlja razgraničenje pokušaja silovanja od izvršenja nedozvoljenih polnih radnji (nekadašnje bludne radnje). Načelno je potpuno jasan kriterijum razgraničavanja ova dva krivična dela i on se sastoji u određivanju umišljaja učinioca. Ako je umišljaj bio upravljen na prinudnu obljubu ili prinudni sa obljubom izjednačeni čin, radiće se o pokušaju silovanja, a ako se umišljaj odnosio na izvršenje nedozvoljene polne radnje, postojaće to krivično delo. Naravno, u praksi se to ne može uvek jasno razgraničiti, jer je u pitanju *questio facti* prilikom čijeg rešavanja se moraju uzeti u obzir i pažljivo analizirati sve subjektivne i objektivne okolnosti konkretnog slučaja.

6. POSEBAN OBLIK SILOVANJA – KADA SE PRINUDA SASTOJI U UCENJIVAČKOJ PRETNJI ILI PRETNJI DRUGIM TEŠKIM ZLOM

Poseban oblik silovanja, odnosno njegov drugi osnovni oblik postoji kada se radi o određenoj vrsti pretnje, koja je usmerena prema pasivnom subjektu u cilju njegovog prinuđavanja na obljubu ili sa obljubom izjednačen čin. Ovaj oblik silovanja je lakši oblik ovog krivičnog dela, koji predstavlja „modifikovano i sa novom koncepcijom silovanja usaglašeno, ranije krivično delo prinude na obljubu ili protivpravni blud iz člana 104. KZS“, gde razlika postoji „samo u pogledu oblika prinude koji se koristi da bi se izvršila obljuba ili sa njom izjednačeni čin.“⁶⁵

Pretnja kod posebnog oblika silovanja (član 178. stav 2. KZ-a), nije usmerena kao kod osnovnog oblika silovanja (član 178. stav 1. KZ-a), na život ili telo, bilo pasivnog subjekta, bilo njemu bliskog lica, već se u izgled stavljaju druge vrste zla, što alternativno može da bude: 1) pretnja da će se za pasivnog subjekta ili njemu blisko lice otkriti nešto što bi škodilo njegovoj časti ili ugledu (*ucenjivanje pasivnog subjekta*) ili 2) pretnja drugim zlom koje ima odgovarajući „kvalifikovani“ karakter, što znači da se može smatrati *teškim zlom*.

Prva varijanta posebnog oblika silovanja se realizuje specifičnom pretnjom, te se svodi na svojevrsnu ucenu. Ovaj oblik silovanja postoji ako je osnovni oblik silovanja učinjen pretnjom da će se pasivnog subjekta ili njemu blisko lice otkriti

65 Z. Stojanović /2017/: *op. cit.*, p. 441.

nešto što bi škodilo njegovoj časti ili ugledu. Na primer, izvršilac preti da otkrije nešto iz prošlosti pasivnog subjekta, ili uopšte iz njegovog života, a što bi ga degradiralo, ponizilo ili izložilo sramoti, poput bavljenja prostitucijom, odavanje nekim „porocima“ i sl.

Druga varijanta posebnog oblika silovanja postoji kada se pasivnom subjektu preti drugim teškim zlom. Ovo predstavlja „generalnu klauzulu“, koju „treba tumačiti tako da se, s jedne strane ne radi o onome čime se preti kod osnovnog oblika silovanja, a s druge strane, da se radi o pretnji takvim zlom koje je po svojoj težini podobno da prinudi pasivnog subjekta na obljubu ili neki drugi sa njom izjednačeni čin“, što znači da „to zlo, iako se ne odnosi na neposredan napad na život pasivnog subjekta ili njemu bliskog lica, mora biti zlo koje nije u bitnoj meri manje teško.“⁶⁶ To može da bude i pretnja da će se napasti na život ili telo, „ali ne neposredno nego posle izvesnog vremena,“ a pri tom, „može se odnositi i na neka druga dobra pasivnog subjekta, poput imovine veće vrednosti“, kao kada „na primer, učinilac preti da će zapaliti kuću pasivnom subjektu.“⁶⁷

7. TEŽI OBLICI SILOVANJA

Krivično delo silovanja ima nekoliko težih oblika i jedan najteži oblik.

Teži oblik silovanja postoji kada je osnovni oblik ovog krivičnog dela izvršen uz postojanje neke od sledećih alternativno propisanih kvalifikatornih okolnosti:

- 1) nastupanje teže posledice – ako je usled dela izvršenja silovanja nastupila teška telesna povreda lica prema kojem je delo izvršeno,⁶⁸
- 2) sticaj izvršilaca – ako silovanje izvršeno od strane više lica,
- 3) posebno težak način izvršenja – ako je silovanje izvršeno na naročito svirep ili naročito ponižavajući način,
- 4) svojstvo pasivnog subjekta – ukoliko je silovanje izvršeno prema maloletnom licu ili
- 5) nastupanje posebne posledice – ako je silovanje imalo za posledicu trudnoću.

Najteži oblik silovanja postoji ako je usled dela nastupila smrt pasivnog subjekta ili je delo učinjeno prema detetu, tj. licu koje u vreme izvršenja nije navršilo 14 godina.

66 Z. Stojanović: *ibid.*, p. 441.

67 Z. Stojanović /2010/: *Komentar Krivičnog Zakonika Crne Gore*, Ministarstvo pravde Crne Gore i Misija OEBS-a u Crnoj Gori, Podgorica, p. 447.

68 Prema stavu sudske prakse (*Presuda Okružnog suda u Beogradu K. br. 139/83 i Presuda Vrhovnog suda Srbije Kž. br. 104/84*), karakter teške telesne povrede je imao i nasilan prekid prve trudnoće kada je oštećena prilikom nasilne oblube ostala gravidna, ne samo zbog otvaranja jednog organa, nego i zbog mogućih daljih posledica u pogledu mogućnosti sticanja potomstva. Inače, ovo pitanje je izgubilo svoj praktičan značaj već posle donošenja ZID KZ/02, jer je tada kao kvalifikatorna okolnost predviđeno i samo nastupanje trudnoće, što je potom zadržano i u novom sada važećem Krivičnom zakoniku Srbije.

7.1. *Oblik krivice izvršioca silovanja u pogledu nastupanja teže posledice i neki praktični problemi u odnosu na tešku telesnu povredu i smrt kao težu posledicu silovanja*

Uvek kada je kvalifikatorna okolnost kod silovanja nastupanje teže posledice, poput teške telesne povrede pasivnog subjekta ili njegove smrti, potrebno je da izvršilac u odnosu na težu posledicu ispolji nehat kao oblik krivice, a ako je postupao sa umišljajem, tada bi postojao sticaj silovanja i teške telesne povrede, odnosno silovanja i ubistva ili teškog ubistva.⁶⁹ Takođe se kao teška telesna povreda može ispoljiti i teško oštećenje duševnog zdravlja oštećene.⁷⁰

Već je objašnjeno da u slučajevima kada je kvalifikatorna okolnost sadržana u težoj posledici, neophodno je da u odnosu na nju kod učinioca postoji nehat, jer bi u suprotnom slučaju (ako bi kod učinioca postojao umišljaj), radilo bi se o sticaju silovanja i teške telesne povrede, odnosno sticaju silovanja i ubistva. U praksi su se javljale određene specifične situacije u pogledu utvrđivanja postojanja nehata u odnosu na težu posledicu (na primer, žrtva da bi izbegla silovanje skače sa sprata, ili iz vozila u pokretu zbog čega dolazi do njene smrti ili teške telesne povrede), a u takvim situacijama se teško može zauzeti generalni stav, već ih treba rešavati u zavisnosti od okolnosti konkretnog slučaja, tj. treba utvrditi da li se teža posledica može pripisati nehatu učinioca.⁷¹ Neophodno je nakon pažljive procene svih relevantnih okolnosti proceniti da li je učinilac mogao na određeni način predvideti reakciju svoje žrtve koja će dovesti do određene posledice (teške telesne povrede ili smrti), te da je kod njega u odnosu na tu posledicu postojao nehat.

U većini ovakvih situacija silovanje ostaje u pokušaju, mada je moguće da je ono bilo već i započeto. Ukoliko je došlo do pokušaja silovanja, a usled specifičnog načina otpora pasivnog subjekta, odnosno njegovog pokušaja da na primer, skakanjem sa sprata ili iskakanjem iz vozila u pokretu i t. sl., spreči silovanje, došlo do njegove telesne povrede ili smrti, postavlja se pitanje da li je moguće postojanje krivičnog dela kvalifikovanog težom posledicom ukoliko je osnovno krivično delo ostalo u pokušaju, ali je usled tog pokušaja došlo do teže posledice. Iako u teoriji postoje različita shvatanja, sudska praksa se opredelila za stav da je to moguće, što se može smatrati prihvatljivim (mada se može braniti i mišljenje da u takvim situacijama postoji sticaj između pokušaja silovanja i ubistva iz nehata, odnosno teške telesne povrede iz nehata).⁷² Tako na primer: „Kada oštećena, koju je učinilac počeo da tuče da bi je prinudio na obljubu, da bi se odbranila, iskoči iz stana učinioca kroz prozor i tom prilikom zadobije tešku telesnu povredu, radi se o pokušaju dela iz st. 2. čl. 103. KZS.⁷³ „ Optuženi je pokušao da prinudi na obljubu oštećenu upotrebom

69 M. Škulić /2003/: *Maloletnici kao učinioci i kao žrtve krivičnih dela*, Dosije, Beograd, pp. 421–423.

70 Presuda Okružnog suda u Beogradu K. br. 14/88.

71 Z. Stojanović i O. Perić: *op. cit.*, p. 176.

72 Z. Stojanović i O. Perić: *ibid.*, p. 177.

73 Prema tadašnjoj zakonskoj sistematici, ovde se radilo o težem obliku silovanja, gde je osnovni oblik silovanja kvalifikovan usled prouzrokovanja teže posledice u vidu nastupele teške telesne povrede kod pasivnog subjekta, tj. ženskog lica koje je prema tada važećem zakonskom rešenju, jedino i moglo biti pasivni subjekt krivičnog dela silovanja.

sile, tako što je oštećenu koju je od ranije poznao namamio u svoj stan, pa počeo da je tuče i zahteva da se skine da bi sa njom obavio polni odnos, a da bi se odbranila ona je iskočila kroz prozor na visini od 3 metra i pri tom zadobila prelom petne kosti, što je kvalifikovano kao teška telesna povreda. Takve radnje optuženog pravilno su kvalifikovane kao krivično delo silovanja u pokušaju iz člana 103. stav 2. u vezi člana 19. KZJ.⁷⁴ Čini se da je prethodno objašnjeni stav tadašnje sudske prakse imao svoje kriminalnopolitičko opravdanje, jer je teža posledica u ovakvim situacijama proizlazila iz pokušaja silovanja i nagonске potrebe žrtve da se tom pokušaju odupre na način koji je u datoj situaciji njoj izgledao kao najadekvatniji.

7.2. *Nastupela trudnoća kao teža posledica silovanja*

Kada se radi o trudnoći kao posledici silovanja, tada kod učinioca može postojati bilo koji relevantan oblik krivice, kako nehat, tako i umišljaj, to ništa ne menja sa stanovišta ispunjenosti uslova za postojanje ovog kvalifikovanog oblika silovanja, jer sama po sebi, prouzrokovanje trudnoće ne predstavlja krivično delo, ali ako je učinilac umišljajno doveo do trudnoće silovane žene, to bi svakako imalo značaj otežavajuće okolnosti.

Nastupela trudnoća usled prinudno ostvarene oblube, tj. kao jedan od ishoda silovanja, što je u smislu sada važeće inkriminacije, jedna od alternativno propisanih težih posledica ovog krivičnog dela, predstavlja veoma specifičan vid kvalifikatorne okolnosti. U pitanju je svakako posebna i veoma specifična teža posledica, koja po logici stvari, ostavlja teške psihičke posledice u odnosu na žrtvu silovanja. Naime, većina žena doživljava trudnoću i rađanje deteta kao poseban vid izražavanja svoje ženstvenosti i ispunjenja ličnosti, a ako se trudnoća javi kao posledica prinudne oblube, to u duši žrtve neminovno izaziva snažne psihičke lomove, koji se posebno potenciraju ukoliko se žrtva odluči da abortira, s tim da se sve posledice nasilnog prekida trudnoće u ovakvom slučaju, a naročito akutne ili hronične bolesti i posebno mogućnost steriliteta i sl., moraju tumačiti kao otežavajuće okolnosti prilikom odmeravanja kazne učiniocu silovanja.

Kao što je već objašnjeno važeća zakonska definicija silovanja u njegovom klasičnom obliku (prinudna obluba), omogućava kako onu varijantu koja je u praksi daleko najčešća, a to je kada muškarac siluje ženu, tako i drugu varijantu, u praksi svakako ekstremno retku (u Srbiji od 2005/2006. godine, tj. od stupanja na snagu i primene novog Krivičnog zakonika, do danas još uvek nezabeleženu), a to je da žena siluje muškarca. Postavlja se pitanje da li je u ovoj varijanti silovanja moguć teži oblik ovog krivičnog dela, kvalifikovan nastupanjem trudnoće usled prinudne oblube. Na prvi pogled i po logici stvari, tada se, ni ukoliko bi u takvom slučaju došlo do trudnoće žene koja je izvršila silovanje muškaraca, ipak ne bi radilo o težem obliku silovanja iz člana 178. stav 3. Krivičnog zakonika, već bi postojao samo osnovni oblik krivičnog dela silovanja.

74 Presuda Vrhovnog suda Srbije Kž. br. 1660/97 od 21. januara 1999. godine. U citiranoj odluci se navode relevantne odredbe nekadašnjeg Krivičnog zakona Srbije (inkriminacija težeg oblika silovanja) i Krivičnog zakona Savezne Republike Jugoslavije (pokušaj krivičnog dela).

Čini se da je i zakonodavac prilikom formulisanja ovog težeg oblika silovanja, odnosno nastupele trudnoće usled prinudne obljuje, pre svega, ako ne i isključivo, mislio na nastupelu bremenitost pasivnog subjekta silovanja, što znači isključivo žene koju je silovao muškarac. To bi proizašlo i iz relativno skorašnjeg „istorijata“ ove varijante težeg oblika silovanja, jer je ona uneta još u ranije važeći Krivični zakon Srbije (ZID KZ/02), kada je silovanje i inače bilo definisao na „klasičan“ način kao prinudna obljava koju muškarac vrši u odnosu na ženu.

Međutim, u čisto jezičkom smislu, ali i iz nekih drugih razloga, zasnovanih na logičkoj analizi ovakve situacije, te i na odgovarajućem kriminalno-političkom rezonu, ostaje prostor i za drugačije tumačenje, jer zakonodavac uopšte ne zahteva da je trudnoća nastupila kod pasivnog subjekta, već je dovoljno da je usled silovanja (a to u ovom slučaju, svakako mora biti isključivo prinudna obljava, a ne i sa obljobom izjednačeni čin), došlo do trudnoće. To bi značilo da je usled takve prinudne obljuje zatrudnela bilo žrtva silovanja, odnosno pasivni subjekt, bilo izvršilac ovog krivičnog dela, ako se radi o u praksi ekstremno retkoj varijanti da je *žena silovala muškarca*. Na prvi pogled, čini se da ipak nema razloga da u takvoj situaciji postoji teži oblik silovanja, ali bi se moglo smatrati i da neki razlozi ipak govore tome u prilog, odnosno da postoje ozbiljni argumenti u prilog shvatanju da bi i u ovom slučaju postojao teži oblik silovanja – kvalifikovan nastupelom trudnoćom i to ne pasivnog subjekta, već izvršioca ove vrste silovanja.

Naime, ako bi žena koja je na ovakav način zatrudnela, potom rodila dete (a to je čak i u ovoj situaciji, njeno neprikosnoveno pravo, bez obzira što je do trudnoće došlo zahvaljujući izvršenom krivičnom delu), onda bi silovani muškarac, koje je tako mimo svoje volje i „na silu postao i otac“, morao i bez obzira što je otac postao izvršenjem krivičnog dela i protiv svoje volje, da snosi i određene materijalne posledice takvog srodničkog odnosa, tj. bio bi dužan da snosi troškove izdržavanja deteta shodno pravilima porodično-pravnog zakonodavstva, a naročito u kontekstu prihvaćenog pravila da se poštuje *najbolji interes deteta*. Ovako tumačenje bi posebno imalo smisla ukoliko je u ovom slučaju do trudnoće došlo sa svešću i voljom izvršioca, a naročito ako je takav izvršilac (koji je ženskog pola u ovoj varijanti silovanja), krivično delo silovanja i izvršio *ciljno*, što znači da bi baš na takav način, tj. usled prinudne obljuje, došlo do trudnoće.

Inače, o ovom pitanju je već pisano u našoj krivičnopravnoj literaturi, pa se tako zaključuje da; „s obzirom da i žensko lice može izvršiti krivično delo silovanja nad muškarcem, moglo bi se postaviti pitanje da li postoji kvalifikovani oblik krivičnog dela ukoliko je trudnoća nastupila kod izvršioca ovog krivičnog dela“, te da „u odgovoru na ovo pitanje treba imati u vidu da zakonodavac za kvalifikovani oblik zahteva da je delo imalo za posledicu trudnoću, ne precizirajući čiju trudnoću, izvršioca ili pasivnog subjekta.“⁷⁵ Takođe se konstatuje i da „momentom začeca deteta, odnosno momentom nastanka trudnoće“ nastupaju i „neka porodična, odnosno nasledna prava sa kojima pasivni subjekt apsolutno nije saglasan, jer nije bio saglasan ni sa obljobom“, tako da i iz tih razloga treba smatrati da će postojati

75 V. Delibašić, *Krivično delo silovanje*, Arhiv za pravne i društvene nauke, broj 1–2, Beograd, 2009, pp. 75–76.

kvalifikovani oblik krivičnog dela silovanje i u slučaju da je delo imalo za posledicu trudnoću izvršioca,⁷⁶ koji je ženskog pola, a naravno, u takvoj varijanti silovanja, pasivni subjekt je svakako muškog pola.

7.3. *Zarazna bolest kao teža posledica silovanja*

Kada je u pitanju zarazna bolest kao teža posledica silovanja, tu se pre svega misli na polno prenosive bolesti (venerične bolesti), ali i sve druge teže zarazne bolesti koje se prenose seksualnim kontaktom (a naročito kontaktom telesnih tečnosti), ali i uopšte telesnim kontaktom do kojeg je došlo tokom izvršenja krivičnog dela silovanja.

Slično, kao što smo već objašnjavali (a što ima uporište u sudskoj praksi), smatramo da je ovaj teži oblik moguć i ukoliko je osnovni oblik izvršenja ostao u pokušaju, s tim da je i tada, neophodno utvrditi kauzalnu vezu između radnje pokušaja silovanja i nastupanja teže zarazne bolesti kao posledice tog pokušaja.

7.4. *Način izvršenja silovanja kao kvalifikatorna okolnost*

Po logici stvari svako silovanje predstavlja veliko poniženje za žrtvu, a ono podrazumeva i određeni stepen svireposti, jer se njegovim izvršenjem vrši snažan atak na pravo slobodnog izbora polnog partnera, odnosno partnera za obljubu ili čin koji je sa obljubom izjednačen, od strane pasivnog subjekta, te se svakako narušava važan aspekt slobode ličnosti u opštem smislu, uz po pravilu, istovremeno specifično povređivanje i telesnog integriteta i sl. Međutim, u nekim slučajevima su svirepost ili poniženje prilikom izvršenja silovanja, odnosno kao elementi načina izvršenja ovog krivičnog dela, prisutni u takvom stepenu, da postaju posebna kvalifikatorna okolnost.

Silovanje na naročito ponižavajući način postoji na primer, „kada se vrši u prisustvu drugih lica, a naročito u prisustvu članova porodice žrtve, kada se preko žrtve mokri ili se ona posipa prljavim tečnostima, kad se žrtva prinudava da pre započinjanja obljube ili sa obljubom izjednačenog čina,⁷⁷ peva, igra ili na drugi način „zabavlja“ učinioca dela i sl.“⁷⁸

8. SILOVANJE IZVRŠENO OD STRANE VIŠE LICA I NEKI ASPEKTI PROBLEMA SAUČESNIŠTVA KOD SILOVANJA

Kada je u pitanju kvalifikatorna okolnost koja se odnosi na broj izvršilaca krivičnog dela, potrebno je da silovanje izvrše najmanje dva izvršioca. Prema jednom shvatanju, pojam „više lica“ je „uži od pojma saizvršilaštva u smislu člana 22. KZ SRJ“ (nekada važeći Krivični zakon Jugoslavije), tako da se tu „ne traži saizvršilaš-

76 Ibidem.

77 Citirani autor ovde naravno, piše samo o „obljubi“, jer to odgovara tadašnjoj zakonskoj definiciji silovanja, ali se ovaj stav, po logici stvari, a u kontekstu sada važeće zakonske definicije silovanja, može primeniti i u odnosu na čin koji je sa obljubom izjednačen.

78 Lj. Lazarević: *op. cit.*, p. 216.

tvo u obljudi, jer je obljudba po svojoj prirodi isključivo individualna⁷⁹ Po drugom shvatanju mora se svakako raditi o saizvršiocima, a pri tom je za ovaj kvalifikovani oblik silovanja dovoljno da svaki saizvršilac primenjuje samo deo radnje izvršenja.⁸⁰ Oba prethodno navedena shvatanja su iz vremena važenja ranijeg zakonskih rešenja, kako u odnosu na zakonsku definiciju silovanja, tako i u pogledu zakonskog rešenja koje se odnosilo na saizvršilaštvo. U kontekstu sadašnjih zakonskih rešenja, kako u odnosu na silovanje, tako i u pogledu zakonske definicije saizvršilaštva, moguća je i nešto drugačija „optika“ u odnosu na problem saučesništva uopšte, a posebno u pogledu saizvršilaštva kod krivičnog dela silovanja.

U stvari, čini se da ovo pitanje ipak nije u praksi preterano značajno, ali da iz analize relevantnih krivičnopravnih normi, kao i bića krivičnog dela silovanja mogu da se izvedu određeni zaključci kada u pogledu silovanja saizvršilaštvo postoji, odnosno može da postoji, a kada se ne radi o tom obliku saučesništva u širem smislu.

Saizvršilaštvo postoji prema članu 33. KZ Srbije, kada više lica, učestvovanjem u radnji izvršenja sa umišljajem ili iz nehata zajednički izvrše krivično delo, ili ostvarujući zajedničku odluku drugom radnjom sa umišljajem bitno doprinesu izvršenju krivičnog dela. Svako od tih lica se kažnjava kaznom propisanom za to delo.

Izvršilaštvo postoji pre svega ako neko lice preduzme radnju izvršenja krivičnog dela. Ako više lica preduzmu radnju izvršenja, oni se smatraju saizvršiocima, ali prema zakonskoj definiciji saizvršilaštvo može da postoji i kao odgovarajuće („izvršilačko“) učestvovanje na drugi način u krivičnom delu. To znači da saizvršilaštvo postoji u dva alternativno propisana slučaja: 1) kada više lica učestvovanjem u radnji izvršenja sa umišljajem ili ih nehata zajednički izvrše krivično delo i 2) kada više lica ostvarujući zajedničku odluku drugom radnjom (dakle radnjom, koja ne predstavlja radnju izvršenja), sa umišljajem bitno doprinesu izvršenju krivičnog dela.⁸¹ U oba slučaja je element brojnosti učinilaca, odnosno postojanja više lica prilikom realizacije krivičnog dela obavezan, ali u prvom slučaju ta lica učestvuju u radnji izvršenja krivičnog dela, dok u drugom slučaju, oni na neki drugi način, odnosno drugom radnjom, zajednički i sa umišljajem bitno doprinose izvršenju krivičnog dela, pri čemu to čine ostvarujući svoju zajedničku odluku.

Da bi kod silovanja postojalo saizvršilaštvo u smislu člana 33. Krivičnog zakona potrebno je da alternativno: 1) učinilac umišljajno (jer nema silovanja iz nehata), učestvuje u radnji izvršenja silovanja ili 2) na drugi način ostvarujući zajedničku odluku drugom radnjom, sa umišljajem bitno doprinese izvršenju krivičnog dela silovanja.

S obzirom na to da je, za razliku od nekadašnjeg zakonskog rešenja, kada je silovanje bilo definisano kao prinudna obljudba, sada silovanje moguće alternativno bilo kao prinudna obljudba, bilo kao drugi prinudni sa obljudom izjednačeni čin, gubi na značaju inače ispravna konstatacija da je „obljudba isključivo individualni

79 I. Simić i M. Petrović: *op. cit.*, p. 107.

80 Z. Stojanović i O. Perić: *op. cit.*, p. 177.

81 M. Škulić /2014/: Odnos organizovanog kriminaliteta u krivičnopravnom smislu i saučesništva, *NBP – nauka, bezbednost policija – žurnal za kriminalistiku i pravo*, Kriminalističko-policijska akademija, broj 3/2014, Beograd, pp. 1–26.

čin“, te zbog toga u kontekstu ranije važećeg zakonskog rešenja, „nije moguće saizvršilaštvo kod silovanja“.⁸² Stoga, iako dva lica, po logici stvari, ne mogu zajednički učestvovati u radnji izvršenja koja je striktno – prinudna obljava, oni mogu da učestvuju u radnji izvršenja koja predstavlja drugi sa obljubom izjednačeni čin (na primer, zajedno primoravaju pasivnog subjekta na oralni seksualni odnos) ili da u isto vreme vrše kako prinudnu obljubu, tako i drugi prinudni sa obljubom izjednačeni čin (na primer, jedan (sa)izvršilac ostvaruje prinudnu obljubu, a drugi prinudni oralni seksualni odnos, što bi bio drugi sa obljubom izjednačeni čin), te na taj način deluju kao saizvršioci.

Da bi postojalo svršeno krivično delo silovanja, mora biti prinudno ostvarena bar jedna od dve alternativno propisane radnje; obljava ili sa obljubom izjednačen čin. Dakle u situaciji postojanja više učinilaca, tj. (sa)izvršilaca, bar jedan od njih mora koristeći silu ili pretnju da će se neposredno napasti na život ili telo pasivnog subjekta, obljubiti pasivnog subjekta ili sa njim na takav način ostvariti drugi sa obljubom izjednačeni čin. Ostali akteri mogu biti odgovorni kao saizvršioci i onda kada oni sami nisu ostvarili ni obljubu, niti sa obljubom izjednačeni čin, već su (što je u skladu sa opštim krivičnopravnim pravilima koja se odnose na saizvršilaštvo – član 33. KZ-a), na drugi način ostvarujući zajedničku odluku drugom radnjom, sa umišljajem bitno doprineli izvršenju krivičnog dela silovanja.

Dakle takav saučesnik će se smatrati saizvršiocem silovanja, iako sam, tj. lično nije ostvario niti prinudnu obljubu, niti drugi prinudni sa obljubom izjednačeni čin, ako su kumulativno ispunjeni sledeći uslovi:

- 1) postojala je zajednička odluka svih (sa)izvršilaca da deluju na takav (sa) izvršilački način, što je *questio facti*, a mora se u subjektivnom smislu manifestovati i odgovarajućim oblikom tzv. (sa)izvršilačke volje;
- 2) konkretni saizvršilac je preduzeo radnju koja nije ni obljava ni sa obljubom izjednačeni čin,
- 3) tom radnjom se mora bitno doprineti izvršenju krivičnog dela silovanja, što bi po logici stvari, pre svega, bile radnje koje se sastoje u prinuđavanju pasivnog subjekta, odnosno delovanju na njega silom ili kvalifikovanom pretnjom, čime se omogućava da drugo lice kao izvršilac ostvari obljubu ili sa obljubom izjednačeni čin, ali bi u određenim situacijama (što bi se moralo veoma restriktivno tumačiti), pod opštim uslovima za postojanje saizvršilaštva preduzimanjem druge radnje, a ne radnje izvršenja, došle u obzir i neke druge radnje, te
- 4) saizvršilac mora postupati sa umišljajem, a po logici stvari, ovde bi se uvek radilo o direktnom umišljaju.

U praksi je često veoma teško razgraničiti slučajeve saizvršilaštva koji se ne svode na učestvovanje u radnji izvršenja od drugih oblika saučesništva – pre svega od pomaganja, a ponekad i od podstrekavanja. O ovom pitanju postoji više teorija u nekadašnjoj jugoslovenskoj krivičnopravnoj nauci, ali se jedna mešovita – objektiv-

no-subjektivna teorija, smatra najprihvatljivijom, kako u doktrini, tako i u sudskoj praksi.⁸³ Po njoj, ako je makar i delimično preduzeta radnja izvršenja, za postojanje saizvršilaštva se na subjektivnom planu zahteva jedino postojanje svesti o zajedničkom delovanju.

I u pogledu saizvršilaštva kod silovanja se mogu primeniti opšta zapažanja krivičnopravne teorije, pa tako, ukoliko neki od učesnika ne preduzimaju radnju izvršenja, već neke druge radnje kojima se omogućava delo, odnosno bitno doprinosi da delo nastane, smatraće se saizvršiocima ako kod njih postoji *volja da krivično delo zajednički izvrše*, a te radnje predstavljaju prirodnu i logičku celinu sa radnjama ostalih saizvršilaca. Smatra se da, ako neko nije preduzeo radnju izvršenja krivičnog dela, već neke druge radnje koje same po sebi, mogu biti radnje pomaganja, potrebno je da subjektivni element bude izražen „u jednoj intenzivnijoj formi“, pa čak i u formi izvršilačke volje“, kada je pri tom potrebno i postojanje zajedničke volje, a razlika između bitnog i običnog doprinosa, kada bi se radilo o pomaganju, temelji se na planu uzročne veze, tako da „običan doprinos“ nije *condicio sine qua non* za izvršenje krivičnog dela, dok *bitan doprinos* treba tako shvatiti.⁸⁴

Ovde se takođe može primeniti i klasično učenje nemačke krivičnopravne teorije, u kojoj se inače, saučesništvo objašnjava na nešto drugačiji način, nego u krivičnom pravu Srbije. U nemačkom krivičnom pravu se, kada je reč o učestvovanju više lica u jednom krivičnom delu, pravi razlika između *izvršilaštva* (*Täterschaft*) i *saučesništva* (*Teilnahme*), što znači da se „kao izvršilac krivičnog dela kažnjava onaj ko krivično delo izvrši sam (neposredno izvršilaštvo – *unmittelbare Täterschaft*) ili služeći se nekim drugim licem (posredno izvršilaštvo – *mittelbare Täterschaft*)“,⁸⁵ dok se onda kada se krivično delo učini (izvrši) zajednički od strane više lica, svaki takav učinilac, smatra saizvršiocem“ ili bukvalno prevedeno – saučiniocem (*Mittäter*).⁸⁶

83 Više o tome: Z. Stojanović /2014/: *Krivično pravo – opšti deo*, 21. izdanje, Pravna knjiga“ Beograd, pp. 268–270.

84 Z. Stojanović: *ibid.*, p. 269.

85 Našu krivičnopravnu terminologiju već duže vreme na svojevrsan način kvari ili čak osobeno „terminološki kontaminira“, baratanje najčešće u medijima, ali i od strane političara, pravnih laika, pa čak često i nedovoljno edukovanih (ili možda na nekim kursevima i tzv. treninzima „preedukovanih“), nosilaca pravosudnih funkcija, terminima koji nisu deo našeg pozitivnog krivičnog prava. Često se tako kod nas govori o „počiniocu“ krivičnog dela, iako naš zakonodavac ne poznaje termin „počinilac“, već pod „učiniocem“ podrazumeva izvršioca, saizvršioca, podstrekaka i pomagača.

Nemački termin „Täter“ se kod nas uobičajeno prevodi kao „učinilac“, mada bi u stvari, on mogao možda i adekvatnije da se prevede izrazom – „počinilac“, koji je kod nas praktično prodoro, verovatno pod uticajem nama jezički bliske hrvatske terminologije, koja se po tradiciji puno naslanja na germanizme. Inače, nemačka reč „begehen“, znači „počiniti“, što znači da „počinilac“ ni stoga nije idealan prevod nemačke reči „Täter“. U stvari, kako nemačka reč „Tat“ označava „delo“, odnosno „čin“, pravi prevod nemačke reči „Täter“ bi verovatno bio „delatnik“ (jer reči „činilac“ ili „čimbenik“ imaju drugo značenje u našem jeziku), što bi u stvari bio kroatizam, koji čak ni u hrvatskom jeziku (inače, veoma sklonom germanizmima), a kamoli u srpskom, nije uobičajen u krivičnopravnoj terminologiji. Izraz „počinilac“, ovde čak i prilikom prevođenja sa nemačkog ne koristimo, jer se sa stanovišta našeg prava, tu u stvari, a naročito kada je u pitanju podela na *neposredno* i *posredno* (učinilaštvo) tj. izvršilaštvo, radi o *izvršiocu* krivičnog dela, a u nekim situacijama bi u duhu naše krivičnopravne terminologije, pre u pitanju bio *učinilac*.

86 J. Wessels und W. Beulke: *op. cit.*, p. 170.

Sušтина ovog nemačkog pogleda na učestvovanje više lica u krivičnom delu, odnosno njegovom „ostvarenju“, je da se kod (sa)izvršilaštva radi o *sopstvenom* krivičnom delu, dok je kod saučesništva u pitanju odgovarajuće umišljajno doprinošenje *tuđem* krivičnom delu. Drugim rečima objašnjeno – „izvršilaštvo označava *sopstveno* ostvarenje bića krivičnog dela, što ne mora uvek biti i „svojeručno“ činjenje krivičnog dela (neposredno izvršilaštvo)“, već krivično delo može biti izvršeno i tako što se izvršilac „služi drugim licem“ (posredno izvršilaštvo), dok saučesništvo predstavlja učestvovanje u činjenju krivičnog dela nekog drugog lica, koji je tzv. glavni učinilac (*Haupttäter*).⁸⁷

Izvršilaštvo uvek podrazumeva *vlast nad delom* (*Tatherschaft*), što se odnosi kako na neposredno izvršilaštvo, tako i na posredno izvršilaštvo, kao jednu formu „izvršilaštva“.⁸⁸ Vlast (sa)izvršioca nad krivičnim delom je suština izvršilaštva u nemačkom pravu. Takva „vlast“ krivično delo čini „sopstvenim“, što je suština razlike između izvršilaštva, gde spada i saizvršilaštvo u smislu našeg pozitivnog prava i saučesništvo (što je u srpskom krivičnom pravu saučesništvo u užem smislu), u formi podstrekavanja ili pomaganja.

Shodno tome, saizvršiocom bi se se mogao smatrao i onaj (sa)učesnik silovanja, koji nije ostvario niti obljubu, niti sa obljubom izjednačeni čin, ali je umišljajno drugom radnjom, ostvarujući zajedničku odluku, doprineo izvršenju silovanja, što je i inače, zasnovano na zakonskom rešenju (član 33. KZ-a), u odnosu na saizvršilaštvo, a gde se u teorijskom smislu i uz oslonac na prethodno objašnjeno objašnjenje nemačke krivičnopravne teorije, može dodati, da je on, pri tom delo smatrao „svojim“, te na odgovarajući način „imao vlast nad delom“. To bi u stvari, bilo dodatno preciziranje zakonskih uslova koji se odnose, kako na *zajedničku odluku*, tako i na subjektivni odnos učinioca prema krivičnom delu, što se odnosi na umišljajno postupanje takvog saizvršioca. Kao što smo prethodno već objasnili, to bi po našem mišljenju, kada je reč o silovanju, ipak moralo biti primarno usmereno na radnje koje predstavljaju učešće u prinudi, tj. ispoljavaju se kao sila u odnosu na pasivnog subjekta ili pretnja da će se se neposredno napasti na život ili telo pasivnog subjekta ili njemu bliskog lica. Samo u određenim retkim situacijama bi u praksi došle u obzir i neke druge radnje, što znači one aktivnosti koje same po sebi, nisu oblici prinude, ali predstavljaju bitan doprinos izvršenju krivičnog dela, te se u odnosu na njih ispoljavaju i drugi neophodni uslovi da bi se one mogle smatrati saizvršilačkim radnjama. Druge radnje saučesnika, koje nemaju takav kvalitet, bi se pod određenim uslovima smatrale radnjama jednog oblika saučesništva u užem smislu, tj. bile bi najčešće radnje koje bi sa smatrale pomaganjem.

8.1. *Nekadašnje zakonsko rešenje i (ne)mogućnost saizvršilaštva kod silovanja definisanog na „klasičan“ način kao „prinudna obljuba“*

Saizvršilaštvo je prema odredbi člana 22. nekadašnjeg OKZ (a isto je bilo propisano decenijama u jugoslovenskom (saveznom) Krivičnom zakonu), postojalo kada više lica, učestvovanjem u radnji izvršenja ili na drugi način, zajednički učine krivič-

87 K. Kühl /2002/: *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Verlag Vahlen, München, p. 757.

88 H. H. Jescheck und T. Weigend /1996/: *Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil*, fünfte Auflage, Dundker & Humblot, Berlin, p. 663.

no delo. Da bi kod silovanja postojalo saizvršilaštvo u smislu člana 22. nekadašnjeg KZ SRJ, bilo bi potrebno da alternativno: 1) učinilac učestvuje u radnji izvršenja ili 2) da na drugi način zajednički sa drugim licem učini krivično delo.

Da li je bilo koji od tih (dva alternativno propisana) oblika bio moguć, s obzirom na prirodu silovanja u vreme važenja njegove „klasične“ definicije i karakter te inkriminacije? Čini nam se da to ipak nije bilo moguće, iako u našoj literaturi, postoje i suprotna shvatanja, koja su veoma uticajna i potiču od uglednih autora. Prihvatljivo je prethodno već objašnjeno shvatanje da je obljuba po svojoj prirodi isključivo individualna.⁸⁹ Naime, radnja izvršenja silovanja prema ranijem zakonskom rešenju nije bila ni prinuda sama po sebi, niti obljuba sama po sebi, već radnja koja kumulativno obuhvata obe te aktivnosti, tj. u pitanju je *prinudna obljuba*, odnosno *prinudni sa obljubom izjednačeni čin*.⁹⁰ Nije reč o prostom „zbiru obljuje i prinude“, nego o „obljubi izvršenoj korišćenjem prinude i o prinudi kojom se vrši obljuba“.⁹¹ Drugim rečima, prema radnji izvršenja, silovanje je „dvoaktno, nepravo složeno krivično delo koje obuhvata upotrebu prinude i vršenje obljuje“, tako da „između prinude i obljuje mora, postojati povezanost; prinuda treba da se vrši i cilju obljuje.“⁹² U opštem smislu, ovo proizlazi i iz pravila da učestvovanje više lica u izvršenju jednog krivičnog dela, stavlja pred teoriju krivičnog prava zadatak tačnog definisanja posebnih vidova tog učestvovanja, uz formulisane preciznih kriterijuma za nivoe međusobnog razgraničenja i razlikovanja.⁹³

Pošto je obljuba sama po sebi individualna aktivnost, odnosno radnja koja podrazumeva istovremeno učestvovanje samo dva lica (aktivnog i pasivnog aktera krivičnog dela), nije bilo moguće da u vreme važenja ranijeg zakonskog rešenja (silovanje kao *prinudna obljuba*), dva lica istovremeno sa trećim ostvare obljubu u njenom prirodnom (normalnom) smislu, već bi eventualno jedno lice moglo da bude akter obljuje, a drugo protivprirodnog bluda ili bludnih radnji i sl., što u ovom slučaju nije relevantno. Bilo je moguće i u vreme važenja ranijeg zakonskog rešenja, kao što je to u praksi slučaj kod ovog kvalifikovanog oblika silovanja, da jedno lice izvrši prinudnu obljubu, a da zatim to isto uradi i drugo lice, ili druga lica. Da li bi se oni mogli smatrati saizvršiocima u smislu nekadašnjeg člana 22. KZ SRJ? Smatramo da oni nisu bili saizvršiocci, jer njihove radnje izvršenja u krivičnompravnom smislu postoje samostalno i sukcesivno se smenjuju, a ne radi se o jednoj radnji izvršenja krivičnog dela, iz prostog razloga što je radnja izvršenja silovanja „prinudna obljuba“, a do takve obljuje u ovom slučaju dolazi više puta. Smatramo da je ovakva konstatacija ispravna bez obzira što je u pitanju isti događaj, jer te sukcesivne prinudne obljuje moraju u jednom logičkom smislu da budu vremenski pa i prostorno

89 H. H. Jescheck und T. Weigend: *ibid.*, p. 663.

90 Autori koje potom u ovom delu teksta citiramo, govore naravno, samo o odgovarajućoj *prinudnoj obljubi*, jer su oni o silovanju pisali u vreme kada je našem zakonodavstvu ovo krivično delo i bilo definisano suštinski kao obljuba do koje dolazi prinudno, dok su druge radnje (sada sa obljubom izjednačeni činovi), do kojih je došlo usled prinude, bile u vreme tada važećeg zakonodavstva, radnje izvršenja tadašnjeg krivičnog dela protivprirodnog bluda.

91 G. Marjanovik /1978/: *Predavanja po krivično pravo – Opšt del*, Novinsko izdavačka organizacija Studentski zbor, Skopje, p. 171.

92 Lj. Lazarević: *op. cit.*, p. 213.

93 G. Marjanovik: *op. cit.*, p. 221.

povezane, pošto bi u suprotnom postojalo više krivičnih dela silovanja, a ne kvalifikovani oblik jednog dela silovanja.

Čim se obavi prva prinudna obljuba postoji svršeno krivično delo silovanja, a sa svakom drugom takvom obljubom kod grupnog silovanja, postoji nova obljuba, ali u krivičnoppravnom smislu ne i novo krivično delo, već je tada u pitanju kvalifikovani oblik silovanja, gde je kvalifikatorna okolnost izvršenje krivičnog dela od strane više lica. Smatramo da ta lica strogo dogmatski posmatrano, iz objašnjenih razloga nisu saizvršio, jer oni ipak ne učestvuju u istoj (istovetnoj) radnji izvršenja, bez obzira što je u pitanju jedno krivično delo silovanja, zbog čega se u zakonu i koristio termin „više lica“, koji ipak nije sinonim sa izrazom „saizvršio“. Inače, čini se da u ovom slučaju ne postoji ni *nužno saizvršilaštvo*. Naime, nije sporno da je za ovaj teži oblik krivičnog dela silovanja neophodno da u ostvarenju krivičnog dela nužno učestvuje više lica (što prema shvatanju teorije predstavlja „nužno saizvršilaštvo“,⁹⁴ ali ne mogu da budu nužni saizvršio, ⁹⁵ učinioci koji (kako smo to prethodno objasnili) uopšte, s obzirom na karakter radnje izvršenja (njeno sukcesivno preduzimanje), nisu ni saizvršio. Termin više lica u ovom slučaju ne označava da su oni saizvršio, što znači da se ne može jednostavno zaključiti da „saizvršilaštvo postoji kada su dva ili više lica izvršio krivičnog dela.“⁹⁶ U ovom slučaju dva ili više lica su izvršio silovanja, ali oni, iz prethodno objašnjenih razloga, ne mogu da se smatraju saizvršiocima.

Da li je bilo moguće postojanje saizvršilaštva u njegovom drugom obliku propisanom u nekadašnjem članu 22. KZ SRJ – činjenje krivičnog dela zajedno sa drugim. Čini se da nije, a u tom pogledu postoji i čvrsto uporište u tadašnjoj sudskoj praksi, koja dosledno sve druge radnje kojima je neko učestvovao u silovanju, a koje ne predstavljaju obljubu (na primer, držanje žene tokom silovanja, pripremanje prostorije u kojoj će se delo odigrati, stavljanje automobila na raspolaganje i t. sl.),⁹⁷ tretira kao radnje pomaganja u izvršenju silovanja, odnosno kao radnje podstrekanja, ako su u pitanju aktivnosti kojima se kod izvršioca umišljajno izaziva ili

94 J. Tahović /1961/: *Krivično pravo – opšti deo*, Savremena administracija, p. 299.

95 Na prvi pogled izgleda da je u pitanju slučaj konvergentnog ili unilateralnog nužnog saizvršilaštva, kada se kod nekih krivičnih dela, delatnosti više lica u izvršenju jednog krivičnog dela kreću u istom pravcu, tako da svi „sudelovači“ teže istom cilju, kao na primer, kod pobune lica lišenih slobode, oružane pobune itd. Više o tome: J. Tahović: *ibid.*, p. 299.

96 M. Đorđević i Ž. Jovanović /1981/: *Krivično pravo – opšti deo*, Viša škola unutrašnjih poslova, Beograd, p. 110.

97 U prilog ovome govori i jedan slučaj iz sudske prakse. Naime, lice koje je pomoglo maloletniku mlađem od 14 godina (dete) da izvrši silovanje, osuđeno je kao pomagač. U presudi Vrhovnog suda Srbije K. br. 31/95 od 23. februara 1996. godine ističe se: „Optuženi je krivično odgovoran kao saučesnik-pomagač u izvršenju krivičnog dela silovanja, bez obzira što maloletni izvršilac ovog krivičnog dela nije krivično odgovoran, jer odgovornost ne zavisi od toga da li je maloletni učinilac sam, bez njegove pomoći mogao to delo da izvrši. Pomagačke radnje kojima se tuđe delo pomaže, podržava ili olakšava njegovo izvršenje, predstavljaju doprinos ostvarivanju dela i ne moraju biti sa njim u kauzalnom odnosu, koji podrazumeva da bez tih radnji delo ne bi bilo realizovano. U konkretnom slučaju optuženi je nesumnjivo olakšao maloletnom učiniocu izvršenje dela i njegova radnja je zato predstavljala pomaganje u smislu tada važećeg člana 24. KZ SRJ, bez obzira da li bi maloletni učinilac i bez pomoći optuženog uspeo da delo izvrši, pa su žalbeni navodi optuženog i njegovog branioca i u tom pogledu lišeni svakog osnova.“

učvršćuje volja da izvrši silovanje. Dakle potrebno je da umišljaj takvog učinioca bude usmeren na podstrekavanje ili pomaganje, a ako je on primenjivao prinudu da bi i sam služeći se silom ili pretnjom ostvario obljubu, postojaće pokušaj silovanja.

Stoga nam se čini pogrešnim stav po kome „lica koja vrše prinudu ostvaruju jednu od radnji krivičnog dela, a ne pripremnu radnju“,⁹⁸ jer oni „to čine uglavnom radi zadovoljenja svog polnog nagona obljubom ili na drugi način, npr. voajerstvom, tako da „svaki od učesnika u prinudi i onda kada ne učestvuje ili ne može da učestvuje u obljubi izživljava neke senzacije u aktu silovanja i zato je saizvršilac, a ne pomagač.“⁹⁹ Ovakav stav nije imao svoje utemeljenje u nekada važećim zakonskim rešenjima koja su se odnosila, kako na radnju izvršenja silovanja, tako i na radnje koje se odnose na pomaganje, a posebno u odnosu na umišljaj lica koje preduzima određenu radnju. Kada bi se taj stav apriorno prihvatio, to bi značilo da kod silovanja praktično nisu mogući drugi oblici saučesništva, osim saizvršilaštva. Konačno, kada se kaže zadovoljenje polnog nagona „na drugi način“, time se praktično eliminiše mogućnost da takav učinilac odgovara za silovanje kao svršeno delo ili u pokušaju (osim kao pomagač ili podstrekač), jer njegov umišljaj nije upravljen na prinudnu obljubu, već ostvarenje drugog oblika seksualnog zadovoljstva. Tada bi se u stvari, u najvećem broju slučajeva, onda kada ne bi bili ispunjeni uslovi za postojanje saučesništva u silovanju, ostvarili bitni elementi krivičnog dela bludnih radnji.

Naime, radnja izvršenja silovanja u smislu nekadašnjeg zakonskog rešenja nije bila izolovano ni *prinuda*, niti naravno *obljuba*, već zajedno *prinudna obljuba*, a lice koje je primenilo prinudu, ali ni na koji način nije pristupilo obljubi zahvaljujući primenjenoj prinudi (sili ili kvalifikovanoj pretnji), moglo je da odgovara za pokušaj silovanja jedino ukoliko je njegov umišljaj bio upravljen na ostvarenje silovanja, te je iz tih razloga on prinudu i primenio (*funkcionalna prinuda*), ali iz nekog razloga do obljube ipak nije došlo. Ako je umišljaj tog lica bio isključivo usmeren ka pomaganju, odnosno pripremnim radnjama, ili eventualno podstrekavanju, on ne može da odgovara kao saizvršilac, te naravno, ne može da odgovara ni za pokušaj silovanja. Stav citiranih autora je posebno diskutabilan jer oni čak ističu da lica koja doprinose silovanju, a nisu izvršila obljubu, to čine „ugavnom“¹⁰⁰ radi zadovoljenja svog polnog nagona“, pa se kao primer ističe „voajerstvo“, te se na temelju toga, između ostalog, zasniva stav, da oni treba da odgovaraju kao saizvršioци.¹⁰¹ Međutim, to nije logično i čak bi u krajnjoj liniji bilo apsurdno, jer lice čiji umišljaj nije bio upravljen ka ostvarivanju prinudne obljube koju će sam (lično)

98 Nije u stvari, jasno ni zašto bi se ovde uopšte i govorilo o „pripreмноj radnji“, jer ako prinudu primenjuje lice koje samo „namerava“ da zahvaljujući prinudi, potom ostvari obljubu, tada bi postojao pokušaj, ukoliko uprkos što je realizovana prinuda, do obljube ipak nije došlo, a ako bi u ovom primeru prinudu ostvarivalo drugo lice (u kontekstu ranije važećeg KZ-a), da bi time omogućilo da neko drugi ostvari obljubu, ni tada se ne bi radilo o „pripreмноj radnji“, već bi takvo lice (prinudivač) postupalo kao pomagač.

99 Lj. Jovanović i D. Jovašević /2002/: *Krivično pravo – posebni deo*, Policijska akademija, Beograd, p. 158.

100 Podvukao M. Š.

101 Lj. Jovanović i D. Jovašević: *op. cit.*, p. 158.

ostvariti, nikako ne bi moglo sa stanovišta ranije važećeg zakonskog rešenja, da bude izvršilac odnosno saizvršilac, već bi odgovaralo po drugom krivičnopravnom osnovu (kao što je to prethodno objašnjeno), ukoliko su za to ispunjeni svi potrebni normativni uslovi. Pored toga, oblik njegove krivice, odnosno cilj preduzimanja određene radnje se ne može uopšteno i ovlaš određivati (atributom „uglavnom“), jer je reč o pitanjima koja imaju presudan krivičnopravni značaj u svakom konkretnom slučaju, te direktno utiču na određivanje krivičnopravnog svojstva učiniooca odnosno oblika njegovog učestvovanja u krivičnom delu, pa se kao takva uvek moraju precizno definisati.

U sudskoj je praksi, odnosno prema stavu najvišeg organa sudske vlasti na teritoriji Srbije (Vrhovni sud Srbije u vreme važenja nekadašnjeg ustavnog/zakonskog rešenja), inače jednostavnim tumačenjem (zasnovanom na osnovnom *kvantitativnom kriterijumu*, rešeno pitanje krivičnopravnih pojmova „više lica“, „grupa“ i „veći broj ljudi“, na sledeći način: „Kada se u krivičnom zakonu u opisu obeležja krivičnog dela upotrebljavaju izrazi „više lica“ i „veći broj ljudi“ onda treba podrazumevati: *više lica* kao najmanje dva lica; *grupa*, kao najmanje tri lica; *veći broj ljudi*, kao najmanje deset lica.¹⁰²

Inače, u našoj sudskoj praksi je prilikom utvrđivanja (ne)postojanja saizvršilaštva, još uvek veoma uticajna i koncepcija o „podeli rada“, pri čemu se poklanja posebna pažnja pitanju postojanja „prethodnog dogovora“ lica koje vrše krivično delo, uz uzimanje u obzir i stava određenog učesnika u događaju – saučesnika odnosno saizvršiooca, u pogledu toga da li delo „prihvata kao svoje“. Ilustrovaćemo to sledećim primerom: „...On je po prethodnom dogovoru sa ostalim učinioocima na bazi podele uloga preduzeo radnje koje su van bića ovog krivičnog dela, ali su bitni deo procesa njegovog izvršenja, pri čemu je samo izvršenje dela hteo kao svoje i kao zajedničko, tako da se njihovo svojstvo saizvršiooca ne može dovoditi u pitanje.“¹⁰³ Kao što smo prethodno objasnili, ovo zbog prirode silovanja koje shodno nekadašnjem zakonskom rešenju sadrži obljubu kao individualan čin koji se ostvaruje prinudno, po pravilu nije moguće, a u prethodnim primerima koje smo kritikovali, nije ni moguće prihvatiti da je lice koje je na primer, samo posmatralo silovanje i pri tom doživljavalo seksualno uzbuđenje, samim tim to delo doživelo kao svoje. Takođe, kada je u pitanju „prethodna podela uloga“ kod silovanja u kontekstu ranije važećeg KZ-a (kada je silovanje bilo definisano kao prinudna obljuba) ali bi isto bilo i sada kada se silovanje svodi na prinudnu obljubu ili prinudni sa obljubom izjednačeni čin, tada lica koja ne vrše obljubu, već je svojim radnjama pomažu (na primer, čuvajući stražu ili držeći pasivnog subjekta i t. sl.), u stvari prethodno preduzimaju ulogu pomagača, tj. saučesnika, tako da ni po tom osnovu, kao ni zbog prirode silovanja, ne mogu da budu tretirani kao saizvršiooci. U sudskoj praksi se u vezi ovoga, takođe zaključuje: „Zakon nabraja radnje pomaganja primera radi, tako da će sud u svakoj konkretnoj situaciji procenjivati koje radnje zaista potpomažu, omogućuju i olakšavaju izvršenje krivičnog dela.“¹⁰⁴

102 Pravno shvatanje Krivičnog odeljenja Vrhovnog suda Srbije od 31. maja 1993. godine.

103 Presuda Vrhovnog suda Srbije, Kž. 1482/99 od 6.4.2000.

104 Presuda Vrhovnog suda Srbije, Kž. 1711/98 od 18.5.1999.

9. NOVI OBLIK SILOVANJA – OBLJUBA BEZ PRINUDE, ALI I BEZ RELEVANTNE SAGLASNOSTI PASIVNOG SUBJEKTA – KOJI JE BIO PREDVIĐEN U NACRTU ZAKONA O IZMENAMA I DOPUNAMA KRIVIČNOG ZAKONIKA

Silovanje bez prinude, ali koje je pri tom, izvršeno i bez relevantnog pristanka pasivnog subjekta, nije u Nacrtu Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika, bilo formulisano kao novo posebno krivično delo protiv polne slobode, već je u pravno-tehničkom smislu, ono tada bilo definisao kao jedan poseban oblik silovanja.

U odnosu na ovakvo pravno-tehničko rešenje, moguće je navesti kako određene razloge koji ga favorizuju, tako i neke koji više idu u prilog formulisanju posebnog krivičnog dela ove vrste, koje bi se svelo na obljubu ili sa obljubom izjednačeni čin, protivno volji pasivnog subjekta, odnosno žrtve takvog delikta.

9.1. *Razlozi koji idu u prilog svrstavanja „nevoljne obljube“ u vrstu silovanja (poseban/lakši oblik osnovnog krivičnog dela)*

U prilog svrstavanja „nevoljne obljube“ u vrstu silovanja može se navesti jednostavnost takve zakonske sistematike, pa i izbegavanje da se ovoj vrsti krivičnog dela, odredi konkretan zakonski naziv, što verovatno ne bi bilo sasvim jednostavno, niti nesporno.

Pored toga, na takav način se ne daje ni preveliki značaj takvom delu za koje se realno može očekivati da će iz niza razloga, svakako biti prilično retko u praksi, naročito u smislu „dokazanog krivičnog dela“.

9.2. *Razlozi koji idu u prilog postojanja posebne inkriminacije obljube ili sa obljubom izjednačenog čina bez izričitog pristanka pasivnog subjekta*

U prilog postojanja posebne inkriminacije obljube ili sa obljubom izjednačenog čina, bez saglasnosti pasivnog subjekta, moglo bi se navesti da se ovde ipak, a po logici stvari, pa čak i u osnovnom jezičkom smislu, suštinski ne radi o „pravom“, odnosno „klasičnom“ silovanju.

Za razliku od nekih zakonodavstava (poput na primer krivičnog prava SAD, koje između ostalog poznaje tzv. statusno silovanje), gde se na primer, obljuba nad detetom formalno smatra vidom silovanja, naše krivično zakonodavstvo tradicionalno pravi jasnu razliku između tih vidova krivičnih dela protiv polne slobode i „klasičnog silovanja“.

Konačno, u korenu termina *silovanje*, je reč *sila*, što znači da bi se tu primarno, moralo raditi o nasilju, odnosno o relevantnoj prinudi u krivičnopravnom smislu, a takve prinude nema kod obljube koja se vrši bez adekvatne saglasnosti pasivnog subjekta.

Takođe, svojevremeno je u Nacrtu Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika donekle neuobičajeno definisan i odnos osnovnog oblika silovanja i ovog

posebnog oblika, jer je za osnovni oblik bila propisana (što je logično, jer se tu radi o efektivnoj primeni prinude), teža kazna, nego za poseban oblik, koji je u stvari, formulisan kao drugi osnovni oblik.

Sa stanovišta klasičnog rezona pravne tehnike bilo bi logičnije da se nekonsensualna obljava definiše kao osnovni oblik silovanja, a da onda jedan od težih oblika, postoji kada se obljava izvrši primenom relevantne prinude.

U članu 10. Nacrta Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika, bio je propisan novi i veoma specifičan oblik silovanja, koji se u sadržinskom smislu svodio na *obljebu bez prinude*, ali i bez relevantne saglasnosti pasivnog subjekta, odnosno protivno njegovoj volji.

Ovaj oblik silovanja (član 178. stav 2. KZ – član 10. Nacrta), bi činio onaj ko nad drugim izvrši obljobu ili sa njom izjednačen čin i pored jasno izraženog protivljenja pasivnog subjekta, a pri tom, nisu ostvarena obeležja osnovnog oblika silovanja. Za ovaj oblik silovanja je u Nacrtu bila predviđena kazna zatvora od šest meseci do pet godina.

Da bi postojao oblik silovanja predviđen u članu 10. Nacrta Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika (član 178. stav 2. KZ), potrebno je da se kumulativno ispune sledeći uslovi:

- 1) mora postojati odgovarajuća aktivnost *učinioca*, koji preuzima radnju izvršenja, što alternativno može da bude: a) obljoba ili b) sa obljobom izjednačeni čin,
- 2) neophodno je da postoji odgovarajuće „voluntativno držanje“ pasivnog subjekta, odnosno mora se ispoljiti određena manifestacija njegovog stanja volje u vidu jasno izraženog protivljenja obljobi ili sa obljobom izjednačenom činu, te
- 3) mora postojati odnos *supsidijariteta* u pogledu „klasičnog silovanja“, što znači da ne sme biti upotrebljen bilo koji vid relevantne prinude od strane učinioca.

Već same odredbe Istanbulske konvencije koje zahtevaju inkriminisanje *nevoljnog* (nedobrovoljnog) seksualnog odnosa, ukazuju da je shvatanje nekih radikalnih feminističkih organizacija da „neželjeni seksualni odnos“ uvek predstavlja vid prinude i samim tim silovanja, u suštini ipak preterano.¹⁰⁵

Sadašnje zakonsko rešenje u pogledu krivičnog dela silovanja svakako zahteva postojanje određenog vida prinude da bi postojalo silovanje, što znači da se obljoba ili sa njom izjednačen čin vrši putem prinude, odnosno zahvaljujući njoj.

Prinuda je sredstvo za realizaciju obljobe ili sa obljobom izjednačenog čina. Nova formulacija, svojevremeno sadržana u Nacrtu Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika, je u tom pogledu, tj. u odnosu na sadašnje pozitivno zakonsko rešenje, bila *radikalna*, odnosno bitno drugačija, jer se uopšte više nije zahtevao bilo koji vid prinude, već je bilo dovoljno da pasivni subjekt nije pristao na obljobu ili sa njom izjednačeni čin, odnosno da je takvo svoje nepristajanje jasno izrazio.

105 Više o tome: Z. Stojanović /2016/: Usklađivanje KZ Srbije sa Istanbulskom konvencijom – u: *zbornik Udruženja tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije*, konferencija na Kopaoniku april 2016, p. 16.

Kod krivičnog dela silovanja je i do sada osnovni problem bio postavljanje jasnije granice između dobrovoljnog seksualnog odnosa i onog koji se vrši putem prinude, pa je u tom pogledu u praksi uvek bilo značajno ponašanje samog pasivnog subjekta.¹⁰⁶ Iz ovoga proizlazi da bi nova definicija silovanja, odnosno njegov novi poseban oblik – „nedobrovoljan seksualni odnos“, „seksualni odnos protiv volje pasivnog subjekta“ i sl., u praksi i kao predmet konkretnih krivičnih postupaka neminovno bila skopčana sa ozbiljnim dokaznim problemima, jer bi bilo veoma teško dokazati da pasivni subjekt nije pristao na seksualni odnos (obljebu ili sa njom izjednačeni čin), ako prema njemu nije upotrebljena bilo kakva vrsta prinude, a pri tom, nije bilo ni otpora, koji se (kao što je prethodno objašnjeno), ni inače ne zahteva kao uslov da se smatra da je u pitanju prinudna obljava ili sa njom izjednačeni čin (kod klasičnog silovanja), ali koji onda kada postoji, u svakom slučaju značajno olakšava dokazivanje primenjene prinude.

Pored toga, u nekim uobičajenim slučajevima izostanak otpora u odnosu na prinudu se ipak može objašnjavati određenim specifičnim okolnostima, koje imaju potreban stepen relevantnosti, poput straha žrtve od ozbiljne pretnje, teškog psihofizičkog stanja pasivnog subjekta i sl., tako da se nesporno u nekim situacijama i pored izostajanja aktivnog otpora, može zaključiti da je došlo do prinudne oblube ili sa obljubom izjednačenog čina. To bi bilo značajno drugačije kada se radi o novom obliku silovanja kod kojeg po definiciji ni nema prinude, pa je onda prilično teško objasniti izostanak bilo kakvog otpora pasivnog subjekta, odnosno potencijalnog oštećenog u krivičnom postupku koji tvrdi da se nije striktno saglasio sa obljubom ili sa obljubom izjednačenim činom. To praktično znači, da kako kod ovog oblika silovanja ni inače ne postoji prinuda, dokazivanje bi i iz tog razloga svakako bilo veoma otežano i često bi se suštinski i u praksi svodilo na „reč protiv reči“.

10. PRIMER LATENTNE PRINUDE – IZ RELATIVNO NOVIJE SUDSKE PRAKSE, NASTALE U VREME VAŽENJA „KLASIČNE“ DEFINICIJE SILOVANJA (KAO PRINUDNE OBLJUBE) U KRIVIČNOM ZAKONODAVSTVU SRBIJE¹⁰⁷

U predmetu Višeg suda u Beogradu K. 509/11 od 3. 11.2012. godine,¹⁰⁸ sud je oglasio krivim trojicu okrivljenih za krivično delo silovanja učinjeno 14.12.1996. godine. Oštećena je u vreme izvršenja krivičnog dela bila maloletna, tj. imala je 16 go-

106 Više o tome: V. Delibašić /2016/: Usklađivanje krivičnog zakonodavstva sa Istanbulskom konvencijom – u: *zbornik Srpskog udruženja za krivičnopravnu teoriju i praksu*, savetovanje na Zlatiboru, septembar 2016, Beograd, pp. 186–187 i V. Delibašić i M. Nikolić /2017/: Ispunjene i neispunjene obaveze prema Istanbulskoj konvenciji – u: *zbornik: Reformski procesi i poglavlje 23 (godinu dana posle) – krivičnopravni aspekti*, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Zlatibor, pp. 216–217.

107 Neobjavljena sudska praksa – slučaj uzorak – uočen pregledom prakse Ustavnog suda Srbije.

108 Prvostepena presuda je potvrđena odlukom Apelacionog suda u Beogradu – KŽ1 2099/2013 od 3.7.2013, a presudom Vrhovnog kasacionog suda (Kzz 622015 od 28.1.2015. godine), odbijen je zahtev za zaštitu zakonitosti podnesen protiv presude apelacionog suda, od strane jednog od saokrivljenih i njegovog branioca, dok je zahtev za zaštitu zakonitosti koji je preko branioca podneo drugi saokrivljeni, odbačen.

dina, a krivično delo se odigralo tako što je oštećena čekala autobus na autobuskoj stanici u malom mestu u okolini Beograda, kada je na nagovor svog bivšeg dečka ušla u automobil u kojem su osim bivšeg dečka, bila još dvojica muškaraca, koji su svi bili mlađa punoletna lica. Prema oštećenoj nije primenjena prinuda radi ulaska u automobil, ali je sud našao da ona u toj situaciji, tj. nakon što se našla u vozilu, nije mogla slobodnom voljom da odluči da ga napusti. Već u toku vožnje, jedan od učinilaca pokušava u automobilu, takođe bez izrazitije ispoljene prinude, ali ipak „vukući je za kosu“, da oštećenu navede na oralni seksualni odnos, što ona odbija. Automobil se zaustavlja „po nalogu“ prvooptuženog (bivšeg dečka oštećene), u jednoj obližnjoj šumici. Prvooptuženi izvodi oštećenu iz automobila, iako je ona plakala i molila da je pusti, nasilno joj otvara usta u koja stavlja svoj polni organ i pomerajući joj glavu, primorava je na oralni seksualni odnos, da bi se zatim odnos nastavio kao vaginalni, čemu se pridružuje drugooptuženi, koji sa oštećenom u isto vreme obavlja oralni seksualni odnos, da bi nakon toga, prvooptuženi i drugooptuženi zamenili uloge.

Trećeoptuženi nakon toga pokušava da i sam ostvari vaginalni seksualni odnos, ali je kontakt sa oštećenom trajao veoma kratko, a u postupku je donekle bilo i sporno da li je taj trećeoptuženi uopšte uspeo u prodiranju u ženski polni organ. Sud je opak zaključio da su sva trojica ostvarila seksualni odnos i da nije relevantno što je seksualni odnos trećeoptuženog trajao veoma kratko i praktično, bilo „imperfektan“.¹⁰⁹ Interesantno je stanovište suda koji se određuje u odnosu na izjavu oštećene, koja je u jednoj fazi postupka rekla: „kada je oštećena upitana tokom postupka da li je neko njoj pretio, da li je tukao, da li je primenjena fizička sila, ista je odgovorila da nije“. Oštećena je takođe izjavila da je „predmetne večeri niko od okrivljenih nije udarao, da joj niko nije pretio da će je ubiti ili naneti kakvo zlo, navodeći da je bila uplašena u trenutku kada je ušla u predmetno vozilo...“

Oštećena nije imala bilo kakvu povredu na telu, svi akteri događaja, kako učinioci, tako i oštećena, su se nakon izvršenja dela, vratili u automobil, oštećenu dovezli do njene kuće gde su se rastali, a krivično delo je prijavljeno tek posle nekoliko dana i to tako što je oštećena ispričala jednoj svojoj drugarici šta se dogodilo, drugarica je to prenela svojoj majci zaposlenoj u lokalnom SUP-u, koja je potom to zvanično prijavila.

Sa stanovišta koncepcije o nekoj vrsti „latentne prinude“ ili posebne i specifične vrste prinude koja nastaje u uslovima celokupne situacije, uloga aktera događaja i njihovog subjektivnog odnosa prema konkretnim radnjama, interesantan je stav suda koji zaključuje ne samo da oštećena koja je u vreme izvršenja krivičnog dela imala 16 godina i 50 kg, te samim tim „nije mogla da pruži ozbiljan, čvrst i stalan fizički otpor okrivljenima“, već je „plakala, molila samo da je puste“, već i da je „kod oštećene nastupila blokada“ (što se temelji i na nalazu i mišljenju sudskog veštaka – kliničkog

109 Sama oštećena je u krivičnom postupku izjavila da taj (treće)optuženi uopšte nije ni ostvario seksualni odnos s njom, a on sam je u jednoj izjavi rekao da je „stavio penis u vaginu oštećene“, ali ga je odmah izvukao i rekao da „neće to da radi“.

Sud u tom delu nije poklonio veru iskazu same oštećene, zaključujući da je njen iskaz „usmeren na umanjenje krivice“ okrivljenog, zbog njegovog „očiglednog naknadnog pokajanja, kao i njegov ličnog doživljaja prema kritičnom događaju“, jer ona „očigledno polni odnos povezuje sa dužinom njegovog trajanja“, a što sud zaključuje iz dela njenog iskaza u kome je navela da je okrivljeni – „samo započeo, ali u tome nije uspeo.“

psihologa), te da su u vezi s tim, „kritičnom prilikom sa oštećenom bila tri okrivljena, koja su sigurno fizički jača od nje“. Sud konstatuje da u konkretnom slučaju „nije od uticaja ni činjenica da oštećena nije imala ni jednu povredu na telu, kao i da joj ni jedan odevni predmet koji je na sebi imala tom prilikom, nije iskidan.“

Moglo bi se zaključiti da je sud u prethodno objašnjenom primeru i u vreme kada u srpskom krivičnom pravosuđu, a verovatno i u krivičnopravnoj teoriji, malo kome padala na pamet, mogućnost da silovanje može postojati bez aktuelne prinude, ali *protivno izričito izraženoj volji pasivnog subjekta*, primenio rezon koji se suštinski svodi na jedno *veoma ekstenzivno tumačenje postojanja prinude*.

Naime, prave prinude u smislu relevantne sile ili pretnje, ovde praktično nije ni bilo, ali je sud pod pojam prinude suštinski „podveo“ celokupnu situaciju, uzimajući u obzir vreme izvršenja, broj učinilaca, mesto izvršenja i posebno, stanje oštećene, za koju je smatrao da se našla u svojevrsnoj „blokad“i“, te se stoga, praktično nije ni opirala, mada bi u logičkom smislu opiranje praktično bilo teško zamislivo i kada u stvari, nema efektivne prinude.

Drugim rečima objašnjeno, sud je ovde formalno konstatovao postojanje prinude, jer seksualni odnos ostvaren bez prinude, kako u vreme izvršenja krivičnog dela (1996. godine), tako i nakon stupanja na snagu novela Krivičnog zakonika iz novembra 2016. godine (jer se od te varijante silovanja, svojevremeno predviđene u Nacrtu Zakona o izmenam i dopunama KZ-a, u međuvremenu odustalo), ne bi nikako mogao da bude krivično delo silovanja, ali je sud u stvari, faktički kao pošao od toga da oštećena nije pristala na seksualni odnos, tj. da se njome izričito protivila. To je još tada prihvaćeno kao ključni argument, da je postojalo silovanje, koje u ovom primeru u stvari, više predstavlja slučaj nevoljne oblube, nego klasične prinudne oblube. Ovo je u stvari, očigledan primer da je naša sudska praksa (bar u ovom konkretnom slučaju), čak daleko pre unošenja takvog oblika silovanja u naše krivično zakonodavstvo (što još uvek nije učinjeno, ali će do toga zahvaljujući Istanbulskoj konvenciji, pre ili kasnije, verovatno doći), i sama počela da donekle razvija koncept silovanja bez prinude, što je naravno, činjeno samo faktički, tako što je formulisan pojam neke vrste „latentne prinude“, koja neposredno utiče na „blokadu oštećene“, odnosno dovodi do nemogućnosti pružanja otpora, ali se formalno, po logici stvari, ne spominje bilo kakva mogućnost postojanja silovanja bez prinude, a protivno volji pasivnog subjekta, jer bi to, bilo neposredno protivzakonito.

11. ZAKONSKO POOŠTRAVANJE KAŽNJAVANJA (POOŠTRAVANJE ZAKONSKE KAZNENE POLITIKE) ZA OSNOVNI OBLIK SILOVANJA

Do stupanja na snagu poslednjih novela Krivičnog zakonika Srbije, za osnovni oblik silovanja je bila propisana kazna zatvora od tri do dvanaest godina.

Zakonodavac sada propisuje da je minimalna kazna za osnovni oblik silovanja – kazna od pet godina zatvora, a zakonski maksimum ostaje dvanaest godina.

U izvornim odredbama Krivičnog zakonika Srbije iz 2005. godine (koji je stupio na snagu 1. januara 2006. godine), za osnovni oblik silovanja je bila propisana

kazna od *dve do deset godina zatvora*, a kasnije je novelama Krivičnog zakonika iz 2009. godine, došlo do povišenja, kako zakonskog minimuma (tri godine), tako i zakonskog maksimuma – 12 godina zatvora, dok se poslednjim novelama KZ-a iz 2016. godine, zakonski minimum povećava na *pet godina zatvora*. U vreme važenja krivičnog zakonodavstva SFRJ, dugo je u tadašnjim republičkim/pokrajinskim krivičnim zakonima, zakonski minimum za silovanje bila *jedna godina zatvora*.

Novi značajno viši zakonski minimum za osnovni oblik silovanja je i izvorno bio propisan u Nacrtu Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika i ta novela Krivičnog zakonika, je „opstala“ za razliku od „nedobrovoljne obljuje ili sa obljubom izjednačenog čina“, kao novog (lakšeg) oblika silovanja, od čega se u „finitu“ noveliranja našeg krivičnog zakonodavstva, ipak odustalo.

Nije sasvim jasan *ratio legis* ovakvog *zakonskog* pooštavanja kaznene politike za krivično delo silovanja, ali poslednjih nekoliko godina je kod nas i inače, veoma uočljiv trend pooštavanja kazni u Krivičnom zakoniku, a što se veoma dobro može ilustrovati baš primerima krivičnih dela protiv polne slobode, te naravno, primerom silovanja kao tipičnog krivičnog dela ove vrste.

Prema nekim komentarima u sredstvima javnog informisanja, laičkoj javnosti je pogrešno predstavljeno da **zakonski minimum od tri godine, ne omogućava kažnjavanje za pokušaj silovanja**, što naravno, **nije tačno**, jer je pokušaj silovanja uvek bio kažnjiv, bez obzira na to koliki je bio zakonski minimum kažnjavanja za to krivično delo.

Naravno, ovde kao i inače, važi pravilo kod pokušaja mora postojati *umišljaj učinioca*, što znači da je „u potpunosti ostvareno subjektivno biće krivičnog dela.“¹¹⁰ Silovanje, kao i ostala krivična dela protiv polne slobode se naravno, mogu izvršiti samo sa umišljajem.¹¹¹

Naime, prema članu 30. stav 1. Krivičnog zakonika Srbije, za pokušaj krivičnog dela se kažnjava ako se radi o krivičnom delu za koje se po zakonu *može izreći kazna zatvora od pet godina ili teža kazna*, dok je pokušaj drugog krivičnog dela ka-

110 Z. Stojanović /2017/: *op. cit.*, p. 165.

111 Interesantno je da se u važećem Zakoniku o krivičnom postupku, implicitno „tvrđi“ da *ipak postoje* i neka krivična dela protiv polne slobode koja se mogu izvršiti iz nehata. Tako se u članu 141. stav 2. tačka 2. Zakonika o krivičnom postupku, navodi da u odluci o izricanju krivične sankcije koja se sastoji u lišenju slobode, prvostepeni sud može po službenoj dužnosti odrediti da se uzorak za forenzičko-genetičku analizu, između ostalog, uzme i od – „okrivljenog koji je oglašen krivim za umišljajno krivično delo protiv polne slobode“ (*sic*).

Kada ovde kao uslov navodi da se mora raditi o *umišljajnom krivičnom delu protiv polne slobode*, zakonodavac pravi grubu i skoro neverovatnu *laičku grešku*, jer su krivična dela protiv polne slobode u srpskom krivičnom zakonodavstvu po definiciji **isključivo umišljajna**.

Na primer, kada je reč o najtipičnijem (klasičnom) krivičnom delu protiv polne slobode, *nemoguće je zamisliti silovanje koje bi se izvršilo iz nehata*, bar ne u kontekstu pozitivnog krivičnog zakonodavstva Srbije. Uporedi: M. Škulić /2017/: *Krivično procesno pravo*, deseto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, p. 242. Više o tome i: M. Škulić i G. Ilić /2012/: *Novi Zakonik o krivičnom postupku Srbije – jedan korak napred, dva koraka nazad*, Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije, Pravni fakultet u Beogradu i Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd. Adresa za preuzimanje teksta sa sajta: <http://www.uts.org.rs/images/stories/061212.novi.zakonik.o.krivicnom.postupku.pdf>.

žnjiv, samo kada je to zakonom izričito propisano. Bez obzira koliki je bio zakonski minimum za osnovni oblik krivičnog dela silovanja (dve ili tri godine zatvora itd.), uvek je zakonski maksimum bio preko pet godina zatvora, što znači naravno, da je za osnovni oblik silovanja pokušaj *uvek bio kažnjiv*.

ZAKLJUČAK

Uvođenje novog i vrlo specifičnog oblika silovanja (što je bilo predviđeno u Zakonu o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika, a od čega se u međuvremenu odustalo), a koje bi postojalo kada je izvršena obljuba ili sa obljubom izjednačeni čin, bez postojanja relevantno izražene saglasnosti pasivnog subjekta (nekonsensualni seksualni odnos), ali i bez prinude, koja je inače tipična/neophodna za klasično silovanje, može imati određeni *ratio legis* i nezavisno od Istanbulske konvencije čije su odredbe bile formalni osnov za svojevremenu ideju za takvu izmenu/dopunu inkriminacije silovanja u našem Krivičnom zakoniku.

Zakonodavstva koja već relativno duže vreme poznaju krivično delo silovanja bez prinude a protivno volji pasivnog subjekta, omogućavaju rešavanje i nekih u praksi značajnih slučajeva, te i krivičnopravna teorija tih država daje svoj doprinos rešavanju mnogih aktuelnih pitanja u odnosu na takvo prilično specifično krivično delo. Međutim, ipak ne može biti sporno da bi, ako bi se u budućnosti naš zakonodavac odlučio za usvajanje takve novele, to potencijalno u manjoj ili većoj meri dovodilo i do određenih dokaznih problema u praksi.

