

UDK 343 : ISSN 2217-219X

CRIMEN

ČASOPIS ZA KRIVIČNE NAUKE || JOURNAL FOR CRIMINAL JUSTICE



PRAVNI FAKULTET
UNIVERZITETA U BEOGRADU



Institut za uporedno pravo

BEOGRAD 2011 / BROJ 1 / GODINA II

CRIMEN

ČASOPIS ZA KRIVIČNE NAUKE || JOURNAL FOR CRIMINAL JUSTICE

Izdavači

Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Institut za uporedno pravo iz Beograda
u saradnji sa Kriminološkom sekcijom Srpskog udruženja za krivično pravnu teoriju i praksu

Izdavački savet / Scientific council

Strani članovi / Foreign members:

prof. dr Hans-Jörg Albrecht, Maks Plank Institut za strano i međunarodno krivično pravo, Frajburg (Nemačka)
prof. dr Jacqueline Azzopardi, Univerzitet u Valeti (Malta)
prof. dr Michael Bock, Univerzitet Johanes Gutenberg u Majncu (Nemačka)
prof. dr Serge Brochu, Univerzitet u Montrealu (Kanada)
prof. dr Christian Grafl, Univerzitet u Beču (Austrija)
prof. dr Stefano Ferracuti, Univerzitet La Sapienza u Rimu (Italija)
prof. dr Dragan Milovanovic, Severnoistočni Univerzitet Ilinois u Čikagu (SAD)
akademik prof. dr Eduard Filipovič Pobegajlo, Moskva (Rusija)
prof. dr Jean Pradel, Univerzitet Poitiers (Francuska)
prof. dr Miroslav Scheinost, direktor Instituta za kriminologiju i socijalnu prevenciju u Pragu (Češka)
prof. dr Ulrich Sieber, Maks Plank Institut za strano i međunarodno krivično pravo, Frajburg (Nemačka)

Domaći članovi / Members from Serbia:

prof. dr Živojin Aleksić, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu
akademik prof. dr Danilo Basta, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu
prof. dr Miroslav Đorđević, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu
prof. dr. Obrad Perić, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu
dr Aleksandra Rabrenović, Institut za uporedno pravo, Beograd
prof. dr Dragan Simeunović, Fakultet političkih nauka u Beogradu
prof. dr Snežana Soković, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu
prof. dr Radenko Vuković, Medicinski fakultet u Novom Sadu

Redakcija / Editorial board

Glavni i odgovorni urednik / Editor-in-Chief

prof. dr Zoran Stojanović, Pravni fakultet u Beogradu

Urednik / Associate editor

prof. dr Đorđe Ignjatović, Pravni fakultet u Beogradu

Članovi Redakcije / Editorial board members

dr Jovan Ćirić, direktor Instituta za Uporedno pravo, Beograd
dr Slobodan Vuković, Institut društvenih nauka, Beograd
prof. dr Milan Škulić, Pravni fakultet u Beogradu
prof. dr Đorđe Đorđević, Kriminalističko – policijska akademija, Beograd
prof. dr Goran Ilić, Pravni fakultet u Beogradu
prof. dr Nataša Delić, Pravni fakultet u Beogradu
mr Jasmina Kiurski, zamenik apelacionog javnog tužioca u Beogradu
Damir Joka, Ministarstvo pravde, Uprava za izvršenje krivičnih sankcija, Beograd

Saradnici / Assistants

mr Vanja Bajović, Pravni fakultet u Beogradu, lektor
Natalija Lukić, Pravni fakultet u Beogradu, sekretar redakcije
Ivana Marković, Pravni fakultet u Beogradu, sekretar redakcije

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

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

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

ADRESA REDAKCIJE / EDITORIAL ADDRESS:

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

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

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

Priprema i štampa: Dosije studio, Beograd

GODIŠNJA PRETPLATA : 600 RSD (za studente 300); pojedinačan broj 300 RSD /

Annual subscription: 30 €

CRIMEN

ČASOPIS ZA KRIVIČNE NAUKE || JOURNAL FOR CRIMINAL JUSTICE

(II) 1/2011 str. 1–168

SADRŽAJ

ČLANCI

- Zoran Stojanović, Preventivna funkcija krivičnog prava 3
- Maurizio Pompili, Stefano Ferracuti, Suicide and some of its legal
problems with particular reference to the shizophrenia patient 26
- Branislav Ristivojević, O zaštitnom objektu zločina protiv čovečnosti:
novo ruho međunarodnog prava o ljudskim pravima 52
- Marija Karanikić Mirić, Odmeravanje naknade štete prema
vrednosti koju je stvar imala za oštećenika 67
- Dragiša Drakić, Tatjana Lukić, Krivično pravo i sposobnost
čovekovog samoodređenja 88

OSVRTI

- Predrag Četković, Značenje sintagme privatna imovina
u Krivičnom zakoniku RS 99
- Jelena Lopičić-Jančić, Konvencija o poboljšanju sudbine vojnih
ranjenika u vojskama u ratu od 22. avgusta 1864. godine 107
- Miloš Milovanović, Ratni izveštači kao svedoci
u međunarodnom krivičnom pravu – „slučaj Randal“ 116

IZ ISTORIJE KRIVIČNIH NAUKA

- Zoran Stojanović, Grgur Milovanović – profesor
krivičnog prava i krivičnog postupka 133
- Grgur Milovanović, Krivično pravo, predavanja za godinu 1890–91 138

PRIKAZI

- Winfried Hassemer, Warum Strafe sein muss. Ein Plädoyer 154
- Phyllis B. Gerstenfeld, Hate Crimes 161

IN MEMORIAM

- Obrad Perić 166

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд
343

CRIMEN : časopis za krivične nauke = Journal
for Criminal Justice / glavni i odgovorni urednik
Zoran Stojanović. – God. 1, br. 1 (2010)– . – Beograd
(Bulevar kralja Aleksandra 67) : Pravni fakultet : Institut
za uporedno pravo, 2010– (Beograd : Dosije). – 24 cm

Dva puta godišnje
ISSN 2217-219X = Crimen (Beograd)
COBISS.SR-ID 174945036

Zoran Stojanović*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

PREVENTIVNA FUNKCIJA KRIVIČNOG PRAVA

Apstrakt: Rasprava o preventivnoj funkciji krivičnog prava u prvi plan stavlja svrhu kažnjavanja. Međutim, od podjednakog značaja za ostvarivanje preventivne uloge krivičnog zakonodavstva jeste određivanje njegovih granica, pa su i pitanja kriminalizacije i dekriminalizacije neizbežna. Racionalan krivični zakonodavac mora voditi računa o tome kada će i pod kojim uslovima koristiti krivično pravo. Neprihvatljivo je pretvaranje kriminalne u bezbednosnu politiku jer to vodi još neefikasnijem krivičnom pravu koje je uz to i neprijateljski nastrojeno prema učiniocu krivičnog dela, a i u čitavom društvu stvara takvu klimu u kojoj se u svakom građaninu vidi potencijalni neprijatelj, odnosno onaj ko može da naruši bezbednost. Suzbijanje terorizma, organizovanog kriminaliteta, korupcije i nekih drugih ponašanja sve više nosi sa sobom opasnosti koje se mogu meriti sa samom opasnošću od tih vidova kriminaliteta.

Danas nije realno očekivati da će savremeni krivični zakonodavac prestati da sve više ulazi u (za njega) nedozvoljenu zonu, što će u bliskoj budućnosti dovesti do krize legitimiteta krivičnog zakonodavstva (o njoj se već danas može govoriti). Zadatak je nauke, ali i svakog onog ko racionalno gleda na suzbijanje kriminaliteta, da uoči i upozori na negativne trendove umesto da ih podržava. Zalaganje za preostru i preširoku krivičnopravnu represiju vodi ozbiljnim štetnim posledicama za pojedinca i društvo, a da se pri tome ne samo da ne dobija ništa na planu prevencije, već to vodi daljem slabljenju krivičnopravnog sistema. Izgleda da je potrebno stalno ponavljati da zaoštavanje propisanih kazni, samo po sebi, nema preventivno dejstvo. Umesto toga, treba postići to da dovoljan broj učinilaca krivičnih dela bude kažnjen srazmernom kaznom. Kao što uže inkriminacije imaju više izgleda da budu primenjivane od onih preširoko postavljenih, tako postoji i veća verovatnoća da će se češće primenjivati umerene kazne od onih prestrogih. Što je stroža propisana kazna, manji su izgledi da će ona biti primenjivana i obrnuto.

Iako je za preventivno dejstvo krivičnog prava ključna njegova primena, to ne znači da je opravdano težiti tome da se primeni krivična sankcija na svakoga ko je učinio (bilo koje) krivično delo. Dovoljno je da se to čini u meri koja pretnju kaznom čini ozbiljnom. Štaviše, preterana primena krivičnog prava s jedne strane ne doprinosi prevenciji, a s druge strane predstavlja preveliki teret za bilo koje društvo.

Ključne reči: krivično zakonodavstvo, generalna prevencija, specijalna prevencija, retribucija, kriminalizacija, dekriminalizacija.

* redovni profesor, profstojanovic@gmail.com

1. UVODNE NAPOMENE

Odavno se ukazuje da su prevencija i represija u krivičnom pravu u tesnoj međusobnoj vezi. Iako je krivično pravo pre svega represivnog karaktera, represija nije sama sebi cilj; ona je u funkciji prevencije. Kažnjava se ne samo zato što je učinjeno krivično delo, već i zato da se ne bi vršila krivična dela. Ali, isto tako, i to treba danas posebno naglasiti, kažnjava se ne samo zato da se ne bi vršila krivična dela, već i zato što je učinjeno krivično delo. Bilo bi neprihvatljivo da se krivično pravo koristi samo zato da se ne bi vršila krivična dela. Jedno čisto preventivno krivično pravo koje bi učinjeno krivično delo potisnulo u drugi plan, ili koje bi čak odustalo od učinjenog krivičnog dela kao glavnog i obaveznog uslova za primenu kazne, prestalo bi da bude pravo shvaćeno u pravno-državnom smislu. Međutim, kada se govori o odnosu represije i prevencije,¹ trebalo bi poći od toga da pojam represije obuhvata ne samo primenu kazne ili druge krivične sankcije, već i pretnju kaznom. I samo propisivanje određenih ponašanja kao krivičnih dela i pretnja kaznom koja se na to nadovezuje, predstavlja krivičnopravnu represiju (bar shvaćenu u širem smislu). Ako se pojam represije shvati šire u navedenom smislu, onda čvrsta veza između represije i prevencije postaje još više uočljiva. U tom slučaju i razlika u pogledu vremenskog elementa u smislu da se prevencija preduzima pre, a represija posle izvršenog krivičnog dela postaje relativna. Naime, represija nije okrenuta samo prošlosti kako se to obično ističe. Ona je delimično okrenuta i ka budućnosti, ona za cilj ima i sprečavanje vršenja nekog ponašanja i tu je njeno polje delovanja zajedničko sa prevencijom. Ipak, ne bi bilo opravdano negirati osnovnu razliku između ova dva pojma. I etimološki postoji razlika u pogledu značenja ova dva pojma: prevencija je sprečavanje, dok represija podrazumeva suzbijanje.

Do nedavno se nije dovodilo u sumnju kakvo – takvo preventivno dejstvo krivičnog prava. U kojoj meri je ono ispunjavalo očekivanja, mišljenja su se razilazila. Međutim, u novije vreme sve se više govori o tome da je tradicionalno krivično pravo u uslovima promenjenih društvenih prilika povezanih sa povećanim rizicima i složenosti savremenih oblika kriminaliteta kako na globalnom tako i na nacionalnom nivou dostiglo svoje funkcionalne granice.² Njegov najnoviji razvoj se kreće u pravcu stvaranja bezbednosnog prava koje polazi od široko shvaćenog pojma bezbednosti. Ono ide mnogo dalje od uobičajenog shvatanja prevencije, a u vezi sa tim sve više jača i dobijaju na značaju izvršna vlast i policija, a slabi sudska vlast.³ Iako nedostaju proverljivi dokazi da takve opasnosti i rizici zaista postoje i u kojoj meri, kao i za to da je proširivanje pojma bezbednosti u stanju da redukuje te opasnosti,⁴ ta tendencija sve više prodire kako kod nas, tako i u evropskim zemljama. U materijalnom, procesnom i izvršnom krivičnom pravu u novije vreme dolazi do izražaja postavljanje krivičnom pravu kao glavnog cilja postizanje bezbednosti i otklanjanje

1 O uobičajenom shvatanju odnosa prevencije i represije vid. M. Möstl, *Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung*, Tübingen, 2002, pp. 147–148.

2 Vid. U. Sieber, *Grenzen des Strafrechts*, Sonderdruck aus Band 119 (2007), *ZStW*, p. 67.

3 Kritički o toj orijentaciji vid. H.-J. Albrecht, *Der erweiterte Sicherheitsbegriff und seine Folgen*, *RAV*, Infobrief #91, 2003.

4 *Ibid*, p. 8.

različitih izvora opasnosti, a ne ostvarivanje prevencije zasnovane na srazmernoj represiji. Politika bezbednosti se ne zadovoljava samo onim što se kao zadatak postavljalo tradicionalnom krivičnom pravu. Ona ide znatno dalje i mnogo šire. Tako, sve se češće poseže za krivičnim pravom u predzoni ugrožavanja zaštićenog dobra, inkriminišu se pripreme radnje, a ima i nastojanja da se odustane od zaštitne funkcije krivičnog prava shvaćene u uobičajenom smislu, te da mu se kao osnovni zadatak postavi ostvarivanje bezbednosti. Međutim, bezbedno društvo i bezbedan pojedinac u njemu zahteva niz odricanja i restrikcija na planu osnovnih prava i sloboda građana. Bezbednosna orijentacija u krivičnom pravu uvek znači i zaoštavanje i širenje krivičnopravne represije.⁵ Nastoji se da se reaguje već na prve znake opasnosti. Sve više opasnost, a manje krivično delo postaju osnov za krivičnopravnu reakciju. I objektivna odgovornost, sve više, na prikriven ili otvoren način, prodire u krivično pravo.⁶ Čini se da je došlo do oživljavanja, pa i do realizacije nekih prevaziđenih i sa osnovom odbačenih ideja. Obično se kao razlog za to navode nove pojave u savremenom društvu koje sa sobom nose i nove rizike i opasnosti. Da li je to opravdano, ili treba ostati pri krivičnom pravu i manje-više skromnim (ali važnim i nezamenljivim) preventivnim rezultatima koje ono na tom planu postiže? Iako su danas bezbednosni izazovi veliki, pravno-državno krivično pravo uz određene modifikacije i prilagođavanje stvarnim potrebama čoveka i društva ima prednost. Zato nema opravdanja da se odustane od dosadašnje koncepcije krivičnog prava zasnovanog na generalnoj i specijalnoj prevenciji. No, gde su granice preventivnih težnji? Iako retribucija danas ne može biti legitiman cilj krivičnog prava (bar ne glavni ili jedini), ona u odnosu na prevenciju ima jednu prednost: ona u sebi sadrži samoograničavajući mehanizam. Retribucija (ili odmazda) kao cilj krivičnog prava uspostavlja srazmernost kao meru represije. Prevencija, pak, u sebi ne sadrži mehanizam koji bi ograničavao krivičnopravnu represiju. Sa aspekta prevencije, to bi mogao biti jedino uspeh koji se postiže u suzbijanju kriminaliteta. Pošto danas postoji nezadovoljstvo u pogledu rezultata koje krivično pravo postiže u obavljanju svoje osnovne funkcije, dolazi do konstantnog širenja i jačanja krivičnopravne represije što ugrožava i samo krivično pravo. Umesto prodora bezbednosnih težnji u krivično pravo, treba jačati preventivnu ulogu krivičnog prava zasnovanoj na krivičnom delu i njegovoj težini. To u izvesnoj meri unosi retributivnu crtu u prevenciju. Međutim, to ne predstavlja nikakvu „mešovitu“ teoriju, niti znači da retribuciji treba dati bilo kakvo mesto prilikom određivanja svrhe kazne i krivičnog prava. Određeni njeni elementi mogu da predstavljaju prepreku ničim ograničenoj prevenciji koja pretila da i samo krivično pravo transformiše u nepoželjnom smeru.

U ovom radu se analiziraju neka, može se reći već tradicionalna pitanja vezana za preventivnu ulogu krivičnog prava imajući u vidu neke najnovije ispoljene tendencije u krivičnom zakonodavstvu i njegovoj primeni u svetu i u Srbiji. Osim generalne i specijalne prevencije, za tu ulogu je od prvorazrednog značaja i pitanje

5 To nije strano ni krivičnom pravu koje je prenaglašeno preventivno orijentisano. Ono može takođe da vodi načelno neprihvatljivim merama. Kao primer se može navesti stav o opravdanosti primene sankcija ante delictum. Ova odavno odbačena ideja u krivičnom pravu, danas se sve više realizuje u jednoj prikrivenoj formi, u formi inkriminisanja i najudaljenijih pripremnih radnji.

6 Vid. J. Ćirić, *Objektivna odgovornost u krivičnom pravu*, Beograd, 2008.

određivanja granica kriminalne zone, odnosno onoga u odnosu na šta se želi ostvarivati prevencija. Zato se razmatraju i neka pitanja kriminalizacije i dekriminalizacije.

2. PREVENCIJA I OSTVARIVANJE ZAŠTITNE FUNKCIJE KRIVIČNOG PRAVA

2.1. Odnos generalne i specijalne prevencije

Da li se zaštita krivičnim pravom pruža samo generalno u odnosu na moguće napade na zaštićena dobra, ili se to čini i u konkretnim slučajevima kroz primenu krivičnog prava? Za zaštitu u konkretnom slučaju je kasno jer je već došlo do napada na zaštićeno dobro. Štaviše, u tom konkretnom slučaju zaštita je bila neuspešna.⁷ To znači da se zaštita odvija pre svega na normativnom, opštem, zakonskom nivou. Krivičnopravna zaštita obuhvata i primenu krivičnog prava, ali tu ne može biti reči o zaštiti u konkretnim slučajevima, već o zaštiti od eventualnih budućih napada na zaštićeno dobro. Zaštitnu funkciju obezbeđuje upravo mogućnost primene krivičnog prava, a ta mogućnost, ukoliko se ono stvarno ne bi primenjivalo, sama po sebi ne bi ništa značila. To znači da je primena krivičnog prava, pre svega, u funkciji ostvarivanja generalne prevencije.

Ako se pođe od toga da se zaštitna funkcija krivičnog prava obavlja na zakonskom planu, kroz potencijalnu primenu krivičnog prava, a da sama primena predstavlja pre svega izraz i dokaz tog potencijala, onda se time nužno dolazi i do zaključka da zaprećena kazna predstavlja osnovni instrument krivičnopravne zaštite. I pored nastojanja da se krivično pravo orijentiše i na druge krivične sankcije, sankcija na kojoj se zasniva čitavo krivično pravo jeste kazna. Druge krivične sankcije ili imaju karakter sporednih, dopunskih sankcija ili se samostalno mogu primenjivati samo u odnosu na uzak krug učinilaca. Tako, mere bezbednosti su za generalnu prevenciju od marginalnog značaja, tj. samo nekima od njih bi se mogla priznati izvesna, sporedna uloga na tom planu. Postoje i određene sankcije koje mogu biti alternativa kazni, ali su bez nje nezamislive. Osim toga, kada se radi o zakonskom oblikovanju krivičnopravne zaštite bilo bi, iz više razloga, nezamislivo da se za neko krivično delo ne propiše kazna, već neka druga krivična sankcija. Dalje, ako se pođe od stava da se zaštita primarno vrši na zakonskom nivou kroz određivanje ponašanja koja predstavljaju krivično delo, nužno se prednost mora dati generalnoj u odnosu na specijalnu prevenciju. Kriminalnopolitička odluka o tome da li da se određeno ponašanje proglasi kriminalnim, kao i utvrđivanje kaznenog raspona, uglavnom je određeno generalnom prevencijom.⁸

Postavlja se pitanje da li se celokupna krivičnopravna zaštita može osloniti na generalno-preventivni učinak kazne, a takođe da li i kakvu ulogu ima specijalna prevencija u ostvarivanju te zaštite. Što se tiče specijalne prevencije, ona ne može biti osnovni mehanizam funkcionisanja krivičnopravne zaštite iz jednostavnog razloga

7 Tako i Welzel, koji iz toga izvodi zaključak da nije primarni zadatak krivičnog prava da štiti određena dobra, već da štiti elementarne socijalnoetičke vrednosti, a tek kroz to, posredno, i pojedina pravna dobra. Up. H. Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, Berlin, 1969, p. 35.

8 Tako H.-J. Albrecht, in: *Kleines Kriminologisches Wörterbuch*, Heidelberg, 1985, p. 132.

što i onda kada bi bila potpuno efikasna, njeno dejstvo se ograničava samo na lica kojima je izrečena krivična sankcija. Van njenog dometa su potencijalni učiniooci, odnosno oni koji nisu bili osuđivani. I samo dejstvo specijalne prevencije, kao i njen odnos sa generalnom prevencijom može biti sporan. Jer, šta na učinioca koji je bio kažnjen, odnosno na koga je bila primenjena neka druga krivična sankcija, deluje da ne vrši nova krivična dela: da li je to primenjena kazna odnosno krivična sankcija, ili je to pretnja kaznom u slučaju novog krivičnog dela? Sama činjenica da je učinilac bio kažnjen ne bi bila prepreka za vršenje novih krivičnih dela ukoliko ne bi postojala mogućnost ponovnog kažnjavanja. I na takvog učinioca treba da deluje pretnja kaznom, a ne primenjena kazna. To što je bio kažnjen može biti osnov za očekivanje da će pretnja kaznom na njega efikasnije delovati, ali to i ne mora biti tako. Poznato je da povratnik, ako je prema njemu bila primenjena kazna lišenja slobode mnogo manje gubi primenom nove kazne, nego neko ko nije bio kažnjavan. Radi se o gubitku socijalnog statusa i stigmatizaciji koja pojačava generalno preventivno dejstvo kazne, što je manje-više odsutno kod onoga ko je već bio kažnjavan.⁹ Iz toga se ne može zaključiti da primenjena kazna negativno utiče na efikasnost pretnje kaznom, jer je verovatno da kod ovih upoređivanja deluju i neki drugi faktori, ali to donekle dovodi u sumnju pretpostavku da primenjena kazna pojačava pretnju kaznom i tako deluje preventivno na osuđene učinioce krivičnih dela. Nesumnjiv specijalno-preventivni učinak u smislu krivičnopravne zaštite može se konstatovati samo u pogledu onemogućavanja osuđenog lica da vrši nova krivična dela za vreme izdržavanja kazne lišenja slobode, ili dok traju određene mere bezbednosti.¹⁰ Izvesno dejstvo u tom smislu imaju i one sankcije koje čine učinioca više „vidljivim“, ili predstavljaju pretnju da se pretvore u težu sankciju u slučaju vršenja novog krivičnog dela. No, specijalno-preventivni učinak u odnosu na osuđeno lice, čak i za vreme izdržavanja kazne lišenja slobode ne vodi nekim značajnijim globalnim efektima. Ni argument da mali broj lica vrši veliki broj krivičnih dela ne znači u tom pogledu mnogo. Brojna istraživanja su pokazala da stopa kriminaliteta nije u korelaciji sa stopom osuđenih na kaznu lišenja slobode i da ona može ostati nepromenjena bez obzira na to koliko učinilaca izdržava kaznu lišenja slobode.¹¹ Na njihovo mesto stupaju novi učiniooci i to, često u broju koji prevazilazi broj onih koji su kaznom lišenja slobode onemogućeni da vrše krivična dela.¹² Iako to ukazuje i na neefikasnost generalne prevencije, činjenica je da sprečavanje osuđenih učinilaca u daljem vršenju krivičnih dela ne utiče na obim i

9 I neka istraživanja pokazuju da pretnja kaznom manje deluje na one koji su bili osuđivani u odnosu na kontrolnu grupu lica koja nisu bila osuđivana. Tako C. H. M. Stewart, D. R. Hemsley, Risk Perception and likelihood of action in criminal offenders, *The British Journal of Criminology*, 2/1979, p. 117. Vid. i V. Wright, Deterrence in Criminal Justice – Evaluating Certainty vs. Severity of Punishment, *The Sentencing Project*, Washington, November 2010.

10 Doprinos specijalne prevencije krivičnopravnoj zaštiti se ne može videti u nekim sankcijama koje su krajnje dubiozne u pogledu svoje legitimnosti i neprihvatljive su za krivično pravo evropskih zemalja, koje takođe sasvim onemogućavaju učinioca da dalje vrši krivična dela (smrtna kazna), ili krivična dela određene vrste (kastacija npr.).

11 Vid. J. Senna, L. Siegel, *Introduction to Criminal Justice*, New York, Los Angeles, S. Francisco, 1984, p. 33.

12 Ch. Silberman tvrdi da i u slučaju kada bi svi učiniooci krivičnih dela bili zatvoreni, da će bar jedan broj novih učinilaca nastojati da iskoristi ekonomske prednosti vršenja krivičnih dela. Navedeno prema J. Senna, L. Siegel, *ibid.*

dinamiku kriminaliteta. Danas je prošireno shvatanje da specijalna prevencija, i to ne samo ona koja polazi od ideje resocijalizacije, ne može dati ozbiljniji doprinos ostvarivanju zaštitne funkcije krivičnog prava.¹³ To ne umanjuje značaj primene krivičnih sankcija za ostvarivanje zaštitne funkcije krivičnog prava, ali ne toliko zbog specijalne, koliko zbog generalne prevencije. Specijalna prevencija može da ima prednost samo u odnosu na uzak krug učinilaca na koje zbog njihove psihičke defektnosti ili drugih razloga, pretnja kaznom ne može da deluje, i gde samostalno, ili uz kaznu treba primenjivati druge krivične sankcije.

2.2. Generalna prevencija kao osnovni mehanizam ostvarivanja zaštitne funkcije krivičnog prava

Da li se ostvarivanje zaštitne funkcije krivičnog prava pre svega može osloniti na generalnu prevenciju? To je danas jedno od najvažnijih pitanja krivičnog prava za koje je odavno postalo neprihvatljivo da se oslanja samo na retributivizam. Koliko se pravnim normama uopšte, kao i drugim sredstvima socijalne kontrole, može uticati na ponašanje pojedinca? Specifičnost generalne prevencije u okviru krivičnog prava ogleda se u tome što se ona pre svega, ako ne isključivo, nastoji ostvariti kaznom. Ideja generalne prevencije je odavno poznata (Platon), ali do njenog oživljavanja i prihvatanja u nauci krivičnog prava dolazi kroz stavove Bekarije, Bentama i Fojerbaha. Od tada, ona je stalno prisutna, ali joj se davalo različito mesto u određivanju svrhe kazne i različito se shvatala njena sadržina. U izvesnim periodima ona je bila potisnuta (npr. apsolutnim teorijama kazne, ili kasnije pozitivističkim determinizmom), da bi opet izbijala u prvi plan. To se dešava i danas kada je ona ponovo u centru pažnje posle napuštanja orijentacije na tretman i resocijalizaciju. Međutim, zamah koji je ideja generalne prevencije dobila u poslednjim decenijama XX veka ne donosi mnogo novog u pogledu određivanja njenog sadržaja i saznavanja njenih stvarnih efekata. Ona je još u velikoj meri ostala zagonetka, što priznaju i njeni pobornici.¹⁴ Retko šta, polazeći od zdravorazumskog rezonovanja izgleda tako uverljivo, a da je ipak toliko sporno.¹⁵ Ono što je karakteristično za savremena shvatanja o generalnoj prevenciji jeste isticanje u prvi plan njenog dejstva na jačanje

13 Retki su pokušaji da se okretanjem ka pojedinačnom slučaju i razumevanjem kriminalnog ponašanja konkretnog učinioca razvijaju neke nove teorije specijalne prevencije. U tom smislu Bock ukazuje na mogućnosti nemačke primenjene kriminologije koja teži pozitivnoj specijalnoj prevenciji i kriminalnoj politici koja je utemeljena na interakciji i učenju, inkluziji, a ne ekskluziji učinioca. On smatra da samo primenjena kriminologija može sprečiti propast ideje pozitivne specijalne prevencije u krivičnom pravu. Up. M. Bock, Pozitivna generalna prevencija i nove tendencije u kriminalnoj politici, *Crimen*, br. 2/2010, str. 160, 166. Iako se treba složiti sa kritikom postojećeg stanja (vid. i nap. 54), primenjena kriminologija i orijentacija na pozitivnu specijalnu prevenciju ne može biti ozbiljna prepreka postojećim tendencijama koje idu ka jačanju „Feindstrafrecht“-a. Negativne tendencije koje idu u smeru formiranja totalitarnog krivičnog prava ne opravdavaju ponovno okretanje specijalnoj prevenciji, ma kako ona danas bila shvaćena i ma koliko ona bila trezvenije postavljena nego u doba kada je ideja o resocijalizaciji bila popularna.

14 Tako Andenaes priznaje da generalna prevencija u velikoj meri sadrži pretpostavke i nagađanja. J. Andenaes, *Punishment and Deterrence*, 1974, p. 910.

15 I Schmidhäuser ističe da je svojstveno sudbini teorije generalne prevencije da i na prvi pogled deluje jasno i uverljivo, a da je opet široko osporavana. Up. E. Schmidhäuser, *Vom Sinn der Strafe*, 2. Auflage, Göttingen, 1971, p. 53.

moralnih normi, tj. gledanje u ovoj funkciji generalne prevencije njenog osnovnog sadržaja. Već odavno se sadržaj generalne prevencije ne vidi samo u zastrašivanju, odnosno u onome što je Fojerbah nazvao psihološkom prinudom, već se ukazuje i na moralno vaspitni učinak generalne prevencije. To, naime, nije ništa novo.¹⁶ Novo je posebno naglašavanje te funkcije, njeno stavljanje u prvi plan, pa čak i svodenje generalne prevencije samo na tu funkciju. Govori se o tzv. pozitivnoj generalnoj prevenciji, za razliku od negativne generalne prevencije koja se sastoji u zastrašivanju propisanom kaznom.¹⁷ Pri tome nije retko da se taj moralno vaspitni uticaj shvata u najširem smislu.¹⁸

Pored pitanja da li generalna prevencija zaista obavlja ove dve funkcije, postavlja se i pitanje legitimnosti funkcije generalne prevencije koja se sastoji u zastrašivanju pretnjom kaznom. Poznat je prigovor retributivističkih teorija generalnoj prevenciji da niko ne može služiti kao sredstvo za zastrašivanje drugih, odnosno da čovek ne može služiti kao sredstvo za postizanje utilitarističkih ciljeva, da se on i njegova dobra ne mogu žrtvovati bez obzira kakva se društvena korist time postigla. Opšte je poznato da ovaj stav potiče od Kanta i Hegela. Da li Kantov stav može dovesti u sumnju legitimnost generalne prevencije koju treba ostvarivati kroz propisanu, zaprečenu kaznu?¹⁹ Pretnja koja je upućena potencijalnim učiniocima ne koristi nikoga da bi se drugi zastrašili, pa ni kao instrument za postizanje ciljeva koji su van onoga na koga se pretnja odnosi, tako da se Kantov argument može odnositi samo na primenu kazne. Ako se neko kažnjava samo zato da bi se na druge uticalo da ne vrše krivična dela, onda je to nepravedna kazna koja se ne može pravdati utilitarističkim ciljevima. Međutim, to bi bio slučaj samo kod kažnjavanja nevinog lica (hipotetički primer na koji se često nailazi u filozofskoj literaturi u oblasti etike kazne), ili pak kada bi neko zbog toga bio strože kažnjen od onoga što zaslužuje, tj. strožom kaznom od one koju zahteva stepen njegove krivice i težina izvršenog dela. Neko se ne kažnjava zbog drugih, nego zbog svojih postupaka, zbog toga da bi pretnja koja je i njemu bila upućena bila realizovana.²⁰ Ozbiljniji su neki savremeni prigovori

- 16 Vid. o tome Andenaes, *op. cit.*, p. 7. Neki strani krivični zakonici, pa i KZ Srbije, izričito su kod određivanja svrhe kazne obuhvatili i ovu funkciju kazne. Uobičajeno je da se ona naziva socijalno-etičkom funkcijom kazne i krivičnog prava.
- 17 Vid. H.-J. Albrecht, *op. cit.*, p. 133. I W. Hassemmer negira legitimnost i efikasnost funkcije generalne prevencije koja se sastoji u zastrašivanju kaznom (Strafziele im sozialwissenschaftlich orientierten Strafrecht, u: W. Hassemmer, K. Lüderssen, W. Naucke, *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?* Heidelberg, 1983, pp. 56–57).
- 18 O tome vid. *Report on Decriminalisation*, Strasbourg, 1980, p. 80. Andenaes kada govori o tom uticaju smatra čak da to ne podrazumeva nužno vrednosne sudove. Govoreći o moralnom i vaspitnom uticaju krivičnog prava i kazne, obuhvata time celokupan uticaj na stavove i ponašanja koji se ne bazira na strahu (J. Andenaes, *op. cit.*, p. 112).
- 19 Kant je u svom poznatom stavu isticao da kazna ne može biti korišćena *samo* kao sredstvo da se postigne neko dobro (...) da se ljudskim bićem ne sme nikada manipulirati *samo* kao sredstvom u neku drugu svrhu (...). Ovo je primećeno u literaturi, tako da ima i onih koji smatraju da Kant nije bio protiv generalne i specijalne prevencije kao dodatnih ciljeva kazne. Tako Murphy, Kant's theory of criminal punishment. In: J. Murphy, *Retribution, Justice and Therapy*, 1979, p. 82. Takođe i Kühl, ističući da prema Kantu prevencija kao sekundarna svrha kažnjavanja nije isključena, odnosno da se svrha kazne ne sme redukovati samo na prevenciju. Up. K. Kühl, *Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das Strafrecht*, Baden-Baden, 2001, p. 31.
- 20 Kantov prigovor bi eventualno mogao imati mesta u odnosu na propisivanje određenih ponašanja kao krivičnih dela u onim slučajevima kada se slede čisto utilitaristički ciljevi i to tako da se

kao što je onaj da zastrašivanje vređa ljudsko dostojanstvo,²¹ ili pak da je zastrašivanje građana u demokratskom društvu neprihvatljivo. Čak i ako izraz „zastrašivanje“ zamenimo izrazom „odvracanje“, u suštini se tu mnogo ne menja, jer se očekuje da pretnja kaznom kod potencijalnih učinilaca za posledicu ima strah od primene kazne. Možda upravo tu treba tražiti opravdanje pretnje kaznom: za razliku od pozitivne generalne prevencije koja treba da deluje integrišuće u odnosu na sve građane, pretnja kaznom shvaćena kao zastrašivanje, tj. negativna generalna prevencija, ne odnosi se na sve građane već na potencijalne učinioce.²² Jer, postoji moralna legitimnost da se na pretnju odgovori pretnjom. Presudno je koliko je zaštita određenog dobra krivičnim pravom legitimna. Visok stepen legitimnosti objekta krivičnopravne zaštite legitimira pod određenim uslovima i pretnju kaznom u odnosu na potencijalne napade na taj objekt. U vezi sa tim, postoje dve vrste krivičnih dela koja se razlikuju u pogledu kvaliteta legitimnosti generalne prevencije. Kod krivičnih dela u čiju se potrebu inkriminisanja teško može posumnjati prevencija zastrašivanjem je opravdana, kod drugih pak, diskusija u pogledu svrhe kazne je neizbežna.

Treba razmotriti još jedan prigovor koji se delimično odnosi na legitimnost generalne prevencije, a delimično na njenu efikasnost. Radi se o prigovoru koji polazi sa determinističkih pozicija, tj. od toga da je ponašanje čoveka uslovljeno, da čovek ne odlučuje o svojim postupcima i sl, te da pretiti kaznom nekome ko ne može slobodno da odlučuje o svojim postupcima, ne samo da nema nikakvog efekta, nego nije ni moralno opravdano. Ovaj prigovor je bio istican od strane italijanske pozitivne škole, ali i od nekih drugih autora. Međutim, isključivi determinizam je doktrina koja je jednako daleko od stvarnosti kao i apsolutni indeterminizam. Dok apsolutni indeterminizam precenjuje čoveka i njegove sposobnosti, determinizam ga svodi na biće nižeg ranga. U okviru „onoga što hoću od onoga što mogu“ i stvarnog odnosa determinizma i indeterminizma kao „njihovog realnog dijalektičkog jedinstva u beskrajnoj skali stepena određenosti i neodređenosti kod različitih pojava prirodne, društvene i psihičke stvarnosti“,²³ ima mesta i za generalnu prevenciju. To podrazumeva i poštovanje zahteva da predmet krivičnopravnih zabrana budu samo ponašanja koja su podobna da budu osnov za subjektivnu odgovornost, odnosno samo ona ponašanja kojima, prema opštem životnom iskustvu, čovek može upravljati, na čiji uzročni tok može uticati.

Generalnoj prevenciji se prigovara i to da ne može delovati u odnosu na nehatna krivična dela.²⁴ Ovaj prigovor je ozbiljan, naročito kada se radi o nesvesnom nehatu. No, on ne može voditi odbacivanju mogućnosti generalne prevencije u odnosu na nehatna ponašanja, već samo zahtevu da se njihovom inkriminisanju pristupa sa krajnjim oprezom i da se od toga odustane onda kada se, s obzirom na prirodu ponašanja, ne može očekivati bar minimalan generalno-preventivni učinak. Dovolj-

žele postići neki drugi, dalji ciljevi, da se zaštititi neki dalji zaštitni objekat od ugrožavanja, a ne ono što se inkriminisanim ponašanjem neposredno ugrožava ili povređuje.

21 Tako W. Hassemer, *op. cit.*, p. 56.

22 Ipak, moglo bi se tvrditi da su u krajnjoj liniji svi građani potencijalni izvršioци ako se ima u vidu brojnost inkriminacija u savremenom krivičnom zakonodavstvu.

23 B. Šešić, *Nužnost i sloboda*, Beograd, 1963, str. 293, 321.

24 Vid. G. Ross, *Entkriminalisierungstendenzen im Besonderen Teil*, Frankfurt, 1981, p. 230.

no je očekivati da će inkriminisanje nekog nehatnog ponašanja za rezultat imati povećani stepen pažnje onoga koji preduzima određene delatnosti, i to naročito u nekim oblastima (na primer, nehatno ugrožavanje javnog saobraćaja).

Generalna prevencija se stoga, čak i ona njena funkcija koja se sastoji u zastrašivanju, u pretnji kaznom, načelno ne bi mogla odbaciti kao nelegitimna. U tom pogledu postoji razlika između generalne prevencije kroz zaprečenu kaznu, i generalne prevencije prilikom odmeravanja kazne. Ukoliko bi se prilikom odmeravanja kazne davala prednost generalnoj prevenciji tome bi se, iz više razloga, moglo ozbiljno prigovoriti. No, to ne važi za generalnu prevenciju na zakonskom planu. Ima i filozofa koji, iako polaze od retributivizma, ne osporavaju generalnu prevenciju na zakonskom planu već samo prilikom odmeravanja kazne.²⁵

Problem predstavlja to da li je i u kojoj meri generalna prevencija efikasna. Za generalno-preventivno dejstvo kazne uobičajeno je da se postavljaju dva uslova: da je izvesna i da je dovoljno stroga. Pri tome, uslov da je zaprečena kazna stroga sporan je još od Bekarije. Naime, on je prvi ukazao na to da na preventivno dejstvo kazne ne utiče toliko njena strogost, koliko njena izvesnost.²⁶ Od tada se, po pravilu, daje prednost uslovu da je primena kazne izvesna, a da je pitanje strogosti drugorazrednog značaja.²⁷ Često se ističe ono što je i Bekarija rekao, a to je da i blaga kazna, ako je njena primena izvesna, deluje preventivno. I neka empirijska istraživanja potvrđuju tu korelaciju, dok korelacija između preventivnog učinka kazne i njene strogosti nije mogla biti potvrđena. Istraživanja u oblasti generalne prevencije i dalje su malobrojna i suočena su sa mnogim metodološkim problemima. Ipak, ona potvrđuju vezu između verovatnoće otkrivanja i kažnjavanja i generalno-preventivnog dejstva kazne, dok su istraživanja u pogledu odnosa strogosti kazne i generalne prevencije proti-

25 Tako J. D. Mabott ističe da se zakonodavac propisujući kazne rukovodi utilitarističkim razlozima, te da se zakonodavac nada da primena kazne neće biti potrebna. „Mnogi ljudi poštuju zakon zato što uviđaju da je njime uspostavljeni poredak razborit, neki zato što se pouzdaju u vlasti, neki po inerciji, neki iz straha. Kazna, dakle nije puka implikacija zakona. Uz izbor zakonodavca, nužan je još jedan: a to je izbor zločinca. On „navlači na sebe kaznu“ (J. D. Mabott, *Uvod u etiku*, Beograd, 1981, str. 159–160).

26 Nije strogost kazne ono što predstavlja prepreku da se vrše krivična dela već njena izvesnost, i sasvim umerena kazna koja je sigurna ostavljaće uvek veliki utisak, jer zla, čak i najmanja, kada su sigurna uvek plaše ljudske duše, ističe on (up. C. Beccaria, *Dei delitti a delle pene*, nuova edizione, Livorno, 1834, p. 82).

27 Ova konstatacija se odnosi samo na teoriju, ali ne i na zakonodavca. Naprotiv, zakonodavac se često pouzdaje samo u propisivanje strožih kazni verujući (ili bar deklarativno tvrdeći da veruje u to) da će se time efikasnije ostvarivati preventivna funkcija krivičnog zakonodavstva i efikasnije suzbijati kriminalitet. Naš je zakonodavac pokazao izrazitu sklonost u poslednjoj deceniji ka takvom gledanju na generalnu prevenciju u dva maha: 2003. i 2009. godine. Iako propisane kazne u Krivičnom zakoniku Srbije donetom 2005. godine daleko od toga da su bile blage, izmenama i dopunama iz 2009. godine koje su usvojene po hitnom postupku propisane su osetno strože kazne kod oko jedne trećine krivičnih dela pozivanjem na potrebe generalne prevencije. Šta za to reći osim da se radi o „primitivnoj logici po kojoj je grozničavo zaoštravanje represije jedini pravac kontrole kriminaliteta“ (kao što primećuje Đ. Ignjatović, *Kriminalitet i reagovanje države. U: Strategija državnog reagovanja protiv kriminala*, Beograd, 2003, str. 34). Postoji, međutim, sumnja da se iza toga kriju neki drugi nelegitimni ciljevi jer je teško poverovati u to da je takav zahvat u postojeće krivično zakonodavstvo samo posledica neznanja i naivnosti onih koji su o tome stvarno odlučivali.

vrećna.²⁸ Danas postoji saglasnost oko toga da za one potencijalne učinioca na koje uopšte zaprećena kazna može da deluje odvraćajuće, mnogo veći značaj ima stepen rizika da će biti otkriven i osuđen, nego strogost propisane kazne.²⁹ Ima i onih koji ostaju pri tome da generalno-preventivni učinak zavisi i od strogosti zaprećene kazne.³⁰ U vezi sa tim značajna su istraživanja koja se odnose na generalno-preventivni učinak smrtne kazne. Dok većina tih istraživanja dolazi do rezultata da obim vršenja krivičnih dela ne zavisi od zaprećene smrtne kazne,³¹ Ehrlich, koristeći se ekonometrijskom analizom, dolazi do suprotnog rezultata.³² Ovom se istraživanju upućuju ozbiljne kritike, jer koristi ekonomske metode polazeći od „homo economicus“-a što se naročito kod generalne prevencije dovodi u pitanje.³³ Često je isticano da se potencijalni učinilac najčešće ne odlučuje na vršenje krivičnog dela posle razumnog odmeravanja razloga za i protiv, odnosno posle kalkulacije u vezi sa visinom odnosno strogošću zaprećene kazne i koristi od izvršenog krivičnog dela, te da ako uopšte sa nečim kalkuliše, to je sa opasnošću da bude otkriven.³⁴ Ni odmeravanja strogih kazni u praksi ne vodi efikasnijoj generalnoj prevenciji.³⁵ Strogost kazne može da doprinese generalno-preventivnom učinku samo pod uslovom da postoji dovoljan stepen izvesnosti da će kazna biti primenjena. Međutim, efikasnost primene krivičnog prava i izvesnost da će doći do primene kazne, naročito u oblasti nekih delikata, toliko je mala da strogost propisane kazne nema nikakav značaj.

Za pitanje efikasnosti generalne prevencije posebno su važna istraživanja koja se odnose na tamnu brojku kriminaliteta i selekciju krivičnog gonjenja. Ta brojka je po pravilu veoma visoka, s tim što postoje izvesne razlike između pojedinih krivičnih dela. Ipak, pitanje je koliko je tamna brojka direktan pokazatelj efikasnosti generalne prevencije, kao i da li različitu visinu ove brojke treba pripisati različitom generalno-preventivnom efektu kod pojedinih krivičnih dela. Iako generalno-preventivni učinak u velikoj meri zavisi od karakteristika ponašanja na koje se želi uticati (što, kada se govori o generalnoj prevenciji, nije dovoljno uočeno), teško je nižu tamnu brojku kod nekih krivičnih dela u odnosu na druga pripisati efikasnijoj generalnoj prevenciji, jer je neizvesno koji su sve faktori na to sve uticali. Osim toga, visok procenat otkrivenih krivičnih dela može upravo ukazivati na neuspešnu generalnu prevenciju. O efikasnosti generalne prevencije moglo bi se govoriti samo ako

28 Up. H.-J. Albrecht, *op. cit.*, p. 134.

29 Vid. C. Roxin, *Strafrecht AT*, Band I, 4. Auflage, München, 2006, p. 80.

30 Tako Andenaes smatra da potencijalni učinilac koji razmatra mogućnost kažnjavanja može uzimati u obzir strogost kazne isto toliko koliko i rizik da bude otkriven, te da će možda rizikovati godinu, ali ne i deset godina zatvora (J. Andenaes, *op. cit.*, p. 55).

31 Najpoznatije je istraživanje T. Sellina. Siegel istice da skoro da nema istraživanja koje bi dokazivalo bilo kratkotrajan, bilo dugotrajan generalno-preventivni učinak smrtne kazne na obim vršenja krivičnog dela ubistva, već naprotiv da postoje dokazi da upotreba smrtne kazne ima suprotne efekte. L. Siegel, *Criminology*, 1989, p. 535.

32 I. Ehrlich, The Deterrent Effect of Capital Punishment: A Question of Life and Death, *The American Economic Review*, No 3, 1975, pp. 397–417.

