

Jovana Banović*

TEORIJSKI I PRAKTIČNI ASPEKTI KRIVIČNOPRAVNOG REGULISANJA OPOJNIH DROGA

Apstrakt: U radu se obrađuju pojedina pitanja u vezi sa krivičnim delima čiji su objekti radnje psihoaktivne kontrolisane supstance. Iznose se načelni stavovi u pogledu opravdanosti krivičnopravne reakcije na ponašanja koja se ispoljavaju kroz određene oblike ovih krivičnih dela. Takođe se izlažu i neke pravnodogmatske dileme iz teorije opšteg dela krivičnog prava koje su u neposrednoj vezi sa predmetom rada, a to su u prvom redu razmatranja o dekriminalizaciji, zabrani ublažavanja kazne, te oduzimanja predmeta u postupku po načelu oportuniteta krivičnog gonjenja. Konkretizacija teme se vrši kroz analizu odluka državnih organa, naročito u kontekstu određenih spornih pitanja koja utiču na pravnu kvalifikaciju (npr. količina supstance) što ima direktne posledice u krivičnom postupku jer se time otvara niz praktičnih pitanja: da li uopšte postoji krivično delo, u čiju nadležnost spada odlučivanje, u kom rasponu se može odmeriti kazna, da li je obavezna odbrana itd. Zbog toga se ovi aspekti krivičnih dela iz čl. 246. i 246a KZ mogu pojaviti kao *de lege ferenda* pitanje u budućim izmenama srpskog krivičnog zakonodavstva.

Ključne reči: opojne droge, držanje, dekriminalizacija, manja količina, ublažavanje kazne, oduzimanje

UVODNE NAPOMENE

Razlog zainteresovanosti opšte i stručne javnosti za različite aspekte u vezi sa opojnim drogama leži u činjenici da je reč o rasprostranjenoj društvenoj pojavi i svojevrsnom socijalnom fenomenu¹ koji kroz takvu prizmu dobija i potreban krivičnopravni značaj što se ilustruje u stavu da je oko 70% kriminaliteta u razvijenim zemljama u vezi sa narkoticima.²

Neka od glavnih obeležja krivičnog prava su njegov *ultima ratio*, supsidijarni i fragmentarni karakter. To znači da do aktiviranja mehanizma krivičnog pravosuđa dolazi tek onda kada dođe do ozbiljnih povreda ili ugrožavanja pravom zaštićenih

* Autorka je doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, coja_ban@yahoo.com

1 Delić N. /2011/: Krivičnopravni aspekt zloupotrebe opojnih droga – zakonodavstvo, teorijski stavovi i sudska praksa – in: *Kaznena reakcija u Srbiji* (Ignjatović Đ. ed.), Beograd, str. 170.

2 Ignjatović Đ. /2015/: *Kriminologija*, Beograd, str. 139. Reč je o stavu direktora Centra za društvenu odbranu iz Đenove koji datira iz 1985. godine.

dobara kojima se na drugi način ne može pružiti efikasna zaštita.³ Ove karakteristike dolaze do izražaja i u regulisanju krivičnih dela protiv zdravlja ljudi, a posebno u inkriminacijama upotrebe psihoaktivnih supstanci.⁴ Okosnicu rada čine načelna i praktična pitanja vezana za krivična dela: Neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga iz člana 246. i Neovlašćeno držanje opojnih droga iz člana 246a Krivičnog zakonika Republike Srbije – KZ (*Službeni glasnik RS*, br. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013 i 108/2014).

Iako Zakon o psihoaktivnim kontrolisanim supstancama – ZPKS (*Službeni glasnik RS*, br. 99/10) u čl. 2. koristi zajednički pojam *psihoaktivne kontrolisane supstance* za opojne droge odn. narkotike, psihotropne supstance, proizvode biološkog porekla koji imaju psihoaktivno dejstvo i druge psihoaktivne kontrolisane supstance, naziv ovog rada je opredeljen pojmom „opojnih droga“. Prvo, jer se ova fraza koristi u opštem zakonskom tekstu, a to je Krivični zakonik i drugo, jer su „opojne droge“ termin koji se ustalio u govornom jeziku, te je na taj način poprimio potrebnu dozu „prirodnosti“ pa se kao takav koristi i u pravosudnom žargonu. Ipak, ovde je reč o formalnom razjašnjenju pojmovnog aparata, budući da je izmenama KZ (*Službeni glasnik RS*, br. 121/12) definisan pojam opojnih droga kao supstanci i preparata koji su zakonom i drugim propisom⁵ zasnovanim na zakonu proglašeni za opojne droge i ostale psihoaktivne kontrolisane supstance (čl. 112., st. 15. KZ).⁶ Radi se o dovoljno širokoj normi kojom je zakonodavac skoro „prepričao“ odredbu posebnog zakona i na taj način neposredno ili posredno obuhvatio sve supstance koje se pominju u ZPKS, pri čemu treba imati u vidu blanketni karakter ovih krivičnih dela na koji KZ i upućuje kada određuje pojam opojnih droga navodeći „zakon i drugi propis“. Definicije ova dva zakona nisu „u slovo“ identične (što je razumljivo budući da *lex specialis* konkretizuje *lex generalis*), pa možda pomalo „buni“ to što je naziv koji se koristi u KZ uži i praktično predstavlja samo deo onoga što se po ZPKS smatra psihoaktivnim kontrolisanim supstancama, ali to u praksi ne stvara nikakve prepreke da se utvrdi svojstvo „opojne droge“.⁷ Ovde valja pomenuti da je, pored pozivanja na odgovarajuću odredbu KZ, neizostavan deo u odlukama državnih organa i sistematsko tuma-

3 Stojanović Z. /2014/: *Krivično pravo – opšti deo*, Beograd, str. 6–12.

4 Stojanović Z., Delić N. /2014/: *Krivično pravo – posebni deo*, Beograd, str. 203.

5 Reč je o Pravilniku o utvrđivanju spiska psihoaktivnih kontrolisanih supstanci (*Službeni glasnik RS*, br. 111 od 29.12.2015. godine). Utvrđivanje ovog spiska je jedna od obaveza po konvencijama UN (čl. 8. ZPKS). Spisak utvrđuje ministar zdravlja na predlog komisije za psihoaktivne supstance. Pri tom, u definiciji iz KZ upotrebom veznika *i* („zakon *i* drugi propis“) se za svojstvo opojnih droga zahteva da tu karakteristiku imaju na osnovu više zakonskih i podzakonskih akata, kumulativno, što je još jedna manifestacija prihvaćenih međunarodnih obaveza.

6 Stojanović Z. /2013/: Da li je Srbiji potrebna reforma krivičnog zakonodavstva?, *Crimen*, vol. IV, n°2, str. 126.

7 Ovo nije bio slučaj sa ranije važećim zakonskim tekstovima KZ (pre izmena iz 2012.) i ZPKS (nakon što je Zakon o proizvodnji i prometu opojnih droga prestao da važi) koji su se primenjivali u periodu od 2011. do 2013. godine, po kojima su se opojne droge i psihotropne supstance krivičnopravno tretirale kao različite kategorije. Više o tome –v.: Delibašić V. /2013/: *Suzbijanje zloupotreba opojnih droga sa stanovišta krivičnog prava*, doktorska disertacija odbranjena na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, Beograd, str. 33–39.

čenje koje podrazumeva navođenje biološkog ili hemijskog svojstva predmetne supstance prema Pravilniku koji važi u vreme izvršenja krivičnog dela.

Neretko dnevno-političke teme i najave izmena krivičnog zakonodavstva pospešuju polemike o „legalizaciji“ marihuane, pre svega. Iako je načelni stav da je opravdana krivičnopravna reakcija na problematiku opojnih droga, nije sasvim nesporno da pojedina od tih pitanja zaista i zahtevaju represiju na nivou krivičnog prava. U tom smislu stoji otvoreno pitanje dekriminalizacije neovlašćenog držanja opojnih droga iz čl. 246a KZ.⁸ Ovoj inkriminaciji se upućuje ozbiljan prigovor da se njome na posredan način kažnjava konzumiranje opojnih droga, budući da nema ni „uživanja za sopstvenu upotrebu“ bez prethodnog, makar kratkotrajnog držanja, čime se ostvaruju obeležja bića ovog krivičnog dela.⁹

Nadalje, novelama KZ iz 2009. godine (*Službeni glasnik RS*, br. 72/09) kojima se pristupilo izrazito represivno, uvedena je sporna varijanta odredbe u delu odmeravanja kazne – *zabrana ublažavanja kazne*. Naime u čl. 57. st. 2. KZ (granice ublažavanja kazne) propisuje se da se ne može ublažiti kazna za osam krivičnih dela među kojima je i krivično delo iz čl. 246. st. 1. i 3. KZ. Radi se o kriminalnopolitički i pravnodogmatski „škakljivom“ rešenju za koje ne postoji teorijski opravdan *ratio* propisivanja, budući da se njime bezrazložno dovodi u pitanje primena nekih opštih instituta krivičnog prava.

Jedno od nerazjašnjenih pitanja koje se dovodi u vezu sa Neovlašćenim držanjem opojnih droga iz čl. 246a KZ je i oduzimanje predmeta krivičnog dela kada je postupak okončan po načelu oportuniteta krivičnog gonjenja, budući da ne postoji izričita zakonska norma koja ga uređuje, već se pribegava ekstenzivnom tumačenju i domišljatosti postupajućih organa.

Razgraničenje krivičnih dela iz čl. 246. i 246a KZ kao i pojedinih oblika unutar samih inkriminacija ima veliki praktični značaj i u određenim situacijama zaista može predstavljati jedno od spornijih pitanja krivičnih dela u vezi sa opojnim drogama. Podvođenje konkretnog činjeničnog stanja pod jednu ili drugu pravnu kvalifikaciju direktno utiče na nadležnost postupajućeg državnog organa iz čega proizlazi i niz drugih efekata. Iako na prvi pogled, „po slovu zakona“ ne deluje da postoje nedoumice vezane za odnos ova dva krivična dela, nekad je potrebno uložiti veliki napor u cilju utvrđivanja da li i koje krivično delo predstavlja krivičnu stvar koja je predmet postupka.