Naime, iako, kao što je to već objašnjeno u prethodnom tekstu, otpor pasivnog subjekta ni u odnosu na klasičnu prinudnu obljubu (tipično/klasično silovanje), odnosno sa obljubom izjednačeni čin, nije neophodan da bi se smatralo da je izvršeno silovanje, već (ne)postojanje otpora ima samo odgovarajući dokazni značaj.

Dakle, nije sporno da ni klasično silovanje u praksi često nije jednostavno dokazati, onda kada uopšte nije ispoljen bilo kakav otpor, čak ni u nekom najnižem stepenu, što je realno nekada moguće ako se žrtva od straha potpuno parališe, naročito usled pretnje upotrebom oružja, ili ako je pasivni subjekt u nekom specifičnom psiho-fizičkom stanju, naročito kada se radi o maloletnom licu, ili se silovanje odvija na nekom krajnje izolovanom mestu, gde realno nema šansi da neko pruži pomoć žrtvi i sl.

Iz ovoga proizlazi i da je sasvim jasno da bi po definiciji bilo izuzetno teško dokazati oblik silovanja kod kojeg ni prema zakonskoj formulaciji uopšte nema, niti je neophodno da bude bilo kakvog oblika prinude, već se samo zahteva postojanje jasno manifestovanog protivljenja pasivnog subjekta. Tada bi se po pravilu, postavilo pitanje načina na koji je iskazano takvo protivljenje pasivnog subjekta, da li je ono usled toga uopšte bilo „jasno“, te zašto nije ispoljen bilo kakav otpor u odnosu na obljubu ili sa obljubom izjednačen čin, kada bilo kakve prinude uopšte nije ni bilo.

Naime, ne može biti sporno da je otpor uvek realno više moguć kada prinude nema, nego kada prinuda postoji. Otpor ne zahteva postojanje prinude, on se čak jednostavnije i lakše ispoljava kada prinude nema, ali pri tom, nema ni konsensualnog odnosa između aktera obljube ili sa obljubom izjednačenog čina.

U nekim situacijama bi se moglo postaviti i pitanje da li je izvršilac dobro shvatio i uopšte realno bio u prilici da pravilno shvati i razume, relevantno protivljenje pasivnog subjekta, koji osim samog protivljenja, čak i kada je ono sasvim jasno izraženo, potom nije ispoljio bilo kakav, pa ni najmanji otpor u odnosu na obljubu ili sa obljubom izjednačeni čin. Ovo bi se pitanje moralo tada rešavati u kontekstu pravila o stvarnoj zabludi u krivičnopravnom smislu. Time se ipak, ne dovodi u pitanje načelna mogućnost da u nekim, verovatno veoma retkim situacijama, može doći do „nevoljne obljube“, odnosno „nevoljenog seksualnog kontakta“, tj. obljube ili sa obljubom izjednačenog čina, uprkos jasno izraženom protivljenju pasivnog subjekta, iako zaista nije lako zamisliti realnu situaciju da se pasivni subjekt nesporno protivio obljubi ili obljubom izjednačenom činu, a zatim ne ispolji bilo kakav vid otpora, kada obljuba ili sa obljubom izjednačeni čin neposredno predstoje, ili tokom njih. Takvih primera naravno, može biti i oni se redovno mogu sresti i u uporednom krivičnom pravu, u onim krivičnopravnim sistemima koji već poznaju takvu varijantu silovanja, ali nije sporno da je takvo silovanje znatno teže dokazati u praksi, nego „klasično“ silovanje, kada se radi o prinudnoj obljubi ili prinudnim sa obljubom izjednačenim činom.

Dokazivanje „nedobrovoljnog silovanja“, odnosno silovanja bez prinude, a protivno volji pasivnog subjekta, bi se u praksi, po logici stvari, verovatno najčešće svodilo na po definiciji uvek izuzetno mučnu situaciju – „reč protiv reči“. To inače, može biti slučaj i kada se radi o polnom uznemiravanju, onda kada je relevantna radnja preduzeta samo u prisustvu aktivnog i pasivnog aktera krivičnog dela, odnosno bez bilo kakvih svedoka, ili bez postojanja nekih drugih relevantnih dokaza, poput snimaka ili pisanog materijala, ako je polno uznemiravanje izvršeno na primer, slanjem sms poruke, mail-a, ili na drugi način koji podrazumeva „ostavljanje“ i neke vrste „materijalnih“ dokaza.

...

LITERATURA

- Adler, F Mueller, O. w. and W. S. Laufer /1991/: *Criminal Law*, McGraw-Hill, New York and St. Louis.
- Aleksić Ž. i Škulić M. /2016/: *Kriminalistika*, deveto izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd.
- Atanacković, D. /1981/: *Krivično pravo – posebni deo*, Privredna štampa, Beograd.
- Babić M. i Marković I. /2013/: *Krivično pravo – opšti dio*, 4. izmenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet u Banjoj Luci, Banja Luka.
- Bajović V. /2013/: *O činjenicama i istini u krivičnom postupku*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd.
- Bonnie R. J., Coughlin A. M., Jefries J. C. Jr., STR. W. Low /1997/: *Criminal Law*, The Foundation Press, Westbury, New York.
- Brownmiller S. /1994/: *Gegen unseren Willen – Wergewaltigung und Männerherrschaft*, Fischer Verlag, Frankfurt am Mein.

- Cetinić M. /1995/: Pogled na pitanje da li je potrebno preispitivanje inkriminacije silovanja, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu*, broj 2/1995, Beograd.
- Gilbert J. N. /1989/: *Criminal Investigation*, Charles E. Merrill Publishing Company – A Bell & Howell Company, Columbus, Toronto, London, Sydney.
- Grupa autora (red. N. Srzentić) /1986/: *Komentar Krivičnog zakona SFRJ*, Savremena administracija, Beograd.
- Hagan F. E. /2008/: *Introduction to Criminology – Theories, Methods and Criminal Behavior*, 6th Edition, Sage Publications, Thousand Oaks, California.
- Delibašić, V. /2009/ Krivično delo silovanje, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, broj 1–2, Beograd.
- Delibašić V. /2016/: Usklađivanje krivičnog zakonodavstva sa Istanbulskom konvencijom – u: *Zbornik Srpskog udruženja za krivičnopravnu teoriju i praksu*, savetovanje na Zlatiboru, septembar, 2016., Beograd.
- Delibašić V. i Nikolić M. /2017/: Ispunjene i neispunjene obaveze prema Istanbulskoj konvenciji – u: *zbornik: Reformski procesni i poglavlje 23 (godinu dana posle) – krivičnopravni aspekti*, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Zlatibor.
- Đokić I. /2012/: Stvarna zabluda u krivičnom pravu – u: *zbornik Kaznena reakcija u Srbiji, Deo 2.* (Đ. Ignjatović, ed.), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd.
- Đorđević M. i Jovanović Ž. /1981/: *Krivično pravo – opšti deo*, Viša škola unutrašnjih poslova, Beograd.
- Zlatarić B. /1958/: *Krivični zakonik u praktičnoj primeni*, Narodne novine, Zagreb.
- Jescheck H. H. und Weigend T. /1996/: *Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil*, fünfte Auflage, Dundker & Humblot, Berlin.
- Jovanović Lj. i Jovašević D. /2002/: *Krivično pravo – posebni deo*, Policijska akademija, Beograd.
- Kühl K. /2002/: *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Verlag Vahlen, München.
- Marjanovik G. /1978/: *Predavanja po krivično pravo – Opšt del*, Novinsko izdavačka organizacija Studentski zbor, Skopje.
- Nolan J. R. /1976/: *Criminal Law*, West Publishing CO., St. Paul, Minn.
- Lazarević Lj. /2000/: *Krivično pravo – posebni deo*, Savremena administracija, Beograd.
- Lazin Đ. /1982/: *Prividni idealni sticaj krivičnih dela*, Privredna štampa, Beograd
- Lukić N. /2013/: Etiologija seksualnog kriminaliteta i recidivizma njegovih učinilaca – u: *Kaznena reakcija u Srbiji, Deo 3.* (Đ. Ignjatović, ed.), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd.
- Reid S. T. /2000/: *Crime and Criminology*, Ninth Edition, Mc Graw Hill, Boston, New York etc.
- Roxin C. /2006/: *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, Band I, *Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenlehre*, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München.
- Stojanović Z. i Perić O. /2009/: *Krivično pravo – posebni deo*, XIII izdanje, „Pravna knjiga“, Beograd.
- Stojanović Z. i Kolarić D. /2012/: Nova rešenja u Krivičnom zakoniku Republike Srbije, *Bezbednost*, broj 3/2012, Beograd.
- Stojanović Z. i Delić N. /2013/: *Krivično pravo – posebni deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i „Pravna knjiga“, Beograd.
- Stojanović Z. /1981/: *Kriterijum određivanja inkriminacija – uopšte i u sferi seksualnih odnosa*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Ljubljani, Ljubljana.

- Stojanović Z. /1999/: Seksualna krivična dela i predstojeća reforma krivičnog zakonodavstva – u: *zbornik radova sa međunarodnog simpozijuma: Seksualnost, agresivnost, delinkventnost – medicinski, pravni i socijalni aspekti seksualne delinkvencije*, „Matica srpska“, Novi Sad.
- Stojanović Z /2009/: *Krivično pravo*, CID, Podgorica.
- Stojanović Z. /2010/: *Komentar Krivičnog Zakonika Crne Gore*, Ministarstvo pravde Crne Gore i Misija OEBS-a u Crnoj Gori, Podgorica.
- Stojanović Z. /2012/: *Komentar Krivičnog zakonika*, šesto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Službeni glasnik, Beograd.
- Stojanović Z. /2012/: Značaj ponašanja pasivnog subjekta za postojanje krivičnog dela silovanja – u: Zbornik (S. Taboroši, ed.): *Razvoj pravnos sistema Srbije i Harmonizacija sa pravom EU – prilozi projektu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd.
- Stojanović Z. /2013/: O pojmu pretnje u krivičnom pravu, *Nauka, bezbednost, policija* („NBP“), broj 2/2013, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd.
- Stojanović Z. /2014/: *Krivično pravo – opšti deo*, 21. izdanje, Pravna knjiga, Beograd.
- Stojanović Z. /2016/: Usklađivanje KZ Srbije sa Istanbulskom konvencijom – u: *Zbornik Udruženja tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije*, konferencija na Kopaoniku, april, 2016., Beograd.
- Stojanović Z. /2017/: *Međunarodno krivično pravo*, Pravna knjiga, Beograd.
- Stojanović Z. /2017/: *Komentar Krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, Beograd.
- Simić I. i Petrović M. /2002/: *Krivični zakon Republike Srbije – praktična primena*, Službeni glasnik, Beograd.
- Šilović J. i Frank S. /1929/: *Krivični zakonik za Kraljevinu Srba, Hrvata i Slovenaca*, „Jugoslavenska štampa“ D.D., Zagreb.
- Škulić M. i Ilić G. /2012/: *Novi Zakonik o krivičnom postupku Srbije – jedan korak napred, dva koraka nazad*, *Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije*, Pravni fakultet u Beogradu i Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd
Adresa za preuzimanje teksta sa sajta: <http://www.uts.org.rs/images/stories/061212.novi.zakonik.o.krivicnom.postupku.pdf>.
- Škulić M. /2003/: *Maloletnici kao učinioci i kao žrtve krivičnih dela*, Dosije, Beograd.
- Škulić M. /2010/: Načelo zakonitosti u krivičnom pravu, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu*, broj 1/2010., Beograd.
- Škulić M. /2014/: Odnos organizovanog kriminaliteta u krivičnopravnom smislu i saučesništva, *NBP – nauka, bezbednost policija – žurnal za kriminalistiku i pravo*, Kriminalističko-policijska akademija, broj 3/2014, Beograd.
- Škulić M. /2016/: Proganjanje i polno uznemiravanje, *Tužilačka reč*, Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije, broj 31/2016., Beograd.
- Škulić M. /2016/: Silovanje bez prinude, proganjanje i polno uznemiravanje – nove buduće inkriminacije, *Bilten Višeg suda u Beogradu*, broj 87/2016, Beograd.
- Škulić M. /2017/: Načelo zakonitosti i princip krivice u krivičnom pravu kao segmenti pravne države, tradicionalna tematska međunarodna naučna konferencija – u: *zbornik: Principi vladavine prava*, Udruženje za međunarodno krivično pravo i „Intermex“, Tara,
- Škulić M. /2017/: *Krivično procesno pravo*, deseto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd.
- Tahović J. /1961/: *Krivično pravo – opšti deo*, Savremena administracija, Beograd.
- Vier L. i dr. /1985/: *Izmišljeno silovanje*, *Izbor*, br. 2–3/85, Zagreb.

Vuković I. /2015/: Dečja pornografija i krivično pravo – međunarodni ugovori i član 185 Krivičnog zakonika – u: zbornik: „Međunarodna krivična dela, Udruženje za međunarodno krivično pravo i „Intermex“ Tara.

Wessels J. und Beulke W. /2003/: *Strafrecht – Allgemeiner Teil – die Straftat und Ihr Aufbau*, 33., neu bearbeitete Auflage, C. H. Müller, Heidelberg.

Milan Škulić

Constitutional Court of Serbia and
Faculty of Law, University of Belgrade

CRIMINAL OFFENSE OF RAPE IN THE CRIMINAL CODE OF SERBIA – CURRENT AMANDMENTS, SOME DISSCUTABLE QUESTIONS AND POSSIBLE FUTURE MODIFICATIONS

SUMMARY

In the paper are explained the essential characteristics of rape as the basic criminal offense against sexual freedom. The author explains summarly the historical development of the incrimination of rape, both in general point of view and in Serbian criminal law and in the former Yugoslav criminal law legislation too. The paper contains appropriate general considerations on the criminal law essence of the rape, and the classic normative-dogmatic analysis of all the important elements of the criminal offense of rape.

In the paper is also analyzed a relatively new form of rape too, which was previously prescribed in the Draft Code on Amendments to the Criminal Code from 2016, from which, in the meantime, the legislator renounced, which would exist when a sexual intercourse or an equal act as sexual intercourse, was realized without coercion, but contrary to the strictly expressed will of the passive subject, which in practice can be confused with serious evidence problems. In this paper, some examples show that our practice and otherwise, in some situations, accepted the appropriate relatively “flexible” interpretation of the existence of coercion, which the author refers to as the so-called latent compulsions on sexual intercourse or an equal act as sexual intercourse.

Author conclude that, although the possible new incrimination of rape, i.e. the new form of the rape without coercion but in any case against the will of the victim (without consent), has its obvious *ratio legis*, it will be in the practice connected with some serious difficulties, especially ih the evidencial sphere during the concrete criminal procedure.

Keywords: Rape, Involuntary Sexual Intercourse, Coercion, an Equal act as Sexual Intercourse, Serbian Criminal Code.

*Dragana Kolaric**

Ustavni sud Republike Srbije i
Kriminalističko-policijska akademija u Beogradu

REFORMSKI PROCESI I KRIVIČNO MATERIJALNO ZAKONODAVSTVO SRBIJE**

Apstrakt: Autor se u radu bavi razlozima koji dovode do reformskih procesa u oblasti krivičnog materijalnog prava Republike Srbije. Prilikom izmene krivičnog materijalnog zakonodavstva, bilo da je ona završena, u toku ili tek treba da usledi, treba uvažavati uobičajene standarde u pogledu načela zakonitosti, posebno kada je u pitanju način na koji se krivičnopravne odredbe uobličavaju. No, imajući u vidu da je veliki broj odredbi unet u KZ kao rezultat usaglašavanja sa pravnim tekovinama EU i relevantnim dokumentima SE uočavaju se sporadični slučajevi kršenja istog. Ozbiljna kriminalnopolitička diskusija u pogledu opravdanosti pomenutih reformi skoro da je suvišna jer se to usaglašavanje postavlja kao imperativ. Takođe, moramo biti svesni da i praksa Evropskog suda za ljudska prava oblikuje nacionalno zakonodavstvo i utiče na sudsku praksu. Autor primećuje da postoje i određena ponašanja čiji neposredni osnov propisivanja nisu međunarodne obaveze ili unutrašnje zakonodavstvo već su vezana za našu sredinu, loše iskustvo u Srbiji.

Ključne reči: Krivični zakonik, izmene i dopune, princip zakonitosti, ESLJP, EU, Savet Evrope, harmonizacija

UVODNE NAPOMENE

Kada upotrebimo reči „reformski procesi“ one bi trebalo da ukazuju na postupak koji traje izvesno vreme i koji je pun premišljanja, koji ima svoj tok, put i način. Da li je to tako? U poslednjem periodu reformski procesi su česti u raznim oblastima prava, ali i u okviru pojedinih grana vlasti i uglavnom izazivaju otpor i vremenom dobijaju negativnu konotaciju.

U oblasti krivičnog prava važno je utvrditi da li se prilikom propisivanja određenih ponašanja kao krivičnih dela i propisivanja kazni ili drugih krivičnih sankcija ostvaruje garantivna funkcija krivičnog prava. Načelo legaliteta predstavlja jednu

* redovni profesor Kriminalističko-policijske akademije i sudija Ustavnog suda Republike Srbije, dragana.kolaric@kpa.edu.rs

** 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 „Kriminalitet u Srbiji i instrumenti državne reakcije“ čiji je nosilac Kriminalističko-policijska akademija.

od najvažnijih tekovina pravne države te je stoga važno da se ono poštuje u punom kapacitetu i celokupnom značenju.

U teoriji se ističe stanovište da ono što se garantuje nije mnogo i svodi se na jedan negativan aspekt krivičnog prava, tj. da ono neće biti primenjeno onda kada određeno ponašanje još nije predmet regulisanja krivičnopravnih normi. U oblasti krivičnih sankcija ono što krivično pravo garantuje je još manje. No, i to malo je veoma značajno.¹ Standardi svakako moraju biti veći kada je u pitanju propisivanje onih ponašanja koja će predstavljati krivična dela, nego kada su u pitanju krivične sankcije i načelo *nulla poena sine lege*. Do otvorenog kršenja zakona u oblasti krivičnih sankcija vrlo retko dolazi jer za tim nema ni potrebe, sudovi i onako jedva da su ograničeni zakonom, tj. slobodni prostor za njihovo odlučivanje je vrlo širok.²

Usaglašavanje sa evropskim standardima je najčešći razlog reformi u poslednjem periodu. I to pre svega usaglašavanje sa komunitarnim pravom. Međutim, izraz „evropsko“ ima šire značenje i podrazumeva i konvencije Saveta Evrope, a pre svega Evropsku konvenciju o ljudskim pravima i osnovnim slobodama i praksu Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu. Dakle, evropsko krivično pravo je šire, kompleksnije, dok se krivično pravo EU svodi na pojedine odredbe krivičnog materijalnog prava EU.

1. USAGLAŠAVANJE SA ACQUIS COMMUNAUTAIRE

Stupanjem na snagu Ugovora iz Lisabona³ počinje nova etapa u razvoju krivičnog prava EU i otuda je njegov uticaj na nacionalna krivična zakonodavstva intenzivniji. Njime je donekle izmenjen pravni i institucionalni okvir u kojem deluje EU. Naime, pravni temelji evropskih integracija danas su Ugovor o EU i Ugovor o funkcionisanju EU.⁴ Lisabonski ugovor pored tradicionalnih interesa i prioriteta Unije, po prvi put intenzivnije naglašava dimenziju osnovnih ljudskih prava. Naime, on dodeljuje *Povelji o osnovnim pravima u EU* snagu obavezne pravne norme inkorporirajući je u integralni tekst Lisabonskog ugovora.⁵ Sva tri pravna akta su formalnopravno jednaka.

Ugovor o EU u članu 5. ističe da u skladu sa načelom supsidijarnosti, u oblastima koje ne spadaju u njenu isključivu nadležnost, EU deluje samo ako, i u onoj meri

1 Z. Stojanović /2016/: Garantivna funkcija krivičnog prava – u: *Kaznena reakcija u Srbiji – VI deo* (Đ. Ignjatović, ed.), Beograd, p. 14.

2 Z. Stojanović: *ibid.*, p. 14.

3 Stupio je na snagu 1. decembra 2009. Njegovim stupanjem na snagu EU i Evropska zajednica su se spojile u jednu promenjenu EU. Naime, u Ugovor o Evropskoj zajednici dodate su odredbe o policijskoj i pravosudnoj saradnji i promenjeno mu je ime u Ugovor o funkcionisanju EU, a Ugovor o EU je ostao na snazi. Od tada EU ima pravni subjektivitet. Ranije je to bila samo Evropska zajednica.

4 *Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union, Official Journal of the European Union, C 83, 30 March 2010.*

5 CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE EUROPEAN UNION, Official Journal of the European Communities, (2000/C 364/01).

u kojoj države članice ne mogu na zadovoljavajući način postići ciljeve predložene mere, na centralnom, ili regionalnom i lokalnom nivou, već se zbog obima ili učinka predložene mere mogu bolje ostvariti na nivou Unije. Dakle, načelo supsidijarnosti znači da u izvršenju svojih nadležnosti Unija može delovati samo ako se ciljevi predloženih aktivnosti ne mogu u dovoljnoj meri ostvariti merama država članica. Time se, u stvari, priznaje da je krivično pravo EU supsidijarno u odnosu na nacionalno krivično pravo tj. deluje samo kada je potrebno zbog zaštite zajedničkih vrednosti i principa. Pominje se i načelo srazmernosti, naime, kako je istaknuto, u skladu sa načelom proporcionalnosti mere EU ne prelaze ono što je neophodno za ostvarivanje ciljeva iz ugovora.

Supsidijarnost krivičnog prava EU je blisko povezana sa podelom nadležnosti između EU i zemalja članica. Jasno je da EU ne treba da se bavi regulativom u onim oblastima gde se željeni ciljevi mogu bolje postići kroz nacionalna krivična zakonodavstva.

Lisabonski ugovor nigde ne pominje isključivu nadležnost kada je u pitanju područje krivičnog prava. Međutim, on ipak proširuje mogućnosti za delovanje EU sadržinom člana 82. i 83.

Naime, u članu 82. Ugovora o funkcionisanju EU se ističe da se sudska saradnja u krivičnim stvarima u Uniji zasniva na načelu uzajamnog priznavanja presuda i sudskih odluka i uključuje približavanje propisa u oblastima iz stava 2 i člana 83. U stavu 2 člana 82 se ističe da *u meri u kojoj je to potrebno za lakše uzajamno priznavanje presuda i sudskih odluka*, kao i za policijsku i pravosudnu saradnju organa u krivičnim stvarima sa prekograničnom dimenzijom, Evropski parlament i Savet mogu putem direktiva da utvrđuju minimalna pravila. U daljem tekstu člana je navedeno na šta se ta pravila odnose (dopuštenost dokaznih sredstava prema načelu uzajamnosti, prava pojedinaca u krivičnom postupku, prava žrtava krivičnih dela, druge specifične aspekte krivičnog postupka, koje je Savet prethodno jednoglasno odlukom utvrdio, nakon saglasnosti Evropskog parlamenta).

Član 83. stav 1. Ugovora o funkcinisanju EU ističe da Evropski parlament i Savet ministara EU mogu *direktivama* donesenim u redovnom zakonskom postupku utvrditi *minimalna pravila* za definisanje krivičnih dela i sankcija za naročito teške oblike kriminala *sa prekograničnom dimenzijom* koji proizilaze *iz prirode ili posledica* tih krivičnih dela *ili iz posebne potrebe* za zajedničkom borbom protiv njih. U ove oblike kriminala spadaju: terorizam, trgovina ljudima i seksualno iskorišćavanje žena i dece, ilegalni promet droge, ilegalni promet oružja, pranje novca, korupcija, falsifikovanje sredstava plaćanja, kompijuterski kriminal i organizovani kriminal. I kako je dalje istaknuto, na osnovu razvoja kriminala, *Savet može doneti odluku kojom se utvrđuju druge oblasti kriminala* koje ispunjavaju navedene kriterijume.

Član 83. stav 2. Ugovora o funkcinisanju EU ističe da *kada je približavanje krivičnog zakonodavstva i drugih propisa država članica nužno da bi se obezbedilo delotvorno sprovođenje politike Unije* u oblasti koja je obuhvaćena merama usklađivanja, direktivama se mogu utvrditi minimalna pravila za definisanje krivičnih dela i sankcija u toj oblasti.

Inače, interesantno je primetiti da su direktive zamenile okvirne odluke. Ranije u okviru trećeg stuba EU najvažniji pravni akti su bile okvirne odluke⁶ a sada direktive⁷ što pokazuje pravnu snagu donetog propisa i da je policijska i pravosudna saradnja prešla iz trećeg stuba u prvi, odnosno materija iz drugog i trećeg stuba u prvi. Kako je bilo navedeno u članu 34. Ugovora iz Amsterdama, okvirne odluke nisu imale neposredno dejstvo što je otežavalo sprovođenje mera iz trećeg stuba. Ovde je značajno pomenuti mišljenje Suda pravde⁸ u slučaju Pupino⁹ koje na neki način predstavlja avangardnu sudsku odluku u pogledu dejstva okvirnih odluka. Sud je utvrdio da su države članice obavezne da tumače pravo u skladu sa pravom EU u oblasti trećeg stuba tj. prilikom primene nacionalnog prava, ono se mora tumačiti u skladu sa svrhom okvirne odluke, kako bi se postigao očekivani rezultat. U ovom slučaju Sud pravde se nije upuštao u osetljivo pitanje nadređenosti prava EU ali je istakao da okvirne odluke imaju posredno dejstvo dodajući ono što je, po našem mišljenju, ključno a to je da nacionalni sudovi treba da uzmu u obzir celokupno nacionalno pravo kako bi procenili u kojoj se meri može primeniti, a da ne bude suprotno okvirnoj odluci. Jasno je da Sud ističe značaj okvirnih odluka ali to čini pažljivo i suptilno, uz određena ograničenja. No, bez obzira na to, značaj ove odluke je tada bio veliki.

Sve u svemu, države članice su postigle konsenzus da se propisima EU regulišu samo pojedina krivična dela što u konačnom dovodi do parcijalnog razvoja krivičnog materijalnog prava EU i to njegovog posebnog dela, dok se o opštem delu krivičnog prava EU teško može uopšte govoriti. Ta činjenica predstavlja veliku potencijalnu opasnost za jednoobraznu primenu prava EU imajući u vidu da pojedine direktive vrlo decidno zahtevaju od država članica da se inkriminiše i npr. pokušaj kao institut opšteg dela koji se različito reguliše u državama članicama EU.

- 6 *Okvirne odluke* imaju za cilj usklađivanje zakonodavstva država članica. One obavezuju države u pogledu rezultata koje treba da ostvare, ali prepuštaju državama da odaberu oblik i metod kojim će ostvariti postavljeni rezultat. One se primenjuju tek nakon implementacije u nacionalnom zakonodavstvu što jasno proizlazi iz člana 34. Ugovora o osnivanju EU.
- 7 *Direktive* su obavezujuće ali se ne mogu neposredno primenjivati, već moraju na odgovarajući način da se implementiraju u nacionalna zakonodavstva država članica. Ali ako se ne unesu na odgovarajući način ili se uopšte ne unesu, posebnim mehanizmom koji je stvorio Evropski sud, direktivama će se obezbediti neposredno dejstvo.
- 8 U skladu sa članom 267. Ugovora o funkcionisanju EU, Sudu pravde EU data je nadležnost da odlučuje o pitanjima koja mu upute nacionalni sudovi država članica a odnose se na primenu prava EU u konkretnom predmetu koji taj sud rešava. To podrazumeva da Sud pravde EU rešava o tom prethodnom pitanju koje mu je uputio nacionalni sud države članice ali ne donosi odluku o činjenicama u glavnom postupku i primeni nacionalnog prava.
- 9 U slučaju Pupino sud iz Firence je postavio pitanje u kojoj meri se italijanski Zakonik o krivičnom postupku može tumačiti u skladu sa Okvirnom odlukom 2001/220/JHA o položaju žrtava u krivičnom postupku, kako bi se omogućilo da deca koja su pretrpela zlostavljanje svedoče protiv svog nastavnika prema posebnim pravilima postupka, a ne u redovnom postupku. Sud je istakao da radi ostvarivanja ciljeva postavljenih u okvirnoj odluci treba omogućiti da nacionalni sudovi primenjuju posebna pravila, pogotovo na ranjive žrtve ali da se mora voditi računa o zaštiti prava okrivljenog u skladu sa članom 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima. *Više o tome: A. Čavoški /2009/: Pravna priroda i pravno dejstvo pravnih akata u trećem stubu – u: Pravo i politika EU iz perspektive domaćih autora (J. Trkulja, S. Gajin., eds.), Beograd, p. 19.*

2. SAVET EVROPE I EVROPSKA KONVENCIJA O LJUDSKIM PRAVIMA I OSNOVNIM SLOBODAMA

Kako je u teoriji više puta istaknuto veliki broj intervencija u krivičnom zakonodavstvu je rezultat potrebe usaglašavanja sa relevantnim dokumentima EU i SE, zbog čega je teško ulaziti u ozbiljnu kriminalnopolitičku diskusiju u pogledu njihove opravdanosti.¹⁰

Međutim, moramo biti svesni da i praksa Evropskog suda za ljudska prava oblikuje nacionalno zakonodavstvo i utiče na sudsku praksu. Imajući u vidu da smo se u prethodnom delu rada osvrnuli na neke izmene i dopune u Posebnom delu koje su rezultat usaglašavanja sa evropskim izvorima, ovde ćemo pomenuti samo neke implikacije koje presude ESLJP imaju na sudsku praksu, što sve u konačnom dovodi do preispitivanja naše dugogodišnje tradicije. Inače, uputno je, ovom prilikom istaći da je ESLJP pod velikim uticajem anglosaksonskog prava. Isto se može reći i za pravne tekovine EU. To je posebno zanimljivo, imajući u vidu da države članice, uglavnom, pripadaju kontinentalnoj Evropi. Nakon izlaska Velike Britanije iz Evropske Unije samo će Irska ostati da čuva načela anglosaksonskog prava, pa se postavlja pitanje da li i dalje postoje razlozi, ako su ikada i postojali, da se neka rešenja anglosaksonskog sistema zadrže kao orijentacija na nivou cele EU, ali i na nivou Srbije.

Kada je u pitanju praksa ESLJP zadržaćemo se samo na jednom primeru. Naime, u kaznenom zakonodavstvu Republike Srbije, dugi niz godina, postoji autentičan kocept višestruke kažnjivosti izražen u članu 63. stav 3. KZ. Naime, zatvor ili novčana kazna koju je osuđeni platio za prekršaj ili privredni prestup, kao i kazna ili disciplinska mera lišenja slobode koju je izdržao zbog povrede vojne discipline uračunava se u kaznu izrečenu za krivično delo čija obeležja obuhvataju i obeležja prekršaja, privrednog prestupa, odnosno povrede vojne discipline. Ova odredba uređuje situaciju u kojoj je osoba prvo proglašena krivom i izrečena joj je kazna u prekršajnom postupku, a nakon toga je proglašena krivom i izrečena joj je kazna u krivičnom postupku. Pri tom opis prekršaja odgovara opisu krivičnog dela. U takvoj situaciji, prema izričitoj zakonskoj odredbi, ne primenjuje se načelo *ne bis in idem*. Ali, ESLJP misli drugačije. Većina zemalja iz regiona, koje su bile u sastavu bivše SFRJ, poznaje identičnu postavku višestepene kažnjivosti. Međutim, presude ESLJP u predmetima *Milenković protiv Srbije*¹¹, *Maresti protiv Hrvatske*¹², *Tomasović protiv Hrvatske*¹³, *Muslija protiv BiH*¹⁴ ukazuju da to konvencijsko, istovremeno i načelo Ustava Republike Srbije i krivičnog postupka u praksi redovnih sudova i Ustavnog suda Srbije mora da doživi korenitu promenu. Nakon pomenutih presuda, koje su u suprotnosti sa dotadašnjom ustaljenom praksom u Srbiji da se protiv istog lica koje je svojim ponašanjem ostvarilo obeležja krivičnog dela i prekršaja mogu istovre-

10 Z. Stojanović /2014/: Moguće izmene Krivičnog zakonika Srbije – u: *Reforma krivičnog prava*, Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije, Kopaonik, p. 15.

11 *Milenković protiv Srbije*, predstavka broj 50124/13 od 01. marta 2016. godine.

12 *Maresti protiv Hrvatske*, 55759/07, od 25. juna 2009. godine.

13 *Tomasović protiv Hrvatske*, 53785/09, od 18. oktobra 2011. godine.

14 *Muslija protiv BiH*, 32042/11 od 14. Januara 2014. godine.

meno ili konsekutivno pokrenuti i krivični i prekršajni postupak, potrebno je naći suptilan način da se pravna shvatanja ESLJP-a primene u praksi. Najveću poteškoću predstavlja nedovoljno normativno razgraničenje zakonskih obeležja prekršaja i krivičnih dela što pred našeg zakonodavca postavlja nove zadatke u pogledu izmene zakonskih rešenja.

Dakle, jasnije zakonsko razgraničenje prekršaja i krivičnih dela, kao i bolja saradnja nadležnih državnih organa dovešće do smanjenja povrede zabrane dvostrukog suđenja u istoj stvari. Pitanje identiteta kaznenih delikata je jedno od najtežih pitanja primene načela *ne bis in idem*, posebno kada imamo preklapanje težih prekršajnih i krivičnih dela tj. kada se u oba slučaja mogu izreći zatvorske kazne. Takođe, trebalo bi razmišljati da javni tužilac bude jedino nadležan da odlučuje o prijavi događaja sa elementima krivičnog dela ili prekršaja za koji je predviđena kazna zatvora, i da donese odluku o eventualnom krivičnom ili prekršajnom gonjenju osumnjičenog. Drugi državni organi nadležni za gonjenje učinilaca prekršaja (policija, poreska policija, carina i sl.) ne bi trebalo da imaju zakonsku mogućnost da gone učinioce takvih prekršaja bez pismene saglasnosti javnog tužioca. Kad donese odluku o prekršajnom gonjenju, javno tužilaštvo bi moglo samostalno da podnese zahtev za pokretanje prekršajnog postupka pred nadležnim prekršajnim sudom i da učestvuje kao stranka u prekršajnom postupku, ili da eventualno naloži policiji, odnosno organu nadležnom za gonjenje u toj zakonskoj oblasti, da preuzme gonjenje učinioca prekršaja za navedeni događaj.¹⁵

U članu 4. Protokola 7. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda¹⁶ istaknuto je da se nikome se ne sme ponovo suditi niti se može ponovo kazniti u krivičnom postupku u nadležnosti iste države za delo zbog koga je već bio pravosnažno oslobođen ili osuđen u skladu sa zakonom i krivičnim postupkom te države. Odredbe prethodnog stava ne sprečavaju ponovno otvaranje postupka u skladu sa zakonom i krivičnim postupkom date države, ako postoje dokazi o novim ili novootkrivenim činjenicama, ili ako je u ranijem postupku došlo do bitne povrede koja je mogla da utiče na njegov ishod. Ovaj se član ne može staviti van snage na osnovu člana 15 Konvencije¹⁷. Dakle, ovo pravo spada u red apsolutno zaštićenih prava koja se ne smeju derogirati.

15 Šire: S. Marković /2015/: Uloga policije u suzbijanju nasilja u porodici u prekršajnom postupku, *Nauka, bezbednost i policija – Žurnal za kriminalistiku i pravo*, Beograd, br. 2, pp. 211–231.

16 Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, *Sl. listu SCG – Međunarodni ugovori*, br. 9/2003, 5/2005, 7/2005 – ispravka i *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 12/2010.

17 Član 15 – Odstupanje u vanrednim okolnostima

1. U doba rata ili druge javne opasnosti koja preti opstanku nacije, svaka Visoka strana ugovornica može da preduzme mere koje odstupaju od njenih obaveza po ovoj Konvenciji, i to u najnužnijoj meri koju iziskuje takva situacija, s tim da te mere ne budu u neskladu s njenim drugim obavezama prema međunarodnom pravu.
2. Prethodna odredba ne dopušta odstupanja od člana 2, osim u pogledu smrti prouzrokovane zakonitim ratnim postupcima, ili člana 3, 4 (stav 1) i 7.
3. Svaka Visoka strana ugovornica koja koristi svoje pravo da odstupa od odredbi Konvencije obaveštava u potpunosti generalnog sekretara Saveta Evrope o merama koje preduzima i ra-

ESLjP primenu načela *ne bis in idem* sprovodi kroz „test“ putem koga analizira tri ključna pitanja. Prvo pitanje je da li su oba postupka po svojoj prirodi kaznenopravna tj. da li se i prvi postupak ima smatrati krivičnim? Drugo, najvažnije pitanje, je da li se radi o istim događajima, istim delima? I na kraju, da li je postojala dvostrukost postupka?

Pojam „krivičnog postupka“ iz odredbe članu 4. Protokola 7. je širi od definicije krivičnog postupka u domaćem pravu. Pored postupaka koji su prema nacionalnom zakonodavstvu definisani kao „krivični“, on može da se odnosi i na druge vrste postupaka čije karakteristike ukazuju na njihovu „krivičnu“ prirodu. Da li se određeni domaći postupak smatra „krivičnim postupkom (optužba za krivično delo)“ za potrebe člana 4. Protokola 7 procenjuje se na osnovu tri, tzv. *Engel kriterijuma*¹⁸: kvalifikacija dela u domaćem pravu, priroda protivpravnog ponašanja i vrsta i težina zaprećene kazne. Drugo i treće merilo je alternativno, ne nužno kumulativno. To, međutim, ne isključuje kumulativni pristup kada odvojena analiza svakog merila ne omogućuje postizanje jasnog zaključka o postojanju optužbe za krivično delo.

U predmetu *Milenković protiv Srbije*¹⁹ ESLjP utvrđuje povredu člana 4. Protokola 7. EKLjP. Milenković je prethodno osuđen za prekršaj iz člana 6. stav 3. (vređanje i nasilje) Zakona o javnom redu i miru na 4000 dinara, pa potom osuđen po članu 121. stav 2. Krivičnog zakonika (teška telesna povreda) na kaznu zatvora od tri meseca (naknadno amnestiran). On je koristio i pravo na ustavnu žalbu ističući povredu načela *ne bis in idem*, ali mu je ista odbijena.

Ova odluka predstavlja „opomenu“ Srbiji zbog dvostrukog suđenja u istoj stvari, odnosno zbog kumuliranja prekršajnog i krivičnog postupka gde je prekršajni sud osuđen za prekršaj obuhvatio obeležja krivičnog dela. Praksa istovremenog ili konsekutivnog vođenja prekršajnog i krivičnog postupka na temelju činjenica koje ispunjavaju obeležja prekršaja i istovremeno krivičnih dela bila je uobičajena na našim prostorima i temeljila se na odredbi člana 63. stav 3. KZ.

Ustavni sud je Milenkoviću odbio ustavnu žalbu sa obrazloženjem da se opis radnji koje su mu stavljene na teret razlikuje, budući da je u prekršajnom postupku kažnjen zbog narušavanja javnog reda i mira, dok se u krivičnom postupku radilo o kazni za telesno povređivanje.²⁰ Podnosilac predstavke je u novembru 2012. godine amnestiran. Ustavni sud je u maju 2013. godine odbio kao neosnovanu ustavnu žalbu podnosioca izjavljenu zbog povrede prava na pravnu sigurnost u kaznenom pravu. U ispitivanju ovog predmeta, ESLjP je, primenom tzv. „Engelovih kriterijuma“²¹

zlozima za njih. Ona takođe obaveštava generalnog sekretara Saveta Evrope kada takve mere prestanu da deluju i kada odredbe Konvencije ponovo počnu da se primenjuju u potpunosti.

18 *Engel i drugi protiv Holandije*, 5100/71, od 8. juna 1976. godine.

19 *Milenković protiv Srbije*, predstavka broj 50124/13 od 01. marta 2016. godine.

20 Ustavni sud je 20. maja 2013. godine, pozivajući se na obrazloženje Apelacionog suda u Nišu kao „potpuno ustavnopravno prihvatljivo“, odbio žalbu podnosioca predstavke kao neosnovanu. U pogledu načela *ne bis in idem*, Apelacioni sud je našao da je utvrđeno da je podnosilac predstavke kriv zbog prekršaja protiv javnog reda i mira u prekršajnom postupku, pri čemu je osuđen za krivično delo teške telesne povrede u krivičnom postupku. Prema stavu suda, opisi sankcionisanih dela su bili jasno drugačiji.

21 *Engel i drugi protiv Holandije*, 5100/71, od 8. juna 1976. godine.

najpre cenio da li je prvi, prekršajni postupak, po svojoj prirodi postupak koji se tiče „krivičnog“ pitanja u okviru značenja člana 4. Protokola broj 7 i kakva je priroda prve kazne. ESLjP je zaključio da se oba postupka moraju smatrati krivičnim, u smislu člana 4. Protokola broj 7 uz Konvenciju. Nakon toga, ESLjP je, primenom kriterijuma iz presude *Zolotukhin*, ispitivao da li su dela za koja je podnosilac predstavke krivično gonjen ista, i zaključio da se činjenice koje predstavljaju dva dela moraju smatrati suštinski istim za potrebe člana 4. Protokola broj 7 uz Konvenciju. Sledeće pitanje kojim se ESLjP bavio jeste da li je u konkretnom slučaju bilo dupliranja postupka (*bis*) i ocenio da su domaći organi dozvolili da se vodi dupli krivični postupak, uz puno saznanje o prethodnoj osudi podnosioca predstavke za isto delo. Konačno, ESLjP je zaključio da je podnosilac predstavke „osuđen“ u prekršajnom postupku, koji se može uporediti sa „krivičnim postupkom“ u okviru autonomnog značenja ovog izraza prema Konvenciji. ESLjP je dalje utvrdio da je, nakon što je ova „osuda“ postala pravosnažna i uprkos žalbi podnosioca na osnovu načela *ne bis in idem*, podnosilac predstavke oglašen krivim za krivično delo koje se odnosi na isto ponašanje i suštinski iste činjenice kao one za koje je kažnjen u prekršajnom postupku. ESLjP je konstatovao da Ustavni sud nije primenio načela utvrđena u predmetu *Zolotukhin*, a u cilju ispravljanja situacije podnosioca predstavke. Iz napred navedenih razloga, ESLjP je utvrdio povredu člana 4. Protokola broj 7 uz Konvenciju. Sud u navedenoj presudi kada vrši poređenje navedenog prekršaja i krivičnog dela zauzima stanovište da svako pozivanje na „lakšu“ prirodu dela, samo po sebi, ne isključuje njenu kvalifikaciju kao „krivičnu“ u autonomnom značenju Konvencije, budući da Konvencija ne sadrži ništa što ukazuje da krivična priroda dela, u okviru značenja Engelovih kriterijuma, neizostavno zahteva određeni nivo ozbiljnosti. ESLjP smatra da novčana kazna nije predviđena kao materijalna naknada za štetu, već da su primarni ciljevi pri utvrđivanju dela u pitanju bili kazna i sprečavanje ponovnog izvršenja, koji su priznati kao dalja karakteristična svojstva krivičnih kazni. „Kao što je ESLjP potvrdio u više navrata, u društvu koje se opredelilo za vladavinu prava, gde predviđena kazna i kazna koja je stvarno izrečena podnosiocu predstavke podrazumevaju lišenje slobode, postoji pretpostavka da su optužbe protiv podnosioca predstavke „krivične“, pretpostavka koja se može opovrgnuti u potpunosti samo izuzetno, i samo ako se lišenje slobode ne može smatrati „značajno štetnim“ s obzirom na njihovu prirodu, trajanje i način izvršenja“.

Preporuka prekršajnim sudovima je da se ograničavaju na utvrđivanje onih činjenica koje čine biće prekršaja i da prepuste krivičnom sudu da utvrđuje činjenice bitne za postojanje krivičnog dela. Takođe, potrebno je da se poštuje vremenski sled i pravila uzročnosti u krivičnom pravu. Iz svađe i vike teško da može da proistekne teška telesna povreda, pa bi to bilo dovoljno da se utvrdi prekršaj iz člana 7. Zakona o javnom redu i miru (remećenje javnog reda i mira u smislu verbalnog izražavanja jakog intenziteta na javnom mestu) za razliku od krivičnog dela do koga dolazi kada neko lice nožem, rukom ili nekim drugim predmetom nanosi telesnu povredu nekom licu. Tada, u zahtevu za pokretanje prekršajnog postupka ne treba opisivati radnju krivičnog dela i nastalu posledicu povrede, a u opisu krivičnog dela ne treba

opisivati događaj za koji je neko prekršajno kažnjen, već je dovoljno naznačiti „nakon prethodne svađe...“ a možda čak ni to.²²

Takođe, ponovo apostrofiramo ulogu javnog tužioca.

Odnos ESLJP treba shvatiti tako da oni nemaju ništa protiv postojanja dvodeobne ili trodeobne podele kaznenih ponašanja ali da je važno da se njihova obeležja ne podudaraju. To treba postići na normativnom planu, ali voditi računa i u praksi da opisi činjeničnih stanja budu različiti.

Posebnu pažnju zaslužuje i Konvencija Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici.²³ Posmatrajući izmene i dopune Krivičnog zakonika uočavamo da je, od njegovog stupanja na snagu 01.01.2006. godine, menjan i dopunjavao šest puta.²⁴ Izmene u ZID KZ iz 2016, 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 protiv života i tela i polne slobode (usklađivanje sa pomenutom Konvencijom Saveta Evrope). Konvencija u delu koji se odnosi na materijalno krivično pravo sadrži uglavnom unifikovane sintagme po kojima se strane ugovornice „obavezuju“ da preduzmu neophodne zakonodavne ili druge mere i obezbede da ponašanje, koje se sastoji u..., bude inkriminisano. Nakon ratifikacije ove Konvencije aktuelizovane su rasprave o novim krivičnim delima koja treba propisati u KZ-u. Iz tih razloga ZID KZ propisuje nekoliko novih krivičnih dela i to: sakaćenje ženskog polnog organa; proganjanje; polno uznemiravanje i prinudno zaključenje braka. Slično, kao i kod nasilja u porodici, gde se radi o radnjama koje su već obuhvaćene drugim inkriminacijama i ovde se postavlja pitanje legitimnosti i granica krivičnopravne zaštite.

Za uvođenje krivičnog dela proganjanje koje predviđa Istanbulska konvencija (član 34) postoje određeni kriminalnopolitički argumenti čak i da nema obaveze koja proizlazi iz Istanbulske konvencije. Reč je o ponašanju koje ozbiljno može da ugrozi psihički integritet žrtve, a upereno je protiv osnovnih prava i sloboda čoveka. Međutim, reč je o složenom ponašanju koje ne tako retko pokazuje i psihotične karakteristike što njegovo krivičnopravno suzbijanje čini još složenijim. Osnovni problem jeste kako zakonskim opisom adekvatno obuhvatiti ovaj fenomen. Iskustva u zemljama koje su uvele ovo krivično delo (Nemačka, Italija, Austrija) ne ohrabruju. S jedne strane, prilikom propisivanja bića krivičnog dela dovodi se u pitanje načelo određenosti, dok se s druge ne postiže zaštita žrtve. To ukazuje na potrebu jednog veoma ozbiljnog pristupa prilikom formulisanja zakonskog opisa ovog krivičnog dela.²⁵ Međutim, zakonodavac u ZID KZ-u nije uspeo da pobegne od širo-

22 V. Bajović /2016/: Slučaj Milenković-ne bis in idem u krivičnom i prekršajnom postupku, u: *Kaznena reakcija u Srbiji VI deo* (Đ. Ignjatović, ed.), Beograd, p. 252.

23 *Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 12/2013.

24 *Sl. glasnik RS*, br. 85/2005, 88/2005 – ispr. 107/2005 – ispr. 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014. i 94/16.

25 Z. Stojanović /2016/: Usaglašavanje KZ Srbije sa Istanbulskom konvencijom – u: *Dominantni pravci razvoja krivičnog zakonodavstva i druga aktuelna pitanja u pravnom sistemu Srbije*, Kopaonik, p. 27.

ke formulacije ovog krivičnog dela i narušavanja principa *lex certa*. Objašnjavajući radnje izvršenja proganjanja, u stavu 1. tačka 5. predloženog novog člana 138a KZ, pored nabrojanih radnji u prve četiri tačke, navodi se da proganjanje predstavljaju „i druge slične radnje“. Ima mišljenja koja smatraju da se vidom zlostavljanja, odnosno prema trenutnoj zakonskoj formulaciji bezobzirnog ponašanja – može smatrati i proganjanje oštećenog, nezavisno od toga da li se radi o njegovom praćenju, uznemiravanju telefonskim pozivima ili slanjem elektronskih poruka. Takvi akti realno mogu stvoriti osećanje ugroženosti, a i česti su u životu. Dakle, po tom shvatanju, bez obzira što proganjanje nije izričito propisano kao radnja krivičnog dela nasilje u porodici to ne isključuje njegovo razumevanje kao oblika bezobzirnog postupanja.²⁶

Kada je u pitanju polno uznemiravanje pravno tehnički i legislativno posmatrano nije baš uobičajeno davanje značenja upotrebljenih izraza u samom članu zakona koji reguliše neko krivično delo, kao što je to učinjeno u ZID KZ-u. Takođe, može postojati ozbiljan problem u razgraničenju sa nedozvoljenim polnim radnjama, krivičnim delom koje je inače veoma široko postavljeno.

Po našem mišljenju, i novo krivično delo sakaćenje ženskog polnog organa kao novopropisano krivično delo u ZID KZ-u se može sporiti po više osnova. Prvo, ono ima za cilj inkriminisanje tradicionalne prakse odsecanja određenih delova ženskih genitalija koju neke zajednice sprovode nad svojim članicama. Kako se navodi u izveštaju UN o ženama (2010)²⁷ ovo ponašanje je običaj u Africi, Indoneziji, Maleziji i pokazuje blago opadanje u praksi. Imajući u vidu da društvena opasnost nekog ponašanja predstavlja istovremeno osnov i opravdanje za njegovo propisivanje kao krivičnog dela postavlja se pitanje da li sakaćenje ženskog polnog organa treba propisati kao samostalno krivično delo. Neko ponašanje može objektivno da postoji u nekom delu sveta ali ono tek kroz određene društvene odnose, uslove i prilike ima i određene posledice na koje treba reagovati. Drugo, interesantno je da se ovde radi o jednom od krivičnih dela koja su izuzeta od načela rodne neutralnosti u krivičnom pravu koje čini deo ove Konvencije. Ovaj član sadrži krivično delo genitalnog sakaćenja žena, gde su žrtve neizostavno žene, odnosno devojčice. I treće, jasno je da se u ovakvim situacijama mogu primeniti odgovarajuće inkriminacije iz grupe krivičnih dela protiv života i tela

3. UTICAJ DRUGIH INSTITUCIJA

Kada su u pitanju izmene i dopune ne treba zanemariti ni uticaj drugih institucija kao što je na primer Organizacija za saradnju i bezbednost u Evropi (OEBS). Takva mišljenja i stavovi, kako se pokazalo u prošlosti, imaju određeni značaj (dekriminalizacija klevete, novi Zakon o javnom okupljanju...). U teoriji se ukazuje na takav uticaj kako u pogledu izmena i dopuna Krivičnog zakonika, tako i u pogledu drugih zakonskih tekstova.

26 I. Vuković /2012/: Nasilje u porodici kao krivično delo-pojedini problemi u primeni prava – u: *Nasilje u porodici*, Beograd, p. 131.

27 The Worlds Women 2010, Trends and Statistics, United Nations, New York, 2010, Department of Economic and Social Affairs, p. 132. <http://unstats.un.org/unsd/demographic/products/Worlds-women/WW2010pub.htm> 22.10.2015.

Kad je u pitanju KZ ne možemo a da se ne osvrnemo na dekriminalizaciju klevete. Taj talas dekriminalizacije ovog krivičnog dela je zahvatio veliki broj država u regionu.²⁸

Pomenućemo i Zakon o javnom okupljanju²⁹ (ranije Zakon o okupljanju građana³⁰) gde je OEBS dao mišljenje zajedno sa Venecijanskom komisijom³¹ što je imalo uticaja na donošenje novog zakona.

4. OSNOVNI PROBLEMI PRILIKOM REFORME KRIVIČNOG MATERIJALNOG ZAKONODAVSTVA

Permanentni reformski procesi dovode barem do dve problemske situacije u krivičnom materijalnom zakonodavstvu. Prva se odnosi na pitanje primene blažeg zakona, *lex previa* segment načela zakonitosti, a druga se tiče nekih negativnih kriminalnopolitičkih tendencija koje bi trebalo da su izuzetak a kod nas su pravilo. U pitanju su krivičnopravni ekspanzionizam i pooštavanje kaznene politike. Krivičnopravni ekspanzionizam, kako se pokazalo u prethodnom reformskom periodu, ugrožava i segment *lex certa*. Može se ići i mnogo dalje i postaviti pitanje usklađenosti pravnih akata tj. različitog definisanja istih pojmova u sistemskim zakonima i nepotrebnih ponavljanja. U tom smislu možemo da se osvrnemo na ranije različito definisanje pojma organizovanog kriminala i koliko je vremena trebalo da se taj pojam uskladi. Takođe, postavlja se pitanje da li je potrebno i sada da taj pojam egzistira u više zakonskih tekstova što dovodi do nepotrebnih ponavljanja.

Ono što je i laiku uočljivo, u poslednjem periodu, to je problem krivičnopravnog ekspanzionizma jer savremeni krivični zakonodavac sve više širi prostor u kome interveniše. Dakle, neke negativne kriminalno političke tendencije koje su rezultat evropskih integracija možemo veoma lako da prepoznamo a to su, pre svega, hipertrofija inkriminacija i postepeno zaoštavanje kaznene politike. Naime, oštra, široka i neselektivna (ili selektivna u negativnom smislu) krivičnopravna represija kojoj zakonodavac u novije vreme sve češće pribegava, često uz podršku nedovoljno obavestene javnosti kojom se može manipulirati u političke svrhe (ali ne u nedogled, jer to postaje politički „istrošena“ tema), po pravilu, ne pogađa svoj pravi cilj.³² Dobar deo izmena u poslednjem periodu se odnosio na propisivanje strožih kazni, premda i do tada KZ Srbije nije spadao u krivične zakone sa blagim kaznama. Strah od kriminaliteta građana se može veoma lako iskoristiti za određene medijsko-po-

28 M. Škuljić /2016/: Stepen ne(usaglašenosti) krivičnog postupka Srbije sa evropskim standardima – u: *Evropske integracije i kazneno zakonodavstvo* (S. Bejatović, ed.), Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Zlatibor, p. 47.

29 *Sl. glasnik RS*, br. 6/2016.

30 *Sl. glasnik RS*, br. 51/92, 53/93, 67/93, 17/99, 33/99 i 48/94, *Sl. list SRJ*, broj 21/01 – Odluka SUS, *Sl. glasnik RS*, br. 29/01, 101/05 i 88/15 – Odluka US.

31 Mišljenje br. 597/2010 ODIHIR Opinion-Nr.: FOA – SERB/165/2010 CDL/AD (2010) 031 Or. Engl, *Zajedničko mišljenje o Zakonu o javnom okupljanju Republike Srbije, Venecijanske komisije i OSCE/ODIHIRa 84. Plenarna sesija, Venecija 15 I 16.10.2010.*

32 Z. Stojanović, D. Kolarić /2015/: Savremene tendencije u nauci krivičnog prava i krivično zakonodavstvo Srbije, *Srpska politička misao*, br. 3, Beograd, pp. 111–114.

pulističke manipulacije. To je uočljivo ne samo u Srbiji nego i u drugim zemljama koje se mogu pohvaliti znatno dužom tradicijom „vladavine prava“.³³

Koliko se često odstupa od načela *nullum crimen nulla poena sine lege* i njegovog segmenta *lex certa* i *ultima ratio* dimenzije krivičnog prava svedoci smo gotovo svakodnevno kako na evropskom, tako i na unutrašnjem planu.

Najviše primedbi se može postaviti segmentu *lex certa*. Verovatno zato što su standardi uobličavanja pravne norme u unutrašnjem pravu značajno veći i trebalo bi da budu isti i na evropskom planu. Međutim, to baš i nije tako. Prema Lisabonskom ugovoru glavna vrsta nadležnosti u krivičnim stvarima je uspostavljena članom 83. stav 1. Ugovora o funkcionisanju EU i odnosi se na mogućnost da se „direktivama donesenim u redovnom zakonskom postupku utvrde minimalna pravila za definisanje krivičnih dela i sankcija za naročito teške oblike kriminala sa prekograničnom dimenzijom koji proizilaze iz prirode ili posledica tih krivičnih dela ili iz posebne potrebe za zajedničkom borbom protiv njih“. Stoga bi segment *lex certa* trebalo da ima složeniji karakter jer se primenjuje u dve faze kriminalizacije. Jedna je na evropskom a druga na nacionalnom nivou. Situacija u kojoj se doslovno prenose direktive u nacionalno pravo je neprihvatljiva jer se na taj način narušava koherentnost nacionalnih krivičnopravnih sistema. Takođe, ako bi svaka država članica jednostrano, na svoj način, usvajala definiciju krivičnog dela rizikuje se razilaženje od stvarnih ciljeva EU. Potrebno je naći sredinu. EU nastoji da utvrdi minimalna pravila za određivanje krivičnih dela i *lex certa* treba da obavezuje i evropskog zakonodavca, jer u suprotnom bilo bi nemoguće za nacionalne zakonodavce da usvoje određene inkriminacije u svojim nacionalnim sistemima. Većina onih odredbi kojima se može staviti primedba da su neodređene rezultat su harmonizacije sa odgovarajućim propisima EU i SE. Problem *lex certa* je još više izražen u oblasti propisivanja krivičnih sankcija gde se ponekada kazneni rasponi široko postavljaju ali se ide i u drugu krajnost, npr. institut apsolutne zabrane ublažavanja kazne. Dva su razloga. Prvi je korišćenje krivičnog prava u populističke svrhe, kada se prilikom uobličavanja pravne norme ne vodi računa o realnosti i funkciji krivičnog zakonodavstva. Kada javnost (kojom se dodatno manipuliše), pa i dobar deo poslanika ne pokazuje želju da imamo bolje krivično pravo, već samo da imamo što više kažnjavanja i da to pravo bude što represivnije (brojna su krivična dela kod kojih su menjane propisane kazne odnosno kazneni okviri, i to tako što se dobar deo izmena odnosio na propisivanje strožih kazni). Drugi razlog je opet vezan za usaglašavanje sa međunarodnim izvorima.

Osnovna svrha krivičnog prava je zaštita društva od kriminaliteta. I na nivou EU bi trebalo da postoje isti zahtevi u pogledu propisivanja opštih elemenata krivičnog dela i sankcija uz puno uvažavanje osnovnih principa krivičnog prava. Međutim, pojedine odredbe donete na nivou EU izazivaju sumnju u tom pogledu. Posebno skrećemo pažnju da neki pojmovi koji su opšte usvojeni u međunarodnim dokumentima nisu krivičnopravnog karaktera kao npr. korupcija³⁴ i podrazumevaju čitav niz ponašanja, što dovodi u pitanje segment *lex certa*.

33 J. Čirić /2014/: Pravosuđe i pritisci javnosti – u: *Reforma krivičnog prava*, Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije, Kopaonik, p. 202.

34 Vidi: Krivičnopravna konvencija o korupciji Saveta Evrope (Konvencija je otvorena za potpisivanje 27. januara 1999. godine, a stupila je na snagu 1. jula 2002. godine. Republika Srbija

Po našem mišljenju EU je, sa Lisabonskim ugovorom, uvodeći novi pravni okvir za funkcionisanje, u stvari sebi zadala veću odgovornost u osiguranju principa *ultima ratio* upravo zbog mogućnosti utvrđivanja minimalnih pravila za definisanje krivičnih dela i sankcija za naročito teške oblike kriminala. Čim postoji mogućnost postavljanja minimalnih standarda to pretpostavlja da su oni neophodni, da ne postoji drugi način da se suzbiju ova teška krivična dela. U suprotnom, ako se ta mogućnost zloupotrebljava to će dovesti do destabilizacije osnovnih principa krivičnog prava.

U vezi sa Lisabonskim ugovorom i pojedinim njegovim odredbama koje su od značaja zbog uticaja na nacionalna krivična zakonodavstva izjasnio se i Savezni ustavni sud Nemačke.³⁵ Čini nam se da je sud bio na granici da Lisabonski ugovor proglasi neustavnim. Znajući kakve bi političke implikacije imao taj korak sud je istakao značaj Bundestaga i Bundesrata i skrenuo pažnju na neke insuficijencije Lisabonskog ugovora ali ne bežeći da istakne da je protiv toga da krivično pravo bude instrument za postizanje ciljeva EU. Tako, sud, između ostalog, skreće pažnju na član 83. stav 1 Ugovora o funkcionisanju EU gde kritikuje sintagme „*naročito teški oblici kriminala sa prekograničnom dimenzijom*“ i „*posebna potreba*“ za zajedničkom borbom protiv njih ukazujući na njihovu nepreciznost. Takođe, ističe da posebna potreba ne postoji samo zbog volje Evropskog parlamenta i Saveta nego zbog prirode ili posledica tih krivičnih dela.

Kada je u pitanju odredba po kojoj „Savet može doneti odluku kojom se utvrđuju druge oblasti kriminala koje ispunjavaju navedene kriterijume“ sud ističe ulogu Bundestaga i Bundesrata koji se, u vezi sa proširivanjem nadležnosti EU, moraju saglasiti u formi zakona, dodajući da propisi EU ne treba da obuhvate celokupne oblasti krivičnih dela, već samo pojedine oblike. Slično tome, u teorijskim raspravama se kritikuje regulisanje čitave oblasti krivičnih dela terorizma i postavlja se pitanje koliko je to potrebno posebno u pogledu pojedinih krivičnih dela koja su „proglašena“ terorističkim.³⁶

I mi smo mišljenja da je odredba stava 1 člana 83. Ugovora o funkcionisanju EU sporna. Prvo, da bi EU bila nadležna mora se utvrditi prekogranična dimenzija,

je ratifikovala *Krivičnopravnu konvenciju o korupciji* (ETS 173) 18. decembra 2002. god. Vidi: *Službeni list SRJ, Međunarodni ugovori*, br. 2/2002 i *Službeni list SCG, Međunarodni ugovori*, br. 18/2005. Konvencija je stupila na snagu 1. aprila 2003. god. Krivičnopravna konvencija o korupciji je usvojena bez ulaganja rezervi); Dodatni protokol uz Krivičnopravnu konvenciju o korupciji (Ugovor otvoren za potpisivanje 15. maja 2003. godine. Stupio je na snagu 1. februara 2005. godine. Republika Srbija je ratifikovala *Dodatni protokol Krivičnopravne konvencije* (ETS 191) 9. januara 2008. god. Vidi: *Službeni glasnik RS, Međunarodni ugovori*, br. 102/2008. U Srbiji je stupio na snagu 1. maja 2008. god. Republika Srbija je Dodatni protokol Krivičnopravne konvencije o korupciji usvojila bez ulaganja rezervi); Konvencija Ujedinjenih Nacija protiv korupcije (Republika Srbija je ratifikovala *Konvenciju Ujedinjenih Nacija protiv korupcije*. Konvencija je u Republici Srbiji stupila na snagu 30. oktobra 2005. godine. Vidi: *Službeni list SCG, Međunarodni ugovori*, br. 12/2005).

35 M. Kaiafa-Gbandi /2011/: The Importance of Core Principles of Substantive Criminal Law for a European Criminal Policy Respecting Fundamental Rights and the Rule of Law, *European Criminal Law Review*, no 1, Volume 1, p. 12.

36 M. Kaiafa-Gbandi: *ibid.*, p. 18.

koja proizlazi iz prirode ili posledica krivičnog dela. Ili drugo, ako uslov „prekogranične dimenzije“ nije ispunjen, treba da postoji posebna potreba za borbom protiv konkretnog dela na zajedničkoj osnovi.

U članu 83. stav 2 Ugovora o funkcionisanju EU ističe se da kada je približavanje krivičnog zakonodavstva i drugih propisa država članica nužno da bi se obezbedilo delotvorno sprovođenje politike Unije u oblasti koja je obuhvaćena merama usklađivanja, direktivama se mogu utvrditi minimalna pravila za definisanje krivičnih dela i sankcija u toj oblasti. U vezi sa ovim stavom sud ističe da je na taj način otvoren put nedovoljno opravdanoj harmonizaciji jer je donošenje direktiva moguće samo kada je to neizostavno za delotvorno sprovođenje politike EU u jednoj oblasti u kojoj su već sprovedene mere harmonizacije.

Razvoj krivičnog prava EU često se pravda tvrdnjom da je unifikacija potrebna jer ne smeju da postoje „utočišta za kriminalce i organizovane kriminalne grupe“ u Evropskoj uniji.³⁷ Naime, nejednako regulisanje pojedinih pitanja može dovesti do toga da je zaprećena krivična sankcija u nekim zemljama članicama znatno blaža, što bi ih činilo poželjnim destinacijama. Ali ovaj argument ipak pada u vodu iz više razloga. Prvo, pretpostavka da učinioci krivičnih dela znaju uporedno krivično pravo je nerealna i drugo, da je tako zemlje članice sa „najblažim“ krivičnim zakonodavstvom treba da budu primarno utočište za npr. organizovane kriminalne grupe. Tradicionalno na primer, nordijske zemlje dele viziju humanistički orjentisanog krivičnog prava sa blažim sistemom krivičnih sankcija nego u drugim zemljama. One bi stoga trebalo da su raj za učinioce krivičnih dela. Međutim, organizovani kriminalitet nije veliki problem u nordijskim zemljama.³⁸

Još jedna kategorija koja opravdava delovanje Evropske unije u usklađivanju materijalnog krivičnog prava pored prekogranične prirode dela, je posebna potreba za borbom protiv nekog oblika kriminaliteta ili konkretnog krivičnog dela na zajedničkoj osnovi. Posebna potreba može postojati zbog gnusnog karaktera nekih konkretnih teških krivičnih dela. Ova kategorija „evropskih krivičnih dela“ se može lakše opravdati nego prekogranična dela. Prilično je razumljivo da su neka krivična dela toliko teška da je potrebno reagovati na nivou međunarodne zajednice. Ali je potrebno inkriminacije uobličiti uz poštovanje svih tradicionalnih principa na kojima se zasniva krivično pravo.

Drugo pitanje je koja krivična dela zaslužuju da budu u kategoriji „posebno teških dela“. Član 83. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije sadrži spisak dela koja mogu da budu predmet usklađivanja materijalnog krivičnog prava. To su: terorizam, trgovina ljudima i seksualna eksploatacija žena i dece, ilegalna trgovina narkoticima, ilegalna trgovina oružjem, pranje novca, korupcija, kompjuterski kriminal i organizovani kriminal. Mora se imati na umu da ovaj član samo navodi neprecizno pojedine oblike kriminaliteta a ne precizno određena bića pojedinih krivičnih dela. Stoga se postavlja pitanje da li svi nabrojani oblici kriminaliteta zaslužuju reakciju Evropske unije?

37 S. Melander /2013/: *Ultima ratio in European Criminal Law, Onati Socio-Legal Series*, Onati International Institute for the Sociology of Law, no 1, p. 48.

38 S. Melander: *ibid.*, p. 48.

Ilegalna trgovina opojnim drogama, na primer, pokriva širok spektar krivičnih dela i nije sigurno da su sva krivična dela u ovoj kategoriji posebno teška ili da imaju prekograničnu dimenziju. Organizovani kriminal je veoma široka kategorija u koju se može ubrojiti niz različitih krivičnih dela, od koji neka imaju prekograničnu dimenziju a druga nemaju. Kako bi se ispunili ovi uslovi, Evropska unija mora da ograniči svoje delovanje na ona dela, u kategorijama navedenim u članu 83. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije, koja zaista imaju prekograničnu dimenziju ili su zaista tako teška da postoji posebna potreba da se spreče zajedničkim delovanjem.³⁹

Kao neminovno, nameće se i pitanje zašto kada već proklamuju načelo zakonitosti i princip *ultima ratio* na nivou EU nisu previše zainteresovani da ga uvažavaju, već su odredbe pravnih izvora regionalnih i međunarodnih organizacija kojima se određuju krivična dela paušalne, preširoke i širenjem krivičnopravne represije tj. krivičnopravnim ekspanzionizmom narušavaju *ultima ratio* princip.

Rasprava o *ultima ratio* ulozi krivičnog prava je intezivirana nakon stupanja na snagu Lisabonskog ugovora. Stokholmski program, petogodišnji strateški plan za period 2010–2014, usvojen odmah nakon što je Lisabonski sporazum stupio na snagu, ističe da „odredbe krivičnog prava treba da budu primenjene kada se smatraju neophodnim kako bi interesi bili zaštićeni i po pravilu da budu korišćene samo u krajnjoj nuždi“.⁴⁰ Pozivanje na princip krajnje nužde jasno prikazuje krivično pravo kao poslednje sredstvo.

Princip *ultima ratio* je tradicionalno vezan za nacionalno krivično zakonodavstvo i predstavlja deo „kulturnog nasleđa“ krivičnog prava.⁴¹ On po svojoj prirodi upućuje na minimalnu intervenciju krivičnog prava tj. pribegavanje krivičnopravnoj represiji treba da bude krajnje sredstvo. Danas se čini da imamo suprotnu tendenciju u kojoj krivično pravo postaje *prima ratio*.

Iako garantovano osnivačkim ugovorima EU veliku opasnost za načelo zakonitosti predstavljaju uredbe, kao sekundarni izvori komunitarnog prava, koje imaju neposredno dejstvo jer se na taj način stvaraju blanketne norme, koje ugrožavaju načelo zakonitosti. Naime, prema članu 288. Ugovora o funkcionisanju EU uredbe imaju opštu važnost, one obavezuju u potpunosti i neposredno se primenjuju u državi članici. Dakle, one se ne implementiraju u nacionalno zakonodavstvo jer imaju neposredno dejstvo pa se na njih, u domaćem pravu, samo upućuje. Time se stvaraju blanketne norme koje sa stanovišta postulata zakonitosti nisu prihvatljive. Njima se upućuje na pravo EU. Dakle, države članice propisuju u nacionalnom zakonodavstvu koja postupanja suprotno propisima EU predstavljaju krivična dela i sankciju za takva ponašanja, a EU uobličava normu tj. koja se ponašanja smatraju krivičnim delima. Imajući u vidu sve što je prethodno rečeno, jasno je da se time dovodi u pitanje poštovanje načela zakonitosti i njegovog segmenta *lex certa*. Interesantno je

39 S. Melander: *ibid.*, p. 53–54.

40 EUROPEAN COUNCIL, EUROPEAN COUNCIL THE STOCKHOLM PROGRAMME — AN OPEN AND SECURE EUROPE SERVING AND PROTECTING CITIZENS (2010/C 115/01), Official Journal of the European Union.

41 J. Bengoetxea, H. Jung, K. Nuotio /2013/: Ultima Ratio, is the Principle at Risk?, *Onati Socio-Legal Series*, no 1, online, <http://ssrn.com/abstract=2213166>

da se Sud pravde, kada su u pitanju uredbe, izjasnio i istakao da države članice ne smeju da donose nacionalne mere za unošenje uredbi u nacionalno zakonodavstvo, jer to može ugroziti dosledno tumačenje i primenu uredbi u okviru EU.⁴² A sa druge strane, možemo samo da zamislimo kakva je pravnička sposobnost potrebna da se neko snađe u moru propisa EU, imajući u vidu da se odredbe objavljuju na svim službenim jezicima EU i da se automatski kao nužno nameće i uporedno-pravno tumačenje.

ZAKLJUČNE NAPOMENE

Veliki broj država, usled brzopletosti i površnih pogleda na proces pristupanja EU, pruža i mnogo više od onoga što je propisano u odgovarajućim aktima EU. Težnja Srbije da postane punopravna članica Evropske unije podstiče česte zakonodavne reforme. U procesu pridruživanja treba izbeći potencijalna uslovljavanja i situacije u kojima vam se serviraju rešenja koja morate da prihvatite, kada krivično pravo postaje talac politike i instrument u rukama vladajućih struktura. To sa druge strane znači, da ne treba tvrdoglavo insistirati na posebnosti nacionalnog pravnog sistema, jer posebnost sama za sebe ne predstavlja neku vrednost, što se može uočiti u brojnim slučajevima, nego krivično zakonodavstvo treba da predstavlja koherentan sistem koji sledi ustavne principe i obezbeđuje efektivan i efikasan rad državnih organa.⁴³ Nažalost, potreba za implementacijom međunarodnih i regionalnih izvora prava često nije praćena adekvatnim zakonskim obrazloženjima. Ne sprovode se nikakva istraživanja u pogledu zastupljenosti određenih nedozvoljenih ponašanja, zaboravlja se da je krivično pravo *ultima ratio*. Najvažniji zaključak svakako podrazumeva da se inkriminisanje ne može vezivati samo za obaveze proizašle iz međunarodnih dokumenata. Takođe, dok Srbija ne postane punopravna članica EU puno će vremena proteći, a i na nivou EU mnogi će akti doživeti svoje preobraženje.⁴⁴

Na kraju, možemo da zaključimo da je krivičnopravna oblast uvek usko povezana sa nacionalnom kulturom, vrednostima i shvatanjima složenih etičkih pitanja na nacionalnom planu ili jednostavno rečeno sa idejom državne suverenosti. Krivično pravo treba da predstavlja koherentan sistem a to se može postići jedino na nivou država članica EU. Na nacionalnom nivou postoje različita ponašanja, čija se društvena opasnost stepenuje. U tom pogledu postoje važne razlike između nacionalnih sistema zbog ekonomskih, političkih, društvenih prilika i moralnih normi kod vrednovanja npr: prava na prekid trudnoće, prava da se okonča sopstveni život (i da se dobije pomoć od drugih), načina rešavanja problema zloupotrebe opojnih droga, pitanja da li plaćanje seksualnih usluga treba da bude kažnjivo itd. Ove razlike su rezultat duboko ukorenjenih shvatanja, drugačijih sistema vrednosti stoga krivično pravo može i treba da bude deo nacionalnih identiteta država članica.

42 M. Matić-Bošković /2016/: *Evropski krivičnopravni mehanizmi i njihov uticaj na nacionalna zakonodavstva*, Doktorska disertacija, Univerzitet u Beogradu, Pravni fakultet, p. 100.

43 D. Kolaric /2016/: *Evropske integracije i krivično materijalno zakonodavstvo Republike Srbije – u: Evropske integracije i kazneno zakonodavstvo* (S. Bejatović, ed.), Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, p. 21.

44 D. Kolaric: *ibid.*, p. 40.

Iz tih razloga je teško zamisliti potpunu i pravu harmonizaciju krivičnog prava EU i u pogledu stvaranja jedinstvenog krivičnog prava EU izražavamo skepsu. Dakle, mi nemamo zajedničko krivično pravo EU nego 28 različitih sistema krivičnog prava, jedan nemački, jedan francuski, jedan švedski itd. koji su donekle harmonizovani merama preduzetim na nivou EU.⁴⁵

Takođe, moramo da budemo svesni da svaka harmonizacija i usaglašavanje nacionalnog krivičnog prava sa odredbama EU na određeni način narušava koherentnost krivično-pravnog sistema država članica.⁴⁶ Stoga, unifikaciju krivično-pravnih odredbi zemalja članica treba sprovoditi samo izuzetno, kada je to zaista neophodno zbog ostvarenja ciljeva EU, ali i tada treba ostaviti dovoljno prostora za prilagođavanje pravila EU nacionalnom kontekstu. Zahtev za koherentnošću krivičnog materijalnog prava na nacionalnom nivou u stvari ističe u prvi plan princip supsidijarnosti prava EU koju smo ranije pominjali.⁴⁷

Isticanje specifičnosti krivičnog prava i njegovih osnovnih principa na nacionalnom nivou nema za cilj odražavanje antievropskog raspoloženja. Već, naprotiv, cilj je da se naglasi važnost osnovnih ideja vodilja na kojima se zasniva krivično pravo kako bi se ograničila njegova primena, čime bi se osnovne slobode i prava čoveka istakle u prvi plan. Kako je to istaknuto u članu 3. Krivičnog zakonika Srbije, zaštita čoveka i drugih osnovnih društvenih vrednosti predstavlja osnov i granice za određivanje krivičnih dela, propisivanje krivičnih sankcija i njihovu primenu, u meri u kojoj je to nužno za suzbijanje tih dela. Stoga, prava zaštita osnovnih sloboda i prava na nivou EU zavisi od njenih izvora prava tj. u kojoj su meri osnovni principi krivičnog prava postavljeni u centar pažnje. Po našem mišljenju, ovi principi moraju biti izričito navedeni u primarnim izvorima prava EU, što u pogledu nekih još nije slučaj.

LITERATURA

- Asp P. /2011/: The Importance of the Principles of Subsidiarity and Coherence in the Development of EU Criminal Law, *European Criminal Law Review*, no 1.
- Bengoetxea J., Jung H., Nuotio K. /2013/: Ultima Ratio, is the Principle at Risk?, *Onati Socio-Legal Series*, no 1.
- Bajović V. /2016/: Slučaj Milenković-*ne bis in idem* u krivičnom i prekršajnom postupku – u: *Kaznena reakcija u Srbiji VI deo* (Đ. Ignjatović, ed.), Beograd.
- Čavoški A. /2009/: Pravna priroda i pravno dejstvo pravnih akata u trećem stubu – u: *Pravo i politika EU iz perspektive domaćih autora* (J. Trkulja, S. Gajin., eds.), Beograd Beograd.

45 P. Asp /2011/: The Importance of the Principles of Subsidiarity and Coherence in the Development of EU Criminal Law, *European Criminal Law Review*, no 1, p. 51.