33 H.-J. Albrecht, *op. cit.*, pp. 134–135.

34 Tako P. Bockelmann, *Vom Sinne der Strafe*, u: Heidelberger Jahrbücher V, 1961, p. 33.

35 Kaiser ističe da istraživanja u vezi sa zaoštavanjem kaznene politike prilikom odmeravanja kazne za saobraćajna krivična dela nisu mogla potvrditi opravdanost te prakse, te da preventivne efekte treba ostvarivati na planu krivičnog gonjenja. Up. G. Kaiser, *Kriminologie*, Heidelberg, 1983, p. 90.

bi bilo moguće utvrditi da se posle dekriminalizacije neko ponašanje češće vrši, a da tome nisu doprineli neki drugi faktori, ili pak da se ponašanje koje nije bilo krivično delo, nakon inkriminisanja ređe vrši. Ni visoka tamna brojka ne znači nužno da generalna prevencija uopšte ne deluje, jer se može tvrditi da bi se neko ponašanje još češće vršilo u slučaju da nije inkriminirano, odnosno da ne deluje pretnja kaznom. Ipak, i najskromnije procene ukupne tamne brojke ukazuju da je glavni uslov za generalno-preventivno dejstvo odsutan, a to je izvesnost da će kazna biti primenjena. To postavlja pitanje da li je moguće postići visok stepen izvesnosti da će kazna biti primenjena, i da li bi to nužno vodilo efikasnoj generalnoj prevenciji. Naime, teško je osporiti činjenicu da kazna koja će se sigurno primeniti deluje preventivno.³⁶ No, da li krivično pravo i krivično pravosuđe mogu obezbediti efikasnu primenu kazne? Da li je moguće da svi dobiju ono što su „zaslužili“, čime bi bio ostvaren i princip pravednosti? Samo drastično podizanje efikasnosti primene krivičnog prava može da obezbedi visok stepen izvesnosti da će kazna, odnosno krivična sankcija biti primenjena. Međutim, takva efikasnost, naročito kada su u pitanju neka krivična dela, značila bi osetno ograničavanje prava i sloboda građana. To bi vodilo i širokom korišćenju takvih metoda u otkrivanju krivičnih dela, kao što je elektronsko nadziranje i prisluškivanje, korišćenje agenta provokatora i sl. Postizanje takvog efikasnog krivičnog prava teško je ostvariti i bez odustajanja od nekih krivičnoprocesnih garantija. Pravosuđe i policija bi morali biti mnogostruko uvećani. I u slučaju kada bi jedno društvo htelo i moglo da podnese direktne troškove,³⁷ takav moćan aparat bi predstavljao ne samo teret već i opasnost za čitavo društvo. Ako bi to i bilo moguće ostvariti, pitanje je šta bi se na planu generalne prevencije dobilo. Postale su poznate reči da „kazna svoju društvenu delotvornost može sačuvati sve dok većina ne dobije ono što je zaslužila“.³⁸ I zaista, ako „sused s leva i desna bude kažnjen, kazna gubi svoju moralnu težinu, nešto što se skoro svakome događa ne deluje više diskriminirajuće, i kazna se može istrošiti. Kada se norma ne primenjuje ili se retko sankcioniše, ona gubi svoje zube, ako mora stalno da grize zubi postaju tupi“.³⁹ Izgleda da se selektivna primena krivičnog prava prihvata kao nešto što je u samoj suštini njegovog funkcionisanja. Samo radikalni kritičari krivičnog prava kao što je Hulsman pitaju se kako smatrati normalnim jedan sistem koji u društvenom životu

36 U literaturi se nailazi na primer radarske kontrole u saobraćaju, kada vozači upozoreni od drugih vozača na kontrolu prilagođavaju brzinu dozvoljenoj brzini, jer iako se ne radi o strogoj kazni, činjenica da će sigurno biti kažnjeni utiče na promenu njihovog ponašanja (vid. npr. Schmidhäuser, *op. cit.*, pp. 55–56). Andenaes navodi i primer poštovanja propisa o zamračivanju u okupiranim zemljama za vreme Drugog svetskog rata, jer je otkrivanje nepostupanja po tim propisima bilo skoro sasvim izvesno. Up. Andenaes, *op. cit.*, p. 11.

37 Jedna od parola populističke kriminalne politike i način za dobijanje političkih poena jeste i „borba protiv kriminaliteta po svaku cenu“. Međutim, teško da bi i jedan razuman političar zaista prihvatio previsoku cenu za suzbijanje kriminaliteta. Jer, „ta cena je manja javna potrošnja u drugim oblastima u kojima država, odnosno javni sektor neposredno ili posredno pruža usluge finansirane iz budžeta“. Up. B. Begović, *Ekonomska teorija generalne prevencije: osnovna pitanja, Crimen*, br. 1/ 2010, str. 53.

38 H. Popitz, *Über die Präventivwirkung des Nichtswissens*, Tübingen, 1968, p. 20.

39 *Ibid.* Popitz dalje dodaje da kada sused s leva i desna biva kažnjen, ne gubi samo sankcija svoju težinu. Time postaje očigledno da se ni sused ne drži norme. Ako se suviše njih stavlja na stub srama ne samo da on gubi svoju strahotu, nego i povreda norme svoj izuzetni karakter, a time i delo gubi karakter nečega čime je nešto „razbijeno“, uništeno.

interveniše samo na marginalan način i u statističkom smislu samo izuzetno. Za njega ogromna tamna brojka nije samo jedna anomalija, već očigledan dokaz apsurdnosti kaznenog sistema koji je stran životu ljudi.⁴⁰ Nasuprot tome, u poslednje vreme u nekim zemljama dolazi do ozbiljne primene krivičnog prava, odnosno do njegove ekspanzije i to ne samo na normativnom planu, nego i u primeni. Najbolji primer za to su SAD. Iako se sa osnovom moglo očekivati da će to imati određene rezultate u smanjenju stope kriminaliteta, dogodilo se upravo obrnuto. Pri stalnom povećanju stope osuđenih lica, stopa kriminaliteta ostaje stabilna, pa čak i raste. To što nije došlo do opadanja stope kriminaliteta i pored izrazitog zaoštavanja u pogledu primene kazne (broja osuđenih i visine izricanih kazni) ukazuje na paradoksalno kažnjavanje.⁴¹ Bez obzira na moguća objašnjenja, konstatuje se da to što nije došlo do smanjenja stope kriminaliteta za vreme dok je broj osuđenih lica na kaznu lišenja slobode rapidno i konstantno rastao, ukazuje na to da je kažnjavanje bilo neefektivno, irelevantno ili čak i provokativno u odnosu na kriminalitet.⁴² Ako je to tako,⁴³ gde onda tražiti rešenje?

Rešenje nije mirenje sa postojećim stanjem, odnosno prihvatanje rezigniranog stava da se krivičnim pravom kriminalitet i ne može ozbiljnije suzbijati. Postoji odgovor na pitanje kako postići izvesnost u primeni kazne i time generalnu prevenciju učiniti efikasnom, a da se izbegne masovno kažnjavanje građana i time slabljenje efekta kazne kao i druge negativne posledice. To je sužavanje granica krivičnog prava. Granice i obim krivičnopravne zaštite su u svim savremenim krivičnim zakonodavstvima postavljene toliko široko (i sve više se šire) da bi stvarna primena krivičnog prava, pod uslovom da je to moguće, vodila primenivanju kazne u odnosu na ogroman broj učinilaca krivičnih dela. Izvesnost primene kazne kao nužne pretpostavke generalne prevencije bez hipertrofije policije, pravosudnih organa i ustanova za izvršenje krivičnih sankcija, i bez otupljivanja oštrice kazne zbog njene masovne primene, moguće je postići samo u odnosu na znatno suženo polje primene krivičnog prava. Znači, treba se opredeljavati između ekstenzivnog i neefikasnog krivičnog prava, i krivičnog prava koje bi moglo da bude efikasno ukoliko bi se značajno suzilo polje njegovog delovanja. Ovakva orijentacija ne proizlazi samo iz potreba generalne prevencije, ali to zajedno sa drugim argumentima, i preispitivanjem pojedinih objekata krivičnopravne zaštite, može da vodi delotvornijem (a istovremeno i legitimnijem) krivičnom pravu. To podrazumeva vrlo restriktivan izbor onih dobara

40 Vid. L. Hulsman, J. B. de Celis, *Peines perdues, Le systeme penal en question*, Paris, 1982, p. 70. (vid. prevod: *Izglubljene kazne, Krivični sistem pod znakom pitanja*, Beograd, 2010). U vezi sa pitanjem ne bi li ipak bilo moguće postići viši stepen efikasnosti krivičnog prava, Hulsman smatra da bi za približavanje broja stvarno izvršenih krivičnih dela i broja osuđenih bilo potrebno jedno enormno proširivanje kaznenog sistema, ustostručavanje snaga, kao i jedna izuzetno jaka totalitarna država koja još nigde nije postojala. Up. L. Hulsman, *Abolire ili sistem penale, Dei Delitti e delle Pene*, 1/1983, p. 85.

41 Up. J. Fagan, T. Meares, *Punishment, Deterrence and Social Control: The Paradox of Punishment in Minority Communities*, *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol. 6, 2008, pp. 176–177.

42 *Ibid*, p. 177.

43 I u Srbiji u poslednjih nekoliko godina postoji izrazit trend zaoštavanja i širenja krivičnopravne represije. Novelom KZ iz 2009. godine propisane su strože kazne kod oko jedne trećine krivičnih dela. Iako u tom pogledu nisu još vršena ozbiljnija istraživanja, za sada se može konstatovati da to nije imalo uticaja na stopu kriminaliteta, niti ima osnova da se tvrdi da je to doprinelo suzbijanju kriminaliteta u Srbiji.

kojima se mora pružiti efikasna zaštita. Koliko je ostvarivanje takve orijentacije danas ili u neposrednoj budućnosti realno, drugo je pitanje. Ona danas, a verovatno i u neposrednoj budućnosti, nema izgleda da bude realizovana. Stvari se kreću potpuno suprotnim smerom. Krivično pravo se širi i na nova područja, a da ni na onima u kojima već duže vremena deluje nije ostvarilo zadovoljavajuće rezultate. Umesto krivičnog minimalizma koji bi se usredsredio samo na ozbiljna krivična dela i suzbijanje onih ponašanja kojima se napadaju najvažnija dobra pojedinca i društva i koji bi racionalno koristio resurse krivičnog pravosuđa, na delu je krivičnog ekspanzionizam.⁴⁴ Ima se utisak da ekspanzionističko krivično pravo više i ne vodi računa o preventivnom dejstvu krivičnog prava u uobičajenom smislu. Ono sve više kao model ima bezbednosno krivično pravo kome nije cilj odvratanje pretnjom kaznom, već koje kažnjavanjem ponašanja koja samo potencijalno imaju kriminalni karakter, tj. koja mogu voditi vršenju krivičnih dela hoće da spreči njihovo vršenje. Dakle, krivični zakonodavac se više ne zadovoljava da pretil kaznom, on hoće da kaznu i primeni na ona ponašanja, pa i situacije koje su samo potencijalno opasne. To se ne odnosi samo na krivično zakonodavstvo. Sve više se stvara gusta mreža mehanizama formalne socijalne kontrole i sve više se ograničava prostor slobodnog delovanja pojedinaca i sužava njihova privatna sfera. Paradoks je da se to od građana često prihvata, pa čak i podržava. Reč je o tome da građani sve to dobrovoljno prihvataju, pa čak i podržavaju zbog (opravdanog ili neopravdanog) straha od terorizma i organizovanog kriminaliteta, kao i zbog navodnog suzbijanja nekih kriminalnih ponašanja na koja su posebno osetljivi (korupcija, pedofilija itd).

Isticanje druge funkcije generalne prevencije, tj. njen vaspitni uticaj i uticaj u smislu jačanja morala u društvu karakteristično je za savremeni neoklasicizam, kriminalnopolitički pravac koji je u prvom redu nastao kao reakcija na pozitivističku orijentaciju na tretman i resocijalizaciju i to u skandinavskim zemljama i SAD, ali je u novije vreme dosta široko prihvaćeno i među onima koji ne zagovaraju taj pravac. Stavlanje u prvi plan ove funkcije kazne ima i legitimirajući motiv, tj. da se ne sveđe u prvom redu na zastrašivanje građana. Nezavisno od toga, pitanje je koliko se posebno naglašavanje ove funkcije kazne, što se danas sreće kod mnogih autora,⁴⁵ zasniva na stvarnom učinku kazne i krivičnog prava i njihovim stvarnim mogućnostima. Ne samo da ne postoje empirijska istraživanja koja bi na to ukazivala (što je empirijski inače vrlo teško utvrditi) i što se o ovoj funkciji kazne vrlo malo zna,⁴⁶ nego se i iz međusobnog odnosa morala, a i krivičnog prava, kazni teško može pripisati ova uloga. Sporno je koliko je kazna podobno sredstvo da razvija pozitivna moralna shvatanja u društvu. Začetak ideje o funkciji kazne kao faktora koji učvršćuje

44 Vid. Z. Stojanović, *Krivičnog ekspanzionizam i zakonodavstvo Srbije*. U: *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja*, IV deo, Beograd, 2010, str. 32–48.

45 Tako npr. Hassemer koji ističe da se zadatak kazne i krivičnog prava ne iscrpljuje u borbi protiv kriminaliteta, već da je njihov zadatak pre svega izgradnja i podrška drugim sredstvima socijalne kontrole. On funkciju kazne i generalne prevencije ne vidi samo u jačanju postojećeg društvenog morala nego i u doprinosu kazne u odnosu na ostale mehanizme socijalne kontrole, Hassemer, *op. cit.*, pp. 60–61.

46 Albrecht konstatuje da su moralni i vaspitni efekti kazne u smislu generalne prevencije malo poznati (H.-J. Albrecht, *op. cit.*, p. 138). I Hassemer, iako u pozitivnoj generalnoj prevenciji vidi jedini legitimni cilj i zadatak kazne, priznaje da se o ulozi krivičnog prava i kazne u procesu formiranja društvenih normi malo zna (*op. cit.*, p. 66).

postojeća društvena shvatanja treba tražiti kod Dirkema. Prava funkcije kazne, prema njemu, nije u popravljajući učinioca ili u zastrašivanju drugih da ne vrše krivična dela, već u tome da sačuva koheziju društva kroz podržavanje kolektivne svesti.⁴⁷ Moglo bi se reći da je više potreban moral kazni i krivičnom pravu, nego kazna moralu. Izvestan uticaj kazne na društveni moral se može priznati, pre svega u smislu da neprimenjivanje kazne za izvršena krivična dela može doprineti razvijanju jedne opšte negativne moralne klime u društvu. No, moglo bi se tvrditi da je već oslabljeni društveni moral doprineo da se kazna ne primenjuje, tako da je teško reći šta je tu uzrok, a šta posledica. Već sam način nastanka krivičnopravnih i moralnih normi ukazuje na primarni značaj moralnih normi, što ne isključuje i eventualni povratni uticaj krivičnopravnih normi na njih. To nije dovoljno da se svrha kazne i generalna prevencija pre svega vide u jačanju moralnih normi u društvu. To pogotovo ne opravdava izdvajanje te funkcije kazne u posebnu funkciju krivičnog prava koja bi bila nezavisna od njegove zaštitne funkcije. Prihvatljivije je shvatanje koje dejstvo kazne ne vidi samo u odnosu na postojeći moral, nego u odnosu i na druge društvene norme i druga sredstva socijalne kontrole. Ni tu nije jasan njihov međusobni odnos: da li kazna zaista doprinosi izgrađivanju i delovanju drugih mehanizama socijalne kontrole, naročito onih koji bi vodili stvarnom usvajanju od strane pojedinaca shvatanja koja su prepreka vršenju krivičnih dela, ili pak ti drugi mehanizmi pojačavaju efekte kazne. Iako je verovatno da taj odnos postoji u oba smera, više se dejstvo kazne zasniva na podršci koju joj daju drugi mehanizmi socijalne kontrole, nego što ona doprinosi izgradnji i jačanju tih mehanizama. Primena kazne aktivira već postojeće mehanizme socijalne kontrole. S obzirom na to da po pravilu dolazi do toga da se neki od tih mehanizama aktiviraju primenom kazne, i oni, uz kaznu, deluju generalno-preventivno. Pretnja kaznom, sama po sebi i bez podrške ostalih oblika socijalne kontrole bila bi znatno neefikasnija. Krivičnopravna zaštita se ne ostvaruje neposredno samo pretnjom kazne, nego kroz složen sistem socijalne kontrole. Iako bez kazne neki mehanizmi socijalne kontrole ne bi bili aktivirani, ili ne u dovoljnoj meri, drugi opet postoje i deluju nezavisno od kazne. I pored svih iznetih dilema u pogledu pozitivne generalne prevencije, ona predstavlja značajno dostignuće i ukazuje na neke nove horizonte i mogućnosti (ma kako one ograničene bile) u pogledu svrhe kazne i krivičnog prava.⁴⁸

3. KRIMINALIZACIJA I DEKRIMINALIZACIJA I OSTVARIVANJE PREVENTIVNE FUNKCIJE KRIVIČNOG ZAKONODAVSTVA

Razmatranje složenog pitanja da li i u kojoj meri krivično zakonodavstvo ima preventivno dejstvo u odnosu na kriminalitet zavisi i od toga šta se smatra krivičnim delom, odnosno šta čini kriminalitet. Krivični zakonodavac vrši izbor ponaša-

47 Up. *Durkheim and the Law*, Oxford, 1983, p. 69.

48 Zato treba podržati stav srpskog zakonodavca koji svrhu kažnjavanja vidi i u pozitivnoj generalnoj prevenciji, tj. i u tome da se izrazi društvena osuda za krivično delo, jača moral i učvršćuje obaveza postojanja zakona (član 42. tač. 3. KZ Srbije)

nja u odnosu na koja hoće preventivno da deluje. Naravno, krivični zakonodavac je u tom pogledu višestruko uslovljen. Za potrebe prevencije, taj izbor je daleko od optimalnog i čini se da savremeni zakonodavac, iako se deklarativno često poziva na to, ne vodi naročito računa o tome da li će biti u stanju da ostvari preventivno dejstvo u odnosu na ponašanja koja proglašava krivičnim delom. Da li je u pitanju to da on precenjuje svoje mogućnosti, ili mu nije istinski ni stalo do toga da retribuciju stavi u funkciju prevencije, teško je reći.

Nijedno ponašanje po svojoj prirodi nije samo po sebi kriminalno, ono tu karakteristiku dobija kroz složen proces vrednovanja za koji je relevantan niz okolnosti (počev od važećih moralnih normi, pa do interesa onih društvenih grupa koje u stvari odlučuju o kriminalizaciji nekog ponašanja). Problem koja ponašanja smeju biti legitiman predmet krivičnog zakonodavstva ostao je do danas naučno nerazjašnjen.⁴⁹ Ipak se mogu naznačiti neke relevantne okolnosti o kojima bi zakonodavac morao da vodi računa prilikom kriminalizacije. Osnovni smisao i svrha kriminalizacije bi trebalo da bude zaštita određenih dobara i vrednosti koje se napadaju ponašanjem koje se inkriminiše. U skladu sa tim i osnovni materijalni kriterijum za inkriminisanje jeste objekt krivičnopravne zaštite. Ponašanje koje za predmet napada nema dovoljno vredno dobro, ili ne predstavlja dovoljan intenzitet napada na njega, ne može biti legitiman predmet inkriminisanja.⁵⁰ Ni to još nije dovoljan osnov za kriminalizaciju s obzirom na supsidijaran karakter krivičnog prava. To znači da je još potrebno da se određeno dobro na drugi način ne može zaštititi osim intervencijom krivičnog prava.

U stvari, u procesu kriminalizacije zakonodavac bi, ako hoće da vodi računa ne samo o legitimnosti inkriminacija nego i njihovoj efektivnosti, pa i o efektivnosti krivičnog prava u celini, morao da vodi računa o sledećem. Prvo, moralo bi da postoji dovoljno vredno dobro kome je potrebna zaštita. Drugo, krivično pravo i kazna moraju da predstavljaju podobno sredstvo da se ostvari prevencija u pogledu budućih napada na dobro kome bi trebalo pružiti zaštitu. Kod ovog uslova naročito je važno dodati to da je ta prevencija opravdana samo u odnosu na one radnje kojima se vrši napad na dobro koje se želi zaštititi (u vidu njegove povrede ili ugrožavanja), a izuzetno i u odnosu na radnje kojima se stvara neposredna mogućnost za takav napad. Preciziranje ovog uslova u tom smislu ne negira sasvim opravdanost krivičnih dela sa apstraktnom opasnošću, ali vodi njihovom sužavanju (mora postojati neposredna mogućnost za nastupanje konkretne opasnosti, tj. apstraktna opasnost bi se morala čvršće vezati za konkretnu opasnost). Najzad, kao treće, krivično pravo bi trebalo da bude krajnje sredstvo (*ultima ratio*) za pružanje zaštite određenom dobru, tj. neophodno je da ne postoji neko drugo sredstvo kojim bi se moglo uspešnije sprečavati ponašanje koje ugrožava ili povređuje dobro kome treba pružiti zaštitu. Međutim, da li se savremeni zakonodavac makar orijentaciono pridržava ovih kriterijuma? I prvi pogled na savremena krivična zakonodavstva vodi u prav-

49 Tako C. Roxin, *Zur Entwicklung der Kriminalpolitik seit den Alternativentwürfen*, *Juristische Arbeitsblätter*, Strafrecht, 1980, p. 546.

50 To što ovaj kriterijum ne obavlja uspešno svoju kritičku funkciju i što se savremeni zakonodavac često ne obazire na njega, ne znači da bi trebalo odustati od njega. Bar za sada, nauka nije ponudila nijedan bolji kriterijum.

cu davanja negativnog odgovora na ovo pitanje. Da li se zakonodavac uopšte može obavezati na poštovanje tih kriterijuma? Da li su i oni sami po sebi dovoljno precizni i upotrebljivi za zakonodavca? U pogledu prvog pitanja mora se konstatovati da zakonodavac može sve i da ga nikakvi kriterijumi ne obavezuju. Iako to može imati visoku cenu u vidu brojnih negativnih posledica, sam zakonodavac nije vezan nikakvim uslovima, niti će pak trpeti sankcije u slučaju svog lošeg rada. Kritika koju će, eventualno, doživeti od strane nauke i struke neće mu, po svemu sudeći, teško pasti. Kao primer se može navesti princip da je krivično pravo krajnje sredstvo (*ultima ratio*). Potpuno je jasno da zakonodavac krivično pravo u većini slučajeva koristi kao prvo sredstvo (*prima ratio*), i pored toga što je ovaj princip skoro opšte usvojen u teoriji, a i sam ga zakonodavac u nekim zemljama (deklarativno) propisuje (na primer, član 3. KZ Srbije). Iako navedeni kriterijumi nisu dovoljno precizni, u većini situacija, odnosno ponašanja u vezi sa kojima se postavlja pitanje opravdanosti njihovog inkriminisanja oni mogu značajno da doprinesu da se dođe do adekvatnog rešenja. Ali, u nekim slučajevima, makar se i na prvi pogled zdravorazumski može zaključiti da određena inkriminacija ne bi bila opravdana, njihova primena ne vodi automatski nespornom odgovoru.⁵¹

Zakonodavac u Srbiji je u poslednje vreme (naročito sa Novelom iz 2009. godine) izabrao dalju kriminalizaciju kao svoju osnovnu orijentaciju. Nove inkriminacije i širenje kriminalne zone kod postojećih znatno prevazilaze dekriminalizaciju i sužavanje kriminalne zone.

Kao što kriminalizacija znači proglašavanje izvesnog ponašanja krivičnim delom i propisivanje sankcije za njega putem krivičnog zakona, dekriminalizacija podrazumeva ukidanje ili izmenu zakona čime se odustaje od dalje krivičnopravne represije u odnosu na to ponašanje. Odustajanje od primene krivične sankcije, međutim ne isključuje mogućnost primene neke druge sankcije, niti to znači da to ponašanje nužno gubi karakter protivpravnog ponašanja, da se ono na taj način legalizuje, a još manje da postaje društveno dozvoljeno ponašanje. U zavisnosti od

51 Na primer, neko bi se mogao zalagati za to da se krivičnim delom proglasi korišćenje automobila određene boje u saobraćaju koja ga čini manje vidljivim (siva i sl). Ovde se može reći da je prvi uslov ostvaren. Život, telo i imovina učesnika u saobraćaju su svakako dovoljno vredno dobro koje zaslužuje zaštitu. Drugo, realno je očekivanje da bi ova inkriminacija imala preventivno dejstvo u odnosu na saobraćajne udesne. Neka istraživanja su pokazala da motorna vozila određene boje u većoj meri učestvuju u saobraćajnim udesima nego vozila druge boje (crvene, npr). Iako su ta istraživanja skopčana sa određenim metodološkim problemima (npr. neophodno je raspolagati sa podatkom o bojama svih registrovanih vozila, kao i o obimu njihovog učešća u saobraćaju), takav zaključak je dosta verovatan. Najzad, u pogledu pitanja da li je krivičnopravna intervencija ovde *ultima ratio* takođe se može dati potvrđan odgovor. Naime, iako se i na druge načine može značajno uticati na to da se prilikom farbanja motornih vozila ne koriste određene boje, i da se na tehničkom pregledu ne dozvoli registracija takvih vozila, uvek bi postojale određene mogućnosti da se takva vozila ipak koriste u saobraćaju. Proglašavanje krivičnim delom upravljanje motornim vozilom u saobraćaju, na primer sive boje, nema sumnje da bi imalo preventivno dejstvo jer bi rizik otkrivanja dela bio veoma visok. Međutim, u ovom hipotetičkom primeru bi jedino sporno bilo da li korišćenje motornog vozila određene boje u saobraćaju predstavlja neposrednu mogućnost za povredu ili ugrožavanje života, tela ili imovine učesnika u saobraćaju? Sâmo posedovanje takvog vozila ili farbanje vozila u takvu boju još ne bi ispunjavalo taj uslov jer još nije nastupila neposredna mogućnost za povredu ili ugrožavanje dobra koje se hoće zaštititi, ali bi se za njegovo korišćenje u saobraćaju to moglo tvrditi.

vrste ponašanja koje se dekriminalizuje i dobara koje eventualno ono ugrožava, dekriminalizacija može da znači tek početak suzbijanja nekog ponašanja, ali na drugi način, tj. bez korišćenja krivičnog prava.

Ne ulazeći ovde u pitanje određivanja pojma depenalizacije i njegovog odnosa sa dekriminalizacijom,⁵² sigurno je da i depenalizacija ima značajno mesto u oblikovanju takvog krivičnog zakonodavstva (i njegovoj primeni) koje će uspešno ostvarivati prevenciju kriminaliteta. Sve veće prodiranje u sistem krivičnih sankcija parapenalnih mera i alternativa kazni i davanje većih mogućnosti za izricanje drugih krivičnih sankcija umesto kazne, takođe ima svoje opravdanje i može pozitivno uticati na funkcionisanje celokupnog krivičnog pravnog sistema. O delimičnoj depenalizaciji se može govoriti u slučaju predviđanja blaže kazne od one koja je bila propisana. Postoje razlozi da se veruje da će se blaža kazna češće primenjivati nego stroga kazna čime se rizik učinio da će biti kažnjen povećava što, opet, može imati pozitivno dejstvo na generalnu prevenciju. Međutim, kao što je više puta konstatovano, zakonodavac je upravo suprotnog uverenja: da propisivanje što strožih kazni vodi delotvornijoj generalnoj prevenciji. Iz toga implicitno proizlazi da zakonodavac polazi od toga da je snižavanje propisanih kazni štetno po generalnu prevenciju.

Dekriminalizacija može biti potpuna ili delimična. O potpunoj dekriminalizaciji se radi kada neko ponašanje u celini prestaje da bude krivično delo, a delimična, parcijalna dekriminalizacija znači da neko ponašanje pod određenim uslovima prestaje da bude krivično delo, ili drugačije rečeno ono ostaje krivično delo pod nekim dodatnim uslovima. U stvari kod delimične dekriminalizacije se radi o sužavanju kriminalne zone. Od prirode inkriminacije i obima i načina sužavanja kriminalne zone zavisi da li se to sužavanje može nazvati delimičnom dekriminalizacijom.

S obzirom na odnos društva prema dekriminalizovanom ponašanju mogu se razlikovati dva tipa dekriminalizacije. U prvom slučaju radi se o dekriminalizaciji ponašanja u odnosu na koja nije potrebno preduzimati druge oblike društvene reakcije. U drugom slučaju u pitanju su ponašanja u odnosu na koja društvo zadržava negativan stav prema njima, ali se dekriminalizacija vrši zato što za suzbijanje tog ponašanja postoji adekvatniji oblik reakcije od krivičnog prava. Ovaj drugi tip dekriminalizacije je u tesnoj vezi sa supsidijarnim karakterom krivičnog prava.⁵³

Dekriminalizacija uvek pretpostavlja postojanje izvesnog raskoraka između potreba društvene stvarnosti i postojećih inkriminacija, bez obzira da li je do tog raskoraka došlo već u momentu samog inkriminisanja ili kasnije. Osnov za dekriminalizaciju može biti i postojanje mogućnosti da se na neko društveno štetno ponašanje reaguje nekim drugim sredstvima za suzbijanje i kontrolisanje tog ponašanja. Ta vrsta dekriminalizacije podrazumeva traženje boljih načina i puteva da se problemi koji se tradicionalnom krivičnopравnom represijom ne mogu rešiti, reše na jedan drugi, adekvatniji način.

Moglo bi se očekivati da smanjenje broja inkriminacija pozitivno utiče na efikasnost krivičnog prava u celini. Što manje inkriminacija sadrži krivično pravo jed-

52 O tome vid. Z. Stojanović, *Politika suzbijanja kriminaliteta*, Novi Sad, 1991, str. 63.

53 Više o ova dva tipa dekriminalizacije vid. Z. Stojanović, Im Vorfeld einer Entkriminalisierungspolitik, *Cahiers de defense sociale*, 1986, pp. 89–95.

ne zemlje, ono bi trebalo da bude efikasnije u suzbijanju stvarno štetnih ponašanja koja zaslužuju da ostanu u sferi kriminalnog ponašanja i na koja se mora reagovati krivičnim pravom. Savremeni zakonodavac, međutim, nije sklon takvom gledanju na stvari. On pokazuje izrazitu averziju prema ideji dekriminalizacije i „teška srca“ odustaje i od najnepotrebnije inkriminacije.

U vezi sa dekriminalizacijom treba ukazati na značaj neprimenjivanja neke inkriminacije u sudskoj praksi, odnosno na značaj dekriminalizacije de facto za dekriminalizaciju da jure. Ukoliko postoje opravdani razlozi zašto sudska praksa ne primenjuje neku inkriminaciju, onda bi to trebalo da za rezultat ima dekriminalizaciju de jure, odnosno dekriminalizaciju u pravom smislu. Između ostalog, i zbog toga što neprimenjivanje inkriminacija dovodi do nepoštovanja i diskreditovanja krivičnog prava u celini i slabi njegovu preventivnu funkciju. U krivičnom zakonodavstvu Srbije ima dosta primera za to.⁵⁴ Međutim, neprihvatanje inkriminacije od strane sudske prakse za zakonodavca u Srbiji uglavnom ne predstavlja signal da bi inkriminaciju trebalo preispitati.⁵⁵

U pogledu odnosa kriminalizacije i dekriminalizacije trebalo bi da postoji komplementarnost, tj. da svako novo opterećivanje krivičnog pravnog sistema širenjem krivičnog zakonodavstva bude praćeno dekriminalizacijom određenog broja krivičnih dela. To, uglavnom, nije slučaj u savremenom krivičnom zakonodavstvu kako u Srbiji, tako i u drugim zemljama. Širenje granica krivičnog zakonodavstva vodi tome da se preventivni kapaciteti krivičnog prava smanjuju. To je činjenica koja je danas manje – više vidljiva. Međutim, kako proveriti ispravnost osnovne teze ovog rada, a to je da sužavanje granica krivičnog zakonodavstva vodi povećanju tog kapaciteta u odnosu na suženo polje koje ostaje u granicama krivičnog zakonodavstva? Ta teza ostaje na nivou verovatne pretpostavke, ali se empirijski ne može potvrditi zbog nespremnosti država da, bar u nekim segmentima, suze granice krivičnog zakonodavstva.

- 54 Još gore je to što ponekada, u vrlo retkim slučajevima, dođe do primene neke od takvih inkriminacija. Tako, na primer, šta se postiglo osudom dvojice prijatelja od kojih je jedan razmenio drugom iznos od dvadeset evra u dinare po zvaničnom kursu da bi time platio telefonski račun u pošti da ne bi išao do prve menjačnice? Iako slučaj deluje tragikomično, Opštinski sud u Novom Pazaru doneo je osuđujuću presudu sa detaljnim obrazloženjem (K. br. 747/05 od 5.06.2007. godine) na osnovu člana 57. Zakona o deviznom poslovanju (institut dela malog značaja nije mogao biti primenjen s obzirom na zaprećenu kaznu). Da li ova osuda može da deluje preventivno na bilo koga u Srbiji, ili može da izazove sumnju koji su to bili pravi razlozi da se primeni (nelegitimna) inkriminacija u odnosu na ponašanje koje je, iako krivično delo, de facto dekriminalizovano?
- 55 Jedan od vrlo retkih primera u kome je neprimenjivanje dve inkriminacije (uz nepostojanje drugih razloga za njihovo zadržavanje) vodilo njihovoj dekriminalizaciji jesu krivična dela iz člana 188. i 189. KZ koji su brisani Zakonom o izmenama i dopunama KZ iz 2009. godine. Međutim, gledajući u celini, to nije ni u najmanjoj meri doprinelo kakvom – takvom balansu u odnosu na ostale brojne izmene i dopune KZ do kojih je tada došlo jer su one sve na liniji širenja i zaostřavanja represije. Izuzetak je institut dela malog značaja gde je granica za njegovu primenu podignuta na krivična dela koja su zaprećena kaznom zatvora do pet godina (što izaziva neke druge dileme, kao na primer, da li je zaista moguće da se delo za koje se može izreći čak pet godina zatvora u konkretnom slučaju ispolji kao bagatelno, te da ga zbog toga ne treba smatrati krivičnim delom). Time je zakonodavac, u stvari, posredno priznao da je menjajući KZ propisao nesrazmerno stroge kazne.

4. ZAVRŠNE NAPOMENE

Kada se raspravlja o preventivnoj funkciji krivičnog zakonodavstva, uglavnom se u prvi plan stavlja svrha kažnjavanja. Međutim, od podjednakog značaja za ostvarivanje preventivne uloge krivičnog zakonodavstva jeste određivanje njegovih granica, pa su i pitanja kriminalizacije i dekriminalizacije neizbežna. Racionalan krivični zakonodavac mora voditi računa o tome kada će i pod kojim uslovima koristiti krivično pravo. Osposobljavanje krivičnog prava da u većoj meri ostvaruje preventivnu ulogu zahteva i odustajanje od toga da se krivično zakonodavstvo koristi za ostvarivanje različitih ciljeva koji su ponekad međusobno nespojivi. Pretvaranje kriminalne u bezbednosnu politiku vodi još neefikasnijem krivičnom pravu koje je uz to i neprijateljski nastrojeno ne samo prema učiniocu krivičnog dela nego i u čitavom društvu stvara takvu klimu u kojoj se u svakom građaninu vidi potencijalni neprijatelj, odnosno onaj ko može da naruši bezbednost. Suzbijanje terorizma, organizovanog kriminaliteta, korupcije i nekih drugih ponašanja sve više nosi sa sobom opasnosti koje se mogu meriti sa samom opasnošću od tih vidova kriminaliteta.

Danas nije realno očekivati da će savremeni krivični zakonodavac prestati da sve više ulazi u (za njega) nedozvoljenu zonu, što će jednog dana dovesti do krize legitimiteta krivičnog zakonodavstva (o njoj se već danas može govoriti). Zadatak je pre svega nauke, ali i svakog onog ko racionalno gleda na politiku suzbijanja kriminaliteta, da uoči i upozori na negativne trendove umesto da ih podržava.⁵⁶ Zalaganje za preostru i preširoku krivičnopravnu represiju vodi ozbiljnim, štetnim posledicama za pojedinca i društvo, a da se pri tome ne samo da ne dobija ništa na planu prevencije, već to vodi daljem slabljenju krivičnopravnog sistema.⁵⁷ Stalno treba upozoravati na to da zaoštavanje propisanih kazni, samo po sebi, nema preventivno dejstvo. Umesto toga, treba postići to da dovoljan broj učinilaca krivičnih dela bude kažnjeno srazmernom kaznom. Kao što uže inkriminacije imaju više izgleda da budu primenjivane od onih preširoko postavljenih, tako postoji i veća verovatnoća da će se češće primenjivati umerene kazne od onih prestrogih. Što je stroža propisana kazna, manji su izgledi da će ona biti primenjivana i obrnuto.

56 Bock konstatuje da su naučne činjenice i argumenti izgubili svaki značaj u ratu političara i medija protiv kriminaliteta (odnosno onih pojava koje oni označavaju kao posebnu opasnost po građane), te da je merodavna samo bolja prolaznost „na tržištu“. Svako zalaganje za razumnu reakciju postaje zabranjeno, a predstavnicima policije i pravosuđa napredovanje u službi, kao i političarima zavisni od uključivanja u tu igru. Štaviše, „svako ko se svojski ne uključi u rat medija i političara protiv kriminalnog zla postaje sumnjiv“. Vid.: M. Bock, Pozitivna generalna prevencija i nove tendencije u kriminalnoj politici, *op. cit.*, str. 139–140. Ako je stanje u Nemačkoj koja ima izuzetno razvijenu nauku krivičnog prava takvo, šta onda reći za Srbiju? S obzirom da aktuelni političari nisu spremni da uvažavaju (makar neke i makar delimično) argumente nauke i struke, predstavnici nauke bi, u sada postojećoj klimi trebalo čak da se privremeno uzdrže i od učešća u radu na pripremi zakonskih projekata. Ako ne šta drugo, neće služiti samo tome da se legitimet onome što rade političari u sferi krivičnog zakonodavstva. To ne znači kapitulaciju nauke, već da će odgovornost za ono što danas čine u oblasti krivičnog zakonodavstva snositi samo političari, bez pozivanja na angažovanje eksperata.

57 Iako je to stvar ličnog izbora, neprihvatljivo je i štetno za krivično pravo to što i neki predstavnici nauke (svesno ili nesvesno) pomažu medijima u ostvarivanju viših tiraža i bolje gledanosti, ili političarima u težnji da zaoštavanjem represije kod dela neobaveštene javnosti prikupljaju političke poene, ili da ostvaruju neke druge, nelegitimne ciljeve pozivajući se na suzbijanje kriminaliteta.

Iako je za preventivno dejstvo krivičnog prava ključna njegova primena, to ne znači da je opravdano težiti tome da se primeni krivična sankcija na svakoga ko je učinio (bilo koje) krivično delo. Dovoljno je da se to čini u meri koja pretnju kaznom čini ozbiljnom i to pre svega u odnosu na teška krivična dela. Štaviše, preterana primena krivičnog prava s jedne strane ne doprinosi prevenciji, a s druge strane predstavlja preveliki teret za bilo koje društvo.

U stvari, danas smo suočeni sa opasnošću da izgubimo krivično pravo koje je u poslednja dva veka imalo kontinuitet u svom razvoju sa izvesnim padovima i usponima, a da pri tome ništa, ili skoro ništa, ne dobijemo na planu prevencije kriminaliteta. To ne znači da bi trebalo ignorisati nove oblike kriminaliteta i nove mogućnosti koje eventualno stoje pred krivičnim zakonodavstvom, već samo to da krivično pravo treba da zadrži jednu kontinuiranu razvojnu liniju. Ideja o čisto preventivnom krivičnom pravu koje bi u okviru jednog šireg bezbednosnog prava u mnogo većoj meri ostvarivalo zaštitu građana i društva, na prvi pogled nekome može biti primamljiva. Međutim, uvereni smo u to da se radi o opasnoj ideji. Nije sigurno da bi uopšte takvo „novo“ krivično pravo bolje ostvarivalo zaštitnu funkciju od tradicionalnog krivičnog prava, ali je skoro izvesno da bi to vodilo učvršćivanju totalitarizma čiji se izvesni elementi već danas sve više primećuju i u nekim demokratskim društvima. Upravo bi to trebalo uzeti kao neprekoračivu granicu preventivno orijentisanog krivičnog prava. Mora se jasno i empirijski proverljivo pokazati da se cena koja bi bila plaćena širenjem i zaoštavanjem represije (a time i sužavanjem određenih ljudskih prava) višestruko isplatila podizanjem nivoa i kvaliteta zaštite najvažnijih ljudskih prava svih članova društva. Osim tog, prevashodno utilitarističkog uslova, preventivni interesi ne bi smeli nikada da protivreče principu pravednosti i srazmernosti, njihovo ostvarenje mora uvek biti u okviru primerenog odgovora na krivična dela.⁵⁸ To donekle znači i priznavanje neophodnosti unošenja retributivne crte čak i u preventivno orijentisano krivično pravo. Ali, to ne vodi nekakvoj mešovitoj teoriji, niti znači da retribuciju treba postaviti na isti nivo kao i prevenciju. Jednostavno, treba iskoristiti jednu prednost koju retribucija ima nad prevencijom, a to je njena sposobnost da postavi granice i meru krivičnopravne represije. Zato ona može da predstavlja prepreku ničim ograničenoj prevenciji koja preti da i samo krivično pravo transformiše u nepoželjnom smeru.

LITERATURA

- Albrecht H.-J., Der erweiterte Sicherheitsbegriff und seine Folgen, *RAV*, Infobrief #91, 2003
 Albrecht H.-J., Generalprävention. In: *Kleines Kriminologisches Wörterbuch*, Heidelberg, 1985
 Andenaes J., *Punishment and Deterrence*, 1974
 Beccaria C., *Dei delitti a delle pene*, nuova edizione, Livorno, 1834
 Begović B., Ekonomska teorija generalne prevencije: osnovna pitanja, *Crimen*, br. 1/ 2010
 Bock M., Pozitivna generalna prevencija i nove tendencije u kriminalnoj politici, *Crimen*, br. 2/2010

58 U tom smislu i W. Hassemer, Strafrecht, Prävention, Vergeltung, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 7/2006, p. 273.

- Bockelmann P., *Vom Sinne der Strafe*, u: Heidelberger Jahrbücher V, 1961
- Ćirić J., *Objektivna odgovornost u krivičnom pravu*, Beograd, 2008
- Durkheim and the Law*, Oxford, 1983
- Ehrlich I., The Deterrent Effect of Capital Punishment: A Question of Life and Death, *The American Economic Review*, No 3, 1975
- Fagan J., Meares T., Punishment, Deterrence and Social Control: The Paradox of Punishment in Minority Communities, *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol. 6, 2008
- Hassemer W., Lüderssen K., Naucke W., *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?* Heidelberg, 1983
- Hassemer W., Strafrecht, Prävention, Vergeltung, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 7/2006
- Hulsman L., Abolire ili sistem penale, *Dei Delitti e delle Pene*, 1/1983
- Hulsman L., de Celis J. B., *Peines perdues, Le systeme penal en question*, Paris, 1982 (prevod: *Izgubljene kazne, Krivični sistem pod znakom pitanja*, Beograd, 2010)
- Ignjatović Đ., Kriminalitet i reaganje države. U: *Strategija državnog reaganja protiv kriminala*, Beograd, 2003
- Kaiser G., *Kriminologie*, Heidelberg, 1983
- Kühl K., *Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das Strafrecht*, Baden-Baden, 2001
- Mabott J. D., *Uvod u etiku*, Beograd, 1981
- Möstl M., *Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung*, Tübingen, 2002
- Murphy, Kant's theory of criminal punishment. In: J. Murphy, *Retribution, Justice and Therapy*, 1979
- Popitz H., *Über die Präventivwirkung des Nichtwissens*, Tübingen, 1968
- Report on Decriminalisation*, Strasbourg, 1980
- Ross G., *Entkriminalisierungstendenzen im Besonderen Teil*, Frankfurt, 1981
- Roxin C., *Strafrecht AT*, Band I, 4. Auflage, München, 2006
- Roxin C., Zur Entwicklung der Kriminalpolitik seit den Alternativentwürfen, *Juristische Arbeitsblätter*, Strafrecht, 1980
- Schmidhäuser E., *Vom Sinn der Strafe*, 2. Auflage, Göttingen, 1971
- Senna J., Siegel L., *Introduction to Criminal Justice*, New York, Los Angeles, S. Francisco, 1984
- Šešić B., *Nužnost i sloboda*, Beograd, 1963
- Sieber U., Grenzen des Strafrechts, Sonderdruck aus Band 119 (2007), *ZStW*
- Siegel L., *Criminology*, Third edition, 1989
- Stewart C. H. M., Hemsley D. R., Risk Perception and likelihood of action in criminal offenders, *The British Journal of Criminology*, 2/1979
- Stojanović Z., Im Vorfeld einer Entkriminalisierungspolitik, *Cahiers de defense sociale*, 1986
- Stojanović Z., Krivičnopravni ekspanzionizam i zakonodavstvo Srbije. U: *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reaganja*, IV deo, Beograd, 2010
- Stojanović Z., *Politika suzbijanja kriminaliteta*, Novi Sad, 1991
- Welzel H., *Das Deutsche Strafrecht*, Berlin, 1969
- Wright V., Deterrence in Criminal Justice – Evaluating Certainty vs. Severity of Punishment, *The Sentencing Project*, Washington, November 2010

Zoran Stojanović

Law Faculty, University in Belgrade

CRIMINAL LAW AND CRIME PREVENTION

SUMMARY

When discussing the deterrent effects of criminal law, the aim of punishment is in the foreground. To achieve the preventive role of criminal law, of same importance are the determination of its limits, as well as the inevitable questions of criminalization and decriminalization. Rational criminal legislator has to consider the point in time and the conditions when using criminal law. Converting crime policy in security policy does not guarantee more efficient suppression of crime, and it's hostile not only to the offender, but to the entire society, creating a climate in which each citizen is seen as a potential enemy, or as someone who may violate security. Combating terrorism, organized crime, corruption and other behaviors carries risks that can be compared even to the danger which arises from these types of crime.

Today, it is not realistic to expect that criminal law legislator will stop intervening more and more in a zone that is not authorized for him. Soon, this will lead to a crisis of legitimacy of the entire criminal law justice system. Nevertheless, the task of scholars and everyone who rationally looks at the politics of crime is to detect and warn of the negative trends instead of supporting them. Criminal repression, which is harsh and too broad, leads to serious adverse consequences for the individual and the society. Such criminal policy does not contribute to the crime prevention, but tends to result in further weakening of the criminal justice system. Prescribing harsher penalties and broadening the limits of criminal law has no preventive effect. Excessive use of criminal law on the one hand does not contribute to prevention; on the other hand, it is a too heavy burden for every society. In this article, the arguments supporting minimalist theory of criminalization, which is advocating a realistic approach to the preventive role of criminal law in contemporary societies, and especially in Serbia, are discussed.

The idea of a completely preventive criminal law, existing within a wider security criminal law which would protect citizens and society to a greater extent, may look acceptable at first view. But the author warns that this is a dangerous idea. We cannot be assured that this „new“ criminal law would fulfill protective function in a better way than traditional criminal law does, but it is almost certain that this would lead to strengthening of totalitarianism, which traces can already be seen in some democratic societies. It has to be shown in a clearly and empirically verifiable way that broadening and tightening of repression would pay off through a rising level and quality of protection of human rights for all members in society. Besides this predominantly utilitaristic condition, interests of prevention should never contradict to the principle of justice and proportionality; they always have to be realized as an adequate reaction to crime. This includes, to a certain extent, the need of introduc-

ing retributive elements even in criminal law that is mostly oriented as a preventive one. This doesn't lead to some kind of mixed theory, nor it means that retribution should be put on the same level as prevention, but to capitalize an advantage of retribution over prevention: their ability to set boundaries and quantum of criminal repression. Therefore, it can be barrier to unlimited prevention, which threatens to transform criminal law in wrong direction.