1. NAČELNA PITANJA

1.1. Dekriminalizacija?

Narkomanija predstavlja negativnu društvenu pojavu u ekspanziji,¹⁰ ali bez obzira na višeslojnost njenog ispoljavanja, ne može se očekivati da mehanizami kri-

8 Stojanović Z.: Da li je..., *op. cit.*, str. 131.

9 Delibašić V.: *Suzbijanje...*, *op. cit.*, str. 278–280.

10 U krivičnopravnom smislu, zloupotreba opojnih droga se javlja u tri oblika: (1) krivična dela u vezi sa držanjem i prodajom; (2) krivična dela koja se vrše u cilju pribavljanja sredstava za nabavku opojne droge; (3) krivična dela koja su posledica „životnog stila“ uživalaca opojnih droga (ud-

vičnopravne zaštite po svaku cenu zadiru u neke osnovne ljudske slobode i prava u nastojanju da se na taj način prevaziđe ovaj problem. Zbog toga inkriminisanje upotrebe opojnih droga mora da bude „izvagano“ kako bi se uspostavila potrebna ravnoteža između zaštite najvrednijih dobara čoveka i slobode ličnosti.¹¹ Uz odgovarajuću meru se izbegava fenomen „neprijateljskog krivičnog prava“ koje represivno „čisti“ sve što nije u skladu sa društvenim ili drugim pravnim normama.¹² Ratifikovanjem pojedinih međunarodnih ugovora, a u prvom redu Konvencije Ujedinjenih nacija protiv nezakonitog prometa opojnim drogama i psihotropnim supstancama usvojene u Beču 1988. godine, te Jedinstvene konvencije o opojnim drogama iz 1961. i Protokola o izmenama i dopunama iz 1972. godine, naša zemlja je prihvatila međunarodne obaveze na planu suzbijanja zloupotrebe opojnih droga. Između ostalog, to su karakteristične radnje izvršenja koje čine supstantiv za postojanje ovih krivičnih dela i u srpskom KZ: proizvodnja, prodaja, posedovanje, uzgajanje, organizovanje mreže... Po međunarodnim aktima, i samo posedovanje je krivičnopravno relevantno ukoliko se opojna droga drži u nameri vršenja neke od nabrojanih radnji. U vezi sa preuzimanjem međunarodnih obaveza, interesantno je pomenuti Okvirnu odluku EU 2004/757/JHA od 25. oktobra 2004. godine.¹³ Za razliku od nekih zemalja iz regiona,¹⁴ KZ RS nije usklađen sa ovom odlukom. Njome se predviđaju minimalna, zajednička pravila u pogledu bitnih obeležja bića krivičnih dela i kazni iz oblasti trgovine drogama. Razlog za to je bolja međunarodna saradnja u situacijama u kojima se postavlja pitanje „dvostruke kažnjivosti“ dela između države molilje i zamoljene zemlje. Međutim, nedostatak ove odluke je što se njene odredbe primenjuju na opojne droge obuhvaćene konvencijama, ali ne i na nove psihoaktivne supstance. Srpsko zakonodavstvo nije usklađeno ni sa Odlukom Saveta 2005/387 JHA od 10. maja 2005. godine o razmeni informacija, proceni rizika i kontroli novih psihoaktivnih supstanci u cilju uspostavljanja Sistema za rano upozorenje,¹⁵ a koja u smislu vrste opojnih droga ima širi opseg primene od Okvirne odluke, pa se nameće zaključak da ni Okvirna odluka EU 2004/757/ JHA nije u dovoljnoj meri obuhvatna, jer se aktuelno područje njene primene ne odnosi na nove psihoaktivne supstance koje, pak, podležu kontrolnim merama iz Odluke Saveta. Ovo pitanje nije bez značaja imajući u vidu pregovaračku poziciju Republike

ruživanja u cilju vršenja različitih krivičnih dela pod dejstvom). *** National Institute on Drug Abuse /2006/: *Principles of Drug Abuse Treatment for Criminal Justice Populations*, n° 06–5316, S.l. str. 12, https://www.drugabuse.gov/sites/default/files/txcriminaljustice_0.pdf [30.01.16].

- 11 Osnov pravno-filozofskih argumenata autora koji se zalažu za dekriminalizaciju upotrebe marihuane nalazi se u liberalnim teorijama. Više o tome – v: Yankah N. E. /2011/: *A Paradox in Overcriminalization*, *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, vol. 14, n°1, p. 16–23.
- 12 Stojanović Z. /2011/: *Krivično pravo, ljudska prava i globalna kriza* – in: *Zaštita ljudskih prava i sloboda u vreme ekonomske krize* (Nogo S. ed.), Tara – Beograd, str. 24.
- 13 *Proposal for a Directive of The European Parliament and of The Council* – v: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52013PC0618> [01.11.16].
- 14 Tako je npr. ZID KZ Crne Gore iz 2010. godine uzeo u obzir Okvirnu odluku EU 2004/757 JHA od 25. oktobra 2004. Vid. Stojanović Z. /2010/: *Komentar Krivičnog zakonika*, Podgorica, str. 625.
- 15 *Predlog Pregovaračke pozicije Republike Srbije za Međuvladinu konferenciju o pristupanju Republike Srbije Evropskoj uniji za poglavlje 24 – „Pravda, sloboda i bezbednost“*, <http://eukonvent.org/wp-content/uploads/2016/07/PG24-Pregovaračka-pozicija.pdf>, str. 29 [01.11.16].

Srbije za pristupanje Evropskoj uniji za poglavlje 24 i obavezu prihvatanja međunarodnih propisa u cilju njihovog uvođenja u domaće pravo.

Krivično delo Neovlašćeno držanje opojnih droga iz čl. 246a KZ RS ima određene kriminalnopolitičke i pravnodogmatske manjkavosti. Naime, za ostvarenje obeležja bića krivičnog dela neophodno je da budu kumulativno ispunjena dva uslova: da se radi o manjoj količini *i* da se ta količina drži za sopstvenu upotrebu. Pri tom, nije dovoljno da se samo navede da okrivljeni supstancu koja je proglašena za opojnu drogu neovlašćeno drži u manjoj količini, već se ta količina mora tačno utvrditi.¹⁶ Osim što je držanje pod ovim uslovima teško dokazati budući da u svakom slučaju treba ceniti konkretne okolnosti, stiče se utisak da se ovako propisanim inkriminacijom posredno kažnjava konzumiranje opojnih droga, čime se osetno zadire u slobodu čovekovog opredeljenja. Ono što ipak razdvaja ovako propisano krivično delo od izričitog kažnjavanja za narkomaniju je „držanje“. Međutim, teško je zamisliti da se droga uopšte može uneti u organizam, a da se pre toga ne drži,¹⁷ pa ovakvo zakonsko premošćavanje nekada stoji „na staklenim nogama“. Zbog toga ima predloga da se držanje opojne droge za *sopstvenu upotrebu* predvidi kao fakultativni osnov za oslobođenje od kazne, a da osnovni oblik bude samo neovlašćeno držanje opojnih droga.¹⁸

U ovom kontekstu zanimljivo je osvrnuti se na teorijski koncept o tzv. *deliktima posedovanja*. Krivično pravo poznaje dve vrste radnji: činjenje i nečinjenje (propuštanje). Zbog toga je posedovanje, kada se odredi kao stanje ili uslov, neodređen institut koji se odsečno ne može svrstati ni u jedan, ni u drugi tip radnji. Jedno od tipičnih krivičnih dela iz ove grupe je upravo držanje opojnih droga (a pored toga i nedozvoljeno držanje oružja, dečije pornografije i doping sredstava). Da posedovanje nije aktivna radnja argumentuje se time da se u stvari radi o *imovinskom odnosu* koji ne može biti krivičnopravno relevantan bez obzira na to što držanje supstanci (opojnih droga) predstavlja apstraktnu opasnost, jer je takva posledica znatno udaljena. Sa druge strane, posedovanje može predstavljati radnju izvršenja krivičnog dela i kada se shvati kao pasivna radnja ako se razmatra u smislu kršenja zabrane držanja predmetne supstance, pa se obeležja bića krivičnog dela ostvaruju kroz radnju propuštanja da se postupi po utvrđenim pravilima (primer za to je čl. 15. KZ – izvršenje krivičnih dela nečinjenjem).¹⁹ Ipak, nameće se zaključak da delikti posedovanja nisu u tolikoj meri sporni i da ne predstavljaju ništa drugo do aktivnu radnju shvaćenu kao „socijalno adekvatno ispoljavanje ličnosti“²⁰, a ovako definisan pojam radnje izvršenja je u skladu sa savremenim teorijama krivičnopravne nauke, pri čemu treba istaći da se ovaj koncept još preciznije oblikuje kao „društveno relevantno ostvarivanje vo-

16 *Bilten Višeg suda u Beogradu – BVSBG /2014/,* n° 84, Beograd, str. 16–17: Rešenje Višeg suda u Beograd Kž1 br. 20/14 od 21. februara 2014. i presuda Prvog osnovnog suda u Beogradu K. br. 2910/13 od 21. oktobra 2013. godine.

17 Delibašić V.: *Suzbijanje...*, *op. cit.* str. 279.

18 *Ibid.* str. 338 Na ovaj način bi se „ozakonili“ delikti posedovanja u svom čistom obliku. Mada bi se moglo zastupati stanovište po kom bi se, kao u Hrvatskoj, držanje opojne droge za sopstvenu upotrebu propisalo kao prekršaj, malo je verovatno da će doći do toga u bližem periodu.

19 Roxin C. /2008/: *Besitzdelikte –in: Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja II deo* (Ignjatović Đ. ed.), Beograd, str. 11–12.

20 *Ibid.* str. 13.

lje“ što je za krivično pravo „zahvalnija“ konstrukcija s obzirom na to da je kategorija „ostvarivanja volje“ relevantnija od pojma „ispoljavanja ličnosti“. ²¹

Osim toga što se primećuje da se pravnodogmatske nesavršenosti važećeg rešenja donekle mogu prevazići upotrebom odgovarajućih teorijskih i zakonskih instrumenata, ²² ni načelni stavovi u vezi sa legalizacijom opojnih droga ne idu toliko ubedljivo u prilog dekriminalizaciji. Pri tom, nije sasvim verodostojan argument po kom bi se stavljanjem ovog problema pod okrilje zakonske afirmacije smanjio organizovani kriminal. ²³ Treba podvući da se legalizacija tretira isključivo u kontekstu ozakonjenja držanja, upotrebe, pa i stavljanja u promet marihuane, a ne i drugih psihoaktivnih supstanci. ²⁴ Razmatranjem razloga za i protiv, primećuje se da ni većina država članica EU, a ni Evropska unija kao kolektivitet nisu u većoj meri okrenuti ka legalizaciji. Štaviše, veće evropske zemlje ²⁵ poput Holandije, Belgije, Francuske i Engleske nisu zastupnici potpune dekriminalizacije krivičnih dela u vezi sa opojnim drogama. Kako se ističe, jedina oblast u kojoj je moguća „vankrivična“ reakcija je držanje za sopstvenu upotrebu, što je slučaj sa navedenim državama. ²⁶ Mere kojima se izbegava dekriminalizacija, ali se upotreba marihuane stavlja pod kakav-takav režim kontrole su usmerene na preventivno delovanje: pravovremeno otkrivanje i reagovanje, smanjenje ponude koja bi dovela do smanjenja tražnje budući da bi dolaženje do droge bio veći „podvig“ nego kada su ove supstance lako dostupne, potom saradnja pravosudnih i zakonodavnih organa kako bi se na pravi način oslušnule potrebe prakse itd. ²⁷

21 Stojanović Z.: *Krivično...*, *op. cit.* str. 103

22 O ideji „interferencije“ teorije, zakonodavstva i prakse govori se u smislu prevazilaženja problema hipertrofije inkriminacija. –v: Yankah N. E.: *A Paradox...* *op. cit.* p. 24.