46 Svaka država rangira krivična dela propisujući za njih odgovarajuće krivične sankcije. Tu mogu postojati osetne razlike između krivičnopravnih sistema. Uzmimo kao primer zloupotrebu opojnih droga i odnos zakonodavca prema tim krivičnim delima u Švedskoj i Holandiji. Takođe, zaprećene kazne značajno variraju za ista ili istovrsna krivična dela. Tako npr. jedna država može da kazni ubistvo sa 10 godina, krijumčarenje ljudi sa 2 godine i sitnu krađu novčanom kaznom, dok u drugoj državi mogu postojati značajno strože kazne npr. za ubistvo 20 godina, krijumčarenje ljudi 4 godine i sitnu krađu 30 dana zatvora.

47 P. Asp. *op. cit.*, p. 53.

- Ćirić J. /2014/: Pravosuđe i pritisci javnosti – u: *Reforma krivičnog prava*, Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije, Kopaonik.
- Kaiafa-Gbandi M. /2011/: The Importance of Core Principles of Substantive Criminal Law for a European Criminal Policy Respecting Fundamental Rights and the Rule of Law, *European Criminal Law Review*, no 1.
- Kolarić D. /2016/: Evropske integracije i krivično materijalno zakonodavstvo Republike Srbije – u: *Evropske integracije i kazneno zakonodavstvo* (S. Bejatović, ur.), Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd.
- Matić-Bošković M. /2016/: *Evropski krivičnopravni mehanizmi i njihov uticaj na nacionalna zakonodavstva*, Doktorska disertacija, Univerzitet u Beogradu, Pravni fakultet.
- Melander S. /2013/: Ultima ratio in European Criminal Law, *Onati Socio-Legal Series*, Onati International Institute for the Sociology of Law, no 1.
- Stojanović Z. /2016/: Garantivna funkcija krivičnog prava – u: *Kaznena reakcija u Srbiji – VI deo* (Đ. Ignjatović, ed.), Beograd.
- Stojanović Z. /2014/: Moguće izmene Krivičnog zakonika Srbije – u: *Reforma krivičnog prava*, Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije, Kopaonik.
- Stojanović Z. /2016/: Usaglašavanje KZ Srbije sa Istanbulskom konvencijom, u: *Dominantni pravci razvoja krivičnog zakonodavstva i druga aktuelna pitanja u pravnom sistemu Srbije*, Kopaonik.
- Stojanović Z., Kolarić D. /2015/: Savremene tendencije u nauci krivičnog prava i krivično zakonodavstvo Srbije, *Srpska politička misao*, br. 3, Beograd.
- Škulić M. /2016/: Stepen ne(usaglašenosti) krivičnog postupka Srbije sa evropskim standardima – u: *Evropske integracije i kazneno zakonodavstvo* (S. Bejatović, ed.), Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Zlatibor.
- Vuković I. /2012/: Nasilje u porodici kao krivično delo-pojedini problemi u primeni prava – u: *Nasilje u porodici*, Beograd.

Dragana Kolarić

Constitutional Court of the Republic of Serbia and
Academy of Criminalistic and Police Studies in Belgrade

REFORM PROCESSES AND SUBSTANTIVE CRIMINAL LEGISLATION OF SERBIA

SUMMARY

In this paper the author deals with the reasons which lead to reform processes in the field of substantive criminal legislation of the Republic of Serbia. When amending substantive criminal legislation, whether it is completed, in progress or is yet to be made, it should take into account the usual standards regarding the rule of law, particularly when considering the manner in which criminal-law provisions are shaped. However, bearing in mind that a large number of provisions have been incorporated into the Criminal Code as a result of harmonization with the legal heritage of the EU and the relevant Council of Europe documents, sporadic cases of its violation are observed. Serious criminal-political

discussion regarding justification of the mentioned reforms is almost unnecessary since this harmonization is set as an imperative. Also, we must be aware of the fact that the practice of the European Court of Human Rights also shapes the national legislation and influences the court practice. The author observes that there are certain behaviours which were not prescribed based on the international obligations or the national legislation but they are related to our environment, bad experience in Serbia.

Key words: Criminal Code, amendments and additions, principle of legality, ECHR, EU, Council of Europe, harmonization

*Tatjana Bugarski**

Pravni fakultet, Univerzitet u Novom Sadu

ZAJEDNIČKI ISTRAŽNI TIMOVI KAO INSTRUMENT PREKOGRANIČNE SARADNJE U KRIVIČNIM STVARIMA

Apstrakt: Savremeni uslovi života ljudi u eri ekspanzije informacionih tehnologija, globalnih kretanja ljudi, robe i usluga usloveli su ekspanziju raznih pojava oblika prekograničnog kriminaliteta. Borba protiv ovih oblika kriminaliteta zahteva permanentno usavršavanje postojećih instrumenata prekogranične saradnje u krivičnim stvarima, kao i stvaranje novih. Jedan od veoma efikasnih instrumenata saradnje su zajednički istražni timovi koji zbog svojih specifičnosti, kao i rezultata koje ostvaruju u praksi zaslužuju posebnu pažnju. Ovaj rad je posvećen upravo zajedničkim istražnim timovima, a pitanja koja su obrađena u vezi sa ovim instrumentom su: nastanak i razvoj ovog vida međunarodne pravne pomoći u krivičnim stvarima, pravna regulativa, kao i Praktični priručnik (uputstvo) u vezi sa formiranjem i radom zajedničkih istražnih timova koji je Savet Evrope doneo 2017. godine. U radu je ukazano na razliku između zajedničkih istražnih timova, zajedničkih (paralelnih) istraga i zajedničkih istražnih tela. Takođe, pažnja je posvećena i ulozi Evropske pravde (Eurojust), Europol, OLAF-a i SELEC centra u formiranju i radu zajedničkih istražnih timova.

Ključne reči: međunarodna saradnja, zajednički istražni timovi, Evropska pravda, Europol, OLAF, SELEC

UVODNA RAZMATRANJA

Principi suverene jednakosti i teritorijalnog integriteta imaju čvrsto utemeljenje u međunarodnom pravu i praksi i ovi principi sprečavaju bilo koju državu da postupa na teritoriji druge države, u smislu da preduzima bilo kakve mere i radnje, bez prethodne saglasnosti te države. Zbog toga, kada je u pitanju borba protiv prekograničnog kriminaliteta, najvažniju ulogu imaju mehanizmi međunarodne pravne pomoći, a pravni osnov za saradnju može biti domaće pravo, bilateralni ili multilateralni ugovori, kao i kombinacija istih. Međunarodna pravna pomoć u krivičnim stvarima ima najrazličitije pojavne oblike koji imaju za cilj da omoguće i olakšaju sprovođenje istrage, kao i krivično gonjenje u državama. Najčešće vrste pomoći koje se traže se odnose na prikupljanje informacija ili dokaza, identifikaciju i hvatanje osumnjičenih lica, ispitivanje svedoka, pretresanje, privremeno oduzimanje predmeta, pribavljanje ekspertskih mišljenja, pribavljanje originala ili overenih kopija relevantnih dokumenata i snimaka, transfer zatvorenika i drugo.

* Redovni profesor, t.bugarski@pf.uns.ac.rs

Potreba za brzim reagovanjem i postupanjem u prekograničnoj saradnji je dovela postepeno do uvođenja neformalnih oblika saradnje koji su se pokazali kao veoma efikasni zbog čega stručnjaci iz prakse daju prednost ovom obliku saradnje koji se, kao i formalni oblici saradnje ostvaruje u skladu sa zakonom. Neformalni vidovi saradnje su brži, jeftiniji i lakši i koriste se u najranijim fazama istrage ili u krivičnom gonjenju. Najveća prednost neformalne saradnje je u tome što ona omogućava brzu razmenu informacija u ključnom momentu, dok se istovremeno obezbeđuje pribavljanje dokaza službenim putem. Formalni vidovi saradnje su karakteristični za kasnije faze krivičnog postupka, a kada se pravna pomoć odnosi na mere prinude, pretresanje, privremeno oduzimanje predmeta, pribavljanje iskaza svedoka i slično, pokazali su se kao nezamenljivi. U praksi se prilikom razmatranja da li da se u konkretnom slučaju postavi formalni zahtev za međunarodnu pravnu pomoć ili da se saradnja ostvari neformalnim putem, uzima u obzir da li će informacije i dokazi biti prihvaćeni kao dokazi na sudu ukoliko nisu pribavljeni formalnim putem, da li se isti rezultat može postići neformalnom saradnjom (policajska saradnja), kao i da li će pribavljanje informacija neformalnim putem pomoći da se olakša realizacija kasnijeg formalnog zahteva.¹ Međutim, u slučajevima kada se međunarodna saradnja u krivičnim stvarima ostvaruje neformalnim putem moraju se uzeti u obzir sledeći rizici:

- u nekim slučajevima se postavljanje neformalnih zahteva može smatrati gubljenjem vremena i to može dovesti do toga da strana kojoj se postavlja zahtev nije voljna na ovaj vid saradnje;
- neformalni zahtev može da dovede do obezbeđenja nepouzdanih dokaza iz razloga što se ne može identifikovati lice od kojeg smo dobili potrebne informacije jer to nije učinjeno formalnim putem;
- neformalni zahtevi mogu da kompromituju formalnu istragu ukoliko nemaju potreban stepen tajnosti.²

Imajući u vidu prednosti i nedostatke i formalnih i neformalnih oblika saradnje u krivičnim stvarima, stvoren je jedan poseban instrument međunarodne pravne pomoći koji u sebi objedinjuje prednosti i jednog i drugog oblika saradnje, čineći ga specifičnim i posebnim. Iako se „zajednički istražni timovi smatraju jednim od tri oblika policijske saradnje, pored saradnje koja se ostvaruje korišćenjem direktnih bilateralnih kontakata i saradnje koja se ostvaruje preko policijskih oficira za vezu“³ može se reći da oni više predstavljaju oblik pravosudne saradnje.

I pre uvođenja zajedničkih istražnih timova na nivou Evropske unije, u Nemačkoj je na primer, njihovo korišćenje već bila ustaljena strategija u saradnji između

1 United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC) /2010/: *Trafficking in Persons & Smuggling of Migrants, Guidelines on International Cooperation*, February 2010, p. 26. <https://www.un.org/ruleoflaw/files/UNODC%20Trafficking%20in%20Persons%20and%20Smuggling%20of%20Migrants%20Guidelines.pdf>

2 UNODC: *ibid.*, p. 26.

3 V. Le, P. Bell, M. Lauchs /2013/: Elements of Best Practice in Policing Transnational Organizer Crime Critical Success Factors for International Cooperation, *International Journal of Management and Administrative Sciences*, No. 3/2013, p. 25.

različitih državnih organa, kao i između različitih pokrajina, odnosno država Federalne Republike Nemačke. Prvi zajednički istražni tim u Nemačkoj bio je formiran još davne 1970. u Hamburgu između državne policije i federalnih carinskih organa u vezi sa krivičnim delom nezakonita trgovina narkotika.⁴

Rezultati zajedničkih istražnih timova formiranih posle donošenja Okvirne odluke Saveta Evrope 2002, pokazali su opravdanim napore međunarodne zajednice za iznalaženjem efikasnijih instrumenata u borbi protiv prekograničnog kriminaliteta. Prva iskustva u radu zajedničkih istražnih timova imaju Španija i Francuska, Holandija i UK, kao i Nemačka, Švedska i Slovačka.⁵

1. PRAVNI OSNOV ZA FORMIRANJE ZAJEDNIČKIH ISTRAŽNIH TIMOVA

Koncept zajedničkih istražnih timova kao strategije u borbi protiv organizovanog kriminaliteta i terorizma od strane policije u državama članicama Evropske unije prvi put je uveden Ugovorom iz Amsterdama 1997, a kasnije je ova ideja ponovljena u programu iz Tamperea 1999. i Haškom programu 2004. godine. Iako je u ovim dokumentima izražena jasna spremnost za formiranje zajedničkih istražnih timova, ova strategija ni danas nije zaživela u punom kapacitetu, a u prvih sedam godina svega 60 do 70, većinom bilateralnih zajedničkih istražnih timova, je sprovelo istrage što je izuzetno mali broj, imajući u vidu na primer da evropski oficiri za vezu u samo jednoj godini sprovedu preko deset hiljada prekograničnih operacija.⁶ Iako je strategija bila perspektivna, formiranje zajedničkih istražnih timova u praksi je veoma retko. Razlog za ovakvo stanje može se naći prvo u tome što je jako mnogo država članica kasnilo sa implementacijom Okvirne odluke o osnivanju zajedničkih istražnih timova u svoje nacionalno zakonodavstvo, kao i u tome što nisu još prevaziđene ozbiljne poteškoće u radu ovih timova. Osim uobičajenih problema koji se javljaju u vezi sa međunarodnom saradnjom, a koji se između ostalog odnose na ograničene ljudske i finansijske resurse, razlike u jezicima, kulturi, strategiji istrage i tehnikama, postoje i specifični problemi koji se javljaju u vezi sa formiranjem zajedničkih istražnih timova.⁷ Ovi specifični problemi se najvećim delom odnose na prikupljanje i izvođenje dokaza i njihovo korišćenje u sudskom postupku.

Često se ističe da različita pravna regulativa u vezi sa sprovođenjem istrage od strane zajedničkih istražnih timova može biti otežana ili čak onemogućena ukoliko postoje različita zakonska rešenja koja se prvenstveno odnose na određene standarde u vezi sa preduzimanjem istražnih radnji. Zbog toga se ističe kao neophod-

4 L. Block /2011a/: Joint Investigation Teams, The Panacea for Fighting Organised Crime? *Paper for the ECPR Annual Conference*, Reykjavik, Iceland, august 2011, p. 11.

5 Videti: J. Kapplinghouse: Joint Investigation Teams: basic ideas, relevant legal instruments and first experiences in Europe, *134th International Training Course visiting experts' papers*, http://www.unafei.or.jp/english/pdf/RS_No73/No73_07VE_Kapplinghaus2.pdf

6 L. Block /2011a/: *op. cit.*, p. 2.

7 Videti: M. Helmberg /2007/: Eurojust and Joint Investigation Teams: How Eurojust can support JITs, 245–251, <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2Fs12027-007-0012-9.pdf> p. 247

no uspostavljanje zajedničkih istražnih standarda kao obavezan uslov za formiranje zajedničkog istražnog tima. Neki od ovih standarda već su sadržani u Evropskoj konvenciji o uzajamnoj pravnoj pomoći i odnose se na saslušanje osumnjičenog, ispitivanje svedoka i veštaka, kao i elektronski nadzor komunikacija.⁸

Interesantno je spomenuti da se zajednički istražni timovi spominju i u Konvenciji o uzajamnoj pomoći i saradnji carinskih službi.⁹ U članu 24. Konvencije je predviđena mogućnost osnivanja zajedničkih istražnih timova na osnovu međusobnog dogovora nadležnih organa država članica. U sastav tima mogu da budu izabrana službena lica koja imaju potrebna specijalizovana znanja. Ovi timovi sprovode istrage u slučajevima specifičnih povreda propisa koje zahtevaju istovremeno koordinisano delovanje u državama članicama. Zajednički istražni timovi prema Konvenciji koordiniraju zajedničke aktivnosti radi sprečavanja i otkrivanja posebnih vrsta povreda i prikupljaju informacije o umešanim licima, njihovim saradnicima i metodama koje koriste. Timovi se osnivaju samo za određenu svrhu i u ograničenom vremenskom periodu. Na čelu tima se nalazi službeno lice države članice u kojoj se odvijaju aktivnosti tima. Službena lica koja deluju u okviru tima sprovode mere i radnje na osnovu propisa države na čijem području tim deluje. Članstvo u timu ne daje službenim licima nikakva ovlašćenja u smislu da sprovode mere i radnje na teritoriji druge države članice. Ovo je i osnovna razlika u odnosu na zajedničke istražne timove formirane po drugim pravnim osnovama, kod kojih raspoređeno ovlašćeno lice može obavljati sve istražne radnje u zemlji članici koje su određene Ugovorom o zajedničkim istražnim timovima.

Značajni međunarodni pravni instrumenti koji omogućavaju uvođenje zajedničkih istražnih timova su: *Konvencija UN protiv transnacionalnog organizovanog kriminala* (član 19)¹⁰ kojom je prvenstveno predviđeno formiranje zajedničkih istražnih tela, a u nedostatku ugovora kojima se predviđa njihovo osnivanje, zajedničke istrage se mogu voditi od slučaja do slučaja, kada se donose posebni ugovori. *Konvencijom UN protiv korupcije* (član 49)¹¹ je na isti način predviđeno zaključivanje bilateralnih ili multilateralnih ugovora u vezi sa krivičnim stvarima koje su predmet istrage, krivičnog gonjenja ili sudskog postupka koji se vode u jednoj ili više država, radi formiranja zajedničkih istražnih tela, a u odsustvu ovih ugovora, cilj se može ostvarivati i formiranjem zajedničkih istražnih timova u konkretnom slučaju. *Drugim dopunskim protokolom Evropske konvencije o međunarodnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima* (član 20)¹² predviđena je mogućnost formiranja

8 E. Bakker, J. Powderly /2011/: Joint Investigation Teams – Added Value, Opportunities and Obstacles in the Struggle against Terrorism, *The International Centre for Counter – Terrorism* No, 1, the Hague, p. 4.

9 Convention drawn up on the basis of Article K.3 of the Treaty on European Union, on mutual assistance and cooperation between customs administrations, Official Journal C 024, 23/01/1998 P. 0002 – 0022.

10 Zakon o potvrđivanju Konvencije UN protiv transnacionalnog organizovanog kriminala i dopunskih protokola, *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori* broj 6/2001.

11 Zakon o ratifikaciji Konvencije UN protiv korupcije, *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori* broj 12/2005

12 https://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/pc-oc/PCOC_documents/PC-OC%20_2011_%2015%20Rev%20Consolidated%20document%20mutual%20legal%20assistance.pdf

zajedničkih istražnih timova od strane dve ili više država i to na određen vremenski period i u određene svrhe. Zajednički istražni timovi treba da deluju na teritoriji država potpisnica ugovora o formiranju tima, i to pod sledećim opštim uslovima:

1. vođa tima treba da bude predstavnik nadležnog organa koji učestvuje u istrazi od strane države u kojoj tim deluje. Vođa tima treba da deluje u granicama svojih ovlašćenja, a u skladu sa nacionalnim propisima;
2. tim treba da sprovodi svoje operacije u skladu sa zakonima države na čijem području deluje. Članovi i raspoređeni članovi tima treba da svrše svoje zadatke pod rukovodstvom vođe tima i u skladu sa uslovima koji su utvrđeni u sporazumu na osnovu koga je tim formiran;
3. država u kojoj tim deluje treba da obezbedi osnovne organizacione uslove za rad tima.

Članovi zajedničkog istražnog tima države u kojoj tim deluje se nazivaju *članovi*, dok se članovi druge države nazivaju *raspoređeni članovi*. Raspoređeni članovi treba da budu prisutni izvođenju istražnih radnji, ali u određenim slučajevima vođa tima može da donese i drugačiju odluku, u skladu sa zakonom države na čijoj teritoriji tim deluje. Raspoređenim članovima u skladu sa propisima države u kojoj tim deluje, vođa tima može poveriti da preduzmu određene istražne radnje uz saglasnost nadležnog organa države u kojoj tim deluje, kao i druge države koja učestvuje u radu zajedničkog istražnog tima. Raspoređeni članovi takođe mogu da zahtevaju od nadležnih organa svoje države da preduzmu određene mere i radnje i to pod uslovima propisanim domaćim zakonodavstvom. Raspoređeni članovi obezbeđuju i potrebne informacije.

Prema *Okvirnoj odluci Saveta Evrope o formiranju zajedničkih istražnih timova*,¹³ predviđeno je osnivanje zajedničkih istražnih timova u slučaju kada:

1. istraga države članice u vezi sa konkretnim krivičnim delom zahteva tešku i zahtevnu istragu u smislu povezivanja sa drugim državama članicama;
2. veći broj država članica sprovodi istragu u vezi sa krivičnim delima u kojima okolnosti konkretnog slučaja zahtevaju saradnju i konkretne akcije u državama članicama koje su u to uključene.

Takođe, pravni osnov za formiranje i delovanje zajedničkih istražnih timova predstavlja i *Konvencija o policijskoj saradnji u Jugoistočnoj Evropi* koja je doneta 2006. godine.¹⁴ Potpisnici ove Konvencije su Albanija, BiH, Makedonija, Moldavija, Crna Gora, Rumunija i Srbija i Bugarska. Odredbe ove Konvencije predviđaju zakonski okvir za policijsku saradnju među državama potpisnicima, uključujući i zakonski okvir za formiranje zajedničkih istražnih timova. Prema članu 27 Konvencije u skladu sa uzajamnim sporazumom nadležni organi dve ili više ugovornih strana mogu formirati zajednički istražni tim u posebne svrhe i određenog vremenskog trajanja, koji treba da sprovede krivičnu istragu u jednoj ili u više strana potpisnica

13 Council Framework Decision of 13 June 2002 on joint investigation teams, 2002/465/JHA.

14 The Police Cooperation Convention for Southeast Europe, <http://www.pccseesecretariat.si/index.php?page=documentspcc&item=35>

sporazuma kojim se formira ovakav tim. Sastav tima treba da bude predviđen samim ugovorom. Zahtev za formiranjem zajedničkog istražnog tima može da postavi jedna zainteresovana strana, a tim će delovati na području one strane ugovornice u kojoj je potrebno sprovesti istragu. Vođa tima treba da bude predstavnik nadležnih organa one strane ugovornice na čijoj teritoriji tim deluje. Vođa tima deluje u granicama nadležnosti koje su predviđene nacionalnim pravom.

Različiti pravni osnovi mogu da predstavljaju formalni problem za uspostavljanje zajedničkih istražnih timova između država koje koriste različit pravni osnov za uređenje ove problematike. Ovo je bio slučaj i sa formiranjem jednog od prvih zajedničkih istražnih timova između Ujedinjenog Kraljevstva i Holandije s obzirom na to da je Ujedinjeno Kraljevstvo svoju nacionalnu regulativu u vezi sa zajedničkim istražnim timovima donelo u skladu sa Okvirnom odlukom, dok je Holandija implementirala Kovenciju o uzajamnoj pravnoj pomoći. Zbog toga je u Holandiji zakonom bilo predviđeno da je formiranje zajedničkih istražnih timova moguće moguće samo u skladu sa Konvencijom. S obzirom na to da je zakon u Ujedinjenom Kraljevstvu donet na osnovu okvirne odluke, formalno govoreći, ona nije bila adekvatan kandidat za formiranje zajedničkog istražnog tima. Međutim, Okružni sud u Holandiji zauzeo je stav da je okvirna Odluka obavezna za države članice i da ima nadnacionalni karakter i samim tim postoji pravni osnov za formiranje zajedničkog istražnog tima između Holandije i Ujedinjenog Kraljevstva.¹⁵

Formiranje zajedničkih istražnih timova nije samo moguće u okviru država članica Evropske unije već je moguće i između neke od država EU i SAD (na osnovu Ugovora o uzajamnoj pravnoj pomoći koji je potpisan između SAD i EU 25. juna 2003, čiji jedan član se odnosi na zajedničke istražne timove). Takođe, formiranje ovih timova je moguće i u Jugoistočnoj Evropi kod saradnje u vezi sa prekograničnim kriminalitetom u okviru Regionalnog centra za borbu protiv transnacionalnog kriminala u Jugoistočnoj Evropi.¹⁶

2. ZAJEDNIČKI ISTRAŽNI TIMOVI

Zajednički istražni timovi predstavljaju instrument međunarodne saradnje u krivičnim stvarima, posebno namenjen otkrivanju i dokazivanju krivičnih dela sa prekograničnim elementom. Iako se spominju u različitim pravnim i političkim dokumentima zajednički istražni timovi kao pojam nikada nisu bili jasno definisani. Tautološki, zajednički istražni tim može biti opisan kao tim koji se sastoji od predstavnika nadležnih organa različitih država, koji zajedno istražuju slučajeve međunarodnog prekograničnog kriminaliteta.¹⁷ Ovaj vid saradnje podrazumeva timski rad predstavnika nadležnih organa različitih država, što ga čini posebno komplek-

15 E. Bakker, J. Powderly: *op. cit.*, p. 3.

16 E. Bakker, J. Powderly: *ibid.*, p. 6.

17 A. De Moor /2005/: *Joint Investigation Teams: Belgium, the Netherlands, the United Kingdom – Can (or should) Europol Participate?*, Dissertation deposited to obtain the degree of master of European Criminology and Criminal Justice Systems, Gent University, Faculty of Law, Academic year 2005 /06, p. 7.

snim, ali istovremeno i efikasnim. Procesi i dinamika rada u timovima se razlikuju u odnosu na procese i dinamiku rada pojedinaca, i određeni su ulogama koje svaki pojedinac u timu ima. Timski rad podrazumeva određeni broj ljudi (po pravilu mali broj) čija znanja i veštine su komplementarni, odnosno nadopunjuju se, i imaju zajednički cilj, a to je realizacija postavljenog zadatka uz međusobnu odgovornost. Ovakav timski način rada ima veliku prednost jer se zajedničkim radom, snagom i naporima, postižu grupni rezultati koji su, po pravilu, mnogo bolji u odnosu na zbir pojedinačnih. Osim toga, svaki član tima, po pravilu, daje bolje rezultate u timu, nego kada radi kao pojedinac. Zajednički rad i timski potencijal daje bolja rešenja kada su u pitanju iskustvo, disciplina i veštine jer u timu pojedinci međusobno razmenjuju svoje znanje, veštine i sposobnosti, kao i iskustva i to radi postizanja zajedničkog cilja i obavljanja zadataka i poslova koje, kao pojedinci, ne bi mogli obaviti. Zajednički istražni timovi formiraju se na osnovu ugovora između dve ili više država članica Evropske unije i/ili trećih strana sa posebnom svrhom i ograničenim trajanjem. Osnovne prednosti zajedničkih istražnih timova u odnosu na druge oblike međunarodne policijske i pravosudne saradnje, uključujući i zajedničke (paralelne) istrage, se sastoje u sledećem:

1. mogućnost razmene informacija neposredno između članica zajedničkih istražnih timova bez potrebe slanja formarnog zahteva;
2. mogućnost zahtevanja istražnih radnji između članova tima neposredno, bez potrebe slanja zamolnice za međunarodnu pravnu pomoć;
3. mogućnost da članovi tima budu prisutni pretresu stana i drugih prostori-ja, prikupljanju obaveštenja od građana te da na taj način pomognu prevazi-žavljenju jezičkih barijera i slično;
4. mogućnost koordinisanja postupanja na licu mesta i neformalne razmene znanja;
5. mogućnost izgradnje međusobnog poverenja stručnjaka iz prakse i njihovog kvalitetnijeg zajedničkog rada i donošenja zajedničkih odluka o strate-giji vođenja istrage;
6. mogućnost da Europol i Evropska pravda budu uključeni u formiranje i rad tima;
7. mogućnost da se obezbede raspoloživa finansijska sredstva zajedničkim istražnim timovima.¹⁸

I pored nesumnjivih prednosti, zajednički istražni timovi se formiraju samo kada za tim postoji opravdana potreba, jer oni ne predstavljaju redovan način vođenja istraga za krivična dela sa elementom prekograničnosti. Naravno, ovde se postavlja pitanje koji su to slučajevi za koje je opravdano formiranje zajedničkih istražnih timova. Iskustvo je pokazalo da u slučajevima kada neka država sprovodi istragu za krivično delo sa prekograničnim elementom, naročito kada se radi o organizovanoj kriminalnoj grupi, istraga može imati značajne prednosti ukoliko u njoj

18 S. Petrić /2009/: Zajednički istražni timovi u Evropskoj uniji, *Policijska sigurnost* br. 4/2009, pp. 532–533.

učestvuju predstavnici nadležnih organa druge države u kojoj postoje veze sa krivičnim delom koje je predmet istrage ili je saradnja korisna na drugi način. Međutim, suprotno tome da zajednički istražni timovi treba da se praktikuju samo kada su u pitanju slučajevi ozbiljnog organizovanog kriminaliteta, član 20 (1) *Drugog dopunskog protokola Evropske konvencije o međunarodnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima* ističe značaj formiranja zajedničkih istražnih timova ne toliko kada je u pitanju težina krivičnog dela, već pre kada to krivično delo ima prekograničnu dimenziju. Iskustvo pojedinih država pokazuje da iako zajedničke istražne timove, po pravilu, treba formirati kada su u pitanju teški oblici kriminaliteta, ovaj oblik saradnje može da se pokaže kao koristan čak i u lakšim slučajevima. Ovo iz razloga što zajednički istražni tim može da olakša saradnju u specifičnom slučaju i takođe pripremi osnov za buduće zajedničke istražne timove gradeći uzajamno poverenje i obezbeđujući iskustvo u prekograničnoj saradnji.¹⁹ Praksa je pokazala da se zajednički istražni timovi najčešće formiraju za sledeća krivična dela: trgovinu ljudima sa prekograničnim elementima, krijumčarenje migranata, nezakonitu trgovinu narkoticima sa prekograničnim elementom I terorizam. Osim toga, u praksi su zabeleženi slučajevi formiranja zajedničkih istražnih timova u vezi sa zlostavljanjem dece,²⁰ a dobre rezultate zajednički istražni timovi su pokazali i u slučajevima krivičnih dela korupcije.²¹

Prilikom donošenja odluke o formiranju zajedničkog istražnog tima u konkretnom slučaju, države bi trebalo da odgovore na sledeća pitanja:

1. da li je u pitanju kompleksan slučaj;
2. da li je umešano više država;
3. da li se istraga i krivično gonjenje mogu sprovesti isto efikasno i bez formiranja zajedničkog istražnog tima;
4. da li će istraga zahtevati komplikovane informacije i obaveštajne podatke;
5. da li će se time izbeći veliki broj formalnih zahteva za međunarodnu pravnu pomoć u krivičnim stvarima;
6. da li su ljudski i finansijski resursi dostupni za formiranje zajedničkog istražnog tima;
7. da li postoje određene birokratske procedure koje otežavaju formiranje zajedničkog istražnog tima;
8. da li će formiranje zajedničkog istražnog tima uštedeti vreme u sprovođenju istrage ili će naprotiv, to zahtevati dodatno vreme.²²

19 Trafficking in Persons & Smuggling of Migrants, Guidelines on International Cooperation: *op. cit.*, p. 52.

20 Videti: Evaluation of the Joint Investigation Teams (JIT)/ Joint Investigation Response (JIR) Strategy, Jointly commissioned by NSW Department of Community Services, *NSW Police Service, NSW Health*, June 2002, pp. 5–6. http://www.community.nsw.gov.au/__data/assets/pdf_file/0010/335539/jirt_evaluation.pdf

21 Videti: OECD Anti-Corruption Network for Eastern Europe and Central Asia, Expert Seminar: *Effective Means of Investigation and Prosecution of Corruption*, Bucharest, Romania on 20–22 October 2010, <http://www.oecd.org/corruption/acn/47588859.pdf>

22 Trafficking in Persons & Smuggling of Migrants: *op. cit.*, p. 52.

Na čelo zajedničkog istražnog tima imenuje se jedan vođa (ili više njih). Prema odredbama Konvencije o pružanju uzajamne pravne pomoći u krivičnim stvarima ovo je definisano na način kojim se ostavlja mogućnost za različita tumačenja u smislu da li vođa tima mora biti javni tužilac, sudija ili carinski službenik, a rešavanje ovog pitanja u konkretnom slučaju u najvećoj meri zavisi od nacionalnog zakonodavstva. U pojedinim slučajevima za vođu zajedničkih istražnih timova može da se odredi i policijski službenik. Prema dosadašnjim iskustvima zemlje članice preferiraju imenovanje više od jednog vođe timova, za razliku od one opcije kada postoji jedan vođa tima koji snosi punu odgovornost za rad tima.²³ Prilikom zaključivanja ugovora o formiranju zajedničkih istražnih timova države članice treba da se dogovore u vezi sa upravljačkom strukturom tima. U okviru tima mogu da deluju članice, kao i raspoređene članice (članovi tima koji dolaze iz zemlje članice EU različite od one u kojima deluju zajednički istražni timovi. Samo zemlje članice Evropske unije mogu biti punopravne članice zajedničkih istražnih timova, dok treće strane nezavisno od toga da li jesu ili nisu deo Evropske unije mogu da učestvuju u radu zajedničkih istražnih timova, ali ne u svojstvu punopravnih članica ili raspoređenih članica.

U formiranju i radu zajedničkih istražnih timova najznačajniju ulogu imaju nacionalni eksperti koje svaka država članica treba da imenuje, a u skladu sa usvojenim međunarodnim standardima:²⁴

- nacionalni eksperti mogu biti stručnjaci kao pojedinci ili predstavnici na primer policijske ili sudske vlasti;
- nacionalni eksperti su odgovorni za povezivanje sa drugim licima i organizacijama u toj državi članici radi obezbeđivanja informacija i saveta u vezi sa formiranjem zajedničkih istražnih timova;
- nacionalni eksperti treba da razmenjuju iskustva i dobru praksu međusobno. Oni ne moraju nužno imati operativno iskustvo u radu timova, niti treba da budu neposredno uključeni u formiranje ili vođenje zajedničkih istražnih timova;
- nacionalni eksperti ne treba da formiraju posebnu mrežu koja će ih formalno povezivati, treba da se redovno sastaju radi razmene iskustava i dobre prakse, a to je moguće ostvarivati i u okviru Evropske pravde ili Evropolu.

Zajednički istražni timovi se formiraju na osnovu sporazuma između zainteresovanih država. Ovi sporazumi su tipski i potrebno je da imaju sledeće elemente:²⁵ 1. stranke sporazuma; 2. Svrha zajedničkog istražnog tima (na ovom mestu je potrebno navesti okolnosti krivičnog dela koje je predmet istrage, odnosno činjenični

23 Trafficking in Persons & Smuggling of Migrants: *ibid.*, p. 53.

24 Joint Investigation Teams – Proposal for Designation of National Experts, Council Document 11037/05, 8th July 2005, <http://eurojust.europa.eu/doclibrary/JITs/JITs%20framework/Council%20Document%20establishing%20the%20JITs%20Network/JITs-Council-document-11037-05-EN.pdf>

25 Rezolucija vijeća o tipskom sporazumu o osnivanju zajedničkog istražnog tima (ZIT), 2017/C 18/01, 19.1.2017. *Službeni list Evropske unije* C 18/1.

opis dela, s tim da je navođenje ličnih podataka potrebno svesti na najmanju moguću meru. Takođe, potrebno je ukratko opisati ciljeve tima kao na primer prikupljanje dokaza, koordinisano lišenje slobode osumnjičenog, pokretanje i vođenje finansijske istrage i drugo); 3. vremenski period u kome će sporazum da važi; 4. države u kojima će delovati zajednički istražni timovi; 5. vođa (vođe) tima; 6. Članovi tima; 7. drugi učesnici (kao na primer Evropska pravda, Europol, OLAF, SELEC); 8. prikupljanje informacija i dokaza; 9. pristup informacijama i dokazima; 10. razmena informacija i dokaza dobijenih pre osnivanja tima; 11. informacije i dokazi dobijeni od država koje ne učestvuju u timu; 12. posebni aranžmani u vezi sa raspoređenim članovima (ovaj element sporazuma je fakultativni i odnosi se na posebne uslove pod kojima upućeni članovi mogu sprovoditi istrage u državi u kojoj deluje tim, posebno uključujući mere prinude, traženje sprovođenja mera u državi upućivanja, razmenu informacija koje je tim prikupio, nošenje i upotrebu oružja); 13. izmene sporazuma (potrebno je predvideti da se sporazum može izmeniti uzajamnim pristankom stranaka, a ukoliko u ovom sporazumu nije drugačije navedeno, izmene se mogu sprovesti u bilo kom pisanom obliku koji su stranke dogovorile); 14. savetovanje i koordinisanje (ovo se prvenstveno odnosi na preispitivanje ostvarenog napretka i uspešnosti tima, trenutka i vrste intervencije istražitelja, najboljeg načina za sprovođenje sudskog postupka); 15. komunikacija sa medijima; 16. Evaluacija uspešnosti zajedničkog istražnog tima; 17. posebna pravila (kao što su: pravila o objavljivanju (na primer važećih nacionalnih pravila o komunikaciji osumnjičenog sa braniocem); pravila u vezi s upravljanjem imovinom/ oduzimanjem imovinske koristi; odgovornost); 18. Organizaciona pravila (objekti, vozila, ostala tehnička oprema; troškovi/rashodi/osiguranje; finansijska potpora timu; jezik komunikacije).

Zajednički istražni timovi se formiraju na osnovu ovakvog sporazuma i deluju po pravu države na čijoj teritoriji preduzimaju radnje, odnosno sprovode istragu. Osnovne novine koje ovaj instrument međunarodne pravne pomoći pruža su mogućnost raspoređenih članova tima (a to su oni koji deluju van teritorije svoje države dok učestvuju u radu tima) da prisustvuju preduzimanju istražnih mera i radnji, pa čak i da preduzimaju pojedine radnje u državi u kojoj tim deluje. Osim toga, raspoređeni članovi mogu da postave zahteve svojoj državi da preduzme potrebne istražne radnje koje su potrebne zajedničkom istražnom timu. Poslednja značajna novina se odnosi na mogućnost razmene prikupljenih dokaza među državama koje učestvuju u timu, čime se isključuje potreba za slanjem formalnih zahteva za međunarodnu pravnu pomoć u krivičnim stvarima radi pribavljanja dokaza.²⁶

Osnovni uslovi uspeha u radu zajedničkih istražnih timova su dobri lični kontakti, sposobnost prevazilaženja kulturnih razlika, zajednički interes i dobro poznavanje pravnog sistema države partnera u radu tima.²⁷

26 L. Block /2011b/: EU joint investigation teams: Political ambitions and Polices Practices –in: *Cross-border Law Enforcement Regional Law Enforcement Cooperation – European, Australian and Asia-Pacific Perspectives* (S. Hufnagel, S. Bronit, C. Harfield, eds.), Routledge, p. 89, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1662649

27 L. Block /2011b/: *ibid.*, p. 101.

3. PRAKTIČNI VODIČ O ZAJEDNIČKIM ISTRAŽNIM TIMOVIMA

Praktični vodič o zajedničkim istražnim timovima²⁸ izradila je Mreža nacionalnih eksperata zajedničkih istražnih timova u saradnji sa Evropskom pravdom, Europol-om OLAF-om. Prema ovom Praktičnom vodiču Evropska konvencija o međusobnom pružanju pravne pomoći u krivičnim stvarima iz 2000. I Okvirna odluka o zajedničkim istražnim timovima iz 2002. predstavljaju pravne osnove za države članice da uvedu u svoja nacionalna zakonodavstva odredbe o zajedničkim istražnim timovima.²⁹ Međutim, zajedničke istražne timove je moguće formirati i na osnovu drugih međunarodnih instrumenata, i to kako sa nadležnim organima država koje nisu članice Evropske unije, tako i države koje nisu članice Evropske unije mogu osnivati međusobno zajedničke istražne timove. U ove međunarodne instrumente spadaju: Sporazum o uzajamnoj pravnoj pomoći između EU i SAD,³⁰ kao i Konvencija o policijskoj saradnji u Jugoistočnoj Evropi.³¹ Pravni osnov za osnivanje zajedničkih istražnih timova može biti i Drugi dodatni protokol uz Evropsku konvenciju o uzajamnoj pravnoj pomoći (čl. 20), zatim Konvencija UN za borbu protiv nezakonite trgovine opojnim drogama i psihotropnim supstancama (čl. 9), Konvencija UN protiv transnacionalnog organizovanog kriminaliteta (čl. 19), Konvencija UN protiv korupcije (čl. 49), kao i bilateralni sporazumi između država.

Zajednički istražni timovi se prema Praktičnom vodiču osnivaju u dve konkretne situacije:

1. u slučaju zahtevne prekogranične istrage, kao i
2. u slučaju povezanih istraga koje zahtevaju koordinaciju.

Osim zakonskih uslova koji moraju biti ispunjeni kada je u pitanju formiranje zajedničkih istražnih timova, u praksi se u obzir uzimaju i sledeće okolnosti, kao što su: složenost kriminalne strukture, odnosno aktivnosti koje se istražuju; broj i složenost istražnih mera koje je potrebno preduzeti u državama koje su uključene u timove i stepen povezanosti istrage među uključenim državama.

Iako je za formiranje zajedničkih istražnih timova potrebno vreme, fleksibilnost jednom formiranog tima značajno doprinosi brzini istrage, čime se opovrgava tvrdnja da vreme potrebno za formiranje timova predstavlja izgubljeno vreme u istrazi. Osim toga na osnovu dosadašnjih iskustava država koje su formirale ovakve timove, nema podataka da rad i formiranje timova zahtevaju finansijske, ljudske

28 Praktični vodič o zajedničkim istražnim timovima 6128/1/17, Rev.1, 14.02.2017, SL.C.18.

29 Potrebno je naglasiti da se Evropski nalog za sprovođenje istrage ne može upotrebiti ni na jedan način kao osnov ili zahtev za osnivanje zajedničkih istražnih timova. Videti: Direktiva 2014/41/EU Evropskog parlamenta i Saveta od 3. aprila 2014, o evropskom istražnom nalogu u krivičnim stvarima, SL L 130/1.

30 Council Decision of 6 June 2003 concerning the signature of the Agreements between the European Union and the United States of America on extradition and mutual legal assistance in criminal matters, SL L 181, 19.07.2003. godine

31 Zakon o potvrđivanju Konvencije o policijskoj saradnji u jugoistočnoj Evropi, *Službeni glasnik RS* – Međunarodni ugovori broj 70/2007.

i druge logističke resurse veće od onih koji su inače potrebni u drugim oblicima saradnje u prekograničnim slučajevima. Zajednički istražni timovi se formiraju za potrebe kompleksnih prekograničnih istraga, što samim tim dovodi do zahteva za dodatnu raspodelu novca i sredstava na nacionalnom nivou. Eventualni dodatni troškovi u vezi sa održavanjem operativnih sastanaka i učestvovanjem raspoređenih članova zajedničkih istražnih timova u smislu troškova putovanja i smeštaja, po pravilu, snosi Evropska pravda ili Europol. Fleksibilan okvir u kome zajednički istražni timovi deluju omogućava saradnju u stvarnom vremenu među nadležnim organima i olakšava sprovođenje hitnih mera i radnji. Ukoliko je potrebno preduzeti neku hitnu radnju u fazi pregovora o formiranju zajedničkih istražnih timova, to je uvek moguće učiniti pomoću drugih oblika saradnje, kao što su uzajamna pravna pomoć ili policijska razmena informacija.

Praktični vodič je izuzetno koristan jer pruža korisne informacije u vezi sa eventualnim spornim pitanjima koja mogu da se jave prilikom formiranja i rada zajedničkih istražnih timova. Iako su države, po pravilu, ravnopravne u okviru zajedničkih istražnih timova, u praksi se mogu dogovoriti da, na primer, ona država koja ima najpotpuniji uvid u aktivnosti organizovane kriminalne grupe bude glavni inicijator ili organizator saradnje među nadležnim organima različitih država, čime se obezbeđuje adekvatna koordinacija unutar tima, a u skladu sa ovlašćenjima nacionalnih organa.

U radu zajedničkih istražnih timova nije neophodno učestvovanje predstavnika Evropske pravde ili Europol-a. Same države u svakom konkretnom slučaju procenjuju da li će iskoristiti pomoć koju bi ova tela mogla da im pruže ili ne. Jedan od značajnih vidova pomoći je finansiranje sredstvima Evropske pravde. Ukoliko Evropska pravda finansira rad zajedničkog istražnog tima, nacionalni članovi Evropske pravde učestvuju u aktivnostima tima. Osim Evropske pravde i Europol-a u radu Zajedničkih istražnih timova može da učestvuje i OLAF. Na koji način navedene organizacije mogu učestvovati u radu zajedničkih istražnih timova nekada je predviđeno nacionalnim zakonodavstvom. Tako na primer, što se tiče uloge Europol-a u radu zajedničkih istražnih timova ne postoji nikakva pravna prepreka da Europol bude uključen u rad ovih timova. Samo je potrebno postojanje ugovora o saradnji između Europol-a i neke od država članica. Međutim, interesantna su rešenja u pojedinim državama u vezi sa tim. Iako je bila jedan od inicijatora za donošenje Okvirne odluke o formiranju zajedničkih istražnih timova, Belgija je odugovlačila implementaciju i donošenje propisa o zajedničkim istražnim timovima sve do početka 2005. godine. U svojim propisima Belgija je predvidela da službenici Europol-a mogu da imaju status pasivnih eksperata u ovim zajedničkim istražnim timovima, ali nemaju nikakva druga ovlašćenja.³² Holandija je Okvirnu odluku o formiranju zajedničkih istražnih timova implementirala u nacionalno zakonodavstvo zajedno sa Konvencijom o međusobnom pružanju pravne pomoći u krivičnim stvarima, a formiranje zajedničkih istražnih timova je regulisano Zakonom o krivičnom postupku. Što se tiče uloge Europol-a u zakonodavstvu se ističe njegova

uloga u smislu pružanja pomoći, ali je iz zakonskih odredaba nejasno da li službenici Europol-a mogu da učestvuju u radu zajedničkih istražnih timova.³³ Ujedinjeno Kraljevstvo, s obzirom da je zemlja anglosaksonskog pravnog sistema, na specifičan način je implementirala Okvirnu odluku o formiranju zajedničkih istražnih timova. Samo pojedine odredbe ove Okvirne odluke su uvedene u zakonodavstvo.³⁴ Ujedinjeno Kraljevstvo je napravilo jasnu razliku između pružanja pomoći i podrške sa jedne strane, i učestvovanja u radu zajedničkih istražnih timova sa druge strane. U tom smislu nije predviđena mogućnost da službenici Europol-a učestvuju u radu zajedničkih istražnih timova, iako Europol ima značajnu, prvenstveno savetodavnu ulogu u odnosu na opasnosti od organizovanog kriminaliteta i mogu značajan doprinos da daju u smislu razmene operativnih informacija.³⁵

Instrumentima Evropske unije se ne zahteva izričito da se unutar svih država uključenih u rad zajedničkih istražnih timova vode istrage. Pokretanje istrage u nekim državama članicama nije preduslov za uspostavljanje timova i u vezi sa navedenim moguće su dve situacije. U jednoj se istrage vode paralelno i to su tzv. *povezane istrage* koje zahtevaju koordinaciju, a u drugoj je istraga u samo jednoj od država koje su uključene u zajednički istražni tim dovoljna, i to su tzv. *prekogranične istrage*.

U pogledu imenovanja vođe, odnosno vođa tima, u praksi se u najvećem broju slučajeva imenuje najmanje jedan vođa tima za svaku od država u kojoj tim deluje, ali je moguće imenovati i više od jednog vođe.

U radu zajedničkih istražnih timova mogu da učestvuju i lica koja nisu zaposlena u organima izvršne ili pravosudne vlasti, ukoliko oni mogu dati svoj doprinos za ishod slučaja, kao što su npr. forenzički stručnjaci ili nevladine organizacije za pomoć žrtvama.

U pogledu pristupanja informacijama i dokazima i njihovoj upotrebi relevantni su instrumenti Evropske unije i međunarodni instrumenti koji se odnose na zajedničke istražne timove. Međutim, kada je u pitanju razmena takvih informacija, odnosno dokaza potrebno je istaći da članovi tima moraju poštovati domaće zakonodavstvo i uobičajenu praksu. Prema iskustvu, stručnjaci iz prakse daju prednost neformalnim kanalima za komunikaciju, a u pogledu zaštite podataka i bezbednosti preporučuje se upotreba sistema SIENA³⁶ ili namenske opreme i sigurne elektronske pošte Evropske pravde koji su dostupni u okviru programa za finansiranje zajedničkih istražnih timova. Prilikom razmene informacija i dokaza posebno se

33 A. De Moor: *ibid.*, pp. 32–33.

34 Videti: Home Office Circular 26/2004, <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20130326135245/http://www.homeoffice.gov.uk/about-us/corporate-publications-strategy/home-office-circulars/circulars-2004/?showall=true>

35 A. De Moor: *op. cit.*, p. 33.

36 SIENA (Secure Information Exchange Network Application) je mrežna aplikacija za sigurnu razmenu informacija koja omogućava brzu, sigurnu i jednostavnu komunikaciju i razmenu operativnih i strateških informacija i obaveštajnih podataka u vezi sa kriminalitetom, <https://www.europol.europa.eu/activities-services/services-support/information-exchange/secure-information-exchange-network-application-siena>

mora voditi računa o zaštiti ličnih podataka.³⁷ Informacije i dokazi prikupljeni radom zajedničkih istražnih timova razmenjuju se ili putem zamolnica, ili spontanom razmenom postojećih dokaza (na osnovu člana 7 Konvencije EU o uzajmnoj pravnoj pomoći iz 2000.) ili na osnovu sporazuma o formiranju zajedničkih istražnih timova koji se zaključuje između država koje učestvuju u radu timova. S obzirom na to da se dokazi u istrazi izvode u skladu sa pravom države u kojoj zajednički istražni tim deluje, postavlja se kao pitanje da li su ti dokazi prihvatljivi pred nacionalnim sudovima onih drugih država koje su uključene u rad zajedničkog istražnog tima. Ovo je regulisano nacionalnim zakonodavstvom. Međutim, u praksi se retko osporava prihvatljivost ovih dokaza. Fleksibilnost timova omogućava da već prilikom prikupljanja dokaza mogu da se predvide eventualni problemi u vezi sa njihovom prihvatljivošću i blagovremeno mogu da se pronađu odgovarajuća rešenja. O tome najčešće vodi računa vođa tima, samostalno ili u saradnji sa stručnjacima iz tima ili Evropske pravde.

Nesumnjiva prednost zajedničkih istražnih timova ogleda se u mogućnosti neposredne razmene informacija među članovima tima. Međutim, nacionalna zakonodavstva se mogu razlikovati u pogledu:

1. mere u kojoj primljene informacije mogu ili moraju biti obuhvaćene u postupku i služiti kao dokaz na sudu; i
2. mere u kojoj se sa informacijama može ili mora upoznati suprotna stranka postupka i u kojoj fazi.

Jedno od mogućih problematičnih pitanja je pitanje obaveze otkrivanja dokaza. Ova obaveza je na strani tužioca i podrazumeva otkrivanje informacija okrivljenom se odnose na krivični slučaj i to pre suđenja. Problem može nastati u onoj situaciji kao što je to npr. bilo između Ujedinjenog Kraljevstva i Holandije, s obzirom na to da je u Ujedinjenom Kraljevstvu predviđena mogućnost da sudija eliminiše zahtev za otkrivanje dokaza ukoliko smatra da bi to bilo protivno javnom interesu. Sa druge strane Holandija takvu mogućnost izuzetka ne predviđa. U takvim situacijama obično se kao posrednik javlja neka međunarodna organizacija kao što je npr. Euro-pol koji se javlja u ulozi posrednika za osetljive informacije. S obzirom na to da se između država u radu zajedničkog istražnog tima razmenjuju različite poverljive informacije, veoma je važno da saradnja ovih država bude zasnovana na uzajamnom poverenju i poznavanju propisa države u kojoj tim deluje.³⁸

Saradnja koja se ostvaruje unutar zajedničkog istražnog tima često se kombinuje sa upotrebom instrumenata uzajamne pravne pomoći sa državama „van tima“. Upotreba instrumenata sa različitim svrhom ili područjem primene (posebno pre-

37 Videti: Directive (EU) 2016/680 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data by competent authorities for the purposes of the prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, and on the free movement of such data, and repealing Council Framework Decision 2008/977/JHA, *Official Journal of the European Union* L 119/89.

38 E. Bakker, J. Powderly: *op. cit.*, p. 4.

daja lica kao npr. u slučaju evropskog naloga za hapšenje) je komplementarna saradnja koja se ostvaruje u okviru tima.

4. ZAJEDNIČKE (PARALELNE) ISTRAGE, ZAJEDNIČKI ISTRAŽNI TIMOVI I ZAJEDNIČKA ISTRAŽNA TELA

Kada se govori o zajedničkim istražnim timovima, potrebno je prvo ukazati na razliku u odnosu na zajedničke (paralelne) istrage i zajednička istražna tela.³⁹ Zajedničke (paralelne) istrage su istrage koje se istovremeno vode u dve države, a koje imaju zajednički cilj. One se sprovode uz pomoć oficira za vezu ili preko ličnih kontakata. Dokazi koji se prikupljaju tokom ovih istraga se međusobno razmenjuju posredstvom klasičnih instrumenata međunarodne pravne pomoći u krivičnim stvarima. Ovaj vid saradnje se najviše primenjuje u zemljama Zapadnog Balkana. Pravni osnov za zajedničke istrage je prvenstveno određen prirodom pravnog sistema svake države. Osnov za zajedničke istrage mogu biti: propisi koji se odnose na međunarodnu pravnu pomoć, krivično procesno zakonodavstvo, specifični propisi koji se odnose na zajedničke istrage, standardne operativne procedure i uobičajena praksa.⁴⁰

Zajednička istražna tela su poseban vid saradnje koji je uveden Konvencijom UN protiv transnacionalnog organizovanog kriminala (član 19) i Konvencijom UN protiv korupcije (član 49). U vreme donošenja ovih konvencija, bilo je istaknuto da one mogu da predstavljaju neposredan pravni osnov za formiranje zajedničkih istražnih timova u onim državama u kojima to nije bilo predviđeno nacionalnim zakonodavstvom.⁴¹ Za razliku od zajedničkih istražnih timova, zajednička istražna tela imaju tendenciju da postanu „stalna“ strukturisana forma koja se zasniva na bilateralnim ugovorima, i to je ono što ih čini različitim od zajedničkih istražnih timova, prema mišljenju ekspertske radne grupe UNODC-a. Dok se zajednički istražni timovi formiraju prema potrebi u konkretnom slučaju i obično se vode u kraćem vremenskom periodu (6–18 meseci), zajednička istražna tela se formiraju za određene vrste krivičnih dela, kao što su na primer, trgovina ljudima, neovlašćena proizvodnja i prodaja narkotika, pranje novca i slično, i traju mnogo duže (na primer 5 i više godina).

Zajednički istražni timovi su logična posledica zahteva koji je prekogranični kriminalitet postavio pred nadležne organe, s obzirom na to da se tradicionalni načini policijske i pravosudne saradnje pokazuju kao nedovoljni kada je u pitanju ovaj pojavni oblik kriminaliteta. Timski rad policije i tužilaca iz dve ili više država, je veoma važan kada je u pitanju vođenje istrage za ova krivična dela, pri čemu je izuzetno važno da se u timu tačno znaju međusobna prava, obaveze i odgovornosti,

39 O ovome videti: *Trafficking in Persons & Smuggling of Migrants: op. cit.*, pp. 40–41.

40 Draft Informal Expert Working Group on Joint Investigations: Conclusions and Recommendations 2 to 4 September 2008, Vienna, CTOC/COP/2008/CRP.5, 8, <http://www.unodc.org/documents/treaties/COP2008/crp5.pdf>

41 Tool 5.10 Joint investigation teams, http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Toolkit-files/08-58296_tool_5-10.pdf

kao i pravni osnov za preduzimanje zadataka i poslova u okviru njihove nadležnosti. Učešće države može biti aktivno ili pasivno, u zavisnosti od uloge koju ima, a to može biti savetodavna uloga, ili uloga pružanja tehničke pomoći u državi „domaćinu“. Aktivno učešće države u zajedničkom istražnom timu podrazumeva da, na primer, javni tužilac iz jedne države radi u timu u drugoj državi.

Imajući u vidu navedene razlike između zajedničkih (paralelnih) istraga, zajedničkih istražnih timova i zajedničkih istražnih tela, može se izvesti zaključak da ove forme sprovođenja istrage proističu jedna iz druge, odnosno da predstavljaju konkretne pojavne oblike u razvoju sprovođenja istrage u krivičnim stvarima sa elementom inostranosti. Pa tako zajedničke (paralelne) istrage predstavljaju prvi korak u zajedničkoj saradnji u sprovođenju istrage, sledeća forma po složenosti su zajednički istražni timovi, iz kojih bi vremenom trebalo da se razvijaju stalna zajednička istražna tela.

5. ULOGA EVROPSKE PRAVDE (EUROJUST), EUROPOLA, OLAF-A I SELEC-A U FORMIRANJU I RADU ZAJEDNIČKIH ISTRAŽNIH TIMOVA

Prilikom donošenja odluke o formiranju zajedničkog istražnog tima Evropska pravda i Europol imaju izuzetno značajnu ulogu tokom operativnih i drugih sastanaka, jer nacionalnim organima omogućavaju da steknu potpuniju sliku slučaja, da rasprave o eventualnom načinu otvaranja paralelnih istraga sa ciljem osnivanja zajedničkih istražnih timova, kao i da se upoznaju sa nacionalnim propisima u vezi sa podnošenjem službenog zahteva za osnivanje zajedničkih istražnih timova. U pojedinim državama, ovo je preduslov formiranja timova.

Europol je formiran Ugovorom Evropske unije o uspostavljanju evropske policijske službe odlukom Saveta Evrope 1995. godine.⁴² Ova Konvencija stupila je na snagu 1998, a kasnije izmene izvršene su kroz Protokol o pranju novca iz 2000,⁴³ Protokol o zajedničkim istražnim timovima iz 2002.⁴⁴ i tzv. Danski protokol koji je donet 2003. godine.⁴⁵ Ovi protokoli su stupili na snagu 2007. godine.

Protokolom koji se odnosi na zajedničke istražne timove predviđeno je da službenici Europol-a mogu da učestvuju u radu timova ukoliko je u pitanju sprovođenje istrage za krivična dela iz nadležnosti Europol-a. Uloga službenika Europol-a se svodi na pružanje pomoći timu u svim aktivnostima i razmeni informacija, ali nemaju ovlašćenja da primenjuju mere prinude. Učešće službenika Europol-a u timu

42 Council Act of 26 July 1995 drawing up the Convention based on Article K.3 of the Treaty on European Union, on the establishment of a European Police Office (Europol Convention), 95/C 316/01.

43 The Protocol drawn up on the basis of Article 43(1) of the Convention on the establishment of a European Police Office (Europol Convention) amending that Convention – (the „Money Laundering Protocol“) (Official Journal C 358, 13/12/2000 P. 0002 – 0007)

44 W. Bruggeman /2007/: *The future of Europol and its limits*, 10th April, p. 2, http://www.europarl.europa.eu/hearings/20070410/libe/bruggeman_en.pdf

45 The Protocol drawn up on the basis of Article 43(1) of the Convention on the Establishment of a European Police Office (Europol Convention), amending that Convention – (the „Danish Protocol“) (Official Journal C 002, 06/01/2004 P. 0003 – 0012)

se uređuje sporazumom koji se zaključuje između direktora Europol-a i predstavnika nadležnih organa država članica koje učestvuju u zajedničkom istražnom timu. Službenici Europol-a koji učestvuju u radu tima su obavezni da prate uputstva vođe tima. Potrebno je istaći da sva saznanja koja prikupe tokom rada mogu da se uvrste u Informacioni sistem Europol-a, ali samo uz prethodnu saglasnost države koja je informaciju dostavila i koja je za tačnost informacije odgovorna. Europol ima značajnu proaktivnu ulogu u smislu ponude analitičkih izvora. Tokom rada u zajedničkom istražnom timu na službenike Europol-a se primenjuju odredbe nacionalnog zakonodavstva države u kojoj tim deluje.⁴⁶

Europol je 2004. u cilju pomoći i podrške formiranju zajedničkih istražnih timova realizovao poseban projekat čiji cilj je bio prikupljanje svih nacionalnih propisa relevantnih za formiranje zajedničkih istražnih timova. Cilj ovoga bio je da se napravi pregled različitih pravnih rešenja u svim državama članicama Evropske unije u vezi sa formiranjem zajedničkih istražnih timova. Drugi deo projekta odnosio se na popunjavanje upitnika od strane država članica u vezi sa osnovnim elementima formiranja zajedničkih istražnih timova prema Evropskoj konvenciji o međusobnom pružanju pravne pomoći u krivičnim stvarima (2000). Realizaciji ovog projekta priključila se i Evropska pravda 2005. godine. Rezultat projekta su prikupljena zakonska rešenja iz 29 različitih država Evropske unije. Razumevanje različitih pristupa država članica u formiranju zakonskog okvira nacionalnih zakonodavstava za implementaciju zajedničkih istražnih timova kao instrumenta međunarodne saradnje predstavljalo je posebnu teškoću. Takođe, veliki problem prilikom prikupljanja ovih zakonskih rešenja bilo je postojanje 23 zvanična jezika, pa su nosioci projekta imali zadatak i da obezbede kvalitetan prevod. Rezultat projekta bio je Vodič (uputstvo) koje je predstavljeno na 10. sastanku nacionalnih eksperata zajedničkih istražnih timova koje je održano u okviru Europol-a 10. novembra 2006. godine. Svrha ovog Vodiča je informativne prirode i to je radni dokument koji se redovno ažurira, a objavljen je na zvaničnom sajtu Evropske pravde i Europol-a.⁴⁷

Između Evropske pravde i zajedničkih istražnih timova postoji jasna veza koja se može videti već u samim odlukama o njihovom formiranju.⁴⁸ Zajedničko za Evropsku pravdu i zajedničke istražne timove je to što su zasnovani na instrumentima Evropske unije koji su doneti u okviru „trećeg stuba“ i imaju isti cilj koji se sastoji u boljoj saradnji prilikom vođenja istraga za prekogranične krivične slučajeve. Zbog svega navedenog izuzetno je značajan odnos između ova dva instrumenta.⁴⁹ Osnovni zadatak Evropske pravde je da podrži i pruži pomoć nadležnim organima

46 M. Rošić /2009/: Perspektive Republike Hrvatske u suradnji putem EUROPOL-a, *Policijska sigurnost* br. 4/2009, pp. 413–414.

47 L. Horvatits, B. de Buck /2007/: *The EUROPOL and Eurojust Project on Joint Investigation Teams*, pp. 239–243, <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2Fs12027-007-0016-5.pdf>

48 Council Decision of 28 February 2002, Setting up EUROJUST with a view to reinforcing the Fight against Serious Crime (2002./187/JHA), OJ L 63 of 6.3.2002, p. 1; Council Framework Decision of 13th June 2002. on Joint Investigation Teams (2002./465/JHA), OJ L 162 of 20.6.2002, p. 1, <http://www.kmu.gov.ua/document/227615621/COUNCI~1.DOC>

49 Videti: M. Helmberg: *op. cit.*, pp. 245–251, <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2Fs12027-007-0012-9.pdf>

država članica u unapređenju međusobne saradnje u vezi sa sprovođenjem istrage i krivičnim gonjenjem. Ovaj zadatak Evropska pravda najvećim delom ostvaruje prikupljanjem i razmenom relevantnih informacija, obezbeđivanjem pravne ekspertize u vezi sa nacionalnim krivičnim zakonodavstvom i organizovanjem zajedničkih sastanaka. Takođe, Evropska pravda olakšava sprovođenje zahteva za međunarodnu pravnu pomoć u krivičnim stvarima.

Kao i kada je u pitanju uloga Europol-a, pojedine države su u svom nacionalnom zakonodavstvu odredile ulogu Evropske pravde u formiranju i radu zajedničkih istražnih timova. Tako je na primer u Belgiji predviđeno da članovi Evropske pravde mogu biti prisutni prilikom sprovođenja određenih istražnih radnji u istrazi na osnovu saglasnosti vođe tima. U Irskoj, propisano je da Evropska pravda ima savetodavnu ulogu u zajedničkom istražnom timu, a u Litvaniji je predviđeno da Evropska pravda treba da bude informisana o problemima koji nastaju i mogućim rešenjima tih problema.⁵⁰ Međutim, Evropska pravda može da pruži pomoć zajedničkim istražnim timovima ne samo na osnovu nacionalnog zakonodavstva nego i na osnovu svog zakonskog okvira i u tom smislu ona može da zaključi ugovore sa državama. Evropska pravda može da podrži zajedničke istražne timove u okviru svoje uloge koordinatora tako što:

1. može da pomogne da se identifikuju slučajevi koji su podobni za formiranje zajedničkih istražnih timova kroz svoju mrežu za saradnju;
2. može da postavi pitanje nadležnim organima neke države članice, odnosno da im predloži da razmotri mogućnost formiranja zajedničkog istražnog tima;
3. može da pomogne prilikom pregovora u vezi sa donošenjem sporazuma o formiranju zajedničkih istražnih timova;
4. može da pomogne u radu zajedničkog istražnog tima u onom delu koji se odnosi na prikupljanje informacija;
5. može da obezbedi mogućnosti za sastanke nadležnih organa;
6. može da prati rad zajedničkog istražnog tima;
7. može da pomogne uključivanje drugih država članica koje ne učestvuju u radu zajedničkih istražnih timova;
8. ima ključnu ulogu u pružanju podrške, zajedno sa Europol-om, Mreži nacionalnih eksperata zajedničkih istražnih timova koja je formirana 2005. godine.⁵¹

Osim Evropske pravde i Europol-a u formiranju i radu zajedničkih istražnih timova može da učestvuje i OLAF (Evropski ured za borbu protiv prevara)⁵². OLAF štiti finansijske interese Evropske unije, na taj način što istražuje prevare, korupciju i druge oblike nezakonitih aktivnosti. Službenici OLAF-a pružanjem pomoći mogu da učestvuju u zajedničkim istražnim timovima koji vode istrage za krivična dela iz nadležnosti OLAF-a, i u granicama koje su određene propisima o OLAF-u mogu da

50 M. Helmberg /2007/: *ibid.*, p. 249.

51 M. Helmberg /2007/: *ibid.*, pp. 249–250.

52 https://ec.europa.eu/anti-fraud//home_en

pomažu u svim aktivnostima i razmenjuju informacije sa svim članovima zajedničkog istražnog tima. Učestvovanje OLAF-a u zajedničkom istražnom timu uređuje se na isti način kao i kod Europol-a, sporazumom koji potpisuju direktor OLAF-a i nadležni organi država članica koje učestvuju u radu tima, a ovaj sporazum je prilog sporazuma o zajedničkom istražnom timu.

SECI centar⁵³ je regionalna operativna organizacija u Jugoistočnoj Evropi koja je formirana 1999. godine sa ciljem da unapredi i intenzivira saradnju policijskih i carinskih vlasti država članica u borbi protiv prekograničnog kriminala. Članovi centra su Albanija, BiH, Bugarska, Hrvatska, Grčka, Mađarska, Makedonija, Moldavija, Crna Gora, Rumunija, Srbija, Slovenija i Turska. Svaka od ovih država ima svog oficira za vezu u Centru. Centar radi u direktnoj saradnji i koordinaciji zajedničkih istraga i olakšava razmenu informacija. SECI centar ima izuzetno značajnu ulogu u koordinaciji prilikom razmene informacija i organizovanja operativnih sastanaka u slučajevima zajedničkih (paralelnih) istraga koje se veoma često vode u državama regiona. 2011. godine SECI centar je prerastao u SELEC centar. U vezi sa ulogom ovog centra u odnosu na zajedničke istražne timove, značajna je uloga centra u smislu da (član 3 SELEC Konvencije⁵⁴):

1. centar treba da podrži istrage i preventivne aktivnosti država članica u borbi protiv kriminaliteta;
2. olakša razmenu informacija i obaveštajnih podataka, kao i zahteva za operativnu pomoć;
3. identifikuje i informiše nacionalne tačke za vezu država članica o vezama između osumnjičenih lica, kao i krivičnih dela;
4. prikuplja, analizira, obrađuje i razmenjuje informacije i obaveštajne podatke;
5. obezbedi stratejsku analizu podataka, zatim da uspostavi, koristi i održava kompjuterski informacioni sistem, kao i da preduzima druge poslove u skladu sa Konvencijom.

ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Praksa je pokazala da je broj zajedničkih istražnih timova, od donošenja Okvirne odluke o njihovom uspostavljanju izuzetno mali, što nije u skladu sa očekivanjima. I pored svih prednosti zajedničkih istražnih timova nije prevaziđena većina postojećih prepreka u prekograničnoj policijskoj saradnji u borbi protiv kriminaliteta. Najveći problemi sa kojima se susreću zajednički istražni timovi su rezultat različitih zakonskih rešenja u državama (onih koji se na primer odnose na posebne dokazne radnje ili različita pravila o upoznavanju okrivljenog sa dokazima kojima tužilaštvo raspolaže). Zajednički istražni timovi nailaze na velike pravne, organizacione i kulturne razlike, pri čemu su neke pravne razlike između država tolike da ih je veoma teško prevazići. To je naročito u slučaju kada su različiti organi država koje učestvuju u radu tima nadležni za sprovođenje istrage, kada dolazi do alokacije

53 <http://www.selec.org/>

54 Convention of the Southeast European Law Enforcement Center, [http://www.selec.org/p521/Convention+of+the+Southeast+European+Law+Enforcement+Center+\(SELEC\)](http://www.selec.org/p521/Convention+of+the+Southeast+European+Law+Enforcement+Center+(SELEC))

istražnih uloga i ovlaštenja različitim učesnicima. Pa tako na primer ovlaštenja koja u nekim državama ima istražni sudija, u drugima ima javni tužilac ili policija. Ove razlike mogu da prouzrokuju odsustvo komunikacije i probleme u identifikovanju nadležnih organa i uspostavljanju komunikacije među njima.⁵⁵ Ključne mere poboljšanja nivoa saradnje u okviru timova su međusobno razumevanje članova tima, definisanje njihove odgovornosti i kompatibilnosti; održavanje zajedničkih brifinga i zajedničko planiranje rada.⁵⁶

U prevazilaženju postojećih problema, izuzetno je važna uloga i rad Mreže nacionalnih eksperata zajedničkih istražnih timova koja je formirana 2005. godine sa ciljem da implementira Haški program prema kome svaka država članica Evropske unije treba da odredi nacionalnog eksperta sa ciljem ohrabriranja i podrške formiranju zajedničkih istražnih timova i radi razmene iskustva najbolje prakse.⁵⁷ Od osnivanja, Mreža nacionalnih eksperata zajedničkih istražnih timova se sastaje jednom godišnje, a sekretarijat ove mreže se nalazi u okviru Evropske pravde. Sekretarijat promoviše aktivnosti Mreže i pruža podršku nacionalnim ekspertima u svom radu. Od 2012. godine sekretarijat je podržao razvoj oblika pružanja pomoći stručnjacima iz prakse koji učestvuju u radu zajedničkih istražnih timova, uključujući postignute rezultate, pravna pitanja i teškoće u praksi na koje su naišli. Prva verzija evaulacije zajedničkih istražnih timova je sprovedena 2014. godine.

I pored sporog rasta broja zajedničkih istražnih timova koji se formiraju,⁵⁸ njihov rast svake godine je evidentan. Na taj način se potvrđuje da oni igraju ključnu ulogu u smislu efikasnog sprovođenja istrage u slučajevima krivičnih dela sa prekograničnim elementom i povećavaju uzajamno poverenje između nadležnih organa država koje učestvuju u radu ovih timova. I pored evidentnih prednosti, kao i identifikovanih nedostataka, praksa će pokazati da li će ovaj instrument međunarodne saradnje u krivičnim stvarima opravdati očekivanja.

LITERATURA

- Bakker E., Powderly J. /2011/: Joint Investigation Teams – Added Value, Opportunities and Opstacles in the Struggle against Terrorism, *The International Centre for Counter – Terrorism* No, 1, the Hague.
- Block L. /2011a/: Joint Investigation Teams, The Panacea for Fighting Organised Crime? *Paper for the ECPR Annual Conference*, Reykiavik, Iceland, august 2011.

55 L. Block /2011a/: *op. cit.*, pp. 13–14.

56 Videti: Evaluation of the Joint Investigation Teams (JIT)/ Joint Investigation Response (JIR) Strategy /2002/: Jointly commissioned by NSW Department of Community Services, NSW Police Service, NSW Health, June 2002, p. 26. http://www.community.nsw.gov.au/__data/assets/pdf_file/0010/335539/jirt_evaluation.pdf

57 Videti: Council Document 11037/05.

58 Tako je na primer u periodu od 2004. do 2009. u okviru Evropske unije bilo formirano ukupno 39 zajedničkih istražnih timova, a države koje su učestvovala u nekim od ovih timova su: Francuska, Španija, Holandija, Ujedinjeno Kraljevstvo, Litvanija, Belgija, Nemačka, Slovačka, Rumunija, Portugalija, Finska, Švedska, Estonija i Bugarska. Krivična dela koja su bila predmet istraga zajedničkih istražnih timova su: terorizam, trgovina narkoticima, ubistvo, falsifikovanje bankarskih kartica, organizovani kriminal, krađa motornih vozila, trgovina ljudima, krađa automobila, pljačke bankomata. L. Block /2011b/: *op. cit.*, p. 22.

- Block L. /2011b/: EU joint investigation teams: Political ambitions and Polices Practices –in: *Cross-border Law Enforcement Regional Law Enforcement Cooperation – European, Australian and Asia-Pacific Perspectives* (S. Hufnagel, S. Bronit, C. Harfield, eds.), Routledge, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1662649.
- Bruggeman W. /2007/: *The future of Europol and its limits*, 10th April, http://www.europarl.europa.eu/hearings/20070410/libe/bruggeman_en.pdf.
- Convention of the Southeast European Law Enforcement Center, [http://www.selec.org/p521/Convention+of+the+Southeast+European+Law+Enforcement+Center+\(SELEC\)](http://www.selec.org/p521/Convention+of+the+Southeast+European+Law+Enforcement+Center+(SELEC)).
- Council Act of 26 July 1995, 95/C 316/01.
- Council Decision of 28 February 2002.
- Council Framework Decision of 13 June 2002 on joint investigation teams, 2002/465/JHA, <http://www.kmu.gov.ua/document/227615621/COUNCI~1.DOC>.
- Council Decision of 6 June 2003, SL L 181, 19.07.2003. godine.
- De Moor A. /2005/: *Joint Investigation Teams: Belgium, the Netherlands, the United Kingdom – Can (or should) Europol Participate?*, Dissertation deposited to obtain the degree of master of European Criminology and Criminal Justice Systems, Gent University, Faculty of Law, Academic year 2005 /06.
- Direktiva 2014/41/EU Evropskog parlamenta i Saveta od 3. aprila 2014, o evropskom istražnom nalogu u krivičnim stvarima, SL L 130/1.
- Draft Informal Expert Working Group on Joint Investigations: Conclusions and Recommendations 2 to 4 September 2008, Vienna, CTOC/COP/2008/CRP.5, 8, <http://www.unodc.org/documents/treaties/COP2008/crp5.pdf>.
- Evaluation of the Joint Investigation Teams (JIT)/ Joint Investigation Response (JIR) Strategy, Jointly commissioned by NSW Department of Community Services, *NSW Police Service, NSW Health*, June 2002, http://www.community.nsw.gov.au/__data/assets/pdf_file/0010/335539/jirt_evaluation.pdf.
- Helmberg M. /2007/: Eurojust and Joint Investigation Teams: How Eurojust can support JITs, 245–251, <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2Fs12027-007-0012-9.pdf>.
- Horvatits L., De Buck B. /2007/: *The EUROPOL and Eurojust Project on Joint Investigation Teams*, <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2Fs12027-007-0016-5.pdf>.
- Home Office Circular 26/2004, <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20130326135245/http://www.homeoffice.gov.uk/about-us/corporate-publications-strategy/home-office-circulars/circulars-2004/?showall=true>.
- Joint Investigation Teams – Proposal for Designation of National Experts, Council Document 11037/05, 8th July 2005, <http://eurojust.europa.eu/doclibrary/JITs/JITs%20framework/Council%20Document%20establishing%20the%20JITs%20Network/JITs-Council-document-11037-05-EN.pdf>.
- Kapplinghouse J.: Joint Investigation Teams: basic ideas, relevant legal instruments and first experiences in Europe, *134th International Training Course visiting experts' papers*, http://www.unafei.or.jp/english/pdf/RS_No73/No73_07VE_Kapplinghaus2.pdf.
- Le V., Bell P., Lauchs M. /2013/: Elements of Best Practice in Policing Transnational Organizer Crime Critical Success Factors for International Cooperation, *International Journal of Management and Administrative Sciences*, No. 3/2013.
- OECD Anti-Corruption Network for Eastern Europe and Central Asia, Expert Seminar: *Effective Means of Investigation and Prosecution of Corruption*, Bucharest, Romania on 20–22 October 2010, <http://www.oecd.org/corruption/acn/47588859.pdf>.
- Official Journal C 024, 23/01/1998 P. 0002 – 0022.

Official Journal of the European Union L 119/89.

Official Journal C 358, 13/12/2000 P. 0002 – 0007.

Official Journal C 002, 06/01/2004 P. 0003 – 0012).

Petrić S. /2009/: Zajednički istražni timovi u Evropskoj uniji, *Policajska sigurnost* br. 4/2009.

Praktični vodič o zajedničkim istražnim timovima 6128/1/17, Rev. 1, 14.02.2017, SL.C.18.

Rezolucija vijeća o tipskom sporazumu o osnivanju zajedničkog istražnog tima (ZIT), 2017/C 18/01, 19.1.2017. *Službeni list Europske unije* C 18/1.

Rošić M. /2009/: Perspektive Republike Hrvatske u suradnji putem EUROPOL-a, *Policajska sigurnost* br. 4/2009.

The Police Cooperation Convention for Southeast Europe, <http://www.pccseesecretariat.si/index.php?page=documentspcc&item=35>.

United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC) /2010/: *Trafficking in Persons & Smuggling of Migrants, Guidelines on International Cooperation*, February 2010, p. 26. <https://www.un.org/ruleoflaw/files/UNODC%20Trafficking%20in%20Persons%20and%20Smuggling%20of%20Migrants%20Guidelines.pdf>.

Zakon o potvrđivanju Konvencije UN protiv transnacionalnog organizovanog kriminala i dopunskih protokola, *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori* broj 6/2001.

Zakon o potvrđivanju Konvencije o policijskoj saradnji u jugoistočnoj Evropi, *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori* broj 70/2007.

Zakon o ratifikaciji Konvencije UN protiv korupcije, *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori* broj 12/2005.