Key words: criminal legislation, deterrence, criminalization, decriminalization, retribution, crime prevention.

*Maurizio Pompili**

McLean Hospital, Harvard Medical School, USA

*Stefano Ferracuti***

Department of Neurosciences, Mental Health and Sensory Functions,
Suicide Prevention Center, Sant'Andrea Hospital, Sapienza University of
Rome, Italy

SUICIDE AND SOME OF ITS LEGAL PROBLEMS WITH PARTICULAR REFERENCE TO THE SHIZOPHRENIA PATIENT***

Abstract. Suicide is one of the world's largest public health problems. Suicidal behavior as a whole is a complex phenomenon often resulting from the interplay of many factors. Despite efforts to predict and prevent it, inroads toward the reduction of completed and attempted suicide rates remain modest. Both biological and psychological models have been employed to better understand this behavior. Another question about suicide is its legal aspect. Consideration of the legal implications of malpractice is of main concern to practitioners and insurance companies, which cover them. The legal complaints in malpractice cases involving suicide are the same for schizophrenic and non-schizophrenic populations. The courts have applied various theories in imposing liability on mental health practitioners in suicide cases.

Key words: suicide, factors, malpractice, schizophrenia, negligence, duty, breach of duty, cause in fact, proximate cause

THE BURDEN OF SUICIDE*

Suicide has stolen lives around the world and across the centuries. Meanings attributed to suicide and notions of what to do about it have varied with time and place, but suicide has continued to exact a relentless toll. Only recently the approach

* Professor of Suicidology and Assistant Professor of Psychiatry, maurizio.pompili@uniroma1.it

** Associate Professor of Neurology/Forensic Psychiatry, stefano.ferracuti@uniroma1.it

*** Some paragraphs of this chapter were published as Andalibian H, Howe LLS, Milner MW, Eudy K, Bongar B, Packman W. Medical-Legal Aspects of Treating Suicidal Schizophrenic Patients. In: R. Tatarelli, M. Pompili, Girardi P (Eds). Suicide in Schizophrenia. Nova Science Publishers, Inc., Hauppauge, N.Y. 2007, p. 83-98. The material is reprinted by permission.

• Privedba Redakcije: Samoubistvo kao fenomen ima brojne aspekte kao što su religiozni, moralni i pravni. Među njima poseban značaj imaju krivičnopravni i kriminološki naročito kada se radi o faktorima samoubistva. To je i razlog zbog kojeg je Redakcija odlučila da objavi ovaj rad.

to suicide as a preventable problem with realistic opportunities to save lives, using a methodology based on standardized tools, is becoming widely used.

Suicide is one of the world's largest public health problems, accounting for approximately 1 million lives lost annually; this represents a global mortality rate of 16 per 100,000 or one death every 40 seconds (World Health Organization, 1999; World Health Organization, 2002). Other sources estimate that there are ten to 25 non-fatal suicide attempts for every completed suicide, and these numbers rise to 100–200 for adolescents.¹ Suicide is one of the leading causes of death worldwide, particularly in younger people; it profoundly affects individuals, families, workplaces, neighborhoods and societies. In the last 45 years suicide rates have increased by 60% worldwide. Suicide is now among the three leading causes of death among those aged 15–44 years (both sexes); these figures do not include suicide attempts that are up to 20 times more frequent than completed suicide. Suicide worldwide is estimated to represent 1.8% of the total global burden of diseases in 1998, and estimates are that it will be the 2.4% in countries with market and former socialist economies in 2020.

Although traditionally suicide rates have been highest among the male elderly, rates among young people have been increasing to such an extent that they are now the group at highest risk in a third of countries, in both developed and developing countries. Mental disorders (particularly depression and substance abuse) are associated with more than 90% of all cases of suicide in Western societies; however, suicide results from many complex sociocultural factors and is more likely to occur particularly during periods of socioeconomic, family and individual crisis situations (e.g. loss of a loved one, employment, honour).

The economic costs associated with completed and attempted suicide are estimated to be in the billions of dollars. One million lives lost each year are more than those lost from wars and murder annually in the world. It is three times the catastrophic loss of life in the tsunami disaster in Asia in 2005. Every day of the year, the number of deaths by suicide is equivalent to the number of lives lost in the attack on the World Trade Center Twin Towers on 9/11 in 2001.

It is acknowledged that since killing oneself is against nature, no normal person would commit such an act, therefore those who commit suicide are considered mentally ill; however the vast majority of mentally disordered people even if faced by the same dramatic situations encountered by suicides do not actually kill themselves. Suicide should not be considered a symptom of the various psychiatric disorders otherwise proper suicide assessment is generally impaired.

Suicidal behavior as a whole is a complex phenomenon often resulting from the interplay of many factors. Despite efforts to predict and prevent it, inroads toward the reduction of completed and attempted suicide rates remain modest. Both biological and psychological models have been employed to better understand this behavior. Several neuroimaging studies have suggested possible biological markers for suicidal behaviour.²

1 R. W. Maris, A. L. Berman & M. M. Silverman /2000/: *Comprehensive textbook of suicidology*, New York: The Guildford Press

2 E. P. Ahearn, K. R. Jamison, D. C. Steffens, F. Cassidy, J. M. Provenzale, A. Lehman, *et al.*/2001/: MRI correlates of suicide attempt history in unipolar depression, *Biological Psychiatry*, 50, pp.

PSYCHOBIOLOGY OF SUICIDE

Several studies have also shown that dysregulation of the hypothalamic-pituitary-adrenal (HPA) axis can be found in suicide victims. That disturbances in these two systems may share a common pathophysiological mechanism is not surprising, inasmuch as we know from animal studies that they interact extensively and that they are related in a variety of ways: The hippocampus, in particular, is an anatomical region in which components of the HPA and the 5-HT systems have a rich representation. This region is part of the limbic system, an area implicated in the regulation of several vegetative functions (arousal, sleep, appetite, and hedonic capacity) as well as in the control of cognitive function and of mood. Therefore, the hippocampus provides an ideal anatomical substrate to study the HPA axis, the serotonin system, and their potential role in suicide. It is clear that neurobiological abnormalities can be found in suicide victims, irrespective of diagnosis. However, not all suicides have a common underlying psychiatric condition. An important question is whether the biological abnormalities that have been found in suicide victims are characteristic of a subpopulation or if there is a neurobiological precursor common to all suicides. For example, although disturbances in the 5-HT and HPA systems have been identified in suicide victims, they have also been implicated in affective disorders. This is particularly relevant, because, depending on the population, 40 to 60% of suicide victims have a history of affective disease. Given this neurobiological link, an understanding of the relationship between these two circuits can give us clues to the pathophysiology of both suicide and affective illness. Other insights on the neural bases of suicide behavior are being developed by the functional neuroimaging.

Oquendo et al.³ compared 16 depressed patients with a high lethality suicide attempt and 9 depressed patients with low-lethality attempts. These authors involved the positron emission tomography (PET) to study regional brain metabolic responses to a serotonergic challenge and lethality of attempts in major depression. They found that depressed high-lethality suicide attempters had lower regional cerebral uptake of fludeoxyglucose F18 in ventral, medial and lateral prefrontal cortex compared with low-lethality attempters.

Suicidal behavior is a complex phenomenon often resulting from the interplay of many factors. One model⁴ proposed a stress-diathesis combination in the precipitation of a suicidal act. A stressor such as a psychiatric disorder or a psychosocial crisis may lead to suicidal ideation; if the individual has specific personality traits, vulnerability due to genetic, biology and early unfavorable experiences a suicidal act becomes most probable. A typical stressor includes the acute worsening of a psychiatric disorder, but often an acute psychosocial crisis seems to be the most proximal

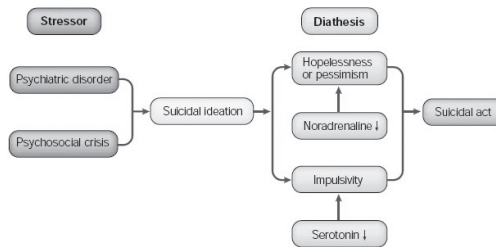
266–70. M. A. Oquendo, B. Halberstam, & J. J. Mann /2003/: Risk factors for suicidal behavior: utility and limitations of research instruments. In *Standardized Evaluation in Clinical Practice* (ed. M. B. First), pp. 103–130. Washington, DC: American Psychiatric Publishing.

3 M. A. Oquendo, B. Halberstam, & J. J. Mann, *op. cit.*, pp. 103–130.

4 J. J. Mann, C. Waternaux, G. L. Haas, et al. /1999/: Toward a clinical model of suicidal behavior in psychiatric patients. *Am. J. Psychiatry*, 156:181–9.

mal stressor or ‘the straw that broke the camel’s back’, leading to suicidal behaviour. Pessimism and aggression/impulsivity are components of the diathesis for suicidal behaviour. Sex, religion, familial/genetic factors, childhood experiences and various other factors, including cholesterol levels, influence the diathesis (Fig. 1).

Fig. 1 – The stress-diathesis model proposed by Mann et al (1999)



These risk factors are not independent. For example, there is a relationship between aggressive/impulsive traits, substance abuse, depression and cigarette smoking.⁵ Also, head injuries occur more frequently in aggressive, impulsive subjects and in people with a history of alcohol and substance abuse. This particular relationship is bidirectional because alcoholism, substance abuse and aggressive behaviours can follow head injuries. Scholars found that head injuries in childhood are more common in aggressive children, and that the impact of the head injury on future aggression is greater in children who were more aggressive before the head injury.⁶ As aggressive behaviours and alcoholism are more common in males than in females this might partly explain the higher suicide rates that are reported in males.

Shneidman⁷ coined the term „psychache“ to describe this pain. Psychache is „the hurt, anguish, or ache that takes hold in the mind...the pain of excessively felt shame, guilt, fear, anxiety, loneliness, angst, and dread of growing old or of dying badly. Suicide is functional because it abolishes the pain for the individual. Suicide occurs when the psychache is deemed by that individual to be unbearable. It is an escape from intolerable suffering“. Shneidman⁸ (1993b) believes that in suicide, ‘death’ is not the key word. Suicide is best understood not so much as a movement toward death but more as a movement away from an intolerable emotion, unendurable, or unacceptable anguish. If the level of suffering is reduced the individual will choose to live.

Each of us has an idiosyncratic disposition made up of psychological needs, and the weights we give to these psychological needs is a window into our persona-

5 J. J. Mann /2003/: Neurobiology of suicidal behavior. *Nat. Rev. Neurosci.*, 4:819–28.

6 M. A. Oquendo, B. Halberstam, & J. J. Mann, *op. cit.*, pp. 103–130.

7 E. S. Shneidman /1993a/: *Suicide as psychache: a clinical approach to self-destructive behaviour*, Jason Aronson: Northvale. E. S. Shneidman /1993b/: *Suicide as psychache*, *The Journal of Nervous and Mental Disease* 181, pp. 145–147.

8 E. S. Shneidman /1993b/, pp. 145–147.

lity.⁹ Among the various psychological needs we can distinguish at least two kinds: those that characterize the functioning, that is the modal needs. These are the needs the person lives with. On the other hand, there are the needs that the individual focuses on when he or she is under duress, suffering, heightened inner tension and in mental pain. These are the needs an individual is willing to die for, also called vital needs. In suicidal individuals the focus is on frustrated or thwarted need. These are the needs deemed by the individual as vital for continuing living. The frustration of these needs might lead to suicide. This special disposition of needs can be elicited by asking an individual about precise reactions to the failures of losses or rejections or humiliations previously in his life.

Suicide is the result of an interior dialogue. A dialogue takes place in the mind where options to solve the pain are scanned and suicide occurs after a length of time when efforts to find amelioration of psychache failed. At the beginning the mind scans its options; the topic of suicide comes up, the mind rejects it, scans again; there is suicide, it is rejected again, and then finally the mind accepts suicide as a solution, then plans it fixes it as the only answer. It is therefore an escape from intolerable suffering. Suicidal individuals experience constriction as tunnelling, or focusing or narrowing the range of options usually available to that individual's consciousness and dichotomous thinking, that is, wishing either some specific (almost magical) total solution for their psychache, or cessation, in other words suicide.¹⁰ According to this view, suicide occurs when perturbation and lethality exist in the same individual: perturbation refers to how upset (disturbed, agitated, discomposed) the individual is; lethality refers to the likelihood of an individual's being dead by his/her own hand in the future. Lethality is a synonym for suicidality. Perturbation supplies the motivation for suicide, lethality is the fatal trigger. To reduce lethality and therefore dealing with perturbation we need to ask the person „Where do you hurt?“, „How may I help you?“ and so forth. Before dealing with lethality we need to deal with perturbation (psychache) which energizes lethality. Shneidman¹¹ has proposed the following definition of suicide: ‘Currently in the Western world, suicide is a conscious act of self-induced annihilation, best understood as a multidimensional malaise in a needful individual who defines an issue for which the suicide is perceived as the best solution.’

Anyone dealing with suicidal individual should be empathic and resonate to the patient's private psychological pain; be aware of the uniqueness of „patient's suffering“; change from „unbearable“ and „intolerable“ to „barely bearable“ and „somewhat tolerable“; pay attention to frustrated psychological needs considered by the person to be vital to continued life.¹²

9 H. A. Murray /1938/: *Explorations in personality*, New York: Oxford University Press.

10 E. S. Shneidman /1996/: *The suicidal mind*, New York: Oxford University Press.

11 E. S. Shneidman /1985/: *Definition of suicide*, Aronson: Northvale.

12 E. S. Shneidman /2004/: *Autopsy of a suicidal mind*. (Tr. It: *Autopsia di una mente suicida*, Fioriti Editore, 2006), New York: Oxford University Press. E. S. Shneidman /2005/: Anodyne Psychotherapy: A Psychological View of Suicide, *Clinical Neuropsychiatry* 2, pp. 7–12.

Pompili et al (2008) recently investigated the role of psychache in the determination of suicide risk in 88 psychiatric inpatients. They used the Psychological Pain Assessment Scale¹³ that involves direct questions about the level of current and worst-ever psychache using a linear rating scale and a checklist for the emotions experienced, along with pictorial stimuli. These authors found that patients currently at risk for suicide reported significantly higher current psychache and higher worst-ever psychache. The rating of current psychache was high, 6.7 on a scale of 1–9, but lower than the rating the worst psychache ever experienced – 8.6. It appears, therefore, that the patients had experienced severe psychache and were still suffering intense psychache. Most of our patients considered their worst-ever psychache unresolved. They had been hurt so much that they felt that the pain associated with those adverse events in their life could not be relieved and that they were condemned to face this pain forever. This suggests that, for suicidal psychiatric patients, amelioration of symptoms is not sufficient.

Everyone should be aware of the warning signs for suicide: Someone threatening to hurt or kill him/herself, or taking of wanting to hurt or kill him/herself; someone looking for ways to kill him/herself by seeking access to firearms, available drugs, or other means; someone talking or writing about death, dying or suicide, when these actions are out of the ordinary for the person. Also, high risk of suicide is generally associated with hopelessness; rage, uncontrolled anger, seeking revenge; acting reckless or engaging in risky activities, seemingly without thinking; feeling trapped – like there’s no way out; increased alcohol or drug use; withdrawing from friends, family and society, anxiety, agitation, unable to sleep or sleeping all the time; dramatic mood changes; no reason for living; no sense of purpose in life.¹⁴

Suicide is preventable. Most suicidal individuals desperately want to live; they are just unable to see alternatives to their problems. Most suicidal individuals give definite warnings of their suicidal intentions, but others are either unaware of the significance of these warnings or do not know how to respond to them. Talking about suicide does not cause someone to be suicidal; on the contrary the individual feel relief and has the opportunity to experience an empathic contact.

Ways to be helpful to someone who is threatening suicide:

1. Be aware. Learn the warning signs.
2. Get involved. Become available. Show interest and support.
3. Ask if he/she is thinking about suicide.
4. Be direct. Talk openly and freely about suicide.
5. Be willing to listen. Allow for expression of feelings. Accept the feelings.
6. Be non-judgmental. Don’t debate whether suicide is right or wrong, or feelings are good or bad. Don’t lecture on the value of life.

13 E. S. Shneidman /1999/: The Psychological Pain Assessment Scale, *Suicide & Life-Threatening Behavior* 29, pp. 287–294.

14 R. Tatarelli /1992/: *Suicidio. Psicopatologia e prevenzione*, Il Pensiero Scientifico Editore, Roma.

7. Don't dare him/her to do it.
8. Don't give advice by making decisions for someone else to tell them to behave differently.
9. Don't ask 'why'. This encourages defensiveness.
10. Offer empathy, not sympathy.
11. Don't act shocked. This creates distance.
12. Don't be sworn to secrecy. Seek support.
13. Offer hope that alternatives are available, do not offer glib reassurance; it only proves you don't understand.
14. Take action! Remove means! Get help from individuals or agencies specializing in crisis intervention and suicide prevention.

Be aware of feelings, thoughts, and behaviors:

Nearly everyone at some time in his or her life thinks about suicide. Most everyone decides to live because they come to realize that the crisis is temporary, but death is not. On the other hand, people in the midst of a crisis often perceive their dilemma as inescapable and feel an utter loss of control. Frequently, they:

- Can't stop the pain
- Can't think clearly
- Can't make decisions
- Can't see any way out
- Can't sleep, eat or work
- Can't get out of the depression
- Can't make the sadness of away
- Can't see the possibility of change
- Can't see themselves as worthwhile
- Can't get someone's attention
- Can't see to get control

Strategies involving restriction of access to common methods of suicide have proved to be effective in reducing suicide rates; however, there is a need to adopt multi-sectoral approaches involving other levels of intervention and activities, such as crisis centres. There is compelling evidence indicating that adequate prevention and treatment of depression, alcohol and substance abuse can reduce suicide rates. School-based interventions involving crisis management, self-esteem enhancement and the development of coping skills and healthy decision making have been demonstrated to reduce the risk of suicide among the youth. Worldwide, the prevention of suicide has not been adequately addressed due to basically a lack of awareness of suicide as a major problem and the taboo in many societies to discuss openly about it. In fact, only a few countries have included prevention of suicide among their priorities. Reliability of suicide certification and reporting is an issue in great need of improvement. It is clear that suicide prevention requires intervention

also from outside the health sector and calls for an innovative, comprehensive multi-sectoral approach, including both health and non-health sectors, e.g. education, labour, police, justice, religion, law, politics, the media. With a highly suicidal person, our task is to serve as an anodyne, that is a substance or process that relieves pain.¹⁵ In suicidology we must redefine the kind of pain we are dealing with, a concept not always completely understood.

LEGAL CAUSES OF ACTION

Common allegations in complaints among mental health practitioners, suicide is among the most common causes of action in lawsuits.¹⁶ Claims brought against psychiatrists report post-suicide lawsuits as accounting for both the largest number of claims as well as the largest amount of monetary settlement.¹⁷ Similarly, among psychologists, suicide of a patient is the sixth most common category for a claim, but still ranks second for percentage of total costs.¹⁸ Thus, a consideration of the legal implications of malpractice is of main concern to practitioners and insurance companies, which cover them. The legal complaints in malpractice cases involving suicide are the same for schizophrenic and non-schizophrenic populations. The courts have applied various theories in imposing liability on mental health practitioners in suicide cases.¹⁹ The following are the most common allegations in a complaint for malpractice following a patient's suicide:

- (1) Failure to take proper tests and evaluations of the patient to establish suicide intent.
- (2) Failure to medicate properly.
- (3) Failure to observe the patient continuously (24 hours) or on a frequent enough basis (e.g., every fifteen minutes).
- (4) Failure to take an adequate history.
- (5) Inadequate supervision and failure to remove dangerous objects, such as a patient's belt.
- (6) Failure to place the patient in a secure room.

We will revisit the above common allegations following a discussion of negligence law in order to clarify the element of the law to which they relate.

- 15 E. S. Shneidman /1993c/: Some controversies in suicidology: toward a mentalistic discipline, *Suicide & Life-Threatening Behavior* 23, pp. 292–298.
- 16 S. Simpson and M. Stacy /2004/: Avoiding the malpractice snare: Documenting suicide risk assessment, *Journal of Psychiatric Practice*, 10 (3), pp. 185–189.
- 17 D. R. Baerger /2001/: Risk management with the suicidal patient: Lessons from case law, *Professional Psychology: Research and Practice*, 32(4), pp. 359–366.
- 18 *Ibidem.* B. Bongar, R. W. Maris, A. L. Berman and R. E. Litman /1998/: *Outpatient standards of care and the suicidal patient*, in: B. Bongar, A. L. Berman, R. W. Maris and M. M. Silverman., E. A. Harris and W. L. Packman (Eds.): *Risk management with suicidal patients*, New York, New York: Guilford, pp. 4–33.
- 19 J. D. Robertson /1988/: *Psychiatric malpractice: Liability of mental health professionals*. New York: Wiley.

MALPRACTICE AND NEGLIGENCE LAW

The main legal theory in medical malpractice complaints is negligence. Negligence is „the failure to exercise the standard of care that a reasonably prudent person would have exercised in a similar situation.²⁰„ The area of negligence law falls under the broader scope of tort law. A „tort“ is a civil wrong committed by one individual (the defendant), which has caused some injury to another individual²¹ (the plaintiff). Unlike intentional torts, negligence does not require any intent on the part of the defendant. This means that in a tort case of battery (the use of force against another resulting in harmful or offensive contact²², for example, the defendant must intend to commit the battery for liability to occur. In a negligence case, on the other hand, the defendant may bear no intentions of harm and still be held liable. This area of law essentially provides compensation for people when harm is done unto them because someone (the defendant) did something they should not have done (act of commission) or failed to do something they should have done²³ (act of omission). The lack of a requirement of intent is of crucial importance because it leaves health care practitioners vulnerable to liability even when they have the best intentions. Specifically, to recover on a claim of negligence the plaintiff must prove five elements²⁴. These are: *duty*, *breach of duty*, *cause in fact*, *proximate cause* and *damages*.²⁵ It should be noted that the plaintiff must show all five elements. By refuting just one element the defendant can safeguard him or herself from liability. Indeed, attempting to refute one or more elements of the claim is the primary method practitioners and their legal counsel will employ in preventing liability. The other form of defense that is used is referred to in a legal sense as an affirmative defense. Affirmative defenses are legal defenses which can essentially excuse the defendant from liability even after all the elements of the tort have been met.²⁶ Affirmative defenses for negligence causes of action do exist; however, they rarely prevent full liability and serve mainly to mitigate it. Affirmative defenses include assumption of the risk and comparative liability. The former relates to the theory that the defendant assumed some or all of the risk going into the treatment and as such, the clinician should not be held liable.²⁷ Comparative liability is more commonly used as a

20 H. C. Black /1996/: *Black's law dictionary*, pp. 1405.

21 W. L. Packman and E. A. Harris /1998/: *Legal issues and risk management in suicidal patients*: in B. Bongar A. L., Berman R. W., Maris M. M., Silverman E. A., Harris and W. L. Packman (Eds.), *Risk management with suicidal patients*, New York: Guilford, pp. 150–186.

22 H. C. Black /1996/, *op. cit.*

23 R. I. Simon /1992/: *Concise guide to psychiatry and the law for clinicians*, Washington, DC: American Psychiatric Press.

24 It should be noted that the traditional view conceptualizes the legal concept of negligence as consisting of the four elements of duty, breach, causation, and damage. The element of causation is comprised of the two subparts of cause in fact and proximate cause. Newer and more modern approaches sometimes talk about negligence as being comprised of five or six elements. They break the element of causation into two separate elements and sometimes even add standard of care as a sixth element.

25 W. L. Prosser /1971/: *Handbook of the law of torts* (4th ed.), St. Paul, MN: West.

26 H. C. Black /1996/, *op. cit.*

27 *Ibidem*.

defense and refers to the idea that the plaintiff's own actions were also at fault and thus the liability of the defendant should be lessened.²⁸ Returning to the primary elements of negligence, we shall for the purposes of this chapter begin with the most basic element—damages—and end with duty and breach of duty.

UNDERSTANDING DAMAGES

Generally, when a plaintiff files a negligence lawsuit, the element of damages is usually satisfied. It essentially reflects the law's requirement that the plaintiff suffer some harm in order to be compensated. Simply put, a defendant may be negligent, but he or she is not liable unless it results in injury. If, for example, a practitioner's negligence leads to a patient's unsuccessful suicide attempt, and the attempt fortunately results in no psychological or physical harm, then the practitioner is not liable. In most cases, a completed suicide or physical and psychological injuries from a suicide attempt easily satisfy the damages requirement. Thus, a bigger issue in court becomes the *amount* of damages resulting from the negligence. The amounts are determined by the courts and are fact-specific to each case.

UNDERSTANDING CAUSATION: CAUSE IN FACT AND PROXIMATE CAUSE (FORESEEABILITY)

Causation refers to both the elements of *cause in fact* and *proximate cause*. Cause in fact refers to the basic requirement that the defendant's negligence must cause the damages to evoke liability. To determine this, courts traditionally applied the „but for“ test. Essentially, a negligent act is said to be the cause in fact of the harm when „the result would not have occurred without the party's conduct.²⁹“ This analysis often found long chains of occurrences to pass the „but for“ test. For instance, the mother of a child may have taken illegal drugs during her pregnancy, leading to mental retardation and behavioral problems in the child, a need for treatment, and possibly ending in suicide. Even though, in this hypothetical it is true that „but for“ the mother's drug use, the suicide may not have occurred, it does not clearly follow that the drug use *caused* the suicide. Because of this flaw with the „but for“ analysis, courts will often consider the substantial factor test. The substantial factor test requires merely that the act in question be a substantial factor of the harm.³⁰ This analysis helps remedy the problem of a long chain of events leading to unpredictable damages. In cases following an attempted or completed suicide, the courts consider 1) whether the practitioner providing adequate treatment would have prevented the suicide, and 2) whether the act or failure to act of the practitioner was a substantial factor in the suicide. Further limiting unforeseen

28 *Ibidem.*

29 *Ibidem.*

30 *Ibidem.*

damages is the element of *proximate cause*. Proximate cause deals mainly with the requirement that the harm be reasonably foreseeable. Often times the foreseeability of the suicide becomes the heated issue in court. If the court decides that the suicide was foreseeable, liability is often likely. On the other hand, if the court determines that the suicide was not reasonably foreseeable given the circumstances, then the practitioner may not be liable even when providing substandard care. In short, the practitioner is not responsible for harms which were not reasonably foreseeable. It is important to distinguish foreseeability of suicide from predictability. Mental health practitioners cannot predict suicidal behavior reliably and validly without a high degree of false-positives.³¹ Thus, foreseeability involves a comprehensive and reasonable assessment of the risk. Nevertheless, once in court the difference between foreseeability and predictability may be blurred. „When a suicide is viewed through the lens of hindsight, it can take on a quality of apparent predictability.³²„ This can give the plaintiff an advantage and is one reason why we recommend that practitioners practice within and even above the applicable standard of care. Since the law tends to assume that a foreseeable suicide is preventable in many cases, a clinician who either fails to reasonably assess risk level and/or implement appropriate preventative measures is potentially vulnerable if the patient is harmed.³³ As such, it is of crucial importance to carefully review the patient’s history and determine the specific risk factors. In *Stallman v. Robinson* (1953)³⁴, the decedent’s husband sued for the death of his wife who committed suicide while an inpatient at a private hospital. During her four-day stay at the hospital, the patient tore off strips of fabric from her nightgowns and successfully committed suicide by hanging and strangling herself. In finding the hospital liable, the court reasoned that „the most important single factor in determining whether a hospital was negligent in failing to prevent suicide of a patient is whether hospital authorities under the circumstances could have reasonably anticipated that the patient might harm himself.“ The court added that „whether these determinative factors are present depends on the detailed facts and circumstances of the particular case.“ The patient in *Stallman* was preliminarily diagnosed prior to her death as either manic-depressive or schizophrenic with paranoid ideas. In addition, the patient had a history of four previous suicide attempts as well as expressing suicidal ideation. In the court’s view, suicide was foreseeable given the patient’s history and specific risk factors. The risk factors for completed suicide in patients with schizophrenia which have been identified in at least three empirical studies are: young age, early in course of illness, frequent exacerbations and remissions, awareness of psychopathology, periods of clinical improvement after relapse, absence of florid psychosis, hopelessness, good premorbid history, lack of family support, history of suicide attempts, fear of further deterioration, recent

31 A. L. Berman and D. A. Jobes /1991/: *Adolescent suicide: Assessment and intervention*. Washington, DC: American Psychological Association.

32 D. Schultz /2000, August/: Defending the psychiatric malpractice suicide. *Health Care Law*, pp. 13–26.

33 R. I. Simon /1998/: Psychiatrists awake: suicide risk assessments are all about a good night’s sleep, *Psychiatric Annals*, 28(9), pp. 479–485.

34 *Stallman V., Robinson.* /1953/:364 Mo. 275, 260 S.W.2d 743.

discharge and acute suicide ideation.³⁵ When these factors are present in a schizophrenic patient who commits suicide the courts may be more likely to determine that the suicide was foreseeable.

UNDERSTANDING DUTY AND BREACH OF DUTY

The elements of *duty* and *breach of duty* are the fundamental basis of negligence law since they establish the standard of care which, when not met, renders a defendant negligent. When considering the first element of duty, the courts primarily consider whether the defendant owed the plaintiff a duty. It is generally a particular relationship established between the two parties, which create the duty. As this pertains to our discussion, any health practitioner will owe a duty to his or her patient simply by taking on the role of health practitioner. In the case of *Stallman* referred to previously, where the decedent's husband sued for the death of his wife who hanged and strangled herself while an inpatient, the court noted: „the doctors in the case were specialists in care and treatment of the mentally ill and accepted the patient in the hospital operated by such doctors, and therefore owed the patient a specific duty.“ Simply put, a mental health practitioner will almost always owe a duty to his or her patient. What the specific duty actually requires becomes the crux of the matter.

Recall that negligence is defined by a failure to operate within a particular standard of care. Following this standard of care is the duty that the health practitioner owes his or her patient. When the practitioner fails to do so, it is the *breach of duty* that defines negligence. It is also the single element of negligence, which the health practitioner actually has control over after accepting the patient. The other elements can be debated and refuted by the parties' legal counsel after a case has been filed. This writing is not intended, however, to be a guide for lawyer's arguments in malpractice, cases but an attempt to guide practitioners in how to minimize liability.

It is our opinion that the practitioner's best line of defense is not in the courtroom, but rather to not be negligent in the first place. Specifically, to take precautions so as to not breach the duty by falling below the standard of care. The other elements are less within the defendant's control. The practitioner cannot prevent owing a duty to the patient since it flows from the doctor-patient relationship. The same is true when considering causation. Once a breach has occurred, followed by damage, there is either a causal link or there is not, and this is usually out of the defendant's control. Similarly, the practitioner has no control to either make something foreseeable or unforeseeable.³⁶ This is, again, for the courts to decide. Indeed, the key element the practitioner has control over is whether he or she breaches his or her duty. Therefore, a requirement for providing patients proper care and minimizing liability is to understand and examine what constitutes duty, i.e. practicing

35 N. Reynolds /2000/: *Suicidal risk factors with a schizophrenic population: Standard of care practice*, Unpublished doctoral dissertation, Pacific Graduate School of Psychology, California: Palo Alto.

36 However, as noted previously, the practitioner has a duty to conduct a comprehensive and reasonable assessment of risk (Jobes and Berman, 1993). Reasonably prudent care by clinicians involves implementing precautions or interventions based on the preceding assessment of risk.

within the standard of care. It is against this legal background that we discuss what usually constitutes breach of duty by the practitioner.

By looking back to the list of common allegations in malpractice cases following suicide we can extract specific elements, which are necessary to reasonable care by the practitioner. These are:

- (1) Duty to properly predict a suicide and/or diagnose suicidal tendency.
- (2) Duty to control, supervise or restrain.
- (3) Duty to take proper tests and evaluations of the patient to establish suicide intent.
- (4) Duty to medicate properly.
- (5) Duty to observe the patient continuously (24 hours) or on a frequent enough basis (e.g., every fifteen minutes).
- (6) Duty to take an adequate history.
- (7) Duty to provide adequate supervision and remove dangerous objects, such as a patient's belt.
- (8) Duty to place the patient in a secure room.

It is important to note that the above list is an illustrative, not exhaustive one of the specific duties owed to a suicidal patient. Nevertheless, most cases involving suicide will involve a breach of one or more of the above listed duties. What each duty requires (i.e., how much medication is „proper medication“; how much supervision is adequate) is unique to each circumstance and determined by the needs of the patient.

Duty to Take Proper Tests and Evaluations of the Patient to Establish Suicide Intent

Mental health practitioners are expected to reach the proper diagnosis and not misdiagnose patients. Misdiagnosis refers to a negligent failure to recognize the nature of the patient's condition and then to implement proper measures before harm occurs.³⁷ In *O'Sullivan v. Presbyterian Hospital in City of New York at Columbia Presbyterian Medical Center*³⁸ an expert witness testified that the psychiatrist failed to diagnose major depression, formulate a treatment plan, detect the severity and acuteness of the patient's problem, order a physical examination, consult the patient's treating physician about the patient's weight loss, assign the patient a therapist, or refer him for psychotropic medication. Given this evidence raising issues of deficient diagnosis and treatment, the court held that there was no basis to find that the psychiatrist conducted a competent evaluation. The link between diagnosing depression and liability for a patient suicide can be reasonably followed to also include sc-

37 W. L. Packman, T. O. Pennuto, B. Bongar and J. Orthwein, /2004/: Legal issues of professional negligence in suicide cases, *Behavioral Science and the Law*, 22 (5), pp. 697–713.

38 *O'Sullivan V.*, /1995/: *Presbyterian Hosp. in City of New York at Columbia Presbyterian*, 217 A.D.2d 98, 634 N.Y.S.2d 101

hizophrenia. A failure to properly diagnose schizophrenia suffered by a patient who commits suicide can lead to similar liability as in *O'Sullivan*. This is particularly true when taking into consideration the increased risk schizophrenia poses for suicide.

Duty to Control, Supervise or Restrain

The duty to control, supervise or restrain covers many aspects of treatment. Hospitals have been found negligent in releasing a suicidal patient. In *Bell v. New York City Health and Hospital Corporation*³⁹, a physician recommended the release of a psychiatric patient despite the presence of the patient's potentially harmful delusions. The physician failed to investigate the previous psychiatric history of the patient, the patient's delusions, or an incident that occurred the evening before the patient's release, during which the patient had to be restrained. The court held that the decision to release provided sufficient basis to impose liability.

In some cases, psychiatrists and hospitals have been found negligent in failing to properly supervise a patient. In *Fatuck v. Hillside Hospital*⁴⁰, an action was brought to recover damages wherein it was claimed that the hospital was negligent in failing to prevent a patient from escaping the grounds a few hours before he committed suicide by jumping from the roof of a building. Evidence included a 14 year history of mental health problems and recently expressed suicidal threats. During the patient's nine day stay in the hospital, there were notations made in his record stating that he was not to be permitted to wander off. The patient was also placed on 15 minute checks for two days after admission; however, there was no notation that the checks were ever conducted. The court held that the evidence established negligence on the part of the hospital.

In *Bramlette v. Charter Medical Columbia*⁴¹, a malpractice action was brought against a psychiatrist and hospital in connection with the suicide of a patient. The patient arrived at the hospital in a very distressed state. He was hoarse and very white and told the psychiatrist and staff that he had been screaming in the car during the entire thirty minute drive. He was extremely agitated and pulled at his clothing and hair. His daughter, upon bringing him to the hospital told his psychiatrist (one of the defendants in this case) and the hospital staff that her father was suicidal. Four days after being voluntarily admitted to defendant's hospital the patient committed suicide during a recreational outing off the hospital grounds. The outing was with a group of fellow patients and an occupational therapist of the hospital. On the return trip the patient told the therapist he was going to vomit and urged her to pull over and let him out. She pulled over, he jumped out, ran to a highway overpass, climbed on the ledge and jumped to his death.

An expert witness for the plaintiff enumerated the hospital's deviations from the reasonable standard of care by:

39 *Bell V.*, *New York City Health and Hospitals Corporation*, 90 A.D.2d 270, 456 N.Y.S.2d 787 /1982/.

40 *Fatuck V. /1974/*: *Hillside Hospital*, 45 A.D. 2nd 708, 356 N.Y.S.2d 105, New York

41 *Bramlette V. /1990/*: *Charter Medical Columbia*, 302 S.C. 68, 393 S.E.2d 914

1. failing to get a complete history from the family;
2. failing to order more intense supervision for the first seven to ten days after admission (before medication and therapy took effect);
3. failing to prohibit an outing off hospital grounds;
4. failing to diagnose the patient as a high risk of suicide based on his anxiety attacks. The court, in finding the hospital liable „recognized a cause of action in negligence for breach of a duty to prevent a known suicidal patient from committing suicide.“

The above cases illustrate the specific duties owed to a suicidal patient.

What about instances where a person is simply *at a high risk* of suicide? For our purposes, the important question is whether having schizophrenia alone raises the standard of care. This is addressed in the following section.

THE STANDARD OF CARE FOR PATIENTS WITH SCHIZOPHRENIA

In the case of *Randolph v. Cervantes*⁴² the patient had paranoid schizophrenia and was being treated as an outpatient at a mental health care facility. In this case, the patient/plaintiff did not attempt suicide, but injured herself by injecting insulin into her eyes resulting in loss of vision in one eye and impaired vision in the other. The court held that despite her schizophrenia there was no duty to protect her from herself when she was not confined in a mental health institution. Of note, the court in *Randolph* did not give special consideration to the patient's mental state. Had she injected herself with something more lethal than insulin and committed suicide it is unclear if the court would have followed the same reasoning. As an outpatient, the patient's schizophrenia alone was not enough to warrant a high duty to protect her from harming herself. It should be noted here, however, that the defendant was a state-associated mental health care facility. Thus, the court's analysis may not be followed in future cases involving non-governmental practitioners or inpatient situations.

Similarly, in *Dutcher v. United States*⁴³, the patient suffered from paranoid schizophrenia and voluntarily left the Veteran's Administration (VA) mental hospital before discharge and against medical advice. Following his leave he committed suicide by shooting himself. The issue was whether the VA hospital had a duty to notify family or police when the patient prematurely walked out. The court held that the VA hospital did not breach the standard of care because the patient, although known to have paranoid schizophrenia, and despite expressing some suicide ideation, had no suicide intent or plan and was not in imminent danger to himself or others before he shot himself. Subsequent to his admission, the patient repeatedly and consistently denied that he was suicidal or homicidal. The court held that the care and treatment rendered by the hospital met the standard of care for such patients. Thus, the patient's schizophrenia alone was not enough for the court in this

42 *Randolph V. and Cervantes.* /1996/:950 F. Supp. 771.

43 *Dutcher V.* /1990/: United States, 736 F. Supp. 1142.

case to raise the standard of care. The court's language does imply however, that if the patient could have been reasonably determined to be suicidal, the standard of care may have required calling the police and/or family when the patient prematurely left the hospital.

The case of *Stallman v. Robinson*⁴⁴ referred to previously, distinguish itself from the reasoning of the above cases. In *Stallman*, the patient had a preliminary diagnosis of manic-depressive disorder or schizophrenia with paranoia and the decedent's husband sued for the death of his wife who hanged and strangled herself while an inpatient. The court made no mention of her being suicidal, but referred only to her having „suicidal ideas.“ It is important to note the difference between having a suicidal intent (commonly what is referred to as being suicidal) and having suicidal ideation. The latter, aside from being a common characteristic among a wide range of disorders, is also common among the general population. It is estimated that up to one third of people in the general population of the United States have suicidal ideation at some point in their lives.⁴⁵ In contrast to the *Randolph and Dutcher* cases, the court in *Stallman* referred constantly to the patient's mental condition when determining the standard of care. They reasoned that the hospital owed the patient „a specific duty of exercising reasonable care to safeguard and protect her from injuring herself....and that their duty in this regard was proportionate to her needs; that is, such reasonable care and attention as her known mental condition required.“ Thus, the court determined the standard of care by what the patient's mental condition warranted, and not by her status as suicidal or non-suicidal. The holding of *Stallman* finding the hospital liable is even more striking given the high level of care exercised by the hospital to prevent suicide.⁴⁶ According to the court, the level of care was not high enough for the mental condition of the patient.

A review of the above cases provides mixed answers on the issue of the standard of care for patients with schizophrenia. In *Randolph*, schizophrenia itself was not enough to give rise to a duty to protect the patient from herself in an outpatient setting. In *Dutcher*, a diagnosis of schizophrenia, coupled with suicidal ideation was still insufficient to warrant a higher standard of care when suicidal intent was not present. However, in contrast to these cases, the court in *Stallman* focused on the mental condition of the patient to determine the standard of care. In this case the patient had previous attempts and suicidal ideation upon entering the hospital. Nevertheless, it was mainly her mental diagnosis of manic-depressive disorder or paranoid schizophrenia which alerted the court to a higher standard of care. Spe-

44 *Stallman V., Robinson.* /1953/:364 Mo. 275, 260 S.W.2d 743.

45 R. M. A Hirschfeld. and J. M. Russell /1997/: Assessment and treatment of suicidal patients, *New England Journal of Medicine*, 333, pp. 910-915.

46 During the patient's four-day stay at the hospital, she tore off strips of fabric from her night-gowns to successfully commit suicide by hanging and strangling herself. The court noted that the hospital had in place strict practices to protect and supervise the patient. Regular observations were made, unworn clothes were kept locked away, and patients were locked in safety belts when in bed. Nevertheless, the court determined that the hospital had a higher specific duty and that given the detailed circumstances they had breached their duty by failure to use ordinary care to watch the patient and prevent her self destruction by reason of her alleged nervous and mental derangement.

cifically, the court held that due to her „alleged nervous and mental derangement“ the hospital had a duty to „prevent her self destruction.“ This ruling seems to imply that when a patient has schizophrenia, the hospital may be liable for any unprevented suicide.

It is clear that when involved with a patient with schizophrenia special attention should be given to the great risk the disease itself poses. Although in most cases it takes more than a diagnosis of a mental disorder to determine the standard of care, the ruling in at least one case (*Stallman*) indicates that the mental condition alone carries a great deal of weight. Thus, it is our recommendation to err on the side of caution for the protection of both the patient and clinician. The high rate of suicide among patients with schizophrenia should not be forgotten, and the standard of care should rise appropriately.

The practitioner may consider that raising the standard of care often involves a more restrictive environment, which while safe, may not correspond to the most healing environment. Still, the negative consequences of „over-caring“ seem to pale in comparison to the worst-case scenario when the observation and care is insufficient. This worst-case scenario is particularly highlighted when as many as 40% of persons with schizophrenia are attempting suicide.⁴⁷ The judgment call of determining the standard of care belongs primarily to the practitioner. However, in the unfortunate cases where suicide is attempted or committed and a lawsuit is filed, the courts, through expert testimony, determine the standard of care. The challenge for mental health practitioners is how to safeguard themselves from liability while continuing to provide the best clinical care for the circumstances and save very vulnerable lives.

FURTHER RISK MANAGEMENT STRATEGIES FOR MENTAL HEALTH PRACTITIONERS

Throughout this chapter we have expressed a generally high standard of care for suicidal patients with schizophrenia, and explained the reasoning behind the law. Even when providing the proper standard of care, practitioners should consider the following risk management guidelines to create an effective treatment plan and minimize liability:

1. Documentation

Perhaps the most important risk management technique is good record keeping.⁴⁸ Inadequate documentation can cripple a legal case, even if there was no actual negligence.⁴⁹ Thus, if a clinician fails to record an action in the records, the

47 M. Pompili, A. Ruberto, G. Kotzalidis, P. Girardi and R. Tartarelli, /2004/: Suicide and awareness of illness in schizophrenia: An overview, *Bulletin of the Menninger Clinic*, 68 (4), pp. 297–318.

48 W. L. Packman and E. A. Harris /1998/: *op. cit.*, pp. 150–186.

49 L. VandeCreek and S. Knapp /1989/: *Tarasoff and beyond: Legal and clinical considerations in the treatment of life-endangering patients*, Sarasota FL: Professional Resource Exchange.

jury may assume the clinician failed to carry out the treatment completely⁵⁰. In fact, clinicians „who make bad decisions but whose reasoning [is clearly articulated]“ may come out more favorably than clinicians „who have made reasonable decisions but whose poor documentation leaves them vulnerable⁵¹.“ A thorough record should document interactions, consultations, and professional judgments.⁵² The signed informed consent for treatment and documentation of confidentiality considerations should also be included.⁵³ It is also beneficial to document steps not taken along with reasoning. Gutheil⁵⁴ refers to this as „thinking out loud“ for the record. Finally, tampering with records by inserting new material after-the-fact can destroy any chances of winning a case.⁵⁵

2. Consultation

Clinicians should routinely consult colleagues who have expertise with suicidal patients.⁵⁶ It is advisable for clinicians to also seek consultation or supervision on cases that are outside of their competence area (or refer the patient out).⁵⁷ Both clinician and consultant should provide written notes for the record⁵⁸, as consultation can provide legal evidence for the reasonableness of selected diagnostic and treatment plans⁵⁹. Clinicians should make appropriate referrals for medication evaluations if they are not physicians themselves, and should be knowledgeable about the effects of psychotropic medications.⁶⁰

3. Know Legal and Ethical Responsibilities

Knowing one's legal and ethical responsibilities helps clinicians recognize risk before it becomes a liability.⁶¹ It is important to be familiar with the laws, regulations, and ethical principles in one's jurisdiction.⁶² Confidentiality and informed consent are two salient issues.

50 W. L. Packman and E. A. Harris /1998/: *op. cit.*, pp. 150–186.

51 T. G. Gutheil /1980/: Paranoia and progress notes: a guide to forensically informed psychiatric record-keeping, *Hospital and Community Psychiatry*, 31 (7), pp. 479–482.

52 S. Halleck /1980/: *Law in the practice of psychiatry*, New York: Plenum Press.

53 W. L. Packman and E. A. Harris /1998/: *op. cit.*, pp. 150–186.

54 T. G. Gutheil /1980/: *op. cit.*, pp. 479–482.

55 J. Monahan /1993/: Limiting therapist exposure to Tarasoff liability: Guidelines for risk containment, *American Psychologist*, 48, pp. 242–250.

56 W. L. Packman and E. A. Harris /1998/: *op. cit.*, pp. 150–186.

57 B. Bongar /2002/: *The suicidal patient: Clinical and legal standards of care (2nd ed.)*, Washington, DC: American Psychological Association.

58 B. Bongar /1991/: *The suicidal patient: Clinical and legal standards of care*. Washington, DC: American Psychological Association.

59 L. VandeCreek, S. Knapp and C. Herzog /1987/: Malpractice risks in the treatment of dangerous patients, *Psychotherapy: Theory, research and practice*, 24, pp. 145–153.

60 B. Bongar /1991/: *op. cit.*

61 W. L. Packman and E. A. Harris /1998/: *op. cit.*, pp. 150–186.

62 *Ibidem*.

