

*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 dopunjavan 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 „proglášena“ 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. Kolarić /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. Kolarić: *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