Tatjana Bugarski

Faculty of Law, University of Novi Sad

JOINT INVESTIGATION TEAMS AS AN INSTRUMENT OF CROSS-BORDER CO-OPERATION IN CRIMINAL MATTERS

SUMMARY

Modern life conditions in the era of information technology expansion, global movement of people, goods and services have caused the expansion of various forms of cross-border criminality. The fight against these forms of crime requires permanent improvement of existing instruments of cross-border cooperation in criminal matters, as well as the creation of new ones. One of the most effective cooperation instruments are joint investigation teams. The specifics and the results of this instrument in practice, deserve special attention. In this paperwork the author deals with joint investigation teams and next issues: the occurrence and development of this type of international legal assistance in criminal matters, regulations concerning joint investigation teams, the Practical guide for the formation and functioning of the joint investigation teams (2017) and the difference between joint (parallel) investigations, joint investigation teams and joint investigative bodies. Also, attention has been paid to the role of Eurojust, Europol, OLAF and the SELEC Center in the joint investigation teams.

Keywords: international cooperation, joint investigation teams, Eurojust, Europol, OLAF, SELEC

UDK 342.746(497.11)
343.85:614.47-053.2(497.11)
343.85:615.371-053.2(497.11)

*Branislav Ristivojević**

Pravni fakultet, Univerzitet u Novom Sadu

KADA ZDRAVSTVENA POSTANE KRIMINALNA POLITIKA: OBAVEZNA VAKCINACIJA U ODLUCI USTAVNOG SUDA RS

Apstrakt: U članku se analizira Rešenje *Prvog velikog veća Ustavnog suda* o odbacivanju inicijative za ocenu ustavnosti Zakona o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti iz 2016. godine. Inicijative su Zakonu prebacile obaveznost vakcinisanja lica određenog uzrasta (dece do 14 godina) kao mere zaštite stanovništva od zaraznih bolesti pod pretnjom prekršajne sankcije i zabranu boravka dece u školama i vrtićima čiji roditelji ih ne podvrgnu ovoj obavezi. Ustavnost je osporavana po više osnova od kojih je najvažniji pravo na nepovredivost telesnog integriteta. U radu su analizirani oni uslovi koje zahtevaju osnovi po kojima je inicirana provera ustavnosti. Analizirajući ove uslove članak zaključuje da je **Prvo veliko veće Ustavnog suda** propustilo da utvrdi postojanje nekih od uslova neophodnih da bi se ustanovilo izuzetak od prava na informisani pristanak na medicinsku intervenciju koji bi morali da budu utvrđeni. Bez obzira da li je razlog tome što ih je namerno prevideo ili slučajno, Prvo veliko veće Ustavnog suda je ne uvažavajući telesni integritet kao pravo ljudi u ovom slučaju pretvorio jednu klasičnu meru zdravstvene, imunizaciju, u meru kriminalne politike. Članak je uz zaključku predvideo probleme koji se postavljaju pred Srbiju u slučaju ovakve odluke, od kojih je ukazao da će glavni biti dodatna štetna dejstva na ostvarivanje interesa javnog zdravlja u Srbiji.

Ključne reči: kriminalna politika, zdravstvena politika, prekršaji, obavezna vakcinacija, Ustavni sud

UVOD

Već dve godine u našoj javnosti vodi se neuobičajeno žestoku i žučnu rasprava o opravdanosti sprovođenja jedne mere zdravstvene politike koja do tada skoro da nije izazivala sporove i niti je bila dovođenja u pitanje – obavezne imunizacije. Spor se pojavio kada je 2015. godine imunizacija od mere zdravstvene politike postala mera kaznene politike. Naime tada su usvojene izmene i dopune Zakona o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti iz 2004. godine¹(u daljem tekstu ZoZSoZB 2004/15) kojima je obaveza imunizacije vakcinama, koja je postojala i ranije u

* redovni profesor, rbrane@pf.uns.ac.rs

1 Zakon o izmenama i dopunama Zakona o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti, *Službeni glasnik RS*, br. 36/2015.

izvornom tekstu Zakona² iz 2004. godine (u daljem tekstu ZoZSoZB 2004), sada pojačana sledećom rečenicom:

„Za sprovođenje obavezne vakcinacije iz st. 2, 3. i 4. ovog člana, nije potreban pismeni pristanak lica, zakonskog zastupnika deteta, odnosno lica lišenog poslovne sposobnosti.“³

Drugim rečima, roditeljima se, pored drugih lica, oduzima pravo da slobodnom voljom odlučuju o imunizaciji vakcinom sopstvenog deteta. U ZoZSoZB 2004/15 još uvek nije bila predviđena prekršajna odgovornost roditelja koji odbije imunizaciju sopstvenog deteta. Međutim, samo godinu dana kasnije sada aktuelnim ZoZSoZB⁴ (u daljem tekstu ZoZSoZB 2016) nepodvrgavanje obavezi imunizacije pretvoreno u prekršaj.⁵ Na taj način je ova tema, koja je izlila dosta žuči u javnosti, postala mogući predmet zanimanja nauka u oblasti kaznenog prava. Osim ove, predmet osporavanja pred Ustavnim sudom RS, pore ove, bila je još i odredba ZoZSoZB 2016 kojom se boravak u obrazovnim ustanovama uslovljava vakcinacionim statusom.

Predmet je okončan 26. oktobra 2017. godine Rešenjem o odbacivanju inicijative (u daljem tekstu: Rešenje) koje je donelo Prvo veliko veće Ustavnog suda (u daljem tekstu: Veće).⁶ Veće nije našlo osnovanim razloge inicijatora (podneto je više inicijativa u vezi sa istim članom ZoZSoZB 2016) postupka do te mere da je inicijativu odbacio rešenjem. Iako je po formi ovo Rešenje, po sadržini u pitanju je Odluka jer ulazi u polemiku sa svim argumentima inicijatora. Takođe, kao još jedan od argumenata u prilog stava da je ovde u pitanju Odluka a ne Rešenje jeste neobičan obim i sadržina odluke. Rešenje o odbacivanju doneto je na 18 strana i uz osporavanje svakog pojedinog argumenta inicijatora, što je u sadržinskom odnosno materijalnom smislu čini Odlukom. Po svemu sudeći Veće se iz nekog razloga nije usudilo da javno raspravlja o obaveznoj vakcinaciji pa je odlučilo da takvu raspravu spreči tako što će odbaciti inicijativu. Pretpostavljamo da je u Ustavnom sudu bilo i ispravnih stavova prema kojima ova tema zahteva potpunu i nepodeljenu pažnju, stručno znanje i energiju ovog pravosudnog tela, koji nažalost nisu dobili priliku da se čuju na sednici celog Suda.⁷ Da su ti stavovi ispravni govori činjenica da je Rešenje koje je donelo Veće moralo da polemíše sa svakim argumentom inicijatora posebno. Ako su stavovi inicijatora toliko jaki da zahtevaju osporavanje svakog ponaosob, onda je predmet trebao da bude razmatran na sednici celog Suda (možda je bilo neophodno da se organizuje javna rasprava na koju bi Sud pozvao naučne i javne radnike u skladu sa stavom 3. člana 38. Zakon o Ustavnom sudu?), a ne da se ceo slučaj prikrije Rešenjem. Ovakav strah od od javnog iznošenja činjenica i prikrivanje značaja teme koja se raspravlja u Ustavnom sudu, a koji u ime celog

2 Zakon o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti, *Službeni glasnik RS*, br. 125/2004.

3 Član 25. stav 2. ZoZSoZB 2004/15.

4 Zakona o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti, *Službeni glasnik RS*, br. 15/2016.

5 Član 85. stav 1. tačka 6. ZoZSoZB 2016.

6 IUz-48/2016, 26. oktobar 2017. godine.

7 Pisac ovog teksta tražio je po osnovu Zakona o dostupnosti informacija od javnog značaja spise celog predmeta koji uključuju i raspravu na sednicama Prvog velikog veća Ustavnog suda.

Ustavnog suda demonstrira njegovo Prvo veliko veće, u pravnom poretku se naziva-ju zloupotreba prava i zabranjene su svima, a naročito najvažnijem pravosudnom telu u ovoj zemlji.

Stoga ne treba da čudi da je Rešenje koje je začeto zloupotrebom prava ima manjkavo i nedostatno obrazloženje. Na nekoliko mesta analiza mu je u materijalnom smislu nepotpuna, a mesta koja su prepuštena njegovoj slobodnoj oceni mogu se osporavati nizom argumenata. Tako će tema ovog rada biti slabosti pomenute Rešenje i posledice po politiku prekršajnog gonjenja u RS koje će verovatno izazvati. Takođe, rad će se osvrnuti i na manjkavosti ovakvog pravopolitičkog pristupa zakonodavca u oblasti zdravlja. Stvaranjem ovog hibrida medicinskog odnosno zdravstvenog i kaznenog prava (da li je ovo začetak jednog zdravstvenog kaznenog prava?) otvara se prostor da se postavi pitanje da li je mudro da država upliva u još jednu oblast privatnog života ili nedodirljivosti telesnog integriteta, koja je manje ili više bila prepuštena društvenom samouređenju, i uredi je kaznenim odnosno represivnim merama. Na kraju će se dati ocena da je svrstavanje Prvog velikog veća uz izvršnu vlast i zakonodavnu vlast u ovoj stvari pogrešno i da će imati upravo obrnuto dejstvo od onog koje je očekivala grana vlasti koja je ovaj problem i stvorile. Zdravstvena zaštita je delotvorna isključivo i samo uz poverenje pacijenata u lekare i zdravstveni sistem. Nijedna savest se nije oslobodila na silu, kaže Hegel.⁸ Tako se niti jedan pacijent neće izlečiti prinudom. Uređenje odnosa lekara i pacijenta prinudom i represivnim merama samo će povećati meru rezerve građana u zdravstvo i dodatno oboriti njihovo poverenje u svrhu, cilj, smisao i delotvornost vakcinacije.

ŠTA SU OSPORAVALE INICIJATIVE?

Sve inicijative su osporavale Ustavnost stavova 2., 3., i 4. člana 32. i tačku 6. stava 1. člana 85. ZoZSoZB 2016. Za ovaj rad najvažniji je stav 2. člana 32. koji propisuje obaveznost vakcinacije:

„Obavezna imunizacija je imunizacija lica određenog uzrasta, kao i drugih lica određenih zakonom, koju lice koje treba da se imunizuje, kao ni roditelj, odnosno staratelj ne može da odbije, osim u slučaju postojanja medicinske privremene ili trajne kontraindikacije koju utvrđuje doktor medicine odgovarajuće specijalnosti ili stručni tim za kontraindikacije.“

Ovaj imperativ bio bi bez dejstva kada ne bi imao i svoj represivni sadržaj u članu 85. koji propisuje prekršaj i kaznu za njega:

„Novčanom kaznom u iznosu od 30.000 do 150.000 dinara kazniće se za prekršaj fizičko lice ako... ..odbije obaveznu imunizaciju lica određenog uzrasta...“.

Iako su osnovi kojima su osporavane odredbe članova 32. i 85. bili mnogobrojni i raznovrsni, ipak će u radu naglasak biti stavljen na ključno pitanje oko kojeg je i Ustavni sud potrošio najviše energije u obrazloženju: da li čovek ima pravo da odbije

8 G. V. F. Hegel /2016/: *Filozofija istorije*, Beograd, p. 151.

zdravstvenu intervenciju odnosno medicinski zahvat? Jezičko tumačenje člana 32. je nesporno: lice koje treba da se imunizuje, ili roditelj takvog lica, ne može da odbije taj postupak. U pitanju je jedno od klasičnih i možda najvažnijih pitanja medicinskog prava: tzv. informisani pristanak.⁹ U pitanju je punomoć pacijenta za delovanje lekara.

INFORMISANI PRISTANAK

Institut je u pravo ušao nakon Drugog svetskog rata zahvaljujući monstruoznim medicinskim ili biološkim istraživanjima koje je Treći rajh prinudno sprovodio na ratnim zarobljenicima ili logorašima. U aktu koji je donet 1947. godine, a koji se zove *Nirnbërški kodeks*¹⁰ su po prvi put utvrđene pretpostavke etički odgovornog istraživanja na ljudima. Međunarodna naučna komisija koja ga je izradila je tim aktom jasno zaključili da su istraživanja nad licima koje nemaju samostalnu izraženu volju subjekata direktno protivne ljudskom dostojanstvu. Takođe, kao nemoralan su odredili stav da je eksperiment na čoveku u interesu društva. Ovako nešto je moguće samo uz njegov izričit pristanak. Tom dobrovoljnom pristanku mora da prethodi objektivno i stručno obaveštavanje odnosno informisanje.¹¹ Pristanak na učešće u eksperimentu ne može se smatrati legalnim ako je iznuđeno silom vlasti, pritiskom ili prevarom.

U kliničkoj medicini sve donedavno informisani pristanak bio rezervisan samo za najkontroverznije zahvate i zahvate koji su smatrani etički egzotičnima. Danas se na osnovu liberalne političke filozofije i njima odgovarajućih shvatanja donošenje svih odluka o vlastitom zdravlju, a ne samo onih koja se odnose na medicinske eksperimente, priznaje kao bolesnikovo ljudsko pravo.¹² Drugim rečima ovim institutom se osnažuje sloboda volje i pravo na samoodređenje pojedinca, i u sebi, po prirodi stvari, uključuje i svoje sopstveno naličje, pravo da se odbije medicinska intervencija. Pravo na pristanak u sebi uključuje i pravo na odbijanje.

U srpskom pravnom poretku izričito je prisutan u Ustavu RS¹³ u svom izvornom obliku u odredbama stava 2. člana 25. (Nepovredivost fizičkog i psihičkog integriteta).¹⁴ Podnosioci inicijative tvrde da je prećutno prisutan i u članu 68.

9 „...ono je jedno od najznačajnijih tekovina bioetike... ..ugaoni bioetički kamen koji deli staru od nove medicinske etike.“: Ivan Šegota, *Informed consent, Bioetički svesci*, 20/1999, navedeno prema: I. Sorta-Bilajac /2010/: *Informirani pristanak u UNESCO-vim bioetičkim dokumentima, JADR*, 1/2010, p. 84.

10 *The Nuremberg Code*, <https://archive.hhs.gov/ohrp/references/nurcode.htm>, posećeno: 13.11.2027. godine.

11 „Odluku da pristaje na određenu meru pacijent treba da donese poznajući stanje stvari. Pristanak nije puka formalnost, nije volja bez stvarne sadržine, niti paušalna volja. Materijalnu sadržinu pristanka čini dato obaveštenje. Značaj i snaga pristanka pacijenta zavise od informacije koju mu je prethodno dao lekar. Zbog toga se pristanak na medicinsku meru lečenja naziva informisanim pristankom pacijenta.“: M. Ž. Sjeničić /2009/: *Pristanak pacijenta na meru lečenja – u: Zbornik Matice srpske za društvene nauke* (R. Bukvić, ed.), no. 129, p. 58.

12 K. Turković /2008/: *Pravo na odbijanje medicinskog tretmana u RH, Medicina*, no 2, p. 160.

13 *Ustav RS, Službeni glasnik RS*, br. 98/2006.

14 „Niko ne može biti izložen mučenju, nečovečnom ili ponižavajućem postupanju ili kažnjavanju, niti podvrgnut medicinskim ili naučnim ogledima bez svog slobodno datog pristanka.“: Član 25. stav 2, *Ustav RS*.

(Zdravstvena zaštita) Ustava. Izričito i detaljno je predviđen u Zakonu o pravima pacijenata¹⁵ (u daljem tekstu: ZPP) i to članovima od 15. do 19., a pravo na informisanje članom 11. ZPP. Na međunarodnopravnoj ravni uređen je tzv. Ovijedo konvencijom Saveta Evrope¹⁶ (u daljem tekstu: Ovijedo konvencija) čiji je potpisnik i RS, a na čije kršenje su se pozivali podnosioci inicijative za ocenu ustavnosti.¹⁷

Kao što je već rečeno, središte Rešenja, pa samim tim i argumentovanja, je bilo upravo ovo pitanje: da li obavezna vakcinacija narušava pravo na informisani pristanak. Budući da je malo koje pravo apsolutno na način da ne poznaje izuzetke (i pravo na život koje je prema Ustavu RS neprikosnoveno ima izuzetke¹⁸) u svom odlučivanju Veće polazi od izuzetaka instituta informisanog pristanka. Treba reći da ovaj misaoni tok Rešenja nije slučajan. Pravo na informisani pristanak je jasno da mu tumača ne treba. Nema medicinskog zahvata bez informisanog pristanka, i u tome su inicijatori osporavanja ZoZSoZB 2016 u pravu. Međutim kako je to pronicljivo još pre 100 godina primetio Šmit, suveren je onaj ko odlučuje o izuzecima,¹⁹ a ne pravilima. Tako se Veće da bi zagospodarilo u ovoj stvari bavio izuzecima od pravila o informisanom pristanku.

IZUZECI OD INSTITUTA INFORMISANOG PRISTANKA U ODLUCI SUDA

Pošto se niti jedno pravo ne može koristiti bez ravnoteže sa tim istim pravom svih drugih ljudi, i pravo na zaštitu zdravlja, na koje se pozivaju inicijatori postupka, mora biti na isti način uravnoteženo, kaže Veće. Da bi se ostvarilo pravo na zdravlje jednih, mora doći do ograničenja prava na zdravlje drugih zadiranjem u njihov telesni integritet, a skoro svaka medicinska intervencija je takva po prirodi. To uravnotežavanje se vrši, prema rezonovanju Veća, uvođenjem izuzetka od pravila na informisani pristanak na medicinsku intervenciju, a koje je predvidela Ovijedo konvencija i koje je postalo deo unutrašnjeg pravnog poretka RS.²⁰ Taj izuzetak je predviđen u stavu 1. člana 26. Ovijedo konvencije. Uslovi da bi on postojao su sledeći: izuzetak mora biti usvojen zakonom, mora biti neophodan u demokratskom društvu i mora biti ustanovljen u svrhu zaštite interesa javne bezbednosti, sprečavanje zločina, radi zaštite javnog zdravlja ili radi zaštite prava i sloboda drugih.²¹ Veće se u svom rezonovanju uopšte nije osvrnulo na akt pod nazivom Explanatory report²²

15 Zakon o pravima pacijenata, *Službeni glasnik RS*, br. 45/2013.

16 Konvencija o zaštiti ljudskih prava i dostojanstva ljudskog bića u pogledu priemene biologije i medicine: Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini, *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 12/2010.

17 „Zahvat koji se odnosi na zdravlje može se izvršiti samo nakon što je lice na koje se zahvat odnosi o njemu informisano i dalo slobodan pristanak na njega.“: Član 5. *Ovijedo konvencija*.

18 Nužna odbrana ili krajnja nužda npr. Više o tome kod: Z. Stojanović /1998/: Prirodno pravo na život i krivično pravo, *Jugoslovenska revija za krivično pravo i kriminologiju*, br. 1, p. 17.

19 „Souverän ist, wer über den Ausnahmestand entscheidet.“: C. Schmitt /1934/: *Politische Theologie: Vier capitel zur Lehre von der Souveranität*, Berlin, p. 13.

20 *Rešenje*, pp. 13–14.

21 Član 26. stav. 1, *Ovijedo konvencija*.

22 *Explanatory report*, ETS 164, Human Rights and Biomedicine (Convention), para. 148–160.

(u daljem tekstu: Izveštaj) koji kao zvaničan akt prati Ovijedo konvenciju, a koji u paragrafima 148 do 160 daje objašnjenje i autentično tumačenje pojmova odnosno instituta datih u njoj. Veće se zadovoljava samo tekstom Konvencije i nalazi da su ovi uslovi ispunjeni, a prema uslovima koje za postavljanje izuzetka traži Izveštaj u oslonu na praksu ESLJP²³ koja se već izgradila o ovom problemu odnosi se kao da ne postoje i kao da ne obavezuju.²⁴ Stoga će rad dalje imati dve sistemske jedinice. Jedna koja će se baviti osnovanošću rezonovanja koje Veće jeste dalo i onim koje je propustio da da a morao je.

USLOVI ZA POSTOJANJE IZUZETKA KOJE JE SUD RAZMATRAO

Za prva dva uslova koja traži Konvencija Veće kaže sledeće:

„iz odredaba Zakona o javnom zdravlju i Zakona o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti nesporno da je imunizacija preventivna mera zaštite koja se sprovodi u oblasti javnog zdravlja, radi zaštite celokupnog stanovništva od zaraznih bolesti i njihovog suzbijanja i sprečavanja u opštem interesu...“²⁵

Nema sumnje da je ograničenje propisano zakonom. Međutim ako se pogledaju odredbe imunizacije u dva akta na koja se poziva Veće vidi se da je pod znakom pitanja da li je to urađeno u svrhu zaštite javnog zdravlja. Tako u Zakonu o javnom zdravlju u tački 14. stava 1. člana 2 stoji:

„imunizacija je veštačko izazivanje aktivnog imuniteta kod osetljivog domaćina, unošenjem specifičnog antigena patogenog organizma obično parenteralnom inekcijom, ponekad oralno ili nazalno;“²⁶

U ZoZSoZB 2016 u tački 21. stava 1. člana 2. stoji:

„imunizacija je preventivna mera zaštite osoba od zaraznih bolesti davanjem vakcina i/ili imunoglobulina humanog porekla, imunobioloških preparata koji sadrže specifična antitela i monoklonskih antitela;“

Iz obe odredbe imunizacije vidi se da se ona sprovodi u svrhu zaštite ličnog, a ne javnog zdravlja. Prva govori o *osetljivom domaćinu* kao subjektu imunizacije, a druga o imunizaciji kao *meri zaštite osoba*. Sasvim je jasno da odredbe ne govore o imunizaciji kao meri koja se sprovodi u svrhu interesa zaštite javnog zdravlja na koji se poziva Veće. Upravo suprotno. Naročito je tu jaka odredba upravo specijalnog zakona, posvećenog zaraznim bolestima. Naravno da nije nemoguće izvesti posredan

23 Evropski sud za ljudska prava.

24 Ovdje treba podsetiti na npr. Poslovnik o radu Narodne skupštine RS koji u članu 195. predviđa da se postupak autentičnog tumačenja zakona u potpunosti odgovara zakonodavnom postupku. To znači da autentična tumačenja zakona data u NS RS ima pravnu snagu zakona: Poslovnik o radu Narodne skupštine RS, *Službeni glasnik RS*, br. 20/2012. Odnosno Izveštaja i Ovijedo konvencije je analogan ovome.

25 *Rešenje*, p. 14.

26 Zakon o javnom zdravlju, *Službeni glasnik RS*, br. 16/2006.

zaključak o tome da je imunizacija ipak mera zaštite javnog zdravlja. Npr. moglo bi se tvrditi da će se kroz imunizaciju pojedinca zaštititi stanovništvo jer je i taj pojam stanovništvo sastavljen od pojedinaca, pa kada se pojedinci imunizuju imunizovano je i stanovništvo. Međutim jedan takav zaključak imao bi dalekosežne posledice o kojima, uveren sam, Veće uopšte nije razmišalo. Onda bi apsolutno svaka zdravstvena mera ili intervencija mogla da bude sprovedenja u svrhu zaštite javnog zdravlja. I prepisivanje aspirina kod visoke temperature bi moglo da bude sprovedeno u svrhu zaštite javnog zdravlja kao i nebrojeni drugi manje ili više značajni medicinski zahvati ili intervencije.

Za treći uslov, neophodnost izuzetka u demokratskom društvu, Veće kaže, pozivajući se na podatke Instituta za javno zdravlje Srbije, da vakcinacija:

„prema kalendaru imunizacije beleži u 2015. godini najniži obuhvat u poslednjih deset godina, čime se povećava rizik ponovnih epidemija zaraznih bolesti koje su decenijama unazad bile sprečene imunizacijom, budući da je za sprečavanje pojave epidemije potrebno dostići visok stepen kolektivnog imuniteta, koji podrazumeva da je više od 95% određene populacije vakcinisano protiv tih bolesti.“²⁷

Ovi navodi trpe značajne prigovore. Na prvom mestu nije tačno da imunizacija beleži najniži obuhvat. Prema podacima za 4 vakcine koje se daju deci u okviru programa obavezne imunizacije (podaci su dostupni u godišnjim Izveštajima Instituta za javno zdravlje RS²⁸) ovaj zaključak se teško može izvesti (druga kolona daje podatke za revakcinaciju):

	DTP	OPV	Hepatitis B	MMR
2011.	97,5%; 95%	97,6%; 95%	96,4%	96,5%; 98%
2012.	95,9%; 93,1%	94,6%; 92,2%	92,4%; 82,7%	90,3%; 94,1%
2013.	96,9%; 93,1%	97,4%; 92,9%	93,4%; 74,3%	92,6%; 84,1%
2014.	95%; 90,3%	95,1%; 90,6%	93,9%; 78,8%	85,8%; 89,2%
2015.	95%; 88,7%	94,9%; 83,8%	91,5%; 72,7%	84%; 87,5%
2016.	94,1%; 86,7%	94,2%; 87,3%	90,5%; 63,6%	81%; 91%

Iz ovih podataka se vidi da je imunizacija relativno stabilna kada su u pitanju vakcine protiv difterije, tetanusa i velikog kašlja (DTP) i protiv dečije paralize (OPV), sa malim trendom pada kod revakcinacije (druga kolona). Postoji pad kod Hepatitis B s tim da je on tek nedavno uveden (2006. godine) pa su variranja kod imunizacije razumljiva. Trend pada obuhvata može da se primeti samo kod prve vakcinacije MMR vakcinom (male boginje, zauške, rubeola) odnosno ako i postoji problem o kojem govori Sud on postoji samo kod MMR vakcine. Upravo suprotno, postoji

27 Rešenje, p. 14.

28 Izveštaji se nalaze na internet stranici Instituta i dati su elektronskom obliku za svaku godinu posebno počev od 2011. godine: http://www.batut.org.rs/index.php?category_id=140, posećeno: 29.11.2017. godine.

trend rasta kada je u pitanju revakcinacija. Sve u svemu teško da se ovi pokazatelji mogu nazvati tako dramatičnim da opravdavaju najdrastičniju i najrepresivniju meru imunizacije kao što je obavezna vakcinacija pod pretnjom prekršajne sankcije.

Na drugom mestu vakcinacija nije ni iz bliza jedino sredstvo za „sprečavanje“ zaraznih bolesti, kako to kaže Veće. Štaviše, vrlo je verovatno da nije ni najvažnije. Takođe nije tačno da su bolesti „decenijama unazad bile sprečene imunizacijom“. Letimičan pogled na ZoZSoZB 2016 govori da on poznaje pored posebnih mera za sprečavanje zaraznih bolesti (gde spada imunizacija) ima i čitav niz opštih mera (obezbeđivanje: zdravstveno ispravne pijaće vode, zdravstveno bezbedne hrane, zdravstveno ispravne vode od javnog interesa, sanitarno-tehničkih i higijenskih uslova obavljanja delatnosti od javnog interesa, deratizacija, dezinfekcija, dezinsekcija...). Zatim, i kada se ne preduzumu kao deo mera za zaštitu stanovništva od zaraznih bolesti čitav niz sličnih mera socijalne politike posredno imaju dejstvo na javno zdravlje. Opšte podizanje ravni higijenski i sanitarnih obrazaca po kojima živi stanovništvo učinilo je više od svake vakcine na sprečavanje širenja zaraznih bolesti. To se radi ne samo tako što se tamo gde ima pijaće vode obezbeđuje njena zdravstvena ispravnost, već tako što se vodovod napravi i tamo gde takve vode nema. Izgradnja javne kanalizacione mreže (kao zamene za septičke jame) i prečišćavanje otpadnih voda (kao zamena za njeno ispuštanje u prirodne vodotoke) učinile su više od svake vakcine na polju borbe sa заразним bolestima čak i kada njeni graditelji o tome uopšte nisu razmišljali.

Savremena nauka je izgubila iz vida (ili namerno zanemaruje) jednu vrlo važnu i elementarnu postavku izvorne epidemiologije. Naime, epidemiologija je stvorena početkom XIX veka kao naglo nabujala mešavina medicine, statistike kao prirodne nauke (grane matematike²⁹) i različitih društvenih nauka.³⁰ Izvorna epidemiologija je tako ravnopravno operisala socijalnim koliko i sa prirodnim činiocima rizika nastajanja bolesti. Stoga je svoje mere i mehanizme razvila kao složena ustrojstva koja kako sa društvenog tako i biološkog stanovišta objašnjavaju pojavu i kretanje bolesti, ali i deluju na nju.³¹ Ovakva izgradnja epidemiologije se posledično razvila u različite mere socijalne, zdravstvene, privredne ili razvojne politike države usmerene ka suzbijanju ili sprečavanju bolesti. Polovinom XX dolazi do nagle promene u epidemiologiji. Glavni uzroci smrti više nisu bile zarazne već nezarazne, tzv. neprenosive bolesti. Tako su i postojeći obrasci epidemiologije zastarevali. Ona je morala da središte svoje pažnje usmeri sa društva, kroz koje se prenosila zarazna bolest sa jednog čoveka na drugog, na pojedinca, jer nadmoćne bolesti više nisu prelazne odnosno zarazne. Tako je izgradila nove obrasce poimanja bolesti koji su naglasak stavljali na tzv. čini-

29 Ova grana matematike je nastala kao, kako to njen naziv kaže kao državna (od stato: država) višedisciplinarna nauka koja je imala zadatak da vodi evidencije podataka od značaja za upravljanje državom (ekonomija, društvena ili fizička geografija, prirodni resursi, demografija itd.). Za tvorca ovog pojma se često pogrešno navodi Gotfrid Ašenval, nemački profesor prava i filozofije u Getingenu u drugoj polovini XVIII veka, koji je istina puno učinio na njenom ustrojavanju i popularizaciji: G. Aschenwall, *Deutsche Biographie*, <https://www.deutsche-biographie.de/sfz68124.html#ndbcontent>, posećeno: 15.11.2017. godine.

30 N. Krieger /2000/: *Epidemiology and Social Sciences: Toward a Critical Reengagement in 21st Century*, *Epidemiological Reviews*, no 1, p. 155.

31 N. Krieger: *ibid.*, p. 160.

oce rizika³² koji su bili dovođeni u vezu sa ponašanjem pojedinca, a ne sa klasičnim društvenim ili biološkim čionocioma bolesti. Tako su tzv. društvena i tzv. molekularna epidemiologija ustupile mesto tzv. epidemiologiji rizika, a postupak u kojem do toga došlo je zbog isključivosti i žustrine u načinu iznošenja stavova nazvan epidemiološki ratovi.³³ Epidemiologija rizika, koja je postala nadmoćni oblik epidemiologije kako su neprenosive bolesti postale učestalije od prenosivih, je lakše istrpela molekularnu epidemiologiju u svom prisustvu zato što obe stavljaju naglasak u objašnjenju tokova bolesti na individualne činioce iste. Drugi razlog za ovu vezu je taj što je priznavanje društvenih činilaca bolesti oduvek pratilo sa sobom kao posledicu skupe mere socijalne, zdravstvene, radne, privredne i uopšte razvojne politike jednog društva. Jedan uprošćen i sveden narativ rizika pojave bolesti koji je u srži epiemilogije rizika („tvoj način života vodi bolesti“) ili molekularne biologije („tvoji geni stvaraju sklonost ka bolesti“) onemogućava raspravu o širokim društveno-političkim i ekonomskim faktorima rizika oboljevanja. Kao takva savremena epidemiologija je veoma podobna za zloupotrebu od strane onih kojima nije u interesu da se u društvu bilo šta menja. Što jednostavnije objašnjenje bolesti to se manje resursa ulaže u ophođenje s njom i manje ima potrebe sa promenom društvenog ustrojstva u kome živimo a koje, čineći nas nejednakim, ustvari jeste pravi faktor objašnjenja bolesti.³⁴ Ovako izgrađena epidemiologija optužujući pojedinca odnosno individuu za stanje svoje bolesti je duboko prožeta jednim moralnim negativnim stavom prema adresatima svoje poruke. Ona tako stvara nove parije u društvu: pušače, alkoholomane, one koji se upuštaju u nezaštićen polni odnos, vozače koji nisu vezani, motocikliste koji ne nose kacige, fizički neaktivne, gojazne i uopšte rečeno sve druge koji su načinom života sumnjivi.³⁵ U ove sumnjive ličnosti Veće, svrstavajući se u epidemiološkim ratovima na jednu stranu i prihvatajući bezrezervno njene moralizirajuće argumente, ubraja sad jednu novu vrstu pariija u srpskom društvu: nevakcinisane. S tim da su u epidemiologiji rizika oni nisu krivi samo za svoju bolest. Veće sada njihovu krivicu uzdiže na jednu novu ravan: sada su odjednom krivi i za tuđe bolesti. Međutim takva moralna poruka, koja osuđuje jedne ljude za posledice i stanje u životu drugih ljudi, je u stvari daleko od klasične etike. Stvarajući pravilo po kojem nekim ljudima (nevakcinisanim) može da se uskrati mogućnost da odluče šta će da rade sa svojim telom zato što je, kako Veće na više mesta u Odluci ističe, to „u opštem interesu“ i pozivajući se na stav iz Preporuke broj 1317 iz 1997. godine Parlamentarne skupštine Saveta Evrope (koja vakcinaciju proglašava za „najekonomičnija meru za sprečavanje zaraznih bolesti“) stvorena je jedna krajnje utilitaristička bioetika u srpskoj politici javnog zdravlja.³⁶ Ona će po prirodi stvari doći u sukob sa običnom ljudskom etikom, što se da videti u veoma žustroj javnoj raspravi oko obaveze vakcinacije, a

32 M. Wemrell, J. Merlo, S. Mulinari and A. C. Hornborg /2016/: Contemporary Epidemiology: A Review of Critical Discussions Within the Discipline and A Call for Further Dialogue with Social Theory, *Sociological Compass*, no 26, p. 154.

33 C. Poole, K. Rothman /1998/: Our Concious Objections to Epidemiological Wars, *Journal of Epidemiology and Community Health*, no 10, pp. 613–614.

34 P. Alcabes /2006/: The Risky Genes: Epidemiology and The Evolution of Race, *Paterns of Prejudice*, No. 4–5, p. 424.

35 P. Alcabes: *ibid.*, p. 417.

36 „Utilitarizam je osnova politke javnog zdravlja danas.“ P. Alcabes /2009/: *Dread: How Fear and Fantasies Have Fueled Epidemics from the Black Death to Avian Flu*, New York, 2009, p. 93.

filozofija kao nauka je već predvidela. Ona je kao ključni problem ovog sukoba prepoznala opasnost diskriminacije onih koji ne odgovaraju visokim zahtevima koje obrasci te utilitarističke bioetike postavljaju za status ravnopravnog čoveka. Oni uslovljavaju taj položaj određenim sposobnostima i svojstvima.³⁷ U ovom slučaju vakcinacionim statusom. Ko ga nema, po Rešenju Veća, manje je čovek.

USLOVI ZA POSTOJANJE IZUZETKA KOJE SUD NIJE UZEO U OBZIR

Već je rečeno da je Veće pozivanjem na Ovijedo konvenciju propustilo da iskoristi najautoritativniji izvor za njeno tumačenje, Izveštaj (Explanatory report). Paragrafi 148 do 160 Izveštaja daju autentično tumačenje pojmova i odredbi u Konvenciji. Za ovaj rad su najvažniji paragrafi 149 i 159. Paragraf 149 kaže da je ovaj član Ovijedo konvencije „delimičan odjek“ („It echoes partially...“) EKLJP³⁸ koja uređuje izuzetke od prava na privatnost uređenog u stavu 1. istog člana. Paragraf 159 je daleko važniji jer daje uslove pod kojima može da se uspostavi neki izuzetak:

„Razlozi navedeni u stavu 1. člana 26. se ne smeju posmatrati kao opravdanje za uspostavljanje apsolutnog izuzetka pravima ustanovljenih ovom Konvencijom. Da bi bila prihvatljiva, ograničenja moraju biti propisana pravom i nužna u demokratskom društvu za zaštitu zajedničkih interesa u pitanju ili pojedinačnih interesa, a to znači prava i sloboda drugih. Ovi uslovi moraju se tumačiti u svetlu merila ustanovljenih u vezi sa istim pojmovima u praksi ESLJP.³⁹ Konkretno, ograničenja moraju da ispune uslove nužnosti, proporcionalnosti i supsidijarnosti uzevši u obzir socijalne i kulturne uslove države koja je u pitanju...“⁴⁰

Prostim poređenjem uslova koja je Veće upotrebilo da utvrdi da li je izuzetak od prava na informisani pristanak u slučaju obavezne vakcinacije u srpskom pravnom poretku pravno osnovan sa onim koje postavio Izveštaj vidi se da je Veće propustilo da utvrdi nekoliko njih. Veće se držalo samo uslova za utvrđivanje postojanja izuzetaka koja su neposredno pomenuta u konvenciji, kao da ne postoji njihovo autentično tumačenje u vidu Izveštaja (koji se poziva na praksu ESLJP) i kao da ono ne obavezuje. Inače, ti uslovi⁴¹ se budući da je u pitanju odredba o izuzecima od prava na privatnost datog u članu 8. EKLJP moraju tumačiti usko naročito uzevši

37 „...moguće je izvesti jasne razlike između bioetičke koncepcije inspirisane utilitarističkom doktrinom i tradicionalnih etičkih uvjerenja. Prema utilitarističkoj bioetičkoj koncepciji čovjek mora svoj ljudski status tek steći postizanjem određenih sposobnosti i svojstava. U tradicionalnoj filozofskoj etici, naprotiv, čovjek rođenjem stiče status ličnosti na osnovu potencijalnih ljudskih svojstava. Implikacija sukoba oko pojma čovjeka u tome je da bioetika otvara mogućnost da se status ličnosti može osporiti ometenim, starim, psihički bolesnim etc. ljudima. Nije teško zaključiti kakva se dijabolija diskriminacije krije u takvom rigidnom shvatanju statusa ličnosti. Njen kulminacioni oblik je redukcija pojma čovjeka samo na dio čovječanstva“: M. Perović /2009/: Etičke granice bioetike, *ARHE*, no 12, p. 23.

38 Evropska konvencija o ljudskim pravima.

39 Evropski sud za ljudska prava.

40 *Izveštaj*, para. 159.

41 *The Newspapers Limited and Others vs. United Kingdom*, Report of the Commission, 18.5.1977, para. 194–195.

u obzir da je jezik odredbe dat tako da je njeno značenje široko. Takođe, ovaj član nikako ne ostavlja prostor za podrazumevana ograničenja prava na privatnost.⁴²

Tako je Veće utvrdilo, kao je već rečeno, da je obavezna vakcinacija: 1) propisana zakonom; 2) neophodna u demokratskom društvu; 3) utvrđena radi zaštite javnog zdravlja.⁴³ Ono što je Veće propustilo da utvrdi, a što zahteva Izveštaj uz Konvenciju, jeste da li je ograničenje prava na informisani pristanak „proporcionalno“ i „supsidijarno“ „uzevši u obzir socijalne i kulturne uslove države koja je u pitanju“. Ove uslove za ustanovljavanje ograničenja Veće previđa. „Proporcionalno“ znači da su širina i sredstva ograničenja odgovarajuća cilju koji se želi postići, dok „supsidijarno“ znači da nema drugog blažeg sredstva kojim se može postići isti cilj.⁴⁴ I taj uslov mora da bude obrazložen „relevantnim i dovoljnim“ dokazima.⁴⁵ Uslov da ograničenja moraju da budu proporcionalna i susidijarna „socijalnim i kulturnim uslovima države koja je u pitanju“ sam po sebi mora da bude podložan vrlo velikim odstupanjima od države do države i vrlo verovatno ima onoliko značenja koliko ima država koje mogu da dođu u nadležnost ESLJP. Zahvaljujući blaženom neznanju Veća da postoji Izveštaj uz Ovijedo konvenciju ostali smo uskraćeni sa tumačenje ovog pojma (socijalni i kulturni uslovi) za Srbiju. Ovo ne čudi. Ovakvo kretanje je već primećeno u epidemiologiji kao nauci tako da se verovatno našlo u Odluci po inerciji jednostranog epidemiološkog pristupa (epidemiologija rizika) koji je usvojilo Veća.⁴⁶

Na prvi pogled je očito da Veće uzdižući vakcinaciju u jedinu meru (...rizik ponovnih epidemija zaraznih bolesti koje su decenijama unazad bile sprečene imunizacijom...) borbe sa zaraznim bolestima ne raspravlja „supsidijarnost“ kao uslov koji mora da bude ispunjen da bi ograničenje prava na informisani pristanak bilo opravdano. Ono polazi od pretpostavke da nema druge mere sprečavanja epidemija, što je obezvređeno kao stav već letimičnim pogledom na spisak mera (opštih i posebnih) koje poznaje sam ZoZSoZB 2016, a koji Veće zdušno brani.

Pitanje proporcionalnosti kao uslova koji mora da ispuni ograničenje prava na informisani pristanak takođe nije razmatrano, što kako smo rekli ne čudi, jer Veće očito ni ne zna za postoji Izveštaj koji daje autentično tumačenje Ovijedo konvencije. Ipak, na strani 14. Rešenja postoji rečenica koja kaže da je imunizacija „srazmerna cilju koji se želi postići“. Ova rečenica bi se mogla tumačiti kao potvrda da je uslov proporcionalnosti ispunjen jer strana reč proporcionalan (latinski *proportionalis*) u srpskom jeziku znači srazmeran. Međutim, i da je Veće znalo da postoji Izveštaj uz Ovijedo konvenciju koji propisuje ovaj uslov, pa da se može smatrati da je izveo zaključak o ispunjenosti istog, uz njega nema apsolutno nikakvog obrazloženja. Nema apsolutno nikakvog rezonovanja na osnovu kojeg je izvučen ovaj zaključak. Veće ga je prosto napisalo. Ovakva odluka bi u prosečnom kako građanskom tako i u krivičnom postupku bila razlog za njegovo ponavljanje. U ozbiljnim državama kao

42 „...leaves no room for the concept of implied limitations“: *Golder vs. United Kingdom*, Judgement, 21.2.1975, para. 44.

43 *Rešenje*, p. 14.

44 K. Turkovic, *op. cit.*, p. 162.

45 ECHR, *Lingens Case*, para. 40., navedeno prema: *ibid.*

46 Kategorije društveno-ekonomskog položaja i/ili klase su načelno rečeno izbačenje ili deprioritizovane u epidemiološkim istraživanjima. Isto se odnosi na političke ili kulturne činioce bolesti: M. Wemrell, J. Merlo, S. Mulinari and A. C. Hornborg, *op. cit.*, pp. 155, 156.

što je Austrija ovako nešto ne bi došlo u obzir u čemu govori zvaničan stav Bioetičke komisije austrijskog Saveznog kancelara koja kaže da kada se procenjuje proporcionalnost mere obavezne vakcinacije protiv neke zarazne bolesti ona mora dovesti vezu sa verovatnoćom sporednih dejstava iste na ljude, ravni njene zaraznosti, verovatnoćom pojavljivanja simptoma, tipičnim tokom bolesti i najčešćim komplikacijama, brojem zaraženih i tome slično. Moraju se dovesti u vezu ishodi po društvo u oba slučaja (obavezne i neobavezne vakcinacije) i uporediti. U svakom slučaju to se radi na bazi odvojene procene za svaku bolest, od slučaja do slučaja.⁴⁷ Pošto ovakva analiza nije izvedena u Rešenju Veća, bliže istini da je navedena ocena u odluci prisutna slučajno nego sa razlogom.

Tako bi se moglo postaviti pitanje nisu li mere socijalne politike⁴⁸ da su bile preduzete ne samo na polju podizanja higijenskih i sanitarnih obrazaca po kojima Romska populacija živi⁴⁹ u getima, već i na uključivanju tih geta u opštu populaciju i njene tokove⁵⁰ mogle da reše dobar deo slučajeva malih boginja koji su se pojavili ne samo ove, već i čitav niz prethodnih godina?⁵¹ I to ne samo u Srbiji nego i u celoj Evropi.⁵² Da li bi izgradnja vodovoda, kanalizacije i uopšte komunalno uređenje romskih naselja (rušenje zidova koji se oko njih dižu⁵³) u Srbiji bilo primarnije,

47 „Die Zulässigkeit hängt jedoch von zahlreichen Kriterien ab, die in engem Zusammenhang mit der jeweiligen Krankheit stehen“: Bundeskanzleramt Österreich, Bioethikkommission /2015/: *Impfen – ethische Aspekte: Stellungnahme der Bioethikkommission*, Wien, p. 21.

48 „Romi, nomadi i imigranti su... .. marginalizovani i diskriminisani što ishoduje u njihovoj izolaciji od glavnih tokova društvenog i privrednog života u odvojenim naseljima gde su zdravstvene usluge nedovoljne ili nedostupne“: M. Muscat /2011/: *Who Gets measles in Europe?, The Journal of Infectious Diseases*, no 1, p. 359.

49 Svi Izveštaji Instituta za javno zdravlje od 2011. do 2016. godine kao jedan od problema nedostatne vakcinacije od dečije paralize vidi nizak obuhvat vakcinom u romskoj populaciji; Reuters piše da su u ovogodišnjoj epidemiji malih boginja u Rumuniji najugroženija deca iz romske populacije: Reuters, *Romania to Pass Vaccination Law to Deal with Immunisation Gaps*, 27.7.2017, <https://uk.reuters.com/article/us-romania-health-measles/romania-to-pass-vaccination-law-to-deal-with-immunization-gaps-idUKKBN1AC0IJ>, posećeno: 3.12.2017. godine; Slično piše i DW: Elisabeth Schumacher, DW, *Vaccine Gaps Cause Measles Outbreak in Europe*, 24.4.2017, <http://www.dw.com/en/vaccine-gaps-cause-measles-outbreaks-in-europe/a-38566899>, posećeno: 3.12.2017. godine.

50 Beckfield i Krieger raspravljaju brojna istraživanja koja pokazuju da je integracija i inkorporacija podređenih socijalnih grupa vodila smanjenju ili čak eliminaciji zdravstvene nejednakosti koja vodi bolestima: J. Beckfield, N. Krieger /2009/: *Epi+demos+cracy: Linking Political Systems and Priorities to the Magnitude of Health Inequalities – Evidence, Gaps, and a Research Agenda, Epidemiologic Reviews*, no 1, p. 159.

51 Za 2017. godinu kao primer vidi tekst: *Juče 105, danas 121 zaražen: Iz dana u dan sve više obolelih od malih boginja, a u ovom gradu trenutno je najgore*, Blic, 14.11.2017. godine; Za 2015. godinu kao primer vidi tekst: *Epidemija malih boginja u leskovačkoj Sat-mahali*, Južne vesti, 23.4.2015. godine; Za 2014. godinu kao primer vidi tekst: *Epidemija malih boginja?* koji izričito kaže da je obuhvat MMR vakcinom najniži u romskoj populaciji, Mondo, 28.12.2014. godine; Za 2011. godinu kao primer vidi tekst: *Epidemija u sva tri romska naselja u Leskovcu*, Južne vesti, 17.1.2011. godine; Za 2010. godinu kao primer vidi tekst: *Ima li epidemije malih boginja?* u kojem se izričito kaže da su najugroženiji pored izbeglica i raseljenih „mališani iz romske populacije“, Radio 021, 25.12.2010. godine.

52 Od 19 epidemija malih boginja u Evropi koje su izbile u periodu od 2007. godine do 2011. godine od Irske do Grčke pisac je prebrojao 14 koje su izbile u romskoj populaciji, 2 u zajednicama ultraortodoksnih Jevreja i 3 u Štajnerovim tzv. antropozofskim ili Valdorf školama: M. Muscat: *op. cit.*, p. 356.

53 *Postavljen zid oko romskog naselja u Kruševcu*, N1, 9.11.2016. godine.

nužnije i proporcionalnije mere sprovedene u svrhu zaštite stanovništva od zaraznih bolesti u srpskom društvu nego obavezne/prinudne vakcinacija?

UMESTO ZAKLJUČKA

Umesto uobičajenog svodenja rezultata, ovaj deo rada biće iskorišćen da se ukáže na još neke pogrešne pravno-političke postavke kojima se rukovodio zakonodavac kada je jednu izrazito zdravstvenu politiku bez ikakve potrebe pretvorio u kriminalnu. Štaviše, on u ovom postupku nije samo stvorio jednu nepotrebnu meru kaznene politike, već je naneo štetu i navodnim ciljevima iste.

Tako, ako je osnovni cilj bio da se poveća broj vakcinisane dece, onda je neispunjen, jer se od trenutka pretvaranja ove mere zdravstvene politike u kriminalnu trendovi i kretanja uglavnom ostali stabilni (npr. u prvoj vakcinaciji MMR vakcinom opada broj vakcinisane dece, u revakcinaciji raste). To je sasvim prirodno i drugo nije ni trebalo očekivati iz više razloga. S jedne strane, prinuda u sferi koja se uređuje poverenjem kao što je zdravstvena zaštita može samo da šteti, i zdravstvenoj zaštiti i zdravlju pojedinaca.⁵⁴ Odnos lekara i pacijenta je (slično odnosu sveštenika i vernika, advokata i klijenta ili sportiste i trenera) odnos poverenja, a ne prinude. Ako se u njega unese prinuda poverenje će biti narušeno i imaće dalje negativne posledice u odbijanju zdravstvene mere, u ovom slučaju vakcinacije. S druge strane treba još jednom skrenuti pažnju na godišnje Izveštaje Instituta za javno zdravlje koji su svi, od 2011. do 2016. godine na prvo mesto među uzrocima nezadovoljavajućeg broja vakcinisanih lica stavili „nepravovremena dostupnost nekih vakcina za planiranu populaciju“.⁵⁵ Budući da zdrava logika nalaže da se problemi rešavaju obrnuto od načina na koji su nastali onda se problem nedovoljnog broja vakcinisanih lica prvenstveno rešava pravovremenom nabavkom nedostajućih vakcina. Šta bi se desilo i da su svi roditelji rešili da vakcinišu decu u istom trenutku? Naišli bi na zatvorena vrata u bolnicama i domovima zdravlja jer nema dovoljno vakcina. Na trećem mestu važno je napomenuti da izveštaji o epidemiji malih boginja (jedina bolest koja se javlja redovno poslednjih godina jesu male boginje) i ove i ranijih godina ukazuju na to da

54 „Mit Druck erreicht man da wenig.“: S. Kutter, W. Woche, *Interview mit Jan Leidel: Masern Epidemie, Eine Masern-Impflichte wird nichts bringen*, 24.2.2015, <http://www.wiwo.de/technologie/forschung/masern-epidemie-eine-masern-impfpflicht-wird-nichts-bringen/1141827>.html, posećeno: 27.11.2017. godine.

55 „Značajan razlog za registrovanje prikazanih obuhvata vakcinisanih i revakcinisanih lica u posmatranom periodu leži u činjenici da je došlo do nepravovremene dostupnosti nekih vakcina za planiranu populaciju, pa su prioritet imala deca u primovakcinaciji. Pored antivakcinalnog lobija, kolizija zakonskih akata koja regulišu imunizaciju, davanjem prava da roditelj odluči da li će vakcinisati maloletno dete u skladu sa članom 15 Zakona o pravima pacijenata (*Sl. glasnik RS*, br. 45/13) ili članom 2 Zakona o izmenama i dopunama Zakona o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti (*Sl. glasnik RS*, br. 36/15) kojim se ukazuje da za sprovođenje obavezne imunizacije nije potreban pismeni pristanak lica, kao i da se imunizacija školske dece obavlja većinom u domovima zdravlja samo u prisustvu roditelja, a ne po školama, nejedinstven i neodlučan stav dela pedijatara u primarnoj zdravstvenoj zaštiti doveli su do pada u obuhvatu vakcinama prema kalendaru. Ako se ovome doda i kategorija visokorizičnih populacija koje ostaju van sistema imunizacije...“: *Izveštaj za 2016. godinu*, pp. 3–4.

se bolesti pravilno raspoređene u starosnoj strukturi populacije, ne samo u Srbiji nego i drugde.⁵⁶ Ako se bolest pravilno raspoređuje u celoj starosnoj strukturi populacije to znači da obavezna vakcinacija samo dece ništa ne rešava. Najveći deo populacije je i dalje nezaštićen (budući da se u Srbiji MMR koji služi za zaštitu od malih boginja koristi tek nešto više od 20 godine svi stariji su, ako nisu preležali bolest, nezaštićeni) i rizikuje ili bolest ili zarazu. Proporcionalnija bi bila mera (dobrovoljne ili obavezne) vakcinacije svih starosnih kategorija populacije nego dece. Na kraju treba reći da svi Izveštaji skoro jednoglasno ističu da su oboleli od malih boginja uglavnom nevakcinisani ljudi. Ako je to zaista tako onda nema straha za vakcinisane. Samo nevakcinisani mogu da dobiju bolest a tu su odluku doneli sami za sebe, što znači da sami snose odgovornost za stanje u koje su se doveli. Na koji način može neko ko nije vakcinisan da ugrozi vakcinisanog? Ako vakcine deluju apsolutno, kako tvrdi Veće (Veće tvrdi da su zaraze sprečene vakcinacijom), onda ne mogu i besmisleno je tvrditi da nevakcinisani ugrožavaju vakcinisane⁵⁷ kako tvrdi Rešenje.

Ovaj rad je ukazujući na pojam „rizične populacije“ koju koristi epidemiologija kao nauka pokazao da epidemije malih boginja koje poslednjih godina pogađaju ne samo Srbiju nego i druge evropske zemlje izbijaju upravo u takvim populacijama – u nehimijenskim i sanitarno ili komunalno neopremeljenim i nerazvijenim romskim naseljima ili među izbeglicama, azilantima ili emigrantima.⁵⁸ Sasvim su na mestu naučni stavovi koji nejednakost u zdravstvenom stanju određenih populacija vide u političkoj nejednakosti u raspodeli moći i snage u društvu⁵⁹ Nejednaka raspodela moći vodi nejednakoj raspodeli resursa koja opet vodi nejednakoj raspodeli bolesti/zdravlja.⁶⁰

To sve znači da bi neka mera socijalne politike bila daleko delotvornija u sprečavanju ovih epidemija nego obavezna vakcinacija dece u onim populacijama koje ne spadaju u kategoriju rizične. To bi bilo u skladu ranije izvedenim zaključkom ovog teksta o tome da je Rešenje Vedća zanemarilo postojanje apsolutno svih mera zdravstvene politike za račun samo jedne mere – vakcinacije. Komunalno uređenje

56 Za Srbiju videti izjavu Branislava Todorovića koji je istakao da se među obolelima uglavnom nalaze osobe koje imaju između 25 i 40 godina, ali ima i beba i male dece: Jugmediainfo, *U Srbiji i dalje traje epidemija malih boginja*, 7.4.2015. godine; Za Nemačku videti tekst Lothar Wieler-a, predsednika Instituta Robert Koh: L. Wieler, *Eher Kontraproduktiv: Impfpflicht Wurde icht Masernproblem losen*, <https://www.aerztezeitung.de/medizin/krankheiten/infektionskrankheiten/masern/article/943821/eher-kontraproduktiv-impfpflicht-wuerde-masernproblem-nicht-loesen.html>, posećeno: 20.11.2017. godine.

57 *Rešenje*, pp. 13–14.

58 „Zbog velikog priliva migranata koji svakodnevno prolaze kroz našu zemlju ugrožena je epidemiološka situacija u Srbiji, pa je neophodan pojačan oprez zbog povećane opasnosti od prenosa nekih zaraznih bolesti.“: Intervju sa Branislavom Todorovićem, *Dnevnik, Nevakcinisanimi preti dečija paraliza iz Sirije*, 30.6.2015.godine

59 „We already have substantial evidence that health inequity is neither natural nor inevitable but significantly the product of politics. As our literature search also reveals, the political determinants of health inequities are alterable, since people have changed them, for bad and for good, both from the „top down“ and from the „bottom up.“ Consequently, to help promote health equity, the next step empirically is to refine the research questions and methods by specifying the „where,“ „when,“ „how,“ and „who“ of the complex political processes producing health inequities. Of course, these questions inevitably raise thorny ideological issues.“: J. Beckfield, N. Krieger, *op. cit.*, p. 169.

60 M. Wemrell, J. Merlo, S. Mulinari and A. C. Hornborg: *ibid.*, p.161.

romskih naselja, uključivanje romske populacije u sve društvene tokove (školovanje, zapošljavanje) i uopšte podizanje životnih obrazaca i kvaliteta života Roma rešilo bi problem glavnih izvorišta epidemije malih boginja. Ove mere bi stvarajući društveno okruženje u kojima bolest ima male šanse da se razvije, verovatno trajno rešile problem malih boginja. Ni najbolje seme nema šanse na neplodnom tlu. Na kraju krajeva, ako država istrajava na obaveznoj vakcinaciji zašto ne bi bio moguć i obrnuti misaoni tok: Ako je već obavezna vakcinacija rešenje zašto se onda prinudno ne vakcinišu samo rizične populacije?

Sasvim su umesni razlozi koje protiv obavezne vakcinacije navode zaista istaknuti pojedinci iz Nemačke: profesor Lotar Viler predsednik Instituta Robert Koh i dr Jan Lajdel, predsednik Stalne imunizacione komisije. Tako Viler kaže da obavezna vakcinacija jeste uglavnom kontraproduktivna zbog razloga što izaziva sumnju i otpor kod stanovništva i daje razloge da se sumnja u vakcinaciju uopšte. Ona nagrizala spremnost onih koji već jesu voljni da se vakcinišu. Sužavanje slobode volje kod vakcinacije vodi tome da se kod sledeće prilike ta prinuda stanovništva vrati nazad⁶¹ kao vid otpora istog bilo kojoj vakcinaciji. Takođe je neophodno, piše profesor Viler, da su i lekari motivisani i vakcinisani⁶² što skoro sigurno nije slučaj u Srbiji budući da je ZoZSoZB 2016 propisao prekršajnu kaznu za lekara koji ne vakciniše pacijenta. Ako zakonodavac oseća potrebu da lekare prekršajnom kaznom natera da vakciniše ljude, kako je uopšte moguće govoriti o delotvornom ustrojstvu za vakcinisanje stanovništva u kojem glavnu ulogu ima zdravstveno osoblje. Dr Lajdel tvrdi da obavezna vakcinacija ništa ne rešava jer je ustavnopravno upitna, a praktično nesprovodiva. Ona dovodi u sumnju i druge mere koje se preduzimaju u korist javnog zdravlja i čini uslugu protivnicima vakcinacije i one koji bi inače vakcinisali i sebe i svoju decu. Ako bi se deci zabranilo da borave u vrtićima zato što nisu vakcinisana to bi dovelo do bujanja alternativnih obrazovnih institucija.⁶³

Prvo veliko veće Ustavnog suda greši u tome što raspored bolesti u srpskom društvu ne shvata kao biološki odraz društvene odnosa.⁶⁴ Sasvim je legitimno zaključiti da autistična i jednostrana verzija činilaca koji utiču na pojavu zaraznih bolesti koju promoviše Veće u svojoj odluci još više produbljava i stvara društvene nejednakosti.⁶⁵ Veće ovim Rešenjem pokazuje da nije doraslo svojoj ulozi kreatora društvenih tokova u zemlji jer dozvoljava da se stvori jedna naročita politička ekonomija zdravlja koja sa svoje strane za posledicu ima, ne samo odbijanje vakcinacije nego i društvenu proizvodnju bolesti.⁶⁶

61 L. Wieler: *op. cit.*

62 „Und natürlich brauchen wir motivierte Ärzte, die selbst geimpft sind...“: L. Wieler: *ibid.*

63 S. Kutter: *op. cit.*

64 N. Krieger /2001/: Theories for Social Epidemiology in the 21st Century: An Ecosocial Perspective, *International Journal of Epidemiology*, no 4, p. 672.

65 „Furthermore, by constructing such categories as individual-level risk factors, as in attributes of individuals and groups rather than dynamics of relationships between individuals or groups, and by modelling public health interventions accordingly, (Shim) asserts that epidemiology may contribute to perpetuation or even production of social inequalities.“: M. Wemrell, J. Merlo, S. Mulinari and A. C. Hornborg: *op. cit.*, p. 162.

66 M. Wemrell, J. Merlo, S. Mulinari and A. C. Hornborg: *ibid.*, p. 677.

LITERATURA

- Alcabes P. /2006/: The Risky Genes: Epidemiology and The Evolution of Race, *Patterns of Prejudice*, No. 4–5.
- Alcabes P. /2009/: *Dread: How Fear and Fantasies Have Fueled Epidemics from the Black Death to Avian Flu*, New York.
- Aschenwall G.; *Deutsche Biographie*, <https://www.deutsche-biographie.de/sfz68124.html#ndbcontent>, posećeno: 15.11.2017. godine.
- Beckfield J., Krieger N. /2009/: Epi+demos+cracy: Linking Political Systems and Priorities to the Magnitude of Health Inequalities – Evidence, Gaps, and a Research Agenda, *Epidemiologic Reviews*, No 1.
- Bundeskancelaramt Österreich, Bioethikkommission /2015/: *Impfen – ethische Aspekte: Stellungnahme der Bioethikkommission*, Wien.
- DW: Elisabeth Schumache, *Vaccine Gaps Cause Measles Outbreak in Europe*, 24.4.2017, <http://www.dw.com/en/vaccine-gaps-cause-measles-outbreaks-in-europe/a-38566899>, posećeno: 3.12.2017. godine.
- Evropska konvencija o ljudskim pravima.
Explanatory report, ETS 164, Human Rights and Biomedicine (Convention), para. 148–160.
Golder vs. United Kingdom, Judgement, 21.2.1975.
- Hegel G. V. F. /2006/: *Filozofija istorije*, Beograd.
- Izveštaji: http://www.batut.org.rs/index.php?category_id=140, posećeno: 29.11.2017. godine.
- Konvencija o zaštiti ljudskih prava i dostojanstva ljudskog bića u pogledu primene biologije i medicine: Konvencija o ljudskim pravima i biomedicine, *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 12/2010.
- Krieger N. /2000/: Epidemiology and Social Sciences: Toward a Critical Reengagement in 21st Century, *Epidemiological Reviews*, no 1
- Krieger N. /2001/: Theories for Social Epidemiology in the 21st Century: An Ecosocial Perspective, *International Journal of Epidemiology*, No 4.
- Kutter S., Woche W.: *Interview mit Jan Leidel: Masern Epidemie, Eine Masern-Impflichte wird nichts bringen*, 24.2.2015, <http://www.wiwo.de/technologie/forschung/masern-epidemie-eine-masern-impfpflicht-wird-nichts-bringen/1141827.html>, posećeno: 27.11.2017. godine.
- Muscat M. /2011/: Who Gets measles in Europe?, *The Journal of Infectious Diseases*, No 1.
- Perović M. /2009/: Etičke granice bioetike, *ARHE*, No 12.
- Poole C., Rothman K. /1998/: Our Concious Objections to Epidemiological Wars, *Journal of Epidemiology and Community Health*, no 10.
- Poslovnik o radu Narodne skupštine RS, *Službeni glasnik RS*, br. 20/2012.
- Reuters, *Romania to Pass Vaccination Law to Deal with Immunisation Gaps*, 27.7.2017, <https://uk.reuters.com/article/us-romania-health-measles/romania-to-pass-vaccination-law-to-deal-with-immunization-gaps-idUKKBN1AC0IJ>, posećeno: 3.12.2017. godine
- Schmitt C. /1934/: *Politische Theologie: Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, Berlin.
- Sjenčić M. /2009/: Pristanak pacijenta na meru lečenja – u: *Zbornik Matice srpske za društvene nauke* (R. Bukvić, ed.), no. 129.
- Sorta-Bilajac I. /2010/: Informirani pristanak u UNESKO-vim bioetičkim dokumentima, *JAHR*, 1/2010.
- Stojanović Z. /1998/: Prirodno pravo na život i krivično pravo, *Jugoslovenska revija za krivično pravo i kriminologiju*, br. 1.

The Newspapers Limited and Others vs. United Kingdom, Report of the Commission, 18.5.1977, para. 194–195.

The Nuremberg Code, <https://archive.hhs.gov/ohrp/references/nurcode.htm>, posećeno: 13.11.2027. godine.

Turković K. /2008/: Pravo na odbijanje medicinskog tretmana u RH, *Medicina*, no 2.

Ustav RS, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006.

Zakon o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti, *Službeni glasnik RS*, br. 125/2004.

Zakon o javnom zdravlju, *Službeni glasnik RS*, br. 16/2006.

Zakon o pravima pacijenata, *Službeni glasnik RS*, br. 45/2013.

Zakon o pravima pacijenata (*Sl. glasnik RS*, br. 45/13)

Zakon o izmenama i dopunama Zakona o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti, *Službeni glasnik RS*, br. 36/2015.

Zakon o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti, *Službeni glasnik RS*, br. 15/2016.

Wemrell M., Merlo J., Mulinari S. and Hornborg A. C. /2016/: Contemporary Epidemiology: A Review of Critical Discussions Within the Discipline and A Call for Further Dialogue with Social Theory, *Sociological Compass*, no 2.

Wieler L.: *Eher Kontraproduktiv: Impflicht Wurde icht Masernproblem lösen*, <https://www.aerztezeitung.de/medizin/krankheiten/infektionskrankheiten/masern/article/943821/eher-kontraproduktiv-impfpflicht-wuerde-masernproblem-nicht-loesen.html>, posećeno: 20.11.2017. godine.

OSTALO

Epidemija malih boginja u leskovačkoj Sat-mahali, Južne vesti, 23.4.2015. godine.

Epidemija u sva tri romska naselja u Leskovcu, Južne vesti, 17.1.2011. godine.

Ima li epidemije malih boginja? Radio 021, 25.12.2010. godine.

Juče 105, danas 121 zaražen: Iz dana u dan sve više obolelih od malih boginja, a u ovom gradu trenutno je najgore, Blic, 14.11.2017. godine.

Postavljen zid oko romskog naselja u Kruševcu, N1, 9.11.2016. godine.

U Srbiji i dalje traje epidemija malih boginja, Jugmediainfo, 7.4.2015. godine.

Branislav Ristivojević

Faculty of Law, University of Novi Sad

WHEN HEALTH POLICY BECOMES CRIMINAL POLICY: COMPULSORY VACCINATION IN THE DECISION OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF SERBIA

SUMMARY

Article analyses decision on compulsory vaccination and prohibition for unvaccinated children to attend schools and kindergartens delivered by First Grand Chamber of Constitutional Court of Republic of Serbia. Decision can be reproached on several different grounds. Annual reports made public health authorities in Serbia counts 4 reasons

influencing unsatisfied number of vaccinated people in population. Year after year reports put at first place insufficient supply of vaccines. State is not able to obtain enough vaccines for entire population. Report emphasised that age distribution of the most frequent diseases, smallpox, is steadfast. If a disease spread evenly through all population compulsory vaccination of children is meaningless. Age distribution of smallpox speaks in favour of compulsory vaccination of all population. Reports indicate that vaccination status of almost all infected is unknown or negative. An proper conclusion from this data would be that vaccinated population is protected, and those who decided not to vaccinate themselves bear responsibility. They cannot cause or induce illness to those who are decided to protect with vaccines. That data dissolves court argument that unvaccinated population endanger those who are. Probably the most important data derived from reports is that “risky population” tend to catch diseases more frequently than any other category of population. Reports count in this category roma population, immigrant, refugees etc. Among this population contagion erupt more often and spread easily. Reason for that is fact that this population are not fully integrated in society and that their sanitary, hygienic and health standards are lower than the rest of population. Article concludes that First Grand Chamber joined to executive branch of power in its autistic persistence on only one epidemiological measure within health policy – vaccination. In this manner court neglect structural factors in serbian society which enhance risk of eruption and spread of diseases. If serbian health authority treated these factors seriously this could permanently solve the problem of periodical appearance of diseases and crisis in public health. Abundance of measures from social politics would include and integrate segregated population and rise the level of their living standard which in turn would eliminate the notion of “risky population”.

Compulsory vaccination is counterproductive for it causes suspicions and revolt among those who are unwilling to vaccinate themselves. Moreover it provokes those who are undecided to join the unwilling side because it undermines their readiness. It is practically impossible to administer such a harsh measure. Large number of parents who are prosecuted for this misdemeanor speaks for itself. Moreover it creates new problem with other measures of public health policy. Should the children who are not vaccinated be cast out of schools and kindergartens this would incite flourish of alternative educational institutions which could potentially be nursery of contagion and revolt against vaccination.

Its constitutional adequacy remain in question because the court abused its authority by deciding not to organize public hearing and confrontation of arguments. By doing so First Grand Chamber demonstrated fear and fueled more controversy on this subject. It did not solve the problem and yet it enhance suspicions in regularity of not only its decision but decisions made by legislative branch of power. In the same time First Grand Chamber empowered belief of those who oppose the measure in quality of their own postures. This cowardly decision of court is going to afflict irreparable damage to interest of public health because god will of people is going to be spent on such a senseless question. Full dimension of damage done to public health by this cowardice is going to be shown should some dangerous illness in future occur and when extraordinary immunization of whole population appears as a only possible solution. By permanent perturbation of confidence and belief of people in vaccination as a measure of public policy state is not going to be able to carry out this or similar measures in future.

Key words: criminal policy, health policy, misdemeanors, compulsory vaccination, constitutional court.

Igor Vuković*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

MATERIJALNI POJAM KRIVICE IZ UGLA KRIVIČNOG PRAVA

Apstrakt: Danas se u krivičnom pravu krivica pretežno razume kao moralni prekor koji se upućuje učiniocu krivičnog dela. Objašnjenje, na čemu ovaj prekor zapravo počiva, uglavnom se kreće u okviru klasičnog razumevanja krivice, kao mogućnosti učinioca da u datim okolnostima učini drugačiji izbor, i da se umesto vršenja zločina opredeli za poštovanje prava. Iako se pravna odgovornost teško uopšte može objasniti bez ove pretpostavke, i danas se povremeno, naročito na temelju navodnih rezultata novijih medicinskih istraživanja, dovodi u pitanje da li je vršenje krivičnih dela ipak kauzalno determinisano. Autor ukazuje na najvažnija stanovišta u novijoj nemačkoj i srpskoj doktrini i zaključuje da ne postoje dovoljni razlozi da se napusti klasično materijalno objašnjenje krivice.

Ključne reči: krivica, sloboda volje, indeterminizam, karakter učinioca.

Razmatranje materijalnog pojma krivice i pitanja slobode volje od devedesetih godina XX veka, sa intenziviranjem medicinskih istraživanja tajni ljudskog mozga, neočekivano dobija na zamahu.¹ Reč je o jednoj od klasičnih krivičnopravnih tema, kojom su se intenzivno zanimali i pravници, ali i filozofi i istraživači iz oblasti medicinskih nauka. Upravo njihovi noviji radovi iz poslednjih decenija dovode u pitanje slobodu ljudske volje, smatrajući je iz perspektive savremene neurologije – običnom iluzijom.² Ova, za sada još uvek nedovoljno potkrepljena tvrđenja, nisu uspele da redefinišu preduslove (krivično)pravne odgovornosti, ali su iznova pokrenula interesovanje za pitanje slobode volje.

Načelo krivice, uz princip zakonitosti, predstavlja kamen temeljac savremenog krivičnog prava. Normativni pojam krivice, razumevanje krivice kao učiniocu upućenog socijalno-etičkog *prekora* za preduzeto, krivičnim pravom zabranjeno ponašanje, ne daje njegovo sadržinsko određenje. Taj normativni pojam, nasuprot psihološkom učenju o krivici, polazi od toga da se krivica ne može razumeti isključivo kao skup psihičkih sadržaja (svesti i volje u različitim nijansama) učinioca prema nedelu, već da zapravo označava vrednosni sud društva o takvom sadržaju, njegovo

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

1 T. Fischer/2011/: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München, p. 70.

2 Vid. L. E. Chiesa /2011/: Punishing without Free Will, *Utah Law Review*, № 4, p. 1404; T. Hillenkamp /2005/: Strafrecht ohne Willensfreiheit? Eine Antwort auf die Hirnforschung, *Juristenzeitung*, № 7, p. 313 i dalje.

negativno vrednovanje – osudu, prekor. U tom smislu, psihološko učenje kritikuje i Stojanović, utemeljivač novog pravca razvoja srpske krivičnopravne doktrine s početka XXI veka, i zastupnik mešovito, psihološko-normativnog objašnjenja krivice. „Krivica predstavlja jedinstvo realnog, subjektivnog, psihičkog supstrata i suda o njemu. To je sud o nevrednosti dela kojim učinilac krši krivičnopravnu normu i sud o njegovom odnosu prema toj normi i dobru koje ta norma štiti“.³ Ovaj sud, međutim, ništa ne kazuje o tome od čega zavisi postojanje prekora, šta je njegov predmet. Ovaj zadatak ima učenje o materijalnom pojmu krivice.

Učenje o materijalnom pojmu krivice svoje početke nalazi u poslednjim decenijama XIX veka, na temeljima ideje prirodnog prava i idealizma Kanta. Do XVIII veka razmišljanje o tome na čemu počiva krivičnopravni prekor kretalo se u okvirima tradicionalnog preklapanja krivice i greha, gde je krivica prevashodno oblikovala odnos čoveka prema Bogu, a ne prema bližnjem.⁴ U vreme prosvetiteljstva dolazi do prevrednovanja slike sveta, u kojoj se na pijedestal postavlja čovek kao subjekt odgovornosti, koji se autonomno opredeljuje za činjenje ili nečinjenje dobra i zla.⁵ Na ovim temeljima i nastaje učenje klasične škole, koja krivicu zasniva na čovekovo slobodnoj volji i izboru koji ona vrši. Čitav sistem pravne odgovornosti, reklo bi se, počiva na istom temelju. Kako američki Vrhovni sud, u jednoj od svojih poznatijih presuda,⁶ kao nesporno (čak više uzgred) ukazuje, „univerzalno je i postojano u zrelih pravnim sistemima verovanje u slobodu ljudske volje i ishodeću sposobnost i dužnost normalne individue da odabere između dobra i zla“.

Pitanje materijalnog pojma krivice nužno je povezano sa klasičnom dilemom da li objašnjenje vršenja zločina zasnovati na determinizmu ili indeterminizmu. Determinizam u osnovi negira čovekovu slobodu, zadobijajući na planu kriminalno-političkih ideja neretko više ili manje radikalne obrise. „Potpuni determinizam je – objašnjava Stojanović – u stvari negacija krivičnog prava. Postojanje određenog prostora koji dozvoljava čoveku izvestan izbor, nužna je pretpostavka za postojanje krivice, pa i krivičnog prava u celini“.⁷ Kako je odlučivanje (na zločin) kauzalno uslovljeno, ne kažnjava se zbog učinjenog (na šta subjekt i ne može uticati), već na mesto sankcije zasnovane na krivici stupa kažnjavanje okrenuto *prevenciji*. Deterministi međutim nailaze na nerešive kriminalno-političke probleme. S jedne strane, u nekim slučajevima se nailazi na učinioce najtežih krivičnih dela, koji su potpuno napustili pređašnji kriminalni način života, i gde kažnjavanje zasnovano na preventivnim razlozima nije više nužno. Na drugoj strani, još veću poteškoću predstavlja

3 Z. Stojanović /2017/: *Krivično pravo. Opšti deo*, Beograd, pp. 161–162.

4 F. M. Conde /1978/: Über den materiellen Schuld begriff, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, № 3, p. 66.

5 F. M. Conde /1978/: *Ibid*. Ipak, ovo tvrđenje ima smisla samo ako se sloboda čovekove volje posmatra iz ugla filozofije protestantizma, koji odlikuje učenje o predestinaciji. Hrišćansko pravoslavno učenje o slobodi volje ne negira mogućnost moralnog izbora (vid. detaljnije Patrijarh Pavle /2010/: *Da nam budu jasnija neka pitanja naše vere. I*, Beograd, p. 23).

6 *Morrisette v. United States*, 342 U.S. 246, 250 (1952). Ova odluka je poznata po tome što je učinila razliku između onih delikata, kod kojih je potrebno utvrditi krivicu, i onih kod kojih to nije neophodno.