4. Obtain Risk Assessment Data

A thorough clinical assessment of elevated risk must be performed and recorded in a careful, professional manner.⁶³ Suicide potential should be evaluated several times during the treatment process, including such points as the time of admission, transfer to less restrictive areas, before home visits, and before discharge.⁶⁴

Historical information should include details regarding past suicide attempts, prior incidents of self-harm, past suicidal ideation/impulses, as well as information about attempted and completed suicides in the patient's family.⁶⁵ Peruzzi and Bongar⁶⁶ stated the importance of also obtaining information about the medical seriousness or lethality of all prior patient attempts. In addition, the clinician should make reasonable efforts to obtain patients' previous treatment records.⁶⁷

To promote a comprehensive evaluation, many theorists⁶⁸ advocate formulating clinical judgment based upon a combination of structured interviews, checklists, standard psychological instruments, and suicide risk scales and estimators. Assessing a patient's potential for suicide on the basis of one measure or score alone without considering previous behavior, psychiatric diagnosis, and other aspects of a clinical interaction is never an acceptable practice.⁶⁹ Serial and repeated assessment is another key aspect of proper patient care, for suicidal risk is certainly not a static trait, but a dynamic quality that varies over time.⁷⁰

5. Determine Competence

Clinicians are limited as to their specific areas of professional competence.⁷¹ One's competence varies greatly depending on education, training, and experience. Thus, clinicians must be aware of their own proficiencies and emotional tolerance levels in treating suicidal patients.⁷² If a clinician decides not to treat suicidal patients, a list should be developed of colleagues to whom the clinician can refer these high-risk patients.⁷³

63 *Ibidem*.

64 L. VandeCreek and S. Knapp /1983/: Malpractice risks with suicidal patients, *Psychotherapy: Theory, research and practice*, 20, pp. 274–280.

65 D. R. Baerger /2001/: *op. cit.*, pp. 359–366.

66 N. Peruzzi and B. Bongar /1999/: Assessing risk for completed suicide in patients with major depression: Psychologists' views of critical factors, *Professional Psychology: Research and Practice*, 30, pp. 576–580.

67 W. L. Packman and E. A. Harris /1998/: *op. cit.*, pp. 150–186.

68 E. L. Bassuk /1982/: General principles of assessment, in: E. L. Bassuk S. C. Schoonover, and A. D. Gill, Eds., *Lifelines: Clinical perspectives on suicide*, New York: Plenum, pp. 17–46.

69 R. W. Maris, A. L. Berman, J. T. Maltzberger and R. I. Yufit (Eds) /1992/: *Assessment and prediction of suicide*, New York: Guilford.

70 R. I. Yufit and B. Bongar /1992/: Suicide, stress and coping with life cycle events. In R. W. Maris, A. L. Berman J. T. Maltzberger and R. I. Yufit Eds., *Assessment and prediction of suicide*, New York: Guilford, pp. 553–573.

71 B. Welch /1989/: A collaborative model proposed, *American Psychological Association Monitor*, 20 (10), pp. 28.

72 B. Bongar /2002/: *op. cit.*

73 W. L. Packman and E. A. Harris /1998/: *op. cit.*, pp. 150–186.

Determining competence includes the knowledge of the appropriate standards of care when treating specialized clients. Reynolds⁷⁴ attempted to identify „standards of care“ of practicing clinicians who work with suicidal schizophrenic patients. The goal of this survey was to establish this profile and then provide information to clinicians in the form of practice guidelines to upgrade the assessment and intervention behaviors of clinicians in the field.⁷⁵ Of the nearly 200 responding psychologists surveyed⁷⁶ regarding 36 potential risk factors, they rated the following attributes as critical or high: seriousness of past suicide attempt, history of attempted suicide, acute suicidal ideation, alcohol and/or other substance abuse, hopelessness, impulsivity, family history of suicide completion, command hallucinations, medication noncompliance, depressed mood, increased agitation, and lack of family support. In order to operate within the standard of care in assessing suicidal risk in schizophrenic patients, we suggest that clinicians conduct a thorough risk assessment that includes an inquiry into these critical risk factors.

6. Know the General Risk Factors of Suicidal Patients and Schizophrenic Patients

The risk factors associated with completed suicide may be qualitatively different than those for other diagnoses.⁷⁷ The literature has spoken to the importance of evaluating imminent suicide risk by tailoring assessment formulas to the principal psychiatric diagnosis implicated.⁷⁸ In general, clinicians must know what the literature and experts say about the management of suicidal patients in order to exercise good clinical judgment in such a situation.⁷⁹ In addition to the previous risk factors rated by psychologists⁸⁰, the general risk factors for suicide in schizophrenia are comprehensively described in other chapters of this text.

7. Involve the Family

In our view, it is advisable to inform the patient's support system of the patient's suicide potential and to increase their involvement in management and treatment.⁸¹ Although the clinician must judge, however, if such interactions would be beneficial, or if the patient needs protection from them for the time being⁸², the literature has repeatedly classified social isolation and lack of familial support as a high risk

74 N. Reynolds /2000/: *op. cit.*

75 N. Peruzzi and B. Bongar /1999/: pp. 576–580.

76 N. Reynolds /2000/: *op. cit.*

77 D. C. Clark and J. Fawcett /1992/: An empirically based model of suicide risk assessment for patients with affective disorder. In D. Jacobs (Ed.), *Suicide and clinical practice*, Washington, DC: American Psychiatric Press, pp. 55–74.

78 *Ibidem.* A. D. Pokorny /1983/: Prediction of suicide in psychiatric patients, *Archives of General Psychiatry*, 40, pp. 249–257.

79 W. L. Packman and E. A. Harris /1998/: *op. cit.*, pp. 150–186.

80 N. Reynolds /2000/: *op. cit.*

81 L. VandeCreek and S. Knapp /1989/: *op. cit.*

82 G. Jacobson /1999/: The inpatient management of suicidality, in: D. G. Jacobs (Ed.), *The Harvard medical school guide to suicide assessment and intervention*, San Francisco: Jossey-Bass, pp. 383–405.

factor for suicide in patients with schizophrenia. Further, the family is less likely to initiate litigation against the clinician when good relations have been achieved.⁸³

CONCLUSION

Suicidal behavior is one of the few fatal consequences of psychiatric illness.⁸⁴ For persons with schizophrenia, suicide is the number one leading cause of premature death.⁸⁵ The loss of a patient to suicide is the most feared outcome among mental health practitioners, while the fear of litigation and liability after such suicide may be a close second. This chapter has emphasized the importance of understanding suicidality, schizophrenia and malpractice law. We have familiarized practitioners with the legal issues and essential elements of professional negligence in suicide cases and reviewed legal theories of liability and causes of action. We concluded with a discussion of risk management procedures that can substantially limit one's exposure to malpractice liability, and can also assist expert witnesses testifying in suicide cases evaluate whether a practitioner's practice is within the standard of care.

REFERENCES

- Baerger D. R. /2001/: Risk management with the suicidal patient: Lessons from case law, *Professional Psychology: Research and Practice*, 32(4)
- Bassuk E. L. /1982/: General principles of assessment, in: E. L. Bassuk S. C. Schoonover, and A. D. Gill, Eds., *Lifelines: Clinical perspectives on suicide*, New York: Plenum
- Bell V., New York City Health and Hospitals Corporation, 90 A.D.2d 270, 456 N.Y.S.2d 787 /1982/
- Berman A. L. and Jobes D. A. /1991/: *Adolescent suicide: Assessment and intervention*. Washington, DC: American Psychological Association
- Black H. C. /1996/: *Black's law dictionary*, St. Paul, MN: West
- Bongar B. /2002/: *The suicidal patient: Clinical and legal standards of care (2nd ed.)*, Washington, DC: American Psychological Association
- Bongar B. /1991/: *The suicidal patient: Clinical and legal standards of care*. Washington, DC: American Psychological Association
- Bongar B., Maris R. W. Berman A. L. and Litman R. E. /1998/: *Outpatient standards of care and the suicidal patient*, in: B. Bongar, A. L. Berman, R. W. Maris and M. M. Silverman., E. A. Harris and W. L. Packman (Eds.): *Risk management with suicidal patients*, New York, New York: Guilford
- Bramlette V. /1990/: *Charter Medical Columbia*, 302 S.C. 68, 393 S.E.2d 914
- Caldwell C. B. and Gottesman II. /1990/: Schizophrenics kill themselves too: A review of risk factors for suicide, *Schizophrenia Bulletin*, 16 (4)
- Clark D. C. and Fawcett J. /1992/: An empirically based model of suicide risk assessment for patients with affective disorder. In D. Jacobs (Ed.), *Suicide and clinical practice*, Washin-

83 B. Bongar /2002/: *op. cit.*

84 *Ibidem.*

85 C. B. Caldwell and II. Gottesman /1990/: Schizophrenics kill themselves too: A review of risk factors for suicide, *Schizophrenia Bulletin*, 16 (4), pp. 571–589.

- gton, DC: American Psychiatric Press Dutcher V. /1990/: United States, 736 F. Supp. 1142 (1990)
- Fatuck V. /1974/: Hillside Hospital, 45 A.D. 2nd 708, 356 N.Y.S.2d 105, New York
- Greaney S. /1995/: *Psychologists behaviors and attitudes when working with the non hospitalized suicidal patient*, Unpublished doctoral dissertation, Pacific Graduate School of Psychology, Palo Alto, California
- Gutheil T. G. /1980/: Paranoia and progress notes: a guide to forensically informed psychiatric record-keeping, *Hospital and Community Psychiatry*, 31 (7)
- Gutheil T. G. /1984/: Malpractice liability in suicide. *Legal Aspects of Psychiatric Practice*, 1
- Halleck S. /1980/: *Law in the practice of psychiatry*, New York: Plenum Press
- Hersen M. and Turner S. M. /2003/: *Adult Psychopathology and Diagnosis (4th ed.)*, Hoboken NJ: John Wiley and Sons
- Hirschfeld R. M. A. and Russell J. M. /1997/: Assessment and treatment of suicidal patients, *New England Journal of Medicine*, 333
- Jacobson G. /1999/: The inpatient management of suicidality. In Jacobs D. G. (Ed.), *The Harvard medical school guide to suicide assessment and intervention*, San Francisco: Jossey-Bass
- Jobs D. A. and Berman A. L. /1993/: Suicide and malpractice liability: Assessing and revising policies, procedures, and practice in outpatient settings, *Professional psychology: Research and practice*, 24
- Lish J. D., Zimmerman M., Farber N. D., Lush D. T., Kuzma M. A. and Plescia G. /1996/: Suicide screening in a primary care setting at a veterans affairs medical center, *Psychosomatics*, 37(5)
- Maris R. W., Berman A. L., Maltsberger J. T. and Yufit R. I. Eds /1992/: *Assessment and prediction of suicide*, New York: Guilford
- Maris R. W., Berman A. L. & Silverman MM. /2000/: *Comprehensive textbook of suicidology*, New York: The Guildford Press
- Monahan J. /1993/: Limiting therapist exposure to Tarasoff liability: Guidelines for risk containment, *American Psychologist*, 48
- Morselli E. /1881/: *Suicide: an essay on comparative moral statistic*, C. Kegan Paul & C., London
- O'Sullivan V. /1995/: Presbyterian Hosp. in City of New York at Columbia Presbyterian, 217 A.D.2d 98, 634 N.Y.S.2d 101
- Packman W. L. and Harris E. A. /1998/: Legal issues and risk management in suicidal patients, In B. Bongar A. L., Berman R. W., Maris M. M., Silverman E. A., Harris and W. L. Packman (Eds.), *Risk management with suicidal patients*, New York: Guilford
- Packman W. L., Pennuto T. O., Bongar B. and Orthwein, J. /2004/: Legal issues of professional negligence in suicide cases, *Behavioral Science and the Law*, 22 (5)
- Peruzzi N. and Bongar B. /1999/: Assessing risk for completed suicide in patients with major depression: Psychologists' views of critical factors, *Professional Psychology: Research and Practice*, 30
- Pokorny A. D. /1983/: Prediction of suicide in psychiatric patients, *Archives of General Psychiatry*, 40
- Pompili M., Ruberto A., Kotzalidis G., Girardi P. and Tartarelli, R. /2004/: Suicide and awareness of illness in schizophrenia: An overview, *Bulletin of the Menninger Clinic*, 68 (4)
- Pompili M., Lester D., Leenaars A., Tatarelli R., & Girardi P. /2008/: Psychache and suicide: a preliminary investigation, *Suicide and Life-Threatening Behavior* 38

- Prosser W. L. /1971/: *Handbook of the law of torts* (4th ed.), St. Paul, MN: West
- Randolph V. and Cervantes. /1996/:950 F.Supp. 771
- Reynolds N. /2000/: *Suicidal risk factors with a schizophrenic population: Standard of care practice*, Unpublished doctoral dissertation, Pacific Graduate School of Psychology, California: Palo Alto
- Robertson J. D. /1988/: *Psychiatric malpractice: Liability of mental health professionals*. New York: Wiley
- Schultz D. /2000, August/: Defending the psychiatric malpractice suicide. *Health Care Law*
- Shneidman E. /1951/: *Thematic test analysis*, New York: Grune and Stratton
- Shneidman E. S., & Farberow N. L. /1956/: Clues to suicide, *Public Health Reports* 71
- Shneidman E. S. & Farberow N. L. /1957/: Some comparisons between genuine and simulated suicide notes in terms of Mowrer's concepts of discomfort and relief, *Journal of General Psychology*, 56
- Shneidman E. S., & Farberow N. L. /1957/: *Clues to suicide*, New York: McGraw-Hill
- Shneidman E. S. /1964/: Grand old man in suicidology, a review of Louis Dublin's *Suicide: a sociological study*, *Contemporary Psychology*, 9
- Shneidman E. S. /1971/: „Suicide“ and „Suicidology“: a brief etymological note. *Suicide & Life-Threatening Behavior* 1
- Shneidman E. S. /1985/: *Definition of suicide*, Aronson: Northvale
- Shneidman E. S. /1993a/: *Suicide as psychache: a clinical approach to self-destructive behavior*, Jason Aronson: Northvale
- Shneidman E. S. /1993b/: Suicide as psychache, *The Journal of Nervous and Mental Disease* 181
- Shneidman E. S. /1993c/: Some controversies in suicidology: toward a mentalistic discipline, *Suicide & Life-Threatening Behavior* 23
- Shneidman E. S. /1996/: *The suicidal mind*, New York: Oxford University Press
- Shneidman E. S. /1999/: The Psychological Pain Assessment Scale, *Suicide & Life-Threatening Behavior* 29
- Shneidman E. S. /2004/: *Autopsy of a suicidal mind*. (Tr. It: Autopsia di una mente suicida, Fioriti Editore, 2006), New York: Oxford University Press
- Shneidman E. S. /2005/: Anodyne Psychotherapy: A Psychological View of Suicide, *Clinical Neuropsychiatry* 2
- Simon R. I. /1992/: *Concise guide to psychiatry and the law for clinicians*, Washington, DC: American Psychiatric Press
- Simon R. I. /1998/: Psychiatrists awake: suicide risk assessments are all about a good night's sleep, *Psychiatric Annals*, 28(9)
- Simpson S. and Stacy M. /2004/: Avoiding the malpractice snare: Documenting suicide risk assessment, *Journal of Psychiatric Practice*, 10 (3)
- Stallman V., Robinson. /1953/:364 Mo. 275, 260 S.W.2d 743
- Tatarelli R. /1992/: *Suicidio. Psicopatologia e prevenzione*, Il Pensiero Scientifico Editore, Roma
- VandeCreek L. and Knapp S. /1983/: Malpractice risks with suicidal patients, *Psychotherapy: Theory, research and practice*, 20
- VandeCreek L. and Knapp S. /1989/: *Tarasoff and beyond: Legal and clinical considerations in the treatment of life-endangering patients*, Sarasota FL: Professional Resource Exchange

- VandeCreek L., Knapp S. and Herzog C. /1987/: Malpractice risks in the treatment of dangerous patients, *Psychotherapy: Theory, research and practice*, 24
- Welch B. /1989/: A collaborative model proposed, *American Psychological Association Monitor*, 20 (10)
- Yufit R. I. and Bongar B. /1992/: Suicide, stress and coping with life cycle events. In R. W. Maris, A. L. Berman J. T. Maltzberger and R. I. Yufit Eds., *Assessment and prediction of suicide*, New York: Guilford

Appendix:
RISK FACTORS FOR SUICIDE
(U.S. Dept. of Health and Human Services, 2001)

BIOPSYCHOSOCIAL RISK FACTORS

- Mental disorders, particularly mood disorders, schizophrenia, anxiety disorders and certain personality disorders
- Alcohol and other substance use disorders
- Hopelessness
- Impulsive and/or aggressive tendencies
- History of trauma or abuse
- Some major physical illnesses
- Previous suicide attempt
- Family history of suicide

ENVIRONMENTAL RISK FACTORS

- Job or financial loss
- Relational or social loss
- Easy access to lethal means
- Local clusters of suicide that have a contagious influence

SOCIOCULTURAL RISK FACTORS

- Lack of social support and sense of isolation
- Stigma associated with help-seeking behavior
- Barriers to accessing health care, especially mental health and substance abuse treatment
- Certain cultural and religious beliefs (for instance, the belief that suicide is a noble resolution of a personal dilemma)
- Exposure to, including through the media, and influence of others who have died by suicide

Maurizio Pompili

McLean bolnica, Medicinski Fakultet Harvard, SAD

Stefano Ferracuti

Odeljenje za neurologiju, centar za prevenciju samoubistva,
bolnica Sant' Andrea, Sapienza, Univerzitet u Rimu

SAMOUBISTVO I NJEGOVI PRAVNI ASPEKTI UZ POSEBAN OSVRT NA PACIJENTE OBOLELE OD SHIZOFRENIJE

REZIME

Samoubistvo predstavlja jedan od najznačajnih zdravstvenih problema pri čemu se procenjuje da se u svetu na svakih 40 sekundi izvrši jedno samoubistvo a da na svako uspelo samoubistvo dolazi oko 25 pokušaja samoubistava. Mlađa lica čine najugroženiju kategoriju kako u razvijenim tako i u zemljama u razvoju. Samoubistvo je kompleksan fenomen uzrokovan mnogobrojnim faktorima. Neka istraživanja su pokazala da postoji povezanost između samoubistva i određenih bioloških abnormalnosti a takođe se ističe da doprinos mogu imati i neki psihijatrijski poremećaji i psihosocijalne krize. Rizični faktori mogu biti i agresivnost, pol, religija, genetski faktori, iskustva u detinjstvu pri čemu postoji njihova međusobna povezanost. Tako su npr. muškarci agresivniji i skloniji konzumiranju alkohola što bi moglo biti jedno od objašnjenja za višu stopu samoubistva kod ovog pola. Za razumevanje samoubistva mora se uzeti u obzir da ono nije prvenstveno korak ka smrti već pre svega korak usmeren na uklanjanje neprihvatljivih i emocija koje se ne mogu tolerisati. Samoubistvo je rezultat unutrašnjeg dijaloga. Kako bi se uklonio bol, analiziraju se moguće solucije pri čemu se tek posle nekoliko puta pojavljivanja ideje o samoubistvu ona konačno usvaja. Samoubistvo nastaje kada u individui dodje do sjedinjavanja nemira i letaliteta. Nemir je motivacija a letalitet okidač samoubistva. Zato je jedno od ključnih pitanja kod potencijalnih samoubica „Kako ti mogu pomoći?“ Neke od emocija koje predstavljaju potencijalni rizik za samoubistvo su: osećanje bespomoćnosti, želja za osvetom, bes, nekontrolisani gnev, osećanje bezizlaznosti, anksioznost itd. Samoubistvo se može sprečiti. Većina suicidalnih pojedinaca želi da živi ali ne uspeva da vidi alternative za svoje probleme.

Samoubistvo ima i pravnih posledica. One se pre svega odnose na pitanja prava osiguranja i nesavesnog postupanja zdravstvenih radnika u bolnicama koji nisu preduzeli potrebne mere radi sprečavanja samoubistva. U drugom slučaju radi se o građanskopravnoj odgovornosti koja postoji ako su ispunjeni određeni uslovi koje dokazuje tužilac: dužnost, kršenje dužnosti, šteta, uzročna veza. Šteta će postojati ako je samoubistvo izvršeno ili ako su nastupile štetne posledice usled pokušaja samoubistva u vidu psihičkih patnji. Drugačije je u pogledu utvrđivanje uzročne veze jer je neophodno utvrditi da li bi posledica izostala da je zdravstveni radnik preduzeo adekvatnu radnju i da li njegovo činjenje odnosno propuštanje predstavljalo

odlučujući, neposredan uzrok posledice. Dužnost se zasniva na odnosu zdravstveni radnik – pacijent. Ona je sastavljena iz više komponenata među kojima su npr. dužnost sprovođenja testova i evaluacije pacijenta kako bi se utvrdila eventualna suicidalna namera, dužnost kontrole i nadgledanja, dužnost analiziranja ranijeg ponašanja pacijenta, dužnost smeštanja pacijenta u sigurnu i obezbeđenu prostoriju kako bi se sprečilo samoubistvo itd. U pogledu dužnosti zdravstvenih radnika, kao posebno se otvara pitanje dužnosti koja bi trebalo da postoji kod određenih kategorija lica kod kojih opasnost od samoubistva postoji zbog nekog psihičkog oboljenja kao što je npr. slučaj sa shizofrenijom.

U cilju minimalizovanja odgovornosti, zdravstveni radnici bi trebalo da se pridržavaju sledećih uputstava: vođenje dokumentacije, razmenjivanje iskustava sa kolegama, upoznavanje sa pravnim pravilima koja regulišu pitanje odgovornosti, prikupljanje podataka o pacijentu a posebno o prošlim događajima i pokušanim samoubistvima, kompetentnost postupanja u specifičnim situacijama, uključivanje porodice pacijenta u tretman.

Ključne reči: samoubistvo, uzroci, nesavesno lečenje, shizofrenija, nepažnja, šteta, uzročna veza, dužnost, kršenje dužnosti.

*Branislav Ristivojević**
Pravni fakultet, Univerzitet u Novom Sadu

O ZAŠTITNOM OBJEKTU ZLOČINA PROTIV ČOVEČNOSTI: NOVO RUHO MEĐUNARODNOG PRAVA O LJUDSKIM PRAVIMA¹

Apstrakt: U radu je istraženo pitanje šta čini zaštitni objekat zločina protiv čovečnosti. Zahvaljujući činjenici da je ovo jedina vrsta međunarodnih krivičnih dela koja u nazivu ima izričito označen zaštitni objekat ovo pitanje je dugo vremena zanemarivano u nauci. Autor daje pregled malobrojnih naučnih stavova o ovom problemu i podvrgava kritičkoj analizi preovlađujući pristup koji u čovečnosti vidi samostalnu i samosvojnu vrednost koju je kao takvu moguće zaštititi međunarodnim krivičnim pravom. Temelj za kritiku čini, s jedne strane, očigledno odsustvo ideje o zaštitnim objektima u međunarodnom legislativnom postupku i kriminalnopolitički stav u međunarodnoj zajednici, koji je bio nadmoćan sve do početka 90-tih godina prošlog veka, koji je poistovećivao zločine protiv čovečnosti sa genocidom. S druge strane, pisac drži da je pojam čovečnosti nemoguće upodobiti klasičnom poimanju zaštitnih objekata u nauci krivičnog prava koje u njima vidi osnovna ljudska prava i slobode, a čovečnost to svakako nije. Poreklo pogrešnih stavova o zaštitnom objektu zločina protiv čovečnosti autor vidi u težnji nosilaca legislativnog postupka u međunarodnoj zajednici da međunarodno pravo o ljudskim pravima zaogrnu kaznenim ruhom.

Ključne reči: međunarodno krivično pravo, zločini protiv čovečnosti, zaštitni objekat, čovečnost, ljudska prava.

1. UVOD

U nauci je posvećeno malo pažnje pitanju zaštitnog objekta zločina protiv čovečnosti kao jedne vrste međunarodnih krivičnih dela. Takvo stanje je, po svemu sudeći, posledica činjenice da su zločini protiv čovečnosti jedina vrsta međunarodnih krivičnih dela koja već u svom nazivu nose pojam koji, barem jezički, jasno i nedvosmisleno označava vrednost koju pravo pokušava da zaštiti – čovečnost.² Za

* docent, rbrane@pf.uns.ac.rs

1 Rad je posvećen projektu „Biomedicina, zaštita živote sredine i pravo“ broj 179079 koji finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije.

2 To je, inače, ređa situacija u krivičnom pravu. Ako se uzme kao primer srpski KZ, videćemo da je to slučaj samo sa manjim brojem glava: XIV, XV i XVI. Veći deo krivičnih dela u njima imaju izričito određenu zaštićenu vrednost u svom nazivu. U ostalim glavama KZ-a, uglavnom, nema izričitog označavanja zaštićene vrednosti u nazivu krivičnih dela.

pretpostaviti je da je ovakvo stanje dovelo do manjeg zanimanja nauke za čovečnost kao pojma, odnosno za njen sadržaj i značenje.

Da li je „čovečnost“ podobna da bude zaštitni objekat krivičnog prava? Da bi se odgovorilo na ovo pitanje, mora se poći od sadržaja ovog pojma, odnosno mora se koliko toliko osvetliti njegovo značenje. Da li je moguće da pojam koji nije jasno određen bude zaštitni objekat?

Odredba zločina protiv čovečnosti je prvi put data putem člana 7. Rimskog statuta 1998. godine. Stoga će ovaj akt biti polazno mesto za utvrđivanje značenja i smisla pojma čovečnosti.

Odredba člana je sastavljena od velikog broja pojedinačnih krivičnih dela koja uzeta sama za sebe, u najvećem broju slučajeva, nisu uopšte sporna. Unutar grupe ima, najmanje, 10 krivičnih dela gde se, između ostaloga, nalaze i ubistvo, nanošenje telesnih povreda, silovanje, prinuda, protivpravno lišenje slobode, povreda ravnopravnosti, itd.³ I naziv ove grupe krivičnih dela dat je u množini – „zločini“. U istraživanju ovih dela pokazalo se da se na zaštitne objekte prilikom normiranja, po svemu sudeći, nije obraćala naročita pažnja.⁴ O tome svedoči čitav niz nelogičnih i nepotrebnih rešenja, preklapanja u sadržaju koji će ishodomati u privednom sticaju između više krivičnih dela unutar zločina protiv čovečnosti. Ubistvo i istrebljenje imaju život za zaštitni objekat. Porobljavanje, zatvaranje i zatočenje za zaštitni objekat imaju, prvenstveno, fizičku slobodu i slobodu odlučivanja, a zatim i određena prava u krivičnom postupku. Seksualni delikti imaju polnu slobodu kao prvenstveni zaštitni objekat. Progon i aparthejd imaju rasnu, nacionalnu, versku i druge jednakosti za zaštitni objekat. Proterivanje za zaštićenu vrednost ima slobodu kretanja. Druga nečovečna dela i mučenje za zaštitni objekat imaju nepovredivost tela i duha.

Da li je moguće da sva ova različita krivična dela, kod kojih se mogu prepoznati različiti zaštitni objekti, mogu imati jedan zajednički imenitelj koji će im dati i jedan zajednički zaštitni objekat nazvan „čovečnost“? Taj objekat mora da bude različit od postojećih zaštitnih objekata običnih krivičnih dela, kao što su ubistvo ili silovanje, i da tim raznorodnim delima da novu sadržinu i suštinu koja će ih povezati u jednu celinu koja nosi naziv zločini protiv čovečnosti.

Pictet je svojevremeno zaključio da su zločini protiv čovečnosti protivni opšte prihvaćenim vrednosnim obrascima čovečnosti zajedničkim za sva ljudska društva.⁵ Pitanje je koji je sadržaj čovečnosti kao zajedničkog imenitelja za sve te obrasce?

3 Broj krivičnih dela zavisi od toga kako se računaju seksualni delikti. Oni su propisani zajedničkom odredbom. Trebalo bi ih računati kao jedno krivično delo jer imaju samo jedan zaštitni objekat. Jedno delo je pogrešno svrstano u seksualne delikte, prisilna sterilizacija. Ono nema nikakve veze sa polnim slobodama kao zaštitnim objektom.

4 B. Ristivojević /2011/: *Međunarodna krivična dela – I deo*, Novi Sad, 2011, u pripremi; prema Clarku posebni deo Rimskog statuta su normirali ljudi koji nisu pravnici od struke, diplomate i vojnici: R. S. Clark /2001/: *The Mental Element in International Criminal Law: The Rome Statute of the International Criminal Court and The Elements of Offences*, Criminal Law Forum, n. 3, p. 314.

5 J. Pictet /1988/: *International Dimensions of Humanitarian Law*, Geneve, p. 3–4, navedeno prema: M. Sassoli and A. A. Bouvier /1999/: *How Does Law Protect in War?*, Geneve, p. 71.

2. POLAZNO MESTO ZA IZNALAŽENJE ZNAČENJA I SMISLA POJMA ČOVEČNOSTI

Ne treba smetnuti s uma da se tvorci Statuta, kako je već utvrđeno ranijim istraživanjima, nisu preterano bavili pitanjem zaštićenih vrednosti. Pitanje je da li je i nauka međunarodnog krivičnog prava razvijena do potrebnog stepena da razlikuje zaštićene vrednosti pojedinih međunarodnih krivičnih dela ili da razlikuje zaštićenu vrednost od napada na tu istu vrednost? U nauci se koriste isti pojmovi za jedno i drugo.⁶

Kao što je rečeno, mesto na kojem treba da se traži odgovor jeste Rimski statut i to njegova preambula. Kao i svaki uvodni, nepravni deo nekog pravnog akta, i ona može da posluži da se izvede zaključak o svrsi, ciljevima i smislu Rimskog statuta, pa tako i o njegovim zaštićenim vrednostima. Sledeći tu logiku, preambula bi mogla, istina posredno, da pruži uvid u određenje „čovečnosti“ koje su tom pojmu dali tvorci samog akta.

U prvoj rečenici preambule tvorci naglašavaju „vezu“ zajedničkog kulturnog nasleđa koje postoji između svih naroda na svetu i stvara od njih „delikatna mozaik“. Niti „vezi“, niti „delikatnom mozaiku“ tvorci Statuta nisu dali imena, iako bi se moglo očekivati da to budu „čovečnost“ i „čovečanstvo“. „Veza“ zajedničkog kulturnog nasleđa – čovečnost, bi mogla da povezuje sve narode i ljude na svetu u jednu celinu – čovečanstvo. Zločini bi mogli da budu opasnost koja narušava čovečnost kao vezu koja čini sve ljude na svetu čovečanstvom.

U drugoj rečenici preambule, tvorci Statuta pozivaju da se ne zaborave milioni žrtava „nezamislivih zločina“ koji duboko zaprepašćuju savest čovečanstva (conscience of humanity). Ovo je prvo mesto u Statutu gde uvode pojam čovečanstva, ali ga, na neki način, suprotstavljaju milionima dece, žena i muškaraca. Moglo bi se pomisliti da ti milioni ljudi nisu „čovečanstvo“, što verujemo nije bila namera tvoraca Statuta. Nema razloga da se poveruje da „milioni dece, žena i muškaraca“ nisu deo „delikatnog mozaika“, odnosno onoga za šta se može pretpostaviti da je čovečanstvo.

Treća rečenica je najjasnija jer neposredno dovodi u vezu „takve“ zločine i određene vrednosti kojima oni „prete“. Te vrednosti su: mir, bezbednost i blagostanje u svetu. Lako se izvodi zaključak da su pomenute vrednosti zaštitni objekti, a da su „takvi zločini“ u stvari „nezamislivi zločini“ iz prethodne rečenice preambule. Problem je u uvođenju ovih zaštitnih vrednosti. Da li su one uporedne sa „delikatnim mozaikom“ ili su one odlika nekih stanja tog mozaika? Čini se da bi se mogla braniti postavka da nisu u pitanju posebne vrednosti uporedne sa „delikatnim mozaikom“ odnosno čovečanstvom, već su u pitanju neka stanja tog čovečanstva koja su narušena zločinima. Poredeći sa unutrašnjim krivičnim pravima u kojima zaštićena vrednost nije čovek sam po sebi, već prava i slobode koje čoveka čine čovekom i u međunarodnom krivičnom pravu, mogla bi se braniti postavka da zaštićena vrednost nije „delikatni mozaik“, odnosno čovečanstvo, već određene vrednosti koje čine čovečanstvo čovečanstvom. Te vrednosti su prema preambuli Rimskog statuta mir, bezbednost i

6 Tako sva međunarodna krivična dela imaju zajedničke „međunarodne interese“ koji ih „opravdavaju“. Ti međunarodni interesi koji opravdavaju međunarodna krivična dela su „međunarodni mir i bezbednost“, „zajednička savest čovečanstva“ i „državna politika“: B. Broomhall /2003/: *International Justice and The International Criminal Court*, Oxford, p. 44–51.

blagostanje. Nije jasno zašto se ponovo uvodi novi pojam „svet“ da označi nosioca pomenutih vrednosti. Već je uveden pojam „delikatnog mozaika“ koji lako može biti narušen i pojam „čovečanstva“ koje je zaprepašćeno zločinima. Iako različiti, ovi pojmovi po svemu sudeći svi opisuju nosioca, titulara pomenutih vrednosti.

Četvrta rečenica preambule kaže kako su „najteži zločini“ od značaja za „celu međunarodnu zajednicu“. Izgleda da ova rečenica uvodi novi pojam „međunarodnu zajednicu“ koji je blizak sa pojmovima „čovečanstva“, „delikatnog mozaika“ i „sveta“. Razlike između ovih pojmova svakako ima. „Svet“ je sigurno nosilac vrednosti koje se narušavaju. Najbliži „svetu“ je „delikatni mozaik“ jer on lako može biti narušen, što ga dovodi u stanje slično „svetu“. Oba su pogođena zločinima. Čovečanstvo je sledeće po blizini zločinu što je zaključak koji se izvodi iz tvrdnje da je čovečanstvo „zaprepašćeno“ nezamislivim zločinima. Pretpostavka je da ne bi bilo zaprepašćenja da nije na neki način pogođeno zločinima. Najdalje od zločina je „cela međunarodna zajednica“. Zločini niti narušavaju njen mir ili bezbednost (kao što je slučaj sa svetom), niti je u neimenovanoj opasnosti da bude narušena (kao delikatni mozaik), a nije ni zaprepašćena (kao čovečanstvo). Za celu međunarodnu zajednicu zločini su samo od „značaja“, s tim da preambula ne kaže kakav je taj značaj.

Po svemu sudeći, preambula Rimskog statuta nije pisana sa osvrtom na vrednosti zaštićene krivičnim delima koja uređuje ovaj akt, tako da je teško izvući smislene zaključke o sadržaju i značenju pojma čovečnosti na osnovu nje. Sledeće mesto gde bi se istraživanjem mogao pronaći smisao i značaja pojma čovečnosti jeste pravna nauka.

3. POJAM ČOVEČNOSTI U PRAVNOJ NAUCI

U nauci se razvilo svega nekoliko shvatanja koja su pokušala da pojmu čovečnosti daju pun oblik i sadržaj. Ova shvatanja se mogu podeliti u tri grupe. Pre nego što se pređe na izlaganje o ovim grupama, treba izložiti načelne probleme koji se javljaju pri svakom naučnom pokušaju da se bliže odredi pojam čovečnosti.

3.1. Načelni problemi sa određivanjem čovečnosti kao zaštitnog objekta

Vernon misli da problem sa „zločinima protiv čovečnosti“ jeste taj što se njima pokušava obuhvatiti ogromno zlo, pojmovima koji su pravne veličine.⁷ Schabas drži da razlozi zbog kojih ljudsko društvo neka krivična dela svrstava kao teža od drugih ne mogu se objasniti pravom. To je jako teško jer zločini protiv čovečnosti ne izgledaju kao krivična dela koja su poznata svakom od nas i po pravilu im nedostaje neka od odlika koju imaju obična krivična dela. Osim toga, zločini protiv čovečnosti ne deluju samo u pravnom okruženju. I pre nego što je stigao u pravno okruženje, pojam „čovečnosti“ se koristio da se izrazi zgražavanje i užas nad velikim zlom.⁸ Coetzee misli da se suština ogromnog zla i ne može obuhvatiti pravnom misli, već su za to potrebni pisci ili pesnici.⁹ Ignjatović lepo navodi da:

7 R. Vernon /2002/: *What is Crime Against Humanity*, The Journal of Political Philosophy, n. 3, p. 232.

8 W. Schabas /1999/: *Genocide in International Law*, Cambridge, p. 9.

9 J. M. Coetzee /1999/: *The Lives of Animals*, Princeton, navedeno prema: Richard Vernon: *op. cit.*, p. 232.

„Rimsko pravo poznaje izreku de minimis non curat praetor koja se u slučaju zločina protiv čovečnosti preobražava u de maxima non curat lex“.¹⁰

Izgleda da je najvažniji problem činjenica da se pojam čovečnosti teško može objasniti. Da bi čovečnost mogla biti vrednost zaštićena krivičnim pravom, mora se pronaći način da se napravi razlika između nje i vrednosti koje već jesu zaštićene. Drugim rečima, pojam čovečnosti se ne može objasniti pojmovima život, telo, imovina ili dostojanstvo jer to već jesu vrednosti zaštićene krivičnim pravom. Jedina mogućnost da pojam čovečnosti bude zaštićena vrednost jeste da se on utemelji na potpuno novom kvalitetu, odnosno da bude samosvojan i svojevrsan.

Ne treba zanemariti ni političke probleme u potvrdi čovečnosti kao opšte vrednosti, bez obzira kako je određen njen sadržaj. Odbijajući da potpišu Rimski statut, SAD i značajan broj drugih uticajnih država su u velikoj meri uzdrмали čovečnost kao vrednost, jer su stavili zaštitu nacionalnih suvereniteta ispred zaštite ljudskih prava.¹¹

U nauci se do sada izdvojilo nekoliko stavova o čovečnosti kao zaštićenoj vrednosti. Jedni vide čovečnosti kao moralnu, drugi kao brojčanu, a treći kao samostalnu vrednost.

3.2. Čovečnost kao moralna vrednost

Jedno od shvatanja u nauci je pokušalo da čovečnost objasni kao moralnu vrednost. Vernon drži da je neophodno da odredba zločina protiv čovečnosti obuhvati nasilno prisustvo nehumanosti da bi bila moralno ubedljiva. Za jedno delo može se reći da je protivno čovečnosti kada se njime krši „osnovni smisao ljudskog delovanja“.¹² Ovakvim određenjima čovečnosti može se uputiti primedba da mogu da obuhvate suviše sadržaja. Robertson piše da je zločin protiv čovečnosti delo kojim se „unižava svaki pripadnik ljudske rase“.¹³ Ovakvo određenje zločina protiv čovečnosti je kritikovano u nauci jer obuhvata mnogo toga što nije ni blizu genocida. Obuhvat ovako shvaćenih zločina protiv čovečnosti bi bio suviše širok. Pod njega bi se bez problema moglo podvesti i surovo postupanje sa životinjama ili smanjivanje socijalnih davanja.¹⁴ Yarnold-ova se opredeljuje, po ugledu na preambulu Statuta, za stav da su zločini protiv čovečnosti oni koji „zaprepašćuju savest čovečanstva“. Krivična dela koja spadaju u tu skupinu uglavnom su okrenuta moralnim vrednostima ili načelima priznatim od celokupne zajednice. Primenjene vrednosti, kao što su mir, pravda, odsustvo sukoba, kod njih ne postoje ili su od drugorazrednog značaja.¹⁵ Ntanda Nsereko smatra da su zločini protiv čovečnosti

10 E. J. Cohn /1940/: *The Problem of War Crimes Today*, Trans. Gr. Society, Vol. 26, p. 125, navedeno prema: Đ. Ignjatović /2001/: *Zločini protiv čovečnosti*, JRKK, br. 2–3, str. 45.

11 J. Hagan and S. Greer /2002/: *Making War Criminal*, *Criminology*, n. 2, p. 257.

12 R. Vernon: *op. cit.*, p. 235.

13 G. Robertson /1999/: *Crimes Against Humanity*, London, p. 207, navedeno prema: R. Vernon: *ibid.*, p. 237.

14 R. Vernon: *ibid.*, p. 236.

15 B. M. Yarnold /1999/: *The Doctrinal Basis for the International Criminalisation Process* – in, *International Criminal Law* (M. C. Bassiouni, ed.), Ardsley, New York, p. 134–135, 147.

uvreda za ljudsko dostojanstvo i pretnja opstanku cele ljudske vrste čime daje dvostruki sadržaj pojmu čovečnosti. Prvi sadržaj čovečanstvo sagledava kao moralnu vrednost. Drugi sadržaj shvata pojam čovečanstva čisto biološki i sagledava ga kao jednu vrstu u prirodi. May, slično prethodnicima vidi u zločinima protiv čovečnosti moralni sadržaj.¹⁶

Sva ova mišljenja u sukobu su sa temeljnim i dobro proverenim stavom u nauci krivičnog prava prema kojem objekt krivičnogprave zaštite ne mogu biti moral ili moralne vrednosti.¹⁷

3.3. Čovečnost kao brojčana vrednost

Da li je moguće da se čovečnost odredi kao brojčana vrednost? U svakom slučaju pogrešno je čovečnost određivati moralnim merilima, a njeno kršenje proglašiti zločinom kada je veliko-brojno jer se tada ulazi u veoma neodređene rasprave o količinskoj vrednosti nekog kršenja čovečnosti. Da li za merilo treba uzeti apsolutnu brojku pobijenih ljudi u nekom užasnom događaju da bi tvrdili da postoji zločin ili je bolje uzeti broj pobijenih dnevno? Možda bi trebalo uzeti broj pobijenih u odnosu na ukupan broj pripadnika neke zajednice koja je podvrgnuta ubijanju? Neodređena merila veličine učiniće svaki trud da se odredi zločin protiv čovečnosti besplodnim. Sve ovo dokazuje da nije bitna veličina zločina već njegov vrsta.¹⁸

I kada bi se zločin protiv čovečnosti mogao izmeriti, ostaje problem veze te količine zločina i predviđenog ishoda tog istog zločina. Određivanje zločina protiv čovečnosti kao „nečovečnih dela“, odnosno određivanje zločina putem moralnih veličina obavezno upućuje na subjektivnu usmerenost radnje zločinca koja često ne mora da ima dodirnih tačaka sa objektivnim ishodom te radnje izraženim u brojevima.¹⁹

Koliko god da se čovečnost odredi brojčano, uvek će postojati opasnost da se neki zločin približi tom broju, a da ga ne dostigne. Da li će se u takvom slučaju menjati brojčana merila da bi se obuhvatio onaj zločin kome malo nedostaje da bude uvršten u zločine protiv čovečnosti? Tako nešto nije neizvodljivo, ali se tada pomenuta merila još više obezvređuju. Niko ne može da odgovori na pitanje koja brojka čini zločin protiv čovečnosti ako se ta brojka stalno menja.

3.4. Čovečnost kao svojevrsna vrednost, odnosno čovečnost kao samostalno biće

Kao najbolju mogućnost za određenje čovečnosti, Vernon nudi čovečnost shvaćenu kao vrednost samu po sebi. Čovečnost jeste neka vrsta bića koje je povređeno zločinom protiv čovečnosti. Jedino je pitanje kakva vrsta bića jeste čovečnost? Francuski tužilac u Nirnbergu, Francois de Menthon je rekao da zločin protiv čovečnosti jeste zločin protiv „položaja čoveka“ (human status). Čovečnost u ovom stavu nije sveukupna ljudska rasa u smislu čovečanstva, već je u pitanju vrednost koju

16 L. May /2005/: *Crimes Against Humanity: A Normative Account*, Cambridge, p. 15.

17 Z. Stojanović /2009/: *Krivično pravo-Opšti deo*, Beograd, str. 12–13.

18 R. Vernon: *op. cit.*, p. 238.

19 R. Vernon: *ibid.*, p. 238.

svako ima samom činjenicom da pripada ljudskom rodu. Zločin protiv čovečnosti je poništavanje ove vrednosti.²⁰ Ukoliko je pojedinac objekat radnje krivičnog dela, ne zbog svojih ličnih odlika, već zbog onih odlika koje deli sa svim pripadnicima čovečanstva, onda izvršilac dela ne napada njega lično već napada čovečanstvo kao nosioca tih zajedničkih odlika.²¹ Zločin protiv čovečnosti lišava pojedinca ličnosti, svodi ga na osobu bez identiteta. Na prvom mestu, takva osoba daleko lakše može da postane žrtva nekog krivičnog dela. Ona nema mesto u društvu koje ima osoba sa ličnošću, sa imenom i prezimenom, zanimanjem, poreklom, položajem, a koje pruža, do određene mere, zaštitu od napada. Ona je ogoljena do najprostijeg sadržaja koji jedno ljudsko biće može da ima, na položaj čoveka, odnosno na pripadnost čovečanstvu kao zajednici. Na drugom mestu, što je daleko važnije, krivična dela kod kojih je pasivni subjekat obezličeni se daleko lakše umnožavaju, ili bolje reći, najlakše postaju brojna. Što manje odlika ličnosti izvršilac krivičnog dela prepoznaje u pasivnom subjektu, to se mogućnost da pronađe narednog pasivnog subjekta povećava. Ukoliko neka ličnost, u očima izvršioca krivičnog dela, ima ime i prezime, onda se umišljaj ostvaruje izvršenjem dela prema dotičnoj ličnosti i krivična dela se okončavaju. Ukoliko neka ličnost u očima izvršioca krivičnog dela nema ništa osim svojstva čoveka, odnosno pripadnost čovečanstvu, onda se umišljaj verovatno nikada neće iscrpeti i krivična dela se umnožavaju.²²

Arendt-ova razrađuje de Menthon-ovu ideju i kaže da je zločin protiv čovečnosti u stvari ideja koja treba da konačno obriše razlike između rasa na svetu. Zločin protiv čovečnosti je napad na razlike među ljudima. Jedna grupa ljudi se napada, a druga ne. Zašto čovečanstvo treba da štiti tu grupu? Zato što posle napada na jednu grupu niko ne može da jamči da napadač neće napasti neku drugu grupu, pa treću i tako redom. Stoga napad na jednu grupu vređa sve grupe. Veza između tih grupa je „položaj čoveka“, vrednost koju ima svaki čovek. Ako ne bi postojala zajednička vrednost koja bi povezivala sve rase u čovečanstvo, onda čovečanstvo ne bi postojalo, a ako ono ne bi postojalo, onda se ne bi ni moglo štititi.²³

Ovaj pristup zaštitnom objektu zločina protiv čovečnosti je nadmoćan u savremenoj nauci. Ova shvatanja objašnjavaju čovečnost kao vrednost koja obuhvata sve vrednosti koje se štite pojedinim zločinima protiv čovečnosti. Pri tome čovečnost ne predstavlja kvantitativni, već kvalitativni zbir ovih vrednosti.²⁴ Obična krivična dela koja čine sadržaj zločina protiv čovečnosti, prerastaju u zločin protiv čovečnosti

20 R. Vernon: *ibid.*, p. 239–240.

21 May greši kada smatra da merilo za grupnu pripadnost, koja je meta kod zločina protiv čovečnosti, jeste činjenica da grupnu pripadnost čovek ne bira, a ličnu bira. L. May: *op. cit.*, p. 85. Stvar je izbora da li će neki pojedinac biti pripadnik određene vere ili nacije. I u slučaju rase to može biti stvar izbora, naročito danas kada se mešanjem ljudi rasne razlike smanjuju. Izuzetak je slučaj kada je rasna razlika toliko očita da je nemoguće tvrditi suprotno. Jedino što čovek ne može da bira jeste pripadnost čovečanstvu.