23 Jaros D. M. /2012/: *Perfecting Criminal Markets*, *Columbia Law Review*, vol. 112, n°8, p. 1949.

24 Fijnaut C. /2014/: *Legalisation of Cannabis in Some American States A Challenge for the European Union and its Member States?*, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 22, n°3, p. 214. Debate u kojima se kao centralno pitanje javlja regulisanje upotrebe opojnih droga nisu više toliko nove. Tako su se već 1986. godine u sklopu Evropskog parlamenta pokrenule rasprave u vezi sa pozicijom kanabisa među opojnim drogama. Nekoliko godina kasnije, javila su se stanovišta koja su u manjoj ili većoj meri do danas neizmenjena. Po njima je akcenat na „kontrolnim merama“ koje su uglavnom vanpravnog karaktera, ali koliko god se instistiralo na tome, opet ostaje bitan deo u domenu krivičnog prava.

25 U Nemačkoj se tokom 2014. godine pojavila peticija koja proklamuje legalizaciju kanabisa, a koju su potpisala 122 profesora krivičnog prava. Njome se predlaže suštinsko ozakonjenje marihuane, uz eventualno ograničenje dozvoljene količine ili uslova registracije upotrebe ove droge. „Teške droge“ poput heroina bi bile pod nešto strožim režimom. Jedan od ključnih razloga koji se ističe je stav da se konzumiranje droga smatra klasičnim „deliktom bez žrtve“ jer je lična stvar svakog pojedinca da li će unositi drogu, alkohol, cigarete, genetski modifikovanu hranu ili nešto drugo, pa zbog toga i nema oštećenog u krivičnoprocesnom smislu. –v: <http://www.dw.com/en/law-professors-demand-cannabis-legalization/a-17559144> [30.01.16]. Mada ne treba *a priori* i bespogovorno prihvatiti iznesene stavove, ipak treba uzeti u obzir činjenicu da je reč o brojnoj grupi stručnjaka iz zemlje koja važi za reprezentativan uporednopravni model. U tom svetlu ne bi bilo loše u domenu primene za nijansu liberalnije gledati na čl. 246a KZ, naročito zbog toga što je pitanje legalizacije opojnih droga u srpskom pravu u narednom periodu malo verovatno.

26 Fijnaut C.: *Legalisation...* *op. cit.*, p. 209; Luna E. /2012/: *Prosecutorial Decriminalization*, *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 102, n°3, p. 808–810.

27 Za Republiku Srbiju je u smislu mera za sprečavanje zloupotrebe opojnih droga važna Strategija o sprečavanju zloupotrebe droga za period 2014–2021. godine (*Sl. glasnik*, br. 1/15 od 06.01.2015.

Van evropskog kontinenta, konkretniji koraci u legalizaciji marihuane²⁸ čiji se efekti već sada mogu sagledati su načinjeni u Koloradu. Ustanovljen je dobar regulatorni sistem koji stavlja pod rigoroznu kontrolu industriju proizvodnje opojnih droga. Glavna prednost ozakonjenja su tzv. „*pot taxes*“ kojima se puni budžet zemlje. Ipak, u realizaciji ovog poduhvata, javljaju se i „kontra-mere“ crnog tržišta. Uprkos legalizaciji na zvaničnom tržištu, dolazi do formiranja paralelnog, ilegalnog tržišta na kom se marihuana može nabaviti upola cene što automatski remeti inače idejno dobro koncipirane mere kojima se potencijalno suzbija kriminal i pospešuje rast budžetskih sredstava.²⁹ Sve ovo ukazuje da legalizacija, iako na prvi pogled može delovati „blagotvorno“ ima i svoje „nuspojave“. Tako, umesto da se procenat vršenja delatnosti vezanih za organizovani kriminalitet smanji, budući da se jedan fenomen stavlja pod poseban režim kontrole, deluje kao da se upravo na ovaj način podstiče „kreativnost“ kriminalnih grupa koje iznalaze različite puteve da ponovo uspostave svoje aktivnosti.³⁰ U svakom slučaju je neophodno pratiti reakciju konkretnog društva na određenu socijalnu pojavu (npr. legalizaciju marihuane), pronaći odgovarajući „etalon“ i primenom nekog vida komparativnog metoda formulisati sopstvenu strategiju.

Za našu zemlju koja faktički jeste deo evropske zajednice je interesantno pomenuti paralelu između Sjedinjenih Američkih Država i Evropske unije. Mada ne bi bilo loše primeniti slične mahanizme reakcije³¹ s obzirom na to da se radi o dve, formalno približno jednako uređene strukture, teškoća za zemlje EU je što, za razliku od SAD, ne postoji viši nivo sudske i tužilačke organizacije poput onog federalnog. U svakom slučaju, legalizaciju pojedinih opojnih droga ne treba isključiti u nešto daljoj budućnosti (što ide u korak sa razvojem nauke i tehnike), ali u ovom

godine). Akcenat akcionog plana je na obezbeđivanju budžetskih sredstava za edukativne i medicinske sadržaje u cilju prevazilaženja problema sa narkoticima. Značajno je pomenuti i zaključak strategije po kom je zbog usmerenosti grupa koje sa bave krijumčarenjem heroína za zapadnoevropsko tržište na „Šengenske granice“, zbog pojačanih kontrola smanjen broj ilegalnih trgovaca na granicama Srbije sa Bugarskom i Rumunijom, nakon što su ove dve zemlje pristupile Evropskoj uniji.

- 28 Prva zemlja koja je krenula u potpunu legalizaciju prometa kanabisa i njegovih derivata je Urugvaj. Celokupno „raspolaganje“ drogama bi bilo u nadležnosti Vlade koja propisuje mere za proizvodnju, prodaju, uvoz, izvoz, uzgajanje, skladištenje... marihuane. Po predlogu urugvajskog predsednika iz 2012. godine, neke od mogućnosti su: da se odraslim osobama dozvoli nabavljanje i držanje do 40 grama farmaceutski kontrolisane marihuane mesečno, kućno uzgajanje do šest stabljika kanabisa u svojstvu licenciranog proizvođača..., što bi bilo podvrgnuto tzv. striktnom postupku registracije. Opšti zaključak iz 2014. godine je bio da implementacija ustanovljenih pravila ipak nije išla kako se očekivalo. <http://www.dw.com/en/uruguay-becomes-first-in-the-world-to-fully-legalize-marijuana-trade/a-17286766> [30.01.16].
- 29 Fijnaut C.: *Legalisation...* op. cit., p. 210–211
- 30 U tom smislu je zanimljiv stav koji su izneli zvaničnici Kalifornije u fazi sopstvenih razmatranja o legalizaciji marihuane. Tako „ne treba žuriti sa legalizacijom, pa čak ni sa onom za sopstvenu upotrebu, već treba sačekati da se vide efekti koje će legalizacija izazvati u Koloradu“. *Ibid.* p. 215.
- 31 Primera radi, u Filadelfiji je kažnjavanje za držanje do 30 grama marihuane za sopstvenu upotrebu umesto kazne zatvora i novčane kazne od 500\$ donošenjem tzv. *Small Amount Marijuana* akta data mogućnost tužiocu da odredi tri sata prisustva nastavi o opojnim drogama koju učinilac plaća 200\$, pri čemu izostaje bilo kakav upis u kaznenu evidenciju. Ovako su troškovi postupka postali znatno manji. –v: Luna E.: *Prosecutorial...*, op. cit., p. 802.

trenutku ne postoje uslovi da se ovaj postupak i sprovede. Najgore što bi moglo da se desi je stihijski pristup i ozakonjenje upotrebe marihuane po svaku cenu, uz navođenje pre svega zdravstvenih razloga i slobode ličnosti kao (prilično relativnih) argumenata za to. U nastojanju da se „upodobi“ američki pristup ovoj problematici evropskom, neophodno je istaći da ovo pitanje ne može rešavati svaka zemlja ponasob, selektivno, već je potrebno postići načelni konsenzus na nivou čitave Evropske unije, pa polazeći od zajedničke odluke, „sa vrha“ konkretizovati akciju svake države-članice. Ovaj predlog može biti opravdan budući da se tretman opojnih droga ne svodi samo na jednu zemlju, jer je ovo delatnost koja gotovo ne poznaje granice, pa je međunarodna saradnja ne samo obavezna, već poželjna i neophodna. Međutim, istina je da ova ideja deluje utopistički ako se imaju u vidu različita politička, ekonomska, kulturološka, antropološka pozadina inače suverenih država. Naime, ovde se ne radi o čvrstom i postojanom savezu, pa shodno tome, za početak nije zahvalno davati ni konačan sud o državama koje će na duži rok biti članice. Takođe, i da se taj sastav nedvosmisleno utvrdi, pretpostavlja se da neće ni sve zemlje biti jednako ekonomski jake da mogu da sprovedu sve mere i obaveze koje im se nameću. Treba dodati i da je drugačiji tretman krivičnih dela u vezi sa opojnim drogama u kontinentalnom i anglosaksonskom sistemu budući da, iako na prvi pogled deluje da, uslovno rečeno, sporna krivična dela poput npr. držanja opojnih droga za sopstvene potrebe pospešuju preterano inkriminisanje, evropsko pravo, za razliku od anglosaksonskog karakteriše postojanje opšteg i posebnog dela zakonika kojim se, shodno načelu zakonitosti, ipak ograničava problem „hiperinkriminacija“.³²

Neovlašćeno držanje opojnih droga je krivično delo koje unosi blagu zabunu u sistem propisivanja krivičnih dela koja za svoj objekt imaju psihoaktivne supstance. Ostavljajući sada po strani vanpravne argumente *pro et contra*, ne bi se moglo reći da u ovom trenutku postoje dovoljno ubedljivi pravni razlozi (a možda ni volja) koji bi uticali da se izvrši dekriminalizacija ovog ponašanja,³³ bez obzira što je njime otvorena mogućnost zloupotrebe (prvenstveno se misli na gotovo bezizuzetnu odbranu okrivljenih koji se gone za krivično delo iz čl. 246. KZ da je „pronađena droga za sopstvenu upotrebu, a ne za prodaju“). Na kraju krajeva, savršenstvo je teško, pa i nemoguće dostići, te je nekada potrebno pribeći „moždanoj gimnastici“ i povezati apstrakciju teorije i kreativnost prakse za kompenzaciju pravnodogmatskih nedoslednosti u svakom konkretnom slučaju. Tako je u stvari krivično delo iz čl. 246a KZ i ušlo u naše pravo – jer je ostajao „prazan hod“ u slučaju da se ne može dokazati namera prodaje za inače teže krivično delo iz čl. 246. KZ, a kada očigledno nije bilo opravdano osloboditi učinioca od krivičnog dela jer je svojim radnjama ugrozio zaštitni objekt – zdravlje ljudi.³⁴ Propisivanjem tipičnih radnji saučesništva u užem smislu kao radnji izvršenja samostalnog krivičnog dela Omogućavanje uživanja opojnih droga iz čl. 247. KZ se uzima u obzir načelna nekažnjivost uživanja

32 Molina F. /2011/: A Comparison Between Continental European and Anglo-American Approaches to Overcriminalization and Some Remarks on How to Deal With it, *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, vol. 14, n°1, p. 128.