7 Z. Stojanović /2004/: *Krivica ili krivična odgovornost*, *Branich*, № 3–4, p. 16.

odmeravanje kazne sitnim prestupnicima – povratnicima, kod kojih težina dela ne opravdava visoku kaznu, ali gde se eventualno popravljavanje može postići samo uz višegodišnji tretman.⁸ Ipak, činjenica da savremena krivična zakonodavstva svrhu kažnjavanja pretežno određuju kroz preventivne ciljeve, uslovlila je da deterministička učenja o sadržaju krivice nisu ni danas potpuno napustila svoje postavke. Utoliko je neophodno osvrnuti se na osnovne pravce savremene kontinentalno-evropske dogmatske rasprave o materijalnom pojmu krivice.⁹

1. KRIVICA KAO MOGUĆNOST DRUGOJAČIJEG POSTUPANJA

Vladajuće klasično shvatanje svoje razumevanje krivice zasniva na učenju indeterminizma i ideji čovekove *slobodne volje*. Čovek je svesno biće koje se slobodno opredeljuje ili za poštovanje prava ili za njegovo kršenje. Ako čovek odabere nepravo, sud o ne vrednosti njegovog ponašanja (prekor) počiva na činjenici da je u datim okolnostima njegov izbor moglo da predstavlja i ponašanje koje se zahtevima poretka ne suprotstavlja.¹⁰ Drugim rečima, ako krivica označava prekor zbog učinjenog nedela, prekor ima svoj razlog u samom procesu *obrazovanja volje* (*Willensbildung*),¹¹ u kojem učinilac svoje ponašanje nije upravio u pravcu poštovanja norme. Tamo pak gde ove mogućnosti, tj. opredeljivanja volje nema, tamo gde volja nije slobodna već

-
- 8 H. J. Hirsch /2010/: Zur gegenwärtigen deutschen Diskussion über Willensfreiheit und Strafrecht, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, № 2, p. 64.
- 9 U angloameričkom pravu se rasprava o slobodi volje uglavnom kreće u sličnim okvirima. Tu se uglavnom razlikuju tri osnovne struje, tzv. libertarijanci, koji negiraju kauzalni indeterminizam, tzv. kompatibilisti, koji smatraju da je slobodna volja zamisliva i u svetu u kojem vladaju kauzalni zakoni, i tzv. ikompatibilisti, prema kojima je slobodna volja nespojiva sa kauzalnom predodređenošću (vid. detaljnije L. E. Chiesa, *op. cit.*, p. 1422; P. Westen /2005/: Getting the Fly out of the Bottle: The False Problem of Free Will and Determinism, *Buffalo Criminal Law Review*, № 2, p. 610). Kako su, međutim, osnovni pravci ove rasprave najvećim delom ostali izvan pogleda naših pravnih teoretičara, ovde ih nećemo detaljnije obrazlagati.
- 10 U svojoj poznatoj odluci iz 1952. godine, nemački Savezni sud je krivicu opisao na sledeći način: „Kazna pretpostavlja krivicu. Krivica je prekorivost. Sudom o ne vrednosti krivice učinio se prebacuje da se odlučio za nepravo, premda se mogao ponašati saglasno pravu, mogao se za pravo odlučiti. Unutrašnji razlog prekora krivice leži u tome da je čovek nameran na slobodno, odgovorno moralno samoodređenje, i stoga sposoban da se odluci za pravo protiv neprava, da upravi svoje ponašanje prema normama pravnog moranja i da izbegne ono što je pravno zabranjeno“ (BGHSt 2, 194 [200]).
- 11 J. Cerezo Mir /1996/: Der materielle Schuldbegriff, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, № 1, p. 21; A. Kaufmann /1961/: *Das Schuldprinzip*, Heidelberg, p. 149; R. Maurach, H. Zipf /1992/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Teilband 1. Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat*, Heidelberg, s. 473-474; H. Welzel /1969/: *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, Berlin, p. 139. I u angloameričkoj doktrini Mur izričito ukazuje da je „vršilac radnje odgovoran za svoje postupke samo ako je mogao da odabere da učini drugačije“ (M. S. Moore /1985/: Causation and the Excuses, *California Law Review*, № 4, p. 1142). U ovom momentu se i prepoznaje osobenost slobode volje naspram slobode koju podrazumeva krivičnopravni pojam radnje. Dok se u prvom slučaju utvrđuje mogućnost da se volja uopšte obrazuje, u drugom slučaju se ispituje sloboda njenog *ispoljavanja* kroz radnju učinioaca (J. Tiemeyer /1986/: Grundlagenprobleme des normativen Schuldbegriffs, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, № 5, p. 208).

uslovljena neizbeživim objektivnim ili subjektivnim činiocima – krivici (niti, obrnuto, eventualnim zaslugama) za učinjeno ni ne može biti mesta. Zbog toga postoji izvesna međuzavisnost krivice povodom učinjenog nedela i kazne. Opravdanje kazne i nije moguće bez krivice. „Kazna je zasluženi odgovor na krivicu; ona služi kajanju učinioca i time oslobađanju od njegove krivice“.¹² Treba naglasiti da se ovde svagda radi o konkretnom izboru, izboru u *konkretnoj* situaciji; mogućnost drugojačijeg postupanja uvek je upravljena prema pojedinačnom delu. Na tragu ovih ideja razmišlja i Stojanović.¹³ „Jedno od centralnih pitanja koje se postavlja jeste da li je učinilac mogao drugačije da postupi, da li je mogao da izbegne vršenje krivičnog dela, da li mu se ono može pripisati. Sam koncept krivice polazi od relativne slobode čovekove volje. Ovo filozofsko pitanje oko kojeg postoji večit spor i koje se empirijski i naučno ne može verifikovati, nužno se mora, u krivičnom pravu zasnovanom na krivici, rešiti u korist relativnog indeterminizma. Potpuni determinizam je, u stvari, negacija krivičnog prava. Postojanje određenog prostora koji dozvoljava čoveku izvestan izbor, nužna je pretpostavka za postojanje krivice, pa i krivičnog prava u celini“.¹⁴

Budući da se volja ne obrazuje potpuno autonomno, bez uticaja društvenih odnosa i ljudskog iskustva, opredeljivanje za pravo ili nepravo predstavlja ne samo normativni već je nužno i *moralni* izbor. „Krivica je svesno i voljno kršenje čovekovog moralnog zadatka“,¹⁵ moralno utemeljene dužnosti. U tom smislu, „u pravu su oni koji etičku osnovu krivice vide i u krivičnom pravu. Upravo zbog toga što moral pred pojedinca postavlja mnogo više zahteve, kršenje krivičnopravnih normi po pravilu pokazuje da učinilac ne uvažava ni one minimalne, elementarne moralne norme, odnosno da ne ispunjava ni onaj minimalni zahtev koji se postavlja svakom članu društva, a to je da bar ne vrši krivična dela“.¹⁶ Etička komponenta izbora naglašava međuzavisnost čoveka i njegovog okruženja, i činjenicu da volja nikada ne može biti potpuno slobodna.

Vezivanje krivice za opredeljivanje za nepravo na prvi pogled deluje vrlo privlačno. Ipak, ovaj koncept nosi u sebi i jednu slabost, budući da sam pojam „odlučivanja“ pretpostavlja svesno i voljno odnošenje prema nedelu, što u slučaju nesvesnog nehata kao stepena krivice izostaje. Iako i Kaufman (*Kaufmann*), u svojoj poznatoj monografiji o principu krivice, dopušta da nekada u slučaju nesvesnog nehata u jednom ranijem stadijumu može biti sakriven izvestan momenat „svesnog protivljenja dužnosti“,¹⁷ u najvećem broju situacija nesvesnog nehata učinilac ni ne pomišlja

12 A. Kaufmann: *op. cit.*, p. 208.

13 U jugoslovenskoj literaturi vid. slično F. Bačić /1986/: *Krivično pravo. Opći dio*, Zagreb, p. 242. Treba primetiti da je taj autor naglašavao socijalno-etičku dimenziju krivice, tako da prema njemu za prekor nije dovoljno da je učinilac u datim okolnostima mogao da se opredeli za poštovanje prava, već i da je postojala mogućnost za donošenje *ispravne* odluke (mogućnost razlikovanja dobra i zla). Ipak, ovo razlikovanje prema Bačiću ne počiva na nekoj religijskoj osnovi, već na svesti odnosno mogućnosti svesti o društvenoj štetnosti njegovog postupka (*ibid.*, pp. 242–243).

14 Z. Stojanović /2017/: *op. cit.*, p. 162.

15 A. Kaufmann, p. 208.

16 Z. Stojanović /2004/: *op. cit.*, p. 16.

17 Kaufman navodi primer mašinovođe, koji je prouzrokovao železnički udes nepoštujući nove propise, iako mu je bilo poznato da su ti propisi usvojeni, i da je obavezan da se sa njima prethodno upozna (A. Kaufmann: *op. cit.*, p. 156).

na mogućnost ostvarenja protivpravnog dela, pa stoga isti autor zaključuje da ova forma i „nije krivica u materijalnom smislu“.¹⁸ Uvažavajući ovu opasku i činjenicu da krivično delo ne mora uvek ostvariti proračunati zločinac, krivicu je primerenije vezati za mogućnost učinioca da dostupno protivpravno ponašanje *propusti*. Subjekt odgovara za svoje nedelo jer kršenje norme, uprkos njenom apelu koji mu je bio dostupan – nije *izbegao*. Zbog toga prekor ne podrazumeva samo neki aktivni psihički proces opredeljivanja, već i njegov izostanak, tamo gde je ono bilo moguće.

Obrazloženi prigovor vladajućem shvatanju učinio je Engiš (*Engisch*), iako je i u ranijoj literaturi bilo sličnih promišljanja. Sloboda izbora odnosno volje (na kojoj izbor počiva) u datim okolnostima, od čega klasično shvatanje polazi, ne može se empirijski odnosno pravno *verifikovati*.¹⁹ Takav eksperiment bi podrazumevao da istu tu osobu stavimo u jednaku situaciju, i da u neizmenjenim spoljnim okolnostima ispitujemo da li je subjekt zaista imao mogućnost da drugačije postupi. Kako je čovek, međutim, obdaren pamćenjem, sličan metodološki postupak je faktički nesprovodiv, jer je naš posmatrani učinilac u vreme kasnijeg eksperimenta posve drukčiji nego što je to bio u vreme samog dela.²⁰ Kakav je njegov izbor mogao da bude u tom ranijem momentu, a što nam je jedino od značaja – više nije dostupno. Strogo uzev, kako pojedini autori tvrde, u odsustvu sličnog dokaza, svaki krivični postupak, koji bi pošao od nastojanja da dokaže krivicu učinioca dela u konkretnom slučaju, morao bi se *in dubio pro reo* okončati oslobađajućom presudom.²¹

Zastupnici klasičnog učenja pokušali su da se od ovog načelnog prigovora odbrane dokazivanjem empirijski utvrdivog odstupanja konkretnog ponašanja od zamišljenog uporedivog, na iskustvu zasnovanog i uprosečenog ponašanja u datim okolnostima. Ako se ne može dokazati da je posmatrani učinilac u datim okolnostima mogao da poštuje pravnu normu, može se dokazati da bi *druga lica*, u njegovoj poziciji, normu uvažila.²² Na temelju ovog hipotetičkog upoređivanja, u konkretnom slučaju bi se utvrdilo nesaglasje između učinjenog izbora i onog koji bi učinio pretpostavljeni savesni građanin – i zaključio deficit na strani učiniočevog opredeljenja.

Ipak, i ovaj hipotetički metodološki postupak utvrđivanja krivice ocenjen je kao manjkav. Iz perspektive polazne pretpostavke da čovek slobodno vrši izbor, socijal-

18 A. Kaufmann: *Ibid.*, p. 162. U slučaju nesvesnog nehata kažnjavanje zbog toga ne bi počivalo na krivici, već bi bilo izraz kriminalno-političke nužnosti. Iako u slučaju nesvesnog nehata najčešće izostaju štetne posledice, ako one ipak nastupe, krivično pravo će ipak reagovati. Kažnjavanje ovde više ima za cilj da nadomesti učinjene štetne posledice, nego što počiva na skrivljenom ponašanju (*Ibid.*, pp. 162–164).

19 K. Engisch /1965/: *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, Berlin, p. 23. Vid. takođe J. de Figueiredo Dias /1983/: *Schuld und Persönlichkeit*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, № 1, p. 229; G. Mangakis /1963/: *Über die Verhältnis von Strafrechtsschuld und Willensfreiheit*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, № 3, p. 119, 136; C. Roxin /1984/: *Zur Problematik des Schuldstrafrechts*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, № 3, p. 643. Na sličnu zamerku nailazimo i u jugoslovenskoj doktrini (vid. F. Bačić: *op. cit.*, p. 243).

20 K. Engisch /1965/: *op. cit.*, p. 23.

21 C. Roxin /1984/: *op. cit.*, p. 643.

22 Tako npr. H.-H. Jescheck, T. Weigend /1996/: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin, p. 411; E. Kohlrausch /1910/: *Sollen und Können als Grundlagen der strafrechtlichen Zurechnung*, Berlin, p. 25; G. Mangakis, *op. cit.*, p. 137.

no-etički prekor upućen individui nije moguće zasnovati na nekim uprosečenim sposobnostima i kvalitetima koje druga lica možda imaju, ali koje posmatrani učinilac svakako nije imao.²³ Ako je krivica strogo *lična*, a ona bi to po prirodi stvari morala biti, onda za njeno postojanje ili nepostojanje ne mogu biti odlučne navodna opredeljivanja i sposobnosti drugih. Ako se ispostavi da konkretni učinilac, primera radi, u datim okolnostima nikako nije mogao da postupi drugačije, jer je neotklonjivo pogrešno verovao da preduzeto ponašanje poredak dopušta, objašnjenje njegove nevinosti ne bi trebalo dovoditi u vezu sa tim da li bi neko drugo lice na njegovom mestu imalo valjanu predstavu o granicama prava.²⁴ Drugim rečima, kriterijum mogućnosti drugačijeg postupanja neophodno je iznaći u okvirima sposobnosti i duševne konstitucije samog učinioca,²⁵ a ne izvan njega. Uostalom, ni krivične odredbe o uračunljivosti, kao jednoj od pretpostavki krivice (vid. čl. 23 st. 2 KZ), ne pominju nekakvo upoređivanje sposobnosti odlučivanja i rasuđivanja sa sposobnostima nekog prosečnog zamišljenog čoveka.²⁶

Ovde treba pomenuti još jedan momenat, koji se često pominje u ovoj raspravi, iako u našem sistemu krivičnog dela on ne bi imao značaj koji mu se u doktrini inače pripisuje. Mnogi autori vladajuće shvatanje o krivici kritikuju i iz ugla osnova koji krivicu isključuju. Naime, pored tradicionalnih osnova isključenja krivice (neuračunljivosti, neotklonjive stvarne²⁷ i pravne zablude), neka zakonodavstva poznaju i tzv. osnove izvinjenja (*Entschuldigungsgründe*), koji ne isključuju *svaku* mogućnost učinioca da drugačije postupi, koliko zbog okolnosti slučaja umanjuju sam prekor (krivice) opredmećen kaznom. Drugim rečima, premda je učinilac *mogao* da postupi drugačije, njemu se zbog učinjenog izbora ne prebacuje; prekor pada ispod praga koji zahteva da se žrtva kazni.²⁸ Međutim, za razliku od srpskog prava, u kojem stepenovanje krivice u navedenom smislu može uticati isključivo na kažnjavanje (oslobođenje od kazne, ali uz osuđujuću presudu), u ovim zakonodavstvima osnovi izvinjenja, slično osnovima isključenja krivice, mogu da isključe i samo postojanje krivičnog dela.²⁹ Stoga se tu često može sresti i argument da kri-

23 C. Roxin /2006/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München, p. 861.

24 J. Cerezo Mir: *op. cit.*, p. 19. Zašto bi, uostalom, udaljavanje posmatranog učinioca od zamišljenog standarda i zasluživalo prekor? Kako jedan autor (J. Tiemeyer /1986/: *op. cit.*, p. 214) slikovito primećuje, u tom slučaju bi njegova krivica zapravo počivala na tome da on nije neko drugo lice, a ne čovek koji jeste.

25 K. Engisch /1965/, *op. cit.*, pp. 26, 32.

26 A. Schiemann /2012/: *Die Willensfreiheit und das Schuldstrafrecht – eine überflüssige Debatte*, *Zeitschrift für das Juristische Studium*, № 6, p. 775.

27 U nekim krivičnopravnim sistemima, za razliku od našeg, neotklonjiva stvarna zabluda isključuje ostvarenje subjektivnog bića dela, a ne krivicu.

28 Tu bi se npr. mogli podvesti ekstremni slučajevi krajnje nužde, kod kojih jedan brodolomnik usmrćuje drugog kako bi minimalne rezerve raspoložive hrane osigurale njegovo preživljavanje. Naše pravo ne poznaje sličnu izvinjavajuću krajnju nuždu, koja bi dovela do oslobadajuće presude, već samo krajnju nuždu koja isključuje protivpravnost. Ali, i u našem pravu postoji mogućnost da se u slučaju naročito olakšavajućih okolnosti učinilac koji je prekoračio granice krajnje nužde (kao u prethodnom slučaju), iako je presuda osuđujuća, oslobodi od kazne (vid. čl. 20, st. 3 KZ).

29 Vid. I. Vuković /2013/: *Razumevanje krivične odgovornosti i kažnjivosti u srpskom zakonodavstvu i teoriji*, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, № 2, p. 98. i dalje.

vicu nije moguće sadržinski vezati za mogućnost drugojačijeg postupanja i slobodu izbora, budući da je u slučaju osnova izvinjenja učinilac redovno imao mogućnost da drugačije postupi, ali da je krivica svejedno otpala,³⁰ pa osnovni kriterijum gubi svoj oslonac. Takav prigovor u našem pravnom poretku ne bi imao naročitu težinu.

Pojedini autori su pokušali da, ostajući u okvirima klasičnog učenja, isprave njegove nedostatke. Tako Roxsin (*Roxin*) osnovnu manjkavost vladajućeg objašnjenja, neutvrdivost da li je učinilac uopšte mogao drugačije da postupi, dopunjuje kriterijumom, koji, kako on sam tvrdi, može da zadovolji i deterministu i indeterministu i agnostika. Iako se načelno i ovde polazi od ideje da čovek ima slobodu da se opredeli za poštovanje prava ili za nepravo, Roxsin se udaljava od besplodnih pokušaja da se u okrilju učenja o slobodi volje iznađe sadržina krivice, već se okreće „normativno zasnovanoj mogućnosti“ da se u datim okolnostima norma uvaži. Nije odlučno da li je učinilac hipotetički mogao da propusti vršenje zabranjenog ponašanja, već da li je njemu tokom vršenja dela, prema njegovom psihičkom i duševnom stanju, zahtev koji norma pred njega postavlja bio *dostupan*, a sposobnost upravljanja vlastitim postupcima očuvana.³¹ Ako je ona to konkretno i utvrdivo bila, onda se u uslovima takve normativne dostupnosti drugačijeg izbora učiniočevo opredeljivanje za nepravo *smatra slobodnim*.³²

U daljem pojašnjenju, pokazuje se da ovu normativno zasnovanu sposobnost postupanja saglasnog pravu Roxsin zapravo temelji na psihičkim funkcijama rasuđivanja i odlučivanja, tj. onim sadržajima koji odgovaraju kategoriji uračunljivosti (sposobnosti shvatanja [značaja] svog dela i upravljanja vlastitim postupcima),³³ dok se pitanje dostupnosti norme donekle prepliće sa sadržajem svesti o zabranjenosti dela. Utoliko bi sadržaj krivice bio komplementaran njenim elementima: uračunljivosti, koju grade elementi sposobnosti da se delo razume i da se njime vlada, i svesti (odnosno dužnosti i mogućnosti svesti) o zabranjenosti dela, koja počiva na načelnoj mogućnosti učinioca da se upozna sa time koje ponašanje u datim okolnostima društvu duuguje.

Stanovište Roksina, premda zbog isticanja normativnog momenta možda preciznije, ipak samo dopunjava osnovnu ideju koju učenje o mogućnosti drugačijeg postupanja, kako nam se čini, ipak i u osnovnom vidu pretpostavlja. Krivica podrazumeva da se učinilac našao pred *pravno* postavljenim izborom, pred dužnošću da opredeli svoj stav prema normi. Izbor ovde nije potpuno pravno bezbojan, već se, po prirodi stvari, učinilac suočava sa mogućnošću poštovanja i nepoštovanja norme. „Mogućnost motivacije putem norme“, kako ovaj momenat označava Timajer (Tiemeyer),³⁴ jeste upravo ona dostupnost o kojoj Roxsin govori. Stoga je krivično-pravni pojam

30 Vid. npr. F. Muñoz Conde: *op. cit.*, p. 69.

31 Prema Roksinu, u psihologiji i psihijatriji su se u međuvremenu navodno razvili egzaktni metodi, putem kojih se defekti na planu sposobnosti upravljanja mogu relevantno opisati i valorizovati (C. Roxin /2006/: *op. cit.*, pp. 868-869). Dostupnost norme, koja učinioca nije odgovarajuće motivisala, pretpostavlja i F. Muñoz Conde: *op. cit.*, p. 73.

32 C. Roxin /2006/, *op. cit.*, p. 868.

33 Vid. čl. 23 KZ. Uostalom, i sam Roxsin normativno zasnovanu mogućnost učinioca da reaguje (*normative Ansprechbarkeit*) svodi na sposobnost shvatanja dela (*Einsichtsvermögen*) i upravljanja (*Steuerungsfähigkeit*) delom (C. Roxin /2006/, *op. cit.*, p. 869).

34 J. Tiemeyer /1988/: Zur Möglichkeit eines erfahrungswissenschaftlich gesicherten Schuldbegriffs, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, № 73, p. 534.

krivice svagda normativno obojen. On se možda ne zasniva isključivo na (zaista nedokazivoj) faktičkoj mogućnosti da se uvaži zahtev norme, ali psihički proces opredeljivanja prema tom zahtevu podrazumeva izvestan motivacioni sadržaj (splet nagona, nadražaja i težnji), kojim se subjekt suočava sa apelom da se (nalik „naprezanju savesti“, karakterističnom za momenat izbegavanja pravne zablude) sa normom upozna i da motivacioni sadržaj angažuje.³⁵ Osim toga, ne sme se zaboraviti da je *težište* prekora čovekova slobodna volja. Dostupnost norme duševnom aparatu predstavlja samo *okruženje* u kojem se propuštanje učinioca da njenom apelu odgovi odigrava.

2. KRIVICA KAO NEDOSTATAK U KARAKTERU (LIČNOSTI) UČINIOCA

U delu doktrine, naročito iz perioda nakon Drugog svetskog rata, krivica se prepoznaje kao manjkavost u karakteru učinioca krivičnog dela.³⁶ Težište krivice se ne prepoznaje u indeterministički zasnovanoj slobodnoj volji, već u deterministički uslovljenom karakteru, koji je učinilac ispoljio vršenjem zločina. Nosilac odgovornosti je čovekov karakter, tačnije izvestan nedostatak u njemu, koji se ispoljava preko umišljaja i nehata, i koji se može označiti kao „izostanak one voljne sile ili brižnosti, koji jeste ili je bio za izbegavanje ‘neprava’ neophodan“.³⁷ Premda je povod za kažnjavanje učinjeno protivpravno delo, shodno poznatoj krilatici da se „ne kažnjava delo, već učinilac“, prekor je upravljen više na budućnost nego na prošlost. Ako kažnjavanje počiva na krivici, onda između kazne i krivice mora postojati izvesna korelacija. Kazna kao odmazda deluje povratno na karakter učinioca, pružajući mu motiv da poštuje norme pravnog poretka.³⁸ Krivično delo je izraz ličnosti učinioca,³⁹ njegovog *lošeg karaktera*, na koje se nadovezuje kazna kojim se nedelo u izvesnom (kriminalno-pedagoškom) smislu poravnava, i povratno deluje na ličnost i njenu čud. Tako Engiš, kao izraziti predstavnik ovog stanovišta, objašnjava da delo neuračunljivog lica, deteta ili opijenog nije skrivljeno, iako se na prvi pogled i ovde čini da je delo izraz njihove ličnosti. Delo je ovde odraz duševne bolesti, nezrelosti odnosno trovanja (opijatom). Stoga kod takvih subjekata krivično delo

35 J. Krümpelmann /1983/: Dogmatische und empirische Probleme des sozialen Schuldbegriffs, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, № 8, pp. 344, 346.

36 Uvod u ovo shvatanje predstavlja učenje Mecgera o krivici zbog „načina života“ (Lebensführungsschuld), prema kojem učinilac odgovara za pogrešno usmeren život, koji je doveo do vršenja krivičnog dela. „Krivičnopravna krivica učinioca nije samo krivica zbog pojedinačnog dela, već i njegovog čitavog načina života“ (E. Mezger /1938/: Die Straftat als Ganzes, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, p. 688). Na odgovornost za način života (karakter) ukazuje već Aristotel. „Ali [može se prigovoriti] možda je neko po prirodi takav da nije u stanju da o nečemu vodi računa [to jest da je nemaran]. U tom slučaju je on sam kriv što je postao takav, jer je živio nemarno. I kada ljudi postanu nepravedni ili neobuzdani, to je zato što su – ili učinili nešto rdavo (oni prvi) ili što su provodili vreme u piću i sličnim porocima (ovi drugi); jer naš karakter formiraju pojedinačni postupci“ (Aristotel /2012/: *Nikomahova etika*, Sremski Karlovci – Novi Sad, pp. 54, 1114a).

37 K. Engisch /1967/: Um die Charakterschuld, *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, № 3–4, p. 117.

38 K. Engisch /1965/: *op. cit.*, pp. 53, 55; K. Engisch /1967/, *op. cit.*, p. 118.

39 K. Engisch /1965/, *op. cit.*, p. 57; J. de Figueiredo Dias, *op. cit.*, pp. 241–242.

ili ne predstavlja izraz njihove ličnosti, ili to jeste, ali se pokazuje da u odnosu na njih (naročito decu) kazna ne predstavlja adekvatan vid reakcije.⁴⁰ Slobodna ljudska volja potisnuta je u drugi plan. Podrazumeva se da uračunljivi i duševno normalan čovek za svoja dela odgovara, nezavisno od toga da li je on stvarno slobodan ili ne. Istovremeno, time se, kako zastupnici ovog tumačenja misle, odgovarajuće rešava i pitanje nesvesnog nehata, gde se nebrižljivost i nepažnja prepoznaju kao karakteristike manjkavog karaktera, ne koji je moguće specijalno- i generalno-preventivno delovati.⁴¹

Ipak, ovo objašnjenje nije dovoljno ubedljivo. Krivica ne može počivati na lošem karakteru. Rečima Kolrausa (*Kohlrausch*), učinilac ne zaslužuje kaznu zato što je loš (čovek), već zato što je nešto *loše uradio*.⁴² Ideja da je neko kriv zato što je manjkavo obrazovan njegov karakter, ispoljen u konkretnom delu, može da bude smisljena samo ukoliko je moguće razdvojiti onaj aspekt ličnosti koji je čoveku određen sudbinski – deo u kojem je čovek predodređen, determinisan – i onaj njegov deo u kojem oblikovanje karaktera ukazuje na manjkavo obrazovanje ličnosti. Kako ovaj (slobodni) udeo, na kojem bi trebalo da počiva krivica, nije konkretno utvrdio, ovom učenju je izmaknut temelj, jer se onda učiniocu stavlja na teret ono na šta nije mogao da utiče,⁴³ pa kažnjavanje gubi svoje opravdanje. Stanje takve ličnosti nalikuje stanju lica koje je duševno bolesno, i koje ne treba da snosi krivicu za bolest koja se razvija mimo njegove volje.⁴⁴ Taj problem se naročito ispoljava kod smanjene uračunljivosti i neuračunljivosti, gde se gubi jasna razlika između situacija kada manjkavo obrazovan karakter zahteva primenu krivične kazne, i situacija gde na učinioca treba delovati merama bezbednosti.

3. KRIVICA KAO PRAVNO MANJKAVO UBEĐENJE UČINIOCA

Upliv finalnih učenja o krivičnom delu, utiče i na mesto krivice u njihovom sistemu. Prema Galasu (*Gallas*), vladajuće shvatanje, koje pravi razliku između suda o protivpravosti, koji počiva na objektivnom nesaglasju ponašanja sa pravnim portetkom, i suda o krivici, koji zbog ponašanja njegovom tvorcu upućuje lični prekor, promašuje, jer zanemaruje da objekt suda o protivpravosti nije jedino objektivno nepravo. Odluka učinioca da protivpravno dela sastavni je deo već objektivne strane dela, pa na planu krivice prekor može da obuhvati jedino vrednovanje da li je učinilac ovaj pogrešan izbor mogao da izbegne.⁴⁵ Time bi, međutim, otpala ne samo krivica, već i protivpravost. Drugim rečima, opredeljivanje za nepravo ne može biti autohtoni objekt vrednovanja karakterističan za nevrednost krivice, jer je ovaj izbor već vrednovan na planu protivpravosti.

40 K. Engisch /1965/, *op. cit.*, p. 57.

41 K. Engisch /1967/, *op. cit.*, p. 116.

42 E. Kohlrausch, *op. cit.*, p. 19.

43 Vid. A. Kaufmann, *op. cit.*, p. 190.

44 A. Kaufmann: *Ibid.*

45 W. Gallas /1968/: *Beiträge zur Verbrechenslehre*, Berlin, p. 56.

Za krivicu mora onda biti odlučan neki drugi momenat, koji Galas prepoznaje u stavu učinioca, koji je ovaj ispoljio, aktuelizovao svojim delom – u njegovom pravno manjkavom *uverenju* (rechtlich missbilligte Gesinnung), iz kojeg se i razvila odluka da se protivpravno dela.⁴⁶ Dakle, kako je nevaljan izbor predmet suda o protivpravnosti, predmet suda o krivici bio bi manjkav stav učinioca o zahtevima koje pravni poredak pred njega postavlja, na temelju kojeg se i obrazovala njegova konkretna odluka da prekrši normu. Ovaj koncept krivice je u međuvremenu u značajnom delu literature naišao na prihvatanje.⁴⁷

Pojam „uverenja“ ima snažan individualno-etički predznak, što ipak treba razlikovati od „zločinca iz ubeđenja“ (Überzeugungsverbrecher) – figuri pod kojom se podrazumeva učinilac, kojeg na nedelo pokreće religiozni, politički i uopšte moralni svetonazor. Nepostojanje svesti takvog učinioca da je učinio nešto pogrešno, premda, kako Stojanović s pravom primećuje, dodatno govori u prilog tome da se „krivica ne može iscrpljivati samo u psihološkom odnosu učinioca prema svom delu“, ipak pokazuje da krivičnopravni prekor ne uzima u obzir ove individualne vrednosne predstave koje odstupaju od krivičnopravnih normi.⁴⁸

Ovo stanovište je u srpskoj doktrini zastupao Atanacković. Smatrajući da objektivno-subjektivna koncepcija krivičnog dela nije ostvariva kod onih učenja koja krivicu posmatraju u prizmi psiholoških sadržaja,⁴⁹ ovaj autor prekor zasniva na jednom čisto normativnom vrednovanju – „da li se preduzeta radnja sa socijalne i pravne tačke gledišta može oceniti kao manljivo sprovedena finalna radnja“.⁵⁰ Ovu manjkavost Atanacković prepoznaje u jednom nedostatku na planu objektivne strane dela, propustu da se učinilac ponaša onako kako bi se u datim okolnostima u cilju izbegavanja društveno štetnih posledica ponašao svaki savestan i uviđavan čovek. Upravo ovo „objektivno nebrizljivo“ ponašanje učinioca protivno dužnosti predstavljalo bi pretpostavku prekora. Postavljajući dalje pitanje u čemu se onda sa-

46 W. Gallas: *Ibid.*

47 Vid. pre svih U. Ebert /2001/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Heidelberg, p. 93; R. Herren /1966/: *Die Gesinnung im Rahmen der vorsätzlichen Tötungsdelikte, insbesondere beim Mord*, Basel, p. 84; H.-H. Jescheck, T. Weigend, *op. cit.*, p. 422; J. Wessels, W. Beulke /2011/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, Heidelberg *et al.*, p. 149. Interesantnu varijaciju osnovnog učenja pruža prilog Šmithojzera (*Schmidhäuser*), koji predmet krivice vezuje za nepravno uverenje – moralno nevredno duševno ponašanje učinioca (sittlich-wertwidrige geistiges Verhalten), koje on razlikuje od socijalno-etički prekorivog voljnog ponašanja učinioca, koje bi gradilo krivično nepravu (E. Schmidhäuser /1958/: *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, Tübingen, pp. 178, 182).

48 R. Maurach /1965/: *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Karlsruhe, p. 347.

49 Ako su elementi svesti i volje sastavni činoci krivičnog dela, a to moraju biti jer su izuzev izvesnih nevoljnih pokreta (npr. refleksnih ili instiktivnih) ljudska ponašanja koja ostvaruju obeležja krivičnih dela svesni i voljni akti, onda psihološka učenja, koja krivicu svode na svest i volju kao psihičko odnošenje učinioca prema aktu, prema Atanackoviću ne mogu izbeći apsurdan zaključak – da je predmet prekora sam prekor. „Ako je vinost (krivica, prekor) sastavni deo krivičnog dela i ako krivičnog dela nema – ukoliko nema vinosti – onda se postavlja pitanje da li je učinilac kriv zato što je učinio krivično delo ili je učinio krivično delo zato što je kriv“ (D. Atanacković /1991/: Neki problemi u vezi sa objektivno-subjektivnim shvatanjem krivičnog dela, *Analiz Pravnog fakulteta u Beogradu*, № 1-3, p. 30).

50 D. Atanacković: *Ibid.*, p. 32.

stoji prekor, Atanacković zaključuje da se on „mora tražiti u ličnom *stavu* učinioca prema kršenju svojih dužnosti koji se ispoljio kroz izvršenje krivičnog dela“.⁵¹

Uključivanje pravno neprijateljskog nazora, uverenja učinioca, u problematiku krivice, ne osvoja svojom ubedljivošću. Ovaj pojam nema neko krivičnom pravu blisko značenje koje bi moglo da pomogne sadržinskom uobličavanju krivice, već, štaviše, pored suda o protivpravosti, uvodi jedno novo normativno vrednovanje, koje je, bar iz ugla savremenih personalnih učenja o krivičnom nepravu, donekle zaista već sadržano u sudu o protivpravosti.⁵² Pojedini autori primećuju da obrazovanje nazora zahteva da se učinilac svesno odnosio prema stvarnosti, što u slučaju nesvesnog nehata izostaje,⁵³ pa ni ovo stanovište ne može valjano da obuhvati sve varijacije umišljaja i nehata. Osim toga, ako se prekor upućuje učiniočevom neprijateljskom držanju prema zahtevima poretka, može se steći pogrešan utisak da predmet prekora i nije učinjeno protivpravno delo,⁵⁴ već upravo taj, prema poretku upravljen negativan stav. To, međutim, stvara bojazan da bi slično razumevanje krivice otvorilo mogućnost eventualnog, danas neprihvatljivog predeliktog kažnjavanja.⁵⁵ Treba primetiti da ovo učenje ne polazi od nekakvog načelnog neprijateljskog uverenja učinioca, o nekoj trajnoj odlici njegove ličnosti; deficit stava ipak se upravlja prema konkretnom učinjenom nepravu. Time se ovaj koncept krivice odvađa od starijih shvatanja, koja su osnov kažnjavanja prepoznavali u nekakvoj „asocijalnosti“ učinioca ili pomenutom manjkavom karakteru, iako se zbog nedovoljne samosvojnosti „ubeđenja“ ni ovde ne može izbeći izvestan deterministički predznak.⁵⁶

ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Objašnjenje, koje u opredeljivanju učinioca za nepravu vidi kamen temeljac kažnjavanja, daje najprihvatljivije sadržinsko određenje krivice. Kažnjavanje kao nanošenje zla učiniocu povodom propuštanja da se izbegne povreda krivičnopravne norme smisleno objašnjava zaštitnu funkciju krivičnog prava, koje ima cilj da ljudska ponašanja upravi ka poštovanju zahteva pravnog poretka.⁵⁷ Osnov ovog kažnjavanja jeste ljudska sloboda. Na temelju ove slobode i kažnjavanje ima za cilj da pored represivne komponente povratno deluje na učinioca, da ovu sferu slobode

51 Čak i u slučaju umišljajnih delikata volja, prema Atanackoviću, ne bi predstavljala osnov prekora. „Volja je sekundarna, ona je samo izraz stava, i zato sama po sebi ne izaziva prekor“ (*ibid.*, fn. 32).

52 H. Otto /1981/: Über den Zusammenhang von Schuld und menschlicher Würde, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, № 11, p. 484.

53 C. Roxin /2006/, *op. cit.*, p. 862.

54 E. Schmidhäuser, *op. cit.*, p. 190.

55 Pojam neprijateljskog stava (ubeđenja) prema zahtevima poretka danas se uglavnom pominje u kontekstu totalitarnog krivičnog prava, koje kažnjavanje ne zasniva na delu već na motivaciji učinioca (tzv. *Gesinnungsstrafrecht*). Kako je ubeđenje, naročito političko, vodilo zloupotrebi krivičnog prava od strane nacional-socijalističke vlasti u Nemačkoj i krivičara koji su ovaj teorijski koncept opravdavali, ovaj pojam nije se ni do danas oslobodio ovog negativnog predznaka.

56 S pravom A. Kaufmann, *op. cit.*, p. 151.

57 H. Otto, *op. cit.*, p. 485.

dotakne. Novi pokušaji oživljavanja determinističkog pristupa objašnjenju zločina ne mogu da reformišu krivično pravo, već upravo suprotno da ga potpuno obesmisle. Čitava građevina krivičnog prava počiva na ideji krivice i lične odgovornosti za učinjeno. Od učenja o krivičnopravnoj radnji, koja zahteva voljnu kontrolu pokreta kao pretpostavku svake odgovornosti, preko dobrovoljnog odustanka, podstrekavanja i mnogih drugih instituta, krivično pravo polazi od toga da je čovek biće koje nosi odgovornost za svoje postupke.⁵⁸ Slobodna volja omogućava sud o krivici i pripisivanje moralne odgovornosti čini uopšte mogućim.⁵⁹ Tek kada čovek stasa i njegov duševni aparat stekne mogućnost da razlikuje dobro od lošeg – otvara se mogućnost da se za protivpravne akte odgovara.

Ovde se međutim moramo još jednom osvrnuti na osnovne primedbe vladajućem stanovištu. Iako apstraktno posmatrano ispitivanje mogućnosti drugačijeg postupanja u konkretnom slučaju izgleda kao nemoguć poduhvat, on se konkretizuje kroz određive zahteve, koji saodređuju sadržaj krivice. Najpre se utvrđuje da li je konkretni učinilac prema svom duševnom aparatu uopšte bio sposoban da pojmi moguća pravna i stvarna dejstva svog ponašanja i da njime upravlja.⁶⁰ Ovaj sud – sud o (subjektivnoj) uračunljivosti – utoliko prethodi ispitivanju, da li je učinilac mogao da ima valjanu svest o zabranjenosti ponašanja i njegovim konkretnim obrisima. Drugim rečima, nakon utvrđivanja da li su na intelektualnom i voljnom planu bile ostvarene pretpostavke stvarne mogućnosti drugačijeg postupanja, utvrđivala bi se svest i volja u odnosu na ostvarenje zakonskog bića neprava i protivpravnosti dela. Čitava subjektivna strana čoveka, njegov intelektualni i voljni aparat, predstavlja predmet suda o krivici. I svesni i voljni deo mora zadovoljiti izvesne pretpostavke da bi se sud o krivici izveo. Tako uračunljivost podrazumeva ispitivanje (istina pretpostavljene) načelne očuvanosti duševnog sklopa, koja je omogućila sposobnost učinioca da rasudi šta njegovo delo čini (sposobnost rasuđivanja) i da se na njegovo vršenje pokrene (sposobnost odlučivanja). Krivičnopravne zahteve na planu radnje takođe oblikuju izvesne pretpostavke koje se tiču ne samo u prvi plan istaknute upravljivosti delom (kontrole pokreta) već i (nju) uslovljavajuće svesnosti dela. Stoga ni nema dela ako se činjenje ili nečinjenje, usled nekog momenta koji udara na situaciono-konkretnu mogućnost svesnog (npr. onesvešćenost) i voljnog (npr. refleks) delovanja, pokazuju kao nezavisni od čovekove ličnosti.⁶¹ Svest o zabranjenosti upravljena je upravo prema (takođe pretpostavljenoj) dostupnosti norme učiniocu. Najzad, shodno zakonskom obličju (čl. 22, st. 1 KZ) predmet suda o krivici čine i nijanse svesti i volje prema konkretnom ispoljenom ponašanju kojim se ostvaruju obeležja krivičnog dela koji odnosnu krivičnopravnu normu povređuje.

58 T. Hillenkamp: *op. cit.*, p. 317.

59 L. E. Chiesa: *op. cit.*, p. 1421.

60 R. Maurach: *op. cit.*, p. 356.

61 Treba primetiti da se prema našoj odredbi o neuračunljivosti svi unutrašnji momenti koji uslovljavaju učiniočevu nesposobnost intelektualnog ili voljnog aparata razmatraju iz ugla neuračunljivosti, a ne neke autonomne nesposobnosti za radnju. Taj momenat zakonodavac izdvaja samo u slučaju *spoljašnjih* činilaca (tzv. neodoljive sile, čl. 21. st. 1 KZ).

Iako se sud o krivici, opredmećen kaznom, upućuje učiniocu, granice kažnjavanja određuje ipak učinjeno *pojedinačno* protivpravno delo. Nastojanja da se kazna prevashodno veže za učinioca, njegov karakter, ličnost ili lična ubeđenja, suviše udaljava krivično pravo od ovog težišta, vodeći poznatim rizicima uvođenja vremenski neodređenih krivičnih sankcija i mera bezbednosti zasnovanih na pretpostavljenoj opasnosti učinioca.⁶² Osim toga, time kažnjavanje gubi represivnu komponentu. Ako krivica predstavlja prekor povodom učinjenog nedela, kažnjavanje neće imati isključivo preventivni karakter samo ukoliko možemo da kažemo da je učinilac mogao da odabere poštovanje prava. Krivičnopravni pojam krivice utoliko ima smisla samo ukoliko je zasnovan na slobodi čovekove volje – *relativnom indeterminizmu*, koji polazi od toga da čovekovo ponašanje, ma koliko uslovljeno različitim individualnim, fizičkim i socijalnim činiocima,⁶³ ipak odlikuje izvesna spontanost u sferi duševnog života i odlučivanja. Čovek ipak nije kauzalno predodređen za vršenje krivičnih dela. Kako Stojanović slikovito primećuje, „isključivi determinizam je doktrina koja je jednako daleko od stvarnosti kao i apsolutni indeterminizam. Dok apsolutni indeterminizam precenjuje čoveka i njegove sposobnosti, determinizam ga svodi na biće nižeg ranga“.⁶⁴ U okolnostima iznudenog (kauzalno determinisanog) izbora, krivica ne bi predstavljala istinski prekor, već samo jedan (neetički) sud društva da je učinilac, kao ličnost koju definišu okolina i njegove unutrašnje karakteristike, na planu onoga što društvo očekuje od svojih pravnih podanika – podbacio,⁶⁵ i gde bi se kazna ravnala prema simptomu opasnosti koji je učinilac delom objavio.

Ne vidimo zbog čega bi nemogućnost egzaktnog dokazivanja mogućnosti drugačijeg postupanja i činjenica da je krivica lična *a priori* isključilo utvrđivanje odstupanja konkretnog učinioca, sa svim njegovim individualnim osobenostima i sposobnostima, od mogućnosti prosečnog čoveka. Ovo odstupanje upravo pokazuje

62 Danas se u evropskom pravu pojačava trend uvođenja mera bezbednosti neodređenog vremenskog trajanja, koje imaju za cilj zaštitu društva od naročito opasnih učinilaca. Mere slične svojoj prirodi, ali krajnje raznovrsne po neophodnim pretpostavkama i dužini (često i doživotnom trajanju), poznaje nemačko (smeštaj radi sigurnosnog čuvanja [Sicherungsverwahrung], čl. 66 StGB), švajcarsko (čuvanje [Verwahrung], čl. 64 schStGB), austrijsko (smeštaj u ustanovi za opasne povratnike [Unterbringung in einer Anstalt für gefährliche Rückfallstäter], čl. 23 öStGB), dansko (preventivno zatvaranje [Forvaring], čl. 70 KZ), norveško (preventivno zatvaranje [Forvaring], čl. 39c KZ), i druga evropska zakonodavstva.

63 Razume se, iako je zbog čovekove načelne slobode njegov izbor u osnovi neuslovljen, ne može se zanemariti činjenica da je ljudsko biće od svog rođenja deo društva, subjekt prava i obaveza. Tvrdjenje o potpuno slobodnom izboru je u neku ruku naivno. Naši izbori su velikim delom oblikovani ličnim iskustvom u kojem se čovek razvija i stupa u društvene odnose, pa se i ova sloboda može označiti samo kao relativna, uslovljena brojnim socijalnim, kulturnim, biološkim i drugim činiocima. Sigurno je da će za nekoga ko je čitav život proveo u kriminogenom okruženju, i koji je svoja dela upravljao prema uzorima koje je pronalazio u takvoj sredini, prostor slobode – da se opredeli za poštovanje prava – nužno biti sužen. To međutim ne znači da je naš sud da je i takav učinilac bio načelno slobodan da se opredeli za poštovanje prava biti pogrešan ili fingiran.

64 Z. Stojanović /2014/: Das präventiv orientierte Strafrecht: Möglichkeiten und Grenzen, u: *Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag*, München, p. 479.

65 G. Mangakis: *op. cit.*, p. 126.

da bi volja takvog zamišljenog uprosečenog građanina njega motivisala u pravcu drugačije odluke. Rečima grčkog krivičara Mangakisa (*Mangakis*), mi se učiniocu možemo obratiti rečima: „Ti si protivpravno postupao, iako si se mogao ponašati saglasno pravu, što se može utvrditi time, da bi prosečan čovek, shodno iskustvu, pod tačno istim spoljnim i unutrašnjim okolnostima vlastitom motivacionom postupku dao jedan sasvim drugi svršetak“.⁶⁶ Da bi međutim prekor ostao lični, a krivica očuvana, ovaj kriterijum ne bi obuhvatio neke uprosečene sposobnosti razumnog čoveka. Socijalno vrednovanje, utemeljeno na iskustvu, uzeće u obzir individualne sposobnosti i karakteristike samog učinioca.⁶⁷ Upoređivanje sa drugim zamišljenim učiniocem nema za cilj da učinioca liši individualnih oznaka, zbog kojih njegovo delo podleže prekoru, već samo da pokaže da bi u datoj situaciji drugo lice, obdareno učiniočevim sposobnostima i u zatečenim objektivnim okolnostima, imalo mogućnost da zahtev krivičnopravne norme uvaži.

Na kraju, nije jednostavno u nekoliko reči opisati ukupan uticaj koji je delo Zorana Stojanovića ostavilo na profesionalni i lični razvoj naše malenkosti. Ljubav i podrška kojom je on tokom svog radnog veka obasipao svoje najbliže saradnike (u koje smo i mi imali privilegiju da budemo svrstani), briga za njihovo stručno napredovanje ali i ukupnu dobrobit, izvanredno poznavanje krivičnopravne doktrine i visoka erudicija, istinsko ljudsko gospodstvo i dostojanstvo – dovoljno govore za sebe. Na mnogaja ljeta, profesore!

LITERATURA

- Aristotel /2012/: *Nikomahova etika*, Sremski Karlovci – Novi Sad.
- Atanacković D. /1991/: Neki problemi u vezi sa objektivno-subjektivnim shvatanjem krivičnog dela, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, № 1–3.
- Bačić F. /1986/: *Krivično pravo. Opći dio*, Zagreb.
- Cerezo Mir J. /1996/: Der materielle Schuldbegriff, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, № 1.
- Chiesa L. E. /2011/: Punishing without Free Will, *Utah Law Review*, № 4.
- Conde F. M. /1978/: Über den materiellen Schuldbegriff, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, № 3.
- Ebert U. /2001/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Heidelberg.
- Engisch K. /1965/: *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, Berlin.
- Engisch K. /1967/: Um die Charakterschuld, *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, № 3–4.
- Figueiredo Dias J. de /1983/: Schuld und Persönlichkeit, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, № 1.
- Fischer T. /2011/: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München.
- Gallas W. /1968/: *Beiträge zur Verbrechenslehre*, Berlin.

66 G. Mangakis: *Ibid.*, p. 139.

67 G. Mangakis: *Ibid.*, p. 140.

- Herren R. /1966/: *Die Gesinnung im Rahmen der vorsätzlichen Tötungsdelikte, insbesondere beim Mord*, Basel.
- Hillenkamp T. /2005/: Strafrecht ohne Willensfreiheit? Eine Antwort auf die Hirnforschung, *Juristenzeitung*, № 7.
- Hirsch H. J. /2010/: Zur gegenwärtigen deutschen Diskussion über Willensfreiheit und Strafrecht, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, № 2.
- Jescheck H.-H., Weigend T. /1996/: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin.
- Kaufmann A. /1961/: *Das Schuldprinzip*, Heidelberg.
- Kohlrausch E. /1910/: *Sollen und Können als Grundlagen der strafrechtlichen Zurechnung*, Berlin.
- Krümpelmann J. /1983/: Dogmatische und empirische Probleme des sozialen Schuldbegriffs, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, № 8.
- Mangakis G. /1963/: Über die Verhältnis von Strafrechtsschuld und Willensfreiheit, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, № 3.
- Maurach R. /1965/: *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Karlsruhe.
- Maurach R., Zipf H. /1992/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Teilband 1. Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat*, Heidelberg.
- Mezger E. /1938/: Die Straftat als Ganzes, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*.
- Moore M. S. /1985/: Causation and the Excuses, *California Law Review*, № 4.
- Otto H. /1981/: Über den Zusammenhang von Schuld und menschlicher Würde, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, № 11.
- Patrijarh Pavle /2010/: *Da nam budu jasnija neka pitanja naše vere. I*, Beograd.
- Roxin C. /2006/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München.
- Roxin C. /1984/: Zur Problematik des Schuldstrafrechts, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, № 3.
- Schiemann A. /2012/: Die Willensfreiheit und das Schuldstrafrecht – eine überflüssige Debatte, *Zeitschrift für das Juristische Studium*, № 6.
- Schmidhäuser E. /1958/: *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, Tübingen.
- Stojanović Z. /2014/: Das präventiv orientierte Strafrecht: Möglichkeiten und Grenzen, u: *Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag*, München.
- Stojanović Z. /2004/: Krivica ili krivična odgovornost, *Branič*, № 3–4.
- Stojanović Z. /2017/: *Krivično pravo. Opšti deo*, Beograd.
- Tiemeyer J. /1986/: Grundlagenprobleme des normativen Schuldbegriffs, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, № 5.
- Tiemeyer J. /1988/: Zur Möglichkeit eines erfahrungswissenschaftlich gesicherten Schuldbegriffs, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, № 3.
- Vuković I. /2013/: Razumevanje krivične odgovornosti i kažnjivosti u srpskom zakonodavstvu i teoriji, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, № 2.
- Welzel H. /1969/: *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, Berlin.
- Wessels J., Beulke W. /2011/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, Heidelberg et al.
- Westen P. /2005/: Getting the Fly out of the Bottle: The False Problem of Free Will and Determinism, *Buffalo Criminal Law Review*, № 2.

Igor Vuković

Faculty of Law, University of Belgrade

MATERIAL CONCEPT OF BLAMEWORTHINESS FROM THE CRIMINAL LAW PERSPECTIVE

SUMMARY

In today's criminal law, blameworthiness is largely understood as a moral reproach against the perpetrator of the crime. The explanation on which this reproach rests mainly moves within a classical understanding of blameworthiness, as the possibility for the perpetrator to make a different choice in the circumstances, and, instead of committing a crime, to decide to respect the law. Although legal liability can hardly be explained at all without this presumption, today, occasionally, especially based on the alleged results of recent medical research, some authors question whether the commission of criminal offenses is causally determined. The author points out the most important views in recent German and Serbian doctrine, and concludes that there are not enough reasons to leave the classical material explanation of blameworthiness.

Key words: blameworthiness, freedom of will, indeterminism, character of the perpetrator.

*Vanja Bajović**

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

ZLOUPOTREBA OPOJNIH DROGA I LEGITIMNOST KRIVIČNOPRAVNE ZAŠTITE

Apstrakt: U radu se razmatra pitanje legitimnosti i efikasnosti krivičnih dela vezanih za opojne droge, sa posebnim akcentom na delo iz člana 246a KZ-a. Za razliku od ponašanja koja su u svakom društvu, vremenu ili sistemu smatrana moralno i društveno neprihvatljivim, stavovi prema korišćenju opojnih droga su prilično ambivalentni i do njihove zabrane dolazi tek u XX veku, kada se razvija svest o njihovoj štetnosti. Međutim pedesetogodišnja praksa je pokazala da se korišćenje opojnih droga ne može iskoreniti strogom kaznenom politikom, a da je zabranom određenih supstanci za kojima postoji potražnja, njihovo tržište samo prebačeno u ruke organizovanih kriminalnih grupa. Poslednjih godina sve su jači glasovi za ublažavanjem pristupa, što ima odjeka u zakonima mnogih zemalja. Na narkomaniju počinje da se gleda kao na zdravstveni, a ne krivičnopравни problem i sve više se insistira na merama lečenja i odvikavanja, umesto na kažnjavanje korisnika. Ova problematika retko je razmatrana u našoj javnosti, ali veliki broj zatvorenika zbog krivičnih dela vezanih za opojne droge, kao i konstantno prisustvo droga na crnom tržištu uprkos strogim kaznama, ukazuje na neophodnost da joj se posveti pažnja.

Ključne reči: opojne droge, krivično pravo, legalizacija, dekriminalizacija

UVOD

Osnovni argument zagovornika stroge kaznene politike po pitanju opojnih droga svodi se na populističku konstataciju da je droga „veliko zlo“ i „najveća pošast modernog doba“, što su nesporne i opšteprihvaćene činjenice mada su u određenoj meri oblikovane i neznanjem i predrasudama. Polazeći od definicije opojnih droga date u Zakonu o psihoaktivnim kontrolisanim supstancama,¹ proizilazi da je svaki građanin koji je makar jednom uzeo Bensedin ili Bromazepan zapravo probao opojnu drogu, a poznato je da je Srbija među državama sa najvećom stopom „uživaoca“ ovih lekova. Supstance koje se nalaze na listi psihoaktivnih kontrolisanih supstanci se uveliko koriste u farmaceutskoj industriji i predstavljaju bazu mnogih lekova u svakodnevnoj upotrebi, što znači da njihova upotreba nije zabranjena, ali je zabranjena njihova zloupotreba, kada se nazivaju drogama i terminološki poprimaju negativnu konotaciju. Po Pravilniku o načinu propisivanja i izdavanja lekova, lekovima se, u smislu pravilnika, smatraju lekovi koji sadrže jednu opojnu drogu ili više opojnih droga koje su posebnim propisom određene da se mogu stavljati u

* Docent, bajovic@ius.bg.ac.rs

1 *Sl. glasnik RS*, br. 99/2010.

promet za medicinske svrhe (čl. 15 st. 1).² Kako sama reč „opojne droge“ izaziva negativne asocijacije, „rat drogama“ i „suzbijanje narkomanije“ uvek dobro posluži kao atraktivna floskula za prikupljanje političkih poena, no problematično je u kojoj meri i krivično pravo treba mešati u celu tu priču?

Ako se pođe od postavke da je krivično pravo *ultima ratio* koje služi zaštititi najvažnijih čovekovih dobra i vrednosti, postavlja se pitanje koliko je krivično pravo pozvano da štiti čoveka od samog sebe, tj. da brine o njegovom zdravlju više nego što on sam brine? Inkriminujući neovlašćeno posedovanje opojnih droga za sopstvenu upotrebu, zakonodavac se našao pozvanim da zadre u tu ličnu sferu, nastojeći da strahom od kazne prevaspita pojedinca. Polazeći od davno postavljene definicije Dž. Stjuarta Mila da se sloboda pojedinca ograničava tamo gde se ugrožavaju tuđa prava, nameće se pitanje odakle legitimitet zakonodavcu da utiče na izbore pojedinca šta će raditi sa svojim životom i svojim telom, ako time ni na koji način ne ugrožava druge? Štaviše, pokušaj samoubistva nije predviđen kao krivično delo, za razliku od posedovanja droge za ličnu upotrebu, iz čega proizilazi da pojedinac ako hoće može da se ubije, ali ne bi smeo da poseduje drogu zarad lične upotrebe jer to može škoditi njegovom zdravlju?! Ovaj pravni cinizam motivisan je drugim razlozima o kojima će biti reči u daljem tekstu, ali je problematično da ovakva rešenja prolaze i imaju podršku javnosti pozivanjem na popularnu floskulu „borbe protiv narkomanije“ koja se, kao ni svaka druga zavisnost, ne može suzbiti strahom od kazne. Štaviše, posledice ovakve politike ogledaju se u prepunim zatvorima zavisnika, u kojima onda nema mesta za učinioce mnogo ozbiljnijih krivičnih dela poput ubistava, razbojništava, silovanja koji ostaju na slobodi čekajući izvršenje kazne.

Razlog za pisanje ovog u velikoj meri nepopularnog i „politički nekorektnog“ rada je poseban i značajan povod – rođendan doskorašnjeg šefa krivičnogpravnog katedre čiji sam član, profesora Zorana Stojanovića, koji je među prvima u stručnoj javnosti hrabro i vizionarski ukazivao na apsurdnost inkriminacije iz člana 246a KZ-a,³ ujedno u mnogim svojim delima upozoravajući i na opasnost od krivičnogpravnog ekspanzionizma.

1. ISTORIJAT ZABRANE

Prva predrasuda je da su psihoaktivne supstance „pošast modernog doba“, a činjenica je da se one koriste „od kad je sveta i veka“. Arheološki podaci ukazuju da su Sumeri i Vavilonci gajili mak iz koga se dobija opijum, a poznato je da su ga u medicinske svrhe koristili i stari Grci i Arapi. U drevnoj Kini i Indiji hašiš se koristio kao sredstvo protiv bolova i lek protiv raznih bolesti. Halucionogene pečurke su široko upotrebljavane u kulturama Asteka i Maja, a osnivanje grada Mikene u staroj Grčkoj pojedini autori takođe dovode u vezu sa vizijom grada koju je doživeo njen

2 Sl. list SRJ, br. 16/94, 22/97 i 52/2002 i Sl. list SCG, br. 1/2003.

3 Z. Stojanović /2013/: Da li je Srbiji potrebna reforma krivičnog zakonodavstva?, *Crimen* (IV) 2/2013, pp. 119–143.

osnivač Persej nakon što je pojeo halucinogenu pečurku (*mykes*) u čiju čast je i dao ime gradu.⁴

Opijum je stigao u Evropu sa Bliskog istoka još u XIII veku, ali se veruje da šira upotreba opojnih droga u Evropi počinje u XIX veku i to u intelektualnim krugovima sklonim eksperimentisanju sa supstancama koje su dolazile iz Egipta i Indije. Primera radi, Šarl Bodler je svoje doživljaje sa opijatima zabeležio u delima „Veštački rajevi“ i „Poema o hašišu“, a Sigmund Frojd je kokain čak preporučivao pacijentima kao sredstvo za otklanjanje bolova.⁵ U to vreme opojne droge su bile u slobodnom prometu i širokoj upotrebi i nije postojala nikakva svest o njihovoj štetnosti. Štaviše, krajem XIX veka primetan je porast potrošnje opijuma i u SAD-u, budući da je on prepisivan od strane lekara kao sredstvo za otklanjanje menstrualnih bolova!⁶ Prvi zakon kojim su ove supstance regulisane donet je 1868. u Velikoj Britaniji (*Pharmacy Act*), ali ne sa ciljem da se ograniči njihova upotreba već motivisan finansijskim razlozima, da se farmakologija odvoji od medicinske profesije. Zakonom je propisano da se opojne droge, uključujući i opijum kao i sve preparate od opijuma ili maka, mogu prodavati u pakovanjima sa označenom imenom i adresom prodavca, kako bi se trgovina efikasnije oporezivala.⁷

Svest o štetnosti opijuma počinje polako da se kreira tek nakon opijumskih ratova koji su vođeni kako bi se Kina primorala na uvoz i slobodnu prodaju opijuma koji je Britanija proizvodila u Indiji.⁸ Jedan od razloga zbog koga je Kina zabranila uvoz bio je i sve veći broj zavisnika od ove supstance, pa se navodi da u to vreme „milioni Kineza najveći deo svog života provode u pušionicama opijuma, utonuli u letargiju i potpunu nezainteresovanost.“⁹ Iako su kolonijalne sile izvojevale vojnu pobjedu, u britanskoj javnosti se postavilo pitanje legitimiteta ovih operacija. U Engleskoj je 1874. osnovano društvo za borbu protiv opijuma, jake lobističke grupe su se zalagale za zabranu proizvodnje i trgovine ovom supstancom, a ubrzo su preduzete i prve akcije na međunarodnom planu. 1909. je osnovana Međunarodna komisija za opijum, a 1912. godine donet je prvi međunarodni dokument vezan za opojne droge – *Haška konvencija o kontroli međunarodne trgovine opijuma, morfijum-*

4 S. Petrović /2003/: *Droga i ljudsko ponašanje*, Partenon, Beograd, pp. 12–13.

5 O istorijatu upotrebe opojnih droga opširnije: S. Petrović: *ibid.*, pp. 7–24.

6 Po nekim procenama, u SAD-u je u to vreme bilo između 150.000 i 200.000 opijumskih zavisnika, od čega većina ženskog pola. S. Kandall /1999/: *Substance and Shadow: Women and Addiction in the United States*, Harvard University Press, pp. 47–48.

7 Iako je Medicinski savet, osnovan 1863. godine, nastojao da zadrži kontrolu nad distribucijom opojnih droga, videvši u tome ogroman profit, ovim zakonom je farmakologija odvojena od medicinske struke. V. Berridge, E. Griffith /1981/: *Opium and the people: Opiate use in nineteenth-century England*, London, Allen Lane; New York, St. Martin's Press, p. 124.

8 Prvi opijumski rat vođen je od 1839. do 1842. između Velike Britanije i Kine, nakon što je Kina zabranila uvoz opijuma koji je Britanija proizvodila u Indiji. U drugom opijumskom ratu (1856–1860.) Britaniji su se pridružile Francuska i SAD, da bi Kina na kraju bila primorana da legalizuje uvoz i trgovinu opijumom. Usled velike potražnje za ovom supstancom, Kina je počela da gaji sopstveni opijumski mak i ubrzo postaje najveći proizvođač opijuma na svetu. O tome: E. H. Parker /1888/: *Chinese Account of the Opium Wars*, the Pagoda Library, dostupno na: <http://library.umac.mo/ebooks/b25903421.pdf>, 12. oktobar 2017.

9 S. Petrović /2003/: *op. cit.*, p. 17.

ma, kokaina i heroína, koja je 1919. godine postala sastavni deo Versajskog mirovnog sporazuma.¹⁰

Svrha donošenja Konvencije nije bila da se opojne droge zabrane već da se pod kontrolu država potpisnica stavi njihova proizvodnja, uvoz, izvoz prodaja i svaki vid distribucije kao i kontrola plantaža i postrojenja u kojima se ove supstance proizvode i prerađuju. To je i bio glavni razlog zbog koga su Kina i SAD kasnije povukle svoje potpise jer su se zalagale za „stroži pristup“ i zabranu opojnih droga, a ne samo njihovu kontrolu. U SAD je 1914. donet zakon (*Harrison Act*) koji je uspostavio posebne dozvole za proizvodnju i prodaju opijuma i kokaina, a svako propisivanje leka koji bi sadržao ove supstance smatrano je krivičnim delom. Kako nadležni organi nisu izdavali licence, opijum i kokain su *de facto* postali nezakoniti. Zabrana je, na isti način proširena i na kanabis, 1937. godine.¹¹

Revidirana konvencija o opijumu potpisana je 1925. godine u Ženevi (*Međunarodna konvencija koja se odnosi na opasne droge*), a stupila je na snagu 25.09.1938. godine.¹² Njome je uspostavljen Stalni komitet za opijum, telo u okviru Lige naroda, zaduženo za kontrolu nad ovom supstancom. Pored toga, listi opasnih droga je, na inicijativu Egipta, dodat i hašiš. Pristupajući ovoj konvenciji, radnje u vezi sa zloupotrebom opojnih droga su u našoj zemlji prvi put inkriminisane Krivičnim zakonom za Kraljevinu Srba, Hrvata i Slovenaca, koji je stupio na snagu 1. januara 1930. godine i to „ne zbog realno postojećih problema sa narkomanijom već zbog međunarodnih obaveza koje je naša zemlja preuzela“.¹³

Nakon toga je primetno pooštavanje stavova prema opojnim drogama i postepeno razvijanje svesti o njihovoj štetnosti. Imajući u vidu iskustva sa opijumskim ratovima, ne iznenađuje da je Kina bila prva država na svetu koja je uvela smrtnu kaznu za krivična dela vezana za opojne droge (1948. godine), a ubrzo nakon toga to čine i Malezija (1952) i Iran (1959). Za vreme vladavine Mao Ce Tung 10 miliona zavisnika poslato je na obavezno lečenje, na hiljade „diler“ je pogubljeno, a plantaže opijuma su preorane i zasađene novim kulturama.

Napori na međunarodnom planu usmereni ka zabrani opojnih droga postaju posebno jaki šezdesetih godina prošlog veka, a najjači glasnogovornici ovog pristupa pored Kine su bile i SAD. Tome je svakako doprinela njihova sve češća upotreba, kako u okviru hipi pokreta koji je predstavljao stecište bunta i nezadovoljstva protiv postojećeg režima, tako i u okviru američke vojske, posebno tokom rata u Vijet-

10 Države potpisnice ovog dokumenta bile su Francuska, Nemačka, Velika Britanija, Italija, Holandija, Portugalija, Rusija, SAD, Kina, Japan, Persija (današnji Iran) i Sijam (današnji Tajland). Tekst Konvencije dostupan na: <https://www.unodc.org/unodc/en/frontpage/the-1912-hague-international-opium-convention.html>, 27. oktobar 2017.

11 O tome: E. M. Brecher /1972/: *The Consumer Union Report on Licit and Illicit Drugs*, dostupno na: <http://www.druglibrary.org/schaffer/library/studies/cu/cu8.html>, 12. oktobar 2017.

12 Tekst konvencije dostupan na: [http://treaties.fco.gov.uk/docs/fullnames/pdf/1928/TS0027%20\(1928\)%20CMD-3244%201925%2019%20FEB,%20GENEVA%3B%20INTL%20CONVENTION%20RELATING%20TO%20DANGEROUS%20DRUGS%20WITH%20PROTOCOL.pdf](http://treaties.fco.gov.uk/docs/fullnames/pdf/1928/TS0027%20(1928)%20CMD-3244%201925%2019%20FEB,%20GENEVA%3B%20INTL%20CONVENTION%20RELATING%20TO%20DANGEROUS%20DRUGS%20WITH%20PROTOCOL.pdf), 12. oktobar 2017.

13 V. Delibašić /2014a/: *Suzbijanje zloupotreba opojnih droga sa stanovišta krivičnog prava*, Službeni glasnik, Beograd, p. 157.

namu.¹⁴ 1961. godine Ujedinjene Nacije donose *Jedinstvenu konvenciju o opojnim drogama*, a deset godina kasnije i *Konvenciju o psihotropnim supstancama*. Razlog za donošenje ovih Konvencija bilo je nastojanje da se uspostavi zabrana korišćenja određenih supstanci, odnosno da se one stave pod medicinsku kontrolu.¹⁵ 1971. godine tadašnji američki predsednik Ričard Nikson objavljuje „rat drogama“ uvodeći stroge sankcije za njihovo posedovanje i distribuciju, a Ronald Regan 1982. godine dodatno pooštrava ovaj pristup uvodeći politiku „nulte tolerancije“ i visokih kazni bez mogućnosti ublažavanja (tzv. *mandatory sentences*). Paralelno sa tim, teku napore za primenom iste politike i na međunarodnom planu i 1988. godine Ujedinjene Nacije donose *Konvenciju protiv nezakonitog prometa opojnim drogama i psihotropnim supstancama*, koja obavezuje države potpisnice da određena ponašanja predvide kao krivična dela, sa krajnjim ciljem da se obezbedi svet bez droga (*drug free society*). Razlog za donošenje ove konvencije bila je zapravo neadekvatnost ranije donetih međunarodnih instrumenata da zaustave stalno rastuću trgovinu opojnim drogama i nedozvoljenim supstancama, a cilj je bio da se inkriminisanjem određenih ponašanja suzbije njihov promet i stane na put organizovanim kriminalnim grupama.

2. POSLEDICE ZABRANE

Druga predrasuda je da upotreba droge može iskoreniti zabranama i kažnjavanjem. Zabrana korišćenja nije dala očekivane rezultate u pogledu smanjenja broja korisnika, već je suprotno tome prema podacima UN-a, njihov broj u konstantnom porastu.¹⁶ Istraživanja su pokazala da strah od kazne ima neznatan uticaj na odvratanje pojedinca od upotrebe droge,¹⁷ kao i da u državama sa strožom kaznenom politikom nije niža stopa zavisnika u poređenju sa „liberalnijim“ državama.¹⁸ Primera radi, uprkos strogim kaznama i politici „nulte tolerancije“, po izveštajima Svetske zdravstvene organizacije „SAD ima veću stopu upotrebe kokaina i kanabisa

14 O tome: L. Gallagher /2014/: Should the United States move towards Portugal's Decriminalization of Drugs?, 22 *U. Miami Int'l & Comp. L. Rev.* pp. 207–231.

15 U uvodu Jedinstvene konvencije o opojnim drogama, stoji da je „medicinska upotreba opojnih droga neophodna za ublažavanje bolova i da određene mere moraju biti preduzete kako bi se obezbedilo da opojne droge budu raspoložive u tu svrhu“. Tekst Konvencije dostupan na: https://www.unodc.org/documents/commissions/CND/Int_Drug_Control_Conventions/Ebook/The_International_Drug_Control_Conventions_E.pdf, 30. oktobar 2017.

16 Procenjuje se da je 2003. godine oko 185 miliona ljudi širom sveta uzrasta od 15–64 godine (4,7% svetske populacije) konzumiralo neku opojnu drogu u proteklih godinu dana (UNDOC /2004/: *World Drug Report 2004*, United Nations, Vienna, p. 8), da bi 2014. godine taj broj porastao za 33 %, i to na 247 miliona, što je 5,2 % svetske populacije! (UNDOC /2016/: *World Drug Report 2016*, United Nations, Vienna, p. 8). Isto tako, procenjuje se da je promet opijuma i heroina u periodu od 1979. do 2009. godine, porastao za 380%. Vidi: United Nations Office on Drugs and Crime /2010/: *World drug report 2010*, dostupno na: <http://www.unodc.org/unodc/en/data-and-analysis/WDR-2010.html>, 23. oktobar 2017.

17 G. Murkin /2014/: Drug Decriminalization in Portugal, Transform Drug Policy Found, dostupno na: <http://www.tdpf.org.uk/resources/publications/drug-decriminalisation-portugalsetting-record-straight>, 12. novembar 2016.

18 L. Gallagher /2014/: *op. cit.*, pp. 207–231.

od drugih razvijenih država, poput Holandije ili Portugalije, sa znatno liberalnijom kaznenom politikom.“¹⁹

Međutim, krivičnopravna represija rezultirala je neočekivanim posledicama na drugoj strani. Veruje se najpre da je zabrana korišćenja jedan od uzročnika pandemije HIV-a i hepatitisa C. Procenjuje se da danas oko 33 miliona ljudi širom sveta živi sa virusom HIV-a, od čega je 1/3 zaraženih među intravenskim korisnicima heroina i opijuma. Ovo je posebno primetno u državama koje imaju vrlo represivnu kaznenu politiku prema drogama, a gde se broj zaraženih utrostručio nakon 2000 godine.²⁰ Razlozi za ovakvo stanje ogledaju se u sledećem. *Prvo*, strah od lišenja slobode zbog korišćenja opojnih droga odvlači korisnike od testiranja na HIV i drugih preventivnih mera. Tome doprinosi stigmatizacija i diskriminacija zavisnika u medicinskim ustanovama, uskraćivanje pružanja medicinskih usluga ili negativan test na narkotike kao uslov za pružanje medicinske pomoći, kao i strah od kršenja klauzule poverljivosti između lekara i pacijenta koja dovodi do straha od testiranja. *Drugo*, ograničen pristup sterilnim iglama dovodi do deljenja pribora među korisnicima. *Treće*, zabrana ili ograničavanje određenih terapija baziranih na nedozvoljenim supstancama kao što je, primera radi, terapija metadonom koja je ograničena u mnogim državama a u Rusiji čak i zabranjena.²¹ *Četvrto*, nedostatak preventivnih mera u zatvorima, razmena nesterilnog pribora i nezaštićeni polni odnosi dovode do velikog širenja pandemije HIV-om među zatvorskom populacijom. Iako se ovi podaci mahom odnose na intravenske korisnike opojnih droga, ne sme se zanemariti činjenica da se ove zaraze lako prenose polnim putem i putem krvi, pa ne iznenađuje procvat zaraze i među „zdravom“ populacijom. Ilustracije radi, represivan „ruski pristup“ koji podrazumeva zabranu lečenja metadonom i ograničen pristup sterilnom priboru doveo je do toga da je danas, po nekim procenama, svaki stoti građanin Rusije zaražen virusom HIV-a, a procenjuje se da će do 2020. godine u Rusiji biti zaraženo tri miliona ljudi.²²

Socijalno pravne posledice zabrane ogledaju se u procvatu kriminala, posebno onog organizovanog. Trgovina nedozvoljenim supstancama jedan je od najunosnijih biznisa organizovanog kriminaliteta, pa organizovane kriminalne grupe „najveći deo svojih nelegalnih profita zarađuju učestvovanjem u proizvodnji i prometu zabranjenih psihoaktivnih supstanci, odnosno raznovrsnih droga, čime stiču ogromnu finansijsku moć.“²³ Pristup „dvostrukog koloseka“ uspostavljen UN konvencijom iz

19 Drug Policy Alliance /2013/: *Approaches to Decriminalizing Drug Use Possession*, dostupno na: <http://www.abwfct.org/wpcontent/uploads/2013/03/DPAFact-SheetApproaches-to-Decriminalizing-DrugUse-and-Possession.pdf>, 12. oktobar 2017.

20 Najmnogoljudnije države poput SAD-a, Rusije i Kine, imaju i najveći procenat intravenskih korisnika među kojima je i najviše zaraženih HIV-om i to 12% u Kini, 16% u SAD-u i 37% u Rusiji. *UNAIDS report on the global AIDS epidemic*, dostupno na: http://www.unaids.org/globalreport/documents/20101123_GlobalReport_full_en.pdf, 1. jun 2017.

21 R. P. Mattick et al. /2009/: *Methadone maintenance therapy versus no opioid replacement therapy for opioid dependence*, *Cochrane Database Syst Rev*, 2009/3, dostupno na: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/12804430>, 12. avgust 2017.

22 Vidi: J. Csete et al. /2016/: *Public health and international drug policy*, *The Lancet* Vol. 387, p. 1441.

23 M. Škulić /2015/: *Organizovani kriminalitet– pojam, pojavni oblici, krivična dela i krivični postupak*, Službeni glasnik, Beograd, pp. 274–275.

1961. godine vodio je i nastanku dva paralelna tržišta – jedno je tržište dozvoljenih „droga“, koje je pod kontrolom farmaceutske industrije, a drugo je tržište onih nedozvoljenih, koje je u rukama organizovanih kriminalnih grupa. Ali karakteristično je da i za jednim i za drugim postoji i oduvek je postojala potreba i da ih krivično pravo svojim sankcijama ne može izbaciti iz upotrebe. Ilustrativan i kompatibilan primer je nastojanje američkih vlasti početkom XX veka da zabrane alkoholna pića (čuveno doba prohibicije) koja je dovela do pojave i jačanja organizovanog kriminaliteta u SAD-u. Proizvodnja, uvoz i prodaja alkohola su zabranjeni 1920. godine, (dakle par godina nakon što je donet pomenuti Harisonov zakon kojim su zabranjeni i opijum i kokain), ali kako je alkohol bio najčešće upotrebljavana „rekreativna droga“, ova zabrana je i izazvala najveću pometnju u javnosti i ukinuta je 13 godina kasnije. Kao jedna i danas vidljiva posledica ovog, po rečima M. Škulića „socijalnog eksperimenta“, je strahovito jačanje organizovanog kriminaliteta u SAD-u, koji je opstao i nakon ukidanja prohibicije.²⁴

Organizovane kriminalne grupe naime, samo oslušuju „potrebe tržišta“, a kada se nešto, za čime postoji potreba ukloni sa tržišta, stvara se prostor za stvaranje i jačanje crnog, podzemnog tržišta. Zato je i razumljivo da je u vreme sankcija u Srbiji, cvetao šverc cigareta, benzina i ostalih deficitarnih proizvoda, jer ono za čime postoji potreba uvek pronađe put na tržište. Zakon ponude i potražnje u ovakvim slučajevima nadjačava krivičnopravne ili međunarodnopravne zabrane. Iz tog razloga se ističe da su u „ratu drogama“ zapravo najviše profitirale organizovane kriminalne grupe, čiji se godišnji prihodi od „narko-tržišta“ procenjuju i na 300 biliona dolara,²⁵ a zabrane ih zapravo štite od oporezivanja, regulisanja i „kontrole kvaliteta“ njihovih proizvoda. Po rečima jednog američkog šerifa, heroin ili kokain nabavljeni za 500\$ u zemlji porekla će uvoznicima doneti prihod od 100.000\$ samo u jednom američkom gradu, pa sve svetske policije, vojske, zatvori i kazne ne mogu da zaustave tržište koje ostvaruje takav, neoporezovani profit.²⁶

Prateće posledice ovoga su korupcija policije, pravosudnih organa i političara²⁷ i pranje „prljavog“ novca, koji završava u legalnim tokovima.²⁸ Na taj način pojedine kriminalne organizacije faktički postaju jače i od same države,²⁹ što je posebno karakteristično za Latinsku Ameriku koja je najveći izvoznik kokaina. Ista je situacija i u Avganistanu, koji je danas najveći proizvođač i izvoznik opijuma, pa se ratovi koji se danas tamo vode ponekad nazivaju „opijumskim ratom“ XXI veka.³⁰

24 M. Škulić /2015/: *ibid.*, p. 279.

25 ACLU, „*Against Drug Prohibition*“, dostupno na: <https://www.aclu.org/other/against-drug-prohibition>, 12. oktobar 2017.

26 Dostupno na: <http://www.druglibrary.org/think/~jnr/nr0796.htm>, 23. oktobar 2017.

27 Između 1993. i 1997. više od polovine svih policajaca osuđenih za korupciju u SAD-u, bilo je korumpirano za dela vezana za opojne droge. Vidi: M. McFarland Sánchez-Moreno /2015/: *Winding Down the War on Drugs: Reevaluating Global Drug Policy*, *Harvard International Review* 36, p. 4.

28 Stoga ne iznenađuje da je UN Konvencija iz 1988. godine prvi međunarodni dokument koji je predvideo mere protiv pranja novca, uvidevši da se najčešće „pere“ novac sa narko tržišta.