22 Daleko je veća šansa da se „povreda proširi kroz populaciju kada je osnovana na grupnoj karakteristici nego kada je fokusirana na pojedinu žrtvu“: L. May: *ibid.*, p. 83.

23 H. Arendt /1958/: *The Human Condition*, Chicago, p. 1–3.

24 Ima mišljenja da zločini protiv čovečnosti imaju kako kvantitativnu tako i kvalitativnu dimenziju: M. Delmas-Marty /2009/: *Violence and Massacres-Toward a Criminal Law of Inhumanity*, Journal of International Criminal Justice, n. 1, p. 13.

kada su izvršena u okviru sveprisutnog i sistematskog napada na civilno stanovništvo. Ubistvo, kojim se štiti život, kada je izvršeno na navedeni način prerasta u nešto čime se napada „vrednost koju svako ima samom činjenicom da pripada ljudskom rodu“.²⁵ Ta vrednost je čovečnost, pripadnost čoveka čovečanstvu.²⁶ Izvršilac zločina protiv čovečnosti obezličava (depersonalizuje) pasivnog subjekta i time pokazuje da mu ne priznaje rečenu vrednost – čovečnost.²⁷ Čovečnost je koliko opšte, zajedničko dobro, toliko i pojedinačno dobro.²⁸

U odbrani ovog stava najdalje su otišli Ambos i Wirth koji smatraju da je moguće pronaći zajednički imenitelj koji obična krivična dela uzdiže na stepen zločina protiv čovečnosti. Zločin protiv čovečnosti jeste najteže kršenje ljudskih prava (pravo na život, pravo na slobodu, polna sloboda, itd.) učinjeno u velikom broju slučajeva na sveprisutan ili sistematski način. Za postojanje običnih krivičnih dela unutrašnjih pravnih poredaka nevažno je ono naročito nepravo koje je svojstveno međunarodnim krivičnim delima.²⁹ Ono što obično ubistvo čini zločinom protiv čovečnosti, jeste okruženje u kojem je izvršeno, koje podiže stepen opasnosti pojedinačne izvršiočeve radnje.³⁰ Pasivni subjekt u okruženju koje je potrebno za postojanje zločina protiv čovečnosti ima manje šanse da se odbrani. On nema kome da se obrati za pomoć. Postojeće ustanove u društvu, koje bi trebalo da ga odbrane, kao što su policija ili pravosuđe, ne deluju. Takvo okruženje je poseban podsticaj za izvršioca koji ima manje poštovanja prema vrednostima znajući da nema uobičajenih ograničenja koja su brana kršenju zakona. Izvršilac daleko lakše može da pronađe saučesnike u zločinu jer nema prepreka. Ovakvo okruženje istovremeno čini izvršioca mnogo opasnijim po društvo, jer ono nema odbrambene mehanizme. Zgražavanje javnog mnjenja nad zločinom, kao snažna prepreka deliktnom ponašanju, obično nije prisutno. Upravo obrnuto, zajedničko delovanje je najčešće podržano od strane vlasti. Izvršilac ovih dela se po pravilu ne boji kazne. Delo koje on vrši, daje nov podsticaj okruženju u kojem se i sâm nalazi i tako podstiče dela drugih.³¹ Pisci drže da zločini

25 M. Delmas-Marty: *ibid.*, p. 13.

26 „Zločini protiv čovečnosti čine paradigmatični slučaj zaštite vrednosti koja ishoduje iz kulta pojedinca, jer je upravo taj aspekt individualnosti (kult pojedinca), koji pojedinac deli sa celokupnim čovečanstvom, zaštićen kod ovih dela“: Salif Nimaga /2007/: *An International Conscience Collective? A Durkheimian Analysis of International Criminal Law*, International Criminal Law Review, n. 4, p. 594–595.

27 M. Delmas-Marty: *op. cit.*, p. 8.

28 „Čovečnost ima dva sadržaja: samobitnost svakog pojedinog ljudskog bića, nesvedivu na prostu pripadnost nekoj grupi, i jednaku pripadnost svakog tog pojedinca ljudskoj zajednici kao celini.“: M. Delmas-Marty: *ibid.*, p. 13.

29 H. Satzger /2002/: *German Criminal Law and the Rome Statute – A Critical Analysis of the New German Code of Crime against International Law*, International Criminal Law Review, n. 3, p. 265.

30 Nauka poznaje i drugačija mišljenja. Prema Kirsch-u činjenica da je džeparenje izvršeno na sveprisutan i sistematski način ne menja ništa u stepenu njegovog neprava ili krivice izvršioca, tako ova ista činjenica ne menja ništa ni u slučaju zločina protiv čovečnosti: S. Kirsch /2009/: *Two Kinds of Wrong: On the Context Element of Crimes against Humanity*, Leiden Journal of International Law, n. 3, p. 537.

31 K. Ambos and S. Wirth /2002/: *The Current Law of Crimes Against Humanity: An Analysis of UNTAET Regulation 15/2000*, Criminal Law Forum, n. 1, p. 14–15.

protiv čovečnosti, ali i ostala međunarodna krivična dela, izvršeni na opisani način nisu samo zločini protiv pojedinaca nad kojim su izvršeni, već nad čovečanstvom kao celinom. Zaključak je da je čovečanstvo zajednički povređeno ovim delima.³²

4. DA LI SU LJUDI OBJEKAT RADNJE KRIVIČNOG DELA ZBOG PRIPADNOSTI ČOVEČANSTVU?

Problem sa ovim shvatanjima nastupa kada pokušavaju da objasne zašto izvršilac zločina protiv čovečnosti napada ljude. Da li ih napada zbog pripadnosti čovečanstvu? Nije li to besmisleno uzevši u obzir činjenicu da je i sâm izvršilac čovek? Nije li takvim napadom poništio i sopstvenu pripadnost čovečanstvu ili pripadnost grupe čiji je deo? Da li je iko ikada drugoga napao samo zato što je taj drugi čovek?

Sva ova pitanja pojavljuju se kao potpuno smisljena. Teško će nekog učinioca zločina pokrenuti žrtvina pripadnost čovečanstvu.³³ Izgleda da je neka odlika uže grupe kojoj pojedinac pripada ono što pokreće izvršioca krivičnog dela (u nauci se to naziva diskriminatorna namera), a ne činjenica da je pasivni subjekat čovek.³⁴ Dovoljno je da pogledamo u istoriju međunarodnog krivičnog prava pa ćemo videti da je ovaj stav bio ključan kada su zločini protiv čovečnosti uobličavani u genocid 1948. godine. Iako je Statut Međunarodnog krivičnog suda poznao „zločine protiv čovečnosti“ i kada nije bilo diskriminatorne namere, kada je uobličavan genocid 1948. godine ona je uneta u konvenciju u vidu posebnog subjektivnog elementa bića genocida (specific intent). Tako je genocid moguć samo ako izvršilac ima umišljaj da izvrši neku od zabranjenih delatnosti sa namerom da, potpuno ili delimično, uništi neku od 4 zaštićene grupe. Najbolji dokaz da je međunarodna zajednica smatrala da je uobličavanjem genocida kategorija zločina protiv čovečnosti nepotrebna jer je zadovoljavajuće određena jeste taj da je trebalo više od 40 godina da se razvije svest o tome da je potrebno neko novo normativno određenje zločina protiv čovečnosti.³⁵³⁶

32 P. Benvenuti /2000/: *Complementarity of The International Criminal Court to National Criminal Jurisdiction* – in: *Essays on The Rome Statute of The Interantional Criminal Court* (W. A. Schabas and F. Latanzi ed.), Ripa Fagnano Alto, p. 24.

33 Sva silovanja za vreme rata u Bosni su vršili pripadnici jedne zaraćene strane nad pripadnicima druge zaraćene strane. Srpski vojnici nisu silovali srpske žene i muslimanski vojnici nisu silovali muslimanske žene: D. Buchanan /2002/ *Gendercide and Human Rights*, *Journal of Genocide Research*, n. 1, p. 103. Ova zapažanja su vrlo zanimljiva jer su blizu istini. Ako je ova tvrdnja zaista tačna, onda su sva silovanja u ratu u Bosni, u stvari, progon; May takođe primećuje da je u većini slučajeva masovnih silovanja u ratovima pokretački motiv izvršilaca u većoj meri bila nacionalna ili etnička pripadnost žrtvava nego njihova „rodna“ pripadnost: L. May: *op. cit.*, p. 102.

34 „Pripadnost grupi objašnjava zašto je žrtva odabrana i zašto je izvršilac postupio kako je postupio“: L. May: *ibid.*, p. 91.

35 Tako je, na primer, 1968. godine doneta „Konvencija o nezastarevanju ratnih zločina i zločina protiv čovečnosti“ koja je u 1. članu odredila zločine protiv čovečnosti kao: a) krivična dela predviđena statutom Međunarodnog vojnog suda u Nirnbergu pod tim istim imenom i kao b) krivična dela predviđena Konvencijom o genocidu: <http://www2.ohchr.org/english/law/warcrimes.htm> 5. april 2011. godine.

36 Zanimljivo je da su dve institucije međunarodnog krivičnog pravosuđa koje su osnovane skoro u isto vreme (u prvoj polovini 90-tih), zauzele različite stavove o ovom pitanju. Statut Haškog tribunala ne zahteva diskriminatornu nameru kod zločina protiv čovečnosti, dok njegov pandan za Ruandu zahteva.

Po svemu sudeći za tvorca međunarodnog krivičnog prava dugo vremena nije bila sporna potreba postojanja diskriminatorne namere kao elementa bića koji je neophodan da bi se zaokružila samobitnost zločina protiv čovečnosti, što je, pravnodogmatski, i danas ispravan stav.³⁷ Ipak, vremenom se razvila ideja da to nije potrebno.

4.1. *Poreklo svesti o potrebi zasebnog određenja zločina protiv čovečnosti*

Početak 80-tih godina prošlog veka dolazi do jasnijeg naučnog stava da je potrebno zločine protiv čovečnosti odrediti posebno, mimo postojećeg određenja genocida. Do ovoga je došlo zahvaljujući razvoju i potvrđivanju ideje ljudskih prava. Kako je vremenom sazrevala ova ideja, tako su sazrevali i zahtevi za suzbijanje njihovih masovnih kršenja koji su svoju normativnu kulminaciju doživeli Rimskim statutom 1998. godine u obliku odredbe člana 7. o zločinima protiv čovečnosti.³⁸ U pitanju je stara odredba zločina protiv čovečnosti, poznata iz Nirnberškog statuta ili statuta Haškog tribunala, ali sa novom idejom i smislom. Njen novi smisao je da normira sankcionisanje masovnih kršenja ljudskih prava.³⁹ I ne samo na normativnom polju, već i na polju primene međunarodnog krivičnog prava dešava se isto. Njene pravosudne institucije se često oslanjaju na međunarodno pravo o ljudskim pravima ili međunarodno humanitarno pravo, nekritički presađujući pravne postavke ovih grana prava ili stavove pravosudnih ustanova koje se bave ljudskim pravima da bi dopunila u sadržaju svoje norme (u pitanju su norme koje vode poreklo iz međunarodnog prava o ljudskim pravima ili međunarodnog humanitarnog prava).⁴⁰

Prodor ovih ideja u međunarodno krivično pravo, uz druge razloge, doveo je do osvežavanja starih ideja Arendt-ove o čovečnosti kao samostalnoj vrednosti koja je svojstvena ljudima kao i sva druga ljudska prava i slobode. Ako je čovečnost stavljena u ravan sa drugim ljudskim pravima i slobodama, sledstveno činjenici da su ljudska prava i slobode zaštitni objekti u krivičnom pravu, onda je i čovečnost moguće zaštititi međunarodnim krivičnim pravom.

4.2. *Greška u ovim stavovima*

Čini se da ove ideje polaze od greške čije poreklo je teško tačno utvrditi, ali je najverovatnije da potiče iz prava o ljudskim pravima jer je ova grana prava ključno uticala na ponovno potvrđivanje (reafirmaciju) ideje o zločinima protiv

37 Tako i May brani ideju da bi za sve zločine protiv čovečnosti bila neophodna diskriminatorna namera, barem kada su u pitanju neposredni izvršioci ovih dela: L. May: *op. cit.*, p. 137.

38 To je bio ključni razlog zašto Indija i Kina nisu htele da pristupe Rimskom statutu: U. Ramanathan /2005/: *India and the ICC*, Journal of International Criminal Justice, n. 3, p. 627–634; L. Jianping & W. Zhixiang /2005/: *China's Attitude Towards the ICC*, Journal of International Criminal Justice, n. 3, p. 612.

39 Celina svakog međunarodnog, pa tako i međunarodnog krivičnog prava je u današnje doba potpuno prožeta pravom o ljudskim pravima: F. Jessberger /2005/: *Bad Torture – Good Torture? What International Criminal Lawyers May Learn from the Recent Trial of the Police Officers in Germany*, Journal of International Criminal Justice, n. 5, p. 1071–1072.

40 May primećuje ovu istu pojavu u nauci međunarodnog krivičnog prava: L. May: *op. cit.*, p. 92.

čovečnosti kao zasebnoj vrsti međunarodnih krivičnih dela. Prema ovoj zabludi moguće je izvršiti neku vrstu kvalitativnog sabiranja svih ljudskih prava i sloboda u jednu vrednost – čovečnost. U svakom slučaju, ona izvorište nalazi u preteranoj želji da se pojmu čovečnosti da naročit sadržaj kako bi se on uzdigao u ravan samostalnih vrednosti. Drugačije ne bi bilo moguće pružiti zaštitu ovom pojmu, a ako mu se ne može pružiti zaštita to bi vodilo obesmišljanju zločina protiv čovečnosti.

Pri tome se zaboravlja da se pravo o ljudskim pravima bavi kolektivnim pravnim bićima i cilj mu je unapređenje stanja na planu poštovanja ljudskih prava. Ono poznaje samo građanske sankcije ili izvinjenje. Međunarodno krivično pravo, kao krivično pravo, mora da se bavi krivičnom odgovornošću pojedinaca što znači da može da dovede u pitanje najvažnija subjektivna prava ili slobode koje pojedinac ima. Ovo nameće upotrebu čitavog niza normi koje su donete sa ciljem da ograniče upliv u ova subjektivna prava kao što su načelo zakonitosti ili načelo krivice.⁴¹ Bez obzira na poreklo neke norme, kada se izvrši njeno prenošenje u međunarodno krivično pravo, ona mora da podleže načelima ove grane prava kao i svaka druga ako želimo da bude prihvatljiva za različite subjekte međunarodnog prava. Inače se može desiti da:

„...liberalne (ljudsko-pravaške i internacionalističke) postavke stvore neliberalne krivičnopravne institute i tako istisnu liberalne.“⁴²

To je upravo ono što se desilo kod nosilaca naučnih stavova koji uzimaju da postoji čovečnosti kao svojevrsna ili samostalna vrednost, koja bitiše uporedo sa ostalim ljudskim pravima i slobodama. Nadmoć „ljudsko-pravaškog“ pristupa međunarodnom krivičnom pravu doveo je do stvaranja ideje o jednoj vrsti posebne nadvrednosti ili arhivrednosti koju ljudi imaju, a koja je kvalitativni zbir svih njihovih ljudskih prava i sloboda. Toj vrednosti je dato ime čovečnost.

Ako pođemo od dobro utvrđenih kanona krivičnog prava o merilima za određivanje inkriminacija, videćemo da su zaštitni objekat i društvena opasnost nekog ponašanja najvažnija merila, a da postoji niz drugih, koja su manje važni.⁴³ Zaštitni objekti se mogu svesti na osnovna ljudska prava i slobode.⁴⁴ Iz ovoga jasno sledi da bi čovečnost morala da bude neko ljudsko pravo ili sloboda da bi moglo da bude zaštitni objekat bilo kog krivičnog dela, pa tako i zločina protiv čovečnosti.

Već pomenuti Ambos i Wirth, koji su otišli najdalje braneći stav o čovečnosti kao svojevrsnoj vrednosti, pogrešili su tako što su pomešali više merila za određivanje inkriminacija. Kao što je navedeno, pored zaštitnog objekta, posebno je značajna i društvena opasnost kao merilo za propisivanje inkriminacija, i to društvena opasnost nekog ponašanja koje zakonodavac želi da zabrani. Ona na prvom mestu

41 D. Robinson /2008/: *The Identity Crisis of International Criminal Law*, Leiden Journal of International Law, n. 4, p. 946–947.

42 D. Robinson: *op. cit.*, p. 959.

43 Z. Stojanović /1981/: *Kriterijumi određivanja inkriminacija: uopšte i u sferi seksualnih odnosa*, Ljubljana, str. 21–22.

44 Z. Stojanović: *op. cit.*, str. 114.

zavisu od kvaliteta i karakteristika tog ponašanja.⁴⁵ Ambos i Wirth su nesumnjivo pronašli ponašanje koje po kvalitetu i karakteristikama zaslužuje da uzdigne obična krivična dela u red zločina protiv čovečnosti i odlično su ga opisali. Međutim, nije ni blizu toliko sigurno da su, pored ponašanja koje zaslužuje da se nazove dovoljno društveno opasnim da bude zločin protiv čovečnosti, pronašli i njegov zaštitni objekat. Iz činjenice da postoji ponašanje koje zaslužuje da se uzdigne u stepen zločina protiv čovečnosti, oni drže da postoji i sama čovečnost kao vrednost koja je napadnuta tim ponašanjem. Izgleda da je blizu istine Kirsch-ovo mišljenje da se ovde zaštitni objekat, čovečnost, objašnjava samim sobom, čovečnošću.⁴⁶

4.3. *Da li je moguće da se čovečnost označi kao samostalna vrednost?*

Međunarodno krivično pravo se po svemu sudeći nije preterano opterećivalo pitanjem zaštitnog objekta niti jednog međunarodnog krivičnog dela, pa tako i zločina protiv čovečnosti. S druge strane, naučni pokušaji da se dođe do odgovora na isto pitanje su jednako neuspešni. Čini se da je izuzetno teško pronaći sadržaj i smisao pojma čovečnosti putem kojim su se do sada kretali naučnici. Štaviše, u nauci ima i mišljenja koja osporavaju mogućnost da se uopšte pronađe zaštitni objekat zločina protiv čovečnosti.⁴⁷

I zaista, ako se zaštitni objekat shvati u njegovom klasičnom smislu, kao neko od ljudskih prava i sloboda, zaista je nemoguće pronaći takvo ljudsko pravo i slobodu. Dovoljan je letimičan pregled najvažnijih međunarodnih dokumenata o ljudskim pravima (Opšta deklaracija o ljudskim pravima, Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, Evropska konvencija o ljudskim pravima...), pa da se dođe do ovakvog zaključka. Ovom zaključku odgovara i mišljenje jednog od najvećih poznavalaca međunarodnog humanitarnog prava, Jean Pictet-a koji u svom autoritativnom komentaru ove pravne grane opisuje čovečnost kao načelo, a ne kao neko posebno ljudsko pravo ili slobodu: On kaže da je čovečnost:

„Najvažnije, ključno načelo u doktrini crvenog krsta, koje određuje motive pokreta, njegove ideale i ciljeve.“⁴⁸

Čovečnost, dakle, treba shvatiti kao načelo koje je duboko ukorenjeno u ideju ljudskog dostojanstva, povezujući ga sa ustavnim pravom savremenih država, osnovanih na vladavini prava i sa međunarodnim humanitarnim pravom. Čovečnost je obrazac koji treba da se primenjuje kada se stvara, tumači ili primenjuje materijalno pravo u humanitarnoj sferi.⁴⁹

45 Z. Stojanović: *op. cit.*, str. 21–22.

46 Kirsch osporava klasična shvatanja zaštitnog objekta zločina protiv čovečnosti prema kojem su oni „pretnja miru, bezbednosti i dobrobiti čovečanstva“ kroz „sveprisutan i sistematski napad na ljudska prava civilnog stanovništva“ (kako ga određuje Werle u svojim „Načelima međunarodnog krivičnog prava“) smatrajući da se kod ovih shvatanja zaštitni objekat objašnjava samim sobom: S. Kirsch: *op. cit.*, p. 537.

47 S. Kirsch: *ibid.*, p. 537.

48 J. Pictet /1984/: *The Fundamental Principles of Red Cross and Peace*, Geneve, p. 7, navedeno prema: D. Thurer /2007/: *Dunant's Pyramid: Thoughts on the „Humanitarian Space“*, International Review of the Red Cross, n. 865, p. 56.

49 D. Thurer: *ibid.*, p. 56.

Ovako postavljena čovečnost je istog značenja kao i svako drugo načelo u pravu, na primer načelo zakonitosti ili načelo legitimnosti u krivičnom pravu. Međutim, načela, iako se mogu nazvati vrednostima samim po sebi (pravni poredak teži zakonitosti ili legitimnosti), nisu zaštitni objekti u smislu u kojem ih poznaje krivično pravo, a to znači da ona nisu neko od osnovnih ljudskih prava ili sloboda. Tako to nije ni čovečnost.

Načela neke grane prava su, u stvari, pravne norme najvišeg stepena opštosti do kojih se dolazi sublimacijom sadržaja velikog broja normi te pravne grane. Kada se izvuce najmanji zajednički imenitelj sadržaja svih ili najvećeg broja normi neke grane prava, dobija se neko njeno načelo. To je slučaj sa načelom zakonitosti u krivičnom pravu ili sa načelom čovečnosti u međunarodnom humanitarnom pravu. Kao što ne postoji neko krivično delo protiv zakonitosti u unutrašnjim krivičnim pravima bilo koje države na svetu, tako, čini se, teško mogu da postoje zločini protiv čovečnosti u međunarodnom krivičnom pravu u sadašnjem obliku.

5. ZAKLJUČNO O ČOVEČNOSTI KAO ZAŠTITNOM OBJEKTU

Iako je opšti zaključak da su tvorci međunarodnog krivičnog prava zanemarili zaštitne objekte u propisivanju i razvrstavanju međunarodnih krivičnih dela, pravna nauka se dugo vremena borila da zločine protiv čovečnosti osamostali u odnosu sa drugim međunarodnim krivičnim delima. Da bi se zločinima protiv čovečnosti udahnulo život, bilo je potrebno pronaći njihov samostalan sadržaj, smisao i značenje. Tako je i pitanje vrednosti koja se štiti ovom vrstom međunarodnih krivičnih dela postalo značajno.

Od nekoliko mogućih odgovora na ovo pitanje koje je nauka ponudila, danas je najzastupljenije ono o čovečnosti kao samostalnoj, svojevrstnoj vrednosti koja se nalazi u središtu ili na sredokraći svih onih vrednosti koje čoveka čine čovekom. Ovaj stav, po svemu sudeći, vodi poreklo iz međunarodnog prava o ljudskim pravima jer je ova grana prava ključno uticala na ponovno potvrđivanje ideje o zločinima protiv čovečnosti kao zasebnoj vrsti međunarodnih krivičnih dela. Izvorište ideje nalazi u preteranoj želji da se pojmu čovečnosti da naročit sadržaj kako bi se on uzdigao u ravan samostalnih vrednosti. Drugačije ne bi bilo moguće pružiti zaštitu ovom pojmu, a ako mu se ne može pružiti zaštita to bi vodilo obesmišljanju zločina protiv čovečnosti. Ako bi se to desilo, sva nastojanja međunarodnog prava o ljudskim pravima da dobije svoj kazneni oblik bi propala.

Čini se da su zločini protiv čovečnosti u savremenom obliku proizvod nastojanja koja postoje u međunarodnoj zajednici da se međunarodnom pravu o ljudskim pravima da kaznena dimenzija koja mu nedostaje, a sve u pogrešnom uverenju da će tako biti delotvornije. Ovo je svakako posledica nepoznavanja stvarnih mogućnosti, domašaja i dejstva krivičnog prava i neograničene vere u „ubojitost“ kazne.

LITERATURA

- Arendt H./1958/: *The Human Condition*, Chicago
- Ambos K. and Wirth S./2002/: *The Current Law of Crimes Against Humanity: An Analysis of UNTAET Regulation 15/2000*, Criminal Law Forum, n. 1
- Broomhall B./2003/: *International Justice and The International Criminal Court*, Oxford
- Benvenuti P./2000/: *Complementarity of The International Criminal Court to National Criminal Jurisdiction* – in: *Essays on The Rome Statute of The International Criminal Court* (W. A. Schabas and F. Latanzi ed.), Ripa Fagnano Alto
- Buchanan D./2002/: *Gendercide and Human Rights*, Journal of Genocide Research, n. 1
- Clark R. S./2001/: *The Mental Element in International Criminal Law: The Rome Statute of the International Criminal Court and The Elements of Offences*, Criminal Law Forum, n. 3
- Delmas-Marty M./2009/: *Violence and Massacres-Toward a Criminal Law of Inhumanity*, Journal of International Criminal Justice, n. 1
- Hagan J. and Greer S./2002/: *Making War Criminal*, Criminology, n. 2
- Ignjatović Đ./2001/: *Zločini protiv čovečnosti*, JRKK, br. 2–3
- Jianping L. & Zhixiang W./2005/: *China's Attitude Towards the ICC*, Journal of International Criminal Justice, n. 3
- Jessberger F./2005/: *Bad Torture – Good Torture? What International Criminal Lawyers May Learn from the Recent Trial of the Police Officers in Germany*, Journal of International Criminal Justice, n. 5
- Kirsch S./2009/: *Two Kinds of Wrong: On the Context Element of Crimes against Humanity*, Leiden Journal of International Law, n. 3
- May L./2005/: *Crimes Against Humanity: A Normative Account*, Cambridge
- Nimaga S./2007/: *An International Conscience Collective? A Durkheimian Analysis of International Criminal Law*, International Criminal Law Review, n. 4
- Pictet J./1988/: *International Dimensions of Humanitarian Law*, Geneve, p. 3–4, navedeno prema: M Sassoli and A. A. Bouvier /1999/: *How Does Law Protect in War?*, Geneve
- Ramanathan U./2005/: *India and the ICC*, Journal of International Criminal Justice, n. 3
- Robinson D./2008/: *The Identity Crisis of International Criminal Law*, Leiden Journal of International Law, n. 4
- Ristivojević B./2011/: *Međunarodna krivična dela – I deo*, Novi Sad, 2011, u pripremi
- Satzger H./2002/: *German Criminal Law and the Rome Statute – A Critical Analysis of the New German Code of Crime against International Law*, International Criminal Law Review, n. 3
- Stojanović Z./1981/: *Kriterijumi određivanja inkriminacija: uopšte i u sferi seksualnih odnosa*, Ljubljana
- Stojanović Z./2009/: *Krivično pravo-Opšti deo*, Beograd
- Schabas W./1999/: *Genocide in International Law*, Cambridge
- Thurer D./2007/: *Dunant's Pyramid: Thoughts on the „Humanitarian Space“*, International Review of the Red Cross, n. 865
- Vernon R./2002/: *What is Crime Against Humanity*, The Journal of Political Philosophy, n. 3
- Yarnold B. M. /1999/: *The Doctrinal Basis for the International Criminalisation Process* – in, *International Criminal Law* (M. C. Bassiouni, ed.), Ardsley, New York

Branislav Ristivojević

Faculty of Law, University of Novi Sad

ON PROTECTIVE OBJECT OF THE CRIME
AGAINST HUMANITY: NEW APPEARANCE
OF THE INTERNATIONAL LAW ON HUMAN RIGHTS

SUMMARY

The legal science has disregarded the issue of protective object of the crime against humanity for a long time. The humanity has been considered as an indisputable and unquestionable category. Since the crimes against humanity include number of different criminal acts, which are per se indisputable and well founded in domestic criminal laws, one may assume that humanity is some kind of a qualitative middle point and the lowest common denominator for protected values of criminal quantities that constitute the content of this type of international crimes. While exploring this possibility the Preamble of Rome Statute has been analyzed, which should serve, as every other non-legal part of the legal act, for interpretation of the used terminology. This scientific task has not succeeded probably because of the lack of consciousness about the role of protective objects in creating incriminations by the founders of the statute of the International Criminal Court. The science was more enthusiastic than international legislator and created more interpretations on humanity as protective object of the crime against humanity, one of them being emphasized in this paper, and that is the most dominant one, which considers humanity as a unique and independent value. If it is considered from the perspective of classical interpretation of protected values in criminal law, which considers them as one of the fundamental human rights and freedoms, it is impossible to avoid a conclusion that humanity does not belong to these categories. Humanity is a principle, similar to legality or legitimacy, and not some kind of special human right that is as such suitable to be protected by the criminal law.

The reason for this attitude lies in a strong spread of international law on human rights in the last few decades which exhausted and exceeded all its own mechanisms of application and expansion until then. It had a crucial impact on reaffirmation of the idea about crimes against humanity as a special type of international crimes. The very source of the idea lies in an extreme wish to give a special content to the concept of humanity in order to promote it to the level of independent value. Otherwise it would not be possible to secure international law protection to this concept and if this kind of robust protection could not be provided to it, the crime against humanity would lose its sense. If that would happen, all the efforts of the international law on human rights to acquire a punitive form would fail.

The crimes against humanity in their contemporary form are product of attempts that exist in international community to give a punitive dimension to the international law on human right that it misses, and all this in a wrong belief that it will be more efficient. This is certainly a consequence of lack of knowledge about real potentials, implications and impact of the criminal law and absolute belief in „fatalness“ of punishment.

Key words: international criminal law, crimes against humanity, protective object, humanity, human rights.

Marija Karanikić Mirić*
Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

ODMERAVANJE NAKNADE ŠTETE PREMA VREDNOSTI KOJU JE STVAR IMALA ZA OŠTEĆENIKA

Apstrakt: Prema odredbi čl. 189, st. 4 srpskog Zakona o obligacionim odnosima, ako je neka oštećenikova stvar uništena ili oštećena krivičnim delom učinjenim sa umišljajem, sud može da odredi visinu naknade štete prema vrednosti koju je stvar imala za oštećenika. Neka pitanja u vezi sa primenom tog pravila ostala su sporna u pravnoj teoriji i praksi domaćih sudova. Prvo pitanje tiče se prirode pravila o odmeravanju naknade prema vrednosti koju je stvar imala za oštećenika. Da li je reč o subjektivnom merilu naknade imovinske štete ili o afekcionoj vrednosti oštećene ili uništene stvari kao obliku moralne štete? Drugo, da li se pomenuta norma primenjuje kada, prema pravilima o građanskoj odgovornosti za drugoga, neko drugi, a ne sam štetnik, odgovara za štetu pričinjenu umišljajnim krivičnim delom? I treće, može li, za potrebe primene posebnog pravila o odmeravanju naknade štete, parnični sud da rešava o postojanju umišljajnog krivičnog dela kao o prethodnom pitanju?

Ključne reči: Odmeravanje naknade stvarne štete prema subjektivnom merilu. – Psihički bol zbog oštećenja ili uništenja stvari (*Pretium affectionis*). – Odgovornost za drugoga. – Postojanje umišljajnog krivičnog dela kao prethodno pitanje.

1. UVOD

Prema pravilima srpskog Zakona o obligacionim odnosima, ako je neka oštećenikova stvar uništena ili oštećena krivičnim delom učinjenim sa umišljajem, sud može da odredi visinu naknade štete prema vrednosti koju je ta stvar imala za oštećenika.¹ Činjenica što je stvar uništena ili oštećena umišljajnim krivičnim delom ima za posledicu mogućnost da sud dosudi naknadu u većem obimu od onoga koji oštećeniku redovno pripada po pravilima o integralnoj naknadi.²

* docent, marija@ius.bg.ac.rs

1 Čl. 189, st. 4, Zakon o obligacionim odnosima – ZOO, *Sl. list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89, *Sl. list SRJ*, br. 31/93, 31/93, 22/99, 23/99, 35/99, 44/99.

2 Vid. Čl. 190, ZOO. Pojedini savremeni pravni pisci smatraju da načelo integralne naknade ne isključuje potrebu stvaranja sistema građanskopravne odgovornosti koji ne samo što garantuje pravo oštećenog na potpunu reparaciju, nego oštro kažnjava zlonamernost postupka kojim je pričinjena šteta. Ovo kažnjavanje imalo bi za cilj prevenciju budućih štetnih postupanja. C. Coutant-Lapalus/2002/: *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, Institut de droit des affai-

Odmeravanje naknade štete prema vrednosti koju je uništena ili oštećena stvar imala za oštećenika ima dugu istoriju u domaćem pravu.³ U odlukama domaćih sudova iz vremena pre donošenja Zakona o obligacionim odnosima, uslov za odmeravanje naknade prema posebnom merilu nije se sastojao u prouzrokovanju štete krivičnim delom učinjenim sa umišljajem, nego u postojanju kvalifikovane krivice u građanskopravnom smislu na strani štetnika. Prema jednoj odluci Vrhovnog suda Vojvodine iz 1963. godine, naknada štete može se dosuditi u visini posebne vrednosti koju je stvar imala za oštećenika, ako je šteta učinjena namerno ili iz krajnje nepažnje.⁴ Pravilo koje danas važi pisano je po ugledu na pravilo iz Skice za zakonik o obligacijama i ugovorima,⁵ ali se od njega ipak razlikuje, o čemu će docnije biti reči.

Prema važećem zakonskom pravilu, sud može da odredi visinu naknade štete prema vrednosti koju je stvar imala za oštećenika, ako je ta stvar uništena ili oštećena krivičnim delom učinjenim sa umišljajem. To je jedina odredba Zakona o obligacionim odnosima u kojoj se koristi reč *umišljaj*. Zakonodavac stepenuje krivicu u građanskopravnom smislu na nameru, krajnju nepažnju i običnu nepažnju.

Treba uočiti da namera štetnika da drugome prouzrokuje štetu nije uslov za subjektivno odmeravanje naknade iz čl. 189, st. 4 ZOO. Subjektivno merilo primenice se ako je stvar uništena ili oštećena krivičnim delom učinjenim sa umišljajem, bez obzira na to da li je štetnik imao nameru prouzrokovanja štete (*animus nocendi*). Dovoljno je da je šteta prouzrokovana umišljajno izvršenim krivičnim delom, pri čemu se za takvu štetu u građanskom pravu može odgovarati i po objektivnom principu.

Pravilo iz čl. 189, st. 4 ZOO tiče se odmeravanja naknade štete, a ne uslova za zasnivanje građanskopravne odgovornosti za štetu. Neophodno je da sud prvo utvrdi da su ispunjeni uslovi za zasnivanje subjektivne ili objektivne odgovornosti za

res, Presses universitaires d'Aix-en-Provence, Aix-en-Provence, *passim*. Srpski građanski zakonik (SGZ) nije priznavao načelo potpune naknade, nego je obim naknade štete na koju oštećenik ima pravo vezivao za stepen krivice štetnika. Tako je oštećenik imao pravo na izmaklu dobit samo ako mu je šteta prouzrokovana „*zlom namerom ili iz krajnjeg nebreženja*.“ Vid. § 819, Građanski zakonik za Kraljevinu Srbiju /1990/: fototipsko izdanje sa originala iz 1939. godine, Beograd. U tom smislu vid. i: § 1324 Austrijskog građanskog zakonika – AGZ. *Austrijski građanski zakonik /1921/*: preveo Dragoljub Arandžević, II izdanje, Prosveta, Beograd.

- 3 „Pri ocjeni štete ne treba se obzirati na cijenu koja dolazi od lična omilja, to jest na onu osobitu, često prečeranu, vrijednost koju je stvar imala za oštećenika, kome se radi osobitih uzroka osobito milila, nego treba uzeti za mjerilo običnu imovinsku vrijednost koju je stvar imala u imovini, osim kad bi zakon naročito inače naredio.“ Čl. 926, Opšti imovinski zakonik za Knjaževinu Crnu Goru – OIZ /1980/: fototipsko izdanje sa originala iz 1888. godine, Obod, Cetinje. Ako je nesavesni držalac do stvari došao krivičnim delom, naknada se dosuđuje prema vrednosti iz osobite naklonosti. Vid. §§ 305 i 335 AGZ, 205 SGZ. Prema odredbi § 1331 AGZ, oštećenik može zahtevati vrednost iz osobite naklonosti kada mu je šteta prouzrokovana krivičnim delom ili kvalifikovanom krivicom u građanskopravnom smislu (*od obesti ili zluradosti*).
- 4 „Naknada štete u visini vanredne vrednosti (afekcione vrednosti) koju je stvar imala za oštećenog može se dosuditi samo ako je šteta učinjena namerno ili krajnjom nepažnjom. Ova krivica se ne pretpostavlja, nego se mora dokazati.“ Rešenje Vrhovnog suda Vojvodine, Rev. 456/63 od 20.9.1963. godine, *Zbirka sudskih odluka /1963/*: knjiga VIII, sveska 3, odluka br. 333.
- 5 „Kad je šteta prouzrokovana umišljajnim krivičnim delom, veličina pretrpljenog gubitka određuje se prema vrednosti koju je stvar imala lično za oštećenika.“ Čl. 152, st. 2, Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima – Skica. Vid. M. Konstantinović /1996/: *Obligacije i ugovori. Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima*, Službeni list, Beograd.

štetu, da bi se uopšte postavilo pitanje na koji način se odmerava naknada na koju oštećenik ima pravo.⁶ Za zasnivanje subjektivne odgovornosti za štetu u srpskom pravu dovoljna je, po pravilu, štetnikova obična nepažnja.⁷ Ona se oborivo pretpostavlja ako oštećenik dokaže postojanje štete i uzročnopsledičnu vezu između štetnikovog postupanja i štete.⁸ Međutim, moguće je da štetnik objektivno odgovara za štetu prouzrokovanu krivičnim delom koje je učinio sa umišljajem. To će, na primer, biti slučaj kada se način na koji je štetnik koristio kakvu opasnu stvar, ili obavljao opasnu delatnost, kvalifikuje kao krivično delo učinjeno sa umišljajem. U tom slučaju, postojanje krivice u građanskopravnom smislu na strani štetnika pravno je irelevantno.

Neka pitanja u vezi sa primenom pravila iz čl. 189, st. 3 ZOO ostala su sporna. Na prvom mestu, tu je pitanje da li je pomenutom normom zakonodavac propisao poseban, subjektivan kriterijum za procenu stvarne štete, ili se tu radi o afekcionoj vrednosti uništene ili oštećene stvari kao posebnom obliku moralne štete. Bez obzira na to što je zakonodavac uvrstio ovo pravilo među odredbe o obimu naknade materijalne štete, mnogi domaći pravni pisci smatraju da se ono odnosi na sentimentalnu vrednost koju uništenoj ili oštećenoj stvari pridaje oštećenik.⁹ Drugo, postavlja se pitanje da li se pravilo iz čl. 189, st. 1 primenjuje u slučajevima odgovornosti za drugoga ili samo kod odgovornosti za posledice vlastitog čina. I treće, može li, za potrebe primene pravila o odmeravanju naknade štete, parnični sud da rešava o postojanju umišljajnog krivičnog dela kao o prethodnom pitanju.

2. NAČELO INTEGRALNE NAKNADE I ODMERAVANJE NAKNADE STVARNE ŠTETE

Jedno od osnovnih načela savremenog srpskog odštetnog prava jeste načelo integralne ili potpune naknade pretrpljene štete. Prema tom načelu oštećenik ima pravo na naknadu imovinske štete u iznosu koji je potreban da bi se njegova

- 6 Vid. „Kada visina štete po pravnom pravilu zavisi od toga da li je šteta pričinjena grubom (očiglednom) nepažnjom, a postoji pravnosnažna presuda kojom je štetnik proglašen krivim da je iz nehata izvršio krivično delo kojim je pričinjena ta šteta, sud je u parnici ipak dužan da ocenom dokaza utvrdi stepen nepažnje.“ Presuda Vrhovnog suda Slovenije Gž. 228/57 od 14.6.1957. godine, *Zbirka sudskih odluka /1957/*: knjiga II, sveska 2, odluka br. 369.
- 7 „Po pravilu o pretpostavljenoj krivici (čl. 154, st. 1 ZOO) pretpostavlja se samo najblaži stepen krivice učinioca štete (obična nepažnja). Teži stepen krivice (gruba nepažnja i namera) pretpostavlja se samo ako je takva pretpostavka zakonskim pravilom izričito utvrđena, ili ako iz smisla odnosnog zakonskog pravila to nedvosmisleno proizlazi. Izvan tih slučajeva stepen krivice dokazuje se prema opštim pravilima dokaznog postupka.“ Zaključak XIV Zajedničke sednice Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda od 25 i 26. marta 1980. godine, *Zbirka sudskih odluka*, knjiga V, sveska 1, str. 18.
- 8 Vid. više: M. Karanikić Mirić /2009/: Pretpostavka krivice u građanskom pravu, *Pravni život*, br. 11, 941–958.
- 9 Ž. Đorđević /1995/: Naknada (čl. 185–198) –u: S. Perović (ur.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Savremena administracija, Beograd, 439–440; Ž. S. Đorđević /1987/ –u: Ž. S. Đorđević, V. S. Stanković, *Obligaciono pravo*, Naučna knjiga, Beograd, 475; O. Antić /2008/: *Obligaciono pravo*, Pravni fakultet u Beogradu / Službeni glasnik, Beograd, 474; B. Loza /2000/: *Obligaciono pravo*, Službeni glasnik, Beograd, 253.

materijalna situacija dovela u ono stanje u kojem bi se nalazila da nije bilo štetne radnje ili propuštanja (čl. 190 ZOO). Drugim rečima, naknada štete treba da postavi oštećenika u imovinsku poziciju u kojoj bi on bio u času dosuđenja da mu šteta nije prouzrokovana, a ne u poziciju u kojoj ga je štetni događaj zatekao. Razlika između ove dve pozicije ogleda se u izmakloj dobiti. Drugim rečima, načelo integralne naknade garantuje oštećeniku pravo na naknadu kako stvarne štete, tako izmakle dobiti, bez obzira na stepen štetnikove krivice.¹⁰

Građansku odgovornost, za razliku od krivične, karakteriše pluralitet osnova odgovornosti.¹¹ Princip integralne naknade ne važi samo kada je odgovornost za štetu subjektivna, nego i onda kada se ta odgovornost zasniva na stvorenom ili održavanom riziku.¹²

Pravila o obimu naknade materijalne štete na koju oštećenik ima pravo povezuju sa svrhom ustanove odgovornosti za štetu u određenom pravnom sistemu.¹³ U tom smislu na njih se ne može gledati kao na pravila tehničke prirode. Načelo integralne naknade ima za cilj potpunu zaštitu imovinske pozicije oštećenika od tuđih postupaka koji za sobom povlače odgovornost za štetu. Pored toga, ono sprečava da ustanova odgovornosti bude izvor bogaćenja za oštećenika. S druge strane, načelo integralne naknade znači da građansko pravo jednako tretira štetnika koji postupa namerno i štetnika koji postupa sa najlakšim oblikom krivice. To je u skladu sa idejom koja je široko prihvaćena u domaćoj teoriji odštetnog prava, po kojoj se primarna svrha odgovornosti za štetu ogleda u reparaciji.¹⁴

- 10 Suprotno vid. § 819 SGZ. U austrijskom pravu postoji načelna veza između stepena štetnikove krivice i obima naknade na koju oštećenik ima pravo, pa on ima pravo na potpunu naknadu samo ako je šteta pričinjena namerno ili grubom nepažnjom. Ako je šteta prouzrokovana običnom nepažnjom, oštećenik ima pravo samo na naknadu stvarne šteta (§1324 AGZ). Ipak, austrijski sudovi široko tumače pojam pozitivne ili stvarne štete (*positiver Schaden*). Pored toga, komisija koju je osnovalo austrijsko Ministarstvo pravde izradila je, i 2005. godine objavila, nacrt izmena i dopuna Austrijskog građanskog zakonika. Tim nacrtom predloženo je uvođenje pravila po kojem bi štetnik bio dužan da naknadi ukupnu štetu (stvarnu štetu i izmaklu dobit) i kada je postupao sa najblažim stepenom nepažnje. B. C. Steininger /2006/: *New Austrian Tort Law Draft* –u: H. Koziol, B. C. Steininger (eds.), *Yearbook on European Tort and Insurance Law 2005*, Springer, Vienna, New York, 125.
- 11 O osnovima odgovornosti u građanskom pravu, vid.: M. Konstantinović /1992/: Osnov odgovornosti za prouzrokovanu štetu, *Pravni život*, br. 9–10, 1153–1163, S. Perović /2004/: Osnov ugovorne i deliktne odgovornosti, *Pravni život*, br. 3–4, 5–49, P. D. Klarić /2003/: Pravna osnova odgovornosti za štetu –u: *Odštetno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 1–168, M. Karanikić Mirić /2009/: *Krivicica kao osnov deliktne odgovornosti u građanskom pravu*, predgovor napisao Miodrag Orlić, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 62–65.
- 12 U slučaju odgovornosti po osnovu pravičnosti iz čl. 169 ZOO princip potpune naknade ne važi. Tu je reč korektivnom institutu, kod koga je primena načela potpune naknade izričito isključena: zakonodavac predviđa mogućnost da sud, pod određenim uslovima, obaveže odgovorno lice da štetu naknadi *potpuno ili delimično*.
- 13 Savremena francuska autorka Kutan-Lapalus (*Coutant-Lapalus*) smatra da načelo integralne naknade predstavlja sredstvo za povratak na *status quo ex ante* i služi kao garancija socijalnog mira. Ideja da treba nadomestiti gubitak, odnosno popraviti učinjeno zlo, povezana je sa načinom na koji se u građanskom pravu razumeju pojmovi odgovornosti i pravičnosti. C. Coutant-Lapalus, *op. cit.*, 515.
- 14 „Sadržina građanske odgovornosti je naknada prouzrokovane štete. I kada se naknada sastoji u plaćanju izvesne sume novca, nju treba razlikovati od novčane kazne; ne samo zato što se naknada

Ustanova odgovornosti za pričinjenu štetu nije sredstvo za kažnjavanje štetnika koji je pokazao zlu ili slabu volju ili postupio onako kako nije trebalo, već sredstvo za popravljavanje zabranjenih posledica pogrešnog postupka. Obim naknade koju štetnik duguje jednak je pričinjenoj šteti. U pojedinim slučajevima zakonodavac propisuje izuzetke od načela potpune naknade. Tada oštećenik dobija naknadu u iznosu koji je manji ili veći od onoga na šta bi inače, prema pravilu o integralnoj naknadi, imao pravo.¹⁵ Primera radi, sud može, vodeći računa o imovnom stanju oštećenika, da osudi odgovorno lice na isplatu manje naknade nego što iznosi šteta, ako ta šteta nije prouzrokovana ni namerno ni krajnjom nepažnjom, a odgovorno lice je lošeg imovnog stanja u toj meri da bi ga isplata potpune naknade dovela u oskudicu.¹⁶

U slučaju da je oštećeniku uništena ili oštećena kakva stvar, načelo integralne naknade nalaže da mu se naknadi sva šteta i ništa preko štete.¹⁷ Da bi do toga došlo, neophodno je da se utvrdi iznos štete odnosno vrednost pretrpljenog gubitka, a tome služe pravila o odmeravanju (naknade) štete. Kada je reč o odmeravanju stvarne štete, ona se vrši prema objektivnom merilu, odnosno prema prometnoj vrednosti oštećene ili uništene stvari.¹⁸ Sud dosuđuje naknadu prema vrednosti koju za

isplaćuje oštećenome a kazna naplaćuje u korist države, nego naročito zbog njihovih svrha – za razliku od svrhe kazne, naknada ima za svrhu popravku štete, reparaciju.“ M. Konstantinović /1969/: *Obligaciono pravo. Beleške sa predavanja*, Savez studenata Pravnog fakulteta u Beogradu, Beograd, 79. Vid. takođe: S. Perović /1995/: *Predgovor. Zakon o obligacionim odnosima*, Službeni list, Beograd, 52, J. Radišić /2007/: *Obligaciono pravo. Opšti deo, Nomos*, Beograd, 189. Prema Starcku (Starck), *zdrav razum* nalaže da se odgovornost uslovi postojanjem uzročne veze između štetnikovog postupka i štete koju je pretrpeo oštećenik (*une exigence de bon sens*). B. Starck /1996/: *Obligations – Responsabilité délictuelle*, Cinquième édition par Henri Roland et Laurent Boyer, Litec, Paris, 435. Pojedini pravni pisci tvrde da je saglasno zahtevima *korektivne pravde* da konačne imovinske posledice činjenice što je došlo do štete snosi onaj ko je štetu prouzrokovao, a ne onaj kome je šteta naneta. E. J. Weinrib /1987/: *Causation and Wrongdoing*, Chicago-Kent Law Review 63, 448–449. Upr. J. L. Coleman /1992/: *A Mixed Conception of Corrective Justice*, Iowa Law Review 77, 427 i dalje; J. L. Coleman /1994/: *Tort Liability and the Limits of Corrective Justice*, u: J. L. Coleman and A. Buchanan (eds.), *In harm's way*, Cambridge University Press, Cambridge, 140 i dalje.