33 Delić N. /2013/: Zloupotreba opojnih droga u svetlu reforme krivičnog zakonodavstva –in: *Nova rešenja u kaznenom zakonodavstvu Srbije i njihova praktična primena*, Zlatibor – Beograd, str. 351.

34 Delibašić V.: *Suzbijanje...*, op. cit., str. 268.

opojnih droga u našem pravu, tako što radnje podstrekavanja i pomaganja zbog prihvaćene teorije limitirane akcesornosti ne bi bile kažnjive po opštim pravilima.³⁵ Treba imati u vidu da u praksi, načelno postoje koliko-toliko razrađeni mehanizmi za utvrđivanje da ostvarena obeležja bića krivičnog dela ukazuju na držanje za sopstvenu upotrebu ili držanje radi stavljanja u promet na različite načine. U prvom slučaju srpsko krivično pravo uživaocima daje neke „pogodnosti“ poput mogućnosti za oslobođenje učinioca od kazne (što postoji i kod krivičnog dela iz čl. 246. KZ), ili, pak, primenu instituta delo malog značaja koje bi kompromisno ponajviše uzelo u obzir činjenice da, sa jedne strane, naša zemlja nije spremna da „legalizuje“ držanje opojnih droga za sopstvenu upotrebu u narednom periodu. Sa druge strane, korišćenje čl. 18. KZ znači izbegavanje krivičnopravne reakcije na puko konzumiranje opojnih droga i ostvarenje krivičnog dela u blažem, bagatelnijem obliku, što podrazumeva i izostanak bilo kakvog socijalno-etičkog prekora budući da je pravno dejstvo dela malog značaja u isključenju postojanja krivičnog dela, čime bi se donekle uvažili načelni prigovori ovoj inkriminaciji.³⁶

1.2. (Apsolutna) zabrana ublažavanja kazne

Jedno od spornih zakonskih rešenja uvedeno izmenama i dopunama KZ iz 2009. godine predstavlja i čl. 57. st. 2. i 3. KZ kojim se onemogućava ublažavanje kazne za pojedina krivična dela. Razlog za to je bilo često ublažavanje kazne kom su sudovi pribegavali. Međutim, učestalo korišćenje ovog instituta je bilo odraz potrebe da se ionako stroge kazne usklade sa stvarnom društvenom opasnošću konkretnih inkriminacija. Reč je o neuobičajenoj „tvorevini“ koja logikom podseća na

35 Stojanović Z. /2012/: *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, str. 719.

36 Tako, ako su u konkretnom slučaju ispunjeni svi drugi uslovi za primenu dela malog značaja (nizak stepen krivice učinioca, štetne posledice odsutne ili neznatne, opšta svrha krivičnih sankcija ne zahteva izricanje krivične sankcije; propisana je kazna zatvora do pet godina ili novčana kazna), treba uzeti u obzir čl. 18. KZ, naročito što se i krivično delo iz čl. 246a KZ, posebno kada je nedvosmisleno utvrđeno da je izvršeno za „sopstvenu upotrebu“, razmatra u kontekstu dekriminalizacije, pa se opravdano postavlja pitanje da li bi se kažnjavanjem takvog učinioca ostvarila svrha krivičnih sankcija. Kao rukovodna smernica može poslužiti i Uputstvo Republičkog javnog tužilaštva A. br. 478/10 od 24. februara 2011. po kom u slučaju krivičnog dela Neovlašćeno držanje opojnih droga iz čl. 246a KZ, treba ispitati uslove iz čl. 283. ZKP (odlaganje krivičnog gonjenja) ukoliko se radi o držanju opojne droge „marihuana“ u količini do pet grama. Što se, pak, tiče količine opojne droge u vezi sa primenom dela malog značaja, količina do pet grama ne treba da bude ograničenje kog se „slepo treba držati“ budući da, za razliku od oportuniteta krivičnog gonjenja koje dolazi u obzir samo u toku predistražnog postupka i koje je isključivo tužilački mehanizam, čl. 18. KZ ima znatno širi obim primene i vezuje se prevashodno za sudsko odlučivanje što pretpostavlja znatno kompletniju činjeničnu podlogu za odlučivanje od one kojom „raspolaze“ tužilaštvo u primeni čl. 283. ZKP (mada zakon ne isključuje primenu čl. 18. KZ u nekoj ranijoj fazi postupka i to onda kada, uz ispunjenost svih drugih uslova, ima mesta obrazloženju „jer delo nije krivično delo“, što je npr. slučaj kod odbacivanje krivične prijave). –v. Delibašić V. /2014/: Pojedina sporna pitanja u vezi sa opojnim drogama u Krivičnom zakoniku, *Crimen*, vol. V, n°1, str. 84 .

Postoje i mišljenja da bez obzira na formalnopravne mogućnosti primene čl. 18. KZ na krivično delo iz čl. 246a KZ to ne bi bilo opravdano, jer upravo značaj objekta koji se štiti ovom inkriminacijom obespredmećuje institut dela malog značaja u kontekstu ovog krivičnog dela. –v. Delić N.: *Krivičnopravni...*, *op. cit.*, str. 189.

institut „*three strikes and you're out*“ iz američkog prava (što znači da se repetenti, nakon učinjena dva slična krivična dela, treći put kažnjavaju najstrožom kaznom³⁷), a evropsko pravo je ne poznaje.³⁸

Među osam krivičnih dela koja su pod „režimom zabrane“ nalazi se i krivično delo Neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga iz čl. 246. st. 1. (osnovni oblik) i st. 3. KZ (ako je delo izvršeno od strane grupe ili je učinilac organizovao mrežu preprodavaca ili posrednika). Već unutar ove inkriminacije se primećuje paradoks da je, jezički tumačeći, društveno opasnije kada se ovo delo vrši od strane grupe, nego ukoliko to čini organizovana kriminalna grupa (stav 4), jer u slučaju da je ostvaren najteži oblik – da je izvršeno od strane organizovane kriminalne grupe, ostaje mogućnost ublažavanja kazne za ovo krivično delo.³⁹

Krivična dela u pogledu kojih je zabranjeno ublažavanje kazne su veoma raznovrsna.⁴⁰ Skoro da se stiče utisak da ih je zakonodavac birao metodom „popularnosti u medijima“⁴¹, jer ne postoji nit koja bi ukazivala na određenu pravilnost u izdavanju ovih krivičnih dela. Osim što je nejasan kriterijum po kom su ova krivična dela odabrana, dubiozan je i sâm koncept zabrane ublažavanja kazne jer se njime derogiraju opšti instituti krivičnog prava.⁴² Može se reći da se na ovaj način „dira“ u opšte institute krivičnog prava na tri nivoa. Prvo, što je nesporno, ublažavanje kazne kao takvo je svojevrsni izuzetak od pravila da se kazna odmerava u propisanom rasponu između posebnog minimuma i posebnog maksimuma. Prema tome, ublažavanjem

37 Davies M., Croall H., Tyrer J. /2005/: *Criminal Justice – An Introduction to the Criminal Justice System in England and Wales*, London, p. 298.

38 Molina F.: A Comparison... *op. cit.*, p. 127.

39 Šta je bio razlog ovakvog postupanja zakonodavca, teško je reći. Da je u pitanju omaška, bila bi ispravljena izmenama koje su usledile nakon 2009. godine. Do toga nije došlo ni u najnovijem Nacrtu Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika (<http://mpravde.gov.rs/vest/8717/nacrt-zakona-o-izmenama-i-dopunama-krivicnog-zakonika.php> [27.01.16]). U neformalnim raspravama se kao mogući motiv i opravdanje iznosi stav da je ovaj potez zakonodavca odraz potrebe za „hvatanje u koštac“ sa organizovanim kriminalom na način koji podseća na logiku različitih sporazuma sa okrivljenima. Naime, ukoliko se članovima organizovane kriminalne grupe ostavi mogućnost ublažavanja kazne, oni će biti spremniji da sarađuju u postupku prema ostalim članovima. Radilo bi se o svojevrsnom „dilu“ koji bi pomogao organima gonjenja „u lovu na krupne ribe“. Međutim, ovaj argument otpada ako se ima u vidu da mogućnost oslobođenja od kazne nesmetano figurira u čl. 246. st. 5. KZ i mimo zabrane ublažavanja ukoliko učinilac otkrije od koga nabavlja opojnu drogu. Takođe, da je zakonodavac bio nedosledan vidi se na primeru krivičnog dela Nedozvoljen prelaz državne granice i krijumčarenje ljudi kod kog postoji zabrana ublažavanja kazne i kada je delo izvršeno od strane organizovane kriminalne grupe.

40 To su sledeća krivična dela: Otmica (čl. 134. st. 2. i 3), Silovanje (čl. 178), Obljuba nad nemoćnim licem (čl. 179), Obljuba sa detetom (čl. 180), Iznuda (čl. 214. st. 2. i 3), Neovlašćeno držanje i stavljanje u promet opojnih droga (čl. 246. st. 1. i 3), Nedozvoljen prelaz državne granice i krijumčarenje ljudi (čl. 350. st. 3. i 4) i Trgovina ljudima (čl. 388).

41 Naglašava se uticaj „punitivne javnosti“ koja prilično oštro i impulsivno reaguje na pojedine „zvučne“ slučajeve, pa zakonodavac podleže takvom, najčešće neosnovanom, pritisku pooštrenjem kaznenih odredaba, što nije opravdano. –v: Ristivojević B. /2013/: „Punitivni populizam“ srpskog zakonodavca kritička analiza tzv. Marijinog zakona – in: *Nova rešenja u kaznenom zakonodavstvu Srbije i njihova praktična primena*, Zlatibor – Beograd, str. 321.

42 Delić N. /2010/: Zabrana (isključenje) ublažavanja kazne u određenim slučajevima, *Crimen*, vol. I, n°2, str. 238.

kazne sud *može* učiniocu krivičnog dela izreći blažu kaznu po meri ili vrsti. Drugo, što je sporno, u čl. 57. st. 2. i 3. KZ se isključuje mogućnost data u st. 1. istog člana, pa je propisano da se za pojedina krivična dela kazna ne može ublažiti. Tautološki govoreći, reč je o izuzetku izuzetka. Treće, što predstavlja načelni prigovor s obzirom na to da vređa opšte ustanove krivičnog prava, apsolutnom zabranom ublažavanja kazne se isključuju pravna dejstva pokušaja, pomaganja, bitno smanjene računljivosti itd. Treba napomenuti da sudovi ovu zabranu tumače usko i primenjuju je samo na sudsko ublažavanje kazne. Na taj način „spasavaju“ osnovne ustanove krivičnog prava, jer onemogućavaju delovanje ove zabrane na zakonsko ublažavanje koje postoji u pogledu osnova koji su propisani u opštem delu Krivičnog zakonika.⁴³ Nakon svih ovih faza, na primeru krivičnog dela iz čl. 246. KZ, u stavu 5. se eliminišu sva napred navedena pravila i izuzeci od njih, pa se ipak učiniocu koji otkrije od koga nabavlja opojnu drogu pruža mogućnost oslobođenja od kazne.