29 O tome: M. Škulić /2015/: *op. cit.*, pp. 275–276.

30 Procenjuje se da talibani i ostale ekstremističke grupe na Pakistansko-Avganistanskoj granici, zarađuju godišnje oko 500 miliona dolara na trgovini opijumom. O tome: M. Chossudovsky, *The Spoils of War: Afghanistan's Multibillion Dollar Heroin Trade*, dostupno na: <https://www.globalresearch.ca/the-spoils-of-war-afghanistan-s-multibillion-dollar-heroin-trade/91>, 20. oktobar 2017.

Crno tržište rađa i nasilnički kriminalitet kao sredstvo u obračunima narko kartela za prevlast na tržištu, profit i način za namirenje dugova. Primera radi, u Meksiku je u periodu od 2006. do 2011. godine zbog trgovine narkoticima ubijeno 40.000 ljudi, od čega je 60% pripadnika narko kartela, 27% policajaca i državnih službenika i 13% slučajnih prolaznika.³¹ Veruje se da zabrane kreiraju nasilje jer stvaraju crno tržište na kome kupci i prodavci ne mogu da reše svoje nesuglasice putem tužbi i mehanizama sudske zaštite, već je pribegavanje nasilju jedini način rešavanja sporova, kao što je bio slučaj i sa tržištem alkohola u vreme prohibicije. Prateći problem je i prebukiranost zatvora u kojima je, po podacima UN-a iz 2016 godine, 18% zatvorenika osuđeno zbog krivičnih dela u vezi sa opojnim drogama.³²

3. PROMENA ORUŽJA U RATU DROGAMA

Imajući u vidu ovakvo stanje, sa razlogom se navodi da je represivna kaznena politika u borbi protiv narkomanije nanela više štete nego droge same po sebi.³³ Zbog toga su početkom XXI veka sve jači glasovi ne samo za dekriminalizacijom krivičnih dela vezanih za opojne droge, već i za legalizacijom opojnih droga i stavljanjem tržišta pod kontrolu države. Nakon pedesetogodišnjeg bezuspešnog „rata drogama“, sve više se kreira svest da se narkomanija ne može suzbiti krivičnopravnim mehanizmima, već da je reč o zdravstvenom problemu koji treba rešavati medicinskim merama.

Interesantno je da najjači glasovi za legalizacijom dolaze upravo iz Latinske Amerike, koja i ima najviše problema sa narko kartelima. Tako su predsednici Kolumbije i Hondurasa apelovali na SAD i Evropsku Uniju da započnu globalnu debatu o legalizaciji,³⁴ a 2011. godine nekolicina svetskih lidera osniva organizaciju (*Global Commission on Drug Policy*), koja se zalaže za legalizaciju opojnih droga i stavljanje njihovog tržišta pod kontrolu država.³⁵ Članovi i osnivači ove organizacije su, između ostalih Kofi Anan, bivši generalni sekretar UN-a, predsednici Kolumbije, Poljske, Čilea, Portugala, Meksika, poznati pisac Mario Vargas Ljosa i mnoga druga „zvučna“ imena iz sveta politike, nauke i umetnosti.³⁶ Par godina unazad su

31 S. Ferragut /2012/: *Organized Crime, Illicit Drugs and Money Laundering: the United States and Mexico*, dostupno na: https://www.chathamhouse.org/sites/files/chathamhouse/public/Research/International%20Security/1112pp_ferragut.pdf, 20. oktobar 2017.

32 UNODC /2016/: *op. cit.*, p. 101, dostupno na: http://www.unodc.org/doc/wdr2016/WORLD_DRUG_REPORT_2016_web.pdf, 2. oktobar 2017.

33 Global Commission on Drug Policy /2016/: *Advancing Drug Policy Reform: A new approach to Decriminalization*, Report, p. 13, dostupno na: <http://www.globalcommissionondrugs.org/wp-content/uploads/2016/11/GCDP-Report-2016-ENGLISH.pdf>, 20. oktobar 2017.

34 Honduras je tranzitna ruta za uvoz kokaina iz Kolumbije u SAD i dnevno ima na desetine ubistava, od čega je 70% uzrokovano trgovinom narkoticima.

35 Više o ovoj organizaciji dostupno na: <https://www.globalcommissionondrugs.org/>, 27. oktobar 2017.

36 Tako je bivši generalni sekretar UN-a Kofi Anan u jednom intervjuu rekao da su „droge opasne, ali da je represivna kaznena politika koja se vodi, još opasnija.“ Dalje je naglasio da je ovakva politika samo dovela do procvata ilegalnog narko tržišta, a da krivično sankcionisanje dodatno otežava život zavisnicima koji nisu kriminalci već pacijenti kojima je potrebno lečenje... Legali-

Ujedinjene Nacije i Svetska zdravstvena organizacija pozvale na dekriminalizaciju posedovanja opojnih droga za ličnu upotrebu, a 2014. godine je, po prvi put u istoriji borbe protiv droga i Bela kuća ublažila pristup priznajući da je korišćenje droga zdravstveni problem i da zavisnost treba sprečavati i lečiti, a ne kažnjavati.

Generalni sekretar UN-a Antonio Guterres je istakao da se protiv narkomanije treba boriti prevencijom i lečenjem, a ne pretvaranjem zavisnika u kriminalce te da „milioni ljudi širom sveta svakodnevno koriste opojne droge bez nanošenja štete trećim licima... njihovo kažnjavanje je štetno i neproporcionalno, a dovodi u pitanje pravo na privatnost, pravo na ljudsko dostojanstvo i slobodan lični razvoj.“³⁷

Ovakva argumentacija polazi od liberalne postavke da država ima pravo da se upliće u privatni život pojedinca, samo ako je to uplitanje neophodno u cilju sprečavanja štete drugome ili povrede prava drugog lica. Primera radi, razgovori se ne smeju prislušivati i stanovi se ne smeju pretresati, osim ako je to neophodno kako bi se sprečilo ili dokazalo izvršenje teškog krivičnog dela. Zadatak krivičnopravnih normi je da „odvrate pojedince od takvih ponašanja koja su štetna za *tuđa pravna dobra* i da ih usmere na ponašanja koja su u skladu sa pravnim normama“.³⁸ Međutim, kod kažnjavanja za upotrebu opojnih droga država sebi daje za pravo da nameće pojedincu lične izbore zarad njegove „dobrobiti“, kao kad bi ga primera radi, krivično kažnjavala zbog nezdrave hrane koju jede ili ekstremnih sportova kojima se bavi ili zbog neredovnih sportskih aktivnosti i lekarskih pregleda. U državama u kojima se na lekarske preglede čeka i po nekoliko meseci, argumentacija koja se poziva na dobrobit pojedinca zvuči pomalo cinično. Posedovanjem opojne droge za ličnu upotrebu ne dovode se u pitanje prava drugog pa je apstraktna žrtva sam korisnik odnosno njegovo zdravlje. Zdravlje isto tako može biti ugroženo i uzimanjem prevelike doze dozvoljenih lekova, pa takvi lekovi nisu zabranjeni, već se korisnici samo upozoravaju na neželjena dejstva. Zbog toga se i veruje da bi legalizacija opojnih droga i stavljanje tržišta pod kontrolu država imalo ne samo finansijske već i zdravstvene benefite, tako što bi se omogućila kontrola kvaliteta proizvoda i smanjila stopa smrtnosti, korisnici bi se na adekvatniji način upozoravali o neželjenim dejstvima, zabranila bi se prodaja maloletnicima i t. sl.

Sa druge strane, osnovni kontra argument i razlog za uvođenje zabrane opojnih droga šezdesetih godina dvadesetog veka, baziran je na njihovoj štetnosti. Međutim zabranama, kako se vidi, droge nisu iskorenjene, već su samo prebačene na crno tržište, pa se stoga ističe da je korišćenje droge realnost koju država mora da prizna i da se pomiri sa činjenicom da je neće iskoreniti strogom kaznenom politikom.³⁹

zacija bi doprinela da država uspostavi bolju kontrolu i ograniči promet nad ovim susptancama putem izdavanja posebnih dozvola za njihovu proizvodnju i prodaju i receptata za njihovo korišćenje, te da se javnost adekvatnije informiše o dejstvima ovih supstanci... To je daleko delotvorniji pristup od zabrane koja se ne poštuje. Dostupno na: <http://www.spiegel.de/international/world/kofi-annan-on-why-drug-bans-are-ineffective-a-1078402.html>, 23. oktobar 2017.

37 Dostupno na: <https://merryjane.com/news/un-who-call-for-decriminalization-of-all-illegal-drugs>, 23.10.2017.

38 Z. Stojanović /2010/: Krivičnopravni ekspanzionizam i zakonodavstvo Srbije –u: *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja IV deo* (Đ. Ignjatović, ed.), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu (biblioteka Crimen), Beograd, p. 32

39 Global Commission on Drug Policy /2016/: *op. cit.*, p. 7.

Pored toga i druge supstance poput duvana i alkohola su podjednako štetne i stvaraju zavisnost, ali kako su dozvoljene onda je i njihovo konzumiranje društveno prihvatljivo. U vezi sa tim, američki filozof Dž. Šer ironično primećuje da „svaki argument u prilog zabrani korišćenja droga ujedno ide i u prilog zabrani korišćenja alkohola, pa oni koji govore u prilog zabrane drogama ali ne i alkoholu samo govore u prilog svog omiljenog opijata.“⁴⁰ Postoji i bojazan da bi legalizacija povećala upotrebu opojnih droga i dovela do veće stope zavisnosti, što je donekle i opravdano imajući u vidu da čim je nešto teže dostupno teže ga je i pribaviti, ali isto tako ima istine i u onome da je „zabranjeno voće slađe“ pa posebno mladima predstavlja izazov. Laicima je prva pomisao na legalizaciju slika narko-dilera koji stoji ispred škole i prodaje drogu deci, ali to je zapravo slika koju danas imamo, u doba „rata drogama“. Legalizacija bi suprotno tome, značila stavljanje ovog tržišta pod kontrolu države, a samim tim i onemogućavanje prodaje maloletnicima. Statistički se liberalnija politika u pogledu opojnih droga ne može dovesti u vezu sa većom stopom korisnika i obratno.⁴¹ Na kraju, ističe se da konzumiranje opojnih droga ne utiče štetno samo na uživaoca, već i na članove porodice, decu i bliska im lica, kao i na treća nepoznata lica koja postaju žrtve nasilja i kriminaliteta izazvanog upotrebom narkotika. U vezi sa tim, svi argumenti u prilog zabrane drogama govore i u prilog zabrane alkoholu koji je najčešći uzrok saobraćajnih nesreća i nasilničkog kriminaliteta, a na isti način utiče i na porodicu alkoholičara. Isto tako „kockari“ i „preljubnici“ dovode u pitanje dobrobit svoje porodice, pa opet kockanje i preljuba nisu predviđeni kao krivična dela.

Shodno tome, ako je osnovni motiv zakonodavca za zabranu opojnih droga zdravlje pojedinca, onda korišćenje opojnih droga i treba tretirati kao zdravstveni a ne krivičnopravni fenomen. Poslednjih godina sve su prisutnije tendencije u tom pravcu. Iako opojna droga nigde nije legalizovana (jer bi legalizacija, između ostalog zahtevala od države da preuzme „tržište“ od organizovanih kriminalnih grupa i zakonski ga uredi), sve veći broj država dekriminalizuje posedovanje opojne droge za ličnu upotrebu i učinioce umesto u zatvore šalje na lečenja, nastojeći da na taj način pomogne pojedincu.

4. UPOREDNO PRAVNI PRIKAZ

Navedene tendencije polako imaju odjeka i na zakonodavnom planu, mada je i dalje, globalno posmatrano, politika u pogledu opojnih droga veoma neujednačena. Dok muslimanske države imaju veoma strogu kaznenu politiku po ovom pitanju, pa je neretko i samo neovlašćeno posedovanje droge za ličnu upotrebu kažnjivo smrtnom kaznom, sve više evropskih i latinoameričkih država dekriminalizuje ovo delo. Pored toga, razlikuje se i lista nedozvoljenih supstanci, pa je tako u muslimanskim zemljama korišćenje alkohola zabranjeno, Mormonska crkva zabranjuje kafu jer sa-

40 G. Sher /2003/: On the Decriminalization of Drugs, 22 *Crim. Just. Ethics* 30, p. 32.

41 N. Eastwood, E. Fox, A. Rosmarin /2016/: *A Quiet Revolution: Drug Decriminalisation Across the Globe*, Release, UK, p. 7, dostupno na: <https://www.release.org.uk/sites/default/files/pdf/publications/A%20Quiet%20Revolution%20-%20Decriminalisation%20Across%20the%20Globe.pdf>, 15. oktobar 2017.

drži kofein za koji se veruje da šteti „duhu i telu“, a u Butanu je i duvan zabranjen, pa pušenje predstavlja krivično delo. Sa druge strane, pojedine biljke koje su na listi opojnih droga su u Africi „nacionalno blago“ i koriste se u religijskim ritualima, u Peruu, Boliviji i drugim državama Srednje i Južne Amerike je uobčajeno žvakanje lista koke, dok je u nekim zemljama Dalekog istoka uživanje hašiša i marihuane sasvim uobičajena pojava.⁴²

Latinoameričke države, koje imaju najviše problema sa narko kartelima jer su polazišta ili tranzitne rute opojne droge, najjače se i zalažu za liberalniji pristup po ovom pitanju. Ustavni sud *Kolumbije* je još 1994. godine proglasio neustavnim krivično sankcionisanje zbog posedovanja manje količine opojne droge za ličnu upotrebu pod obrazloženjem da se time prava trećih lica ne ugrožavaju, a da se dovodi u pitanje ustavom zagarantovano pravo pojedinca na privatnost i slobodan lični razvoj.⁴³ Nakon toga je precizirano šta se smatra „manjom količinom“ kroz kvantitativno određivanje količine supstance čije je posedovanje dozvoljeno. Situacija je izmenjena 2009, kada je posedovanje opojne droge za ličnu upotrebu svrstano u prekršaje za koje se između ostalog može izreći i kazna zatvora, ali je 2012. godine Ustavni sud ponovo ove odredbe proglasio neustavnim,⁴⁴ čime je faktički legalizovano posedovanje manje količine opojne droge za ličnu upotrebu. I Vrhovni sud *Argentine* je 2009. godine stao na stanovište da krivično sankcionisanje lica zbog posedovanja opojne droge za ličnu upotrebu prestavlja kršenje ustavom zagarantovanih prava na privatnost, dostojanstvo i slobodan razvoj ličnosti, ali sudska praksa nije imala efekte na zakonodavnom planu, jer inicijative za dekriminalizaciju ovog dela nisu dobile zahtevanu većinu u Kongresu.⁴⁵ U *Meksiku* je 2009. godine posedovanje opojne droge za ličnu upotrebu *de facto* dekriminalizovano, tako što je Republički javni tužilac izdao obavezno uputstvo za postupanje da se ne pokreću krivični postupci protiv lica kod kojih je pronađena manja količina opojne droge ispod određenog iznosa. *Urugvaj* je bio prva država na svetu koja je zakonom dozvolila i uredila korišćenje kanabisa, ne samo u medicinske već i u „rekreativne“ svrhe, a u *Čileu* je 2015. godine legalizovano korišćenje kanabisa u medicinske svrhe a razmatra se i legalizacija uzgajanja kanabisa za ličnu upotrebu.⁴⁶ Posedovanje opojne droge za ličnu upotrebu je iz sfere krivičnog prebačeno u sferu prekršajnog zakonodavstva i na Kostarici, Ekvadoru, Paragvaju i Brazilu.⁴⁷

42 V. Delibašić /2014a/: *op. cit.*, p. 15. U vezi sa tim, interesantno je pomenuti da je alkohol u islamu nedozvoljen jer je zabranjen Kuranom, ali se zato drevna tradicija pušenja hašiša provlači kroz celu istoriju islama, a u srednjem veku se hašiš dosta koristio i u medicinske svrhe.

43 D. Guzmán, R. Yepes /2010/: *Prohibition, a Backwards Step: the personal dose in Colombia*, Series on Legislative Reform on Drug Policies Nr. 4, p. 3, dostupno na: <https://www.tni.org/files/download/dlr4.pdf>, 27. oktobar 2017.

44 N. Eastwood, et. al.: *op. cit.*, p. 13.

45 Poslednja takva inicijativa podneta je 2014. godine, a imajući u vidu da je 2015. na vlast došao konzervativni lider Mauricio Makri (Mauricio Macri), veliki protivnik dekriminalizacije, teško je očekivati da će se nešto u tom pogledu promeniti u bliskoj budućnosti.

Vidi: N. Eastwood et. al.: *ibid.* p. 13.

46 U junu 2015. Vrhovni sud Čilea je osobodio okrivljenog koji je prvobitno osuđen na zatvorsku kaznu jer je uzgajao biljku kanabisa za ličnu upotrebu, ukazavši na neophodnost reforme u smislu dekriminalizacije ovog dela. N. Eastwood et. al.: *ibid.*, p. 17.

47 Opširnije: N. Eastwood et. al.: *ibid.*, pp. 19–27.

U SAD-u koje su predvodile pedesetogodišnji „rat drogama“ poslednjih godina je primetan liberalniji pristup ali samo u pogledu kanabisa, ne i drugih opojnih droga. Iako je korišćenje, posedovanje, prodaja i uzgajanje kanabisa kažnjivo po federalnom zakonu, federalna vlada je dozvolila državama članicama da legalizuju njegovo korišćenje u medicinske i rekreativne svrhe ali pod zakonom predviđenim uslovima. Neke američke države (Kalifornija, Aljaska, Nevada, Kolorado, Masaučests, Oregon) su u skladu sa tim legalizovale marihuanu, druge su je legalizovale samo u medicinske svrhe (Arizona, Arkanzas, Florida, Džordžija, Havaji, Luizijana, i dr.), dok u trećima njeno posedovanje i prodaja i dalje povlači krivičnu odgovornost.

Trenutno najliberalnija evropska država po pitanju politike prema korišćenju opojnih droga nije Holandija, kako se to uobičajeno misli zbog liberalne politike prema kanabisu, već *Portugalija* u kojoj je 2001. godine donet zakon kojim je dekriminalizovano posedovanje manje količine svih opojnih droga, za sopstvenu upotrebu. Devedesetih godina prošlog veka, Portugal je bio na vrhu liste evropskih zemalja po broju konzumenata opojnih droga, što je vodilo i drugim problemima pre svega drastičnom porastu obolelih od HIV-a. Uvidevši da represivni pristup ne daje rezultate, na ovo je počelo da se gleda kao na medicinski fenomen, pa je umesto na kažnjavanje, akcenat stavljen na lečenje. Lice kod koga se pronađe manja količina opojne droge se izvodi pred posebnu tročlanu komisiju koju čine pravnik, lekar i socijalni radnik, gde se u nesudskoj atmosferi, kroz razgovor sa korisnikom procenjuje da li je potrebno uputiti ga na lečenje. Ako je učinilac prvi put uhvaćen sa opojnom drogom i ako komisija utvrdi da nije zavisnik, prolazi sa opomenom, dok u drugim slučajevima komisiji stoji na raspolaganju široka lepeza prekršajnih sankcija uglavnom usmerenih na lečenje i sprečavanje konzumiranja, bez mogućnosti izricanja kazne zatvora.⁴⁸ Ne pravi se razlika između tzv. lakih i teških droga, a „mala količina“ se određuje prema količini potrebnoj prosečnom korisniku za desetodnevnu upotrebu. Sve preko toga se kvalifikuje kao prodaja i stavljanje u promet opojnih droga, što podleže krivičnom gonjenju i strogim krivičnim sankcijama.⁴⁹

Dosta liberalnu politiku po ovom pitanju ima i *Španija*, gde posedovanje opojne droge za ličnu upotrebu nikada nije bilo predviđeno kao krivično delo, već prekršaj kažnjiv novčanom kaznom. Vrhovni sud Španije je još 1971. godine istakao da je kod krivičnih dela protiv zdravlja ljudi objekt zaštite javno zdravlje, što ne podrazumeva pravo države da utiče na način na koji će pojedinac brinuti o svom sopstvenom zdravlju, ako na taj način ne ugrožava zdravlje drugih lica. Količine koja predstavljaju „granicu“ između prekršaja i krivičnog dela su visoke u poređenju sa drugim evropskim državama. Uzgajanje kanabisa za ličnu upotrebu takođe ne pred-

48 Komisija procenjuje stepen zavisnosti, okolnosti u kojima dolazi do uzimanja narkotika, vrstu opojne droge koja se koristi, lične i imovinske prilike lica, a sankcije koje mu se mogu izreći su opomena, zabrana posećivanja određenih mesta, zabrana sastajanja sa određenim licima, periodično javljanje komisiji ili medicinskoj ustanovi, oduzimanje dozvolje za nošenje oružja, obavezno lečenje, rad u javnom interesu ili novčana kazna koja ne može premašivati iznos prosečnog nacionalnog bruto dohotka.

49 Više o portuglaskom modelu: J. Ćirić /2012/: Borba protiv droge putem dekriminalizacije – slučaj Portugalije, *Strani pravni život*, 2/2012, pp. 308–317.

stavlja krivično delo već prekršaj koji postoji „ako se biljka uzgaja na mestu vidljivom za javnost“. Štaviše Vrhovni sud Španije je u drugoj odluci stao na stanovište da „kada se droga konzumira u krugu prijatelja u zatvorenom, privatnom prostoru i ne distribuira trećim licima, nema krivičnog dela, budući da se na taj način zdravlje trećih lica ne dovodi u pitanje, već se radi o pravu punoletnih građana da slobodno odlučuju o svom zdravlju u okvirima svoje privatnosti“.⁵⁰ Nakon ove odluke u Španiji se formiraju posebna „udruženja uživaoca kanabisa“, kao neprofitne, nevladine organizacije, u čijim prostorijama se kanabis može slobodno konzumirati.⁵¹

Holandija je poznata po liberalnoj politici po pitanju opojnih droga, posebno kanabisa, ali je pogrešno verovanje da su tamo droge dozvoljene imajući u vidu da je proizvodnja, uzgajanje i preprodaja opojnih droga zabranjena još opijumskim zakonom iz 1928. godine. Zakon je izmenjen 1976. godine kada je napravljena razlika između, „lakih“ (gde primera radi spada kanabis i halucinogene pečurke) i „teških“ droga (heroin, kokain, amfetamini), sa ciljem da se liberalnijim pristupom u pogledu „lakih“ droga, teže droge učine teže dostupnim. Zakon nije dekriminalizovao prodaju kanabisa, ali je tužiocima izdato uputstvo da ne pokreću krivične postupke u slučaju da kod lica pronađu manje od 5 grama kanabisa.⁵² Ovakav sistem vodio je osnivanju čuvenih Coffee shop-ova, zakonom ovlašćenih na prodaju kanabisa i oporezivanih od strane države.⁵³ Korišćenje droge, samo po sebi, nikada nije predstavljalo krivično delo, ali njeno posedovanje iznad dozvoljene količine jeste, budući da se delo tada kvalifikuje kao prodaja ili stavljanje u promet opojnih droga, za koje se može izreći kazna zatvora do 12 godina. U tom smislu dozvoljena količina je posedovanje do 5 gr kanabisa, ili manje od 0,5 grama „teških droga“, što je manje u poređenju sa drugim evropskim državama koje takođe tolerišu posedovanje.⁵⁴

Iako je posedovanje opojne droge za sopstvenu upotrebu u *Nemačkoj* krivično delo, ono je faktički dekriminalizovano tako što je zakonom iz 1992. Godine tužiocima dato diskreciono ovlašćenje da ne pokreću krivični postupak protiv lica kod kojih je pronađen kanabis, ako je reč o lakšem delu i nema interesa za krivično gonjenje. Procena da li se radi o „lakšem delu“ zavisi između ostalog i od količine pronađene supstance, što opet varira u različitim nemačkim državama. 1994. godi-

50 A. Marks, *Spain* in N. Eastwood et. al.: *op. cit.* p. 32.

51 Prvo takvo udruženje osnovano je 1991 godine, a procenjuje se da ih danas na teritoriji Španije ima preko 500, sa članstvom koje varira od nekoliko stotina do nekoliko hiljada. Vidi: A. Marks, *Spain* in N. Eastwood et. al.: *ibid.*, pp. 31–33.

52 Do 1996. godine ova „granica“ je iznosila čak 30 grama. O tome: A. Stevens /2010/: *Drugs, Crime and Public Health: the political economy of drug policy*, Abingdon: Routledge, pp. 120–122 .

53 Opijumski zakon je propisao striktno uslove pod kojima kanabis može biti prodajan i konzumiran. Procenjuje se da je 2014. u Holandiji bilo 591 *coffee shop*-ova. Vidi: EMCDDA /2017/, *Netherlands– Country Drug Report 2017*, dostupno na: http://www.emcdda.europa.eu/system/files/publications/4512/TD0616155ENN.pdf_en, 15. oktobar 2017.

54 Ova liberalna politika je decenijama privlačila turiste, što je na drugoj strani rezultiralo drugom vrstom problema – čestim remećenjem javnog reda i mira. Zbog toga je poslednjih godina došlo do pooštavanja režima u nekim gradovima, u smislu uvođenja posebnih dozvola za kupovinu kanabisa, a koje mogu dobiti samo lica sa stalnim prebivalištem na teritoriji Holandije. Međutim, uvođenje ovih propusnica samo je dovelo do pojave crnog tržišta kanabisa, a nije smanjilo njegovu potrošnju. O tome: N. Eastwood et al.: *op. cit.*, pp. 25–27.

ne Federalni Ustavni sud je doneo odluku kojom je krivično sankcionisanje zbog posedovanja ili uzgajanja manje količine kanabisa proglasio protivustavnim, što su opet različite države tumačile na različit način, pojedine proširujući dejstvo odluke i na druge opojne droge. Nakon ove odluke, različite nemačke države, a čak i pojedini okruzi, su propisale različite granice „male količine“ opojne droge za koju lice ne podleže krivičnom gonjenju, što je nametnulo problem nejednakog tretmana građana, pa je i danas tema aktuelne političke debate.⁵⁵

U *Italiji* je takođe posedovanje manje količine opojne droge za sopstvenu upotrebu prekršaj, ali kako nije precizirano šta se smatra „manjom količinom“ sudovi od slučaja do slučaja procenjuju da li se radi o manjoj količini uzimajući u obzir sve okolnosti dela (način izvršenja, vrstu opojne droge, način pakovanja, da li je reč o zavisniku i sl.). Pored toga, zakonom iz 2014. godine se pravi razlika između tzv. lakih i teških droga, u pogledu predviđenih kazni.⁵⁶

U *Rusiji* je posedovanje „manje količine“ opojne droge faktički dekriminalizovano, tako što je Krivičnim zakonikom 2000. godine predviđeno da je kažnjivo posedovanje „veće količine“. Međutim, kako nije precizirano šta se smatra „većom količinom“ sudovi su u praksi uzimali da pod to potpada posedovanje više od 0,1 grama kanabisa ili 0,005 grama kokaina. Posedovanje droge u manjoj količini podleže prekršajnom kažnjavanju za koje se može izreći novčana kazna ili kazna do 15 dana zatvora.⁵⁷ Slična situacija je i u *Poljskoj*, u kojoj je 2011. godine tužiocima dato uputstvo da ne pokreću krivične postupke protiv lica kod kojih je pronađena mala količina opojne droge za sopstvenu upotrebu, ali kako nije precizirano šta se smatra „manjom količinom“ praksa je dosta neujednačena pa se dešava da se učinioci tretiraju na različit način u zavisnosti od nahođenja postupajućeg tužioca.⁵⁸ Od država bivšeg „Sovjetskog bloka“ najliberalniju politiku po pitanju opojnih droga imala je *Češka* u kojoj je posedovanje za ličnu upotrebu dekriminalizovano još 1990. godine. To je dovelo do panike u javnosti, budući da nakon pada Berlinskog zida dolazi do povećane upotrebe opojnih droga u celoj jugoistočnoj Evropi, a u Češkoj je usled ovog „liberalnog pristupa“ narko-tržište postalo vidljivo. Od 1998. godine je posedovanje opojne za ličnu upotrebu predviđeno kao prekršaj, dok je proizvodnja, prodaja i drugi vidovi stavljanja u promet krivično delo, ali kako nisu propisane kvantitativne „granice“, u praksi je neizvesno da li će lice odgovarati krivično ili prekršajno.⁵⁹

55 Tako je primera radi, u Berlinu dozvoljeno posedovati 16 grama kanabisa za sopstvenu upotrebu, dok se u susjednom Bradenburgu „toleriše“ 6 grama. Vidi: N. Eastwood et al.: *ibid.*, p. 22.

56 EMCDDA /2017/, *Italy– Country Drug Report 2017*, dostupno na: <http://www.emcdda.europa.eu/system/files/publications/4519/TD0616150ENN.pdf>, 25. oktobar 2017.

57 N. Eastwood et. al.: *op. cit.*, pp. 30–31.

58 EMCDDA, *Poland-Country Drug Report 2017*, dostupno na: http://www.emcdda.europa.eu/system/files/publications/4509/TD0116917ENN.pdf_en, 25. oktobar 2017.

59 Češka vlada je 2010. godine donela uredbu kojom je precizirala „dozvoljene količine“, ali je 2013. godine Vrhovni sud istakao da vlada nema autoritet Parlamenta da propisuje krivična dela, čime je stvar vraćena na „pređašnje stanje“. Vidi: V. Mravčík /2015/: (De) criminalisation of possession of drugs for personal use—A view from the Czech Republic, *International Journal of Drug Policy*, 26(7). pp. 705–707, dostupno na: <http://www.ijdp.org/article/S0955-39591500067-5/fulltext>, 27. oktobar 2017.

Od država u regionu, u Crnoj Gori,⁶⁰ Sloveniji⁶¹ i Hrvatskoj⁶² posedovanje manje količine opojne droge za sopstvenu upotrebu je prekršaj za koji se može izreći novčana kazna.

Primetno je dakle da ne postoji jedinstvena ni uniformna politika u pogledu posedovanja opojnih droga za ličnu upotrebu, ali se generalni trend kreće u pravcu ublažavanja dosadašnjeg represivnog pristupa. U nekim državama je došlo do pravne dekriminalizacije tako što je zakonodavac intervenisao i posedovanje manje količine opojne droge preneo iz krivičnog u sferu prekršajnog prava, ili pak „eliminiseo“ iz kaznenog zakonodavstva i pretvorio u dozvoljeno ponašanje. U drugim državama je došlo do faktičke dekriminalizacije na taj način što organi krivičnog gonjenja „tolerišu“ određene količine pa policija ne podnosi krivične prijave ili tužilaštva ne pokreću krivične postupke iako je posedovanje manje količine opojne droge za ličnu upotrebu i dalje predviđeno kao krivično delo.

5. ZLOUPOTREBA OPOJNIH DROGA U NAŠEM PRAVU

Krivična dela vezana za zloupotrebe opojnih droga regulisana su u okviru krivičnih dela protiv zdravlja ljudi glavom XXIII Krivičnog zakonika⁶³ i obuhvataju neovlašćenu proizvodnju i stavljanje u promet opojnih droga (čl. 246.), neovlašćeno držanje opojnih droga (čl. 246a) i omogućavanje uživanja opojnih droga (čl. 247.). Suprotno globalnom liberalizovanju stava po pitanju opojnih droga, kod nas se poslednjih decenija ovaj stav pooštava uvođenjem krivičnog dela neovlašćeno držanje opojnih droga, kao i apsolutnom zabranom ublažavanja kazne za delo iz člana 246. KZ-a.

Neovlašćeno držanje opojne droge u našem pravu je prvi put inkriminisano 2003. godine i to ne kao posebno krivično delo već, kao privilegovani oblik krivičnog dela neovlašćene proizvodnje, držanja i stavljanja u promet opojnih droga (čl. 246. st. 3 KZ RS). Do tada je bilo kažnjivo samo držanje radi prodaje, ali kako je u praksi bilo teško dokazivo da je droga bila namenjena daljoj distribuciji, jer su se okrivljeni po pravilu branili time da je droga bila namenjena sopstvenoj upotrebi, a ne daljoj prodaji,⁶⁴ zakonodavac uvodi poseban oblik po kome je samo držanje supstanaca ili preparata koji su proglašeni za opojne droge kažnjivo novčanom kaznom ili zatvorom do tri godine. Na taj način je zakonodavac inkriminisao samo držanje opojnih droga, bez obzira na količinu ili motive njihovog držanja (osim držanja radi prodaje), s tim da je držanje zarad sopstvene upotrebe bilo predviđeno kao fakultativni osnov za oslobađanje od kazne.

60 U Crnoj Gori je posedovanje manje količine opojne droge za ličnu upotrebu i uzgajanje maka ili konoplje bez dozvole, prekršaj predviđen Zakonom o sprečavanju zloupotrebe droge (*Službeni list CG*, br. 28/2011 i 35/2013).

61 EMCDDA, *Slovenia-Country Drug Report 2017*, dostupno na: <http://www.emcdda.europa.eu/system/files/publications/4505/TD0116921ENN.pdf>, 23. oktobar 2017.

62 U Hrvatskoj je ovo delo dekriminalizovano 2013. godine, Zakonom o suzbijanju zloupotrebe droga (*Narodne novine* 107/01, 8702, 163/03, 141/04, 40/07, 84/11, 80/13).

63 *Sl. glasnik RS*, br. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 i 94/2016.

64 M. Škulić: *op. cit.*, p. 283.

Izmenama i dopunama KZ-a iz 2009. godine neovlašćeno držanje opojnih droga je predviđeno kao posebno krivično delo koje čini onaj ko „neovlašćeno drži, u manjoj količini, za sopstvenu upotrebu, supstance ili preparate koji su proglašeni za opojne droge“ (čl. 246a st. 1 KZ RS). Za razliku od inkriminacije iz 2003. godine koja je obuhvatala samo držanje opojne droge sada se, za postojanje dela zahteva da je droga držana **u manjoj količini i zarad sopstvene upotrebe**. Proizilazi da nije svako neovlašćeno držanje opojne droge krivično delo, kao što je to bio slučaj od 2003. godine, „već samo držanje droge za sopstvene potrebe i u manjoj količini. Izvan toga (i držanja droge radi prodaje ali koje je radnja drugog krivičnog dela) neovlašćeno držanje opojne droge iz bilo kojeg drugog razloga više nije krivično delo“ (*Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Kzz. 191/2010 od 22.12.2010. godine*).

Uslovi sa postojanje krivičnog dela su: a) da se droga drži neovlašćeno; b) da se droga drži u manjoj količini i c) da se droga drži za sopstvenu upotrebu.

Neovlašćeno držanje – Ovlašćeno držanje isključuje protivpravnost dela i podrazumevalo bi primera radi, držanje na osnovu lekarskog recepta određenih preparata koji su na listi opojnih droga (morfijum, razni lekovi za smirenje, ublažavanje bolova i slično). U tom smislu se i u praksi ističe da se držanje leka koji predstavlja opojnu drogu, radi korišćenja u sklopu terapije propisane od strane lekara, ne može smatrati neovlašćenim. „Pravilno je prvostepeni sud utvrdio da je okrivljeni lek lorazepam koji je kod njega pronađen držao u terapijske svrhe, po preporuci lekara psihijatra zbog psihičkih problema od kojih se lečio, te ih je putem recepta nabavljao u apoteci i koristio.“ (*Presuda Vrhovnog suda Srbije, Kž. I 1997/2008 od 1.10.2008. godine*). Isto tako, „ukoliko sud utvrdi da je okrivljeni držao lekove koji su proglašeni za opojne droge, konkretno tablete klonazepana, a u cilju lečenja od heroína i oglasi okrivljenog krivim, nejasno je u čemu se sastoji protivpravnost radnji okrivljenog.“ (*Rešenje Apelacionog suda u Beogradu, Kž1. 394/2010 od 11.3.2010. godine*).

Manja količina – Drugi uslov zahteva da je droga držana u manjoj količini, ali je sporno i u sudskoj praksi neusaglašeno šta se smatra „manjom količinom“. Primera radi, u praksi se ističe da „količina opojne droge marihuane u visini od 11,95 grama, ne može ukazivati na nameru okrivljenog da istu dalje proda, s obzirom da se radi o manjoj količini opojne droge, koja je okrivljenom dovoljna za kraći period konzumacije, bez obzira na činjenicu što je droga bila upakovana u 12 PVC kesica.“ (*Presuda Apelacionog suda u Beogradu, Kž1 3438/2012 od 28.6.2012. godine*), a nailazimo i na odluke u kojima je i 11,56 grama heroína smatrano manjom količinom (*Presuda Višeg suda u Valjevu, K. 166/2010 od 29.9.2010. godine*). Profesor Z. Stojanović osnovano ukazuje da se, prilikom procene šta se smatra manjom količinom mora uzeti u obzir i vrsta opojne droge, kao i kriterijum „koliko je određene vrste opojne droge potrebno prosečnom konzumentu te droge za nekoliko dana.“⁶⁵ Isti problem, videli smo, imaju i države koje su ovo delo prebacile u sferu prekršajnog prava, ne predviđajući kvantitativne granice dozvoljene „manje količine“, što u praksi vodi nejednakom postupanju.

Ranije zakonsko rešenje nije predviđalo ovaj uslov, mada su ga sudovi u praksi uzimali u obzir kako bi primenjivali institut neznatne društvene opasnosti ili dela malog značaja. Tako je isticano da „neovlašćeno držanje dve cigarete sa opojnom drogom marihuanom, u ukupnoj količini od jednog grama, samo za vlastite potrebe, bez ugrožavanja drugih lica, iako sadrži obeležja krivičnog dela neovlašćenog držanja opojnih droga iz člana 245 stav 3 OKZ-a, nije krivično delo jer predstavlja neznatnu društvenu opasnost zbog malog značaja i neznatnosti štetnih posledica.“ (*Presuda Vrhovnog suda Srbije, Kž.-I-569/2004 od 16.9.2004. godine*). „Neovlašćeno držanje jedne tablete opojne droge ekstazija u količini od 0,6 grama, od strane neosuđivanog lica koje je drogu dobilo na poklon, iako ima formalna obeležja krivičnog dela neovlašćenog držanja opojnih droga nije krivično delo jer predstavlja neznatnu društvenu opasnost zbog malog značaja i odsutnosti štetnih posledica.“ (*Presuda Vrhovnog suda Srbije, Kž. I 1493/2005 od 25.10.2005. godine*). „Neovlašćeno držanje opojne droge marihuane u količini od svega 0,4 grama, radi sopstvene upotrebe, predstavlja neznatnu društvenu opasnost zbog malog značaja i zbog odsutnosti štetnih posledica.“ (*Presuda Vrhovnog suda Srbije, Kž. I 2377/2005 od 25.1.2005. godine*).

Unošenjem ovog uslova eliminisana je mogućnost donošenja oslobađajućih presuda pozivanjem na institute neznatne društvene opasnosti ili dela malog značaja u slučaju pronađene droge u manjoj količini, što je do tada bilo često u praksi, pa je u tom pogledu novi zakon nepovoljniji po okrivljene. Promena stava sudske prakse vidljiva je iz odluke VKS-a kojom je naglašeno da se „s obzirom na značaj zaštićenog dobra, ni neovlašćeno držanje male količine opojne droge radi sopstvene upotrebe (tačnije 0,20 grama marihuana-*prim. aut.*) ne može se smatrati delom malog značaja. Ovo stoga što se navedeno krivično delo po svojoj prirodi, s obzirom na značaj zaštitnog dobra, a to je zdravlje ljudi, sa posledicama dela koje se odnose na ugrožavanje zdravlja, ni u kom slučaju ne može smatrati delom malog značaja, jer je tim delom, osim napred navedenog posebnog zaštitnog objekta povređen i opšti zaštitni objekat, a to su društveni odnosi i društvene vrednosti.“ (*Presuda Vrhovnog suda Srbije, Kž. I 2226/2006 od 28.11.2006. godine*).

Ovaj uslov uveden je pre svega u cilju nastojanja da se na kvantitativan način, tj. na osnovu pronađene količine, proceni da li je droga bila namenjena sopstvenoj upotrebi ili daljoj distribuciji. Međutim, pogrešno je polaziti od pretpostavke da je veća količina droge uvek namenjena daljoj distribuciji, jer bi to predstavljalo uvođenje sudskih pretpostavki na štetu okrivljenog, što je suprotno pretpostavci nevinosti i teretu dokazivanja. Namera da se droga prodaje ili stavlja u promet na drugi način mora se dokazati drugim dokazima, a ne sme se pretpostavljati samo na osnovu pronađene količine, koja može da bude samo jedan od indikatora. Isto tako, zahtev da se droga drži u manjoj količini nameće pitanje šta ako je droga držana u većoj količini, ali za sopstvenu upotrebu? Prihvatljiv je stav da u tom slučaju ne bi uopšte bilo krivičnog dela, tj. da bi ono postojalo tek ako bi se dokazalo da je droga u većoj količini držana u cilju prodaje odnosno dalje distribucije.⁶⁶

66 Tako: V. Delibašić /2014b/: Pojedina sporna pitanja u vezi sa opojnim drogama u Krivičnom Zakoniku, *Crimen* (V) 1/2014, p. 83.

Držanje zarad sopstvene upotreba – Na kraju se zahteva da je droga držana za sopstvenu upotrebu, što znači da izvršilac ovog dela može biti samo uživatelj opojne droge, što je najsporniji aspekt ove inkriminacije. Po inkriminaciji iz 2003. godine, samo držanje bilo je kažnjivo, dok je držanje zarad sopstvene upotrebe bilo predviđeno kao fakultativni osnov za oslobađanje od kazne, a sada se, za postojanje krivičnog dela, zahteva da je manja količina opojne droge držana u cilju sopstvene upotrebe. Shodno tome, ne može se oglasiti krivim lice koje je držalo drogu, ali nije nameravalo da je koristi niti da je na drugi način stavlja u promet (primera radi, osoba A u noćnom klubu drži torbu osobe B u kojoj se nalazi opojna droga, a ona nije svesna te činjenice, dakle ne „omogućava joj uživanje“). Ako je lice opojnu drogu „svesno“ držalo za drugoga, može odgovarati za delo iz člana 247. Po oceni Apelacionog suda u Beogradu:

„pravilno je prvostepeni sud našao da okrivljeni opojnu drogu marihuanu nije držao za svoje potrebe, prihvatajući navode odbrane okrivljenog da je on aktivni sportista i da od opojnih droga nikada ništa nije koristio, ni probao, ni opojnu drogu marihuanu koja je kod njega pronađena i da je verovatno ta opojna droga koju je pronašao pored žardinjere i ostavio je u fioku ormana gde drži svoje stvari, ispala nekom od njegovih prijatelja koji su bili kod njega u gostima te noći. Dakle, pravilan je zaključak prvostepenog suda da izvedenim dokazima nije dokazano da je opojnu drogu marihuanu, koja je pronađena u sobi okrivljenog, okrivljeni držao za svoje potrebe, pa je pravilno okrivljenog oslobodio od optužbe da je izvršio krivično delo neovlašćeno držanje opojnih droga iz člana 246a stav 1. Krivičnog zakonika.“ (*Presuda Apelacionog suda u Beogradu, Kž1. 594/2012 od 15.3.2012. godine*).

Samo korišćenje opojne droge, *stricto sensu*, ne predstavlja krivično delo, već njeno držanje u cilju korišćenja, tj. zarad sopstvene upotrebe. Da bi neko koristio opojnu drogu mora prethodno da je „ima u posedu“, a držanje je lakše dokazivo nego samo korišćenje, jer se ne zahteva da je učinilac uhvaćen u trenutku kada uzima opojnu drogu, što može trajati svega nekoliko sekundi. Prema tome, lice koje je pod dejstvom narkotika ali ih nema kod sebe (jer ih je već konzumirao) nije krivično odgovorno. Isto tako, ako bi učinilac bio uhvaćen u trenutku konzumiranja opojne droge, ali bi u momentu nailaska policije uneo celu količinu, ne bi mogao da odgovara u smislu ove inkriminacije, budući da nakon toga drogu ne bi posedovao, tj. faktički držao. U tom smislu pravilna je odluka Apelacionog suda u Beogradu da radnju izvršenja ovog krivičnog dela ne predstavlja ušmrkavanje heroina u slučaju kada je opojna droga predata licu koje je neposredno posle toga konzumiralo ušmrkavanjem (ASB, Kž1. br. 3146/11 od 22.03.2012).⁶⁷ Pored toga, učinilac koji bi drogu uzeo iz „tuđe ruke“ ne bi bio krivično odgovoran, već bi lice koje mu je dalo drogu odgovaralo za omogućavanje uživanja opojnih droga (čl. 247. KZ RS).

Prema podacima Republičkog zavoda za statistiku, u 2014. godini je 2949 lica osuđeno zbog krivičnih dela vezanih za opojne droge što je 8,3 % osuđenih u toj godini, a na kaznu zatvora osuđeno je 1470, što je 11,28% od ukupno izrečenih zatvorskih

67 Navedeno prema: Z. Stojanović /2017/: *op. cit.*, p. 799.

kazni.⁶⁸ 2015. godine je bilo 2938 osuđenih za opojne droge (8,85 % osuđenika), a kazna zatvora izrečena je u 1129 slučajeva (13,37% zatvorskih kazni izrečenih u toj godini.⁶⁹ U 2016. je broj osuđenih za opojne droge iznosio 3212 odnosno 9,87% osuđenih, a kazna zatvora izrečena je u 1223 slučajeva (13% izrečenih zatvorskih kazni).⁷⁰

ZAKLJUČAK

Imajući u vidu stanje u našem društvu, rano je govoriti o legalizaciji i stavljanju svih opojnih droga pod zakonske tokove, ali situacija na međunarodnom planu i promena „oružja“ u ratu protiv droga, gde se umesto na kažnjavanju insistira na lečenju, nalaže da se razmisli o dekriminalizaciji dela iz člana 246a, odnosno neovlašćenog držanja opojnih droga. Objekt zaštite kod ovog dela je nejasan i ne može se dovesti u vezu sa grupnim zaštitnim objektom dela iz glave XXIII KZ-a, jer se ne vidi način na koji samo držanje opojnih droga za sopstvenu upotrebu dovodi u pitanje zdravlje ljudi? Proizilazi da zakonodavac, pod dejstvom kaznene prinude primorava pojedinca da vodi računa o sopstvenom zdravlju, što bi bilo isto kao da ga kažnjava zbog preterane gojaznosti, nedovoljnih sportskih aktivnosti, nezaštićenih polnih odnosa, neredovnih lekarskih pregleda, konzumiranja cigareta ili alkohola. Motivi za unošenje ove inkriminacije su bili drugačiji i vezani za teškoće u dokazivanju neovlašćene proizvodnje i stavljanja u promet opojnih droga, ali se sa pravom primećuje da „problemi u dokazivanju ne treba da vode lošim zakonskim rešenjima na materijalno-pravnom planu.“⁷¹

Dok se širom sveta stav prema drogama liberalizuje, kod nas se ovaj stav po-oštava unošenjem ove inkriminacije i apsolutnom zabranom ublažavanja kazne za neovlašćenu proizvodnju i stavljanje u promet opojnih droga. Kao rezultat ovakvog pristupa, danas imamo pune zatvore lica osuđenih zbog droge, od kojih svaki državu dnevno košta po 15 evra, a koji leže u zatvorima iako nisu povredili tuđe pravno dobro. Sa druge strane, statistički pokazatelji ne pokazuju smanjenje krivičnih dela vezanih za opojne droge, što znači da crno tržište nesmetano funkcioniše i funkcionisaće sve dok za opojnim drogama postoji potreba, budući da zakon ponude i potražnje nadjačava krivičnopravne zabrane.

Činjenica je naime da građani moraju poštovati pravne norme čak i kada se sa njima ne slažu, ali legitimnost krivičnopravne zaštite se dovodi u pitanje kada stotine miliona ljudi širom sveta, svakodnevno krši određenu normu. Prema podacima UN-a, svake godine milioni ljudi koriste opojne droge, neki iz zabave, drugi da bi ublažili bolove, treći iz religijskih ili kulturoloških pobuda,⁷² a veliki broj korisnika ukazuje na nepostojanje minimalnog društvenog konsenzusa da bi krivičnopravna zaštita bila legitimna i efikasna. Represivan kazneni pristup samo je doprineo pan-

68 Republički zavod za statistiku /2015/: Punoletni učinioci krivičnih dela u Republici Srbiji 2014, *Bilten* broj 603, Beograd, p. 60

69 Republički zavod za statistiku /2016/: Punoletni učinioci krivičnih dela u Republici Srbiji 2015, *Bilten* broj 617, Beograd, p. 66

70 Republički zavod za statistiku /2017/: *Saopštenje-Statistika pravosuđa*, br. 194, p. 10

71 Z. Stojanović /2006/: *Komentar Krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, Beograd, p. 576.

72 UNDOC /2016/: *op. cit.*, p. 1.

demijama bolesti poput HIV-a i hepatitisa i procvatu crnog tržišta koje kontrolišu organizovane kriminalne grupe.

„Rat drogama“ i „suzbijanje narkomanije“ u svakom sistemu zvuči kao atraktivna populistička floskula za prikupljanje političkih poena, ali dosadašnje iskustvo je pokazalo da je krivično pravo loš saveznik u tom ratu. Zbog toga je neophodna „promena oružja“ jer se sa zdravstvenim problemom treba boriti medicinskim, a ne krivičnopравnim merama. Na kraju krajeva, uvek treba imati na umu mudru konstataciju profesora Stojanovića da „oštra, široka i neselektivna (ili selektivna u negativnom smislu) krivičnopравna represija kojoj zakonodavac neretko pribegava, često uz podršku neobaveštene javnosti kojom se može manipulirati u političke svrhe, po pravilu ne poagađa svoj pravi cilj“⁷³

LITERATURA

- Berridge V., Griffith E. /1981/: *Opium and the people: Opiate use in nineteenth-century England*, London, Allen Lane; New York, St. Martin's Press.
- Brecher E. M. /1972/: *The Consumer Union Report on Licit and Illicit Drugs*, dostupno na: <http://www.druglibrary.org/schaffer/library/studies/cu/cu8.html>.
- Csete J. et al. /2016/: Public health and international drug policy, *The Lancet* Vol. 387.
- Čirić J. /2012/: Borba protiv droge putem dekriminalizacije– slučaj Portugalije, *Strani pravni život*, 2/2012.
- Delibašić V. /2014a/: *Suzbijanje zloupotreba opojnih droga sa stanovišta krivičnog prava*, Službeni glasnik, Beograd.
- Delibašić V. /2014b/: Pojedina sporna pitanja u vezi sa opojnim drogama u Krivičnom Zakoniku, *Crimen* (V) 1/2014.
- Eastwood N., Fox E., Rosmarin A. /2016/: *A Quiet Revolution: Drug Decriminalisation Across the Globe*, Release, UK, dostupno na: <https://www.release.org.uk/sites/default/files/pdf/publications/A%20Quiet%20Revolution%20-%20Decriminalisation%20Across%20the%20Globe.pdf>.
- Ferragut S./2012/: *Organized Crime, Illicit Drugs and Money Laundering: the United States and Mexico*, dostupno na: https://www.chathamhouse.org/sites/files/chathamhouse/public/Research/International%20Security/1112pp_ferragut.pdf.
- Gallagher L /2014/: Should the United States move towards Portugal's Decriminalization of Drugs?, *22 University of Miami International & Comparative Law Review*.
- Global Commission on Drug Policy /2016/: *Advancing Drug Policy Reform: A new approach to Decriminalization*, dostupno na: <http://www.globalcommissionondrugs.org/wp-content/uploads/2016/11/GCDP-Report-2016-ENGLISH.pdf>.
- Guzmán D., Yepes R. /2010/: *Prohibition, a Backwards Step: the personal dose in Colombia*, Series on Legislative Reform on Drug Policies Nr. 4, dostupno na: <https://www.tni.org/files/download/dlr4.pdf>.
- Kandall S. /1999/: *Substance and Shadow: Women and Addiction in the United States*, Harvard University Press
- Mattick R. P. et al. /2009/: Methadone maintenance therapy versus no opioid replacement therapy for opioid dependence, *Cochrane Database Syst Rev*, 2009/3, dostupno na: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/12804430>.

73 Z. Stojanović /2010/: *op. cit.*, p. 45.

- McFarland Sánchez-Moreno M. /2015/: Winding Down the War on Drugs: Reevaluating Global Drug Policy, *Harvard International Review* 36.
- Mravčik V. /2015/: (De) criminalisation of possession of drugs for personal use—A view from the Czech Republic, *International Journal of Drug Policy*, 26(7).
- Murkin G. /2014/: Drug Decriminalization in Portugal, *Transform Drug Policy Found*, dostupno na: <http://www.tdpf.org.uk/resources/publications/drug-decriminalisation-portugalsetting-record-straight>.
- Parker E. H. /1888/: *Chinese Account of the Opium Wars*, the Pagoda Library, dostupno na: <http://library.umac.mo/ebooks/b25903421.pdf>.
- Petrović S. /2003/: *Droga i ljudsko ponašanje*, Partenon, Beograd.
- Republički zavod za statistiku /2015/: Punoletni učinioi krivičnih dela u Republici Srbiji 2014, *Bilten* broj 603, Beograd.
- Republički zavod za statistiku /2016/: Punoletni učinioi krivičnih dela u Republici Srbiji 2015, *Bilten* broj 617, Beograd.
- Republički zavod za statistiku /2017/: *Saopštenje-Statistika pravosuđa*, br. 194, Beograd.
- Sher G. /2003/: On the Decriminalization of Drugs, *22 Crim. Just. Ethics* 30.
- Stevens A. /2010/: *Drugs, Crime and Public Health: the political economy of drug policy*, Abingdon: Routledge.
- Stojanović Z. /2006/: *Komentar Krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, Beograd.
- Stojanović Z. /2010/: Krivičnopravni ekspanzionizam i zakonodavstvo Srbije – u: *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja IV deo* (Đ. Ignjatović, ed.), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu (biblioteka Crimen), Beograd.
- Stojanović Z. /2013/: Da li je Srbiji potrebna reforma krivičnog zakonodavstva?, *Crimen* (IV) 2/2013.
- Stojanović Z. /2017/: *Komentar Krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, Beograd.
- UNAIDS, /2010/: *Report on the global AIDS epidemic*, dostupno na: http://www.unaids.org/globalreport/documents/20101123_GlobalReport_full_en.pdf.
- UNDOC /2016/: *World Drug Report 2016*, United Nations, Vienna, dostupno na: http://www.unodc.org/doc/wdr2016/WORLD_DRUG_REPORT_2016_web.pdf.
- Škulić M. /2015/: *Organizovani kriminalitet– pojam, pojavni oblici, krivična dela i krivični postupak*, Službeni glasnik, Beograd.

Vanja Bajović

Faculty of Law, University of Belgrade

NONEFFICIENCY OF CRIMINAL JUSTICE TO DEAL WITH ILLIGAL DRUGS

SUMMARY

The paper deals with the issue whether the measures of criminal justice are an adequate weapon in the „war against illegal drugs“. Unlike the behaviors that are in every society, time or system perceived morally and socially unacceptable (murder, theft, rape, etc.), attitudes toward illegal drugs are rather ambivalent. Psychoactive substances have accompanied humanity throughout its whole history. Some of them, such as alcohol or tobacco are

legally accepted, others are recognized and prescribed as medicines, and some are legally prohibited. Despite the prohibition, every year hundreds of millions people around the world use illicit drugs, and predominant approach of governments around the world is to punish and criminalize them. But such approach and prohibitions only created a criminal market which will exist as long as there is a demand for illegal drugs. Particularly problematic is criminalization of the possession of small quantities of drugs for personal use, since there is no harm to others, and person should be free to decide about its own health. The first part of paper explains the history of the prohibition of illegal drugs. In the second part are analyzed the consequences of the prohibition, and after that are presented a new more liberal tendencies. Fourth part gives a comparative drug policy and in the last part is analyzed Serbian law, where possession of small quantities of illegal drugs was criminalized in 2003, contrary to overall global tendencies toward decriminalization.

Key words: illegal drugs, criminal law, legalization, decriminalization.

Ivan Đokić*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

KRIMINALNOPOLITIČKA OPRAVDANOST INKRIMINISANJA POLNOG UZNEMIRAVANJA U REPUBLICI SRBIJI

Apstrakt: Zakonom o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika iz novembra 2016. god. u grupi krivičnih dela protiv polne slobode predviđeno je novo krivično delo pod nazivom polno uznemiravanje. Povod za ovu inkriminaciju predstavlja odredba člana 40. tzv. Istanbulske konvencije, koja doduše ne nameće državama koje su ratifikovale konvenciju da neželjeno ponašanje seksualne prirode u svrhu ili uz ishod povrede dostojanstva lica, posebno kada se stvara zastrašujuća, neprijateljska, degradirajuća, ponižavajuća, odnosno uvredljiva atmosfera, predvide kao krivično delo, već da obezbede odgovarajuću pravnu zaštitu. Dok pojedine države polno uznemiravanje rešavaju u okvirima radnog i građanskog prava, u poslednje vreme je povećan broj država u kojima je ovo ponašanje predviđeno kao krivično delo. U radu su razmotrena pitanja koja se odnose na pravno obličje novouvedenog krivičnog dela polnog uznemiravanja, kao i kriminalnopolitička (ne)opravdanost za takvu zakonodavnu intervenciju, kojom se naše krivično zakonodavstvo sve više udaljava od osnovne ideje jedne racionalne politike suzbijanja kriminaliteta – krivično pravo kao poslednje sredstvo u borbi protiv kriminaliteta.

Ključne reči: pravo na seksualno samoopredeljenje, polni moral, seksualno uznemiravanje, neželjeno ponašanje, neprijateljsko/ponižavajuće/uvredljivo okruženje.

1. KRIVIČNO PRAVO KAO *ULTIMA RATIO*?

U gotovo svim savremenim društvima postoji nesklad između vladajućeg doktrinarnog stava o mogućnostima, granicama i načinu ostvarivanja krivičnopravne zaštite i praktične delatnosti na tom polju. Dok je u nauci odavno ukorenjena ideja o supsidijarnom karakteru krivičnopravne zaštite,¹ koja podrazumeva pribegavanju mehanizmima krivičnog prava tek ukoliko se odgovarajuća zaštita određenim dobrima ne može pružiti drugim nepravnim ili pravnim instrumentima, u praksi je stvarno stanje daleko od zamišljenog. Umesto da krivično pravo bude na poslednjem mestu u odbrani određenih interesa, njemu se sve češće pribegava kao prvom

* docent, djokic@ius.bg.ac.rs. Autor izražava naročito zadovoljstvo što ovaj tekst predaje za svečani broj časopisa, u čast velikana naše nauke prof. dr Zorana Stojanovića.

1 G. Jakobs /1991/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlin-New York, p. 48; C. Roxin /2006/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München, pp. 45–47.

sredstvu u borbi protiv nepoželjnog ponašanja. Na taj se način slabi ne samo njegova efikasnost u obavljanju osnovne, zaštitne funkcije, već se u pitanje dovodi i legitimnost tako široko zamišljene zaštite.² Polazeći pre svega od pojačane aktivnosti zakonodavca, kao nosioca politike suzbijanja kriminaliteta, krivično pravo, napuštajući svoju tradicionalnu postojanost i stabilnost, u poslednje vreme postaje jedna od najdinamičnijih grana prava, koja se sve više i brže udaljava od koncepcije jednog poželjnog „selektivnog krivičnog pravnog minimalizma“.³ Primetna je ne samo ubrzana ekspanzija krivičnog prava kroz širenje granica krivičnog prava zaštite,⁴ čime se krivično pravo od polaznog kriminalnopolitičkog imperativa *ultima ratio* pretvara u suprotnost, *sola* ili *prima ratio*,⁵ već i pojava koja je gotovo nužni pratilac takvog kretanja, a to je kvarenje krivičnog prava i njegovo pomeranje od pravnodržavnog krivičnog prava ka jednom nedemokratskom, čak totalitarnom krivičnom pravu.⁶ To pravo ima za cilj da štiti po svaku cenu i ono je izrazito negativno i neprijateljski raspoloženo prema adresatima krivičnog prava, gledajući na njih kao na protivnike poretka koje treba što efikasnije eliminisati (*Feindstrafrecht*).⁷ Pri tome je i samo krivično pravo postalo sredstvo koje se sve više koristi i u dnevno političke svrhe. Manipulacijom saznanja o njegovoj inače skromnoj realnoj mogućnosti na planu suzbijanja kriminaliteta pokušava se pridobiti nestručna i nedovoljno obaveštena javnost, kojoj se predstavlja kako je za uspešniju krivičnog prava zaštitu upravo ključno pitanje u kojoj meri je na normativnom planu pojačana krivičnog prava represija, čime se daje u osnovi idealizovan i nerealan pogled na stvarne snage krivičnog prava mehanizama u obavljanju svojih zadataka i prikriva se činjenica da ono nije pravo sredstvo za rešavanje određenih socijalnih, ekonomskih ili

- 2 „Činjenica da je postojeća krivičnog prava zaštita na normativnom, zakonskom planu u svim savremenim društvima manje ili više hipertrofirana, odnosno da su njene granice ekstenzivno postavljene, ima za posledicu ne samo neefikasnost krivičnog prava u celini, nego i nedostatak materijalne legitimacije pojedinih inkriminacija“. Z. Stojanović /1987/: *Granice, mogućnosti i legitimnost krivičnog prava zaštite*, Beograd, p. 5.
- 3 Ovaj termin u našoj literaturi prvi je upotrebio upravo prof. Stojanović. Vid. Z. Stojanović: *Ibid.*, p. 103.
- 4 Krivično pravo postaje sveprisutno i bez praznina. U. Kindhäuser /2017/: *Straf-Recht und ultima-ratio-Prinzip*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Band 129, Heft 2, p. 389.
- 5 Z. Stojanović /2010/: *Krivičnog prava ekspanzionizam i zakonodavstvo Srbije*, u: *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja. IV deo*, (ur. Đ. Ignjatović), Beograd, p. 37.
- 6 Z. Stojanović /1987/: *op. cit.*, p. 35.
- 7 Vid. Z. Stojanović /2016/: *Politika suzbijanja kriminaliteta*, Beograd, p. 133. Ova koncepcija krivičnog prava namenjenog neprijateljima poretka (*Feindstrafrecht*) razvijena je u nemačkoj literaturi. Kao njen utemeljivač označava se Jakops (Jakobs). Nasuprot legitimnom krivičnom pravu namenjenog građanima (*Bürgerstrafrecht*), pri čemu se učinilac, obezbeđen svim pravnim garantijama, smatra subjektom/licem (*Person*) stoji *Feindstrafrecht* koje na njega gleda kao na ne-subjekta/ne-lice (*Unperson*), protiv koga se treba boriti kao protiv divlje životinje. Iako se isprva kritički osvrće na takvu orijentaciju, Jakops kasnije zauzima daleko blagonakloniji stav prema ovakvom tretiranju učinilaca krivičnih dela, smatrajući da takav pristup u današnje vreme nema jasnu alternativu. C. Roxin, *op. cit.*, pp. 55–56. Vid. i M. Bock /2010/: *Positivna specijalna prevencija i nove tendencije u kriminalnoj politici. O nedostacima eliminatornog Feindstrafrecht-krivičnog prava i značaju primenjene kriminologije za kriminalnu politiku po meri ljudske zajednice*, (prevod: L. Breneselović), *Crimen – časopis za krivične nauke*, № 2, Beograd, pp. 139–142.

sličnih problema.⁸ Moglo bi se reći da je u oblasti praktične delatnosti, i to ne samo kod nas, na delu svojevrsni krivičnopravni ekspanzionizam,⁹ koji izvire iz lajt motiva – *što više (i što strožeg) krivičnog prava*,¹⁰ čime se zapada u poznatu zabludu da će strože kazne i veći broj ponašanja zaprećenih kaznom uticati na smanjenje stope kriminaliteta.

Uprkos deklarativnom opredeljenju za poštovanje principa samoograničenja državne reakcije u ostvarivanju prava na kažnjavanje i svođenja krivičnopravne intervencije na jedan opravdani minimum,¹¹ sužavanje granica kriminalne zone ne predstavlja opredeljenje srpskog zakonodavca, koji brojnim intervencijama u Posebnom delu Krivičnog zakonika sve više proširuje zonu kažnjivog ponašanja. Na taj način se dodatno opterećuju pravosudni organi i slabi se zaštita onih dobara kojima je ona neophodna,¹² što sve dovodi u pitanje legitimnost aktuelne politike suzbijanja kriminaliteta.

1.1. Granice krivičnopravne zaštite u sferi seksualnih odnosa

Određivanje kruga seksualnih krivičnih dela spada u osetljiva područja krivičnopravne dogmatike i kriminalne politike, jer otvara niz pitanja, počev od toga koja sve ponašanja treba inkriminisati i kojim sredstvima im se suprotstavljati, kojim li-

-
- 8 Sve je prisutnija i suprotna pojava, tj. prihvatanje od strane političara već postojećeg pogrešnog stava laičke javnosti o neophodnosti primene što represivnijih mera u borbi protiv kriminaliteta, kao sredstva da se obezbedi veća podrška građana i odgovarajući politički interes. Više o tzv. kaznenom populizmu vid. Đ. Ignjatović /2017/: Kazneni populizam, u: *Kaznena reakcija u Srbiji. VII deo*, (ur. Đ. Ignjatović), Beograd, pp. 11–32. U kojoj meri je u nestručnoj javnosti prisutna represivna sklonost svedoči i trenutno aktuelna peticija koja je naišla na gotovo nepodeljeno oduševljenje, a koja ima za cilj predlog izmene kaznenog sistema u Republici Srbiji, uvođenjem kazne doživotnog zatvora bez mogućnosti uslovnog otpusta za učiniocce krivičnog dela ubistva, ukoliko je pasivni subjekt dete, maloletnik ili bremenita žena. Pri tome se svesno prikriva, ili iz neznanja ne ukazuje na vrlo verovatnu nesaglasnost takvog rešenja sa odgovarajućim međunarodnopravnim pravilima i praksom Evropskog suda za ljudska prava. Osim toga, takvo jedno rešenje bilo bi protivno i humanistički orijentisanom krivičnom pravu, koje ima cilj ne samo da zaštiti, već i da popravi, a može se reći da bi se kosilo i sa osnovnim vrednostima vladajuće hrišćanske etike.
- 9 „Radi se o orijentaciji koja sve više postaje zaokružen kriminalno-politički koncept koji se sistematski ostvaruje u savremenom krivičnom zakonodavstvu. Pošto mu je osnovna karakteristika i deviza „što više krivičnog prava“, opravdano je nazvati ga krivičnopravnim ekspanzionizmom“. Z. Stojanović /2016/: *op. cit.*, p. 124.
- 10 Širenje granica krivičnog prava na sve veći broj oblasti, praćeno zaoštavanjem sredstava u borbi protiv kriminaliteta, osnovna je karakteristika savremene kriminalne politike kao praktične delatnosti, zbog čega pojedini autori primećuju da je osnovni problem sa krivičnim pravom (i kaznom) to što ga ima previše. D. Husak /2008/: *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*, Oxford (etc.), p. 3. Kao sredstvo zaštite od tako određenog hipertrofirano i nelegitimnog krivičnog prava navedeni autor razvija zanimljiv stav o postojanju *prava da se ne bude kažnjen* (*right not to be punished*). D. Husak, *Ibid.*, pp. 92–103.
- 11 Zaštita čoveka i drugih osnovnih društvenih vrednosti predstavlja osnov i granice za određivanje krivičnih dela, propisivanje krivičnih sankcija i njihovu primenu, u meri u kojoj je to **nužno** za suzbijanje tih dela – član 3. Krivičnog zakonika (*Sl. glasnik RS*, br. 85/2005, 88/2005 – ispr, 107/2005 – ispr, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 i 94/2016 – KZ).
- 12 Z. Stojanović /1987/: *op. cit.*, p. 102.

cima pružiti zaštitu, pa sve do pitanja koju svrhu krivično pravo nastoji da ostvari u ovoj sferi. S obzirom na to da je polni život sfera intimnog života čoveka, opravdano se postavlja pitanje da li i do koje mere se može krivičnim pravom regulisati tako osetljiva oblast, kako se inkriminisanjem određenog ponašanja umesto učvršćivanja postojećeg ne bi došlo do toga da se polni moral još više oslabi.¹³ „U prošlosti je postojala izrazita represija seksualnosti, na šta je posebno uticalo hrišćanstvo, ali i usvajanje nekih zabluda“.¹⁴ Pod uticajem progresivnih prosvetiteljskih ideja u XVI-II veku dolazi do bitnih promena koje su se ogledale u napuštanju strogih zabrana i čišćenju krivičnopравnih pojmova od religijskih sadržaja,¹⁵ tako da je u mnogim državama došlo do snažnog talasa dekriminalizacije i preoblikovanja bića postojećih krivičnih dela, kao i napuštanja određenih mera koje su u cilju potpunije zaštite udaljavale krivično pravo od nekih civilizacijskih dostignuća.

Osim zaštite slobode pojedinca da odluči da li će, kada i sa kim stupiti u seksualni odnos, kao legitimnog cilja, krivično pravo u kontroli seksualnosti može imati ulogu sredstva kojim se podržavaju i štite norme polnog morala.¹⁶ U prvom slučaju štiti se pravo na *seksualno samoopredeljenje*, kao strogo lično pravo koje sadrži kako pozitivnu tako i negativnu dimenziju. Sve dok se neprimereno ne zadire u prava trećih, svako je načelno slobodan da pozitivno ispoljava svoje ponašanje u seksualnoj sferi. Kao negativna strana seksualnog samoopredeljenja računa se pravo da se bude slobodan od neželjenih i nametnutih seksualnih radnji.¹⁷ Iako danas nije sporno da je objekt zaštite u ovoj sferi ovako shvaćeno pravo na seksualno samoopredeljenje,¹⁸ pa bi prema tome u seksualnoj sferi trebalo inkriminisati samo one seksualne radnje gde ne postoji svesni i voljni pristanak lica prema kome se preduzimaju,¹⁹ još uvek su prisutni i pojedini aspekti stava da krivično pravo treba da štiti i norme seksualnog morala kao takve.²⁰

Polazeći od savremenih shvatanja, neadekvatan raniji naziv za ovu grupu krivičnih dela (krivična dela protiv dostojanstva ličnosti i morala)²¹ zamenjen je u KZ prikladnijim izrazom, krivična dela protiv polne slobode, iako se ne može potpuno

13 J. Tahović /1961/: *Krivično pravo. Posebni deo*, Beograd, p. 167.

14 Z. Stojanović, N. Delić /2017/: *Krivično pravo. Posebni deo*, Beograd, p. 70.

15 B. Kraus /1981/: *Komentar krivičnih zakona SR Srbije, SAP Kosova i SAP Vojvodine*, (redaktor: N. Srzentić), Beograd, p. 309.

16 J. Herring /2011/: *Criminal Law*, Palgrave Macmillan, p. 131.

17 M. El-Ghazi /2017/: *Der neue Strafbestand des sexuellen Übergriffs nach § 177 Abs. 1 StGB n.F. Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, № 3, p. 159.

18 Z. Stojanović /1981/: *Kriterijumi određivanja inkriminacija – uopšte i u sferi seksualnih odnosa*, doktorska disertacija, Ljubljana, p. 163.

19 Z. Stojanović, N. Delić /2017/: *op. cit.*, p. 71.

20 Z. Stojanović /2017/: *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, p. 560.

21 U Krivičnom zakoniku Kraljevine Jugoslavije iz 1929. god. ova grupa krivičnih dela bila je pokrivena naslovom – Krivična dela protiv javnog morala. Još tad je ukazivano na neprikladnost tako određenog objekta zaštite „jer čitav niz dela protivu moralne prirode ili se ne kazni, ili je predviđen u drugim glavama, jer su pod gornjim naslovima obuhvaćena po primeru drugih zakonika (a naročito švajcarskog projekta) samo i isključivo krivična dela protiv **polnog morala**“. M. Čubinski /1934/: *Naučni i praktični komentar Krivičnog zakonika Kraljevine Jugoslavije*, Beograd, p. 461.

zanemariti činjenica da pojedine inkriminacije za osnovni cilj imaju zaštitu polnog morala (vid. član 185. KZ).²² Krivični zakonik je osim ove terminološke korekture u čitavu glavu uneo i niz suštinskih izmena. Redefinisana je i modernom učenju prilagođen opis krivičnog dela silovanja,²³ neka dela su dekriminalizovana (zavođenje), napušteni su pojedini izrazi koji su, uprkos postojano izvajanju shvatanjima u praksi (bludne radnje) postali anahroni, tako da je usvajanjem i stupanjem na snagu KZ čitava oblast seksualnih delikata regulisana u duhu vladajućeg shvatanja u nauci. Ipak, određenim naknadnim intervencijama zakonodavac je predvideo i niz loših rešenja. Pre svega zabranivši ublažavanje kazne za pojedina dela iz ove glave (silovanje, obljuba nad nemoćnim licem i obljuba sa detetom), predvidevši na nekoliko mesta strože kaznene raspone podizanjem propisanog posebnog minimuma, kao i usvajanjem 2013. god. Zakona o posebnim merama za sprečavanje krivičnih dela protiv polne slobode prema maloletnicima (tzv. Marijin zakon),²⁴ a poslednje u nizu loših rešenja je uvođenje novog krivičnog dela pod nazivom polno uznemiravanje (član 182a), kojim je zakonodavac, osim sumnjive kriminalnopolitičke opravdanosti inkriminisanja ovog ponašanja, opisom dela preširoko odredio granicu kažnjivog ponašanja. Na taj način je zakonodavac, odstupajući od stroge vezanosti načelom zakonitosti (*lex certa*), još jednom prekršio *ultima ratio* princip, za koji se ističe da bi ga u ovoj oblasti trebalo primenjivati više i strože nego u drugim oblastima.²⁵ Iako nije sporno da je za društvenu kontrolu seksualnosti nužna i krivičnopravna zaštita, nju treba primenjivati samo na najopasnije napade na polnu slobodu i (eventualno) povredu polnog morala.²⁶

2. ZABRANA SEKSUALNOG UZNEMIRAVANJA U UPOREDNOM PRAVU

Pod seksualnim uznemiravanjem se generalno podrazumeva neželjeno ponašanje sa seksualnom konotacijom ili drugo ponašanje vezano za pol koje vređa dostojanstvo drugoga. Ono obuhvata različite verbalne ili fizičke akte koji se prostiru od fizičkog nasilja, neželjenog fizičkog kontakta, preko seksualnog ucenjivanja, komentaranja izgleda i privatnog života, seksualnih komentara i viceva, upornog ne-

-
- 22 Za nemačko pravo vid. T. Weigend /2017/: Tatbestände zum Schutz der Sexualmoral, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Band 129, Heft 2, pp. 513–528.
- 23 Gotovo sve korekcije koje su na liniji modernog učenja (radnja izvršenja nije ograničena samo na obljubu, već i na sa obljubom izjednačen čin; pasivni subjekt može biti i lice sa kojim učinilac živi u bračnoj zajednici, kao i lice muškog pola; izvršilac može biti bilo koje lice) prof. Stojanović je predlagao još u svojoj doktorskoj disertaciji. Vid. Z. Stojanović /1981/: *op. cit.*, pp. 255–279.
- 24 Kritički o ovom zakonu B. Ristivojević /2013/: „Punitivni populizam“ srpskog zakonodavca. Kritička analiza tzv. Marijinog zakona, u: *Nova rešenja u kaznenom zakonodavstvu Srbije i njihova praktična primena*, Zbornik radova srpskog udruženja za krivičnopravnu teoriju i praksu, Zlatibor, pp. 319–338.
- 25 Z. Stojanović /1981/: *op. cit.*, p. 171. Više o kriterijumima za određivanje inkriminacija u sferi seksualnih odnosa vid. Z. Stojanović, *Ibid.*, pp. 155–172.
- 26 Tako je u našoj ranijoj literaturi Tahović smatrao da kao krivična dela treba odrediti samo one povrede polnog morala koje pored toga znače i napad na neki drugi objekt koji se inače stavlja pod krivičnopravnu zaštitu. J. Tahović /1961/: *op. cit.*, str. 167.

željenog udvaranja, vređanja po osnovu pola, pa do pokazivanja materijala sa seksualnim sadržajem, seksualno sugestivnih pokreta, zviždanja i sl.²⁷ Veoma širok krug ponašanja kojima se može ostvariti seksualno uznemiravanje zahteva i odgovarajuće kriterijume na osnovu kojih bi se moglo razlikovati nedopušteno ponašanje koje se označava seksualnim uznemiravanjem od ponašanja koje je izraz nedostatka ukusa i osnovne kulture, tj. od ponašanja koje iako nije pristojno i socijalno adekvatno ipak nije i pravno nedopušteno. Uprkos tome što ponašanje koje se podvodi pod pojam seksualnog uznemiravanja kao takvo ima dugu istoriju, ustanovljavanje naročitih pravnih mehanizama za zaštitu od takvog ponašanja je novijeg datuma. I sam pojam seksualnog uznemiravanja (*sexual harassment*) je skorijeg porekla i skovan je sedamdesetih godina XX veka.²⁸ Pravni mehanizam za zaštitu od seksualnog uznemiravanja najpre je razvijen u Sjedinjenim Američkim Državama, i tamo je dosad dostigao najviši nivo efikasnosti,²⁹ a zatim i u drugim zemljama, koje su preuzimajući američko iskustvo izgradile i sopstvena i ponešto drugačija sredstva zaštite.

Uopšteno, kada je reč o zaštiti od seksualnog uznemiravanja u uporednom pravu postoje dva osnovna modela: ili se zabrana odnosi isključivo na seksualno uznemiravanje na radu, tako da se obezbeđuje odgovarajuća radnopravna i građansko-pravna zaštita, ili je pored nje zabrana pojačana i šireg je obima, jer se ne ograničava samo na radno okruženje, već je zaprečena krivičnom kaznom. U prvom slučaju seksualno uznemiravanje se tretira kao vid povrede rodne ravnopravnosti na radu i/ili povrede dostojanstva zaposlenog, dok je u drugom slučaju seksualno uznemiravanje proglašeno (i) krivičnim delom protiv polne slobode.