- 15 To su sledeći slučajevi: sniženje naknade zbog slabog imovnog stanja štetnika (čl. 191, st. 1 ZOO, čl. 153, st. 3 Skice), određivanje visine naknade prema vrednosti koju je stvar imala lično za oštećenika (čl. 189, st. 4 ZOO, čl. 152 st. 2 Skice), snižavanje standarda brižljivog postupanja kada je štetnik prouzrokovao štetu radeći nešto u korist oštećenika (čl. 191, st. 2 ZOO, čl. 153, st. 2 Skice), ustanova podeljene odgovornosti (čl. 192, st. 2 ZOO) odnosno krivice oštećenika (čl. 154, st. 2 Skice). Vid. takođe: S. Perović, *Predgovor*, 52–53; S. Perović, *Skica za jedan portret*, 30; J. Radišić, *op. cit.*, 275–279.
- 16 Čl. 191, st. 1 ZOO. Međutim: „Imovinsko stanje pravnog lica koje odgovara za štetu ne uzima se u obzir pri odmeravanju naknade za nematerijalnu štetu.“ Zaključak sa savetovanja Saveznog suda, vrhovnih sudova republika i autonomnih pokrajina i Vrhovnog vojnog suda od 15 i 16. oktobra 1986. godine u Ljubljani, Zaključak broj 18, *Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije*, 2/1987.
- 17 *Tout le préjudice, mais rien que le préjudice*. Vid. S. Galland-Carval /2001/: France –u: U. Magnus (ed.), *Unification of Tort Law: Damages*, Principles of European Tort Law, vol. 5, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 49. Francuski Kasacioni sud smatra isto: „[...] le préjudice résultant d'une infraction doit être réparé dans son intégralité, sans perte ni profit pour aucune des parties.“ Cour de cassation, Chambre criminelle, N°: 08–88181, 22 septembre 2009, Bulletin criminel 2009, n° 157.
- 18 M. Toroman /1983/: Naknada (čl. 185–209), –u: B. T. Blagojević, V. Krulj (ur.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Savremena administracija, Beograd, 703, M. Konstantinović, *Obligaciono pravo. Beleške sa predavanja*, 98. Vid. „Veličina pretrpljenog gubitka određuje se prema prometnoj vrednosti stvari, izuzev slučaja kad zakon naređuje što drugo.“ Čl. 150, st. 2 Skice. Ume-

svakoga, na tržištu, ima stvar iste vrste i istog kvaliteta kao ona koja je uništena ili oštećena,¹⁹ i to prema cenama u vreme donošenja sudske odluke.²⁰

Zakonodavac konstituiše izuzetak od pravila o odmeravanju stvarne štete u slučaju da je oštećenikova stvar uništena ili oštećena krivičnim delom učinjenim sa umišljajem. Tada se stvarna šteta ne procenjuje prema prometnoj vrednosti oštećene ili uništene stvari, nego prema vrednosti koju je stvar imala za oštećenika. Ovo novo, subjektivno merilo procene stvarne štete isključuje primenu pravila iz čl. 189, st. 2 ZOO, po kojem se procena štete vrši prema cenama u vreme donošenja sudske odluke. Cena koja se za stvar može dobiti na tržištu u vreme presuđenja ovde ne služi kao merilo naknade, nego se naknada stvarne štete odmerava prema vrednosti koju je stvar, dok je postojala u neoštećenom stanju, imala za oštećenika.

Da sumiramo. Domaći zakonodavac propisao je da oštećenik ima pravo na naknadu kako obične štete, tako izmakle koristi, a da sud dosuđuje naknadu u iznosu koji je potreban da bi se oštećenik doveo u onaj imovinski položaj u kome bi bio da mu šteta nije pričinjena. Posebno pravilo uređuje slučaj kada je stvar uništena ili oštećena umišljajnim krivičnim delom.²¹ Tada se visina naknade stvarne štete odmerava prema subjektivnom kriterijumu. Sve pomenute odredbe nalaze se pod naslovom *Obim naknade materijalne štete* (čl. 189–192 ZOO).

Mesto na koje je smešteno i način na koji je formulisano posebno pravilo o odmeravanju naknade štete kada je stvar uništena ili oštećena umišljajnim krivičnim delom, govore u prilog shvatanju da je reč o posebnom, subjektivnom merilu

sto ove odredbe Skice, zakonodavac se opredelio za pravilo iz čl. 189, st. 2 ZOO. O izuzecima od opšteg pravila da se prilikom odmeravanja stvarne štete kao merilo uzima prometna vrednost stvari, vid: M. Toroman /1969/: *Odmeravanje naknade štete u građanskom pravu*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 77–80. Nasuprot pravilu srpskog prava, procena materijalne štete u švajcarskom pravu vrši se, u načelu, prema subjektivnom merilu. Oštećenik ima pravo na naknadu imovinske štete prema ekonomskoj vrednosti koju je stvar imala za njega lično. Samo izuzetno materijalna šteta procenjuje se prema prometnoj vrednosti uništene ili oštećene stvari. F. Werro /2003/: Art. 41–61 CO –u: F. Werro, L. Thévenoz, *Commentaire romand du Code des obligations I*, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 291.

19 J. Radišić, *op. cit.*, 272.

20 Čl. 189, st. 2 ZOO. Vid. Rešenje Vrhovnog suda Srbije, Rev. 3618/2004 od 26.1.2005. godine, Rešenje Vrhovnog suda Srbije, Rev. 311/2009 od 6.4.2009. godine, Rešenje Vrhovnog suda Srbije, Rev. 2621/2004 od 4.11.2004. godine. „Osnovno pravilo je da je visina (obim) naknade štete jednaka (ekvivalentna) veličini (obimu) nastale štete. Kada se šteta manifestuje u materijalnim dobrima oštećenog, a naknada se daje u novcu, njena visina se utvrđuje prema cenama u vreme donošenja sudske odluke. Izuzetno, ako je šteta nastala u novcu, smanjenjem imovine oštećenog određenim brojem novčanih jedinica, visina naknade se utvrđuje na dan nastanka štete i saglasno načelu monetarnog nominalizma predstavlja isti broj novčanih jedinica za koji se imovina oštećenog umanjila.“ Presuda Privrednog apelacionog sud, Pž. 3351/2010(3) od 29.4.2010. godine. „Visina štete utvrđuje se prema cenama u vreme donošenja sudske odluke, pa je duži vremenski period od dana sastavljanja nalaza i mišljenja veštaka do dana donošenja odluke bitna činjenica koju je sud dužan da pravilno i potpuno utvrdi, dajući jasne razloge za nju.“ Rešenje Višeg trgovinskog suda, Pž. 3960/2008 od 8.4.2009. godine. Vid. takođe: Rešenje Višeg trgovinskog suda, Pž. 1184/2006(1) od 3.11.2006. godine.

21 U francuskom pravu, kada je šteta na stvari prouzrokovana krivičnim delom, krivica oštećenika, odnosno njegov skrivljeni doprinos nastanku štete, ne može se uzeti kao osnov za smanjenje naknade na koju oštećenik ima pravo. „La faute de la victime d’une infraction pénale ne réduit pas son indemnisation.“ P. Jourdain /1990/: *Chroniques: Responsabilité civile, Revue trimestrielle de droit civil*, 670.

procene imovinske štete, a ne o afekcionoj vrednosti stvari kao obliku moralne štete. Reč o slučaju kada je oštećenjem jedne stvari poremećena kakva ekonomska celina u čiji sastav je ulazila oštećena stvar.²² Ipak, pojedini domaći autori smatraju da se odredba čl. 189, st. 4 ZOO odnosi na afekcionu vrednost uništene ili oštećene stvari kao jedan vid moralne štete.²³ Neki autori koriste naziv afekciona vrednost (*pretium affectionis*), iako o subjektivnom merilu naknade govore u okviru izlaganja o procenti imovinske štete.²⁴ O tome će biti reči u narednom odeljku ovoga rada.

3. PRIRODA PRAVILA O ODMERAVANJU NAKNADJE PREMA VREDNOSTI KOJU JE STVAR IMALA ZA OŠTEĆENIKA

3.1. Pravno-dogmatska analiza

Posebno pravilo o odmeravanju naknade u slučaju uništenja ili oštećenja stvari krivičnim delom učinjenim sa umišljajem smešteno je među odredbe ZOO o obimu naknade imovinske štete. Međutim, u domaćoj pravnoj teoriji ne postoji jedinstveno shvatanje o vrsti štete na koju bi to pravilo trebalo da se odnosi. Pojedini autori u odredbi čl. 189, st. 4 prepoznaju oblik moralne štete u vidu povrede afekcije, posebne naklonosti, individualne emocionalne reakcije oštećenika na određenu stvar, njegove lične vezanosti za nju.²⁵ U vremenu koje je prethodilo usvajanju Zakona o obligacionim odnosima, Obren Stanković pisao je o povredi afekcija usled uništenja stvari kao o jednom obliku neimovinske štete i na isti način tumačio predratna pravila domaćeg prava o odmeravanju naknade prema vrednosti koju je stvar imala za oštećenika.²⁶ Nasuprot tome, za pojedine autore nije sporno da se odmeravanje naknade prema subjektivnom merilu iz čl. 189, st. 4 ZOO odnosi na stvarnu štetu kao oblik imovinske štete, i to na onu do koje dođe uništenjem ili oštećenjem stvari.²⁷

22 M. Toroman, Naknada (čl. 185–209), 706–707, J. Radišić, *op. cit.*, 273. Radišić pravi razliku između subjektivnog interesa i afekcione vrednosti koja je rezultat emocionalne vezanosti oštećenika za uništenu ili oštećenu stvar. O tome će biti reči donnije.

23 Ž. Đorđević, Naknada (čl. 185–198), 439–440.

24 M. Konstantinović, *Obligaciono pravo. Beleške sa predavanja*, 98. Oliver Antić, *op. cit.*, 509.

25 Ž. S. Đorđević u: Ž. S. Đorđević, V. S. Stanković, *Obligaciono pravo*, 475. Antić daje kao primer ubistvo psa koji nije rasan, nema prometnu vrednost, ali je oštećenikov ljubimac, pa otud njegova posebna, afekciona vrednost. O. Antić, *op. cit.*, 474. Vid. takođe: B. Loza, *op. cit.*, 253. Po nekim shvatanjima, subjektivno merilo naknade iz čl. 189, st 4 ZOO „po pravilu ima i izgled neimovinske štete.“ J. Salma /2007/: *Obligaciono pravo*, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, 605. Na ovaj način autor izbegava da se konačno izjasni o vrsti štete o kojoj je ovde reč. Austrijski pisac Helmut Kociol (*Helmut Koziol*) smatra da vrednost stvari iz osobite naklonosti (§ 1331 AGZ) predstavlja vid moralne štete. Reč je o sentimentalnoj vrednosti koju oštećenik lično pridaje nekoj stvari. H. Koziol, Austria –u: Ulrich Magnus (ed.), *op. cit.*, 12. U francuskom pravu se pod afekcionom štetom (*le préjudice d'affection*) podrazumeva psihički bol zbog smrti ili teškog invaliditeta bliskog lica kao vid moralne štete. S. Galland-Carval, *op. cit.*, 83.

26 O. Stanković /1968/: *Novčana naknada neimovinske štete*, Savremena administracija, Beograd, 155–156.

27 M. Toroman, Naknada (čl. 185–209), 706–707, M. Toroman, *Odmeravanje naknade štete u građanskom pravu*, 79. Konstantinović upotrebljava izraz *pretium affectionis*, ali govori o subjektiv-

Autori koji tvrde da odredba čl. 189, st. 4 ZOO predstavlja izuzetak od pravila da se naknada stvarne štete procenjuje prema tržišnoj vrednosti uništene ili oštećene stvari,²⁸ odnosno izuzetak od načela integralne naknade,²⁹ implicitno prihvataju da se pravilo o subjektivnom odmeravanju naknade odnosi na naknadu imovinske štete koja se sastoji u uništenju ili oštećenju stvari. To je stoga što se pravilima o potpunoj naknadi i proceni stvarne štete prema prometnoj vrednosti stvari uređuje obim naknade materijalne štete.

U kontekstu opisanih neslaganja od velike je pomoći razlikovanje koje pravi Jakov Radišić, između subjektivne imovinske vrednosti i afekcione vrednosti oštećene odnosno uništene stvari.³⁰

(1) Posebna ili subjektivna imovinska vrednost odnosno interes je ona vrednost koju stvar ima lično za oštećenika. Tu se ne misli na sentimentalnu vrednost stvari, nego na to koliko u ekonomskom smislu stvar lično vredi oštećeniku. Subjektivna vrednost stvari ne može biti manja od prometne vrednosti, budući da je prometna vrednost ona koju stvar ima za svakoga. Ako je uništena ili oštećena stvar činila ekonomsku celinu sa nekim drugim stvarima oštećenika, za njega je subjektivna vrednost takve stvari veća je od njene prometne vrednosti.³¹ Ako preostale oštećenikove stvari gube vrednost kada nema one koja je uništena, onda je reč o subjektivnom interesu odnosno posebnoj imovinskoj vrednosti koju je uništena stvar imala za oštećenika.³²

(2) Od toga treba razlikovati afekcionu vrednost stvari (*pretium affectionis*), koja predstavlja vid moralne štete. Primera radi, to je vrednost koju, u moralnom i emocionalnom smislu, za oštećenika ima stvar nasleđena od dragog pretka. Afekciona vrednost je posledica lične, emocionalne vezanosti oštećenika za uništenu ili oštećenu stvar, kao što je porodična slika, diploma, ili neka stvar koja inače ima i prometnu vrednost ali oštećeniku iz sentimentalnih razloga vredi više nego drugima.³³

Pojedini domaći autori smatraju da se odredba čl. 189, st. 4 ZOO odnosi upravo na afekcionu vrednost stvari kao vid moralne štete, dok drugi smatraju da je tu reč o subjektivnom imovinskom interesu oštećenika.³⁴

nom merilu za procenu naknade stvarne štete. M. Konstantinović, *Obligaciono pravo. Beleške sa predavanja*, 98.

28 M. Konstantinović, *op. cit.*, 98.

29 Ž. Đorđević, *Naknada* (čl. 185–198), 440.

30 J. Radišić /1998/: *Razgraničenje imovinske i neimovinske štete, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1–3, 13–14.

31 J. Radišić, „Razgraničenje imovinske i neimovinske štete,“ 13. Radišić navodi gubitak jednog od dva dresirana psa, koji su zajedno izvodili akrobacije u cirkusu. Tada je interes vlasnika veći od tržišne vrednosti dresiranog psa iste vrste, pola i starosti. Isti primer navodi Vero (*Werro*) u komentaru švajcarskog Zakonika o obligacijama. F. Werro, *op. cit.*, 291. Vid. takođe: M. Toroman, „Naknada (čl. 185–209),“ 706.

32 J. Radišić, *Obligaciono pravo*, 272, M. Toroman, *Naknada* (čl. 185–209), 706.

33 J. Radišić, *Razgraničenje imovinske i neimovinske štete*, 14. Vid. takođe: H. Koziol, *op. cit.*, 12.

34 Radišić smatra da je zakonska formulacija nejasna, ali da ta formulacija više liči na imovinski interes oštećenika, nego na moralnu štetu. J. Radišić, „Razgraničenje imovinske i neimovinske štete,“ 14. Odredbu čl. 189, st. 4 ZOO razumeju kao pravilo o odmeravanju naknade moralne štete: Ž. Đorđević, *Naknada* (čl. 185–198), 439–440 (mada ističe da je reč o izuzetku od pravila o

Izuzetno je mali broj objavljenih odluka u kojima se sudovi pozivaju na čl. 189, st. 4 ZOO. Vrhovni sud Srbije je 2004. godine istakao da se duševni bol zbog gubitka stvari ne kvalifikuje kao moralna šteta u srpskom pravu. Pored toga, sud je smatrao da se naknada materijalne štete u iznosu koji je veći od prometne vrednosti stvari može zahtevati samo izuzetno, kada je stvar uništena ili oštećena umišljajnim krivičnim delom. Iz toga proizlazi da je sud razumeo odredbu čl. 189, st. 4 ZOO kao osnov za dosuđenje materijalne štete u iznosu koji je veći od prometne vrednosti uništene stvari.³⁵

U literaturi se ističe da je čl. 189, st. 4 ZOO pisan po uzoru na § 1331 AGZ,³⁶ koji se u austrijskom pravu razume kao pravilo o odmeravanju moralne štete.³⁷ Međutim, pravilo je austrijskog prava da oštećenik ima pravo na naknadu vrednosti iz osobite naklonosti (*Wert der besonderen Vorliebe*), ako mu je šteta prouzrokovana krivičnim delom ili naročito kvalifikovanim oblikom krivice (*aus Muthwillen und Schadenfreude*). U domaćem pravilu naklonost se ne pominje, kao ni bilo šta drugo što bi ukazivalo na oštećenikov sentimentalni, emocionalni odnos prema uništenoj ili oštećenoj stvari.

Prema odredbi čl. 152, st. 2 Skice, visina pretrpljenog gubitka određuje se prema vrednosti koju je stvar imala *lično* za oštećenika, ali samo ako je šteta prouzrokovana umišljajnim krivičnim delom. Kvalifikovani oblici krivice u građanskopravnom smislu nisu dovoljni. Srpski zakonodavac uneo je tri izmene u odredbu predloženu Skicom. Prvo, propisao je da sud može (a ne mora) da odredi visinu naknade prema vrednosti koju je stvar imala za oštećenika. Drugo, izbacio je reč „lično“ iz određenja vrednosti koju je stvar imala za oštećenika. Na kraju, precizirao je da se pod štetom koja je prouzrokovana umišljajnim krivičnim delom misli na uništenje ili oštećenje stvari.

(1) Ako se pravilo iz čl. 189, st. 4 ZOO odnosi na odmeravanje satisfakcije za sentimentalnu, emocionalnu vrednost koju uništena ili oštećena stvar ima za ošte-

integralnoj naknadi), O. Antić, *op. cit.*, 474 (mada o ovome govori u okviru izlaganja o naknadi materijalne štete), B. Loza, *op. cit.*, 253. Pojedini izbegavaju da se izjasne, kao J. Salma, *op. cit.*, 605. Autori koji pišu o subjektivnom kriterijumu za procenu materijalne štete štete, odnosno o subjektivnom imovinskom interesu: M. Toroman, „Naknada (čl. 185–209),“ 706–707, J. Radišić, *Obligaciono pravo*, 273, M. Konstantinović, *Obligaciono pravo. Beleške sa predavanja*, 98.

35 „Tužilji je pogrešnom primenom odredbe čl. 200 ZOO dosuđena i nematerijalna šteta prouzrokovana njenim duševnim patnjama zbog gubitka – krađe vredne skulpture. Ovo iz razloga što se taj vid štete može dosuditi samo u slučaju povrede života i tela, ugleda, časti, slobode ili prava ličnosti, odnosno smrti bliskog lica ili pretrpljenog straha. Gubitak materijalne stvari, pa i umetničkog dela, ne predstavlja zakonom priznati osnov za dosuđenje nematerijalne štete prouzrokovane duševnim bolovima nastalim tim povodom. Izuzetno ZOO predviđa mogućnost i većeg dosuđenja materijalne štete od stvarne vrednosti uništene stvari. To je izričito propisano odredbom čl. 189, st. 4 ZOO, ali samo u slučaju kada je stvar uništena ili oštećena umišljajnim krivičnim delom štetnika. U konkretnom slučaju taj uslov nije ispunjen, jer gubitak skulpture nije nastao krivičnim delom tužene, već trećeg lica. Stoga se uvećana naknada, adekvatna vrednosti koju je ta skulptura imala za tužilju, može dosuditi samo na teret lica koje je skulpturu ukralo, ali ne i na teret tužene.“ Rešenje Vrhovnog suda Srbije, Rev. I 2749/2004 od 25.11.2004. godine, baza sudskih odluka *ParagrafLex*.

36 J. Radišić, „Razgraničenje imovinske i neimovinske štete,“ 14.

37 H. Koziol, *op. cit.*, 12.

ćenika, to bi značilo da je zakonodavac, pod naslovom *Obim naknade materijalne štete*, u srpsko pravo uveo poseban oblik neimovinske štete – psihički bol zbog oštećenja ili uništenja stvari. (2) Naprotiv, ako se ovo pravilo odnosi na subjektivnu imovinsku vrednost uništene ili oštećene stvari, onda bi to značilo da zakonodavac ne uvodi novi oblik štete u srpsko pravo, nego da propisuje posebno merilo odnosno metod odmeravanja imovinske štete, za one slučajeve kada je oštećenikova stvar oštećena ili uništena krivičnim delom učinjenim sa umišljajem.

Ovo potonje bilo bi u skladu sa stavom Vrhovnog suda Srbije da duševni bol zbog uništenja ili oštećenja stvari ne predstavlja poseban oblik moralne štete u srpskom pravu, ali da se naknada imovinske štete može zahtevati u iznosu koji je veći od prometne vrednosti stvari, ako je do njenog uništenja ili oštećenja došlo umišljajnim izvršenjem krivičnog dela.³⁸ Domaći zakonodavac predvideo je izričito oblike moralne štete u čl. 155, 200 i 202 ZOO. U tim članovima ne pominje se psihički bol zbog gubitka stvari.

Pored svega navedenog, kada ustanove srpskog odštetnog prava imaju (i) retributivni karakter,³⁹ zakonodavac je sklon da produži rok u kojem je potraživanje naknade štete utuživo,⁴⁰ ili da pooštiri kriterijum po kojem se procenjuje obim štete,⁴¹ a ne da uvodi sasvim novu vrstu štete, za koju bi se odgovalo samo kada treba kazniti štetnika.

Da sumiramo. Mesto koje je zakonodavac namenio pravilu iz čl. 189, st. 4 ZOO, način na koji je to pravilo formulisao, kao i način na koji inače propisuje vidove moralne štete i (izuzetno) uvodi retributivne elemente u srpsko odštetno pravo, govore u prilog tome da je ovde reč o posebnom, subjektivnom merilu naknade stvarne štete, koje sud može da primeni kada je stvar uništena ili oštećena krivičnim delom učinjenim sa umišljajem. S tim je u skladu i navedeno shvatanje Vrhovnog suda Srbije iz 2004. godine, kao i shvatanja domaćih pravnih pisaca koji su se ovom materijom produbljeno bavili.⁴²

3.2 Kritički osvrt

Komisija za izradu građanskog zakonika⁴³ ponudila je na javnu raspravu prednacrt dela buduće srpske građanske kodifikacije kojim se uređuju obligacioni odnosi.⁴⁴ Prednacrtom je predviđeno da se pravilo iz čl. 189, st. 4 ZOO sadržinski ne

38 Vid. Fn. 35.

39 Toroman smatra da naknada štete prema vrednosti koju je uništena ili oštećena stvar imala za oštećenika, ima na prvom mestu represivni, pa tek onda reparacioni karakter. M. Toroman, *Odmeravanje naknade štete u građanskom pravu*, 80.

40 Vid. Čl. 377, st. 1 ZOO.

41 Vid. Čl. 266, st. 2, čl. 671, st. 4, čl. 733, čl. 870, st. 3 ZOO, a tu bi došao i čl. 189, st. 4 ZOO, koji je predmet ovoga rada.

42 M. Toroman, *Naknada* (čl. 185–209), 706–707, J. Radišić, „Razgraničenje imovinske i neimovinske štete,” 14.

43 Ova komisija formirana je 2006. godine odlukom Vlade Republike Srbije. Vid. Odluka o obrazovanju posebne Komisije radi kodifikacije građanskog prava i izrade Građanskog zakonika, *Sl. glasnik RS* br. 104/06, 110/06 i 85/09.

44 Komisija za izradu Građanskog zakonika /2009/: *Prednacrt. Građanski zakonik Republike Srbije. Druga knjiga. Obligacioni odnosi*, Vlada Republike Srbije, Beograd, 143.

menja i da ostane na mestu na kojem je, a to znači u odseku kojim se uređuje obim naknade materijalne štete. Alternativno se predlaže povratak na pravilo iz čl. 152, st. 2 Skice, koje bi bilo smešteno među pravila o sniženju naknade, što znači opet u odsek koji se odnosi na obim naknade materijalne štete.⁴⁵ S tim u vezi, otvaraju se pitanja o potrebi da se u srpskom pravu zadrži pravilo o odmeravanju naknade prema vrednosti koju je stvar imala za oštećenika, načinu na koji to pravilo treba razumeti i mestu koje mu, eventualno, treba nameniti u budućoj građanskoj kodifikaciji.

(1) Ako se odredba čl. 189, st. 4 ZOO razume kao pravilo kojim se propisuje poseban oblik moralne štete, a to je duševni bol zbog uništenja ili oštećenja stvari, onda je pravo mesto za to pravilo odsek zakona koji se odnosi na naknadu nematerijalne štete.⁴⁶ U toj konstrukciji, naknada za psihički bol usled gubitka stvari koja je imala osobitu sentimentalnu vrednost za oštećenika može se zahtevati samo kada je stvar uništena ili oštećena umišljajnim krivičnim delom. Primera radi, tokom izvršenja krivičnog dela silovanja učinilac je pokidao lančić žrtve. Taj lančić za žrtvu predstavlja dragu uspomenu na preminulog oca, bez obzira na to ima li prometnu vrednost. U takvom slučaju, žrtva krivičnog dela ima pravo na naknadu za psihički bol zbog gubitka stvari koja je za nju imala osobitu sentimentalnu vrednost.

Kada se shvati na ovaj način, pravilo iz čl. 189, st. 1 ZOO ne konstituiše izuzetak od načela integralne naknade (čl. 190 ZOO), nego od pravila da psihički bol zbog gubitka stvari ne predstavlja štetu u pravnom smislu.⁴⁷ U tom slučaju, ovu odredbu trebalo bi preformulisati, tako da bude jasno da se ona odnosi na afekcionu vrednost, vrednost iz osobite naklonosti, koju je uništena ili oštećena stvar imala za oštećenika, a ne na oštećenikov osujećeni subjektivni ekonomski interes. Pored toga, tu odredbu trebalo bi premestiti u odsek zakona koji se odnosi na naknadu moralne štete.⁴⁸

(2) Već je rečeno da mesto na kojem se sporna odredba sada nalazi u zakonu, način na koji je sročena i način na koji zakonodavac inače propisuje vidove moralne štete i (izuzetno) uvodi retributivne elemente u srpsko odštetno pravo, daju za pravo onima koji postojeću normu tumače kao posebno, subjektivno merilo naknade stvarne štete. S tim u vezi, otvara se pitanje potrebe za ovom normom, u pravnom sistemu koji na načelnom nivou prihvata integralnu naknadu kao cilj odnosno svrhu ustanove odgovornosti za štetu.

Skicom je predloženo da se veličina pretrpljenog gubitka određuje prema prometnoj vrednosti stvari, izuzev kada zakon naređuje što drugo (čl. 150, st. 2 Skice). Umesto toga, zakonodavac je propisao da se visina naknade štete određuje prema cenama u vreme donošenja sudske odluke, izuzev kada zakon naređuje što drugo (čl. 189, st. 2 ZOO). Dakle, pravilo o objektivnom merilu štete na stvari nije izričito zakonsko pravilo srpskog odštetnog prava. Ipak, u domaćoj pravnoj teoriji nije sporno da se šteta na stvari odmerava prema takozvanoj objektivnoj, a to će reći

45 Vid. Čl. 214 i 216 Prednacrtu.

46 Sada su to čl. 199–205 ZOO.

47 Vid. već navedeno rešenje Vrhovnog suda Srbije, Rev. I 2749/2004 od 25.11.2004. godine.

48 Drugo je pitanje da li postoje pravno-politički razlozi za postojanje ovakve norme u srpskom odštetnom pravu. Rasprava te vrste nije predmet ovoga rada.

prometnoj (tržišnoj, stvarnoj) vrednosti uništene ili oštećene stvari.⁴⁹ O izuzecima od tog pravila iscrpno je pisala Marija Toroman.⁵⁰

Osnovno, opšte pravilo o odmeravanju naknade stvarne štete, a to je pravilo da se šteta procenjuje prema prometnoj vrednosti uništene ili oštećene stvari, ne može se tumačiti kao izuzetak od načela integralne naknade, već samo kao potvrda tog načela. Drugim rečima, opšte pravilo o odmeravanju naknade stvarne štete može se primeniti samo ako se njegovom primenom afirmiše načelo integralne naknade, kao temeljno načelo odštetnog prava. U tom smislu, načelo integralne naknade treba razumeti kao opšti korektiv pravila o odmeravanju naknade stvarne štete prema prometnoj vrednosti uništene i oštećene stvari. Naknada se može odmeriti prema prometnoj vrednosti uništene ili oštećene stvari samo ako se na taj način oštećenik postavlja u onu imovinsku poziciju u kojoj bi se nalazio da mu šteta nije prouzrokovana. Svrha ustanove odgovornosti za pričinjenu štetu bila bi osujećena ako bi opšte pravilo o odmeravanju naknade imalo prioritet bez obzira na to što se njegovom primenom u konkretnom slučaju negira načelo integralne naknade.

Načelo integralne naknade podrazumeva postavljanje oštećenika u onu imovinsku poziciju u kojoj bi on bio da je izostao štetni događaj. Ako je oštećeniku uništena ili oštećena kakva stvar, naknada štete odmerava se prema njenoj prometnoj vrednosti na dan donošenja sudske odluke. Međutim, ako je oštećena ili uništena stvar bila individualno određena i ako je ta stvar bila u funkcionalnoj vezi sa drugim stvarima oštećenika, to jest ako je sa njima činila ekonomsku celinu, onda prometna vrednost uništene ili oštećene stvari nije dovoljna da se oštećenik postavi u onu imovinsku poziciju u kojoj bi bio da mu šteta nije pričinjena. Drugim rečima, u slučaju uništenja ili oštećenja individualno određene stvari koja je bila u funkcionalnoj vezi sa drugim oštećenikovim stvarima, šteta nastaje ne samo na uništenoj ili oštećenoj stvari nego i na drugim stvarima oštećenika koje, bez stvari koja je uništena ili oštećena, gube vrednost.

Načelo integralne naknade nalaže da se ovakvom oštećeniku dosudi naknada koja bi bila dovoljna za potpunu reparaciju, a to bi obuhvatilo i gubitak na vrednosti drugih oštećenikovih stvari, čija vrednost je umanjena uništenjem ili oštećenjem stvari sa kojom su tvorile ekonomsku celinu. To važi bez obzira na to da li je stvar uništena ili oštećena krivičnim delom učinjenim sa umišljajem. Drugačije rečeno, načelo integralne naknade nalaže da se šteta na stvari proceni prema subjektivnom principu, to jest prema vrednosti koju je stvar imala za oštećenika, ako je uništena ili oštećena individualno određena stvar koja sa drugim oštećenikovim stvarima čini funkcionalnu odnosno ekonomsku celinu. To se ne sme staviti pod uslov da je stvar uništena umišljajnim krivičnom delom, jer bi takav uslov promenio u celosti smisao načela integralne naknade, odnosno doveo bi do toga da se integralna naknada garantuje samo ako je stvar uništena ili oštećena krivičnim delom učinjenim sa umišljajem.

Da sumiramo. Mnogo toga govori u prilog shvatanju da se pravilom iz čl. 189, st. 4 ZOO propisuje posebno, subjektivno merilo naknade štete na stvari za slučaj da

49 M. Toroman, Naknada (čl. 185–209), 703, M. Konstantinović, *Obligaciono pravo. Beleške sa predavanja*, 98, J. Radišić, *Obligaciono pravo*, 272.

50 M. Toroman, *Odmeravanje naknade štete u građanskom pravu*, 77–80.

je stvar uništena ili oštećena krivičnim delom učinjenim sa umišljajem. Međutim, primena subjektivnog merila naknade ne bi smela da se ograniči na taj slučaj, budući da opšte načelo integralne naknade nalaže da se subjektivno merilo naknade štete na stvari primeni uvek kada se naknadom odmerenom prema prometnoj vrednosti stvari oštećenik ne može postaviti u onu imovinsku poziciju u kojoj bi se nalazio da mu nije pričinjena šteta. Ako se pravilo iz čl. 189, st 4 ZOO razume kao norma o subjektivnom odmeravanju štete na stvari koja je prouzrokovana umišljajnim krivičnim delom, to bi *a contrario* značilo da u svim ostalim situacijama oštećenik ima pravo samo na naknadu prema prometnoj vrednosti stvari, pa i onda kada se tako odmerenom naknadom ne postiže potpuna reparacija. Ako pravilo iz čl. 189, st. 2 ZOO nije ništa više od posebnog pravila o odmeravanju naknade imovinske štete u slučaju da je stvar uništena ili oštećena umišljajnim krivičnim delom, onda to pravilo treba brisati, budući da načelo integralne naknade već nalaže da se oštećeniku dosudi naknada u iznosu koji je dovoljan da se on postavi u onu imovinsku poziciju u kojoj bi bio da mu nije pričinjena šteta.

4. ODGOVORNOST ZA DRUGOGA

Sledeće pitanje koje se otvara u vezi sa tumačenjem i primenom pravila o odmeravanju naknade kada je stvar uništena ili oštećena krivičnim delom učinjenim sa umišljajem, odnosi se na mogućnost njegove primene u slučaju da jedno lice, po pravilima o građanskopravnoj odgovornosti za drugoga, odgovara za štetu koju je neko drugi prouzrokovao umišljajnim krivičnim delom. To pitanje nije razmatrano u domaćoj teoriji odštetnog prava, a Vrhovni sud Srbije je 2004. godine smatrao da se naknada štete u povećanom obimu može zahtevati samo od lica koje je štetu prouzrokovalo umišljajnim krivičnim delom, ne i od drugoga.⁵¹ Problem važenja odredbe čl. 189, st. 4 ZOO u slučaju odgovornosti za drugoga postoji bez obzira na to da li se sporna odredba odnosi na poseban oblik moralne štete ili na subjektivizovano odmeravanje stvarne štete.

Ustanova odgovornosti za drugoga podrazumeva da se pojmovi štetnika i odgovornog lica razdvoje, pa se kao štetnik kvalifikuje onaj ko je svojom radnjom doveo do štete, a kao odgovorno lice onaj ko za štetnika odgovara. Treba naglasiti da kategorija odgovornosti za drugoga nije formirana prema pravnom osnovu. Ona može da bude subjektivna, objektivna ili zasnovana na pravičnosti. Kada je subjektivna, odgovornost za drugoga može da bude zasnovana na pretpostavljenoj ili na dokazanoj krivici. Ako se prihvati da se pravilo o odmeravanju naknade prema vrednosti koju je uništena ili oštećena stvar imala za oštećenika može primeniti i kada za štetu koju je štetnik prouzrokovao umišljajnim krivičnim delom odgovara neko drugi, onda na primenu tog pravila ne bi trebalo da utiče osnov odgovornosti za drugoga.

Štetnik može biti objektivno odgovoran za štetu koju je prouzrokovao krivičnim delom, pa pravilo iz čl. 189, st. 1 ZOO može da važi i prema takvom štetniku. Pored toga, odgovorno lice može biti objektivno odgovorno za štetu koju štetnik

51 Rešenje Vrhovnog suda Srbije, Rev. I 2749/2004 od 25.11.2004. godine, baza sudskih odluka *Pra-grafLex*.

prouzrokuje krivičnim delom. Recimo, poslodavac odgovara za štetu koju zaposleni prouzrokuje trećem licu na radu ili u vezi sa radom. Ta odgovornost kvalifikuje se kao objektivna, budući da je krivica samog poslodavca pravno irelevantna. Neposredna odgovornost zaposlenog prema trećem licu može se zasnovati na dokazanoj nameri. U tom slučaju, odgovornost poslodavca i zaposlenog je solidarna, a pravilo o subjektivnoj proceni naknade stvarne štete može da važi prema obojici. Pritom, nije od značaja to što odgovorno lice u nekim slučajevima ne može biti subjekat krivičnog dela.

Da sumiramo. Sudovi mogu da primene pravilo iz čl. 189, st 4 ZOO prema svakom za štetu odgovornom licu, (1) nezavisno od osnova njegove odgovornosti za štetu (a to mogu da budu krivica, stvoreni ili održavani rizik ili pravičnost), (2) bez obzira na to da li odgovorno lice odgovara za sebe ili za drugoga,⁵² (3) isključivo kada je šteta pričinjena umišljajnim krivičnim delom. Intenzitet društvene opasnosti izazvane krivičnim delom može da bude od značaja za primenu pravila o subjektivnoj proceni naknade stvarne štete, budući da je pravilo iz čl. 189, st 4 ZOO formulisano kao ovlašćenje a ne kao dužnost suda.

Primena pravila o odmeravanju naknade štete se ni na jednom mestu u Zakonu o obligacionim odnosima ne uslovljava pravnom prirodom vanugovorne odgovornosti, odnosno time da u konkretnom slučaju bude reč o subjektivnoj ili objektivnoj odgovornosti, odgovornosti za posledice vlastitog čina ili odgovornosti za drugoga. Kada su ispunjeni uslovi za zasnivanje odgovornosti za drugoga, oštećenik ima potraživanje naknade štete prema odgovornom licu, nezavisno od toga da li je sam štetnik odgovoran i da li odgovorno lice koje isplati naknadu stiče regresni zahtev prema štetniku.

Osnovni cilj odnosno svrha odgovornosti za pričinjenu štetu sastoji se u postavljanju oštećenika u imovinskopravnu poziciju u kojoj bi se nalazio da mu šteta nije pričinjena, odnosno u tome da se oštećeniku pruže materijalna dobra koja će mu omogućiti da, pribavljanjem kakvog zadovoljstva po sopstvenom izboru, lakše podnese moralni gubitak koji mu je konačno nanet i koji se ne može popraviti.⁵³ Ovo su interesi oštećenika bez obzira na to ko ima da podnese konačne imovinskopravne efekte štetnog događaja. Ustanovom odgovornosti pravni poredak štiti određene privatne interese oštećenika, što posredno zadovoljava i neke šire, društvene interese kao što su učvršćivanje društvenog reda i prevencija antisocijalnog ponašanja.⁵⁴

52 Kao odgovorno lice mogu da se kvalifikuju (1) sam štetnik koji odgovara za posledice vlastitog čina, ako taj čin ujedno predstavlja krivično delo, (2) neko drugo lice koje odgovara za takvog štetnika po pravilima o odgovornosti za drugoga, (3) imalac opasne stvari ili lice koje obavlja opasnu delatnost, ako se upotreba opasne stvari (uključujući ostavljanje opasne stvari u određenom položaju) ili vršenje opasne delatnosti u konkretnom slučaju kvalifikuju kao krivično delo. Tu dolaze u obzir i (1) imalac opasne stvari koji je odgovoran za to što mu je stvar protivpravno oduzeta, ako se njegovo propuštanje da stvar obezbedi kvalifikuje kao krivično delo, kao i (2) imalac opasne stvari koji je propustio da skrene pažnju na skriveno svojstvo ili manu stvari licu kome je poverio stvar da se njome služi, ili licu koje je inače dužno da nadgleda stvar, ako se to propuštanje kvalifikuje kao krivično delo.

53 Više o svrsi ustanove odgovornosti za pričinjenu štetu, a posebno odgovornosti koja se zasniva na krivici, vid. M. Karanić Mirić, *Krivica kao osnov deliktne odgovornosti u građanskom pravu*, 301 i dalje.

54 A. Tunc /1999/: *La responsabilité civile*, 2e éd., Economica, Paris, 133.

Opisani interesi ne menjaju se u zavisnosti od toga na koga pada obaveza naknade štete. Na njihov značaj ne utiče to što naknadu isplaćuje neko drugi (odgovorno lice u konstrukciji odgovornosti za drugoga, osiguravač), a ne sam štetnik. Drugim rečima, pravilima o subjektivnoj proceni stvarne štete pruža se jača zaštita oštećeniku kojem je šteta prouzrokovana umišljajnim krivičnim delom. Oštećenik bi trebalo da ima pravo na takvu zaštitu bez obzira na to ko je, u krajnjem ishodu, dužan da mu naknadi štetu – štetnik, lice koje odgovara za štetnika ili osiguravač.

Treba naglasiti da se širim tumačenjem odredbe čl. 189, st. 4 ZOO ne širi krug potencijalno odgovornih lica. Od tumačenja te odredbe ne zavisi odgovor na pitanje ko može da odgovara, već samo na koji način se procenjuje iznos koji duguju lica koja su svakako odgovorna.

Na kraju, pravilo iz čl. 189, st. 1 ZOO je u određenom smislu retributivno. Ono ukazuje na poseban odnos pravnog poretka prema licu koje umišljajnim krivičnim delom drugome nanese štetu. Isti, poseban, odnos može, prema proceni suda, da zaslužuje i onaj ko za takvog štetnika odgovara. Ako je zakonodavac smatrao da postoje razlozi da jedno lice bez vlastite krivice odgovara za štetu koju prouzrokuje neko drugi, onda nema mesta za apriornu bolećivost sudova u pogledu obima te odgovornosti. Ako odsustvo krivice odgovornog lica ne utiče na postojanje njegove odgovornosti, onda ne treba nužno da utiče ni na obim naknade koju ono duguje.

5. POSTOJANJE UMIŠLJAJNOG KRIVIČNOG DELA KAO PRETHODNO PITANJE

Uslovi za odmeravanje naknade štete prema subjektivnom kriterijumu iz čl. 189, st. 4 ZOO su sledeći: (1) oštećenik je pretrpeo stvarnu štetu u obliku uništenja ili oštećenja neke stvari koja mu pripada, (2) stvar je uništena ili oštećena krivičnim delom učinjenim sa umišljajem, (3) zadovoljeni su uslovi za zasnivanje građansko-pravne odgovornosti za štetu. U pogledu primene subjektivnog merila za odmeravanje naknade na koju oštećenik ima pravo, postojanje umišljajnog krivičnog dela za parnični sud predstavlja prethodno (prejudicijalno, incidentno) pitanje. Reč je o pitanju postoji li jedan pravni odnos koji nije predmet spora, ali od koga zavisi meritorna odluka parničnog suda.⁵⁵ Ono logički prethodi rešenju merituma, odnosno odluci o osnovanosti tužbenog zahteva.⁵⁶ Reč je o pitanju koje je samo podobno da bude glavno pitanje u nekom drugom postupku.⁵⁷

Parnični sud vezan je presudom krivičnog suda kojom je o stvari koja za parnični sud predstavlja prethodno pitanje odlučeno kao o glavnoj stvari. Drugim rečima, kada postoji pravnosnažna osuđujuća ili oslobađajuća presuda krivičnog suda, ona

55 B. Poznić /2009/: *Komentar Zakona o parničnom postupku. Prema tekstu Zakona iz 1976. sa dočnijim izmenama i dopunama*, Službeni glasnik, Beograd, 58. Vid. takođe: B. Poznić /1991/: *Uticao krivične presude na parnicu, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* br. 1–3, 249–263.

56 A. Jakšić /2008/: *Građansko procesno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu / Službeni glasnik, Beograd, 417. O mešovitom sistemu rešavanja prethodnog pitanja koji je prihvaćen u srpskom pravu, vid. takođe kod A. Jakšića, *op. cit.*, 418–420.

57 B. Poznić /1999/: *Prethodno pitanje –u: B. Poznić, V. Rakić Vodinelić, Građansko procesno pravo, Savremena administracija, Beograd 1999, 218.*

proizvodi dejstvo materijalne pravnosnažnosti, pa parnični sud ne može samostalno da utvrđuje postojanje krivičnog dela, nego je vezan takvom presudom krivičnog suda. Pravnosnažna osuđujuća presuda krivičnog suda obavezuje parnični sud da razmotri primenu subjektivnog merila odnosno da ispita da li je uništena ili oštećena stvar imala posebnu vrednost za oštećenika. Da razmotri primenu subjektivnog merila, a ne nužno da ga primeni, stoga što sud može (a ne mora!) da proceni štetu prema subjektivnom merilu, kada je ona prouzrokovana umišljajnim krivičnim delom. Pravnosnažna oslobađajuća presuda krivičnog suda obavezuje parnični sud da primeni opšte pravilo o odmeravanju naknade štete prema prometnoj vrednosti oštećene ili uništene stvari.

Kada o prethodnom pitanju nije pravnosnažno odlučeno, odnosno kada ne postoje ni osuđujuća niti oslobađajuća odluka krivičnog suda, parnični sud može samostalno da odluči o prethodnom pitanju, ili da prekine postupak i sačeka ishod krivičnog postupka koji je u toku.⁵⁸ Ovlašćenje da odluči o postojanju krivičnog dela dato je parničnom sudu iz razloga ekonomičnosti, kako bi se izbeglo dugo čekanje na pravnosnažnu odluku krivičnog suda o osnovanosti optužbe.