I kriminalnopolitički, i pravnodogmatski ovo je sporna odredba koju treba brižljivo razmotriti u nekim skorijim izmenama, budući da u Evropi nema zakonodavstava koja na ovaj ili sličan način ograničavaju pravila o odmeravanju kazne i što je još opasnije, neke od fundamentalnih instituta krivičnog prava. Osim toga, po prirodi sličan institut o „tri greške“ kritikuju i anglosaksonski teoretičari, jer se njegovom primenom ne ostvaruju efekti specijalne i generalne prevencije.⁴⁴

Pomenućemo i da važeći član 246a KZ sadrži dve mogućnosti za oslobođenje od kazne. Prva je propisana kao alternativa kazni zatvora ili novčanoj kazni, pa tako imamo jednu posve neobičnu redakciju člana zakona koja glasi: „... kazniće se novčanom kaznom ili zatvorom do tri godine, a *može se i osloboditi od kazne*“ (kurziv: J. B.), što deluje kao da je oslobođenje od kazne neki naročit, poseban osnov⁴⁵ ili čak posebna „sankcija“ (što je svakako *contradictio in adjecto*). Druga mogućnost oslobođenja od kazne je „redovna“ i postoji ukoliko učinilac otkrije od koga nabavlja opojnu drogu. Ostavljajući pravnu dogmatiku po strani, zakonodavac kao da je hteo da uvaži neke zahteve u pogledu „legalizacije“ opojnih droga, ali je strahovao da bi potpuno brisanje ove inkriminacije bilo suviše radikalna reakcija, pa je osmislio originalno, dvostruko rešenje po kom sud može da bira kako će osloboditi učinioca. Ipak, uprkos tome što se u čl. 246a st. 1. i st. 2. KZ daje šansa „popravnog oslobođenja“, sud ove odredbe može, a i ne mora da primeni. Inače, u praksi se fakultativni osnov za oslobođenje od kazne za krivična dela iz čl. 246. i 246a KZ retko primenjuje i ne samo da je neophodno da učinilac precizno identifikuje lice od kog nabavlja opojnu drogu,⁴⁶ već je potrebno da dođe i do pokretanja krivičnog postupka protiv tog lica. Čak ni ovo ne garantuje da će okrivljeni koji je otkrio „svog nabavljača“ biti

43 Stojanović Z.: Da li..., *op. cit.*, str. 124–125.

44 Ashworth A. /2005/: *Sentencing and Criminal Justice*, Cambridge, p. 207 .

45 Više o tome –v: Delić N.: Krivičnopravni..., *op. cit.*, str. 186.

46 „... potrebno je da podaci koje je okrivljeni dao o licu od kog je nabavio opojnu drogu dovedu do otkrivanja tog lica kao učinioca krivičnog dela od strane organa krivičnog postupka.“

*Bilten sudske prakse Višeg suda u Nišu-BSPVSN /2015/, n° 33, str. 104: Presuda Apelacionog suda u Nišu Kž1 br. 1335/14 od 30.03.2015. godine; „Ne može se smatrati da je okrivljeni otkrio lice kada navede samo nadimak lica od koga je navio opojnu drogu bez ikakvog drugog bližeg podatka o tom licu.“ BVSBBG, *op. cit.* str. 15–16: Presuda Apelacionog suda u Beogradu Kž1 br. 388/12*

oslobođen od kazne, jer sudovi tada pre pribegavaju neograničenom ublažavanju kazne nego potpunom oslobođenju.

1.3. Oduzimanje predmeta

Postupak za izricanje mere bezbednosti oduzimanja predmeta na osnovu članova 535. i 536. ZKP uglavnom ne izaziva preterane nedoumice u postupanju sudova. Primena ovih odredaba oslanja se na čl. 87. KZ koji materijalno pravno reguliše meru bezbednosti oduzimanje predmeta i određuje vrstu predmeta koji je po krivičnom zakonu neophodno oduzeti i to: predmeta koji je bio namenjen ili upotrebljen za izvršenje krivičnog dela ili je nastao izvršenjem krivičnog dela, kad postoji opasnost da će se određeni predmet ponovo upotrebiti za izvršenje krivičnog dela, ili kad je radi zaštite opšte bezbednosti ili iz moralnih razloga oduzimanje predmeta neophodno. Nadalje, KZ propisuje i mogućnost obaveznog oduzimanja, kao i uništavanja predmeta kada zakon to propisuje, a to je, imajući u vidu odredbe procesnog zakona, moguće i kada se *krivični postupak ne završi presudom kojom se optuženi oglašava krivim ili rešenjem o izricanju mere bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja*, radi zaštite interesa opšte bezbednosti ili razloga morala (čl. 535. ZKP). Upravo su krivična dela koja za predmet izvršenja imaju opojne droge karakteristična za izricanje mere bezbednosti oduzimanja predmeta. U praktičnom postupanju sudova, ovi predmeti se po okončanju postupka oduzimaju od lica koja su potpisala potvrdu o privremenom oduzimanju predmeta, bez obzira kojom odlukom je okončan krivični postupak (osuđujuća⁴⁷ ili oslobađajuća⁴⁸ presuda itd.).

Primena odredaba materijalnog i procesnog zakona u pogledu oduzimanja predmeta nije sporna u praksi. Međutim, uvođenjem instituta oportuniteta krivičnog gonjenja na način koji ga stavlja u isključivu nadležnost javnih tužilaštava, donekle se komplikuju ova rešenja, a potrebe prakse itekako zahtevaju njihovu pravilnu primenu. Ključno pitanje je „ko može oduzeti opojnu drogu (ili druge predmete) kada se postupak okonča već u predistražnoj fazi i to primenom čl. 283. KZ – odlaganjem krivičnog gonjenja?“ Ovo je situacija u kojoj sud nema nikakvu ulogu, a članom 535. st. 2. ZKP je izričito propisano da rešenje o oduzimanju predmeta donosi *sud* koji je nadležan za suđenje u prvom stepenu. Intencija zakonodavca je bila da omogućiti prvostepenom sudu da oduzme predmete kojima se vređa javni interes (opšta bezbednost i moral) čak i onda kada određeno lice ne bude oglašeno krivim (npr. zbog zastarelosti, odustanka od optužbe; nije dokazano da je okrivljeni učinio krivično delo itd.). Međutim, iako je u tom smislu ovo široka norma, ostaje pravna praznina u njenoj primeni tokom predistražnog postupka i to onda kada dođe do odbacivanja krivične prijave bilo iz razloga celishodnosti, bilo usled ispunjenja određenih obaveza u sklopu „uslovljenog“ oportuniteta.⁴⁹ Prilikom odu-

od 09. februara 2011. i presuda Višeg suda u Beogradu K. Br. 384/11 od 09. septembra 2011. godine.

47 Presuda Drugog osnovnog suda u Beogradu SPK br. 326/15 od 30.11.2015. godine.

48 Presuda Drugog osnovnog suda u Beogradu K-315/13 od 10.9.2013. i presuda Višeg suda u Beogradu Kž1-92/14 od 19.3.2014. godine.

49 Više o tome: Škulić M. /2014/: *Krivično procesno pravo*, str. 302–304.

zimanja predmeta u ovom slučaju, moguća su dva rešenja. Jedno je da se postojeća odredba tumači tako da sud pred kojim *bi* se vodio prvostepeni postupak, po prethodnom obaveštenju tužilaštva o primeni oportuniteta i odbačaju krivične prijave, donese rešenje o oduzimanju predmeta. Na ovaj način bi načelo oportuniteta zašlo u sudski domen, što bi sa dogmatskog stanovišta ovog instituta bilo neodrživo, ali bi sa druge strane, kada je u pitanju oduzimanje predmeta, ovakvo postupanje bilo potpuno zakonito. Drugo rešenje se odnosi na ovlašćenje javnog tužioca da sam donese rešenje o oduzimanju predmeta nakon što odbaci krivičnu prijavu primenom čl. 283. KZ. U ovom slučaju bi odlaganje krivičnog gonjenja u potpunosti ostalo u nadležnosti tužilaštva, ali bi to značilo i donošenje odluke o oduzimanju predmeta protivno zakonskoj normi.

Imajući u vidu da ovaj problem može da stvori ozbiljne probleme u praksi, Prvo osnovno javno tužilaštvo u Beogradu je u skladu sa Uputstvom Republičkog javnog tužilaštva A br. 478/10 od 24.02.2011. godine o mogućnosti primene čl. 236. (*prim. aut.* sada je to čl. 283. ZKP) Zakonika o krivičnom postupku za krivično delo Neovlašćeno držanje opojnih droga iz čl. 246a KZ, donelo Obaveštenje A br. 22/2011 od 14.6.2011. godine, u kom se, u tački 2. navodi: „Potrebno je da kod primene instituta odlaganja krivičnog gonjenja za krivično delo neovlašćeno držanje opojnih droga iz čl. 246a stav 1. KZ, koji se isključivo odnosi na opojnu drogu marihuanu do pet grama, shodno Obaveznom uputstvu RJT, nakon donošenja rešenja o odbacivanju krivične prijave, doneti i rešenje o oduzimanju predmeta izvršenja krivičnog dela shodno članu 512. ZKP (*prim. aut.* sada je to čl. 535. ZKP), sa poukom o pravu na žalbu veću iz člana 24. stav 6. ZKP, a potom navedeno rešenje dostaviti okrivljenom i Ministarstvu unutrašnjih poslova. Takođe, u svim drugim slučajevima gde se donosi rešenje o odbacivanju krivične prijave, a nakon primene oportuniteta, a predmeti su privremeno oduzeti, potrebno je doneti navedeno rešenje (npr. kod krivičnog dela Neovlašćeno iskorišćavanje autorskog dela ili predmeta srodnog prava iz čl. 199. KZ)“. Ovakvo rešenje nije u skladu sa zakonskom odredbom iz čl. 535. ZKSTR. Sud, međutim, nije potpuno isključen od kontrole ovako donetog akta zbog postojanja prava na žalbu odgovarajućoj sudskoj instanci, pa se na ovaj način, mada nategnuto, donekle prevazilazi manjkavost normi procesnog zakona, kako u pogledu oportuniteta krivičnog gonjenja (jer se radi o imanentno tužilačkom institutu), tako i u pogledu samih odredaba o oduzimanju predmeta (jer se odnose na *krivični postupak*, a u čl. 7. ZKP se jasno određuje početak *krivičnog postupka*, što ne obuhvata predistražnu fazu, dok se čl. 5. ZKP odnosi na početak i preduzimanje *krivičnog gonjenja*, pri čemu se u čl. 2. st. 1. tač. 14. ZKP određuje šta podrazumeva „postupak“, a s obzirom na to da je načelo oportuniteta primenjivo u predistražnoj fazi, to bitno utiče na zakonsku (ne)opravdanost primene čl. 535. ZKP prilikom postupanja po čl. 283. ZKP). Ipak, postupanje po ovom Obaveštenju i donošenje navedenog rešenja od strane tužioca je direktno *contra legem*, jer je zakon izričit da takvo rešenje donosi sud, pa je i donosilac ovog internog akta odustao od njegove primene na citirani način. U ovom trenutku, uobičajena praksa tužilaštava prilikom oduzimanja predmeta nakon primene oportuniteta krivičnog gonjenja je takva da po odbacivanju krivične prijave na osnovu čl. 283. ZKP, javni tužilac podnosi *pred-*

log za donošenje rešenja o oduzimanju predmeta sudiji za prethodni postupak prvostepenog suda, kada sud odlučuje o predlogu.⁵⁰

