

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 krivičnopravni 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 izoštreanom 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 dijametralno raličit 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 krivična 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 krivičnopravnog 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 krivičnopravnog 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