Dakle, parnični sud može da odlučuje o postojanju krivičnog dela kao prethodnom pitanju samo ako ne postoji pravnosnažna presuda kojom se krivični sud izjasnio o osnovanosti optužbe.⁵⁹ To može da bude slučaj (1) kada krivični postupak nije ni pokrenut, ili (2) kada je krivični postupak pokrenut, ali još uvek nije okončan, ili (3) kada je krivični postupak vođen i okončan odbijajućom presudom.⁶⁰ Ako krivični sud naknadno pravnosnažno reši o osnovanosti optužbe, stranka može, u roku od trideset dana od dana kada joj je dostavljena krivična presuda, da podnese predlog za ponavljanje pravnosnažno okončanog parničnog postupka.⁶¹ Ako je krivični postupak pravnosnažno okončan odbijajućom presudom, parnični sud ne može da prekine postupak, već samo da odluči o postojanju krivičnog dela kao o

58 B. Poznić, *Komentar Zakona o parničnom postupku*, 58. Vid. Čl. 12 Zakona o parničnom postupku, *Sl. glasnik RS*, br. 125/04 i 111/09. Na koji će od ova dva načina parnični sud da postupi, stvar je ocene celishodnosti. B. Poznić, „Prethodno pitanje“, 209. Isto: A. Jakšić, *op. cit.*, 419. Prema čl. 253, st. 1 Zakonika o krivičnom postupku, *Sl. glasnik RS* br. 46/06, 49/07, 122/08, 72/09 i 76/10, svi državni organi, organi teritorijalne autonomije i lokalne samouprave, javna preduzeća i ustanove dužni su da prijave krivična dela za koja se goni po službenoj dužnosti, o kojima su obavешteni ili za njih saznaju na drugi način.

59 Kada je presuda krivičnog suda ukinuta povodom vanrednog pravnog leka, za parnični sud to je isto kao da ne postoji pravnosnažna odluka krivičnog suda kojom se krivični sud izjasnio o osnovanosti optužbe. Kada je presuda krivičnog suda preinačena, parnični sud je vezan konačnim izjašnjenjem krivičnog suda o osnovanosti optužbe. Akt amnestije ili pomilovanja nakon donošenja osuđujuće krivične presude nemaju uticaja na primenu pravila o subjektivizovanoj proceni naknade stvarne štete.

60 Presudu kojom se optužba odbija sud će izreći ako je tužilac od započinjanja do završetka glavnog pretresa odustao od optužbe ili je oštećeni odustao od predloga za gonjenje; ako je optuženi za isto delo već pravnosnažno osuđen, oslobođen optužbe ili je optužba protiv njega pravnosnažno odbijena ili je krivični postupak protiv njega rešenjem pravnosnažno obustavljen; ako je optuženi aktom amnestije ili pomilovanja oslobođen od krivičnog gonjenja; ako se krivično gonjenje ne može preduzeti zbog zastarelosti, ili neke druge okolnosti koja trajno isključuje krivično gonjenje. Čl. 378 Zakonika o krivičnom postupku.

61 Vid. čl. 422, st. 1, tač. 8 i čl. 424, st. 1, tač. 5 Zakona o parničnom postupku.

prethodnom pitanju.⁶² Izuzetak u tom smislu postoji kada krivični sud izrekne odbijajuću presudu zbog toga što je optuženi za isto delo već pravnosnažno osuđen ili oslobođen optužbe. Tada parnični sud neće biti slobodan da odlučuje o postojanju krivičnog dela kao prethodnom pitanju, nego će biti vezan postojećom pravnosnažnom osuđujućom odnosno oslobađajućom presudom krivičnog suda.

Pojedini autori smatraju da parnični sud može da primeni pravilo iz čl. 189, st. 4 ZOO jedino ako postoji pravnosnažna presuda krivičnog suda kojom se štetnik osuđuje za krivično delo učinjeno sa umišljajem.⁶³ Neki smatraju da parnični sud nije vezan oslobađajućom presudom krivičnog suda.⁶⁴ Ovi stavovi posledica su propuštanja da se uoči da pravnosnažna krivična presuda može da utiče na građansko-pravni spor u dve različite situacije o kojima je pisao Poznić:⁶⁵

(1) Kada su krivičnom presudom utvrđene činjenice od kojih zavisi osnovanost tužbenog zahteva u parničnom postupku, parnični sud vezan je osuđujućom presudom krivičnog suda, dok oslobađajućom krivičnom presudom nije vezan.⁶⁶ Takav je slučaj kada jedan životni događaj dovodi do pokretanja i krivičnog i parničnog postupka. Kada su utvrđenja krivičnog suda o tom događaju sadržana u osuđujućoj presudi, onda ta utvrđenja obavezuju parnični sud. Primera radi, ako štetnik izazove saobraćajnu nesreću prolaskom kroz crveno svetlo, onda je parnični sud vezan utvrđenjem krivičnog suda o okolnostima tog događaja, koje je sadržano u pravnosnažnoj osuđujućoj presudi. Ako je utvrđenje o okolnostima istog događaja sadržano u pravnosnažnoj oslobađajućoj presudi krivičnog suda, ono ne vezuje parnični sud.

(2) Drugačije je kada postojanje krivičnog dela predstavlja jedan od elemenata činjeničnog stanja iz koga po zakonu nastaje ili prestaje subjektivno pravo o kojem odlučuje parnični sud. Takav je slučaj mogućnost iz čl. 189, st. 4 ZOO, da sud odredi naknadu prema vrednosti koju je uništena ili oštećena stvar imala za oštećenika.⁶⁷

Pravno dejstvo odluke parničnog suda o postojanju krivičnog dela ograničeno je na postupak u kome je ta odluka doneta. Odluka o prethodnom pitanju ne proizvodi dejstvo materijalne pravnosnažnosti.⁶⁸ Ona se unosi u razloge parnične presude, a ne u njenu izreku, te nije obuhvaćena pravnom snagom presude. Budući da je značaj odluke parničnog suda o postojanju krivičnog dela kao prethodnom pitanju ograničen na postupak koji pred tim sudom teče, ta odluka ne može da dovede do toga da se štetnik oglasi krivim, niti da mu se izrekne krivična sankcija, niti da on snosi posledice osude za krivično delo.

62 B. Poznić, *Komentar Zakona o parničnom postupku*, 59.

63 Ž. S. Đorđević, *Obligaciono pravo*, 475. Antić smatra da je osuđujuća krivična presuda *conditio sine qua non* usvajanja odštetnog zahteva oštećenog. Vid. O. Antić, *op. cit.*, 474.

64 Ž. S. Đorđević, *op. cit.*, 496–497. Razlozi koje Ž. S. Đorđević navodi jesu različitost principa na kojima počivaju građanskopravna i krivičnopravna odgovornost i različitost shvatanja o krivici u građanskom i krivičnom pravu. Međutim, ako iz toga proizlazila da oslobađajuća presuda krivičnog suda ne vezuje parnični sud, onda bi isto moralo da važi za osuđujuću presudu krivičnog suda.

65 B. Poznić, *Komentar Zakona o parničnom postupku*, 45–46 i 58–59.

66 Čl. 13 Zakona o parničnom postupku.

67 Tako i: J. Salma, *op. cit.*, 605.

68 B. Poznić, *Komentar Zakona o parničnom postupku*, 59, B. Poznić, *Prethodno pitanje*, 209, A. Jakšić, *op. cit.*, 420.

Ako do zaključenja glavne rasprave tužilac podnese incidentni (prejudicijalni) zahtev za utvrđenje uslovljavajućeg odnosa, odnosno ako do istog trenutka tuženi podnese prejudicijalnu protivtužbu, prethodno pitanje dobija značaj predmeta spora pred parničnim sudom. U tom slučaju, odluka o uslovljavajućem odnosu biće obuhvaćena pravnom snagom presude. Međutim, do toga ne može da dođe ako parnični sud nije nadležan da o prethodnom pitanju odlučuje kao o predmetu posebnog spora. Drugim rečima, prethodno pitanje postojanja umišljajnog krivičnog dela nije građanskopravne prirode, parnični sud o njemu ne može odlučivati kao o predmetu posebnog spora, pa zato odluka parničnog suda o tom pitanju ne može imati dejstvo materijalne pravnosnažnosti ni po incidentnom zahtevu tužioca odnosno protivtužbi tuženog.

6. ZAKLJUČAK

Ako je neka oštećenikova stvar uništena ili oštećena krivičnim delom učinjenim sa umišljajem, sud može da odredi visinu naknade štete prema vrednosti koju je ta stvar imala za oštećenika (čl. 189, st. 4 ZOO). U domaćoj teoriji sporno je da li se tim pravilom u srpsko pravo uvodi poseban oblik moralne štete (duševni bol zbog uništenja ili oštećenja stvari), ili se samo propisuje subjektivno merilo naknade stvarne štete. Mesto koje je zakonodavac namenio izloženom pravilu, način na koji ga je formulisao, kao i način na koji zakonodavac inače propisuje oblike moralne štete i (izuzetno) uvodi retributivne elemente u srpsko odštetno pravo, govore u prilog tome da je ovde reč o posebnom merilu naknade stvarne štete. To je u skladu da skorašnjim stavom Vrhovnog suda Srbije i sa shvatanjima jednog broja domaćih autora.

Međutim, primenu subjektivnog merila naknade štete ne treba ograničiti na slučaj kada je stvar uništena ili oštećena umišljajnim krivičnim delom, budući da opšte načelo integralne naknade nalaže da se odstupi od opšteg pravila o odmeravanju naknade uvek kada se naknadom odmerenom prema prometnoj vrednosti stvari oštećenik ne može postaviti u imovinsku poziciju u kojoj bi se nalazio da mu nije pričinjena šteta. Ako se pravilo iz čl. 189, st. 4 ZOO razume kao norma o subjektivnom odmeravanju štete na stvari koja je prouzrokovana umišljajnim krivičnim delom, to bi *a contrario* značilo da u svim ostalim situacijama oštećenik ima pravo samo na naknadu prema prometnoj vrednosti stvari, pa i onda kada se tako odmerenom naknadom ne postigne potpuna reparacija. Ako pravilo iz čl. 189, st. 2 ZOO nije ništa više od posebnog pravila o odmeravanju naknade imovinske štete u slučaju da je stvar uništena ili oštećena umišljajnim krivičnim delom, onda bi to pravilo trebalo brisati, budući da načelo integralne naknade već nalaže da se oštećeniku dosudi naknada u iznosu koji je dovoljan da se on postavi u onu imovinsku poziciju u kojoj bi bio da mu nije pričinjena šteta, bez obzira na to da li je šteta prouzrokovana krivičnim delom. S druge strane, ako odredbu čl. 189, st. 4 ZOO treba razumeti kao pravilo kojim se propisuje poseban oblik moralne štete, a to je duševni bol zbog uništenja ili oštećenja stvari, onda ga treba preformulisati, tako da bude jasno da se ona odnosi na afekcionu, sentimentalnu vrednost koju je uništena ili oštećena stvar imala za oštećenika, a ne na oštećenikov osujećeni subjektivni ekonomski interes. Pored toga, tu odredbu treba premestiti u odsek zakona koji se tiče naknade moralne štete.

Drugo pitanje je da li se pravilo iz čl. 189, st. 4 ZOO odnosi samo na slučaj kada za štetu odgovara onaj ko ju je prouzrokovao, ili i onda kada se za štetu odgovara po pravilima o odgovornosti za drugoga. Treba uzeti da sud može da primeni to pravilo kako prema štetniku koji je štetu prouzrokovao umišljajnim krivičnim delom, tako prema licu koje za takvog štetnika odgovara.

Na kraju, kada je reč o primeni pravila iz čl. 189, st. 4 ZOO, postojanje krivičnog dela učinjenog sa umišljajem predstavlja prethodno pitanje za parnični sud. Taj sud je ovlašćen da u parničnom postupku rešava o postojanju krivičnog dela kao o prethodnom pitanju, izuzev ako postoji pravnosnažna presuda kojom se krivični sud izjasnio o osnovanosti optužbe. Budući da postojanje krivičnog dela učinjenog sa umišljajem u postupku za naknadu štete predstavlja prethodno pitanje, u tom slučaju odstupa se od pravila iz čl. 13 Zakona o parničnom postupku, pa je parnični sud vezan pravnosnažnom presudom krivičnog suda ne samo kada je ona osuđujuća, nego i kada je oslobađajuća. Dejstvo odluke parničnog suda o postojanju umišljajnog krivičnog dela ograničeno je na postupak u kome je doneta, pa se tom odlukom ne povređuje ustavom garantovana pretpostavka nevinosti.

LITERATURA

- Antić O. /2008/: *Obligaciono pravo*, Pravni fakultet u Beogradu / Službeni glasnik, Beograd
- Coleman J. L. /1992/: *A Mixed Conception of Corrective Justice*, Iowa Law Review 77
- Coleman J. L. /1994/: *Tort Liability and the Limits of Corrective Justice*, u: J. L. Coleman and A. Buchanan (eds.), *In harm's way*, Cambridge University Press, Cambridge
- Coutant-Lapalus C. /2002/: *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, Institut de droit des affaires, Presses universitaires d'Aix-en-Provence, Aix-en-Provence
- Galland-Carval S. /2001/: France –u: Magnus U. (ed.), *Unification of Tort Law: Damages*, Principles of European Tort Law, vol. 5, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston
- Đorđević Ž. S. /1987/ –u: Đorđević Ž. S., Stanković V. S., *Obligaciono pravo*, Naučna knjiga, Beograd
- Đorđević Ž. /1995/: Naknada (čl. 185–198), u: Perović S. (ur.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Savremena administracija, Beograd
- Jakšić A. /2008/: *Građansko procesno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu / Službeni glasnik, Beograd
- Jourdain P. /1990/: Chroniques: Responsabilité civile, *Revue trimestrielle de droit civil*
- Karanikić Mirić M. /2009/: Pretpostavka krivice u građanskom pravu, *Pravni život*, br. 11
- Karanikić Mirić M. /2009/: *Krivicica kao osnov deliktne odgovornosti u građanskom pravu*, predgovor napisao Miodrag Orlić, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd
- Klarić P. D. /2003/: Pravna osnova odgovornosti za štetu –u: *Odštetno pravo*, Narodne novine, Zagreb
- Konstantinović M. /1969/: *Obligaciono pravo. Beleške sa predavanja*, Savez studenata Pravnog fakulteta u Beogradu, Beograd
- Konstantinović M. /1992/: Osnov odgovornosti za prouzrokovanu štetu, *Pravni život*, br. 9–10
- Konstantinović M., *Obligacije i ugovori. Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima /1996/*: Službeni list, Beograd

- Loza B. /2000/: *Obligaciono pravo*, Službeni glasnik, Beograd
- Perović S. /1995/: *Predgovor. Zakon o obligacionim odnosima*, Službeni list, Beograd
- Steininger B. C. /2006/: *New Austrian Tort Law Draft* –u: Koziol H., Steininger B. C. (eds.), *Yearbook on European Tort and Insurance Law 2005*, Springer, Vienna, New York
- Perović S. /2004/: Osnov ugovorne i deliktne odgovornosti, *Pravni život*, br. 3–4
- Poznić B. /1991/: Uticaj krivične presude na parnicu, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* br. 1–3
- Poznić B. /1999/: Prethodno pitanje –u: Poznić B., Rakić Vodinec V., *Građansko procesno pravo*, Savremena administracija, Beograd 1999
- Poznić B. /2009/: *Komentar Zakona o parničnom postupku. Prema tekstu Zakona iz 1976. sa docnijim izmenama i dopunama*, Službeni glasnik, Beograd
- Radišić J. /1998/: Razgraničenje imovinske i neimovinske štete, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1–3
- Radišić J. /2007/: *Obligaciono pravo. Opšti deo*, Nomos, Beograd
- Stanković O. /1968/: *Novčana naknada neimovinske štete*, Savremena administracija, Beograd
- Starck B. /1996/: *Obligations – Responsabilité délictuelle*, Cinquième édition par Henri Roland et Laurent Boyer, Litec, Paris
- Toroman M. /1969/: *Odmeravanje naknade štete u građanskom pravu*, Institut za uporedno pravo, Beograd
- Toroman M. /1983/: Naknada (čl. 185–209), –u: Blagojević B. T., Krulj V. (ur.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Savremena administracija, Beograd
- Tunc A. /1999/: *La responsabilité civile*, 2e éd., Economica, Paris
- Weinrib E. J. /1987/: *Causation and Wrongdoing*, *Chicago-Kent Law Review* 63
- Werro F. /2003/: Art. 41–61 CO –u: Werro F., Thévenoz L., *Commentaire romand du Code des obligations I*, Helbing & Lichtenhahn, Basel
- Austrijski građanski zakonik /1921/*: preveo Dragoljub Arandelović, II izdanje, Prosveta, Beograd
- Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije*, 2/1987
- Građanski zakonik za Kraljevinu Srbiju /1990/*: fototipsko izdanje sa originala iz 1939. godine, Beograd
- Opšti imovinski zakonik za Knjaževinu Crnu Goru /1980/*: fototipsko izdanje sa originala iz 1888. godine, Obod, Cetinje
- Zbirka sudskih odluka /1963/*: knjiga VIII, sveska 3, odluka br. 333
- Zbirka sudskih odluka /1957/*: knjiga II, sveska 2, odluka br. 369

Marija Karanikić Mirić

University of Belgrade Faculty of Law

CALCULATION OF DAMAGES IN CASE OF DAMAGE TO OR LOSS OF A THING CAUSED BY CRIMINAL ACT

SUMMARY

Under Art. 189, para. 4 of Serbian Law on Obligations (LoO), if a thing is damaged or destroyed by an intentional criminal act, the court may calculate and award damages according to the value the thing had for the damaged party. Some issues

regarding understanding and application of this rule remained unresolved both in the Serbian legal doctrine, and in the practice of Serbian courts. The first question is whether the aforesaid rule relates to (1) a special, subjective method of calculation of damages in case of patrimonial damage, more precisely damage to, or destruction of a corporeal thing, or to (2) pain and suffering due to damage to, or loss of a thing, which may only qualify as a type of moral, non-patrimonial damage. Secondly, there is no conclusive answer as to the question of applicability of Art. 189, para. 4 LoO in the event of vicarious liability. And thirdly, there is an open question of whether civil courts may decide on the existence of an intentional criminal act as a preliminary issue or not, and if they may, then under what conditions. Firstly, the author maintains that there are strong arguments to uphold the idea that Art. 189, para. 4 LoO lays down a special, subjective method of calculation of patrimonial damage, but doubts the need of keeping such rule in the context of principle of integral compensation, which is one of the fundamental principles of Serbian tort law. On the second matter, the author supports the idea that the aforesaid rule should also apply in the event of vicarious liability, that is against a person liable for the consequences of the wrongdoer's actions, irrespective of grounds of their civil liabilities. In the end, the author maintains that question of whether an intentional criminal act was performed by the wrongdoer or not, may be resolved before civil courts as a preliminary issue, except for the case where criminal court has already decided on the merits, *i.e.* handed down either a condemnatory, or a verdict of acquittal.

Key words: Calculation of damages according to subjective criterion, pain and suffering in relation to loss of corporeal thing (*Pretium affectionis*), vicarious liability, intentional criminal act as preliminary issue in civil proceedings.

*Dragiša Drakić**

Pravni fakultet, Univerzitet u Novom Sadu

*Tatjana Lukić***

Pravni fakultet, Univerzitet u Novom Sadu

KRIVIČNO PRAVO I SPOSOBNOST ČOVEKOVOG SAMOODREĐENJA

Apstrakt: U radu se razmatra sposobnost čovekovog samoodređenja u kontekstu pojma krivice u krivičnom pravu.

U centralnom delu rada autori analiziraju moć čovekovog samoodređenja kao „individualne stvarnosti“, koja se može manifestovati kroz njeno potvrđivanje – u formi krivično-pravne uračunljivosti ili bitno smanjene uračunljivosti, odnosno njeno negiranje – u formi neuračunljivosti.

Isti zaključuje da samo onaj duševni poremećaj koji je bio takvog karaktera i intenziteta da je prouzrokovao potpuni gubitak „unutrašnje slobode“ učinioca u smislu njegovog identiteta sa samim sobom, što je dovelo do njegove psihičke nemogućnosti da se ponaša u skladu sa određenom krivičnopravnom normom, isključuje odnosnu sposobnost.

Svoja razmatranja u radu autori su podelili na sledećih šest celina: uvodna razmatranja; generalna sposobnost čovekovog samoodređenja; sposobnost samoodređenja kao „individualne stvarnosti“ u krivičnom pravu; individualna (ne)moć čovekovog samoodređenja – neuračunljivost, bitno smanjena uračunljivost, uračunljivost; učinioci krivičnih dela kao generalno podobni adresati krivičnopravnih normi – paradigma krivičnog prava; „bezakonita“ sloboda volje kao temelj individualne moći čovekovog samoodređenja u krivičnom pravu.

Ključne reči: sposobnost čovekovog samoodređenja, sloboda volje, uračunljivost, bitno smanjena uračunljivost, neuračunljivost.

1. UVODNA REČ

Čovek živi u društvu okružen realnim „vrednostima“, odnosno „idejama“. One su izgrađene tokom dugog istorijskog razvoja čovečanstva i zato su opšte prihvaćene kao svojevrstne socijalno-etičke paradigmatičke premise. I kada se sa njima ne slažemo, sve dok se ne proklamuje neki drugi vrednosni sistem, sa starim se moramo sporazumeti i povinovati mu se. Jedan od najvažnijih realnih „vrednosti“ savreme-

* docent, ddrakic@pf.uns.ac.rs

** docent, tanja-lukic@pf.uns.ac.rs

nog društva svakako je pravo. U širem smislu može se reći da je pravo „vrednosni poredak socijalnog života“.¹ U njega su ugrađeni vrednosni modeli zamišljeno-poželjnog ponašanja. Ono nije samo rezultat iskustva ljudi, već i faktor samoiskustva svakog čoveka ponaosob. Jer, pravo se obraća „pojedinačnom, slobodnom, ka sebi okrenutom individuumu – subjektu prava“,² u njegovoj interakciji sa drugim ljudima u socijalnoj zajednici. Čovek dakle živi u objektivnom duhu prava, sa trebanjima koja iz prava izviru, a koja se ulivaju u pravno-moralnu sferu čovekovog života.

Pravni poredak se obraća „prosečnom čoveku“, te pred adresate prava postavlja „prosečne zahteve“, zahteve kojima ovaj čovek može udovoljiti bez naročitih teškoća.³ To pravni poredak od njega i očekuje. Stoga se može reći da je (ne)ispunjenje zahteva trebanja prava od strane pojedinca – psihičko-etički fenomen.

Ključno pitanje bi moglo glasiti, ko je „prosečan čovek“ na kojeg se pravo odnosi. Tu se ne postavljaju neki previsoki standardi. Naime, „pravo se obraća svesnom, mislećem čoveku, koji dela brižljivo i odgovorno“.⁴ Prvo se odnosi na psihičke mogućnosti da se udovolji zahtevima prava, a drugo na htenje da se udovolji istima. Ipak, ovo razlikovanje je od suštinskog značaja. Tako, ko bez svoje krivice nije imao psihičkih mogućnosti da ispuni pravne zahteve, on nije bio podobni adresat prava, i samim tim ne može zbog toga trpeti štetu. To se međutim ne odnosi i na onoga ko je imao ove mogućnosti, ali ih, iz nemarnosti ili nepromišljenosti, nije stavio u dejstvo u slučaju potrebe, jednako kao i na osobu koja se voljno oglušila o „pravne naredbe“. Dakle, zahtevima prava udovoljava samo pojedinac koji je imao psihičkih mogućnosti za tako nešto, a zahvaljujući tim mogućnostima i pozitivnoj nastrojeno-sti svoje personalnosti – ispunio je očekivanja koja izviru iz prava.

2. GENERALNA SPOSOBNOST ČOVEKOVOG SAMOODREĐENJA

Iz toga sledi i odgovor na centralno pitanje teorije i filozofije prava, naime na pitanje šta nam daje za pravo da čoveka kao adresata norme prava proglasimo pravno odgovornim za njegovo ponašanje kojim se krše zahtevi prava? Uobičajeni odgovor glasi: njegova sposobnost za samoodređenje, na čemu se temelji pravna, pa i krivičnopravna odgovornost.⁵ Sposobnost samoodređenja zasniva se na duševno-duhovnom ustrojstvu ličnosti čoveka. Da sada pređemo na teren krivičnog prava. Naime, „kao posledica ovog samoodređenja javlja se jedan intelektualno-etički momenat – spoznaja korisnosti i neophodnosti jednog zakonskog i državnog poretka

1 H. Coing /1950/: *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Berlin, p. 49.

2 Tako, E-V. Bekenferde /1986/: *Slika čoveka u perspektivi današnjeg pravnog poretka* (prevod sa nemačkog), Čovek u modernim naukama, Novi Sad, p. 82.

3 *Lex non cogit ad impossibilia* – „Zakon ne primorava na nešto što je nemoguće“. Videti, A. Vilhar /1990/: *Latinski citati*, Novi Sad, p. 146.

4 H. Coing: *ibid*, p. 50.

5 „Za razliku od socijalnog sveta arhajskih društava u kojima se jedino ponašanje životinja, a nekada i prirodnih katastrofa, tumačilo kao samoodređujući akt subjekta, naš socijalni svet je tako konstruisan da se samo ljudima priznaje sposobnost samoodređenja“ – H. Frister /2007/: *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, München, p. 27.

društvenih odnosa, svest koliko je zakon značajan da bi se ispunili ovi ciljevi i kako su praktične posledice njegovog kršenja – kao i sposobnost pojedinca da se na osnovu ovih motiva, koji proizlaze iz napred pomenute spoznaje i svesti, slobodno opredeli da li hoće, ili neće preduzeti neku krivičnopravno relevantnu radnju⁶. Ili, drugačije rečeno: „Čovek poseduje sposobnost za slobodno, odgovorno, moralno samoodređenje, i zbog toga je sposoban da se odluči za pravo a protiv neprava, svoje ponašanje uskladi sa normama pravnog trebanja i izbegne pravne zabrane, ukoliko je dostigao moralnu zrelost i ukoliko sposobnost za slobodno moralno samoodređenje nije usled bolesnih procesa oslabljena ili trajno razorena“⁷.

3. SPOSOBNOST SAMOODREĐENJA KAO „INDIVIDUALNE STVARNOSTI“ U KRIVIČNOM PRAVU

Sa stavom da je čovek, kao samoodgovorno biće, generalno sposoban za smisleno samoodređenje, i sa uvidom u strukturu ove kategorije ljudskog bivstva, dato je opšte određenje čoveka i njegove slobode, ali time nije još utvrđeno da li je čovek u konkretnoj situaciji zaista imao sposobnost smislenog samoodređenja. To dakle nije opšta, apstraktna ocena o biću, već „egzistencijalna ocena koja sa sobom nosi sud o individualnog stvarnosti“⁸. Ova „egzistencijalna ocena“ u krivičnom pravu tiče se ocene uračunljivosti konkretnog učinioca krivičnog dela, i „njegove individualne stvarnosti“ u vezi sa izvršenim delom. Kako je dakle u pitanju „egzistencijalni akt“, odluka o tome da je određeni čovek u određenoj situaciji bio uračunljiv ne znači ništa drugo nego „prihvatanje drugog kao Ti, kao istog, pristupačnog za smisleno određenje i jednako odgovornog subjekta, kao što sam i ja sam“⁹. Kao takva, ova odluka se ne dokazuje, ona se pretpostavlja. Odnosna duševno-duhovna pretpostavka „realne moći“ čovekovog samoodređenja nije međutim neoboriva, jednom za svagda data. U konkretnoj situaciji ona može biti isključena. Samim tim, isključena je i krivica. Jer, krivica u krivičnom pravu, kao socijalno-etički prekor, bazira se na pretpostavci da je učinilac mogao i drugačije postupiti u konkretnoj situaciji, da je mogao da ne prekrši krivičnopravnu normu. Shodno tome, „krivica je posledica njegove etički neprihvatljive odluke u izboru između više različitih i otvorenih puteva“¹⁰. Ona je „otkazivanje osobe pred zahtevima savesti i etičkih zakona koji su

6 R. von Krafft Ebing /1882/: *Grundzüge der Criminalpsychologie – für Juristen*, 2. Auflage, Stuttgart, p. 1.

7 U pitanju je definicija Velikog senata Saveznog sudskog veća bivše Zapadne republike Nemačke koja je data sredinom prošlog veka, a koja je u nemačkoj nauci krivičnog prava koja se bavi odnosnom problematikom široko prihvaćena i citirana. Videti npr. u H. Henkel /1973/: *Die Selbstbestimmung des Menschen als Rechtsphilosophisches Problem*, Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, München, p. 3.

8 H. Welzel /1958/: *Das deutsche Strafrecht – eine systematische Darstellung*, sechste Auflage, Berlin, p. 130.

9 H. Welzel, *ibid*, p. 131.

10 H. Coing /1960/: *Bemerkungen zum Problem der sogenannten Willensfreiheit und ihrer rechtlichen Bedeutung im Lichte einiger neuerer philosophischen Lehren*, Philosophie und Recht – Festschrift zum 70. Geburtstag von Carl August Emge, Wiesbaden, p. 4.

u nju ugrađeni“.¹¹ Temelj takve krivice je dakle uračunljivost, kao sposobnost za krivicu i pretpostavka krivice, kao duševno-duhovna dispozicija odgovarajuće kakvoće koja po pravilu stoji na raspolaganju „prosečnom čoveku“ kao učiniocu krivičnog dela, i koja mu omogućuje da shvati prinudnu normu i sledi njenu zapovest. Kao takva, ona je imanentna učiniocu krivičnog dela koji je navršetkom kalendarskog punoletstva dostigao određeni stepen zrelosti koji stepen punoletstvo redovno sa sobom nosi, a isti ne poseduje teške duševne smetnje. Ista je značajna i za normalno funkcionisanje društva i države, jer se bez ovakve pretpostavke uračunljivosti ne bi mogao zamisliti socijalni suživot, koji je zasnovan na međusobnoj odgovornosti.¹² Stoga je uračunljivost pravilo, jedna „prirodna“, duševno-duhovno-etička pretpostavka koja se ne dokazuje,¹³ konkretizacija generalne čovekove moći samoodređenja odnosno određenja u odnosu svoje okruženje. Zbog toga se sloboda čoveka, o kojoj se raspravljalo otkada je „sveta i veka“,¹⁴ u pravu, pa i u krivičnom pravu, očituje „jedino u odsustvu takvih momenata koji mogu da ometu razvoj pravog, stvaralačkog Ja“.¹⁵ Dokazuje se dakle, uslovno rečeno, nesloboda, odnosno značajno umanjene slobode, to jest, preneto na teren krivičnog prava – dokazuje se neuračunljivost odnosno bitno smanjena uračunljivost, a ne uračunljivost.

Postavlja se pitanje, kada postoji neuračunljivost, a kada bitno smanjena uračunljivost, i kakve su njihove reperkusije na planu krivice kao socijalno-etičkog prekora za izvršeno krivično delo.

4. INDIVIDUALNA (NE)MOĆ ČOVEKOVOG SAMOODREĐENJA – NEURAUČUNLJIVOST, BITNO SMANJENA URAČUNLJIVOST, URAČUNLJIVOST

Nesumnjivo je da samo teški duševni poremećaj može u konkretnoj situaciji isključiti mogućnost izvršioca da shvati značaj svog dela odnosno njegovu mogućnost da upravlja svojim postupcima u odnosu na isto, u smislu instituta neuračunljivosti, odnosno bitno smanjiti ove psihičke mogućnosti, u smislu instituta bitno smanjene uračunljivosti. Ipak, praktične posledice odnosnog razlikovanja su velike. Naime, dok neuračunljivost isključuje krivicu za izvršeno delo, bitno smanjena uračunli-

11 H. Coing, *ibid*, p. 9.

12 Slično, R. Maurach, H. Zipf /1992/: *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, Teilband I, 8. Auflage, Heidelberg, p. 488.

13 O kritici ovog stava videti, LJ. Bavcon /1965/: *Neki teoretski problemi krivične odgovornosti*, Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo, br. 3, Beograd, pp. 314, 315.

14 S tim u vezi, veliki broj autora smatra da je sloboda volje „državno neophodna fikcija“ koja se ne može, ni dokazati, niti oboriti. Videti, B. Jähnke /2003/: *Strafgesetzbuch – Leipziger Großkommentar*, Band I, 11. Auflage, Berlin, p. 18. Takođe, W. Rasch, N. Konrad /2004/: *Forensische Psychiatrie*, 3. Auflage, Stuttgart, p. 74. Pojedini autori smatraju da se ista empirijski može posredno iskusiti. Videti npr. V. Kubeš /1981/: *Die Rechtspflicht*, Forschungen aus Staat und Recht 58, Wien – New York, p. 98. Nasuprot tome, neki autori osporavaju čovekovu slobodnu volju. O istorijatu misli o „slobodi volje“ i „volji“ uopšte, videti detaljno H. Arent /2010/: *Život duha* (prevod sa engleskog), Beograd, pp. 255–499.

15 H. Coing: *ibid*, p. 11.

vost je umanjuje, ali ipak potvrđuje i jedino utiče na visinu kazne. Stoga se u krivičnom postupku veliki značaj pridaje pravilnoj proceni nečije uračunljivosti.

Sušтина problema svodi se na pitanje, da li je utvrđeni teški duševni poremećaj, u konkretnoj situaciji i u odnosu na konkretnog čoveka, odlučno doprineo kršenju odnosno krivičnopravne norme, što je eliminisalo mogućnost učinioca da se ponaša u skladu sa istom,¹⁶ jer samo u toj situaciji postoji neuračunljivost.

To će najčešće biti slučaj ukoliko krivičnopravna norma, kao faktička sila, nije imala nikakvu delotvornost u psihičkoj sferi učinioca koja je zaslužna za njegov socijalno-etički orijentisani motivacioni proces u pogledu toga, da li će ili neće prekršiti konkretnu normu. Shodno tome, za takvog izvršioca može se reći da je bio nepodobni adresat krivičnopravne norme, jer se od njega, na jednoj razumsko-racionalnoj osnovi, nije moglo očekivati poštovanje iste. Reč je po pravilu o takvim duševnim poremećajima koji su u potpunosti razorili psihičko jezgro ličnosti učinioca, ili su izuzetno razorili one funkcije koje bi, da su bile očuvane, imale presudan značaj za faktičku delotvornost krivičnopravne norme. Psihički organizam takvih osoba, kao i telo, prijemčiv je i „predodređen“ u konkretnoj situaciji jedino za doživljaje iz „sopstvenog poretka“. Predmet iskustva koji se odnosi na krivičnopravnu normu prerasta „proporcije“ takve individue, ona ga ne „iskušava“, već ga registruje neposredno kroz pojam bez opažaja, kao nešto što joj je spoljno, nesamerljivo, prema čemu se tako hladno odnosi kao da je se to u stvari ništa ne tiče.¹⁷ Ovakve osobe postupaju u skladu sa nekim svojim doživljajnim tokovima, poštujući svoj „vrednosni sistem“. Njihovo ponašanje može naizgled biti logično i racionalno, upravljeno ka ispunjenju određenog cilja.¹⁸ Ipak, kako one u svojim doživljajnim tokovima nisu mogle da se ravnaju u odnosu na konkretnu krivičnopravnu normu, to nisu mogli ni spoznati šta rade, to jest, šta će svojom radnjom prouzrokovati na razini socijalnih odnosa „realnog“, stvarnog sveta. Takvu situaciju imamo kada teški duševni poremećaj, koji je isključio uračunljivost određenog izvršioca, pogađa široku oblast kognitivnih psihičkih funkcija.

Međutim, vremenom se u psihijatriji došlo do saznanja da postoje i takvi poremećaji koji se reflektuju pre svega u emocionalno-afektivnoj oblasti. S tim u vezi, moglo bi se izuzetno dogoditi da osoba koja pati od ovakvog poremećaja, iako je imala psihičke mogućnosti da shvati šta radi i šta će svojom radnjom proizvesti, nije mogla da obuzda nadolazeće impulse koji su je „vukli“ u pravcu izvršenja dela, nije bila u stanju da ovakvim podstrecima suprotstavi racionalne predstave koje bi stavile u dejstvo „mehanizme kočenja“. Ukoliko je to bio slučaj, ova potpuna „voluntativna nesposobnost“ učinioca mogla bi takođe dovesti do neuračunljivosti, a zbog, da se izrazimo krivičnopravnom terminologijom, „nemogućnosti da se upravlja svojim postupcima“ u odnosu na izvršeno delo. Ipak, kako pravnici nisu voljni da široko

16 Tako, J. Glatzel /1985/: *Forensische Psychiatrie – Der Psychiater im Strafprozess*, Stuttgart, p. 67.

17 Za naš prednji opis inspirativno je bilo Adornovo percipiranje duševnog stanja osoba u situacijama opasnim po život. Videti, T. Adorno /2002/: *Minima moralia – refleksije iz oštećenog života* (prevod sa nemačkog), Sremski Karlovci – Novi Sad, p. 214.

18 Na ovo upozorava i Štratenvert. Videti, G. Stratenwerth, L. Kuhlen /2004/: *Strafrecht – Allgemeiner Teil I*, 5. Auflage, Köln – Berlin – München, p. 200.

koriste mogućnost ekskulpiranja ovakvih učinilaca, ako ni zbog čega drugog, a ono zbog ugrožavanja na taj način generalno-preventivnih i pravno-političkih zahteva koji se pred njih postavljaju, to u sudskoj praksi do neuračunljivosti dovode u prvom redu duševni poremećaji iz prve napred navedene grupe.

Dakle, duševna poremećenost koja je dovela do neuračunljivosti bila je takvog karaktera i intenziteta da je prouzrokovala potpuni gubitak „unutrašnje slobode“ učinioca, „samoraspoloživosti, autonomije u smislu autenticiteta ili takođe identiteta sa samim sobom“,¹⁹ što je dovelo do njegove psihičke nemogućnosti da se ponaša u skladu sa odnosnom krivičnopravnom normom, odnosno, nemogućnosti da se normalno-psihološki motivise socijalno-etičkim zahtevima norme.²⁰ Stoga ni postupci ovakve osobe ne podležu bilo kakvim moralno-krivičnopravnim konsekvencama, već se njena ličnost, koja je teško duševno perforirana, prinudno podvrgava određenim psihijatrijsko-psihološkim tretmanima u okviru posebne „zdravstveno-terapeutske“ krivične sankcije – mere bezbednosti. Shodno tome, „u potpunosti drugačija duševna struktura razlog je što duševni bolesnici uzmiču pred moralnom (a time i pravnom) ocenom“.²¹ Voljna odluka da se izvrši krivično delo, koja stoji u njenoj osnovi, „tako je nediferencirana, da se ne bi mogla razumeti kao odluka samnom izjednačenog izvora originernog doživljavanja i postupanja“.²²

To se ne bi moglo reći i za bitno smanjeno uračunljive učinioce krivičnih dela. Prema vladajućem shvatanju u našoj teoriji krivičnog prava, bitno smanjena uračunljivost je samostalna, treća kategorija, koja se nalazi na sredini, između neuračunljivosti i uračunljivosti. Ona bi se, kao takva, mogla označiti kao „poluuračunljivost“ odnosno „poluneuračunljivost“. U skladu sa odnosnim shvatanjem, bitno smanjeno uračunljiva osoba samo je delimično sposobna da rasuđuje odnosno odlučuje, to jest, samo je delimično sposobna da shvati značaj svog dela odnosno da upravlja svojim postupcima u odnosu na izvršeno delo. To bi praktično značilo da ovakva osoba može „do pola“ da rasuđuje odnosno odlučuje u relaciji prema izvršenom delu, a „od pola“ to nije u mogućnosti.

Ipak, ovo matematičko logiciziranje ne bi se moglo primeniti u psihičkoj sferi, tako da je navedeno shvatanje neprihvatljivo i neprimenljivo. U cilju razjašnjenja predmetnog instituta korisno će poslužiti sledeća psihološki logična konstatacija: „Kao što neki jarak određene širine, ili može da se preskoči, ili ne može, tako je i

19 Tako, H. Helmchen /2004/: *Ethische Fragen in der Psychiatrie*, in: *Ethik in der Medizin*, Stuttgart, p. 192.

20 S tim u vezi, neki autori tvrde da do „potpunog gubitka“ slobode duševno poremećene osobe dolazi kada se ista, upravo zbog psihičke smetnje, nije mogla drugačije ponašati nego što se ponašala u konkretnoj situaciji. Tako npr. Helmchen, *ibid.* Ovakav stav implicira da ova duševna poremećenost uzrokuje fizičku neminovnost određenog postupanja, to jest, nepojmljivost drugačijeg postupanja u fizičko-kauzalnom smislu konkretnom prilikom. S tim u vezi, niko ne može sa sigurnošću da tvrdi da ova osoba nije mogla fizički u konkretnoj situaciji nešto drugo preduzeti, ili pak ništa ne preduzeti, jer ovakvo zaključivanje izmiče našem znanju o duševnim bolestima i poremećenostima. Mi možemo samo da tvrdimo da ista nije shvatala značaj onoga što radi na normalno-svesno-racionalnoj osnovi.

21 H. Coing, *Bemerkungen zum Problem der sogenannten Willensfreiheit und ihrer rechtlichen Bedeutung im Lichte einiger neuerer philosophischen Lehren*, p. 11.

22 H. Frister: *op. cit.*, p. 28.

čovjek, ili sposoban da shvati nedozvoljenost dela i da postupa u skladu sa takvim shvatanjem, ili to nije. Nešto treće ovde po logici stvari nije moguće.²³ To znači da postoji samo uračunljiv i neuračunljiv učinilac. Bitno smanjena uračunljivost faktički je posebna forma uračunljivosti, to je pravno relevantni podslučaj uračunljivosti. Dakle, i bitno smanjeno uračunljiv je uračunljiv u pravom smislu te reči, jer je mogao da shvati značaj svog dela i mogao je time na odgovarajući način da bude motivisan. Međutim, od „potpuno“ uračunljivog učinioca on se razlikuje po tome što, za razliku od njega, on mora, a zbog težeg duševnog poremećaja od kojeg pati, da uloži mnogo više mentalne snage i snage volje da bi postigao isti uspeh u rasuđivanju odnosno odlučivanju.²⁴ Dakle, učinilac pored toga što može biti „potpuno“ uračunljiv, može biti i „manje“ ili „više“ smanjeno uračunljiv, u zavisnosti od količine napora koji treba da uloži da bi se ponašao u skladu sa odnosnom krivičnopravnom normom. Kada taj napor dostigne određeni krivično-pravni stepen težine, koji nosi sa sobom mogućnost blažeg kažnjavanja – reč je o bitno smanjeno uračunljivoj osobi. Shodno tome, i „potpuno“ uračunljivi, i „smanjeno“ uračunljivi i „bitno smanjeno“ uračunljivi učinioci su uračunljivi u krivičnopravnom smislu, jer su u datom momentu i u odnosu na određeno delo raspolagali sposobnošću rasuđivanja i odlučivanja.

Moglo bi se konstatovati, da je kod bitno smanjeno uračunljivog učinioca, jednako kao i kod neuračunljivog, neki teški duševni poremećaj odlučno doprineo kršenju krivičnopravne norme od strane ove osobe. Ipak, suštinska razlika ogleda se u tome, što je kod neuračunljivosti ovaj poremećaj eliminisao psihičku mogućnost učinioca da se ponaša u skladu sa istom, dok je ovakva mogućnost postojala kod bitno smanjeno uračunljivog lica. Doduše, kako smo napred istakli, to lice je moralo u svrhu postizanja istog rezultata da uloži daleko više psihičkog napora od „normalne osobe“. Stoga se ova činjenica uzima u obzir kao okolnost koja svakako umanjuje meru njegove krivice i visinu kazne za izvršeno krivično delo.

Svaki drugi duševni poremećaj koji je eventualno postojao na strani učinioca krivičnog dela, zbog kojeg učiniocu međutim nije bilo teško da se motiviše shodno normi, za krivično pravo uglavnom nema značaj. Tako, na primer, nemaju po pravilu nikakav krivičnopravni značaj ona mentalna oštećenja koja redovno postoje kod izvršilaca teških krivičnih dela, onih koji dela vrše pod uticajem poriva, odnosno višestrukih povratnika kod kojih postoji sklonost ka kriminalu.²⁵ Takođe, ne može svako odstupanje od proseka, kao i svaka biografska, dispozicijalna, konstelativna i situativna posebnost koja dovodi do dela biti povod za psihijatrijsko veštačenje, a šta više ni razlog da se takav izvršilac u krivičnom postupku proglasi „psihijatrijskim slučajem“. Tome u prilog govore socijalno-etički, državno-politički i socijalno-pedagoški razlozi. To se protivi i prirodi i ciljevima krivičnog prava i postupka. U tom smislu ovde bi moralo da važi: *in dubio contra*.²⁶ Drugim rečima, za procenu krivice u krivičnom postupku irelevantno je to što bi neki izvršilac bio proglašen

23 T. Lenckner /1972/: *Die verminderte Zurechnungsfähigkeit*, Handbuch der forensischen Psychiatrie, Band I, Berlin – Heidelberg – New York, p. 121.

24 Slično, R. Maurach, H. Zipf: *op. cit.*, p. 504.

25 Slično, B. Jähnke: *op. cit.*, p. 90.

26 Tako, W. Sauer /1955/: *Allgemeine Strafrechtslehre – eine lehrbuchmässige Darstellung*, dritte Auflage, Berlin, p. 192.

„psihijatrijskim slučajem“ u skladu sa zvaničnim psihijatrijskim učenjem o pojmu „psihopatološkog“, sve dok „psihijatrijska dijagnoza“ nije odlučno uticala na njegovu sposobnost da shvati značaj svog dela odnosno da upravlja svojim postupcima u odnosu na izvršeno delo. Tek tada ova dijagnoza postaje predmet interesovanja krivičnog prava. U suprotnom, lako bi se moglo skrenuti na „klizav teren“ dokazivanja raznoraznih determinizama koji su navodno „sudbonosno“ uplivali na radnju krivičnog dela.²⁷

5. UČINIOCI KRIVIČNIH DELA KAO GENERALNO PODOBNI ADRESATI KRIVIČNOPRAVNIH NORMI – PARADIGMA KRIVIČNOG PRAVA

To je istovremeno u skladu sa stavom da u krivičnom pravu treba težiti učenju relativnog indeterminizma, i nastojati što više se udaljiti od raznih determinističkih učenja koja pokušavaju kauzalno objasniti ljudske postupke uzrocima psihičke odnosno psihopatološke, materijalističko-biološke ili duhovne prirode. Ovakva učenja u kontekstu naše problematike faktički negiraju čovekovu slobodu volje, jer bi se gotovo svaki čovekov postupak, pa tako i ponašanje kojim se vrši krivično delo, mogao primera radi – psihoanalitički, psihopatološki, bihejvioristički ili neurobiološki, prikazati kao predodređujuće uslovljen genetikom, uticajem vaspitanja, karaktera odnosno sredinskih činilaca u kojima se čovek razvija. Time se negira i socijalno-etički zasnovana krivica u krivičnom pravu, jer zašto prekorigiti učinioca ako je uradio nešto za šta je bio predodređen, jedino je bilo pitanje vremena kada će ova predispozicija naći „pogodno tle“ za svoje ispoljavanje.²⁸ Stoga krivično pravo polazi i mora poći od premise da su ljudi, generalno, podobni adresati krivičnopравниh normi i da su, u skladu sa pravilnim poimanjem socijalno-etičkog smisla pravne norme, imali slobodu izbora da li će postupiti u skladu sa njom ili će je prekršiti, drugim rečima, da li će se ponašati u skladu sa pravom, ili će krenuti putem nepravda.²⁹ Ovu premisu potvrđuje i čitava „armija“ uračunljivih učinilaca krivičnih dela, u koju se ubrajaju, kako smo to napred rekli, i bitno smanjeno uračunljivi.