De lege ferenda, u cilju regulisanja ovog pitanja neophodno je, ili izmeniti odredbe koje uređuju odlaganje krivičnog gonjenja i izričito omogućiti javnom tužiocu da po okončanom postupku po načelu oportuniteta donese rešenje o oduzimanju predmeta, a kao pravni lek na takvu odluku predvideti prigovor neposredno višem javnom tužiocu (shodna primena čl. 51. ZKP). Na ovaj način, osim što bi bilo rešeno pitanje predmeta koji se po krivičnom zakonu imaju oduzeti, oportunitet krivičnog gonjenja bi ostao i čist tužilački mehanizam. Sa druge strane, ako bi se zbog pojačane pravne sigurnosti zakonodavac opredelio da oduzimanje predmeta ostavi u sudskoj nadležnosti (jer treba imati u vidu da je mera bezbednosti krivična sankcija koju izriče sud), bilo bi dovoljno postojeći član 535. ZKP izmeniti samo u delu koji glasi: „... oduzeće se i kad se *krivični postupak* ne završi presudom kojom se optuženi oglašava krivim...“ tako što bi se izbrisala reč „krivični“ (kako bi samo reč *postupak* omogućila primenu ovog člana i na odluke koje se donose u predistražnom postupku), na koji način bi se i formalnopravno ozvaničila postojeća praksa u postupanju po načelu oportuniteta krivičnog gonjenja.

2. ČL. 246. VS. ČL. 246A U PRAKTIČNOJ PRIMENI

2.1. *Pojedina obeležja bića krivičnih dela u vezi sa opojnim drogama*

Jedno od najspornijih pitanja krivičnih dela Neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga iz čl. 246. i Neovlašćeno držanje opojnih droga iz čl. 246a KZ je vrednovanje odnosa alternativno propisane radnje izvršenja iz čl. 246. KZ – *neovlašćeno držanje radi prodaje* i radnje izvršenja iz čl. 246a KZ – *neovlašćeno držanje* opojnih droga. Među objektivnim elementima krivičnog dela, demarkacionu liniju između ove dve inkriminacije predstavlja kriterijum „male količine“ koji se javlja u sklopu lakšeg od ova dva dela i svrha mu je da napravi potrebnu razliku u odnosu na teže krivično delo iz čl. 246. KZ, ali i da sankcioniše upotrebu opojnih droga koja nije namenjena nekom od oblika stavljanja u promet.

Da bi uopšte postojalo krivično delo, kada je objekt izvršenja opojna droga marihuana, neophodno je da se radi o vrsti i varijetetu konoplje koja sadrži više od 0,3% THC-a.⁵¹ Da je ovo nesporna količina koja se smatra obeležjem bića krivičnog dela, potvrđuje i pravno shvatanje po kom „za zaključak da biljna materija roda kanabis ne predstavlja opojnu drogu, potrebno je da se radi o vrsti i varijetetu konoplje koja ni u kom slučaju ne može sadržavati više od 0,3% THC-a“⁵², a što se utvrđuje fizičko-hemijskim veštačenjem supstance. Pored procenta THC-a, drugi

50 Tako npr. Predlog Drugog osnovnog javnog tužilaštva u Beogradu KT 2531/15, KEO 880/15 i Rešenje Drugog osnovnog suda u Beogradu o oduzimanju predmeta KPPR 285/15 od 07.12.2015. godine.

51 *Bilten Apelacionog suda u Nišu-BASN /2014/*, n° 1, Niš, str. 102.

52 *Bilten Apelacionog suda u Beogradu-BASBG /2015/*, n° 7, Beograd, str. 97: Pravno shvatanje usvojeno na sednici Krivičnog odeljenja Apelacionog suda u Beogradu održanoj 26. decembra 2013. godine.

parametar koji definiše biljku je tzv. valero faktor, koji, ukoliko je veći od jedan znači da se radi o „droga tipu“ biljke, a ako je manji od jedan pretpostavlja da je reč o „industrijskom tipu“. Ovaj faktor je konstantan tokom celog vegetativnog perioda biljke što znači da je isti i za mladu i za jako staru biljku.⁵³ Uzimanje u obzir ovih znanja može biti značajno kako za utvrđivanje da li se uopšte radi o opojnoj drogi, tako i u odnosu između osnovnog i lakšeg oblika iz čl. 246. KZ – da li je u pitanju „klasična“ proizvodnja (stav 1) ili uzgajanje opojnih droga (stav 2) zbog toga što se odbrana ne bi mogla pozivati samo na valero faktor u kontekstu „vegetativnog stanja“ biljke u nastojanju da izbegne krivičnu odgovornost za osnovni ili teži oblik.

U srpskom Krivičnom zakoniku „mala količina“ predstavlja pravni standard koji se ceni prema okolnostima konkretnog slučaja. Tako se krivičnim delom iz čl. 246a KZ smatra „držanje jedne PVC kesice u kojoj se nalazila opojna droga marihuana neto mase od 0,14 grama“⁵⁴ ili „držanje jedne plastične kutijice od filma u kojoj se nalazilo 0,39 grama opojne droge marihuane“.⁵⁵ Nadalje, „dve PVC kesice sa smešom heroina, kofeina i paracetamola ukupne mase 0,81 gram predstavljaju manju količinu koja se neovlašćeno drži za sopstvenu upotrebu“.⁵⁶ Sa druge strane, i držanje količine od 11,01 grama heroina se kvalifikuje kao krivično delo iz čl. 246a KZ, iako je *de facto* reč o većoj količini. Međutim, obrazloženje ovakve odluke se zasniva na činjenici da je reč o učiniocu kod koga je ustanovljena toksikomanaska zavisnost i da se u tom smislu toleriše „pravljenje zaliha“ za period od nekoliko dana.⁵⁷ Da je postupanje pravosudnih organa „kazuističko“, govori i odluka po kojoj „dve PVC kese u kojima se nalazilo 50,94 grama heroina predstavljaju krivično delo Neovlašćeno držanje opojnih droga iz čl. 246a KZ, s obzirom na to da se radi o saizvršiocima koji su predmetnu količinu hteli da podele na dva dela radi lične upotrebe“.⁵⁸ Ovde je reč o velikoj količini „teške droge“ i zaista je sporno da li se može smatrati da su ispunjena obeležja bića krivičnog dela iz čl. 246a KZ, budući da se za postojanje ove inkriminacije, pored uslova „sopstvene upotrebe“ zahteva i „manja količina“. Ovo, međutim, ne znači da držaoci veće količine za sopstvene potrebe ne ostvaruju elemente *bilo kog* krivičnog dela. Naprotiv. Takvo ponašanje je društveno opasnije od držanja manje količine i treba da se kvalifikuje kao lakše ili teže delo u zavisnosti od usmerenosti umišljaja učinioca. Tome u prilog ide i logičko tumačenje putem *argumentum a minori ad maius* („od manjeg ka većem“, što znači da ukoliko je za postojanje krivičnog dela dovoljno držanje manje količine, utoliko pre će obeležja bića biti ostvarena ako se drži veća količina, mada treba imati na umu *lex stricta* segment načela zakonitosti koji ograničava upotrebu analogije u krivičnom pravu). Kako je nekada vrlo teško dokazati „prodajnu nameru“, rešava-

53 Iz zapisnika o ispitivanju veštaka od 29.01.2016. godine.

54 Presuda Drugog osnovnog suda u Beogradu K. Br. 67/13 od 04.04.2013. godine.

55 Presuda Prvog osnovnog suda u Beogradu K. br. 22971/10 od 11.11.2010. godine.

56 Trešnjev A. /2013/: *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije*, knjiga 9, Beograd, str. 114–115; Presuda Apelacionog suda u Beogradu Kž1. 5767/10 od 8. novembra 2011. godine i presuda Višeg suda u Beogradu K. 329/10 od 26. maja 2010. godine.

57 *Ibid.* str. 113–114; Rešenje Apelacionog suda u Beogradu Kž1. 5149/11 od 27. decembra 2011. i presuda Višeg suda u Beogradu K. 623/11 od 29. avgusta 2011. godine.

58 Presuda Višeg suda u Beogradu K. br. 297/15 od 27.04.2015. potvrđena presudom Apelacionog suda u Beogradu Kž1. 759/15 od 15.09.2015. godine.

nju ovakvih nedoumica bi možda najviše „pogodovalo“ brisanje uslova da se radi o „manjoj količini“ iz krivičnog dela iz čl. 246a KZ.

Na subjektivnom planu, i za jedno i za drugo krivično delo neophodno je utvrditi umišljaj učinioca i nameru (koja je u čl. 246. KZ posredno, sadržinski⁵⁹ određena kroz konstrukciju „radi prodaje“),⁶⁰ a neretko je osnov odbrane okrivljenih za krivično delo Neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga iz čl. 246. KZ da predmetnu drogu drže „za sopstvenu upotrebu“, a ne npr. „radi prodaje“ što se dokazuje u svakom konkretnom slučaju.⁶¹

Od ostalih okolnosti koje sugerišu o nameri učinioca da „samo drži“ opojnu drogu ili da je „drži radi prodaje“, treba ceniti i način na koji su supstance upakovane. „Činjenica da je 4,33 grama stimulativne opojne droge amfetaminskog tipa pronađeno u pet PVC kesica, a u odsustvu drugih okolnosti ne može na jasan i nedvosmislen način ukazati da je okrivljeni navedenu drogu namenio za dalju prodaju.“⁶² Ovo ne mora da bude presudna okolnost, s obzirom na to da se i opojne droge, kao i druga roba, po pravilu, nabavljaju upakovane.⁶³ Zbog toga celokupno činjenično stanje treba shvatati u međusobnom odnosu utvrđenih činjenica – i onih koje potkrepljuju optužbu, i onih koje su sastavni deo odbrane okrivljenih.