Prvi model je karakterističan za zemlje anglosaksonske pravne tradicije. Zabrana seksualnog uznemiravanja (na radu) je američki izum nastao na krilima feminističkog pokreta šezdesetih i sedamdesetih godina prošlog veka.³⁰ Generalno, čitava ova problematika je u prethodnom periodu bila od daleko većeg značaja u SAD nego u evropskim državama. Često se kaže da je seksualno zlostavljanje američki problem, da je feministički pokret, kao i izraz pojačanog puritanizma, snažnije došao do izražaja na američkom kontinentu. Sve to zahvaljujući i dubokoj tradiciji poštovanja individualnih prava, kao i nekim osnovnim karakteristikama pravnog sistema koji je razvijan kroz postupak sudskog odlučivanja, tako da su sudovi bili pod neposrednim utiskom iskustava i svedočenja žrtava i njihovih branilaca. Sudovi su oblikovali pojam seksualnog uznemiravanja iz perspektive žrtve, kao neželjenog seksualnog ponašanja (*unwanted sexual behavior*).³¹

27 S. Jovanović, B. Simeunović-Patić /2007/: Seksualno uznemiravanje na radu i aktuelni odgovori, u: *Zbornik Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja*, № 1–2, Beograd, p. 140.

28 K. S. Zippel /2006/: *The Politics of Sexual Harassment. A Comparative Study of the United States, the European Union, and Germany*, Cambridge (etc.), p. 11.

29 K. S. Zippel, *Ibid.*, p. 42.

30 Nastojanje da se ostvare određene socijalne, kulturne, pravne i političke promene iznedrile su zahtev da se seksualno uznemiravanje, kao vid rodne neravnopravnosti žena potčinjenih moći muškaraca koji su nosioci upravljačkih funkcija, prepozna kao nedozvoljen čin koji označava povredu dostojanstva ne samo žene prema kojoj je određeni individualni akt uperen, već žene kao ljudskog bića. U Nemačkoj je čak prva sindikalna brošura o seksualnom uznemiravanju ovo ponašanje označila kao „mini silovanje“. K. S. Zippel, *Ibid.*, p. 14.

31 K. S. Zippel, *Ibid.*, p. 42.

U američkoj literaturi i praksi uobičajeno je da se pravi razlika između dve vrste seksualnog uznemiravanja: *quid pro quo* seksualno uznemiravanje i seksualno uznemiravanje koje stvara neprijateljsko okruženje (*hostile environment*). Za ovaj prvi oblik seksualnog uznemiravanja često se koristi izraz seksualno ucenjivanje, „budući da obuhvata situacije u kojima je sticanje i ostvarivanje nekog prava iz radnog odnosa uslovljeno prihvatanjem ili odbijanjem poslodavčeve ponude seksualne prirode“. U stvari ono podrazumeva pretnju uskraćivanjem prava iz radnog odnosa ili drugih prava u vezi sa radom ako zaposleni odbije određenu poslodavčevu ponudu, odnosno obećanje neke povoljnosti u slučaju da zaposleni pristane na određeno ponašanje seksualne prirode.³² Druga vrsta seksualnog uznemiravanja ne podrazumeva ponašanje koje je nošeno idejom „usluga za uslugu“, već obuhvata bilo koju radnju koja kod zaposlenog izaziva strah ili stvara uvredljivo, ponižavajuće ili neprijateljsko okruženje. Da bi se razlikovalo dopušteno od nedopuštenog ponašanja kao ključno merilo koristi se nepoželjnost ponašanja, tj. presudno je da li lice prema kome je ono usmereno pristaje ili ne na takvo ponašanje. U literaturi se još uvek vodi živa debata u pogledu toga koje je fizičko ponašanje seksualnog karaktera i predstavlja uznemiravanje, kao i pod kojim uslovima šale, vicevi sa seksualnim konotacijama i opaske označavaju seksualno uznemiravanje.³³

Isprva, seksualno uznemiravanje kao takvo nije bilo izričito zabranjeno, pa su sudovi pravni osnov pronašli u Zakonu o građanskim pravima (*Civil Rights Act*) iz 1964. god. (VII odeljak) koji po više osnova zabranjuje diskriminaciju prilikom zapošljavanja, odlučivanja o daljem statusu zaposlenog i njegovim pravima.³⁴ Pravnici su, da bi omogućili zaštitu koju pruža ovaj zakon, seksualno uznemiravanje nastojali da predstave kao oblik polne diskriminacije u sferi zapošljavanja, omogućivši zaposlenom koji pretrpi akt seksualnog uznemiravanja na radnom mestu da od poslodavca zahteva naknadu štete.³⁵ S obzirom na to da je VII odeljak ovog zakona posvećen zabrani diskriminacije u sferi radnih odnosa, njega nije bilo moguće primeniti na slučajeve seksualnog uznemiravanja u nekoj drugoj sferi. Iako su činjeni pokušaji da se ova zabrana generalizuje i prenese i u druga polja, najveći deo američke prakse rešavao je slučajeve seksualnog uznemiravanja na radnom mestu, tako da je seksualno uznemiravanje u SAD van okvira krivičnog prava, tj. samo ozbiljniji napadi na seksualnu slobodu predstavljaju kažnjivo ponašanje u granicama krivičnog prava. Ovo na prvi pogled čudi, s obzirom na to da je krivično zakonodavstvo u SAD, posmatrano iz perspektive evrokontinentalnog zajedničkog jezgra, prilično strogo i hipertrofirano.

Slično američkom je i rešenje koje postoji u Engleskoj. Zanimljivo je da su britanski sudovi ubrzo nakon američkog iskustva preuzeli model seksualnog uznemi-

32 Lj. Kovačević /2013/: *Pravna subordinacija u radnom odnosu i njene granice*, Beograd, p. 431.

33 K. S. Zippel, *op. cit.*, p. 21.

34 U sedmom odeljku ovog zakona predviđena je zabrana diskriminacije; tj. poslodavac ne može da odbije da zaposli, niti može da otpusti nekog (ili da ga na drugi način diskriminiše u pogledu nadoknade, radnih uslova ili prava po osnovu rada) zbog rase ili veroispovesti, boje kože, pola, ili nacionalne pripadnosti. A. C. Saguy /2003/: *What Is Sexual Harassment? From Capitol Hill to the Sorbonne*, Berkeley (etc.), pp. 22–23.

35 A. C. Saguy, *Ibid.*, p. 23.

ravanja kao problema uznemiravanja u radnom okruženju, a koji označava seksualnu diskriminaciju,³⁶ što je u suštini jedan obrnut proces, pošto je engleski pravni sistem poslužio kao matrica za američki sistem i uglavnom je preuzimanje gotovih rešenja teklo u suprotnom smeru. I u Ujedinjenom Kraljevstvu sudovi su bili glavni kreatori pravila o zabrani seksualnog uznemiravanja (na radu), s obzirom na to da nije postojalo izričito zakonsko pravilo koje bi sadržalo takvu zabranu, ali je osnov pronađen u *Sex Discrimination Act*-u iz 1975. god. Međutim, isprva je bilo neophodno utvrditi da je žena tretirana nepovoljnije u odnosu na muškarca sličnih sposobnosti i to upravo zbog svog pola (tj. da bi u istoj situaciji muškarac bio bolje tretiran).³⁷ Kao rezultat uklađivanja zakonodavstva sa Direktivom 2002/73/EZ usvojena su 2005. god. nova pravila (*The Employment Equality (Sex Discrimination) Regulations*) kojima je svaka diskriminacija po osnovu pola nedvosmisleno zabranjena, bilo povredom dostojanstva neke osobe ili stvaranjem neprijateljskog radnog okruženja. Reformom krivičnih dela protiv polne slobode 2003. god. (*Sexual Offences Act*) derogirano je staro, dobrim delom *common law* pravo, koje nije odgovaralo savremenim prilikama, ali je osim poboljšanja stanja u ovoj oblasti, zakonodavac osim nespornih i legitimnih, predvideo i neka druga ponašanja kao krivična dela, uprkos tome što se za njih teško mogu naći valjani kriminalnopolitički razlozi. Pa ipak, i pored široko postavljene granice u sferi seksualnih delikata seksualno uznemiravanje nije predviđeno kao krivično delo.³⁸

I dok su u većini zemalja anglosaksonskog pravnog kruga pravila o zabrani seksualnog uznemiravanja uobličavana kroz sudsko rešavanje slučajeva (*case law*) već početkom sedamdesetih godina, u zemljama članicama Evropske unije taj razvoj je započet tek u ranim devedesetim godinama prošlog veka, usvajanjem zakona kojima se uspostavlja odgovornost ne samo poslodavca, već i učinilaca, merama iz radnog i krivičnog prava.³⁹

Drugi model postoji u sve većem broju država, koje su, osim zabrane seksualnog uznemiravanja na radu (i u vezi sa radom) kao najčešćoj i najosetljivijoj formi oblasti ispoljavanja ovog ponašanja, u svom krivičnom zakonodavstvu predvidele seksualno uznemiravanje kao krivično delo (Italija, Francuska, Austrija, Nemačka). Iako se pojedina rešenja među sobom razlikuju, u praksi i teoriji ovih zemalja prisutno je nastojanje da se kvalitativno i kvantitativno povuče razlika između seksualnog uznemiravanja kao krivičnog dela, gde se opravdano postavljaju nešto stroži kriterijumi, od blažih oblika seksualnog uznemiravanja koji predstavljaju izraz zabrane diskriminacije i rodne ravnopravnosti. Pre svega, to je uslov da se seksualno uznemiravanje kao krivično delo može izvršiti samo **fizičkom radnjom**, ne i verbalnim putem.

36 K. S. Zippel, *op. cit.*, p. 87.

37 L. Clarke /2007/: Sexual Harassment Law in the United States, the United Kingdom and the European Union: Discriminatory Wrongs and Dignitary Harms, *Common Law World Review*, Vol. 36, Issue 2, pp. 81–82.

38 Vid. D. Ormerod, K. Laird /2015/: *Smith and Hogan's Criminal Law*, Oxford, pp. 881–886.

39 K. S. Zippel, *op. cit.*, pp. 17–18. Vid. S. Jovanović, B. Simeunović-Patić /2006/: Zaštita od seksualnog uznemiravanja na radu u pravu Evropske unije, *Temida: časopis o viktimizaciji, ljudskim pravima i rodu*, № 4, Beograd, pp. 17–23.

Tako, primera radi, u Austriji Savezni zakon o ravnopravnosti (*Bundes-Gleichbehandlungsgesetz*) na uopšten način određuje pojam seksualnog uznemiravanja (*Sexuelle Belästigung*) definišući ga kao svako seksualno usmereno ponašanje koje povređuje ili ima za cilj da povredi dostojanstvo nekog lica, a koje je neželjeno i koje stvara (ili ima za cilj) neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo radno okruženje, ili je takve prirode da prihvatanje ili odbijanje ponašanja u seksualnoj sferi od strane nekog lica predstavlja osnov za odluku o njegovom statusu i pravima (§ 8), predviđajući pravo zaposlenog na naknadu štete za pretrpljeno uznemiravanje.

Osim toga, seksualno uznemiravanje je predviđeno i kao krivično delo (§ 218 StGB). Ovo krivično delo postoji samo ako se to ponašanje ne može podvesti pod neko drugo krivično delo za koje je predviđena stroža kazna (zakonski supsidijaritet). Radnju izvršenja čini polna radnja (osim obljube i sa njom izjednačenog čina) kojom se (na telu pasivnog subjekta ili pred njim, pod uslovom da je podobno da dovede do povrede javnog morala) seksualno uznemirava drugo lice. Polna radnja je ona radnja koja je prema objektivnom kriterijumu, i na osnovu svog intenziteta i trajanja izrazitog seksualnog karaktera (usmerena na polne organe). Vladajući je stav da subjektivna seksualna usmerenost nije nužna. Pre svega je to radnja kojom se intenzivno dodiruje polni organ. Ne smatraju se polnim radnjama u smislu ovog krivičnog dela primera radi, samo ovlaš dodirnete ženske grudi, ili udarci po zadnjici, kao ni poljupci ili zagrljaji.⁴⁰ Pojam polnih radnji zahteva jedan intenzivan dodir dela tela koji neposredno pripada polnoj sferi, stoga se biće ovog dela principijelno razlikuje u odnosu na pojam seksualnog uznemiravanja prema zakonu o ravnopravnosti. Seksualno uznemiravanje čine i polne radnje koje se vrše od strane izvršioca pred pasivnim subjektom, ali bez preduzimanja radnje na telu pasivnog subjekta. Ovde dolazi u obzir seksualni odnos sa nekom drugom osobom koji pasivni subjekt posmatra, kao i samozadovoljavanje učinioca pred pasivnim subjektom.⁴¹ Smatra se da skidanje odeće i otkrivanje dela tela, ili javno vršenje nužde ne ispunjavaju uslove za polnu radnju. Takođe, pokazivanje nemoralnih slika ili tekstova, kao i opscene verbalne izjave nisu polne radnje.⁴²

Uznemiravanje postoji samo ukoliko je neželjeno. To podrazumeva da je kod pasivnog subjekta prisutno osećanje gađenje, straha ili ljutnje. Prosto iščuđavanje nije dovoljno.

Na subjektivnom planu zahteva se umišljaj, koji se, pre svega odnosi na uznemiravanje, ali mora da obuhvati i neželjenost, tj. svest o nepristajanju pasivnog subjekta na ponašanje.⁴³

Nakon izmena koje su stupile na snagu 1. januara 2016. god. opis krivičnog dela seksualnog uznemiravanja je dopunjen novim stavom (1a) prema kome se jednako kao i za osnovni oblik kažnjava učinilac koji povredi dostojanstvo drugog lica intenzivnim dodirivanjem intimnog dela tela. Ostaje pitanje da li će na ovaj način

40 C. Bertel, K. Schwaighofer /2010/: Österreichisches Strafrecht. Besonderer Teil II. §§ 169 bis 321 StGB, Wien-New York, p. 65.

41 C. Bertel, K. Schwaighofer, *Ibid.*, p. 104.

42 C. Bertel, K. Schwaighofer, *Ibid.*, pp. 104–105.

43 C. Bertel, K. Schwaighofer, *Ibid.*, p. 105.

zahtev za postojanjem intenzivnog kontakta ostati i za osnovni oblik, i da li to znači proširivanje granica kažnjivog ponašanja u odnosu na osnovni oblik, iako se primjećuje da je polje zaštite u krivičnom pravu uže postavljeno u odnosu na rešenje iz zakona o ravnopravnosti, gde se i verbalnim putem, dakle bez fizičkog kontakta, mogu ostvariti obeležja seksualnog uznemiravanja. Dakle, da bi postojalo krivično delo seksualnog uznemiravanja insistira se na fizičkom kontaktu (pored oblika gde to nije nužno, ali gde se ipak zahteva telesna radnja),⁴⁴ iako se polje primene bića krivičnog dela seksualnog uznemiravanja stavovima sudske prakse još više sužava, jer, osim što delo nije moguće izvršiti verbalno, za pojam polne radnje zahteva se intenzivno dodirivanje i to ne bilo kog intimnog dela tela (u praksi prevlađuje shvatanje da se zadnjica ne smatra intimnim delom tela).⁴⁵

U sferi seksualnih odnosa u poslednje vreme dominira pristup da „ne znači ne“ i da „samo da znači da“. Naročito je u Nemačkoj snažna kampanja koja polazi od ove krilatice (*Nein heißt Nein*), tako da je nedavno čitava glava krivičnih dela protiv polne slobode reformisana, a između ostalog Krivični zakonik je dopunjen novim krivičnim delom (primenjuje se od novembra prošle godine) pod nazivom seksualno uznemiravanje (§ 184i) za koje je predviđena ne samo novčana kazna, već i alternativno kazna zatvora do čak dve godine. Pošlo se od toga da je pravu na seksualno samoopredeljenje potrebno, naročito kada se radi o ženama, pružiti još jaču zaštitu. Ovo krivično delo postoji kada učinilac seksualno uznemiri drugoga telesnim dodirivanjem, tj. kada na seksualno određeni način dodirne drugoga i time ga uznemiri (*Wer eine andere Person in sexuell bestimmter Weise körperlich berührt und dadurch belästigt*) ukoliko time nisu ostvarena obeležja nekog drugog težeg krivičnog dela.⁴⁶ Ovaj opis obuhvata radnje koje su ranije podvođene pod uvredu i koje nisu smatrane značajnim da prerastu u neki seksualni delikt. Radnju izvršenja predstavlja seksualno motivisani dodir drugog lica. Taj dodir mora objektivno i spolja imati seksualni karakter.⁴⁷ Misli se pre svega na neželjene poljupce i dodir intimnih delova tela. Ali, naravno, nije svaki telesni dodir koji sam po sebi ima seksualnu konotaciju istovremeno i seksualno uznemiravanje. Uobičajene, svakodnevnne, radnje kao što su npr. zdravstveni pregledi ne potpadaju pod biće ovog krivičnog dela. Osim što dodirivanje treba da je seksualnog karaktera ono treba da dovede do uznemiravanja pasivnog subjekta. To znači da nije dovoljno da se pasivni subjekt inače ne oseća dobro ili da je iznerviran, već da je uznemiren upravo zbog ponašanja učinioaca. Ostvarenost posledice zavisi dakle od reakcije pasivnog subjek-

44 U Švajcarskoj je biće ovog krivičnog dela (§ 198 StGB) šire postavljeno tako da obuhvata ne samo fizičko seksualno uznemiravanje, već uznemiravanje i rečima na grub način. Na širok način je ovo krivično delo određeno i u francuskom krivičnom zakonodavstvu (§ 222–33).

45 Na eventualno proširivanje bića ovog krivičnog dela stavovima sudske prakse ili voljom zakonodavca nauka gleda kritički, pa je tako jedan poznati bečki profesor (Helmut Fuchs) nakon pokušaja zakonodavne reforme i proširivanja inkriminacije duhovito primetio da bi ubuduće pre eventualnog zagrljaja u cilju pozdrava osobe koju ne poznajemo dobro trebalo prethodno obezbediti njegovu saglasnost. http://diepresse.com/home/innenpo-litik/4687695/Sexuelle-Belaestigung_Umarmung-koennte-straftbar-werden. 2. novembar 2017. god.

46 M. El-Ghazi, *op. cit.*, p. 161.

47 E. Hoven, T. Weigend /2017/: „Nein heißt Nein“ – und viele Fragen offen, *Juristen Zeitung*, № 4, p. 189.

ta i stoga od učiniočeve „sreće“. Ukoliko npr. učinilac u diskoteci neočekivano poljubi njemu nepoznatu devojku, biće kažnjen ako se ona osetila uznemirenom, ali će proći nekažnjeno ukoliko ona pokaže interes za njega.⁴⁸

Na subjektivnom planu je potreban umišljaj, barem eventualni, tj. da je učinilac svestan da svojim ponašanjem može da uznemiri drugoga i da na to pristaje.

Nauka polazi od toga da je biće seksualnog uznemiravanja previše široko određeno. Mnoge i beznačajne radnje se mogu podvesti pod pojam seksualnog uznemiravanja. Ostaje da se vidi na koji će način praksa da se izbori sa ovako širokim opisom dela.⁴⁹ Tako je prvom presudom u Nemačkoj za ovo novo krivično delo jedan Libijac osuđen na kaznu zatvora od čak četiri meseca zbog toga što je na ulici jednu ženu, protivno njenoj volji, tri puta uštinuo po zadnjici. Sudija je izjavio da je kazna prestroga, ali da je to volja zakonodavca.⁵⁰

3. ZAŠTITA OD SEKSUALNOG (POLNOG) UZNEMIRAVANJA U REPUBLICI SRBIJI

U našem društvu se dugo održavao otpor prema prepoznavanju seksualnog uznemiravanja kao problema, kao i oklevanje države da obezbedi adekvatnu zaštitu.⁵¹ Tek je Zakon o radu⁵² iz 2005. god. seksualno uznemiravanje prepoznao kao vid diskriminacije, zabranivši takvo ponašanje, određivši ga kao *svako verbalno, neverbalno ili fizičko ponašanje koje ima za cilj ili predstavlja povredu dostojanstva lica koje traži zaposlenje, kao i zaposlenog u sferi polnog života, a koje izaziva strah ili stvara neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje* (član 21. stav 3.). Iako u zakonskoj definiciji seksualnog uznemiravanja nije neposredno učinjena razlika između seksualnog ucenjivanja i seksualnog uznemiravanja kojim se stvara neprijateljsko okruženje, nije sporno da ovo rešenje treba tako tumačiti da je njime zabranjeno i seksualno ucenjivanje, koje se može podvesti pod jednu vrstu ponašanja kojim se stvara neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje.⁵³ Zakonom o radu je predviđeno da lice koje traži zaposlenje, kao i zaposleni, u slučaju seksualnog uznemiravanja ili drugog vida diskriminacije može da pokrene pred nadležnim sudom postupak za naknadu štete od poslodavca (član 23.). Takođe, predviđena je i prekršajna odgovornost poslodavca sa svojstvom pravnog lica, preduzetnika ili odgovornog lica u pravnom licu u slučaju kršenja zabrane diskriminacije, uključujući i

48 E. Hoven, T. Weigend, *Ibid.*, p. 189.

49 https://www.anwalt.de/rechtstipps/sexuelle-belaestigung-bundesweite-straferverteidigung-durch-fachanwalt_10-2652.html. 2. novembar 2017. god.

50 <http://www.spiegel.de/panorama/justiz/bautzen-grapscher-zur-haftstrafe-verurteilt-a-1147209.html>. 2. nove-mbar 2017. god.

51 S. Jovanović, B. Simeunović-Patić /2007/: *op. cit.*, p. 153.

52 *Sl. glasnik RS*, br. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014 i 13/2017 – odluka US.

53 Lj. Kovačević, *op. cit.*, pp. 431–432. Ipak, u Zakonu o ravnopravnosti polova (*Sl. glasnik RS*, br. 104/2009) osim slične definicije seksualnog uznemiravanja dat je i pojam seksualnog ucenjivanja. Ono je određeno kao svako ponašanje odgovornog lica koje, u nameri traženja usluga seksualne prirode, uceni drugog da će u slučaju odbijanja pružanja traženih usluga protiv njega ili njemu bliskog lica izneti nešto što može škoditi njenoj ili njegovoj časti ili ugledu (član 10).

seksualno uznemiravanje (član 274). Dakle, Zakon o radu kršenje zabrane diskriminacije, koja podrazumeva i seksualno uznemiravanje zaposlenog, ili lica koje traži zaposlenje, predviđa kao prekršaj, propisujući novčanu kaznu za povredu ove zabrane. Ukoliko se kao izvršilac seksualnog uznemiravanja pojavljuje zaposleni koji ovo čini prema drugom zaposlenom takvo se uznemiravanje smatra povredom radne obaveze koja predstavlja osnov za otkaz ugovora o radu, odnosno za izricanje mere prestanka radnog odnosa, kao i osnov za udaljenje zaposlenog sa rada.⁵⁴

Osim tretiranja seksualnog uznemiravanja kao radnopravne kategorije, nedavno je u našem pravu ovo ponašanje predviđeno i kao krivično delo. Naime, Zakonom o izmenama i dopunama KZ iz novembra 2016. god. uvedeno je novo krivično delo pod nazivom *polno uznemiravanje* (član 182a KZ). Osnov za ovo delo predstavlja Konvencija Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici (tzv. Istanbulska konvencija) iz 2011. god. koju je Republika Srbija potpisala u aprilu 2012. god, a ratifikovala je u novembru 2013. god. Države koje su ratifikovale konvenciju preuzele su obavezu da inkriminišu određena ponašanja koja se odnose na nasilje nad ženama ili nasilje u porodici, ukoliko takva ponašanja već nisu zaprećena kaznom u nacionalnim okvirima. Između ostalog, članom 40. Istanbulske konvencije predviđeno je da se *strane obavezuju da preduzmu neophodne zakonodavne ili druge mere i obezbede da svaki oblik neželjenog verbalnog, neverbalnog ili fizičkog ponašanja seksualne prirode u svrhu ili uz ishod povrede dostojanstva lica, posebno kada se stvara zastrašujuća, neprijateljska, degradirajuća, ponižavajuća, odnosno uvredljiva atmosfera bude predmet krivične ili druge pravne sankcije*.⁵⁵ Iako ova odredba ne nalaže obavezu da se seksualno uznemiravanje predvidi kao krivično delo (moguće je predvideti i drugi vid pravne zaštite) naš zakonodavac se, uprkos postojećoj radnopravnoj regulativi, odlučio za korak kojim se načelno pruža jači vid zaštite od ovog ponašanja.

Na ovom mestu valja istaći da biće krivičnog dela polnog uznemiravanja nije sasvim novo rešenje u našem krivičnom zakonodavstvu, s obzirom na to da je u prethodnoj deceniji, doduše u jednom kratkom periodu postojalo krivično delo pod nazivom *seksualno zlostavljanje*. Ovo krivično delo je uvedeno Zakonom o izmenama i dopunama Krivičnog zakona Republike Srbije iz 2003. god. i bilo je predviđeno u članu 102a KZS. Ideja zakonodavca bila je da uvođenjem ovog krivičnog dela pruži zaštitu od različitih radnji koje do tada nisu bile obuhvaćene pojmom bludnih radnji, a koje su po svojoj prirodi takve da dovode do grube povrede polnog dostojanstva.⁵⁶ Radnju izvršenja je predstavljalo *seksualno zlostavljanje drugog lica ili preduzimanje bilo koje druge radnje kojom se grubo povređuje dostojanstvo ličnosti drugoga u sferi polnog života*. Zakonodavac pritom nije bliže odredio pojmove

54 Član 18. Zakona o ravnopravnosti polova.

55 Pojam seksualnog uznemiravanja preuzet je iz Direktive 2002/73/EZ, prema kojoj je seksualno uznemiravanje neželjeni verbalni, neverbalni ili fizički akt (ponašanje) seksualne prirode učinjen sa namerom ili posledicom povrede ličnog dostojanstva, a posebno stvaranja zastrašujućeg, neprijateljskog, degradirajućeg, ponižavajućeg ili uvredljivog okruženja. S. Jovanović, B. Simeunović-Patić /2007/: *op. cit.*, p. 149. Jasan je uticaj američke terminologije i fraza i kada je reč o rešenju sadržanom u pomenutoj Direktivi, a i u Istanbulskoj konvenciji.

56 Z. Stojanović, O. Perić /2005/: *Krivično pravo. Posebni deo*, Beograd, p. 156.

seksualnog zlostavljanja i druge načine povrede dostojanstva ličnosti u sferi polnog života. Smatrano je da se pod zlostavljanjem moglo razumeti „preduzimanje određenih radnji koje podrazumevaju delovanje na telo pasivnog subjekta, koje kod njega prouzrokuju telesne ili duševne patnje slabijeg intenziteta, a koje ne predstavljaju telesnu povredu i koje karakteriše kršenje postojećih normi seksualnog morala, ali po svojoj prirodi ne predstavljaju bludne radnje.“⁵⁷ Kada je reč o drugim radnjama kojima se grubo vređa dostojanstvo ličnosti u sferi polnog života isticano je da ih pre svega treba razumeti kao „različite vidove psihičkog maltretiranja koje bi moglo da se sastoji u ismevanju ili omalovažavanju pojedinih aspekata ili celokupnog polnog života subjekta, a koje se može vršiti verbalno, upućivanjem određenih izraza ili odgovarajućim konkludentnim radnjama čije preduzimanje ne podrazumeva fizički kontakt između učinioca i pasivnog subjekta“.⁵⁸ Ovo delo je bilo postavljeno kao posledično krivično delo, što znači da je bilo potrebno utvrditi da je bićem određena posledica krivičnog dela morala nastupiti. Posledica se sastojala u gruboj povredi dostojanstva ličnosti u sferi polnog života. Osim toga što je bilo neophodno utvrditi da je ta povreda većeg intenziteta, tj. gruba, smatrano je da se procena vrši po objektivnom merilu, prilikom čije primene je bilo potrebno uzeti kako pravila ponašanja koja postoje u određenoj sredini, tako i odnose između učinioca i pasivnog subjekta.⁵⁹ Delo je imalo i teži oblik koji je postojao ukoliko je seksualno zlostavljanje izvršeno zloupotrebom položaja koji učinilac ima nad licem koje se prema njemu nalazi u odnosu kakve podređenosti ili zavisnosti. Ova inkriminacija bila je kritikovana pre svega zbog poteškoća na planu razgraničenja ovog krivičnog dela i krivičnih dela uvrede i bludnih radnji, tako da se ona nije duže zadržala u našem krivičnom zakonodavstvu, jer uprkos tome što je u Predlogu Krivičnog zakonika (član 182, stav 2) ovo delo bilo zamišljeno kao zaseban oblik krivičnog dela nedozvoljenih polnih radnji,⁶⁰ nije našlo mesta u konačnom tekstu novog Krivičnog zakonika.

Međutim, zakonodavac je poslednjim izmenama i dopunama Krivičnog zakonika iz 2016. god. polazeći od rešenja iz Istanbulske konvencije inkriminisao seksualno uznemiravanje, na način koji je dosta širi od prethodno postojećeg krivičnog dela seksualnog zlostavljanja, čime su iznova otvorena već poznata sporna pitanja, a stvorena su i neka nova.

Prema odredbi člana 182a (stav 1) ovo krivično delo vrši *ko polno uznemirava drugo lice*. Radnja izvršenja je dakle propisana kao polno uznemiravanje. U našoj sudskoj praksi taj pojam nije razrađen i preciziran,⁶¹ pa je zakonodavac u stavu 3. istog člana definisao polno uznemiravanje, preuzimajući rešenje iz Istanbulske konvencije. *Polno uznemiravanje jeste svako verbalno, neverbalno ili fizičko ponašanje koje ima za cilj ili predstavlja povredu dostojanstva lica u sferi polnog života, a koje*

57 Z. Stojanović, O. Perić, *Ibid.*, p. 157.

58 Z. Stojanović, O. Perić, *Ibid.*

59 Z. Stojanović, O. Perić, *Ibid.*

60 Bio je predložen sledeći opis: Ko bez preduzimanja radnje iz stava 1. ovog člana na drugi način grubo povredi dostojanstvo ličnosti u sferi polnog života nekog lica, kazniće se novčanom kaznom ili zatvorom do šest meseci.

61 Z. Stojanović /2017/: *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, p. 588.

izaziva strah ili stvara neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje. Iz zakonske odredbe proizlazi da je radnju izvršenja moguće preduzeti rečima (verbalno) ili fizičkom radnjom, dok određene nedoumice izaziva treći navedeni oblik opisan kao neverbalno ponašanje. Verovatno se mislilo na određene gestove (konkludentne radnje), iako i to podrazumeva fizičku aktivnost.⁶² Razliku u odnosu na fizičko ponašanje bi trebalo tražiti u tome što bi u ovom drugom slučaju bilo neophodno da učinilac radnju izvršenja preduzima na telu pasivnog subjekta, dok bi neverbalna radnja podrazumevala odsustvo takvog neposrednog kontakta.⁶³ S obzirom na upotrebljeni trajni glagolski oblik („ko polno uznemirava“) radi se o delu sa indiferentnim brojem radnji izvršenja, tako da će delo postojati ne samo onda kada je radnja izvršenja preduzeta jednom, već i više puta, što svakako može biti relevantno za odmeravanje kazne.⁶⁴

Kada je reč o polnom uznemiravanju koje se vrši rečima javiće se problem razgraničenja sa krivičnim delom uvrede. Trebalo bi uzeti da polno uznemiravanje u ovom slučaju, iako zahvata deo kriminalne zone koja je obuhvaćena krivičnim delom uvrede, ima prednost (specijalitet),⁶⁵ s obzirom na uže omeđen objekt zaštite – povredu dostojanstva u sferi polnog života. Tako bi omalovažavajuća izjava (verbalna ili neverbalna) koja ima za cilj (ili objektivno predstavlja) povredu dostojanstva nekog lica u polnoj sferi predstavljala ovo krivično delo, a ne krivično delo uvrede (iako ono suštinski predstavlja samo jedan vid uvrede).

U odnosu na radnje koje podrazumevaju fizički kontakt sa pasivnim subjektom javlja se kao sporno pitanje razgraničenje sa krivičnim delom nedozvoljenih polnih radnji iz člana 182. KZ, s obzirom da se kao najčešće radnje koje potpadaju pod pojam nedozvoljenih polnih radnji navode „grljenje, ljubljenje, dodirivanje raznih delova tela, naročito genitalne sfere i sl.“⁶⁶ Međutim, kako je za nedozvoljene polne radnje neophodno da se preduzimaju pod uslovima iz članova kojima su predviđena druga krivična dela protiv polne slobode, što znači da je potrebna upotreba sile ili pretnje, iskorišćavanje stanja nemoći pasivnog subjekta ili zloupotreba položaja, polno uznemiravanje bi postojalo ukoliko je neka polna radnja pre-

62 Z. Stojanović, *Ibid.*

63 Takvo razlikovanje ponašanja koje predstavlja seksualno uznemiravanje prisutno je i u radno-pravnoj literaturi. Seksualno uznemiravanje, kao forma neželjenog ponašanja, sebliže određuje „kao – verbalno (kazivanje), neverbalno (gest) ili fizičko (dodir)“. Z. M. Ivošević, M. Z. Ivošević /2015/: *Komentar Zakona o radu*, Beograd, p. 69. Navedeno shvatanje omogućava i analogija sa pojmom uvrede i uobičajenom podelom na verbalnu, simboličnu i realnu uvredu. Tako i Đ. Đorđević /2017/: *Nove inkriminacije i njihova usklađenost sa ostalim odredbama Krivičnog zakonika Srbije, Reformski procesi i poglavlje 23 (godinu dana posle): krivičnopravni aspekti*, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu. Redovno godišnje savetovanje, Zlatibor, p. 135.

64 Đ. Đorđević, *Ibid.*

65 Z. Stojanović /2017/: *op. cit.*, p. 588.

66 Z. Stojanović, N. Delić, *op. cit.*, p. 87. Doduše, taj problem je manje izražen ukoliko je reč o radnjama koje se ne mogu podvesti pod pojam čina izjednačenog sa obljubom, ukoliko se taj pojam restriktivno odredi i svede na prodiranje muškog polnog organa u oralni ili analni otvor pasivnog subjekta, tako da se svaka druga radnja kojom se ostvaruje penetracija smatra nedozvoljenom polnom radnjom. Jasno je da u tom slučaju ne bi moglo postojati polno uznemiravanje.

duzeta na telu pasivnog subjekta van navedenih situacija.⁶⁷ Tako bi upotreba sile i savlađivanje otpora kako bi učinilac npr. poljubio pasivnog subjekta ili ga dodirnuo po intimnom delu tela predstavljalo zbog upotrebljene prinude krivično delo nedozvoljenih polnih radnji, dok bi ista ta radnja predstavljala polno uznemiravanje ukoliko bi učinilac npr. iskoristio iznenađenje pasivnog subjekta, prišavši neopaženo i radnju preduzeo bez upotrebe prinude. Naravno, u odnosu na polno uznemiravanje trebalo bi utvrditi i postojanje odgovarajuće posledice. Ukoliko se pođe od toga da je pojam polne radnje iz člana 182. KZ uži od pojma fizičke radnje kojom se vrši polno uznemiravanje onda se otvara nov problem, kako odrediti koje su to radnje, kada se one radnje koje su tipične za polno uznemiravanje koje se ostvaruje fizičkom radnjom poput zagrljaja ili poljupca u našoj teoriji i praksi tradicionalno smatraju nedozvoljenim polnim radnjama. Jedno od mogućih rešenja bilo bi i da se manje intenzivni dodiri smatraju polnim uznemiravanjem, dok bi kod nedozvoljenih polnih radnji preostale značajnije polne radnje, tj. one radnje koje su bliske restriktivno shvaćenom pojmu čina izjednačenog sa obljubom. Ostaje i dilema kako kvalifikovati situacije kada učinilac preduzima neku polnu radnju na telu deteta, jer bi se u nekim slučajevima opisi ovih dela poklapali. Zbog zaprećene kazne trebalo bi uzeti da postoji krivično delo nedozvoljenih polnih radnji, jer je teže od težeg oblika krivičnog dela polnog uznemiravanja. Razliku između ovih dela treba tražiti i u odnosu na primarni objekt zaštite; kod nedozvoljenih polnih radnji to je pravo na seksualno samoopredeljenje, dok je kod polnog uznemiravanja objekt zaštite polna čast kao lično dobro.⁶⁸ Osim toga, namera zadovoljenja ili pobuđivanja seksualnog nagona, neophodna za krivično delo nedozvoljenih polnih radnji, kod polnog uznemiravanja ne mora da postoji.

U opis krivičnog dela polnog uznemiravanja unesena je i posledica koja se ogleda u izazivanju straha ili stvaranju neprijateljskog, ponižavajućeg ili uvredljivog okruženja.

Na subjektivnom planu zahteva se umišljaj koji mora da obuhvati sva objektivna obeležja dela, tj. kako radnju izvršenja, tako i posledicu. Osim umišljaja potrebna je i odgovarajuća namera, tj. delo se vrši sa ciljem povrede dostojanstva nekog lica u sferi polnog života. Ipak, neobično je što nije nužno da ova namera uvek i postoji, pošto je opis dela tako određen da će delo postojati i bez ove namere, ukoliko radnja izvršenja nezavisno od subjektivne usmerenosti objektivno predstavlja povredu dostojanstva lica u sferi polnog života. U tom slučaju bi (i) povredu dostojanstva u polnoj sferi trebalo smatrati posledicom dela. Može se reći da ovakvo rešenje nije uobičajeno kada je reč o načinu propisivanja bića krivičnog dela i preciziranju subjektivnog elementa, jer se ovde izjednačava radnja usmerena ka određenom cilju i radnja koja nije praćena takvim unutrašnjim nastojanjem, ali koja objektivno ispunjava određene uslove. To znači da i bez postojanja namere da se povredi dostojanstvo nekog lica u sferi polnog života može postojati polno uznemiravanje, iako bi potencijalni problem takve (neprikladne, nepristojne) komunikacije trebalo rešavati odgovarajućim socijalnim mehanizmima, a ne krivičnopравnom represijom, koja bi

67 Vid. Đ. Đorđević, *op. cit.*, p. 136.

68 Vid. Z. Stojanović, O. Perić, *op. cit.*, p. 158.

uvek morala da bude *ultima ratio* karaktera, a ne da se rutinski prostire i na polje onoga što je pretežno u domenu „bontona“.⁶⁹

Za osnovni oblik predviđena je novčana kazna ili zatvor do šest meseci. Osim osnovnog oblika, zakonodavac je predvideo i teži oblik dela koji postoji ukoliko je delo učinjeno prema maloletnom licu (tj. licu koje nije navršilo osamnaest godina). U tom slučaju učinilac će se kazniti zatvorom od tri meseca do tri godine. Predviđeno je i da se gonjenje za delo iz stava 1. ovog člana preduzima po predlogu (stav 4.).

Već i ova letimična analiza obeležja krivičnog dela polnog uznemiravanja pokazuje da je legislativno-tehnički pojam polnog uznemiravanja loše oblikovan; upotrebljeni su izrazi koji su u velikoj meri nejasni i neprecizni, u pojedinim delovima kontradiktorni i nelogični, što ne bi smelo da predstavlja stil krivičnog zakonodavca, zbog strogih zahteva načela zakonitosti u propisivanju krivičnih dela (*lex certa*). Upravo je za krivično pravo, zbog ozbiljnosti pravnih posledica koje se nadovezuju na socijalno-etički prekor, od izuzetnog značaja da se jasno odredi granica kažnjivog ponašanja. Nedostatak navedene definicije, osim nepotrebnog nabranjanja oblika radnje izvršenja i izjednačavanja situacija kada kod učinioca postoji određena namera i slučajeva kada on postupa bez te namere, uočljiv je i u opisu posledice krivičnog dela polnog uznemiravanja. Nije jasno šta znači stvaranje *neprijateljskog, ponižavajućeg ili uvredljivog okruženja*. Sve je ovo rezultat doslovnog prevoda teksta Istanbulske konvencije sa engleskog jezika, u kojoj su upotrebljeni izrazi tipični za sredinu u kojoj je sam pojam seksualnog uznemiravanja nastao i kroz višedecenijsko iskustvo u dovoljnoj meri oblikovan tako da ne ostavlja naročite dileme u pogledu svoje sadržine. Verovatno bi bolje rešenje bilo da zakonodavac uopšte nije dao pojam polnog uznemiravanja.⁷⁰ No, kao što je već navedeno, činjenica da je taj pojam relativno nepoznat u našoj nauci i praksi uticala je na ovakvu zakonodavnu tehniku. Ostaje naravno pitanje u kojoj meri će naša praksa uspeti da precizira pojam polnog uznemiravanja i razgraniči situacije koje, naročito ako se radi o verbalnom ponašanju, predstavljaju izraz neukusa i odsustva pristojnosti i onih slučajeva kada je opravdano odlučiti se za postojanje neprava sadržanog u zakonskom opisu dela iz člana 182a KZ.⁷¹ Osim ovih nedostataka koji su posledica loše legislativne tehnike, problem predstavlja i odsustvo stvarne legitimacije za jedno ovakvo biće, čak i kada bi njegova obeležja preciznije bila određena. Kao što je već primećeno u literaturi „problem sa ovim krivičnim delom je u tome što su širokim određivanjem

69 J. Lazarević, M. Škulić /2017/: Nove inkriminacije protiv polne slobode u Krivičnom zakoniku Srbije, *Bilten Vrhovnog kasacionog suda*, № 2, Beograd, p. 139.

70 Tako i J. Lazarević, M. Škulić, *Ibid.*, pp. 137–138.

71 Prva krivična prijava za ovo delo podneta je u junu u Beogradu protiv učinioca koji se u alkoholisanom stanju na uvredljiv i ponižavajući način obraćao dvema maloletnicama na autobuskom stajalištu; učinilac je počeo devojkama da se obraća palacajući jezikom, mimikom, namigivanjem, i drugom specifičnom gestikulacijom im ponudio novac i pozvao ih da za njim uđu u autobus. Ovo ponašanje kod devojaka je izazvalo osećaj straha i sramote i one su odmah pozvale policiju koja je privela učinioca. <http://www.novosti.rs/vesti/naslovna/hro-nika/aktuelno.291.html:669786-Prva-krivicna-prijava-za-polno-uznemiravanje-podneta-u-Beogradu.2.nove-mbar.2017.god>.

radnje njime inkriminisana i neka relativno bezazlena ponašanja koja nije uvek lako prepoznati i odvojiti od dozvoljenih, a još teže dokazati. To može da dovede do dodatnog opterećivanja sudova relativno bagatelnim kriminalitetom, što se moglo rešiti i putem prekršajne pravne intervencije, pogotovu imajući u vidu i odredbu same Istanbulske konvencije koja nalaže zemljama potpisnicama da obezbede da ovakva ponašanja 'budu predmet krivične ili druge pravne sankcije.'⁷²

Inkriminacija polnog uznemiravanja u našem KZ postavljena je veoma široko,⁷³ na način koji je uobičajen u radnom zakonodavstvu drugih država, gde sankcija za takvo ponašanje nije uporediva sa prekorom koji čini sadržinu krivične kazne, jer se u prvom slučaju na njega gleda kao na vid rodne diskriminacije (sa ne naročito strogim pravnim posledicama) dok se u drugom slučaju radi o povredi prava na seksualnu slobodu i ozbiljnijem napadu koji podrazumeva upućivanje socijalno-etičkog prekora. U pojedinim zemljama se upravo ističe da krivično delo seksualnog uznemiravanja treba razlikovati od manje intenzivnih napada na tuđu slobodu u sferi (polnog) dostojanstva, koji su ponekad na granici društveno prihvatljivog ponašanja (ili ukoliko nisu društveno poželjni i prihvatljivi svakako ne zaslužuju krivičnopravnu intervenciju), gde se pre svega ističe uslov da radnja krivičnog dela predstavlja fizičku radnju koja se preduzima na telu pasivnog subjekta, iz čega su kao radnja izvršenja isključene opaske, nepristojni izrazi ili komentari. Možda i najteži propust zakonodavca predstavlja način na koji je opisano biće krivičnog dela polnog uznemiravanja i poklapanje obeležja ovog krivičnog dela sa elementima seksualnog uznemiravanja, koje je kao oblik diskriminacije zabranjeno normama radnog prava. Potpuno je neprihvatljivo da se normativno na gotovo identičan način jedno delo predvidi i kao prekršaj i kao krivično delo, prvi put u Zakonu o radu, a drugi put u Krivičnom zakoniku. Ispada da onda kada je seksualno uznemiravano zaposleno lice (ili lice koje traži zaposlenje) postoji blaži delikt (prekršaj) nego kada se to učini u bilo kojoj drugoj situaciji (krivično delo) iako je posebna regulativa kada je reč o zabrani seksualnog uznemiravanja upravo i nastala u vezi sa problemom rodne ravnopravnosti na radu i u vezi sa radom; to je ujedno i najčešća i najozbiljnija forma ispoljavanja ovog ponašanja. Ako se smatralo da rešenje u našem radnom zakonodavstvu ipak nije dovoljno, jer ne obezbeđuje potpunu zaštitu i ograničeno je isključivo na odnos između zaposlenog i poslodavca, to ipak još uvek nije dovoljno da se seksualno uznemiravanje predvidi kao krivično delo sa veoma širokom zonom kažnjivog ponašanja, kršenjem nekih od osnovnih krivičnopravnih (načelo zakonitosti) i kriminalnopolitičkih (*ultima ratio*) polazišta. Uostalom, za većinu situacija koje ne bi mogle biti rešene kroz već postojeća krivična dela protiv polne slobode,

72 Đ. Đorđević, *op. cit.*, p. 136–137.

73 Jedva da se može naći zakonodavstvo koje tako široko određuje biće ovog krivičnog dela. Npr. u Republici Srpskoj (član 170. KZ) i Hrvatskoj (član 156. KZ) koje sadrže u svom krivičnom zakonodavstvu ovo krivično delo ono je dosta uže postavljeno u odnosu na biće polnog uznemiravanja u našem pravu. Rešenja u ove dve zemlje su gotovo identična. Ovo krivično delo postoji kad jedno lice polno uznemirava drugo lice koje se prema njemu nalazi u odnosu podređenosti ili zavisnosti ili koje je posebno ranjivo zbog uzrasta, bolesti, invaliditeta, zavisnosti, trudnoće, teške telesne ili duševne smetnje.

postoje adekvatne inkriminacije (poput uvrede), a osim toga i „postojeća prekršaj-nopravna regulativa omogućava da ovakva ponašanja na javnom mestu budu okvalifikovana kao prekršaj iz člana 8. Zakona o javnom redu i miru (Nepristojno, drsko i bezobzirno ponašanje)“.⁷⁴ Ukoliko je zakonodavac već želeo da potpunije izvrši usklađivanje sa Istanbulsom konvencijom mogao je da preciznije odredi obeležja već navedenog prekršaja.

S obzirom na sve navedeno sigurno je da će sudovi u primeni ove inkriminacije nailaziti na brojne teškoće.

Konačno, osim jako lošeg pravno-tehničkog izraza i preširoko određenog bića krivičnog dela polnog uznemiravanja, poklapanja sa obeležjima već postojećeg prekršaja, može se zaključiti da nisu postojali ni odgovarajući kriminalnopolitički argumenti da se ovo ponašanje inkriminiše. Osim toga što se najveći broj situacija na koje se odnosi polno uznemiravanje može podvesti pod neka druga krivična dela, predviđena je i radnopravna zaštita od takvog ponašanja, ali i prekršajna odgovornost za učinioca koji nepristojnim, drskim ili bezobzirnim ponašanjem narušava javni red i mir ili ugrožava imovinu ili vređa moral građana, tako da je ovo krivično delo, opterećeno brojnim pravnodogmatskim problemima i kriminalnopolitički bez adekvatnog opravdanja i predstavlja jedan sasvim nepotreban dodatak grupi krivičnih dela protiv polne slobode koji će u praksi verovatno proizvesti više štete nego koristi.

LITERATURA

- Bertel C., Schwaighofer K. /2010/: Österreichisches Strafrecht. Besonderer Teil II. §§ 169 bis 321 StGB, Wien-New York.
- Bock M. /2010/: Pozitivna specijalna prevencija i nove tendencije u kriminalnoj politici. O nedostacima eliminatornog *Feindstrafrecht-krivičnog prava* i značaju primenjene kriminologije za kriminalnu politiku po meri ljudske zajednice, (prevod: L. Breneselović), *Crimen – časopis za krivične nauke*, № 2, Beograd, pp. 139–142.
- Clarke L. /2007/: Sexual Harassment Law in the United States, the United Kingdom and the European Union: Discriminatory Wrongs and Dignitary Harms, *Common Law World Review*, Vol. 36, Issue 2.
- Čubinski M. /1934/: *Naučni i praktični komentar Krivičnog zakonika Kraljevine Jugoslavije*, Beograd.
- Đorđević Đ. /2017/: Nove inkriminacije i njihova usklađenost sa ostalim odredbama Krivičnog zakonika Srbije, *Reformski procesi i poglavlje 23 (godinu dana posle): krivičnopravni aspekti*, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu. Redovno godišnje savetovanje, Zlatibor.
- El-Ghazi M. /2017/: Der neue Strafbestand des sexuellen Übergriffs nach § 177 Abs. 1 StGB n.F, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, № 3.
- Herring J. /2011/: *Criminal Law*, Palgrave Macmillan.

74 Đ. Đorđević, *op. cit.*, p. 137.

- Hoven E., Weigend T. /2017/: „Nein heißt Nein“ – und viele Fragen offen, *Juristen Zeitung*, № 4.
- Husak D. /2008/: *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*, Oxford (etc.).
- Ignjatović Đ. /2017/: Kazneni populizam, u: *Kaznena reakcija u Srbiji. VII deo*, (ur. Đ. Ignjatović), Beograd, pp. 11–32.
- Ivošević Z. M., Ivošević M. Z. /2015/: *Komentar Zakona o radu*, Beograd.
- Jakobs G. /1991/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlin-New York.
- Jovanović S., Simeunović-Patić B. /2007/: Seksualno uznemiravanje na radu i aktuelni odgovori, u: *Zbornik Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja*, № 1–2, Beograd.
- Jovanović S., Simeunović-Patić B. /2006/: Zaštita od seksualnog uznemiravanja na radu u pravu Evropske unije, *Temida: časopis o viktimizaciji, ljudskim pravima i rodu*, № 4, Beograd, pp. 17–23.
- Kindhäuser U. /2017/: Straf-Recht und ultima-ratio-Prinzip, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Band 129, Heft 2.
- Kovačević Lj. /2013/: *Pravna subordinacija u radnom odnosu i njene granice*, Beograd.
- Kraus B. /1981/: *Komentar krivičnih zakona SR Srbije, SAP Kosova i SAP Vojvodine*, (redaktor: N. Srzentić), Beograd.
- Ormerod D., Laird K. /2015/: *Smith and Hogan's Criminal Law*, Oxford.
- Ristivojević B. /2013/: „Punitivni populizam“ srpskog zakonodavca. Kritička analiza tzv. Marijinog zakona, u: *Nova rešenja u kaznenom zakonodavstvu Srbije i njihova praktična primena*, Zbornik radova srpskog udruženja za krivičnopravnu teoriju i praksu, Zlatibor, pp. 319–338.
- Roxin C. /2006/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München.
- Saguy A. C. /2003/: *What Is Sexual Harassment? From Capitol Hill to the Sorbonne*, Berkeley (etc.).
- Stojanović Z. /2017/: *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd.
- Stojanović Z., Delić N. /2017/: *Krivično pravo. Posebni deo*, Beograd.
- Stojanović Z. /2016/: *Politika suzbijanja kriminaliteta*, Beograd.
- Stojanović Z. /2010/: Krivičnopravni ekspanzionizam i zakonodavstvo Srbije, u: *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja. IV deo*, (ur. Đ. Ignjatović), Beograd.
- Stojanović Z., Perić O. /2005/: *Krivično pravo. Posebni deo*, Beograd.
- Stojanović Z. /1987/: *Granice, mogućnosti i legitimnost krivičnopravne zaštite*, Beograd.
- Stojanović Z. /1981/: *Kriterijumi određivanja inkriminacija – uopšte i u sferi seksualnih odnosa*, doktorska disertacija, Ljubljana.
- Škulić M. /2017/: Nove inkriminacije protiv polne slobode u Krivičnom zakoniku Srbije, *Bilten Vrhovnog kasacionog suda*, № 2, Beograd.
- Tahović J. /1961/: *Krivično pravo. Posebni deo*, Beograd.
- Zippel K. S. /2006/: *The Politics of Sexual Harassment. A Comparative Study of the United States, the European Union, and Germany*, Cambridge (etc.).
- Weigend T. /2017/: Tatbestände zum Schutz der Sexualmoral, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Band 129, Heft 2, pp. 513–528.

Ivan Đokić

Faculty of Law, University of Belgrade

THE JUSTIFICATION OF CRIMINALIZING SEXUAL HARASSMENT IN THE REPUBLIC OF SERBIA

SUMMARY

The Law on Amendments to the Criminal Code of Republic of Serbia of November 2016, in a group of criminal offences against sexual freedom, prescribes a new criminal offence – sexual harassment. The reason for this criminal offence is the provision of Article 40 of the so called Istanbul Convention, which does not, however, impose the obligation upon States that have ratified the Convention that unwanted conduct of a sexual nature with the purpose or effect of violating the dignity of a person, in particular when creating an intimidating, hostile, degrading, humiliating or offensive environment should be prescribed as a criminal offence, but to provide an appropriate legal protection. While some countries deal with sexual harassment within the framework of labor and civil law, the number of states in which this behavior is prescribed as a criminal offence has recently been increased. The paper deals with issues related to the actus reus and mens rea of the newly introduced criminal offence of sexual harassment, as well as the criminal-political (in)adequacy of such legislative intervention, by which our criminal legislation deviates from the basic idea of the policy of suppressing crime – criminal law as the last resort in the fight against crime.

Key words: the right to sexual self-determination, sexual morality, sexual harassment, unwanted behavior, hostile/degrading/humiliating/offensive environment.

dr *Veljko Delibašić**

PRIKAZIVANJE, PRIBAVLJANJE I POSEDOVANJE PORNOGRAFSKOG MATERIJALA I ISKORIŠĆAVANJE MALOLETNOG LICA ZA PORNOGRAFIJU

Apstrakt: U uvodnom delu se ističe da je u odnosu na pornografiju postao opšteprihvaćen stav da krivičnopravnoj intervenciji nema mesta kada su u pitanju punoletna lica i da se smatra da u ovoj oblasti krivičnopravnu zaštitu treba pružiti samo deci. Sledeći deo je posvećen međunarodnim konvencijama koje se odnose na ovu oblast i daje definicija dečje pornografije. Zatim se analiziraju dva osnovna oblika, teži oblik, kao i dva posebna oblika krivičnog dela prikazivanje, pribavljanje i posedovanje pornografskog materijala i iskorišćavanje maloletnog lica za pornografiju iz člana 185. KZ, kao i mera bezbednosti obaveznog oduzimanja predmeta koja je propisana za ovo krivično delo. S obzirom na to da se u vezu sa drugim osnovnim oblikom (stav 2) iz člana 185. KZ dovodi krivično delo iskorišćavanje računarske mreže ili komunikacije drugim tehničkim sredstvima za izvršenje krivičnih dela protiv polne slobode prema maloletnom licu, u radu se ukazuje na tu vezu i to krivično delo. Na kraju rada se napominje da se zakonodavac odlučio da institut zastarelosti krivičnog gonjenja i izvršenja krivične sankcije isključi kada je reč, između ostalih, o krivičnom delu iz člana 185. i 185b KZ, što je učinjeno Zakonom o posebnim merama za sprečavanje vršenja krivičnih dela protiv polne slobode prema maloletnim licima (tzv. Marijin zakon). Takvo rešenje se kritikuje, pa se i u zaključnim razmatranjima, između ostalog, sugeriše da se takvo rešenje izmeni i da se u odnosu na ova dva dela (ali i ostala dela iz tzv. Marijinog zakona) primenjuje opšti institut zastarelosti.

Ključne reči: dečja pornografija, pornografski materijal, polne slobode, deca, maloletnici.

UVOD

Danas je u odnosu na pornografiju postao opšteprihvaćen stav da krivičnopravnoj intervenciji nema mesta kada su u pitanju punoletna lica. Smatra se da u ovoj oblasti krivičnopravnu zaštitu treba pružiti samo deci. Protivargument za eventualno proširivanje inkriminacije i na činjenje dostupnim pornografskog materijala ne samo deci već i maloletnicima jeste to što su obljuba ili drugi seksualni odnos sa njima dozvoljeni. Teško se može prihvatiti da neko može imati seksualni odnos sa maloletnikom, a da vrši krivično delo ako mu istom prilikom učini dostupnim nešto što se može smatrati pornografijom. Međutim, neki najnoviji relevantni

* naučni saradnik i advokat iz Beograda, veljkodelibasic@mts.rs

međunarodnopravni dokumenti proširuju krivičnopravnu zaštitu, pod određenim uslovima, i na maloletnike, pa je to učinjeno 2009. i u KZ Srbije. Od činjenja pornografije dostupnom deci, odnosno maloletnicima, veći problem danas predstavlja tzv. dečja pornografija, tj. korišćenje dece i maloletnika za proizvodnju predmeta pornografske sadržine. Zbog sve veće proširenosti i dostupnosti dečje pornografije korišćenjem novih tehnologija, kao što je, pre svega, internet, ovaj fenomen dobija i međunarodni značaj, pa se i na međunarodnom planu posvećuje odgovarajuća pažnja njegovom suzbijanju. Rezultat toga jeste i Fakultativni protokol o prodaji dece, dečjoj prostituciji i dečjoj pornografiji uz Konvenciju o pravima deteta, koji je ratifikovala i naša zemlja (*Sl. list SRJ – Međunarodni ugovori*, br. 7/02). Posle toga, Srbija je potpisala i ratifikovala još dva međunarodna ugovora koji regulišu ovu oblast. To su Zakon o potvrđivanju Konvencije o visokotehnološkom kriminalu (*Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 19/09) i Zakon o potvrđivanju Konvencije Saveta Evrope o zaštiti dece od seksualnog iskorišćavanja i seksualnog zlostavljanja (*Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 1/10). Treba pomenuti i Okvirnu odluku EU 2004/68JNA (od 22. decembra 2003) koja, iako nije obavezujuća za Srbiju, ima određeni značaj i za zemlje kandidate.¹

Seksualno iskorišćavanje dece nije nov fenomen u području patologije ljudskog ponašanja, ali je dobio zamah i nove oblike ispoljavanja usled naglog razvoja informatičkih i komunikacionih tehnologija i dostupnosti ličnih računara i pratećih medija za čuvanje i prenos podataka. Raznovrsne mogućnosti zloupotrebe interneta značajno su olakšale proizvodnju, distribuciju, širenje, prenos i objavljivanje pornografskih sadržaja sa decom, kao i uvlačenje dece računarskih korisnika u prikrivene pedofilske mreže. Sistem elektronskog plaćanja posredstvom interneta omogućio je efikasniju i jeftiniju korespondenciju između proizvođača, veb mastera i korisnika dečje pornografije, što je otežalo otkrivanje inače složeno organizovanih pedofilskih mreža. Ipak, u poslednjih nekoliko godina vlasti razvijenih zemalja sprovele su više međunarodno vođenih policijskih operacija u kojima su otkrivene transnacionalne pedofilske mreže sa više stotina uhapšenih i procesuiranih članova i uz zaplenu obilja pornografskog materijala.² Tačan obim seksualne zloupotrebe dece i maloletnika veoma je teško utvrditi i tamna brojka u ovoj oblasti beleži najviše skorove. Posebnu teškoću predstavlja i činjenica da se ovaj oblik kriminaliteta najčešće vrši u porodici ili od strane detetu bliskih lica što znatno otežava otkrivanje i prijavljivanje ovakvih slučajeva.³

Zloupotreba dece u pornografske svrhe predstavlja izuzetno ozbiljan, globalni, kriminološki problem današnjice, a različiti izvori predstavljaju i naglašeno neujednačene procene broja internet stranica sa dečjom pornografijom, kao i ukupnog broja dece koja su iskorišćena u produkciji tih materijala. Pri tome, iako se u literaturi distribucija dečje pornografije pominje uglavnom u kontekstu specifične subkulture pedofila i tajnih foruma na kojima se vrši razmena materijala, prostim

1 Z. Stojanović /2012/: *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, pp. 551–552.

2 S. Korać /2008/: *Suzbijanje dečje pornografije na internetu: EU standardi*, *Revija za bezbednost*, no 11, Beograd, p. 46.

3 I. Stevanović /2005/: *Krivičnopravna zaštita dece – žrtava zlostavljanja i zanemarivanja u Srbiji*, *Temida*, no. 2, Beograd, p. 22.

opažanjem može se videti da je situacija u sajber svetu drastično drugačija. Zapravo, ne bi bilo pogrešno reći da je prosečnom korisniku interneta dovoljno svega par minuta da pronade materijale na kojima su deca predstavljena u seksualnom kontekstu. Izvesna ograničenja su vezana za posebne i retke sadržaje, poput serija fotografija jednog deteta, ili posebnih scenarija zlostavljanja. Na brojnim forumima, neskrivena ponuda i potražnja dečje pornografije predstavlja dominantni deo komunikacije. Pronaći i stupiti u komunikaciju sa internet pedofilom nije pitanje mogućnosti ni vremena, već pre svega volje. Razmena fotografija i video materijala putem MMS-a, imejla, programskih softvera za telefone dosegla je takve razmere da se čini nemogućim identifikovati i procesuirati sve one koji se bave ovim vidom zloupotrebe.⁴

1. DEČJA PORNOGRAFIJA

Prilikom definisanja pojma dečje pornografije treba poći od Konvencije o zaštiti dece od seksualnog iskorišćavanja i seksualnog zlostavljanja koja „dečju pornografiju“ određuje kao: „svaki materijal koji vizuelno prikazuje dete koje se stvarno ili simulirano eksplicitno seksualno ponaša ili svaki prikaz detetovih polnih organa za prvenstveno seksualne svrhe“ (član 20. stav 2). Ovom konvencijom se za države ugovornice predviđa obaveza da sankcionišu: proizvodnju dečje pornografije; nuđenje ili stavljanje na raspolaganje dečje pornografije; distribuciju ili prenos dečje pornografije; nabavljanje dečje pornografije za sebe ili drugu osobu; posedovanje dečje pornografije; svesno pribavljanje i pristup preko informaciono-komunikacionih tehnologija dečjoj pornografiji.⁵ Takođe, prilikom određivanja pojma dečje pornografije, treba imati u vidu i Konvenciju o visokotehnološkom kriminalu koja, između ostalih kriterijuma, navodi da dečja pornografija uključuje lice koje izgleda kao maloletnik (član 9 stav 2 tačka b), a koje učestvuje u eksplicitno seksualnoj radnji. Shodno datom članu, nužno se postavlja pitanje na osnovu kojih parametara se objektivno može tumačiti da neka osoba „izgleda“ kao da je maloletna. Dodatno pitanje bi bilo, da li bi u slučaju pornografske predstave na kojoj je prikazana osoba koja ima 19 godina, a koja „liči“ kao da je maloletna, i pored njene dobrovoljnosti, postojao dovoljan osnov krivičnog gonjenja.⁶

Naš zakonodavac određuje forme koje u tehničkom (spisi, slike, audiovizuelni i drugi predmeti, npr. audio i video kasete i sl.) ili faktičkom smislu (pornografska predstava, npr. tzv. *peep show*) mogu sadržati pornografske materijale, ali pri tome ne daje kriterijume za procenu šta konkretno spada u pornografiju, već je to pitanje prepušteno sudskoj praksi. Određivanje koji materijali konkretno po svom sadržaju spadaju u pornografske materijale predstavlja *questio facti*, pri čemu je nekad teško razdvojiti sadržaje koji su umetničkog karaktera i gde je njihov erotski element u

4 Z. Pavlović /2013/: *Seksualna zloupotreba dece, kriminološki i krivičnoprocesni aspekti*, Novi Sad, pp. 120–122.

5 N. Tanjević /2012/: *Suzbijanje dečje pornografije na internetu – međunarodni i domaći krivičnopravni okvir*, *Bezbednost*, no 2, Beograd, pp. 175–176.

6 Z. Pavlović: *op. cit.*, pp. 123–124.

funkciji umetnosti, slično kao što određeni materijali koji prikazuju polni čin mogu imati određene naučne, edukativne i druge slične ciljeve. Pornografski materijali su svi oni materijali koji nemaju takve ciljeve, već se seksualni akt ili druge seksualne radnje prikazuju jedino ili pretežno radi podsticanja seksualnog nagona u njegovom najsirovijem smislu.⁷

Pornografiju u smislu krivičnog dela prikazivanje, pribavljanje i posedovanje pornografskog materijala i iskorišćavanje maloletnog lica za pornografiju iz člana 185. Krivičnog zakonika treba shvatiti kao eksplicitno prikazivanje seksualnog akta ili seksualnog organa, koje nema edukativne, naučne, umetničke i slične ciljeve, već joj je cilj pobuđivanje i podsticanje seksualnog nagona. Pornografsku sadržinu mogu imati tekstovi, slike, audiovizuelni (kompakt-diskovi, video-trake, audio-kasete i dr.) i drugi predmeti. Osim toga, može se raditi i o pornografskoj predstavi kao što je tzv. *peep show* i *live show*.⁸ Pod predmetima pornografske sadržine nastalim iskorišćavanjem maloletnog lica, što zakonodavac naziva dečjom pornografijom, na osnovu izričite zakonske odredbe (član 185. stav 6) smatra se svaki materijal koji vizuelno prikazuje maloletno lice koje se bavi stvarnim ili simuliranim seksualno eksplicitnim ponašanjem, kao i svako prikazivanje polnih organa deteta u seksualne svrhe.

2. OSNOVNI OBLICI KRIVIČNOG DELA PRIKAZIVANJE, PRIBAVLJANJE I POSEDOVANJE PORNOGRAFSKOG MATERIJALA I ISKORIŠĆAVANJE MALOLETNOG LICA ZA PORNOGRAFIJU

Krivično delo prikazivanje, pribavljanje i posedovanje pornografskog materijala i iskorišćavanje maloletnog lica za pornografiju predviđeno je u grupi krivičnih dela protiv polne slobode, a pominje se i obrađuje i kao krivično delo visokotehnološkog kriminaliteta zbog njegove sve veće povezanosti sa informacionom tehnologijom, kako zbog procesa proizvodnje pornografskog materijala, tako i zbog njegove distribucije, odnosno modaliteta činjenja dostupnim širokom krugu korisnika, putem zloupotrebe informacione tehnologije.⁹ Na ovom mestu treba reći i to da su Sjedinjene Američke Države najveći generator *on-line* porno biznisa na svetu, ali i njegov najveći konzument. O tome kolike su razmere njegove ekspanzije govori i činjenica da je Kongres SAD doneo prvi federalni zakonski akt kojim se sankcioniše neželjena elektronska pošta i da je motiv za ovu legislativnu akciju bila poplava porno sadržaja koji ozbiljno ugrožavaju integritet dece, ali i izazivaju ogromne štete za ekonomiju zbog smanjene produktivnosti zaposlenih koji umesto da rade – brišu neželjene elektronske poruke.¹⁰

7 M. Škulić /2003/: *Maloletnici kao učinioci i kao žrtve krivičnih dela*, Beograd, pp. 479–480.

8 Z. Stojanović: *op. cit.*, p. 552.

9 I. Bođrić /2013/: Krivična dela sa elementima visokotehnološkog kriminala, *Bezbednost*, no 2, Beograd, p. 145.

10 Z. Kostić /2009/: Dečija pornografija i digitalna forenzička istraga u borbi protiv dečije pornografije, *Naučni skup sa međunarodnim učešćem Sinergija 2009*, Bijeljina, p. 146.

Krivično delo iz člana 185. Krivičnog zakonika, u stvari, obuhvata više oblika, pa čak i krivičnih dela, koja su zbog toga što im je pasivni subjekt isti (dete, maloletnik i maloletno lice), a i vezana su za pornografiju, objedinjena istim članom.¹¹ Osnovni oblik (stav 1) čini onaj ko maloletniku proda, prikaže ili javnim izlaganjem ili na drugi način učini dostupnim tekstove, slike, audio-vizuelne ili druge predmete pornografske sadržine ili mu prikaže pornografsku predstavu. Propisana je novčana kazna ili zatvor do šest meseci.

Prodaja podrazumeva novčanu nadoknadu za ustupanje materijala pornografske sadržine. Prikazivanje se može vršiti na različite načine, od radnji neposrednog davanja pomenutih materijala maloletniku na uvid, preko njihovog ostavljanja na mestu na kojem bi bili dostupni maloletniku, kačenjem na oglasnoj tabli, objavljivanjem u novinama, kao i postavljanjem na nekom sajtu ili slanjem SMS ili e-mail poruka. Upravo poslednje delatnosti su razlog zbog kojeg se pomenuto krivično delo svrstava u grupu krivičnih dela visokotehnološkog kriminaliteta, budući da su navedene radnje svakodnevica u sajber prostoru i da su postale široko zastupljene.¹² U teoriji se ispravno zapaža da ovo krivično delo postoji i u slučaju kada se u novinskom kiosku izlažu pornografski časopisi, s obzirom da postoji svest učinioca da pornografske publikacije može videti i maloletnik (ili dete kod težeg oblika) pa se na to pristaje.¹³ Tada je potrebno i da se dokaže da je konkretni maloletnik (ili dete kod težeg oblika) video takvu publikaciju, odnosno da mu je ona učinjena dostupnom.¹⁴

Drugi osnovni oblik (stav 2) čini onaj ko iskoristi maloletnika za proizvodnju slika, audio-vizuelnih ili drugih predmeta pornografske sadržine ili za pornografsku predstavu. Propisana je kazna zatvora od šest meseci do pet godina. Radnja izvršenja drugog osnovnog oblika predviđa iskorišćavanje maloletnika radi proizvodnje predmeta ili predstava pornografske sadržine. Pod time se može smatrati fotografisanje, snimanje ili proizvodnja drugih predmeta, poput pravljenja pseudo-fotografija, pod kojima se podrazumeva modifikacija jedne ili više fotografija upotrebom softverskih alata na računaru, kojom se dobija novi predmet pornografske sadržine. U nekim slučajevima se radi o tome da se u stvari snima i prikazuje neko teže krivično delo iz glave krivičnih dela protiv polne slobode, kao što je, na primer, obljuba sa detetom ili silovanje deteta. Ukoliko se izvršilac ovog krivičnog dela javlja i u ulozi saučesnika u tom drugom krivičnom delu, postojaće sticaj krivičnih dela.¹⁵

Pasivni subjekt ovog krivičnog dela je maloletnik. Na osnovu izričite zakonske odredbe (član 112. stav 9. KZ) maloletnikom se smatra lice koje je navršilo četrnaest godina, a nije navršilo osamnaest godina. Radi se o delatnosnom krivičnom delu, koje u opisu bića ne sadrži posledicu. Delo se smatra dovršenim samim preduzimanjem jedne od alternativno propisanih radnji izvršenja. Kao oblik krivice predviđen je umišljaj, pri čemu se kod oblika iz prvog stava može raditi i o eventualnom umišljaju, bu-

11 Z. Stojanović: *op. cit.*, p. 552.

12 I. Bodrzić: *op. cit.*, pp. 146–147.

13 Z. Stojanović /2002/: *Komentar Krivičnog zakona Savezne Republike Jugoslavije*, Beograd, pp. 300–301, cit. prema: M. Škulić /2003/: *Maloletnici kao učinioci i kao žrtve krivičnih dela*, Beograd, p. 480.

14 M. Škulić: *ibid.*.

15 Z. Stojanović /2006/: *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, p. 459.

dući da je za postojanje dela dovoljno i samo pristajanje izvršioca da se lice određenog uzrasta, maloletnik, upozna sa sadržinom pornografskih materijala ili predstavom.

3. TEŽI OBLIK KRIVIČNOG DELA IZ ČLANA 185. KRIVIČNOG ZAKONIKA

Teži oblik (stav 3) postoji ako je neki od dva osnovna oblika izvršen prema detetu. Na osnovu izričite zakonske odredbe (član 112. stav 8. KZ) detetom se smatra lice koje nije navršilo četrnaest godina. Kod ovog oblika pasivni subjekt je dete, i ta okolnost mora biti obuhvaćena umišljajem učinioca. Ukoliko ta okolnost nije obuhvaćena umišljajem učinioca, radilo bi se o osnovnom obliku krivičnog dela. Ako je osnovni oblik iz prvog stava učinjen prema detetu, učinilac će se kazniti zatvorom od šest meseci do tri godine, a u slučaju da je kod osnovnog oblika propisanog drugim stavom pasivni subjekt bilo dete, učinilac će se kazniti zatvorom od jedne do osam godina.

Propisivanjem težeg oblika zakonodavac pruža pojačanu krivičnopravu zaštitu deci što je ispravno. Naime, takvo dodatno normativno diferenciranje pasivnih subjekata prema njihovom uzrastu bolje odgovara potrebama kriminalne politike, a time se omogućava i pojačana krivičnopravna zaštita najmlađih starosnih kategorija, za šta je društvo svakako veoma zainteresovano, a što treba da bude jasno izraženo i u okvirima krivičnog sistema.¹⁶

4. POSEBNI OBLICI KRIVIČNOG DELA IZ ČLANA 185. KRIVIČNOG ZAKONIKA

Posebni oblik (stav 4) čini onaj ko pribavlja za sebe ili drugog, poseduje, prodaje, prikazuje, javno izlaže ili elektronski ili na drugi način čini dostupnim slike, audio-vizuelne ili druge predmete pornografske sadržine nastale iskorišćavanjem maloletnog lica. Propisana je kazna zatvora od tri meseca do tri godine. Reč je o oblicima širenja i stavljanja u promet dečje pornografije. Pri tome, treba imati u vidu da predmeti koji imaju pornografsku sadržinu moraju nastati iskorišćavanjem maloletnog lica. Kada je reč o detetu, treba uzeti da je ovaj uslov uvek ispunjen bez obzira na to o kojem obliku radnje izvršenja se radi. Međutim, kada je reč o maloletniku, tj. licu sa kojim sam seksualni odnos nije inkriminisan, element iskorišćavanja ne bi bio prisutan u slučaju da se predmet pribavlja ili poseduje bez namere da se on prodaje, javno izlaže i dr., već se to čini isključivo u lične svrhe, ukoliko postoji saglasnost maloletnika koji je snimljen (ovo naročito u situaciji ako je snimak, odnosno predmet nastao kao rezultat konsensualne seksualne aktivnosti). Drugim rečima, u ovoj situaciji ne bi bio ispunjen uslov da je predmet nastao iskorišćavanjem maloletnog lica, jer iskorišćavanje podrazumeva određene elemente zloupotrebe, čega ovde nema. I relevantne međunarodne konvencije dozvoljavaju da se ova situacija ne obuhvati inkriminacijom. To je, ipak, bilo bolje eksplicitno predvideti ovom inkriminacijom, kao što je to i učinjeno u nekim stranim zakonodavstvima.¹⁷

16 M. Škulić, *op. cit.*, p. 481.

17 Z. Stojanović /2012/: *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, p. 553.

Ovaj oblik krivičnog dela ne može izvršiti lice koje je prethodno iskoristilo maloletnika (stav 2) ili dete (stav 3) za proizvodnju slika, audio-vizuelnih ili drugih predmeta pornografske sadržine, jer se radi o naknadnom nekažnjivom delu kao obliku prividnog realnog sticaja. Ta činjenica se može uzeti kao otežavajuća okolnost prilikom odmeravanja kazne.¹⁸

Drugi posebni oblik (stav 5) čini onaj ko pomoću sredstava informacionih tehnologija svesno pristupi slikama, audio-vizuelnim ili drugim predmetima pornografske sadržine nastalim iskorišćavanjem maloletnog lica. Propisana je novčana kazna ili zatvor do šest meseci.

Kod ovog krivičnog dela (stav 7), predviđeno je obavezno izricanje mere bezbednosti oduzimanje predmeta, a u zavisnosti od toga koji je oblik ovog krivičnog dela izvršen, radiće se o predmetima koji su upotrebljeni za izvršenje krivičnog dela, ili o predmetima nastalim izvršenjem krivičnog dela.