2.2. Praktični značaj

Razgraničenje ovih protivpravnih ponašanja je pre svega bitno zbog zasnivanja nadležnosti, jer je za krivično delo iz čl. 246. KZ s obzirom na propisanu kaznu nadležan Viši sud, a za krivično delo iz čl. 246a KZ Osnovni sud. To nije tako beznačajno posebno ako se imaju u vidu troškovi postupka koji su skupčani sa preduzetim procesnim radnjama, a naročito troškovi branioca, budući da je za sve oblike krivičnog dela iz čl. 246. KZ, osim za privilegovani oblik iz čl. 246. st. 2. KZ (uzgajanje maka ili psihoaktivne konoplje ili druge biljke⁶⁴), propisana kazna

59 Delić N. /2013/: Zloupotreba..., *op. cit.*, str. 345.

60 Stojanović Z., Delić N.: *Krivično...*, *op. cit.* str. 209 i str. 212.

61 Nisu retki primeri da nakon sprovedene istrage pred Višim javnim tužilaštvom za krivično delo iz čl. 246. KZ, tužilac i okrivljeni, uz ispunjenost ostalih uslova, zaključe sporazum o priznanju krivičnog dela, tako što se radnje okrivljenog prekvalifikuju u čl. 246a, što se i obrazlaže u optužnom predlogu koji se dostavlja uz sporazum. Tako: KTI br. 51/15, KTO br. 17/16, SK br. 8/16 od 02.02.2016. godine).

62 Trešnjev A.: *Zbirka...* *op. cit.*, str. 111–112: Rešenje Apelacionog suda u Beogradu KŽ1. 3340/11 od 20. jula 2011. kojim se ukida presuda Višeg suda u Beogradu K. 3848/10 od 18. aprila 2011. godine.

63 Delibašić V.: *Pojedina...*, *op. cit.*, str. 81.

64 Sporno je zašto je ovaj oblik propisan kao lakši, jer se ne vidi razlog zbog kog je proizvodnja uzgajanjem biljaka koje imaju svojstva opojne droge manje društveno opasna od proizvodnje u užem smislu iz st. 1., jer na kraju, baš ove radnje najčešće vode do vršenja osnovnog ili težih oblika (okrivljeni uglavnom budu otkriveni nakon što se pronađu improvizovane laboratorije i neretko samo pravovremena reakcija organa krivičnog gonjenja sprečava ostvarenje namere da se takve supstance stave u promet). Ako neko uzgaja biljke za sopstvenu upotrebu, pa ih u istom cilju drži, opet će se raditi o krivičnom delu iz čl. 246. st. 2. KZ, mada bi, za razliku od važećeg rešenja, privilegovanje učinioca kroz lakši oblik ovde imalo opravdanje. – v: Delibašić V.: *Suzbijanje...* *op. cit.*, str. 222 i str. 243.

zatvora koja zahteva obaveznu odbranu (čl. 74. st. 1. tač. 2. Zakonika o krivičnom postupku – ZKP (*Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 i 55/2014). Potom, u zavisnosti od ostvarenih obeležja bića krivičnog dela, u obzir dolazi i primena pojedinih instituta krivičnog materijalnog (delo malog značaja,⁶⁵ oslobođenje od kazne) i krivičnog procesnog prava (oportunitet krivičnog gonjenja) za čl. 246a KZ.

Mimo opisnog kriterijuma „manje količine“, ostali načini za određivanje količine opojne droge mogu biti: vrednost, težina, granična težina za pojedine opojne droge, maksimalna težina za upotrebu u toku jednog dana,⁶⁶ ali izbor ma kog modela za propisivanje količine nosi određene nedostatke koji su, ili suviše ograničavajući (ukoliko su precizirani), ili preterano liberalni (ako su deskriptivni).

Na kraju, iako sud nije vezan za pravnu kvalifikaciju optužbe, ipak je značajno šta se okrivljenom inicijalno stavlja na teret. Zato u praksi nailazimo na ustupanje predmeta nižoj instanci kada iz dokaza prikupljenih tokom istrage zbog krivičnog dela Neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga iz čl. 246. KZ, ne proizlazi opravdana sumnja da je okrivljeni izvršio ovo krivično delo. Npr.: „kod okrivljenog su pronađeni: jedna PVC kesica sa opojnom drogom heroin neto mase 3,79 grama, jedna tubica sa opojnom drogom morfina neto mase 5,06 grama, i osam tableta opojne droge alprazolama. Imajući u vidu iskaz okrivljenog da je zavisnik i da je predmetne supstance držao za sopstvenu upotrebu, što je potkrepljeno iskazom svedoka koji je pronašao drogu u njegovoj jakni, kao i nalaz i mišljenje veštaka iz kog proizlazi da je okrivljeni osoba sa karakterističnim ponašanjem vezanim za upotrebu opijata u okviru uspostavljene zavisnosti, to je s obzirom na količinu i vrstu opojne droge, Više javno tužilaštvo ustupilo predmet Osnovnom javnom tužilaštvu“.⁶⁷ Ovakvo postupanje pravosudnih organa je poželjno i u kontekstu svojevrstne „tužilačke dekriminalizacije“⁶⁸ kada se *in concreto* uvažavaju principi *fair*-postupka i izbegava „maksimalna represija“ po svaku cenu.

ZAVRŠNA RAZMATRANJA

Problematika opojnih droga je jedno od važnijih pitanja današnjice. Ne samo zbog toga što *de facto* predstavlja rasprostranjenu društvenu pojavu, već i zbog toga što svojim načelnim i pojedinačnim dilemama postavlja razne izazove pred teoriju i praksu.

Krivičnopravna reakcija na ponašanja u vezi sa opojnim drogama je potrebna i obavezna. To znači da su inkriminacije iz čl. 246., 246a i 247. iz glave 23. Krivičnog zakonika načelno opravdane. Ono što je možda „osetljivo“ je generalno pitanje legalizacije opojnih droga koje se najčešće dovodi u vezu upravo sa krivičnim delom

65 Čak i u verziji predloženoj u Nacrtu izmena i dopuna KZ po kojoj bi se primena dela malog značaja ograničila na krivična dela za koja je propisana kazna zatvora do *tri godine* ili novčana kazna, biće moguća primena čl. 18. KZ na krivično delo iz čl. 246a KZ s obzirom na zaprećenu kaznu.

66 Delibašić V.: *Suzbijanje... op. cit.*, str. 273.

67 Iz spisa predmeta KTI br. 85/15 od 27.03.2015. i 22.12.2015. godine.

68 Više o tome –v: Luna E.: *Prosecutorial... op. cit.*, p. 791–796.

Neovlašćeno držanje opojnih droga iz čl. 246a KZ kojim se reguliše držanje opojnih droga u manjoj količini *za sopstvenu upotrebu*. Uprkos tome što je formalnopravno dozvoljeno konzumiranje opojne droge, stiče se utisak da se ovakvom inkriminacijom posredno ipak kažnjava uživanje opojnih droga, odn. narkomanija kao takva. To se nalazi u osnovi prigovora koji se upućuju ovom krivičnom delu, pošto se kosi sa pravom čoveka na slobodno opredeljenje. Međutim, s obzirom na pojavni oblik ovog ponašanja u praksi pravosudnih organa, zaključak je da ovo krivično delo treba da opstane.

Eventualno rešenje u pogledu izmena zakonskog teksta podrazumevalo bi brisanje uslova da se radi o „manjoj količini“, jer smo videli da se ova deskripcija različito tumači od slučaja do slučaja, pa kao neka kaučuk-norma pomalo vređa načelo zakonitosti i njegov deo *lex certa* u krivičnom pravu. Drugi uslov „sopstvena upotreba“ bi mogao da nastavi da figurira kako bi se napravila razlika između držanja radi prodaje i držanja radi upotrebe, a sve u cilju lakšeg određivanja usmerenosti umišljaja učinilaca u odnosu na jedno ili drugo krivično delo, a nesporno je da je držanje radi sopstvene upotrebe manje društveno opasno. Ipak, i ovakvo rešenje bi podleglo gotovo sveopštem prigovoru – da se kažnjava konzumiranje opojnih droga. Ova kritika nije ubedljiva koliko možda deluje, jer su opojne droge takve supstance da treba da se nalaze pod posebnim pravnim režimom. Uostalom, kažnjava se *neovlašćeno* držanje opojnih droga, što znači da svi oni koji koriste psihoaktivne supstance iz zdravstvenih razloga to mogu da urade *ovlašćeno*. Nekada se stiče utisak da je odgovor na pitanje kada je dozvoljeno koristiti opojne droge, a kada ne, više stvar medicinske, a manje pravne nauke. Gledajući zemlje koje su sprovele legalizaciju upotrebe i proizvodnje opojnih droga, primećuje se da nisu u potpunosti zadovoljne postignutim rezultatima. Mišljenja smo da naša zemlja još uvek nije spremna da se podvrgne ni nekom vidu delimične dekriminalizacije držanja opojnih droga, tj. ozakonjenju upotrebe određenih vrsta opojnih droga, a pre svega marihuane.

Ovakav *status quo* bi delom mogao da se izmeni kroz praksu državnih organa koja bi uzela u obzir i načelne nedoumice u vezi sa inkriminisanjem ovog ponašanja. Konkretno, pored sporazuma sa okrivljenim, imalo bi mesta primeni čl. 18. KZ – delo malog značaja kada god su ispunjeni svi drugi uslovi za to. Takođe, nije sporno da bi zbog upućivanja bar nekakvog socijalno-etičkog prekora trebalo pribegavati i posebnom fakultativnom osnovu za oslobođenje od kazne iz čl. 246a st. 2. KZ ukoliko okrivljeni otkrije od koga nabavlja drogu. *Ratio* ove odredbe leži u potrebi da se pronađu i sankcionišu „pravi organizatori“ čijim delovanjem se istinski ugrožava grupni zaštitini objekt ovih inkriminacija, a to je zdravlje ljudi. Mada u stavu 1. istog člana postoji još jedna mogućnost za oslobođenje od kazne koja je prilično specifična jer se propisuje uz redovnu kaznu, u praksi se skoro nikako ne koristi, pa bi trebalo razmisliti o brisanju ovakve odredbe, budući da je uz to još i neuobičajena (mada može delovati kao da zakonodavac uzima u obzir prigovore o krivičnompravnom sankcionisanju konzumiranja opojnih droga, pa ostavlja sudu mogućnost da, ako tako proizlazi iz okolnosti konkretnog slučaja, uz prisustvo drugih olakšavajućih okolnosti, zavisnika od opojnih droga ili lice koje je „uhvaćeno pri prvom probanju“, oslobodi od kazne po ovom osnovu).

I krivično delo Neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga iz čl. 246. st. 1. i 3. KZ podleže apsolutnoj zabrani ublažavanja kazne iz čl. 57. st. 2. i 3. KZ. Kako se radi o odredbi koja može da derogira opšte institute krivičnog prava (npr. pokušaj, bitno smanjenu uračunljivost itd.), postavlja se pitanje njenog postojanja uopšte, a ne samo u odnosu na konkretno krivično delo iz čl. 246. KZ. Smramo da je reč o spornom rešenju koje je plod potrebe da se udovolji pritisku punitivne javnosti, te ga treba brisati ili za početak barem ograničiti na zabranu sudskog ublažavanja kazne, iako ni to ne rešava konceptijski problem ovako određenog instituta. Pri tom, upravo je ova odredba jedan od korena problema inkriminisanja krivičnih dela u vezi sa opojnim drogama, jer je primetno da se u praksi, kada god postoji pravna i faktička mogućnost za to, pribegava „spuštanju na nadležnost“ i svojevrsnoj prekvalifikaciji težeg krivičnog dela iz čl. 246. KZ u lakše krivično delo iz čl. 246a KZ, jer je, iako se radi o graničnim slučajevima u pogledu količine, nece-lishodno učinocima „zapečatiti“ minimum kazne na tri godine, a sve zbog uvažavanja spornog dejstva odredbe o apsolutnoj zabrani ublažavanja kazne.