5. ISKORIŠĆAVANJE RAČUNARSKE MREŽE ILI KOMUNIKACIJE DRUGIM TEHNIČKIM SREDSTVIMA ZA IZVRŠENJE KRIVIČNIH DELA PROTIV POLNE SLOBODE PREMA MALOLETNOM LICU (ČLAN 185B)

U vezu sa drugim osnovnim oblikom (stav 2) krivičnog dela prikazivanje, pribavljanje i posedovanje pornografskog materijala i iskorišćavanje maloletnog lica za pornografiju, dovodi se krivično delo iskorišćavanje računarske mreže ili komunikacije drugim tehničkim sredstvima za izvršenje krivičnih dela protiv polne slobode prema maloletnom licu iz člana 185b KZ. Povod za unošenje u ZID KZ iz 2009. ovog krivičnog dela je Konvencija Saveta Evrope o zaštiti dece od seksualnog iskorišćavanja i seksualnog zlostavljanja koja je tada bila propisana od strane Srbije, a kasnije i ratifikovana (*Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br, 1/10). Ovde je relevantna odredba člana 23. koji ima naziv (u prevodu) „Nagovaranje dece u seksualne svrhe“. Međutim, treba imati u vidu da engleska reč „*solicitation*“, naročito kada se koristi u kontekstu seksualne sfere, znači namamljivanje, pa i saletanje, a ne obično nagovaranje. U tom članu je predviđeno da će svaka strana ugovornica preduzeti sve neophodne zakonodavne mere da bi inkriminisala predlog koji odraslo lice uputi koristeći informacionu i komunikacionu tehnologiju detetu koje još nije dostiglo uzrast naveden u cilju primene člana 18. stav 2, radi izvršenja bilo kog krivičnog dela određenog u skladu sa članom 18. stav 1.a) ili člana 20. stav 1.a) protiv njega ili nje, ako je taj predlog praćen i materijalnim radnjama koje vode ka održavanju takvog sastanka. Pri tome, član 18. stav 2. na koji se upućuje, govori o tome da će svaka strana ugovornica odrediti starosni uzrast ispod koga je zabranjeno bavljenje seksualnim aktivnostima sa detetom. To znači da je za utvrđivanje uzrasta u kome su seksualne aktivnosti dopuštene, odnosno ne predstavljaju krivično delo, mero-davno domaće krivično pravo.¹⁹

18 Z. Stojanović /2006/: *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, p. 459.

19 Z. Stojanović: *op. cit.*, pp. 556–557.

Kod ovog krivičnog dela javlja se problem neadekvatne implementacije pomenute konvencije. Krivično delo je trebalo propisati samo ako se kao pasivni subjekt javlja lice koje prema domaćem pravu nije dostiglo uzrast potreban za stupanje u seksualne odnose, tj. ako je delo učinjeno prema detetu.²⁰ Osim propusta legislativno-tehničkog karaktera, koji su i inače karakteristični za ZID KZ iz 2009, određene dileme se javljaju i u pogledu same radnje izvršenja. Postavlja se pitanje kada izvršilac ulazi u kriminalnu zonu, tj. kada je ostvario pokušaj (koji je kažnjiv), kao i kad je delo dovršeno, a kada je ostalo u pokušaju. Ovo krivično delo je dvoaktno, tj. potrebno je kumulativno da izvršilac dogovori sastanak sa maloletnikom i da se pojavi na dogovorenom mestu radi sastanka. S obzirom na opšte pravilo koje važi kod dvoaktnih krivičnih dela da pokušaj postoji onda kada je ostvarena jedna radnja izvršenja sa umišljajem da se ostvari i druga, trebalo bi uzeti da je delo ostalo u pokušaju ako je sastanak dogovoren, ali se izvršilac nije pojavio na dogovorenom mestu radi sastanka. Ili, ako bi se pojavio na dogovorenom mestu ali ne radi sastanka već zbog nekog drugog razloga. Takođe, delo bi ostalo u pokušaju i onda ako bi se učinilac pojavio u blizini dogovorenog mesta (npr. osmatrajući da li će se pojaviti maloletnik, ili iz predostrožnosti i sl.).²¹

Zakonodavac određuje radnju izvršenja ovog krivičnog dela kao iskorišćavanje računarske mreže ili komunikacije drugim tehničkim sredstvima za izvršenje, pored ostalih, krivičnog dela iz člana 185. stav 2. KZ. Radnja podrazumeva postojanje namere izvršioca da u cilju izvršenja, pored ostalih, krivičnog dela iz člana 185. stav 2. KZ, koristeći računarsku mrežu ili komunikaciju drugim tehničkim sredstvima, dogovori sastanak sa maloletnikom i da se na tom sastanku pojavi. Pasivni subjekat kod osnovnog oblika je maloletnik, a delo dobija svoj teži oblik kada se kao pasivni subjekat pojavljuje dete. Kao jedini oblik krivice predviđen je umišljaj, koji mora biti direktan zbog postojanja posebne namere na strani izvršioca, koji mora obuhvatiti i uzrast pasivnog subjekta. Za osnovni oblik je propisana kazna zatvora od šest meseci do pet godina, a za teži oblik od jedne do osam godina.

6. ZASTARELOST KRIVIČNOG GONJENJA I IZVRŠENJA KRIVIČNE SANKCIJE ZA KRIVIČNA DELA IZ ČLANA 185. I 185B KRIVIČNOG ZAKONIKA

Iako argumenti protiv instituta zastarelost, koji danas predstavlja opšteprihvaćen institut u modernom krivičnom pravu, nemaju neki ozbiljniji značaj (npr. da slabi generalnu prevenciju, da je protivan ideji pravednosti, odnosno ostvarivanju retribucije ukoliko se i ona uzima kao svrha kazne i dr.),²² zakonodavac se ipak

20 Kod ovog krivičnog dela se pogrešno upućuje na neka druga krivična dela iz glave krivičnih dela protiv polne slobode, kao što je član 180. stav 1. i 2. jer se ovo delo može izvršiti samo prema detetu (ne može se dogovoriti sastanak sa maloletnikom u nameri da se izvrši krivično delo prema detetu). I upućivanje na član 178. stav 4, član 179. stav 3, kao i na član 181. stav 3. pogrešno je, jer se i kod svih tih oblika radi o detetu kao pasivnom subjektu. Omaškom je upućeno i na nepostojeći stav 3. člana 184, gde je trebalo uputiti na oblik iz stava 2.

21 Z. Stojanović: *op. cit.*, p. 557.

22 Z. Stojanović /2015/: *Krivično pravo opšti deo*, Beograd, p. 368.

odlučio da ovaj institut isključi kada je reč, između ostalih, o krivičnom delu prikazivanje, pribavljanje i posedovanje pornografskog materijala i iskorišćavanje maloletnog lica za pornografiju i krivičnom delu iskorišćavanje računarske mreže ili komunikacije drugim tehničkim sredstvima za izvršenje krivičnih dela protiv polne slobode prema maloletnom licu. To je učinjeno Zakonom o posebnim merama za sprečavanje vršenja krivičnih dela protiv polne slobode prema maloletnim licima (tzv. Marijin zakon), koji propisuje da krivično gonjenje i izvršenje kazne ne zastarevaju za krivična dela iz člana 3. koja su izvršena prema maloletnim licima (čl. 5. st. 3) a to su sledeća krivična dela: 1) silovanje (član 178. st. 3. i 4); 2) obljuba nad nemoćnim licem (član 179. st. 2. i 3); 3) obljuba sa detetom (član 180); 4) obljuba zloupotrebom položaja (član 181); 5) nedozvoljene polne radnje (član 182); 6) podvođenje i omogućavanje vršenja polnog odnosa (član 183.); 7) posredovanje u vršenju prostitucije (član 184. stav 2); 8) prikazivanje, pribavljanje i posedovanje pornografskog materijala i iskorišćavanje maloletnog lica za pornografiju (član 185); 9) navođenje maloletnog lica na prisustvovanje polnim radnjama (član 185a); 10) iskorišćavanje računarske mreže ili komunikacije drugim tehničkim sredstvima za izvršenje krivičnih dela protiv polne slobode prema maloletnom licu (član 185b), s tim da se ovaj zakon ne primenjuje na maloletne učinioce krivičnih dela.

Ovakvo rešenje nije dobro jer su razlozi postojanja instituta zastarelosti, pre svega, kriminalnopolitičke prirode i njeno opravdanje je u propustu države da preko svojih organa preduzme krivično gonjenje ili pak da izvrši izrečenu sankciju. Nakon proteka određenog vremena država na neki način gubi svoje pravo na kažnjavanje jer se ono s aspekta legitimnosti, posle proteka dužeg vremenskog perioda, ozbiljno dovodi u pitanje. Sama potreba za kažnjavanjem i postizanjem svrhe kazne, pa i ostvarivanjem zaštitne funkcije kao osnovne funkcije krivičnog prava, slabi protekom vremena. Kod krivičnog gonjenja postoji i dodatni razlog praktične prirode, a to je da protekom vremena postaje sve teže dokazivati učinjeno krivično delo.²³

Može se pretpostaviti da se zakonodavac odlučio za rešenje po kome se isključuje institut zastarelosti imajući u vidu Konvenciju Saveta Evrope o zaštiti dece od seksualnog iskorišćavanja i seksualnog zlostavljanja koja predviđa (član 33) da će svaka strana preduzeti sve neophodne zakonodavne ili druge mere kako bi obezbedila da zastarevanje za započinjanje postupaka koji se odnosi, pored ostalih,²⁴ na krivična dela u vezi sa učešćem deteta u pornografskim predstavama, ne nastupi tokom vremenskog perioda dovoljno dugog da se tokom njega omogući delotvorno otpočinjanje postupka. To se odnosi na krivična dela u vezi sa: (a) angažovanjem

23 Z. Stojanović: *ibid.*

24 Ova odredba se odnosi i na sledeća krivična dela: 1) (a) seksualno zlostavljanje (bavljenje seksualnim aktivnostima sa detetom koje, shodno odgovarajućim odredbama unutrašnjeg prava, nije navršilo pravni uzrast u kome su seksualne aktivnosti dopuštene); (b) stupanje u seksualne aktivnosti sa detetom kada je pri tome primenjena prinuda, sila ili pretnja ili je zloupotrebljen priznati položaj poverenja, autoriteta ili uticaja nad detetom, uključujući tu i položaj u porodici; ili je zloupotrebljena posebno osetljiva situacija u kojoj se dete nalazi, njegov ranjivi položaj, prvenstveno zbog mentalnog ili fizičkog hendikepa ili zavisnosti; 2) krivična dela u vezi sa dečjom prostitucijom (a) angažovanje deteta za bavljenje prostitucijom ili navođenje deteta da učestvuje u prostituciji; (b) primoravanje deteta na prostituciju ili ostvarivanje zarade od nekog drugog vida iskorišćavanja deteta u takve svrhe.

deteta da učestvuje u pornografskim predstavama ili navođenjem deteta da učestvuje u takvim predstavama; b) primoravanjem deteta da učestvuje u pornografskim predstavama ili ostvarivanjem zarade ili nekim drugim vidom iskorišćavanja deteta u takve svrhe. Međutim, u ovoj odredbi ne leži opravdanje za isključenje instituta zastarelosti, jer sam institut, propisan članom 103. do 107. KZ ostavlja sasvim dovoljno vremena za otkrivanje i procesuiranje ovih krivičnih dela, čime bi u potpunosti bile ispunjene naše međunarodnopravne obaveze i bez rešenja iz tzv. Marijinog zakona kojim je institut zastarelosti kod ovih krivičnih dela u potpunosti isključen. Zbog toga bi u budućoj reformi trebalo promeniti ovakvo rešenje, i ponovo vratiti mogućnost primene instituta zastarelosti i kod ovih krivičnih dela.

ZAKLJUČAK

Zbog sve veće proširenosti i dostupnosti dečje pornografije korišćenjem novih tehnologija, kao što je, pre svega, internet, ovaj fenomen dobija i međunarodni značaj, pa se i na međunarodnom planu posvećuje odgovarajuća pažnja njegovom suzbijanju. Rezultat toga je veći broj konvencija koje je Srbija potpisala, i, u skladu sa svojim obavezama iz tih konvencija, propisala odgovarajuća krivična dela. Jedno od njih je i prikazivanje, pribavljanje i posedovanje pornografskog materijala i iskorišćavanje maloletnog lica za pornografiju (član 185), koje obuhvata više oblika (dva osnovna, jedan teži i dva posebna), pa čak i krivičnih dela, koja su zbog toga što im je pasivni subjekt isti (dete, maloletnik i maloletno lice), a i vezana su za pornografiju, objedinjena istim članom. U vezu sa drugim osnovnim oblikom (stav 2) ovog krivičnog dela dovodi se krivično delo iskorišćavanje računarske mreže ili komunikacije drugim tehničkim sredstvima za izvršenje krivičnih dela protiv polne slobode prema maloletnom licu (član 185b KZ). Zakonodavac je, pored ostalih, i kod ova dva krivična dela, Zakonom o posebnim merama za sprečavanje vršenja krivičnih dela protiv polne slobode prema maloletnim licima (tzv. Marijin zakon), isključio institut zastarelosti krivičnog gonjenja i izvršenja krivičnih sankcija. Imajući u vidu činjenicu da takvo rešenje nije nametnuto međunarodnim konvencijama, s jedne strane, a da ne postoje kriminalnopolitički razlozi da se institut zastarelosti isključi kod ova dva krivična dela, kao u ostalom ni kod ostalih krivičnih dela na koja se odnosi tzv. Marijin zakon, s druge strane, bilo bi dobro da se ovo nepotrebno, a može se reći i pogrešno rešenje ispravi, tako što će se odedbe o nezastarelosti krivičnog gonjenja i krivičnih sankcija bristi, odnosno da se i na ova dela primenjuje institut zastarelosti.

LITERATURA

- Božić I. /2013/: Krivična dela sa elementima visokotehnološkog kriminala, *Bezbednost*, no 2, Beograd.
- Korać S. /2008/: Suzbijanje dečje pornografije na internetu: EU standardi, *Revija za bezbednost*, no 11, Beograd.
- Kostić Z. /2009/: Dečija pornografija i digitalna forenzička istraga u borbi protiv dečje pornografije, *Naucni skup sa međunarodnim ucescem Sinergija 2009*, Bijeljina.

- Pavlović Z. /2013/: *Seksualna zloupotreba dece, kriminološki i krivičnoprocesni aspekti*, Novi Sad.
- Stevanović I. /2005/: *Krivičnopravna zaštita dece – žrtava zlostavljanja i zanemarivanja u Srbiji*, *Temida*, no. 2, Beograd.
- Stojanović Z. /2015/: *Krivično pravo opšti deo*, Beograd.
- Stojanović Z. /2012/: *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd
- Stojanović Z. /2006/: *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd.
- Stojanović Z. /2002/: *Komentar Krivičnog zakona Savezne Republike Jugoslavije*, Beograd.
- Škulić M. /2003/: *Maloletnici kao učinioci i kao žrtve krivičnih dela*, Beograd.
- Tanjević N. /2012/: *Suzbijanje dečje pornografije na internetu – međunarodni i domaći krivičnopravni okvir*, *Bezbednost*, no 2, Beograd.

Veljko Delibašić

Attorney at Law, Belgrade

SHOWING, ACCESSING AND POSSESSING OF PORNOGRAPHIC MATERIAL AND USING YOUNG PEOPLE FOR PORNOGRAPHY

SUMMARY

Before all, this paper relates to the criminal act of showing, obtaining and possessing of pornography material and abusing an underage person for pornography from the Article 185 of the Criminal Code, as well as the criminal act of using computer network or communication by other technical means for committing criminal acts against sexual freedom of an underage person from the Article 185b of the Criminal Code. In the introductory part it is emphasized that the generally accepted attitude concerning pornography is that criminal-legal intervention has no place when it comes to adults, and that only children (persons under the age 14) should be given criminal-legal protection. However, since the relevant international legal documents expand the criminal-legal protection under the certain conditions to minors (persons aged between 14 and 18) as well, it was also done in the Criminal Code of Serbia in 2009. A bigger problem today than making pornography accessible to children, i.e. minors, represents the so called child pornography, i.e. using children and minors for producing pornography material. Therefore, in the following part it is pointed out to the international conventions and the definition of child pornography is given, i.e. pornography relevant to the criminal act from the Article 185 of the Criminal Code. Then, the criminal act is explained, that, in fact, it involves more forms, and also even more criminal acts, which, having the same passive subject (child – under the age 14, minor – aged between 14 and 18, or underage person – aged between 0 and 18) and related to pornography, are unified in the same article. Two basic forms are analyzed, hard form, as well as two separate forms of the criminal act from Article 185 of the Criminal Code and safety measures of obligatory deprivation of the object prescribed for this criminal act. Having in mind that the second basic form (Act 2) of the criminal act from Article 185 of the Criminal Code is related to the criminal act of abusing computer network or communication by other technical means for committing criminal acts against sexual

freedom of an underage person, this paper points out this relation. In the end of the paper it is mentioned that the legislator decided that the statute of limitations of criminal prosecution and executing criminal sanction are excluded when it comes to, among all, criminal act from Articles 185 and 185b of the Criminal Code, which is done by Law on special measures for prevention of committing criminal acts against sexual freedom of underage persons (the so called Maria's Law). Such a solution is being criticized, therefore in the conclusions, among all, it is suggested that such solution is changed and concerning these two acts (but also other acts from the so called Maria's Law) a general statute of limitations is applied.

Key words: child pornography, pornography material, sexual freedom, children, minors.

Prof. dr Zoran Stojanović
Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

SPISAK OBJAVLJENIH RADOVA¹

I. MAGISTARSKI RAD I DOKTORSKA DISERTACIJA

1. Teška povreda morala kao isključivi osnov određenih inkriminacija, Zagreb 1973, 76 str.
2. Kriterijumi određivanja inkriminacija – uopšte i u sferi seksualnih odnosa, Ljubljana 1981, V + 385 + XVII.

II. MONOGRAFIJE, UDŽBENICI, KOMENTARI

3. *Granice, mogućnosti i legitimnost krivičnopravne zaštite*, Savremena administracija, Beograd 1987, 116 str.
4. *Politika suzbijanja kriminaliteta*, Pravni fakultet, Centar za izdavačku delatnost, Novi Sad 1991, 134 str.
5. *Pravna zaštita životne sredine*, (koautor), Naučna knjiga, Beograd 1991, str. 3–50.
6. *Komentar KZ SFRJ*, koautor (redakcija N. Srzentić), (gl. XVI, XVII, XXII, XXIII), Beograd 1991. (objavljeno u petom izdanju u redakciji Lj. Lazarevića), Beograd 1995).
7. *Umweltstrafrecht in osteuropäischen Ländern*, (Hrsg G. Heine) Jugoslawien, (koautor), Freiburg 1995, str. 89–158.
8. *Krivični zakon Savezne Republike Jugoslavije sa komentarom*, Službeni list, Beograd 1995, 272 str.
9. *Komentar Krivičnog zakona Republike Srbije i Krivični zakon Crne Gore sa objašnjenjima*, (koautor sa O. Perić), Službeni list, Beograd 1996, 510 str.
10. *Krivično pravo – Posebni deo*, (koautor sa O. Perić), Pravni fakultet u Novom Sadu, Centar za izdavačku delatnost, Novi Sad 1996, 240 str.
 - *Krivično pravo – Posebni deo*, (koautor sa O. Perić), Službeni glasnik, 2. izd., Beograd 1998, 270 str.
 - *Krivično pravo – Posebni deo*, (koautor sa O. Perić), Službeni glasnik, 3. dop. izd. 1999, 291 str.
 - *Krivično pravo – Posebni deo*, (koautor sa O. Perić), Službeni glasnik, 4. dop. izd. 2000, 362 str.
 - *Krivično pravo – Posebni deo*, (koautor sa O. Perić), Službeni glasnik, 5. dop. izd. 2001, 362 str.
 - *Krivično pravo – Posebni deo*, (koautor sa O. Perić), Službeni glasnik, 6. izm. i dop. izd. 2002, 384 str.

1 Zaključno sa oktobrom 2017. godine.

- *Krivično pravo – Posebni deo*, (koautor sa O. Perić), Službeni glasnik 7. dop. izd. 2002, 388 str.
 - *Krivično pravo – Posebni deo*, (koautor sa O. Perić), Pravni fakultet u Beogradu, 8. izm. i dop. izd. Beograd 2003, 416 str.
 - *Krivično pravo – Posebni deo*, (koautor sa O. Perić), Pravni fakultet u Beogradu 9. izm. i dop. izd. Beograd, 2004, 416 str.
 - *Krivično pravo – Posebni deo*, (koautor sa O. Perić) autorsko izdanje, 10 izm. i dop. izd. Beograd 2005, 366 str.
 - *Krivično pravo – Posebni deo* (koautor sa O. Perić), Pravna knjiga, 11. izm. i dop. izd. Beograd 2006, 408 str.
 - *Krivično pravo – Posebni deo* (koautor sa O. Perić), Pravna knjiga, 12. izm. izd. – 2007, XI, 362 str.
 - *Krivično pravo – Posebni deo* (koautor sa O. Perić), Pravna knjiga, 13 izm. izd. – 2009, XIV, 372 str.
 - *Krivično pravo – Posebni deo* (koautor sa O. Perić), Pravna knjiga, 14 izd. – 2011, XIV, 370 str.
11. *Komentar Krivičnog zakona SR Jugoslavije*, Službeni list, 2. izd., Beograd 1997, 288 str.
 - *Komentar Krivičnog zakona SR Jugoslavije*, Službeni list, 3. izm. i dop. izd. 1999, 292 str.
 - *Komentar Krivičnog zakona SR Jugoslavije*, Službeni list, 4. izd. 2001, 292 str.
 - *Komentar Krivičnog zakona SR Jugoslavije*, Službeni list, 5. izm. izd. 2002, 323 str.
 - *Komentar Krivičnog zakona SR Jugoslavije*, Službeni list, 6 izd. – 2003, 325 str.
 12. *Priručnik za polaganje pravosudnog ispita*, (koautor i koredaktor), (krivično pravo, privredni prestupi i prekršaji-materijalno pravo), str. 239–439, str. 553–562, str. 574–579, Službeni glasnik, Beograd 1998, 1459 str.
 13. *International Encyclopedia of Laws, Yugoslavia*, (koautor sa O. Perić i Đ. Ignjatović), Kluwer, The Hague – London – Boston 1999, 268 str.
 14. *Krivično pravo – Posebni dio*, Srpsko Sarajevo 2001, 201 str.
 15. *Krivično pravo – Opšti deo*, Službeni glasnik, Beograd 2000, 374 str.
 - *Krivično pravo – Opšti deo*, Službeni glasnik, 2. izd. Beograd, 2000, 374 str.
 - *Krivično pravo – Opšti deo*, Službeni glasnik, 3. izd. 2001, Beograd, 374 str.
 - *Krivično pravo – Opšti deo*, Službeni glasnik, 4. izm. i dop. izd. Beograd, 2001, 415 str.
 - *Krivično pravo – Opšti deo*, Službeni glasnik, 5. izm. i dop. izd. Beograd, 2002, 415 str.
 - *Krivično pravo – Opšti deo*, Službeni glasnik, 6. izm. i dop. izd. 2002, 416 str.
 - *Krivično pravo – Opšti deo*, Pravni fakultet u Beogradu, 7. izd. Beograd 2003, 416 str.
 - *Krivično pravo – Opšti deo*, Pravni fakultet u Beogradu, 8. izd. Beograd, 2003, 416 str.
 - *Krivično pravo – Opšti deo*, Justinijan, 9. izd. Beograd 2004, 431 str.
 - *Krivično pravo – Opšti deo*, Justinijan, 10. izd. – 2005, 416 str.
 - *Krivično pravo – Opšti deo*, Pravna knjiga, 11. izm. izd. Beograd 2005, 371 str.
 - *Krivično pravo – Opšti deo*, Pravna knjiga, 12. izd. Beograd, 2006, 371 str.
 - *Krivično pravo – Opšti deo*, Pravna knjiga, 13. izd. Beograd, 2006, 371 str.
 - *Krivično pravo – Opšti deo*, Pravna knjiga, 14. izd. Beograd, 2007, 373 str.
 - *Krivično pravo – Opšti deo*, Pravna knjiga, 15. izd. Beograd, 2009, 374, str.
 - *Krivično pravo – Opšti deo*, Pravna knjiga, 16. izd. Beograd, 2009, XVI + 367 str.

- *Krivično pravo – Opšti deo*, Pravna knjiga, 17. izd. Beograd, 2010, XVI + 367 str.
 - *Krivično pravo – Opšti deo*, Pravna knjiga, 18. izd. Beograd, 2011, XVI + 369 str.
 - *Krivično pravo – Opšti deo*, Pravna knjiga, 19. izd. Beograd, 2012, XVI + 369 str.
 - *Krivično pravo – Opšti deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Pravna knjiga, 20. izm. i dop. izdanje Beograd, 2013, XVI + 423 str.
 - *Krivično pravo – Opšti deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Pravna knjiga, 21. izd. 2014, XVI + 423 str.
 - *Krivično pravo – Opšti deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Pravna knjiga, 22. izd. 2015, XVI + 407 str.
 - *Krivično pravo – Opšti deo*, 23. izdanje, Pravna knjiga, Beograd, 2016, XVI + 414 str.
 - *Krivično pravo – Opšti deo*, 24. izdanje, Pravna knjiga, Beograd, 2017, XVI + 414 str.
16. *Međunarodno krivično pravo*, Dosije, 3. izdanje, Beograd, 2003, 127 str.
- *Međunarodno krivično pravo*, Justinijan, 4 izdanje, Beograd 2004, 220 str.
 - *Međunarodno krivično pravo*, Pravna knjiga, 5. izd. Beograd 2006, 229 str.
 - *Međunarodno krivično pravo*, Pravna knjiga, 6. izd. Beograd, 2008, 221 str.
 - *Međunarodno krivično pravo*, Pravna knjiga, 7. izd. Beograd, 2012, 162 str.
 - *Međunarodno krivično pravo*, Pravna knjiga, 8. izd. Beograd, 2015, 168. str.
 - *Međunarodno krivično pravo*, Pravna knjiga, 9. izd. Beograd, 2016, 192. str.
 - *Međunarodno krivično pravo*, Pravna knjiga, 10. izd. Beograd, 2017, 192. str.
17. *Komentar Krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, Beograd 2006, 874 str.
- *Komentar Krivičnog zakonika*, 2. izdanje, Beograd 2007, 879 str.
 - *Komentar Krivičnog zakonika*, 3. izdanje, Beograd 2009, 886 str.
 - *Komentar Krivičnog zakonika*, 4. izm. i dop. izdanje, Beograd 2012, 1099. str.
 - *Komentar Krivičnog zakonika*, 5. izm. i dop. izdanje, Beograd 2016, 1156. str.
 - *Komentar Krivičnog zakonika*, 6. izm. i dop. izdanje, Beograd 2017, 1214. str.
18. *Komentar Zakona o odgovornosti pravnih lica za krivična djela*, (koautor sa R. Shine), Ministarstvo pravde Crne Gore, Podgorica 2007, 196 str.
19. *Krivično pravo*, CID, Podgorica 2008, 655 str.
20. *Krivično pravo, Priručnik za polaganje pravosudnog ispita*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i JP „Službeni glasnik“, Beograd 2008, 394 str.
- *Krivično pravo, Priručnik za polaganje pravosudnog ispita*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i JP „Službeni glasnik“, Beograd 2. izd. – 2011, 388 str.
 - *Krivično pravo, Priručnik za polaganje pravosudnog ispita*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i JP „Službeni glasnik“, Beograd 3. izm. izd. – 2013, 383 str.
 - *Krivično pravo, Priručnik za polaganje pravosudnog ispita*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i JP „Službeni glasnik“, Beograd 4. izm. izd. – 2014, 381, str.
 - *Krivično pravo, Priručnik za polaganje pravosudnog ispita*, JP „Službeni glasnik“, 5. izm. izdanje, Beograd 2015, 394 str.
 - *Krivično pravo, Priručnik za polaganje pravosudnog ispita*, JP „Službeni glasnik“, 6. izm. izd., 2016, 387. str.
 - *Krivično pravo, Priručnik za polaganje pravosudnog ispita*, JP „Službeni glasnik“, 7. izm. izd., 2017, 399. str.
21. *Krivičnopravno reagovanje na teške oblike kriminaliteta*, (koautor sa D. Kolarić), Pravni fakultet, Beograd 2010, 196 str.

22. *Komentar Krivičnog zakonika*, OEBS i Ministarstvo pravde, Podgorica 2010, 938 str.
23. *Krivično pravo – Posebni deo* (koautor sa N. Delić), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Pravna knjiga, Beograd, 2013, XIV, 380 str.
 - *Krivično pravo – Posebni deo* (koautor sa N. Delić), Pravna knjiga, 2. izd. Beograd, 2014, XIV, 392.
 - *Krivično pravo – Posebni deo* (koautor sa N. Delić), Pravna knjiga, 3. izd. Beograd, 2015, XIV, 338
 - *Krivično pravo – Posebni deo* (koautor sa N. Delić), Pravna knjiga 4. izd. Beograd, 2017, XVI, 346
24. *Krivično pravo – materijalno, procesno, izvršno* (koautor sa: Škulić, Radoman), Udruženje pravnika Srbije, Beograd, 2013, 568 str.
25. *Krivičnopravno suzbijanje organizovanog kriminaliteta, terorizma i korupcije* (koautor sa D Kolarić), edicija Crimen, Pravni fakultet, Beograd, 2014, 274 str.
26. *Politika suzbijanja kriminaliteta* (sa Pogovorom autora), edicija Crimen, Pravni fakultet, Beograd, 2016, 151. str.
27. *Priručnik za suzbijanje privrednog kriminaliteta i korupcije*, (koautor), OEBS, Ministarstvo pravde SAD, Beograd, 2017.

III. ČLANCI I OBJAVLJENI REFERATI NA NAUČNIM SKUPOVIMA

28. „Kriminalnopolitički aspekt inkriminisanja homoseksualnog ponašanja“, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo* 2/1974, str. 241–254.
29. „Krivičnopravno regulisanje povreda normi seksualnog morala“, *Arhiv za pravne i društvene nauke* 3–4/1974, str. 477–484.
30. „Primena čl. 186 st. 2 KZ u praksi“, *Naša zakonitost* 6/1975, str. 77–86.
31. „Osvrt na inkriminaciju bludnih radnji iz čl. 183 i njenu primenu u sudskoj praksi“, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo* 2/1975, str. 293–298.
32. „Krivičnopravni aspekt pornografije“, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo* 1/1977, str. 95–110.
33. „Uslovna osuda u novom Krivičnom zakonu SFRJ“, *Glasnik advokatske komore Vojvodine* 1/1977, str. 22–38.
34. „Izvršenje kazne lišenja slobode u Crnoj Gori u XIX veku“, *Penologija* 1/1977, str. 47–62.
35. „Neka pitanja u vezi sa uslovnom osudom u KZ SFRJ“, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo* 2/1977, str. 222–225.
36. „Odnos uslovne osude i kazne u Krivičnom zakonu SFRJ i pitanje samostalnosti uslovne osude“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* XI/1977, str. 265–272.
37. „Odustanak od izvršenja krivičnog dela i pitanje dobrovoljnosti“, *Pravni život* 1/1978, str. 23–40.
38. „Uslovna osuda sa zaštitnim nadzorom u jugoslovenskom krivičnom zakonodavstvu“, referat na II savetovanju Udruženja za penologiju SAP Vojvodine, Subotica 1979, *Zbornik referata*, 13 str.
39. „Razvoj i karakteristike kazne lišenja slobode u Crnoj Gori u XIX veku“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* XIII/1979, str. 221–240.

40. „Uslovna osuda sa zaštitnim nadzorom sa aspekta predstojeće primene“, *Pravni život* 10/1979, str. 17–34.
41. „Uloga nauke krivičnog prava i drugih naučnih disciplina u procesu određivanja inkriminacija“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* XIV/1980, str. 301–312.
42. „Opravdanost uvođenja i primene posebnih sankcija i tretmana prema učiniocima seksualnih krivičnih dela“, *Penologija* 1–2/1980, str. 2–22.
43. „Zaštitni nadzor u Krivičnom zakonu SR Srbije sa osvrtom na rešenja u krivičnim zakonima republika i pokrajina“, *Pravni život* 5–7/1982, str. 710–724.
44. „Odgovornost za neprijavlivanje i lažno prijavljivanje privrednog prestupa“, *Pravni život* 5/1983, str. 590–600.
45. „Uslovni otpust: problemi i perspektive“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu (spomenica V. Bayeru)* 1–2/1984, str. 185–199.
46. „Ka politici dekriminalizacije“, *Arhiv za pravne i društvene nauke* 2/1984, str. 207–214.
47. „Krivično pravo i drugi oblici reakcije na društveno opasna ponašanja“, *Naša zakonitost* 8/1985, str. 931–948.
48. „Die Novelle der jugoslawischen Strafprozessordnung von 1985“, WGO, *Monatshefte für osteuropäisches Recht* Heft 6, Hamburg 1984/85, str. 371–376.
49. „Mere bezbednosti u jugoslovenskom krivičnom pravu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* XVIII, 1–3/1985, str. 277–292.
50. A biztonsági intézkedések a jugoszlav büntetőjogban (*Mere bezbednosti u jugoslovenskom krivičnom pravu*), referat, Segedin 1986, 34 str.
51. „Im Vorfeld einer Entkriminalisierungspolitik“, *Cahiers de defense sociale* 1986, str. 89–96.
52. „O subjektivnom elementu produženog krivičnog dela“, *Pravo – teorija i praksa* poseban broj/1987, str. 7–15.
53. „Sistem mera bezbednosti u jugoslovenskom krivičnom pravu“, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo* 4/1987, str. 161–177.
54. Načelo određenosti i generalne klauzule u krivičnom pravu, diskusija na XXV Savetovanju Saveza udruženja za krivično pravo i kriminologiju Jugoslavije, Novi Sad 1987, 6 str;
 - Savremena tehnička sredstva i krivično pravo sa posebnim osvrtom na kompjuterski kriminalitet, učešće u Okruglom stolu „Savremena tehnika i krivično pravosuđe“, isto savetovanje, Novi Sad 1987, 5 str.
55. „Mogućnosti sužavanja i supstitucije krivičnopravne represije drugim merama društvene samozaštite“, uvodni referat na *Interkatedarskom sastanku*, Skoplje, 1984, 23 str.
56. Kaznena politika u oblasti krivičnopravne zaštite privrednih odnosa u SAP Vojvodini u periodu 1979–1981, deo potprojekta „Kazneno-pravna zaštita privrednog sistema u SAPV“, Novi Sad 1986, 77 str.
57. Odgovornost za povrede propisa o privrednom ili finansijskom poslovanju, materijali za savetovanje „*Krivična odgovornost u udruženom radu i društveni položaj i uloga pravosudnih organa*“, Šibenik 1988, str. 13–23.
58. Aktuelni problemi pravnih nauka i savremeno jugoslovensko društvo, diskusija na Okruglom stolu Interfakultetske konferencije, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 1–3/1988, str. 344–346.
59. Diskusija na Interkatedarskoj konferenciji, Sarajevo 1988, 5 str. (objavljeno u časopisu *Pravna misao*).
60. „*Die Idee des sozialen Selbstschutz – eine abolitionistische Richtung?*“, saopštenje na 10. Međunarodnom kongresu za kriminologiju, Hamburg 1988, 9 str.

61. Karakteristike jugoslovenske kriminalne politike i krivičnog prava u oblasti maloletničke delinkvencije, referat na *Savetovanju Udruženja pravnika Vojvodine i županije Bač-Kiškun*, Kečkemet 1988, 9 str.
62. Napomene o „socijalističkom krivičnom pravu“, saopštenje na naučnom skupu „Socijalizam i pravo“, *Savremenost* 12/1988, str. 57–60.
63. „Kriminalnopolitički aspekti igara na sreću“, *Pravo – teorija i praksa* poseban broj (Pravni i društveni problemi igara na sreću), maj/1988, str. 92–102.
64. „Neki aspekti društvene kontrole u suzbijanju kriminaliteta“, *Pravo – teorija i praksa* 10/1988, str. 36–43.
65. „Organizovani kriminalitet i pitanja zaštite i ostvarivanja ljudskih prava“, U: *Prava čoveka i savremena kretanja u kriminalnoj politici*, Beograd 1989, str. 121–136.
66. „Die Todesstrafe bleibt“, *Neue Kriminalpolitik* 3/1989, str. 13–14.
67. *International Conference on Criminal Justice and the Protection of the Environment*, materijali Konferencije, Hamburg 1989, str. 83–84.
68. „Organizovane forme kriminaliteta“, *Bezbednost i društvena samozaštita* 5/1990, str. 62–71.
69. „Napomene o mogućnostima i potrebi izmene Opšteg dela KZ SFRJ“, referat na Interkatedarskoj konferenciji, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo* 2/1990, str. 31–43.
70. „Odgovornost pravnog lica za privredne prestupe“, *Pravna misao* 3–4/1990, str. 89–105.
71. „Jugoslovenska kriminalna politika i krivično zakonodavstvo kao potvrda i negacija pravne države“, referat na savetovanju „O putevima uspostavljanja pravne države“, Budva 1990. U: *Pravna država*, Beograd 1991, str. 133–145.
72. „Rehabilitacija i pravne posledice osude“, referat, savetovanje „*Reforma Opšteg dela KZ SFRJ i savremene tendencije u jugoslovenskom krivičnom pravu*“, Budva 1991, str. 9.1–9.12.
73. „Reformtendenzen im Wirtschaftsstrafrecht Serbiens und der Föderativen Republik Jugoslawien“, in: *Von totalitärem zu rechtsstaatlichem Strafrecht* (Hrsg. Eser), Freiburg 1992, str. 449–460.
74. „Problemi suzbijanja kriminaliteta“, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo* 1–3/1993, str. 3–15.
75. „Savremeni problemi suzbijanja kriminaliteta u Jugoslaviji“, *Sudska praksa* 7–8/1993, str. 3–9.
76. „Generalna prevencija i zaštitna funkcija krivičnog prava“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 1–2/1994, str. 220–229.
77. *Convention on the rights on the child and criminal law protection*, referat na međunarodnoj konferenciji „*Shaping future by law: children, environment and human health*“, New Delhi 1994, 7 str.
78. „International Criminal Court – Utopia or Reality? The Tribunal for the former Yugoslavia“, *XIV Congress of IADL*, Cape Town 1996, 8 str.
79. „Konceptijski problemi u vezi sa privrednim prestupima“, U: *Teorijski i praktični problemi jugoslovenskog kaznenog zakonodavstva*, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja (savetovanje u Budvi), 1996, str. 147–160.
80. „Krivičnopravna zaštita životne sredine: Neki aspekti zakonodavnog regulisanja“, *Pravni život* 1995, str. 291–301.
81. „Krivičnopravni i kriminološki aspekti dela protiv dostojanstva ličnosti i morala“, U: *Seksualna agresija*, Matica srpska, Novi Sad 1995, str. 19–25.

82. „Konceptijski problemi u vezi sa privrednim prestupima“, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo* 1–2/1996, str. 5–20.
83. „Kazna bez prava i pravo bez kazne – jedan (prilično) skeptičan pogled na međunarodno krivično pravo“, *Zbornik radova* 1–3/1996, Pravni fakultet u Novom Sadu, str. 54–64.
84. „Međunarodni krivični sud: sukob prava i politike“, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo* 1/1997, str. 23–42.
85. „Seksualna krivična dela i predstojeća reforma krivičnog zakonodavstva“, U: *Seksualnost, agresivnost, delinkventnost*, Matica srpska, Novi Sad 1998, str. 87–94.
86. „Pravo na život kao prirodno pravo čoveka“, *Pravni život* 9/1997, str. 3–16.
87. „Ocena stanja i mogućnosti naše savremene politike suzbijanja kriminaliteta“, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo* 2–3/1997, str. 31–53.
88. „Terorizam i srodna krivična dela“, U: *Terorizam i srodna krivična dela, teorija i praksa*, Beograd 1998, str. 10–21.
89. „Prirodno pravo na život i krivično pravo“, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo* 1/1998, str. 3–18.
90. „Perspektive međunarodnog krivičnog pravosuđa“, *Smisao* 3/1998, str. 95–105.
91. „Krivična dela u vezi sa privrednim i finansijskim poslovanjem“, U: *Aktuelna pitanja tekuće reforme jugoslovenskog krivičnog zakonodavstva*, Beograd 1998, str. 69–80.
92. „Stalni međunarodni krivični sud i krivično pravo“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Srpskom Sarajevu* 1999, str. 27–34.
93. „Pojam i osnovi isključenja postojanja krivičnog dela“, U: *Mogući pravci razvoja jugoslovenskog krivičnog kaznenog zakonodavstva i njihove osnovne karakteristike*, Beograd 1999, str. 29–42.
94. „Die Verantwortlichkeit für die Aggression gegen Jugoslawien. Internationales Hearing zu einem Europäischen tribunal über den NATO Krieg gegen Jugoslawien“, 30. Oktober 1999, Berlin. In: *Wahrheit über den NATO-Krieg gegen Jugoslawien*, Schkeudlitzer Buchverlag, 2000, str. 98–101.
95. „Agresija NATO na Jugoslaviju u svetlu krivičnog prava“, *Temida* 2/2000, str. 47–50.
96. „Saučesništvo u Predlogu krivičnog zakonika“, U: *Osnovne karakteristike predloga novog jugoslovenskog krivičnog zakonodavstva*, Beograd 2000, str. 17–24.
97. „Die Verantwortlichkeit für die Aggression gegen Jugoslawien“, In: *Wiener Tribunal gegen die österreichische Regierung*, Wien 2000, str. 28–31.
98. „Jugoslovensko krivično zakonodavstvo u funkciji zaštite ljudskih prava“, U: *Jugoslovensko krivično zakonodavstvo i slobode i prava čoveka i građanina*, Beograd 2001, str. 9–21.
99. *Komandna odgovornost*, uvodni referat na skupu u organizaciji Udruženja pravnika Srbije, Beograd 2001.
100. „Neka pitanja kaznene politike – normativni aspekti“, *Branic* 3–4/2002, str. 7–15.
101. „Stanje i tendencije u krivičnom zakonodavstvu u oblasti zaštite ljudskih prava“, *Prava čoveka* 1–2/2002, str. 85–100.
102. „Savremeni načini krivičnopravnog reagovanja“, U: *Strategija državnog reagovanja protiv kriminala*, Beograd 2003, str. 235–242.
103. „Kriza savremenog krivičnog prava?“, *Prava čoveka* 5–6/2003, str. 9–18.
104. „Osnovi isključenja krivičnog dela u međunarodnom krivičnom pravu“, U: *Relevantna pitanja međunarodnog krivičnog prava*, Tara 2003, str. 35–44.

105. „Krivično zakonodavstvo i teški oblici kriminaliteta“, U: *Teški oblici kriminala*, Beograd 2004, str. 33–44.
106. „Načelo zakonitosti u krivičnom zakonodavstvu Srbije i Crne Gore i Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i sloboda“, U: *Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i krivično zakonodavstvo Srbije i Crne Gore*, Beograd/Zlatibor 2004, str. 101–116.
107. „Krivica ili krivična odgovornost?“, *Branič* 3–4, 2004, str. 5–17.
108. „Doprinos Tome Živanovića nauci krivičnog prava“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 1/2005, str. 189–193.
109. „Karakteristike Predloga krivičnog zakonika Srbije“, *Branič* 1–2/2005, str. 5–24.
110. „Osnovne koncepcije u Predlogu krivičnog zakonika Srbije i Krivičnom zakoniku Crne Gore“, *Revija za kriminologiju i krivično pravo* 1/2005, str. 3–28.
111. „Pojam krivičnog dela u novom Krivičnom zakoniku“, *Branič* 3–4/2005, str. 5–25.
112. „Laufende Reform des Strafrechts aus der Sicht Serbiens“, In: *Strafrechtsentwicklung in Osteuropa*, Duncker & Humblot, Berlin 2005, str. 54–61.
113. „Osnovne karakteristike Predloga krivičnog zakonika Srbije“, uvodni referat. Naučni skup: *Novo krivično zakonodavstvo Srbije*, Kopaonik 2005, str. 5–20.
114. „Pravno-filozofske koncepcije u Predlogu Krivičnog zakonika Srbije i Krivičnom zakoniku Crne Gore“, uvodni referat. U: *Kazneno zakonodavstvo: progresivna ili regresivna rešenja*, Beograd 2005, str. 9–26.
115. „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*, Beograd – Zlatibor 2005, str. 9–40.
116. Opšti pojam krivičnog dela i Krivični zakonik, Konferencija „*Krivični zakonik*“, Pravo-sudni centar, Beograd 2005, str. 1–15.
117. „Nova rešenja u krivičnim zakonicima Srbije i Crne Gore i dosadašnja iskustva u njihovoj primeni“, uvodni referat. U: *Nova rešenja u krivičnom zakonodavstvu i dosadašnja iskustva u njihovoj primeni*, Beograd – Zlatibor 2006, str. 3–22.
118. „Neki problemi u primeni novih rešenja u Krivičnom zakoniku“, *Bilten Okružnog suda u Beogradu* 73/2006, str. 7–32.
119. „Pravna zablude u novom Krivičnom zakoniku“, *Revija za kriminologiju i krivično pravo* 3/2006, str. 9–18.
120. „Ustav Republike Srbije i materijalno krivično zakonodavstvo“, *Revija za kriminologiju i krivično pravo* 2/2007, str. 3–12.
121. „Introduction to the Development of Modern Criminal Law“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 2/2007, str. 180–184.
122. „Ustav Republike Srbije i materijalno krivično zakonodavstvo“, U: *Ustav Republike Srbije, krivično zakonodavstvo i organizacija pravosuđa*, Beograd – Zlatibor 2007, str. 11–21.
123. „Ustav i krivično zakonodavstvo“, *Branič* 1–2/2008, str. 5–20.
124. „Pravno značenje krivice“, U: *Čovek između tuge i krivice*, Beograd 2008, str. 33–42.
125. „Radnja krivičnog djela“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Podgorici (Spomenica prof. dr B. Tomkoviću)* 38/2008, str. 18–31.
126. „Krivično zakonodavstvo i kaznena politika: 2001–2008“, *Pregled* 4/2008, 43–68.
 - Isto na engleskom jeziku: „Criminal Legislation and Penal Policies“, *Survey* 4/2008, str. 43–68.

127. „Strategije ostvarivanja svrhe krivičnog prava“, *Arhiv za pravne i društvene nauke* 3–4/2008, str. 163–192.
128. „Krivična dela protiv privrede u KZ Srbije“, uvodni referat. U: *Promene u pravnom sistemu Republike Srbije*, Zbornik radova, Časopis Pravo – teorija i praksa i Univerzitet Privredna akademija (urednici: A. Radovanov, S. Nogo i V. Lakićević), Novi Sad 2008, str. 109–122.
129. „Ima li međunarodno krivično pravo budućnost?“, uvodni referat, *Zbornik radova*, Udruženje za međunarodno krivično pravo, Tara 2008, str. 9–19.
130. „Međunarodno krivično pravo i zaštita ljudskih prava“. U: *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja. II deo*, priredio Đ. Ignjatović, Beograd 2008, str. 25–36.
131. „Postupak pripreme krivičnog zakonodavstva i njegov uticaj na sadržaj zakonskog teksta“, *Revija za kriminologiju i krivično pravo* 1/2009, str. 3–18.
132. „Opravdanost i dometi alternativnih krivičnih sankcija i alternativnih formi postupanja“, *Revija za kriminologiju i krivično pravo* 2/2009, str. 3–19.
133. „Prividni idealni sticaj“, *Revija za kriminologiju i krivično pravo* 3/2009, str. 9–22.
134. „Krivična dela terorizma u Krivičnom zakoniku Srbije“, *Revija za kriminologiju i krivično pravo* 3/2010, str. 11–32.
135. „Общественная опасность и уголовное законодательство“, *Материалы IV Российской конференции уголовной права*, МГУ им. Ломоносова, Москва 2009, str. 779–782.
136. „Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima i alternativne krivične sankcije“, uvodni referat, Savetovanje Srpskog udruženja za krivičnopravnu teoriju i praksu, Zlatibor 2009, str. 11–29.
137. „Krivičnopravna doktrina i njen značaj u tumačenju krivičnopravne norme.“, U: *Tumačenje kaznenopravne norme i adekvatnost njene primene*, Beograd 2009, str. 11–30.
138. „Odgovornost pravnog lica za krivična djela“; „Povraćaj dobara pribavljenih krivičnim djelom“, Uprava za antikorupcijsku inicijativu, Podgorica 2009, str. 13–25; str. 43–45. Isto na engleskom: Liability of legal persons for criminal offences; *Recovery of proceeds of crime*, pp. 12–25; pp. 43–45.
139. „Postupak pripreme krivičnog zakonodavstva i njegov uticaj na sadržaj zakonskog teksta“. U: *Zakonodavni postupak i kazneno zakonodavstvo*, Canada-Serbia, Judicial Reform Project, Beograd 2009, str. 59–73.
140. „Proces stvaranja krivičnog zakonodavstva i suzbijanje kriminaliteta“. U: *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja, III*, Beograd 2009, str. 14–31.
141. „Krivičnopravna represija kao instrument suzbijanja kriminaliteta – savremene tendencije“, uvodni referat, U: *Savremene tendencije krivične represije kao instrument suzbijanja kriminaliteta*, Bijeljina 2010, str. 7–28.
142. „Krivičnopravni ekspanzionizam i zakonodavstvo Srbije“. U: *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja, IV deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2010, str. 32–48.
143. „Uloga krivičnopravne teorije u tumačenju krivičnog prava“, U: *Aktuelna pitanja u primjeni krivičnog zakonodavstva*, Zbornik radova, Banja Luka 2011, str. 83–98.
144. „Verbrechenslehre aus der Sicht des Serbischen Strafrechts“, In: *Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag*, (Hrsg. Christian Jäger et al) De Gruyter, Berlin/New York 2011, str. 1593–1607.
145. „Preventivna funkcija krivičnog prava“, *Crimen* 1/2011, str. 3–25.
146. „Krivično pravo u doba krize“, *Branič* 1–2/2011, str. 27–50.

147. „Odnos krajnje nužde sa nužnom odbranom“, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 2–3, 2011, str. 13–26.
148. „Krivično zakonodavstvo i prevencija kriminaliteta“, uvodni referat. U: *Krivično zakonodavstvo i prevencija kriminaliteta*, Brčko Distrikt BiH, Ministarstvo pravde RS, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Brčko 2011, str. 9–30.
149. „Krivično pravo, ljudska prava i globalna kriza“, uvodni referat. U: *Zaštita ljudskih prava i sloboda u vreme ekonomske krize*, Udruženje za međunarodno krivično pravo, Tara 2011, str. 11–26.
150. Međunarodna krivičnopravna saradnja i materijalno krivično zakonodavstvo (apstrakt), uvodni referat na Međunarodnoj konferenciji „Evropske integracije i međunarodna krivičnopravna saradnja“, Beograd, 21. i 22. novembar 2011.
151. „Određivanje opšteg pojma krivičnog dela u srpskoj nauci krivičnog prava“. U: *Kaznena reakcija u Srbiji*, Beograd 2011, str. 11–34.
152. „Vežanost suda kaznenim rasponima novčane kazne. Prilog tumačenju odredaba o minimumu i maksimumu novčane kazne“, *Crimen*, br. 1/ 2012, str. 95–104.
153. „Die Auslegung der Strafrechtswissenschaft in der praktischen Rechtsanwendung“. In: *Schulz, Reinhart, Sahan*, (Hrsg), Festschrift für Imme Roxin, C. F. Müller, 2012, pp. 103–114.
154. „Značaj pojma prekršajne odgovornosti za prekršajno pravo“, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 1–2, 2012, str. 23–38.
155. „Nova rešenja u Krivičnom zakoniku Republike Srbije“ (koautor sa D. Kolarić), *Bezbednost*, br. 3/2012, str. 7–32.
156. „Da li je Srbiji potrebna reforma krivičnog zakonodavstva?“ *Crimen*, br. 2/2013, str. 119–143.
157. „Fight against corruption: Illicit enrichment – pro et contra“, referat, *Workshop on Organised Crime, Issue: Regional Cooperation and European Practices*, European Commission Taiex, Danilovgrad, Montenegro, 24–25 February 2012.
158. „Kaznena politika: raskol između zakona i njegove primene“, uvodni referat. U: *Kaznena politika: raskol između zakona i njegove primene*, Ministarstvo pravde RS i Srpsko udruženje za krivično pravo, Istočno Sarajevo, april, 2012, str. 7–22.
159. „Krivično delo nezakonitog bogaćenja – razlozi za i protiv uvođenja“. U: *Aktuelna pitanja krivičnog zakonodavstva (normativni i praktični aspekti)*, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Zlatibor-Beograd, 2012, str. 343–349.
160. „Značaj ponašanja pasivnog subjekta za postojanje krivičnog dela silovanja – između otpora i pristanka“. U: *Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom EU*, Beograd, 2012, str. 42–59.
161. „O pojmu pretnje u krivičnom pravu“, *NBP – Žurnal za kriminalistiku i pravo*, br. 2/2013, str. 1–16.
162. „Agresija u međunarodnom krivičnom pravu“ (sa D. Kolarić). U: *Međunarodna krivična dela*, Udruženje za međunarodno krivično pravo, Tara 2013, str. 39–55.
163. „Nova rešenja u Krivičnom zakoniku Srbije, njihova primena i buduća reforma.“ U: *Nova rešenja u kaznenom zakonodavstvu Srbije i njihova praktična primena*, Zlatibor-Beograd, 2013, str. 11–32.
164. „Kaznena politika u Srbiji: sukob zakonodavca u sudske prakse.“ U: *Kaznena reakcija u Srbiji, II deo*, Beograd, 2012, str. 1–17.
165. „Načelo krivice i odgovornost saučesnika“, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Istočnom Sarajevu*, 2/2013, str. 1–20.

166. „Propisivanje i primena krivičnog dela ugrožavanja sigurnosti u krivičnom pravu Srbije“. U: *Kaznena reakcija u Srbiji, III deo*, Beograd, 2013, str. 1–16.
167. „Das präventiv orientierte Strafrecht: Möglichkeiten und Grenzen“, *Festschrift zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. Dr. h.c. K. Kühl*, Beck, München 2014, pp. 473–488.
168. „Racist and xenophobic motivation as an aggravating circumstance in sentencing“, *Strani pravni život*, 2/2014, str. 11–22.
169. „Moguće izmene Krivičnog zakonika Srbije“. U: *Reforma krivičnog prava*, Zbornik radova, Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije, Beograd, 2014, str. 9–22.
170. „Krivičnopravni pojam nasilja“. U: *Nasilje u Srbiji*, Zbornik radova, tom I, Kriminalističko-policijska akademija, Fondacija „Hans Zajdel“, Beograd, 2014, str. 1–8.
171. „Krivično pravo kao instrument državne reakcije na kriminalitet i predstojeće izmene u Krivičnom zakoniku“. U: *Optuženje i drugi krivičnopravni instrumenti državne reakcije na kriminalitet*, Beograd-Zlatibor, 2014, str. 23–39.
172. „Položaj saučesnika u krivičnom pravu: između akcesornosti i samostalnosti“. U: *Kaznena reakcija u Srbiji, IV deo*, tematska monografija, str. 1–16, Beograd, 2014.
173. „Orientación sexual y Derecho penal: la cuestión en el Derecho serbio y montenegrino“. In: *Estado de Derecho y discriminación por razón de género, orientación e identidad sexual*, Primera edición, Thompson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 419–435.
174. „Субъективная сторона изнасилования и сопротивление жертвы“, *Уголовное право*, No 5/2014, str. 143–147.
175. „Mere bezbednosti psihijatrijskog lečenja (Prinudno psihijatrijsko lečenje kao krivična sankcija)“, *Crimen*, br. 2/2014, str. 145–172.
176. „Sistem kazni u krivičnom pravu Srbije i potreba njegovog daljeg usavršavanja“. U: *Kaznena reakcija u Srbiji, V deo*, tematska monografija, str. 1–24, Beograd, 2015.
177. „Krivično pravo i duševna bolest“, *Sociologija*, br. 2/2015, str. 219–230.
178. „U susret Zakonu o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika Srbije“ (sa D. Kolarić), U: *Suprostavljanje savremenim oblicima kriminaliteta*, Zbornik radova tom I, Kriminalističko-policijska akademija, Fondacija „Hans Zajdel“, Beograd, 2015, str. 1–17.
179. „Savremene tendencije u nauci krivičnog prava i krivično zakonodavstvo Srbije“ (sa D. Kolarić), *Srpska politička misao*, br. 3/2015, str. 111–136.
180. „Usaglašavanje Krivičnog zakonika Srbije sa Istanbulskom konvencijom.“ U: *Dominantni pravci razvoja krivičnog zakonodavstva*, Zbornik radova, Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije, Kopaonik, 2016, str. 9–29.
181. „Silovanje bez prinude. Usaglašavanje KZ Srbije sa članom 36 Istanbulske konvencije“, *NBP – Žurnal za kriminalistiku i pravo* 1/2016, str. 1–23.
182. „Влияние законодателя на карательную политику судов в Сербии.“ Тенденции развития юридической науки на современном этапе, *Сборник трудов Международной конференции, посвященной 40 летию юридической факультета КГУ*, Кемерово, 2015, стр. 530–548.
183. „Garantivna funkcija krivičnog prava“. U: *Kaznena reakcija u Srbiji, VI deo*, (priredio Đ. Ignjatović), Beograd, 2016, str. 1–15.
184. „Univerzalni princip prostornog važenja krivičnog zakonodavstva“, *Revija za kriminologiju i krivično pravo* br. 2–3/2016; *Crimen* br. 3/2016, str. 21–38.
185. „Proganjanje – novo krivično delo u Krivičnom zakoniku Srbije“, U: *Kaznena reakcija u Srbiji, VII deo*, (priredio Đ. Ignjatović), Beograd, 2017, str. 1–10.

186. Criminalizing illicit enrichment as an anti-corruption measure? Paper submied to the II International Congress: „*Institutional Transparency, Citizen Participation and Fight against Corruption*“, Las Palmas de Gran Canaria – Santa Ceuz de Tenerife, 4–5. October 2017, 14. p.
187. Selbstdarstellung. In: E. Hilgendorf (Hrsg.) Die ausländische Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen, *Die internationale Rezeption des deutschen Strafrechts*, V. de Gruyter, Berlin, 2017, ISBN: 978-3-11-027770-8.

IV PRIKAZI

188. *Odvjetnik* 9–10/1979, str. 333–335.
189. *Glasnik advokatske komore Vojvodine* 12/1979.
190. *Arhiv za pravne i društvene nauke* 1–2/1980, str. 281–285.
191. *Bibliografski vjesnik* 2/1981, str. 287–288.
192. *Pravni život* 6–7/1981, str. 92–94.
193. *Arhiv za pravne i društvene nauke* 1/1982, str. 154–157.
194. *Naša zakonitost* 4/1983, str. 105–108.
195. *Arhiv za pravne i društvene nauke* 3/1983, str. 308–311.
196. *Revue de science criminelle et de droit penal compare* 4/1984, str. 875–876.
197. *Pravo – Teorija i praksa* 8–9/1991.
198. *Arhiv za pravne i društvene nauke* 4/1996, str. 1150–1153.

V OSTALO

199. Prevod sa nemačkog:
- H. Roggemann, „Krivično pravo i umetnost“, *Zbornik Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja*, 1988, str. 179–200.
 - H. Roggemann, „Ekstradicija u krivičnim stvarima između SR Nemačke i Jugoslavije“, *Jugoslovenska revija za međunarodno pravo* 2/1988, str. 212–233.
200. „In memoriam prof. dr T. Vasiljeviću“, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo* 2/1988.
201. „Public transport – who pays?“, referat, 4 str., *15. Kongres INTA*, Belfast, 1991.
202. Govor na Komemorativnom skupu posvećenom Nikoli Srzentiću, *Arhiv za društvene i pravne nauke* 2/1993.
203. Pozdravna reč na otvaranju Savetovanja Pravosudni informacioni sistem, *Bilten sudske prakse*, br. 37, Savezni sud, Beograd, 1994, str. 9–10.
204. „Doprinos Pravnog fakulteta razvoju krivičnog prava“, *Sto šezdeset pet godina Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu*, Beograd 2006, str. 43–46.
205. *Recenzije i predgovori knjiga:* (O. Perić, N. Eror-Rak, K. Čavoški, V. Joldžić, I. Simić, L. Klajn, Dj. Ignjatović, M. Cetinić, D. Jovašević, T. Delibašić, M. Škulić, M. Jelačić, M. Majić, M. Radoman, A. Đurić, S. Janković, A. Fatić, M. Milović, Đ. Lopičić, J. Lopičić, D. Kolarić, N. Jovančević, D. Nikolić, N. Deliće, D. Simeunović, V. Veković, V. Ratković, B. Ristivojević, R. Risimović, I. Vuković, V. Delibašić, D. Drakić, M. Ljubičić, E. Čorović, D. Miladinović, I. Đokić, G. Đorđević i dr.).

206. *Uvodna objašnjenja – predgovor za KZ*, Službeni glasnik, Beograd 2005.
- *Uvodna objašnjenja – predgovor za KZ*, Službeni glasnik, drugo izdanje, Beograd, 2007,
 - *Uvodna objašnjenja – predgovor za KZ*, Službeni glasnik, treće izdanje, Beograd, 2008,
 - *Uvodna objašnjenja – predgovor za KZ*, Službeni glasnik, četvrto izdanje, Beograd, 2009.
207. *Predgovor (ZID KZ iz 2012)*, Krivični zakonik, Službeni glasnik, Beograd, peto izm. izdanje, 2013, str. 5–37,
- *Predgovor*, šesto izdanje, 2014, str. 7–29,
 - *Predgovor*, sedmo izm. izdanje, 2015, str. 7–30.
 - *Predgovor*, osmo izdanje, 2015, str. 7–31.
 - *Predgovor*, deveto izdanje, 2016, str. 7–31.
208. *Predgovor (ZID KZ/2012, ZID KZ/2013, ZID KZ/2014. ZID KZ/2016)*. Krivični zakonik, Službeni glasnik, deseto izdanje, Beograd, 2016, str. 7–39.
- *Predgovor (ZID KZ/2012, ZID KZ/2013, ZID KZ/2014. ZID KZ/2016)*. Krivični zakonik, Službeni glasnik, deseto izdanje, Beograd, 2016, str. 7–39.
 - *Predgovor (ZID KZ/2012, ZID KZ/2013, ZID KZ/2014. ZID KZ/2016)*. Krivični zakonik, Službeni glasnik jedanaesto izdanje, 2017, str. 7–39.
209. *Uvodna objašnjenja za KZ, ZOPLKD i ZIKS*, Justinijan, 2005.
210. Milija Đorđević, „Profesor Grgur Milovanović“ (2007); recenzija i str. 95–99 (G. Milovanović, profesor i teoretičar krivičnog prava).
211. Uvodna reč na promociji C. Roxina u počasnog doktora Univerziteta u Beogradu, *Branik* 3–4, 2008, str. 13–14.
212. *Odrednice za Srpsku enciklopediju* (I tom), 2010.
213. „Grgur Milovanović – profesor Krivičnog prava i krivičnog postupka“, *Crimen* 1/2011, str. 133–137.
214. Danilo Zolo, Ko kaže humanost..., Beograd, 2012, *pogovor* (str. 155–157) i stručna redakcija prevoda.
215. Reč recenzenta. U: Vuković, Eror, *Selektivna bibliografija nastavnika i saradnika Katedre za krivično pravo Pravnog fakulteta u Beogradu*, Beograd, 2014, str. 7–9.
216. Ljubiša Lazarević (1931–2015), Nekrolozi, *Anali Pravnog fakulteta u Beograd*, 2/2015, str. 242–245.

USKORO U EDICIJI *CRIMEN*

EDICIJA
CRIMEN



Hal Pepinski

MIROTVORSTVO
razmišljanja jednog
radikalnog kriminologa

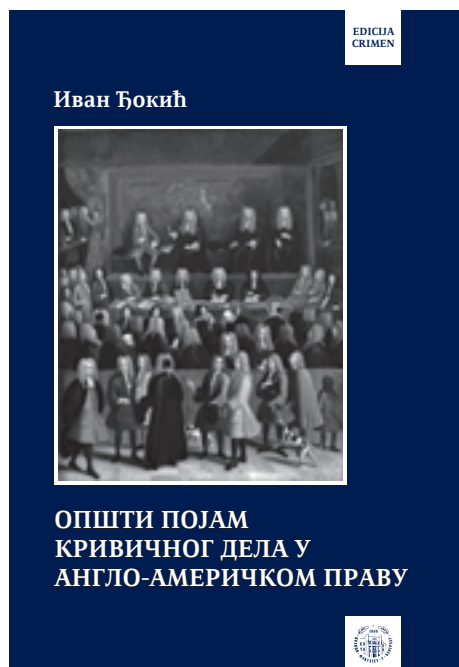


EDICIJA *CRIMEN*

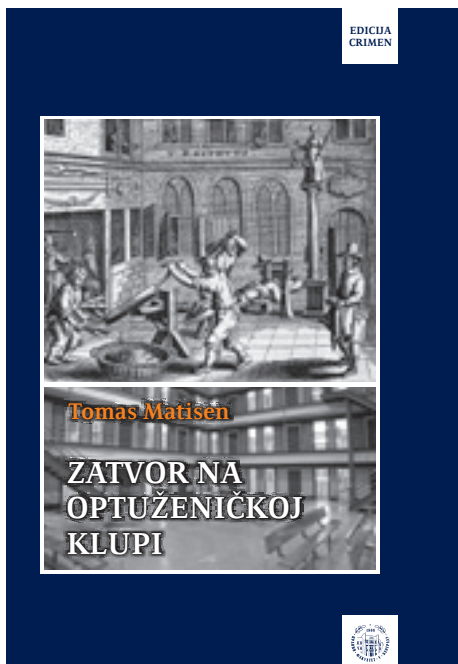


Edicija CRIMEN • Knjiga 40

Edicija CRIMEN • Knjiga 39



EDICIJA *CRIMEN*



Edicija CRIMEN • Knjiga 38

Edicija CRIMEN • Knjiga 37



U EDICIJI CRIMEN DO SADA OBJAVLJENO:

1. Ignjatović Đ.: PRAVO IZVRŠENJA KRIVIČNIH SANKCIJA (5 izdanja)
2. KORUPCIJA – OSNOVNI POJMOVI I MEHANIZMI ZA BORBU (Ilić G. ed.) (2 izdanja)
3. STANJE KRIMINALITETA U SRBIJI I PRAVNA SREDSTVA REAGOVANJA – I (Ignjatović Đ. ed.)
4. Pradel Ž.: ISTORIJAT KRIVIČNIH DOKTRINA (prevod. Perić O.)
5. STANJE KRIMINALITETA U SRBIJI I PRAVNA SREDSTVA REAGOVANJA – II (Ignjatović Đ. ed.)
6. Ignjatović Đ.: METODOLOGIJA ISTRAŽIVANJA KRIMINALITETA sa metodikom izrade naučnog rada (2 izdanja)
7. Delić N.: NOVA REŠENJA OPŠTIH INSTITUTA U KZS
8. Klark R.: KRIMINALITET U AMERICI (prevod Simeunović B.)
9. Simeunović D.: TERORIZAM (2 izdanja)
10. STANJE KRIMINALITETA U SRBIJI I PRAVNA SREDSTVA REAGOVANJA – III (Ignjatović Đ. ed.)
11. Pradel Ž.: KOMPARATIVNO KRIVIČNO PRAVO – Sankcije (prevod: Perić O.)
12. Ignjatović Đ.: TEORIJE U KRIMINOLOGIJI
13. Bajović V.: SPORAZUM O PRIZNANJU KRIVICE – Uperedno-pravni prikaz
14. Sabo D.: OD ANTROPOLOGIJE DO KOMPARATIVNE KRIMINOLOGIJE (prevod: Đokić I.)
15. Stojanović Z, Kolarić D.: KRIVIČNOPRAVNO REAGOVANJE NA TEŠKE OBLIKE KRIMINALITETA
16. STANJE KRIMINALITETA U SRBIJI I PRAVNA SREDSTVA REAGOVANJA – IV (Ignjatović Đ. ed.)
17. Hulsman L., Bernat de Celis J.: IZGUBLJENE KAZNE (prevod: Đokić I.)
18. Ignjatović Đ., Simeunović-Patić B.: VIKTIMOLOGIJA
19. KAZNENA REAKCIJA U SRBIJI (Ignjatović Đ. ed.)
20. Felson M.: ZLOČIN I SVAKODNEVNI ŽIVOT (prevod: Lukić N.)
21. Wolfgang M., Ferakuti F.: POTKULTURA NASILJA (prevod: Ljubičić D.)
22. Zolo D.: KO KAŽE HUMANOST... Rat, pravo i globalni poredak (prevod: Katanić Z.)
23. KAZNENA REAKCIJA U SRBIJI II (Ignjatović Đ. ed.)
24. Ignjatović Đ.: KOMPARACIJA KRIMINALITETA I KAZNE REAKCIJE: SRBIJA – EVROPA
25. KAZNENA REAKCIJA U SRBIJI III (Ignjatović Đ. ed.)
26. Delić N.: NOVA REŠENJA U POSEBNOM DELU KZ SRBIJE
27. Lukić N.: SUZBIJANJE ORGANIZOVANOG KRIMINALITETA
28. KAZNENA REAKCIJA U SRBIJI IV (Ignjatović Đ. ed.)
29. Stojanović, Z., Kolarić, D.: KRIVIČNOPRAVNO SUZBIJANJE ORGANIZOVANOG KRIMINALITETA, TERORIZMA I KORUPCIJE
30. Begović, B.: EKONOMSKA ANALIZA GENERALNE PREVENCIJE
31. KAZNENA REAKCIJA U SRBIJI V (Ignjatović Đ. ed.)
32. Ignjatović Đ., Simeunović-Patić B.: VIKTIMOLOGIJA – OPŠTI DEO
33. Džon Hauard: STANJE U ZATVORIMA (prevod: Ljubičić D.)
34. Vanja Bajović: O ČINJENICAMA I ISTINI U KRIVIČNOM POSTUPKU
35. Nils Kristi: GRANICE PATNJE (prevod: Vujičić N.)
36. KAZNENA REAKCIJA U SRBIJI VI (Ignjatović Đ. ed.)
37. Zoran Stojanović: POLITIKA SUZBIJANJA KRIMINALITETA
38. Tomas Matisen: ZATVOR NA OPTŽENIČKOJ KLUPI (prevod: Vujičić N. i Lozić A.)
39. Ivan Đokić: OPŠTI POJAM KRIVIČNOG DELA U ANGLO-AMERIČKOM PRAVU
40. KAZNENA REAKCIJA U SRBIJI VII (Ignjatović Đ. ed.)

UPUTSTVA AUTORIMA

1. Članci moraju biti originalni, do sada neobjavljeni niti (u celosti ili delimično) za objavljivanje u drugoj publikaciji predati tekstovi. Njihov obim ne bi trebalo da prelazi 1,5 autorski tabak (do 45.000 slovnih znakova, uključujući i praznine). Tekst pisati u elektronskoj formi latinicom u programu Word for Windows, font Times New Roman, veličina slova 12, sa duplim proredom, uključujući fusnote.

2. Tekstovi za rubriku Članci moraju sadržati: – na početku apstrakt obima do 20 redova i do pet ključnih reči; na kraju popis literature, rezime do 40 redova i ključne reči na engleskom jeziku. Budući da časopis objavljuje i radove na stranim jezicima, autori u tom slučaju treba da dostave apstrakt, rezime (summary) i ključne reči na tom jeziku, a redakcija Časopisa će obezbediti njihov prevod na srpski jezik. Svi tekstovi inače podležu stručnoj lekturi.

3. Pored odštampalog primerka – na stranicama formata A4; jednostrano, margine na vrhu i sa obe strane teksta treba da budu najmanje 3 cm – tekst treba poslati i na CD-u i/ili na e-mail redakcije.

4. Fusnote priložiti na posebnim stranama na kraju teksta; fusnote ne treba iznova numerisati od početka na svakoj strani već neprekidno.

5. Reference treba da sadrže sledeće podatke:

5.1. Reference za knjige:

Uopšte

J. Fawcett /1968/: *The Law of Nations*, London, p. 100

Zbornici

M. Sorensen (ed.) /1989/: *Manual of Public International Law*, London, pp. 12–15

Ponovljene reference

J. Fawcett: *op. cit.*, p. 40.

Uzastopne reference

J. Fawcett: *Ibid.*, p. 40.

5.2. Reference za tekstove u časopisima i zbornicima:

Članci u časopisima

D. Connell /1988/: Jurisdiction, *British Journal of International Law*, n^o 4, pp. 2–18.

Prilozi u zbornicima

N. Kluwer /1995/: Subjects of International Law – in: *Manual of Public International Law* (M. Sorenson, ed.), London, pp. 40–100.

5.3 Reference za zakone i sudsku praksu

Preporučuje se citiranje prema nacionalnom metodu

5.4. Citiranje internet izvora

Pored navođenja internet adrese, potrebno je navesti i datum pristupa dokumentu

http://crime.about.com/od/sex/a/rape_myths.htm, 27. mart 2010.

6. Treba ostaviti prostor između naslova i teksta. Redosled odvajanja trebalo bi jasno naglasiti: glavna celina, prva pod-celina, druga pod-celina itd. Podele unutar poglavlja treba da budu zasnovane na sistemu 1.1.1., koji ostavlja mogućnost korišćenja sistema (a), (b), (c) unutar teksta. Numerisanje paragrafa treba izbegavati.

1. PRVA POD-CELINA VELIKIM SLOVIMA

1.1. Druga pod-celina potamnjena slova (bold)

1.1.1. Treća pod-celina u italic-u ili podvučena

1.1.1.1. Ostale pod-celine malim slovima

AUTHOR GUIDELINES

1. The contributions must be original, they may not be published or submitted elsewhere in full or in part. Articles should preferably have an overall length of one author's sheet (not more than 45 000 characters including spaces). Text to be in electronic form in latin in Word for Windows, font Times New Roman, font size 12, double spacing including footnotes.
2. Texts for the section Articles must have: abstract of not more than 20 lines and five key words; summary of not more than 40 lines and with key words (both in English) and list of literature at the end of the article. Considering the fact that in this journal contributions in foreign languages will also be published, authors of these texts should submit abstract, summary, key words in the language of the foreign text and the Redaction of the journal will provide their translation in Serbian. All submitted articles are subjected further to editing by the journal editorial staff.
3. Apart from the printed text– page format A4, only one side of each sheet of paper used, with margins on top and on both sides of at least 3cm– text should also be sent on CD or on e-mail address of the Redaction.
4. Submit footnotes on separate pages at the end of the text, do not restart footnote numbering on each page, but number them consecutively.
5. References should contain following details:
 - 5.1. References to Books:
 - General
 - J. Fawcett /1968/: *The Law of Nations*, London, p. 100
 - Collections of papers
 - M. Sorensen (ed.) /1989/, *Manual of Public International Law*, London, pp. 12–15
 - Repeated references
 - J. Fawcett, *op. cit.*, p. 40.
 - Subsequent references
 - J. Fawcett, *ibid.*, p. 40.
 - 5.2. References to texts in Journals and Collections of papers
 - Articles in Journals
 - D. Connell /1988/, Jurisdiction, *British Journal of International Law*, n° 4, pp. 2–18.
 - Contributions in Collections of papers
 - N. Kluwer /1995/: Subjects of International Law – in: *Manual of Public International Law* (M. Sorenson, ed.), London, pp. 40–100.
 - 5.3. References to Legislation and Juridical Decisions
 - A method of citation according to the national method is recommended
 - 5.4. Citation of Internet sources
 - Beside the Internet address, date of access to the document should also be written
 - http://crime.about.com/od/sex/a/rape_myths.htm, 27. mart 2010.
 6. A space should be left between the headings and the text. The order of division should be indicated as clearly as possible: main division, first sub-division, second sub-division etc. The chapter division to be adopted is that based on the 1.1.1. system, which leaves the (a), (b), (c) system for use within the text. Paragraph numbering should be avoided.
 1. FIRST SUB-DIVISION IN MEDIUM CAPITAL
 - 1.1. **Second sub-division in bold lower case**
 - 1.1.1. *Third sub-division in italics or underlined*
 - 1.1.1.1. The remaining sub-divisions in medium lower case

CRIMEN

ČASOPIS ZA KRIVIČNE NAUKE || JOURNAL FOR CRIMINAL JUSTICE

(VIII) 3/2017 str. 207–583

REVIJA ZA KRIMINOLOGIJU I KRIVIČNO PRAVO

br. 2–3/2017

CONTENTS

Claus Roxin

„NORMATIVNA REAKTIVNOST“ KAO KRITERIJUM KRIVICE 215

Kristijan Kil

KRIVIČNO PRAVO I MORAL – RAZDVAJAJUĆE I POVEZUJUĆE 230

Dulce M. Santana Vega

BORBA PROTIV KORUPCIJE U EVROPI: SVETLA I SENKE 242

Miodrag N. Simović

CONSTITUTIONAL COURT OF BOSNIA AND HERZEGOVINA:
ACHIEVEMENTS AND PERSPECTIVES 268

Drago Radulović

PRINCIPLE OF OPPORTUNITY OF PROSECUTION IN THE CRIMINAL
PROCEDURE LEGISLATION OF MONTENEGRO 290

Vid Jakulin

OFFENCES AGAINST MARRIAGE, FAMILY AND CHILDREN
IN THE CRIMINAL CODE OF REPUBLIC OF SLOVENIA 305

Stanko Bejatović

SECURITY MEASURES OF MEDICAL CHARACTER
(CRIMINAL ASPECT) 315

Dorđe Ignjatović

CRIMINAL POLICY IDEAS IN PROFESSOR STOJANOVIĆ WORKS 340

Snežana Soković

DISPUTED ISSUES OF IMPOSITION SECURITY MEASURES
OF MEDICAL CHARACTER 356

Ivana Simović Hiber

NEW CONTEXT OF STUDING AND NORMATIVE FRAME
OF CRIMINALITY 373

Milan Škulić

CRIMINAL OFFENSE OF RAPE IN THE CRIMINAL CODE OF SERBIA –
CURRENT AMANDMENTS, SOME DISSCUTABLE QUESTIONS
AND POSSIBLE FUTURE MODIFICATIONS 393

Dragana Kolarić

REFORM PROCESSES AND SUBSTANTIVE CRIMINAL
LEGISLATION OF SERBIA..... 442

Tatjana Bugarski

JOINT INVESTIGATION TEAMS AS AN INSTRUMENT
OF CROSS-BORDER CO-OPERATION IN CRIMINAL MATTERS 461

Branislav Ristivojević

WHEN HEALTH POLICY BECOMES CRIMINAL POLICY:
COMPULSORY VACCINATION IN THE DECISION
OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF SERBIA. 483

Igor Vuković

MATERIAL CONCEPT OF BLAMEWORTHINESS FROM THE CRIMINAL
LAW PERSPECTIVE..... 501

Vanja Bajović

NONEFFICIENCY OF CRIMINAL JUSTICE TO DEAL WITH
ILLIGAL DRUGS..... 517

Ivan Đokić

THE JUSTIFICATION OF CRIMINALIZING SEXUAL HARASSMENT
IN THE REPUBLIC OF SERBIA..... 539

Veljko Delibašić

SHOWING, ACCESSING AND POSSESSING OF PORNOGRAPHIC
MATERIAL AND USING YOUNG PEOPLE FOR PORNOGRAPHY 559

PROF. ZORAN STOJANOVIĆ BIBLIOGRAPHY 571

ISSN 2217-219X