U praksi se „manja količina“ tretira različito, a ni zakonodavac, ni teorija ne daju nedvosmislen odgovor šta se podrazumeva pod tim. Nije zahvalno precizirati tu količinu, jer nije samo fraza kada se kaže da se ostvarenost obeležja bića krivičnog dela iz čl. 246. ili 246a KZ ceni s obzirom na okolnosti konkretnog slučaja. Moguće činjenice koje služe razgraničenju da li je reč o drogi namenjenoj za prodaju ili sopstvenu upotrebu su *exempli causa*: količina, vrsta, način pakovanja, mesto na kom je pronađena; kao i subjektivne okolnosti vezane za eventualnog učinioca: ranija osuđivanost za isto ili istovrsno krivično delo, životne prilike, dijagnostifikovana zavisnost od opojnih droga, doslednost u davanju iskaza itd. Kao što srpski KZ usvaja sistem uopštenog navođenja okolnosti za odmeravanje kazne, što znači da se jedna ista okolnost može ceniti kao olakšavajuća ili otežavajuća, tako i ovi primerice nabrojani uslovi mogu uticati da se u jednom slučaju neko ponašanje kvalifikuje kao teže krivično delo, a u drugom kao lakše.

Neovlašćeno držanje opojnih droga iz čl. 246a KZ ima svoju vezu i sa oportunitetom krivičnog gonjenja, jer se držanje određene vrste opojne droge (marihuane) u određenoj količini (do pet grama), najčešće rešava primenom ovog instituta. Ono što ostaje sporno je „šta sa privremeno oduzetom drogom?“ u ovom slučaju, jer je za to pitanje, po slovu zakona, nadležan isključivo sud. Stojimo na stanovištu da je neophodno, ili izmeniti odredbe ZKP u delu koji reguliše postupak za izricanje mere bezbednosti oduzimanja predmeta (brisanjem reči „krivični“ ispred reči „postupak“ u čl. 535. st. 1. ZKP), ili „dodati“ postojeće norme koje regulišu odlaganje krivičnog gonjenja, imajući u vidu da je svakako potrebno analizirati ovaj tužilački instrument u svetlu budućih izmena ZKP i mimo ovih prigovora koji se odnose na oduzimanje predmeta.

Treba imati na umu da svako obeležje koje čini biće krivičnog dela mora da se dokaže u krivičnom postupku kako bi sud stvorio izvesnost i nesumnjivo utvrdio činjenice, te doneo pravilnu odluku o (ne)postojanju inkriminisanog ponašanja. Zbog toga je važna brižljiva analiza prilikom „odabira“ šta će ući u zakonski opis krivičnog dela, a naročito u sledstvu graničnih slučajeva kod kojih se zahteva veliki oprez budući da otpočinjanje svakog postupka treba da zadovolji zahteve koje na-

meće pretpostavka nevinosti a koji se ostvaruju kroz zakonito i pravično sprovedenu proceduru.

LITERATURA

- Ashworth A. /2005/: *Sentencing and Criminal Justice*, Cambridge
- Davies M., Croall H., Tyrer J. /2005/: *Criminal Justice – An Introduction to the Criminal Justice System in England and Wales*, London
- Delibašić V. /2013/: *Suzbijanje zloupotreba opojnih droga sa stanovišta krivičnog prava*, doktorska disertacija odbranjena na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, Beograd
- Delibašić V. /2014/: Pojedina sporna pitanja u vezi sa opojnim drogama u Krivičnom zakoniku, *Crimen*, vol. V, n°1
- Delić N. /2010/: Zabrana (isključenje) ublažavanja kazne u određenim slučajevima, *Crimen*, vol. I, n°2
- Delić N. /2011/: Krivičnopravni aspekt zloupotrebe opojnih droga – zakonodavstvo, teorijski stavovi i sudska praksa – in: *Kaznena reakcija u Srbiji* (Ignjatović Đ., ed.), Beograd
- Delić N. /2013/: Zloupotreba opojnih droga u svetlu reforme krivičnog zakonodavstva –in: *Nova rešenja u kaznenom zakonodavstvu Srbije i njihova praktična primena*, Zlatibor – Beograd
- Ignjatović Đ. /2015/: *Kriminologija*, Beograd
- Jaros D.M. /2012/: Perfecting Criminal Markets, *Columbia Law Review*, vol. 112, n°8
- Luna E. /2012/: Prosecutorial Decriminalization, *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 102, n°3
- Molina F. /2011/: A Comparison Between Continental European and Anglo-American Approaches to Overcriminalization and Some Remarks on How to Deal With it, *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, vol. 14, n°1
- *** National Institute on Drug Abuse /2006/: Principles of Drug Abuse Treatment for Criminal Justice Populations, n° 06–5316, S.l., https://www.drugabuse.gov/sites/default/files/txcriminaljustice_0.pdf [30.01.16]
- *** *Proposal for a Directive of The European Parliament and of The Council* – v: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52013PC0618> [01.11.16]
- *** *Predlog Pregovaračke pozicije Republike Srbije za Međuvladinu konferenciju o pristupanju Republike Srbije Evropskoj uniji za poglavlje 24 – „Pravda, sloboda i bezbednost“*, <http://eukonvent.org/wp-content/uploads/2016/07/PG24-Pregovaraacka-pozicija.pdf>, [01.11.16]
- Ristivojević B. /2013/: „Punitivni populizam“ srpskog zakonodavca kritička analiza tzv. Marijinog zakona – in: *Nova rešenja u kaznenom zakonodavstvu Srbije i njihova praktična primena*, Zlatibor – Beograd
- Roxin C. /2008/: Besitzdelikte– in: *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja II deo* (Ignjatović Đ., ed), Beograd
- Stojanović Z. /2010/: *Komentar Krivičnog zakonika*, Podgorica
- Stojanović Z. /2011/: Krivično pravo, ljudska prava i globalna kriza – in: *Zaštita ljudskih prava i sloboda u vreme ekonomske krize* (Nogo S. ed.), Tara – Beograd
- Stojanović Z. /2012/: *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd
- Stojanović Z. /2013/: Da li je Srbiji potrebna reforma krivičnog zakonodavstva?, *Crimen*, vol. IV, n°2

- Stojanović Z. /2014/: *Krivično pravo – opšti deo*, Beograd
Stojanović Z., Delić N. /2014/: *Krivično pravo – posebni deo*, Beograd
Fijnaut C. /2014/: Legalisation of Cannabis in Some American States A Challenge for the European Union and its Member States?, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 22, n°3
Yankah N. E. /2011/: A Paradox in Overcriminalization, *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, vol. 14, n°1
Škulić M. /2014/, *Krivično procesno pravo*, Beograd

BILTENI SUDSKE PRAKSE

- Bilten Apelacionog suda u Beogradu* /2015/, n° 7, Beograd
Bilten Apelacionog suda u Nišu /2014/, n° 1, Niš
Bilten Višeg suda u Beogradu /2014/, n° 84, Beograd
Bilten sudske prakse Višeg suda u Nišu /2015/, n° 33
Trešnjev A. /2013/: *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije*, knjiga 9, Beograd

ZAKONI I DRUGI PROPISI

- Zakonik o krivičnom postupku – ZKP (*Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 i 55/2014)
Zakon o psihoaktivnim kontrolisanim supstancama – ZPKS (*Službeni glasnik RS*, br. 99/10)
Krivični zakonik – KZ (*Službeni glasnik RS*, br. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013 i 108/2014)
Nacrt Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika, <http://mpravde.gov.rs/vest/8717/nacrt-zakona-o-izmenama-i-dopunama-krivcnog-zakonika.php> [27.01.16]
Pravilnik o utvrđivanju spiska psihoaktivnih kontrolisanih supstanci (*Službeni glasnik RS*, br. 111 od 29.12.2015. godine)
Strategija o sprečavanju zloupotrebe droga za period 2014–2021. godine (*Sl. glasnik*, br. 1/15 od 06.01.2015. godine)

Jovana Banović

Doctoral candidate, University of Belgrade Faculty of Law

THEORETICAL AND PRACTICAL ASPECTS OF NARCOTICS ABUSE IN CRIMINAL LAW REGULATIONS

SUMMARY

In this research paper the author discusses about crimes from group of criminal offences against human health which have legally controlled psychoactive substances as an object of perpetrator's act. In the first place, these offences are Unlawful Production and Circulation of Narcotics (Article 246) and Unlawful Possession of Narcotics (Article 246a) and (for this work needs, partly) Facilitating the Taking of Narcotics (Article 247).

In the first part of the work, there are basic theoretical questions of General part of a Criminal law which are related to these offences. It is discussed about decriminalization in the context of modern view of drugs' problem solving. We think that legalization of drugs has no perspective in future changes of Criminal Code of Serbia. „Drug possession“ is an offence which should be kept in our Criminal law system, despite its dogmatic and criminal policy shortcomings, such are dubious conditions for its applying. The first of them, „a smaller quantity“ is legal standard and depends on the circumstances of case. The second one is „own personal use“ of drugs and, it is the most criticized reason for sanctioning drug possession because it predicts that only drug addiction is the reason for incrimination. Despite some reasonable arguments, we would not completely agree with them. On the other side, there are some useful mechanisms in our current law which can meet those demands, in acts which are not socially as dangerous as, for example, manufacturing or putting into circulation. Those mechanisms are: an Act of Minor Significance (Article 18) and Remittance of Punishment (Article 58). Further, we have one disputable article which excluded some of criminal offences from Mitigation of Penalty and Unlawful Production and Circulation of Narcotics is one of them (Article 57, paragraph 2 and 3). It is controversial because it derogates general institutes of Criminal law, for example Attempt or Substantially Diminished Mental Capacity. Also, we have mentioned Seizure of Objects as one of the Security Measures in the context of the Principle of the Opportunity of Criminal Procedure, because the positive Criminal Procedure Code of the Republic Serbia has no explicit provision about it, hereof we suggest a few ideas how that problem can be solved.

In the second part of the work, in which criminal offences are analyzed through the judicial practice, the author pays special attention to the conditions which represent characteristics of criminal offences from Article 246 and Article 246a of the Criminal Code, especially to the difference between „keeping for personal use“ and „keeping for circulation“. It is quite sensitive question because it has influence on: jurisdiction, costs of the procedure, mandatory defence, sentencing range etc.

In the end, the author recapitulates basic ideas of this research paper and offers possible *de lege ferenda* solutions for the narcotic abuse in Serbian Criminal Law.

Key words: Narcotics, Possession, Decriminalization, Smaller Quantity, Mitigation of Penalty