6. „BEZAKONITA“ SLOBODA VOLJE KAO TEMELJ INDIVIDUALNE MOĆI ČOVEKOVOG SAMOODREĐENJA U KRIVIČNOM PRAVU

Pred kraj našeg izlaganja osvrnućemo se na jednu novu – naturalističku teoriju, koja na neuro-biološkim i psihološkim saznanjima, a polazeći od pretpostavke čovekovog slobodnog samoodređenja, pokušava objasniti fenomen slobodne volje

27 S tim u vezi, Ješek tvrdi da bi se ovi determinizmi jednako teško mogli egzaktno dokazati, baš kao što je teško egzaktno dokazati i slobodu. Videti, H. H. Jescheck, T. Weigend /1996/: *Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Berlin, p. 412.

28 O odnosu ljudske slobode i „sudbine“ videti, V. Jerotić /2010/: *Sloboda i sudbina*, Povratak ocima, Beograd, pp. 301–314.

29 Slično, H. Frister: *op. cit.*, p. 27.

čoveka. Prema istoj, pojednostavljeno rečeno, samoodređenje odnosno sloboda postoji ako je radnja određena takvim motivima, željama i ubeđenjima, koji se mogu pripisati postupajućem, a što se sve može svesti na određene neuronalne aktivnosti u našem mozgu.³⁰ Dakle, ukoliko je postupanje osobe određeno njenom voljom i neuro-biološkim činiocima, takvo postupanje je slobodno – i obrnuto. Postavlja se pitanje, da li to znači da je svaka druga radnja, koja je dakle nemotivisana, neželjena, i ne zasniva se na ubeđenju, a za istu se ne može naći neuro-biološko objašnjenje – neslobodna? Svakako da ovakav zaključak ne bi mogao važiti bez izuzetka. S druge strane, dostignuća ove teorije svakako bi mogla korisno poslužiti za istraživanje umišljaja odnosno nehata kao oblika krivice,³¹ kao i za odmeravanje stepena krivice, ali ne i za objašnjenje slobode volje čoveka kao slobode ljudskog samoodređenja, a s tim u vezi, ni za istraživanje uračunljivosti.³² Na tom putu stoji i jaz između poimanja slobode volje u psihologiji i neurobiologiji, na jednoj strani, i filozofiji, filozofiji prava, kao i teoriji prava, na drugoj. Naime, psihološka odnosno neurobiološka zakonitost da je slobodan, pa sledstveno tome i odgovoran za svoj postupak, onaj čiji se postupak, psihološki odnosno neurobiološki, može svesti na njegovu ličnost, a da je neslobodan, nije odgovoran, onaj čiji je postupak „stran“ njegovoj ličnosti, očigledno ne može da važi kao princip u krivičnom pravu. O tome bi krivičari morali da vode računa, jer veštaci psihijatri odnosno psiholozi u našim sudnicama odavno upotrebljavaju kovanicu – „strano ličnosti“, i njenu antilogiju – „nije strano ličnosti“, koju kao čarobnu formulu velikodušno nude pravnicima za razrešenje svih svojih dilema u pogledu krivice učinilaca u krivičnim postupcima. Ako se podsetimo Fromovih reči da je svaki čovek „jedinstveno biće, različito od bilo koga drugog“, naime da se od drugog razlikuje „po svom naročitom mešanju karaktera, temperamenta, nadarenosti i dispozicija, upravo kao što se razlikuje po otiscima prstiju“,³³ izjava veštaka psihijatra odnosno psihologa, koji nakon ad hoc „eksploracije ličnosti“ okrivljenog za potrebe krivičnog postupka tvrdi da je radnja krivičnog dela „strana“ ili „nije strana“ njegovoj ličnosti, zvuči groteskno. Stoga se vratimo našoj konstataciji sa početka rada – da je uračunljivost, kao konkretizacija generalne čovekove moći samoodređenja, jedna duševno-duhovno-etička pretpostavka koja se ne dokazuje. Kao takva, ista ne podleže nikakvim zakonitostima koje pretenduju da je kauzalno objasne. Zato je Hana Arent svojevremeno i mogla izjaviti da „volja izgleda uživa ‘bezakonitu’ slobodu“.³⁴ Neka nam ovo mišljenje na kraju posluži kao idejni kamen temeljac za razumevanje prirode istinskog krivičnog prava, kroz razumevanje prirode onih na koje se krivično pravo odnosi – naime autonomnih, za samoodređenje sposobnih učinilaca krivičnih dela koji svojim

30 Videti, M. Pauen, G. Roth /2008/: *Freiheit, Schuld und Verantwortung – Grundzüge einer naturalistischen Theorie der Willensfreiheit*, Frankfurt am Main.

31 Ipak, krivični postupak je suviše kratak, dok je zaštita integriteta i digniteta ličnosti okrivljenog paradigma savremenog postupka, tako da se ova teorija ne bi mogla u potpunosti iskoristiti ni za potrebe istraživanja krivice u krivičnom postupku.

32 Hteli bi da naglasimo da napred pomenuti autori – jedan je profesor filozofije a drugi neuro-biologije, nisu ni imali nameru da razmatraju odnosni fenomen u kontekstu i za potrebe krivičnog prava, tako da im se i ne mogu iznete nikakve primedbe s tim u vezi.

33 E. From /1977/: *Čovjek za sebe* (prevod sa engleskog), Zagreb, p. 25.

34 H. Arent: *Život duha*, op. cit., p. 280.

ponašanjem oblikuju socijalnu stvarnost na način koji društvo osuđuje. Što se tiče pravnog poretka utemeljenog na slobodi – odnosna pretpostavka je kako neophodna, tako i opravdana.³⁵

LITERATURA

- Adorno T. /2002/: *Minima moralia – refleksije iz oštećenog života* (prevod sa nemačkog), Sremski Karlovci – Novi Sad
- Arent H. /2010/: *Život duha* (prevod sa engleskog), Beograd
- Bavcon LJ. /1965/: *Neki teoretski problemi krivične odgovornosti*, Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo, br. 3, Beograd
- Bekenferde E-V. /1986/: *Slika čoveka u perspektivi današnjeg pravog poretka* (prevod sa nemačkog), Čovek u modernim naukama, Novi Sad
- Coing H. /1950/: *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Berlin
- Coing H. /1960/: *Bemerkungen zum Problem der sogenannten Willensfreiheit und ihrer rechtlichen Bedeutung im Lichte einiger neuerer philosophischen Lehren*, Philosophie und Recht – Festschrift zum 70. Geburtstag von Carl August Emge, Wiesbaden
- Frister H. /2007/: *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, München
- From E. /1977/: *Čovjek za sebe* (prevod sa engleskog), Zagreb
- Glatzel J. /1985/: *Forensische Psychiatrie – Der Psychiater im Strafprozess*, Stuttgart
- Helmchen H. /2004/: *Ethische Fragen in der Psychiatrie*, in: Ethik in der Medizin, Stuttgart
- Henkel H. /1973/: *Die Selbstbestimmung des Menschen als Rechtsphilosophisches Problem*, Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, München
- Jähne B. /2003/: *Strafgesetzbuch – Leipziger Großkommentar*, Band I, 11. Auflage, Berlin
- Jerotić V. /2010/: *Sloboda i sudbina*, Povratak ocima, Beograd
- Jescheck H. H., Weigend T. /1996/: *Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Berlin
- Kubeš V. /1981/: *Die Rechtspflicht*, Forschungen aus Staat und Recht 58, Wien – New York
- Lenckner T. /1972/: *Die verminderte Zurechnungsfähigkeit*, Handbuch der forensischen Psychiatrie, Band I, Berlin – Heidelberg – New York
- Maurach R., Zipf H. /1992/: *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, Teilband I, 8. Auflage, Heidelberg
- Pauen M., Roth G. /2008/: *Freiheit, Schuld und Verantwortung – Grundzüge einer naturalistischen Theorie der Willensfreiheit*, Frankfurt am Main
- Rasch W., Konrad N. /2004/: *Forensische Psychiatrie*, 3. Auflage, Stuttgart
- Sauer W. /1955/: *Allgemeine Strafrechtslehre – eine lehrbuchmässige Darstellung*, dritte Auflage, Berlin
- Stratenwerth G., Kuhlen L. /2004/: *Strafrecht – Allgemeiner Teil I*, 5. Auflage, Köln – Berlin – München
- Vilhar A. /1990/: *Latinski citati*, Novi Sad
- von Krafft Ebing R. /1882/: *Grundzüge der Criminalpsychologie – für Juristen*, 2. Auflage, Stuttgart
- Welzel H. /1958/: *Das deutsche Strafrecht – eine systematische Darstellung*, sechste Auflage, Berlin

35 Slično, H. H. Jescheck, T. Weigend, *op. cit.*, p. 411.

Dragiša Drakić

Law Faculty, University of Novi Sad

Tatjana Lukić

Law Faculty, University of Novi Sad

CRIMINAL LAW AND CAPABILITY OF MAN'S SELF-DETERMINATION

SUMMARY

This paperwork reconsiders the capability of man's self-determination in the context of the concept of guilt in criminal law.

In central part of paperwork the author analyzes the power of man's self-determination as „individual reality“, which could be manifested through its affirmation – in the form of criminal accountability or significantly reduced accountability, or through its negation – in the form of mental incompetence.

The author concludes that only mental disorder of such character and intensity that could cause complete loss of „inner freedom“ of the offender in terms of his, or her identity with himself or herself which led to his or her incapability to act in accordance with criminal norm, could exclude the mentioned capability.

Key words: capability of man's self-determination, freedom of will, accountability, significantly reduced accountability, mental incompetence.

Predrag Ćetković*

Tužilaštvo za organizovani kriminal

ZNAČENJE SINTAGME PRIVATNA IMOVINA U KRIVIČNOM ZAKONIKU RS

Apstrakt. Izmenama Krivičnog zakonika koje su stupile na snagu 11.09.2009. godine izvršena je i izmena sintagme imovina građana, umesto koje kod jednog broja krivičnih dela sada stoji sintagma privatna imovina. Značenje sintagme imovina građana koja je ranije figurirala u zakonu nije bilo transparentno što je u krajnjim slučajevima dovelo do donošenja različitih odluka u sličnim situacijama čime se značajno remetila pravna sigurnost, kao jedan od postamenata pravne države. Utvrđivanje značenja sintagme imovine građana značajno je i zbog odlučivanja ko je ovlašćeni javni tužilac za postupanje pred sudovima. Sve ovo ukazuje na važnost značenjskog tumačenja pomenute sintagme i potrebu da se egzaktno utvrdi šta može stajati pod kapom sintagme imovina građana, odnosno sada privatna imovina.

Glavne reči: imovina građana, privatna imovina, Krivični zakonik, interpretacija.

U poslednjih deset godina svedoci smo intenzivnih promena u materijalnoj i procesnoj materiji krivičnog prava Republike Srbije. Izmene krivičnopravnih normi mahom su bile usmerene ka poboljšanju zakonskih uslova za suzbijanje teških oblika kriminaliteta, pre svega organizovanog kriminaliteta i korupcije, prateći tendencije u razvoju većine evropskih krivičnih zakonodavstava, čiji tok je nesumnjivo išao u tom smeru. Međutim, bez obzira na svu opravdanost pažnje koju ovim izmenama poklanjaju kako mediji, tako i stručna javnost, čini se da su nekako u senci ostale izmene pojedinih normi koje su dugo kao takve nalazile svoje mesto u našim materijalnim zakonima, a ne odnose se na tako medijski atraktivne oblasti krivičnog prava kakve su svakako organizovani kriminalitet i korupcija.

Izmenama Krivičnog zakonika koje su stupile na snagu 11.09.2009. godine¹ izvršena je i izmena sintagme imovina građana, umesto koje kod jednog broja krivičnih dela sada stoji sintagma privatna imovina. Treba naglasiti da značenje sintagme imovina građana koja je ranije figurirala u zakonu nije bilo transparentno, te je predstavljala kamen spoticanja za sudove i tužilaštva prilikom njenog tumačenja u praksi. Kao krajnji rezultat nedoumica u kojima su se sudovi i tužilaštva našli, došlo

* savetnik Tužilaštva za organizovani kriminal

1 Službeni glasnik RS br. 72/09 od 03.09.2009. godine

je do donošenja različitih odluka u sličnim situacijama čime se značajno remetila pravna sigurnost, kao jedan od postamenata pravne države.

Primeru radi, analiziramo postupanje sudova u praksi kada su odlučivali o tome da li imovinu građana predstavlja imovina društava sa ograničenom odgovornošću, ili je pak ne predstavlja. Svoju dublju implikaciju odluka o ovom pitanju ima u tome što određivanje onoga šta tačno čini imovinu građana, a šta je ne čini, u stvari dovodi i do utvrđivanja toga ko je ovlašćeni tužilac za postupanje pred sudovima – da li je to javni tužilac, ili pak privatni tužilac. Netačna determinacija ovlašćenog tužioca u takvim slučajevima dovela bi do bitne povrede odredbe čl. 368 st. 1 tač. 5 ZKP u pogledu postojanja ovlašćenog tužioca, i predstavljala titulus za ukidanje takvih presuda. Sve ovo ukazuje na važnost značenjskog tumačenja pomenute sintagme i potrebu da se egzaktno utvrdi šta može stajati pod kapom sintagme imovina građana, odnosno sada privatna imovina.

Kada su bila u pitanju društva sa ograničenom odgovornošću, sudovi su zauzimali oprečne stavove oko toga da li imovina ovih privrednih društava (ne) predstavlja imovinu građana. Pre ulaska u suštinu problema, moramo da naglasimo da su dvostruka priroda ovog društva u sadejstvu sa okolnošću da je društvo sa ograničenom odgovornošću zbog svoje strukture dosta praktičan i raširen oblik privrednih društava dovele do vrlo čestog susretanja sudske prakse sa povredama imovine ovog društva. Odluke koje su sudovi donosili, pogotovo prvostepeni, nisu bile potpuno jedinstvene i jasno su uočljiva određena distoniranja koja su unosila konfuziju u sudsku praksu. Konačnu reč dao je, usled takvog stanja stvari, Vrhovni sud Srbije.

Okružni sud u Beogradu, kao drugostepeni, uglavnom je držao jednu liniju i stajao na stanovištu da je ovlašćeni tužilac u slučaju svih povreda imovine društva sa ograničenom odgovornošću javni tužilac, što je sasvim jasno i izrazio u odlukama koje slede.

Rešenjem Kž br. 1201/2003 od 26.05.2003. godine Okružni sud u Beogradu ukinuo je rešenje IV opštinskog suda u Beogradu K-1411/01 od 30.10.2002. godine i vratio predmet prvostepenom sudu na ponovno odlučivanje. Prvostepenim rešenjem IV opštinski sud je istakao da javni tužilac nije ovlašćeni tužilac, jer je povređena imovina građana, pošto je krivično delo sitne krađe učinjeno na štetu „Novako“ d.o.o. U obrazloženju rešenja Okružni sud je naveo sledeće: „Osnovano se žalbom državnog tužioca IV OJT u Beogradu ističe da je prvostepeni sud učinio bitnu povredu odredbi krivičnog postupka s obzirom da krivično delo koje je predmet optužbe nije učinjeno kako je to navedeno u pobijanom rešenju na štetu imovine građana, već na štetu imovine pravnog lica – preduzeća „Novako“, tako da se za predmetno krivično delo gonjenje preduzima po službenoj dužnosti. Ovo iz razloga što je imovina pravnog lica potpuno odvojena od imovine fizičkog lica i ne može se smatrati imovinom građana (bez obzira što se krajnji efekat održava na imovinu fizičkog lica), jer niti preduzeće svojom imovinom odgovara za obaveze vlasnika preduzeća, niti fizička lica – ulagači odgovaraju svojom imovinom za obaveze preduzeća, osim sredstvima uloženim u preduzeće koja postaju imovina tog preduzeća.“

Potpuno isto rezonovao je Okružni sud u Beogradu u svom rešenju Kž 27/06 od 18.01.2006. godine, kojim je uvažio žalbu javnog tužioca i ukinuo rešenje IV opštinskog suda u Beogradu K-1577/05 od 29.11.2005. godine, vrativši ga prvostepe-

nom sudu na ponovno odlučivanje. Sasvim u skladu sa ovim stavom jeste i rešenje Okružnog suda u Beogradu Kž 3257/06 od 28.12.2006. godine, kojim je ukinuto rešenje IV opštinskog suda u Beogradu K-457/06 od 31.05.2006. godine i predmet vraćen na ponovno odlučivanje prvostepenom sudu.

Međutim, naišli smo i na drugačiji stav u praksi Okružnog suda u Beogradu. Naime, IV opštinski sud u Beogradu doneo je u predmetu K-134/06 rešenje kojim je odbacio optužbu javnog tužioca protiv okrivljenog zbog izvršenja krivičnog dela sitne krađe iz čl. 210 st. 1 KZ, učinjenog na štetu „Krmivo produkt“ d.o.o, a u obrazloženju je naveo sledeće: „Imajući u vidu da je veće po završenom glavnom pretresu utvrdilo da je krivični postupak vođen po zahtevu javnog tužioca, a radi se o krivičnom delu čiji je predmet u smislu čl. 210 st. 3 KZ imovina građana, odnosno privatna svojina, a ne državna niti društvena, to je veće ocenivši da je u konkretnom slučaju ovlašćeni tužilac privatni tužilac na osnovu člana 446 stav 4 u vezi sa članom 349 stav 1 tačka 2 ZKP odlučilo kao u izreci rešenja.“

Oдавde se jasno može zaključiti kako prvostepeni sudovi stavljaju znak jednakosti između krivičnogopravnog termina imovina građana i privatne imovine koja stoji u pozadini praktično svih privrednih društava, jer se ona najčešće osnivaju ulaganjem privatnog kapitala pojedinaca (fizičkih lica), mada po Zakonu o privrednim društvima osnivači mogu biti i pravna lica. Razmišljajući ovako, prvostepeni sudovi gube iz vida okolnost da momentom unošenja svog uloga u društvo sa ograničenom odgovornošću dolazi do *sui generis* alijenacije unetog kapitala, i taj kapital postaje vlasništvo pravnog subjekta koji je potpuno odvojen od fizičkih lica – građana i njihove imovine, a to je privredno društvo. Nakon toga društvo, odnosno odgovarajući organi konstituisani u okviru društva, odlučuju o poslovanju tim kapitalom, a jedina pravna vlast pojedinaca ogleda se u mogućnosti raspolaganja udelom u društvu. Stoga, kao što smo to već naglasili, ovakav način razmišljanja prvostepenih sudova ne smatramo pravilnim. Okružni sud u Beogradu se eksplicitno izrazio u rešenju Kž 3502/06 od 27.12.2006. godine da se čak ni imovina jednočlanog d.o.o. ne može smatrati imovinom građana u smislu odredbe čl. 210 st. 3 KZ, pošto se imovina u svojini građana ne može smatrati imovinom preduzeća, jer je odvojena od imovine osnivača preduzeća, makar osnivač bio i fizičko lice.² Takvo rešenje pravilnim smatraju i pojedini autori.³

Ipak, izašavši iz okvira koji je svojim prethodnim odlukama postavio, Okružni sud u Beogradu je svojim rešenjem Kž br. 1078/2006 od 18.04.2006. godine odbio kao neosnovanu žalbu javnog tužioca i potvrdio prvostepeno rešenje, pri čemu je u obrazloženju rešenja naveo sledeće: „...prvostepeni sud je po okončanom glavnom pretresu pravilno našao da je krivični postupak vođen po zahtevu javnog tužioca, a radi se o krivičnom delu čiji je predmet izvršenja u smislu člana 210 stav 3 KZ imovina građana,

2 Citirano prema I. Simić i A. Trešnjev/2008/: *Zbirka sudskih odluka iz krivičnogopravne materije*, VIII knjiga, Službeni glasnik, Beograd, str. 157.

3 Tako Ilija Simić navodi da kod krivičnog dela oštećenja tuđih prava iz čl. 220 KZ, ukoliko su oštećeni građani, gonjenje se preduzima po privatnoj tužbi. Ukoliko je oštećena banka kao pravno lice, gonjenje za ovo krivično delo se preduzima po službenoj dužnosti (po presudi Okružnog suda u Beogradu Kž 2604/06 od 05.10.2006. godine). I. Simić /2007/: *Krivični zakonik praktična primena*, I izdanje, Službeni glasnik, Beograd, str. 282.

odnosno privatna svojina, a ne društvena niti državna, te je i po nalaženju Okružnog suda u prvostepeni sud pravilno postupio kada je našao da je u konkretnom slučaju ovlašćeni tužilac privatni tužilac, te na osnovu odredbe člana 446 stava 4 ZKP u vezi sa članom 349 stav 1 tačka 2 ZKP doneo odluku kao u izreci pobijanog rešenja.“

Gordijev čvor koji je nastao u sudskoj praksi Okružnog suda u Beogradu donošenjem rešenja ovakve sadržine, koje je unelo pravnu nesigurnost u postupanje prvostepenih sudova upravo u momentu kada je kompas drugostepene instance jasno upućivao u kom pravcu treba da deluju, presekao je Vrhovni sud Srbije, koji je u svojoj presudi Kzz 158/06 od 25.01.2007. godine uvažio zahtev za zaštitu zakonitosti Republičkog javnog tužilaštva i u obrazloženju presude naveo sledeće: „...Vrhovni sud nalazi da se osnovano zahtevom za zaštitu zakonitosti Republičkog javnog tužioca ističe da su oba pobijana rešenja doneta uz bitnu povredu odredaba krivičnog postupka iz čl. 368 st. 1 tač. 5 ZKP⁴, koja se ogleda u povredi propisa krivičnog postupka u pogledu postojanja optužbe ovlašćenog tužioca jer po oceni ovog suda imovina preduzeća kao pravnog lica nije u svojini pojedinca – fizičkog lica, već je u pitanju proizvodno-trgovinsko preduzeće „Eco organic life“ d.o.o. (ranije proizvodno-trgovinsko preduzeće „Krmivo produkt“ d.o.o.) čija je vlasnička struktura takva da se u konkretnom slučaju ne može govoriti o imovini građana, pa je samim tim javni tužilac ovlašćen da preduzima krivično gonjenje po službenoj dužnosti.“

Međutim, izmenama koje su nastupile, po našem mišljenju, izmenjen je *ratio legis* sintagme koja određuje ovlašćenog tužioca kod krivičnih dela u čijem biću se može naći. Ako pođemo od opravdane pretpostavke da ova izmena nije „kozmetičke“ prirode, već da je zakonodavac ovom izmenom želeo da izmeni i njeno značenje, potrebno je iznova tumačiti kakvo je značenje ovoj normi želeo da prida.

Naše je mišljenje da novo značenje ove norme treba tumačiti restriktivno, a da kao ishodište treba uzeti Ustav Republike Srbije⁵, kao *lex fundamentalis*. Tako čl. 86 st. 1 Ustava Republike Srbije jemči privatnu, zadružnu i javnu svojину kao oblike svojine u Republici Srbiji, objašnjavajući da se pod javnom svojinom podrazumeva državna svojina, svojina autonomne pokrajine i svojina jedinice lokalne samouprave. U stavu 2 pomenutog člana konstatuje se tok pretvaranja društvene svojine u privatnu, koje je već trebalo da se odigra, ali se rokovi za okončanje privatizacije tzv. društvene imovine neprestano produžavaju.

Iz navedene trihotomije svojinskih oblika koju Ustav postavlja, implicitno se može zaključiti da sve ono što se ne može sumsumirati pod zadružnu ili javnu svojinu predstavlja privatnu svojinu, za koju je isključivi i jedini ovlašćeni tužilac privatni tužilac, ukoliko je ona pogođena izvršenjem krivičnih dela kod kojih se javlja sintagma privatna imovina. *Vice versa*, ukoliko je izvršenjem ovih krivičnih dela napadnuta javna ili zadružna imovina, ovlašćeni tužilac bio bi javni tužilac.

Nesporna je opravdanost rešenja da javni (državni) tužilac bude ovlašćen kada je u pitanju zaštita javne (državne) svojine, ali se u nastavku postavlja pitanje opravdanosti ovakvog rešenja kada je u pitanju zadružna svojina, kao i koordinacija sa propisima koji regulišu zadruge. Da bi se odgovorilo na pitanje ko predstavlja

4 Službeni list SRJ br. 70/2001, 68/2002, Službeni glasnik RS br. 58/04, 85/05, 115/05, 49/07, 20/09, 72/09

5 Službeni glasnik RS br. 98/06

ovlašćenog tužioca u slučajevima kada su imovinska krivična dela koja su predmet naše analize izvršena na štetu zadružne svojine, mišljenja smo da je neophodno prethodno ukazati na osnovne karakteristike zadružne svojine kao takve, jer tu leži ključ određivanja ovlašćenog tužioca, pogotovo jer je reč o obliku svojine koji je različit od društvene i državne svojine, za čije povrede se nesporno javlja kao ovlašćeni tužilac javni tužilac.

Pre svega, zadruga je dobrovoljna organizacija, ona ima svojstvo pravnog lica kojim zadrugari samostalno upravljaju. Zadrugari imaju ravnopravan status u zadruzi, što znači da svako od njih, shodno čl. 29 st. 2 Zakona o zadrugama,⁶ ima jednak glas u zadruzi bez obzira na veličinu udela. Reč je organizaciji zasnovanoj na humanosti i altruističkim motivima. Sve poslove u zadruzi rade, po pravilu, sami zadrugari, a takođe i svu dobit i sve gubitke snose zadrugari zajednički. Kod zadružne imovine postoji paralelizam pravnih režima koji za nju važi: sa jedne strane tu je opšti pravni režim koji važi za sve sopstvenike, a sa druge strane poseban pravni režim koji proishodi iz zadružnih principa solidarnosti, humanosti i altruizma.

Navedeno ukazuje na vrlo visok stepen *intuitu personae* elemenata u zadruzi, kao i na vezu između zadrugara i kapitala koji u zadrugu unose. O tome svedoči i odgovornost zadrugara za obaveze zadruge, predviđena čl. 7 Zakona, jer se može desiti da oni solidarno svojom imovinom i preko veličine udela odgovaraju za obaveze zadruge, što ih približava društvima lica. Kapital koji zadrugari unose u zadrugu nije obezličen kao što je to slučaj kod državne ili društvene svojine, već je njegov titular jasno određen u svakoj situaciji.

Na osnovu toga, *de lege ferenda* naše je mišljenje da bi zadružnu svojinu trebalo tretirati kao privatnu imovinu u smislu odredbi Krivičnog zakonika, a kao ovlašćeni tužilac bi se trebao smatrati privatni tužilac. Istina je da udeli zadrugara koji čine zadružnu svojinu nisu fizički određeni, ali jasno je da postoji mogućnost da privatno krivično gonjenje vrši više oštećenih, što bi u ovom slučaju bili svi zadrugari koji zadrugu čine, ili pojedini od njih koji su za gonjenje zainteresovani, naročito ako imamo u vidu da zadruge najčešće u praksi čini mali broj zadrugara koji lako međusobno komuniciraju i donose odluke. Jednostavno, ne nalazimo nikakav opravdani interes da javni tužilac, koji pre svega personifikuje državu i njene interese, goni učinioce imovinskih krivičnih dela koja analiziramo, učinjenih na štetu zadružne svojine. Uloga i značaj zadruga i zadružne svojine se od vremena socijalističkih propisa do danas značajno izmenila. Promena sa oglada u tome da zadruge više nisu jedan od stožera državne privrede, kako je to bilo naročito u početnim fazama realsocijalizma, već sada vlada otvorena utakmica na tržištu u kojoj zadruge teško mogu da izdrže borbu sa konkurentnijim privrednim društvima. Stoga na našim prostorima egzistira relativno mali broj zadruga, i više nema prevalentnog državnog interesa da se imovina zadruga štiti po svaku cenu, pa je naš stav da treba ostaviti zadrugama kao izbor da li će gonjenje preduzimati ili neće. Država više nema interes, kao što je to bilo predviđeno rešenjima Krivičnog zakonika iz 1951. godine⁷, da podjednako štiti svaki oblik napada na zadružnu imovinu.

6 Zakon o zadrugama, Službeni list SRJ br. 41/96, 12/98, Službeni glasnik RS br. 101/05, 34/06

7 Službeni list FNRJ br. 13/51, 19/51, 30/59, 11/62, 31/62, Službeni list SFRJ br. 15/65, 15/67

Međutim, *de lege lata*, ovakav stav ne može se sprovoditi u praksi, bez obzira na brojne argumente kojima se opravdava celishodnost ovakvog tumačenja. Naime, u Ustavu je jasno utvrđena citirana trihotomija svojinskih oblika, a Krivičnim zakonikom je kao objekat zaštite koji je van dijapazona delokruga javne tužbe eksplicitno isključena samo privatna svojina. *Argumentum a contrario*, svi ostali oblici svojine koji nisu jasno isključeni, morali bi se naći pod zaštitom javnog tužioca, jer primenu tumačenja putem analogije u krivičnom pravu nije poželjno široko koristiti.⁸

Jedno pitanje ostalo je takođe sporno. Iako Ustav ne pominje mešovitu svojinu kao egzistirajući oblik svojine, belodano je da se on u praksi počesto može sresti, naročito kao amalgam privatnog i državnog kapitala u okvirima privrednih društava. Ima mišljenja da bi trebalo utvrditi koji procenat privatnog, a koji državnog kapitala sadrži oštećeno privredno društvo, pa ukoliko je državni kapital većinski zastupljen (50% + 1 ili više), onda bi javni tužilac bio legitimisan da goni. U suprotnom, ako je državni kapital manjinski, onda bi pravo da goni trebalo da pripada privatnom tužiocu. Međutim, naš stav je da bi javni tužilac kod mešovitih oblika svojine trebao uvek da ima primarnu prerogativu da goni kao ovlašćeni tužilac, kad god je državni kapital zastupljen, bez obzira na obim kapitala koji je prisutan u konkretnom slučaju. Argumentacija za ovakav stav vrlo je jednostavna: oštećeni uvek ima zakonom predviđenu mogućnost da se pojavi u svojstvu supsidijarnog tužioca ukoliko javni tužilac iz nekog razloga ne smatra da ima osnova da se postupak vodi. Sa druge strane, ukoliko bi se prepustilo da oštećeni odlučuje o tome da li će goniti, što je prepušteno isključivo njegovoj oceni (jer on nije vezan načelom legaliteta krivičnog gonjenja kao javna tužba),⁹ javnoj tužbi ne ostaje zakonom predviđena mogućnost da ona odluči da li će goniti potencijalne izvršioce krivičnog dela. Rečju, zauzimanjem stava da oštećeni ima prioritet da goni u slučaju manjinskog prisustva državnog kapitala u privrednom društvu, javno tužilaštvo automatski gubi mogućnost da zaštiti državnu svojinu, jer nije zakonom predviđeno da javni tužilac preuzme gonjenje od oštećenog.

Shodno svemu rečenom, naše je mišljenje da je ranije bilo nesporno da imovina fizičkih lica predstavlja imovinu građana, dok je kod imovine pravnih lica bilo neophodno utvrđivati koliko su u okviru konkretnog organizacionog oblika jaki *intuitu personae* elementi, tj. da li je imovina pravnog lica odvojena od imovine članova društva ili nije. Sa druge strane, nakon najnovijih izmena potrebno je samo utvrditi postoji li državni (eventualno zadružni) kapital u vlasničkoj strukturi oštećenog, pa ukoliko ne postoji, nema ni nadležnosti javne tužbe. Jednostavno rečeno, više nije relevantno koji oblik privrednog društva je u pitanju, već samo to ima li ili nema državnog kapitala u njegovoj strukturi.

Imajući sve pobrojane dileme u vidu, može se osnovano očekivati da će mnoga tužilaštva u Republici Srbiji, isto kao i sudovi, stajati na sredokraći između ova dva rešenja, poput Buridanovog magarca, i biti prinuđena da na jedan ili drugi način tumače maglovito značenje ove norme. Kako organizaciju javnog tužilaštva karak-

8 Z. Stojanović /2006/: *Krivično pravo opšti deo*, XII izdanje, Pravna knjiga, Beograd, str. 64.

9 J. Pavlica i M. Lutovac /1985/: *Zakon o krivičnom postupku u praktičnoj primeni*, I izdanje, Jugoslovenski zavod za produktivnost rada, Beograd, str. 82.

teriše spoljašnje jedinstvo i monolitnost u postupanju,¹⁰ a na čelu tako uređenog sistema se nalazi Republičko javno tužilaštvo kao vrhovni tužilački organ, izdavanje opšteg obaveznog uputstva za postupanje u smislu odredbe čl. 25 Zakona o javnom tužilaštvu, omogućilo bi ujednačavanje u postupanje svih javnih tužilaštava na teritoriji Republike Srbije. Sudovima ostaje da kroz sudsku praksu izgrade konzistentno tumačenje ove sintagme, doprinoseći na taj način izonomiji kao jednom od temeljnih načela svakog pravnog sistema.

LITERATURA

- Bejatović S. i dr. /2009/: *Zakonik o krivičnom postupku i javno tužilaštvo*, I izdanje, Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca, Beograd
- Pavlica J., Lutovac M. /1985/: *Zakon o krivičnom postupku u praktičnoj primeni*, I izdanje, Jugoslovenski zavod za produktivnost rada, Beograd
- Simić I. /2007/: *Krivični zakonik praktična primena*, I izdanje, Službeni glasnik, Beograd
- Simić I., Trešnjev A. /2008/: *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije*, VIII knjiga, Službeni glasnik, Beograd
- Stojanović Z. /2006/: *Krivično pravo opšti deo*, XII izdanje, Pravna knjiga, Beograd
- Službeni glasnik RS br. 20/09, 49/07, 58/04, 72/09, 85/05, 98/06, 115/05
- Službeni list SRJ br. 70/2001, 68/2002
- Službeni list FNRJ br. 13/51, 19/51, 30/59, 11/62, 31/62
- Službeni list SFRJ br. 15/65, 15/67
- Zakon o zadrugama, Službeni list SRJ br. 41/96, 12/98, Službeni glasnik RS br. 101/05, 34/06

Predrag Ćetković

Prosecution for organized crime

MEANING OF THE TERM PRIVATE PROPERTY IN THE SERBIAN CRIMINAL CODE

SUMMARY

Serbian Criminal Code was changed on 11th September 2009. Among the changes in some criminal acts in the Code the term property of citizens was changed into the term private property. The former term caused problems in its interpretation by courts and prosecutors. This led to different solutions in similar cases which endangered principle of legal certainty as one important postulate of the rule of law. Determination of the former term was important to decide who is an authorized prosecutor before courts – public or private prosecutor? In situation

10 S. Bejatović i dr. /2009/: *Zakonik o krivičnom postupku i javno tužilaštvo*, I izdanje, Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca, Beograd, str. 184.

of incorrect interpretation, consequence was violation of a provision of Criminal Procedure Code which represented a basis for the abolition of the verdict. It is our opinion that it is not questionable that under property of citizens entered property of individuals, but in situations of legal entities it was necessary to determine *intuitu personae* elements, or in other words to determine if the property of legal entity is separated from the property of members of the legal entity or not. After the last legal changes it is not important anymore which form of the company exists. The only question is whether the net assets of the state exist or not. All mentioned indicates the need for precise interpretation of the term property of citizens and its distinction from the term private property.

Key words: property of citizens, private property, Criminal Code, interpretation.

Jelena Đ. Lopičić-Jančić*
Akademija za diplomatiju i bezbednost u Beogradu

KONVENCIJA O POBOLJŠANJU SUDBINE VOJNIH RANJENIKA U VOJSKAMA U RATU OD 22. AVGUSTA 1864. GODINE

Apstrakt. U ovom radu dat je kratak prikaz, pravni aspekt i analiza Ženevske Konvencije o poboljšanju sudbine ranjenika u vojskama u ratu od 22. avgusta 1864. godine. Ova konvencija se smatra kao prvi najznačajniji međunarodni dokument iz ratnog prava, kojim se vrši zaštita ranjenika i bolesnika. Nastanak Ženevske Konvencije iz 1864. godine se vezuje za Međunarodni Crveni krst u Ženevi, kao i za njegovog osnivača švajcarskog književnika J. Henry-a Dunant-a. Konvencija je imala snažan odjek u čitavom svetu, i uz nekoliko dopuna koje su izvršene kasnije u XX veku nastale su poznate četiri Ženevske konvencije iz 1949. godine i Dopunski protokol I i II uz Ženevske konvencije iz 1949. godine. U našoj literaturi ova Ženevska konvencija iz 1864. godine samo je sumarno obrađena, i neopravdano zaboravljena. Prvi put se objavljuje i originalni tekst Ženevske konvencije iz 1864. godine na francuskom jeziku. Srbija je pristupila Ženevskoj konvenciji iz 1864. godine, 24. marta 1876. godine. Nažalost, Ženevska konvencija iz 1864. godine je više puta prekršena u ratovima u XIX i početkom XX veka.

Ključne reči: Konvencija, vojni ranjenici, bolesnici, Međunarodni Crveni krst, potpisnici.

U drugoj polovini XIX veka dolazi do početka međunarodnog regulisanja ratnog prava. Praktično prvi korak ka regulisanju ratnog prava je Pariska deklaracija o pomorskom ratu koja je donešena 1856. godine. Smatra se kao prvi najznačajniji međunarodni dokument iz ratnog prava Konvencija o poboljšanju sudbine vojnih ranjenika u ratu, koja je donesena u Ženevi 1864. godine.

Prvi principi o humanitarnoj zaštiti ranjenika i bolesnika su se pojavili u prvoj poluzvaničnoj međunarodnoj konvenciji Crvenog Krsta u Ženevi u oktobru 1863. godine Na inicijativu švajcarskog književnika J. Henry-ja Dunant-a (1828–1910) i njegove knjige „Sećanje na Solferino“ i nekoliko drugih ličnosti, osnovan je 1863. godine „Međunarodni komitet za pomoć ranjenicima“.¹

* docent, jelena.lopicic@vektor.net

1 F. Kalshoven /1991/: *Constraints on the Waging of War*, Geneva, pp. 8–10; L. C. Green /1993/: *The Contemporary Law of Armed Conflict*, Manchester, pp. 24–25; Z. Vučinić /2001/: *Međunarodno ratno i humanitarno pravo*, Beograd, str. 262–264. L. Oppenheim /1960/: *International Law a Treatise*, Volume II, London, pp. 353–355.

Henry Dunant je bio prisutan tokom borbe u Solferinu 1859. godine gde je bio i svedok nepružanja adekvatne medicinske nege ranjenim i bolesnim u oružanim snagama. Ovo je praktično bio direktan povod za zaštitu ranjenika i bolesnika, jer tokom rata za ujedinjenje Italije ranjenici su ostavljani bez ikakve nege i medicinske pomoći. Tokom te bitke koja je trajala pet sati 38.000 ljudi je ubijeno ili ranjeno. Bitka u Gettysburg-u 1862. godine je takođe bila još jedan primer nepružanja adekvatne medicinske nege ranjenim i bolesnim. Oba ova događaja praktično su doprinela osnivanju 1863. godine Crvenog krsta u Ženevi i zaključenju Ženevske konvencije o poboljšanju sudbine vojnih ranjenika u vojskama u ratu 1864. godine.²

Henry Dunant je bio jedan od osnivača Međunarodnog Crvenog krsta i inicijator diplomatske konferencije koja je usvojila Ženevsku konvenciju o poboljšanju sudbine vojnih ranjenika u vojskama u ratu, koja je sačinjena u Ženevi 22. avgusta 1864. godine. Potpisnice ove Konvencije su bile sledeće države: Badenska, Belgija, Virteberška, Danska, Italija, Holandija, Portugalija, Pruska, Francuska, Hesens, Švajcarska i Španija. Do 1906. godine još 36. država pristupile su ovoj Konvenciji, što nesumnjivo govori da velika većina tadašnje međunarodne zajednice priznaje humanizaciju tadašnjeg međunarodnog ratnog prava u odnosu na vojne ranjenike i bolesnike.³

Međunarodni Crveni krst sa sedištem u Ženevi osnovan je 1863. godine, koji se kasnije razvio u čitav humanitarni svetski pokret. Danas Međunarodni pokret Crvenog krsta i Crvenog polumeseca čini oko 190. Nacionalnih društava, koja okupljaju 250. miliona članova i saradnika, koji je mnogo doprineo da se u ratovima i oružanim sukobima sprovede zaštita civilnog stanovništva, ratnih zarobljenika, ranjenika i bolesnika.⁴ Naime, pre usvajanja navedene Ženevske konvencije iz 1864. godine praksa država se razlikovala po pitanju statusa ranjenika i bolesnika u ratovima, jer nije postojala konvencija o zaštiti ranjenika i bolesnika. U XIX veku je postojalo međunarodno običajno ratno pravo, koje se primenjivalo i na ranjenike i bolesnike, ali svaka država je to pravo tumačila na svoj način imajući u vidu svoje interese. Razume se da su najteže prolazile pobeđene države, jer pobednici su tumačili i nametali svoje uslove pobeđe koje su obuhvatale i ranjenike i bolesnike.

Kneževina Srbija je pristupila Konvenciji o poboljšanju sudbine vojnih ranjenika u ratu od 1864. godine, dana 24. marta 1876. godine.⁵

Ova konvencija koja ima 10 članova, je prva konvencija koja je izričito uredila postupanje sa ranjenicima i bolesnicima u vojskama za vreme rata.⁶

2 A. Dinan /2009/: *Sećanje na Solferino*, Međunarodni komitet Crvenog krsta iz Ženeve.

3 M. St. Marković /1906/: *Ženevska konvencija*, Beograd, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, broj 6, str. 553.

4 A. Dinan /2009/: *op. cit.*, str. 124.–125.

5 Pregled međunarodnih ugovora i drugih akata od međunarodno-pravnog značaja za Srbiju od 1800. do 1918. godine /1953/: Beograd, str. 67, *Međunarodne Konvencije o ratnom pravu i sigurnosti* /1979/: Zagreb, str. 281–282; H. S. Levie /1979/: Documents on Prisoners of War, Naval War College, *International Law Studies*, Vol. 60, Newport, p. 45; Le Fir Luj /1934/: *Međunarodno javno pravo*, prevod, Beograd, str. 604–606.

6 S. Yves /1986/: *Penal Aspects of International Humanitarian Law, International Criminal Law*, Volume I, Crimes, New York, pp. 209–232.

U Ženevskoj konvenciji o poboljšanju sudbine vojnih ranjenika u vojskama u ratu od 22. avgusta 1864 godine prvi put je jasno istaknuta zaštita vojnih ranjenika i bolesnika. Ova Konvencija ima svega 10. članova. Pošto se radi o prvoj međunarodnoj konvenciji o zaštiti ranjenika i bolesnika, daćemo kraća objašnjenja ove Konvencije, jer do sada u našoj literaturi veoma malo se objašnjavala ili komentarisala ova Konvencija. Ova konvencija u originalu napisana je na francuskom jeziku: *Convention de Geneve du 22. aout 1864. pour l'amelioration du sort des militaires blesses dans les armees en campagne. Geneve, 22. aout 1864.* U jugoslovenskoj literaturi publikovana je u zborniku Međunarodne konvencije o ratnom pravu i o sigurnosti koju je priredio Boško Petrović, Zagreb, 1979. godine. Zatim, je Međunarodni Crveni krst iz Ženeve (ne navodi se godina izdanja) objavio na srpskom jeziku knjigu Andi Dinan: *Sećanje na Solferino, gde je na strani 132.–141. objavljena ova konvencija.*

Potpisnici ove Konvencije u preambuli navode:

„Švajcarska konfederacija, Njegovo visočanstvo Veliki vojvoda od Badena; Njegovo veličanstvo Kralj Belgije; Njegovo veličanstvo Kralj Danske; Njeno veličanstvo Kraljica Španije; Njegovo veličanstvo Kralj Francuske; Njegovo visočanstvo Veliki vojvoda od Hesena, Njegovo veličanstvo Kralj Italije; Njegovo veličanstvo Kralj Holandije; Njegovo veličanstvo Kralj Portugala, Njegovo veličanstvo Kralj Prusije, Njegovo veličanstvo Kralj Virtemberga, podstaknuti zajedničkom željom da ublaže, onoliko koliko to zavisi od njih, zla koja nerazdrživo idu uz rat, da obustave suviše surovosti i da poboljšaju položaj vojnika ranjenih na bojnom polju, odlučili su, sa takvim ciljem, da usvoje Konvenciju i imenovali svoje sledeće Opuномоćenike:

Švajcarska konfederacija: gospodin Gijom-Anri Difur, oficir Carskog reda Legije časti, vrhovni komandant federalne vojske, član Državnog saveta; gospodin Gustav Moanije, predsednik Međunarodnog komiteta za pomoć ranjenim vojnicima i Ženevskog društva za javne poslove; i gospodin Samuel Leman, federalni pukovnik, glavni lekar federalne vojske, član Nacionalnog saveta. Njegovo visočanstvo veliki vojvoda od Badena: gospodin Robert Volc, vitez Lavljeg reda Cehringena, doktor medicine, medicinski savetnik u Direkciji za zdravstvo; oi gospodin Adolf Štajner, vitez Lavljeg reda Cehringena, glavni lekar. Njegovo veličanstvo Kralj Belgije: gospodin Ogist Višer, oficir Leopoldovog reda, većnik u Savetu za rudarstvo. Njegovo veličanstvo Kralj Danske: gospodin Šarl-Emil Fenge, vitez Danskog reda, odlikovan srebrnim krstom istog Reda, velikim krstom Reda Leopolda od Belgije, itd. Član Kraljevskog državnog saveta. Njeno veličanstvo Kraljica Španije: gospodin Don Hose Eriberto Garsia de Kvevedo, plemić na službi u Kraljevskom saboru, vitez Velikog Izabelinog krsta, vitez Reda Šarla Trećeg, vitez prve klase Carskog reda i ratnika San-Fernanda, oficir francuske Legije časti, kraljičin ministar namesnik u Švajcarskoj konfederaciji. Njegovo veličanstvo Car Francuske: gospodin Žorž Šarl Jegeršmit, oficir Carskog reda Legije časti, oficir Leopoldovog reda Belgije, vitez Reda crvenog orla Prusije treće klase itd. Zamenik direktora Ministarstva za inostrane poslove; gospodin Anri-Ežen Segino de Preval, vitez Carskog reda Legije časti, odlikovan Carskim redom Međidije četvrte klase, vitez italijanskog Reda Sen Moris i Lazar itd; gospodin Marten-Fransoa Budije, oficir Carskog reda Legije časti, odlikovan Carskim redom Međidije četvrte klase, odlikovan medaljom za vojne za-

sluge Italije, glavni lekar druge klase. Njegovo visočanstvo veliki Vojvoda od Hese-na: gospodin Karl-August Brodrik, vitez Reda Filip-I-Magnanim, Reda Sen-Mihaela Bavarskog, oficir Kraljevskog reda Svetog spasa itd. Komandant bataljona i štapski oficir. Njegovo Veličanstvo Kralj Italije: gospodin Žan Kapelo, vitez Reda Sen Moris i Lazar, kraljevski konzul u Švajcarskoj, i gospodin Feliks Barofio, vitez Reda Sen Moris i Lazar, divizijski lekar. Njegovo veličanstvo Kralj Holandije: gospodin Bernard Ortunius Teodor Henri Vesenberg, oficir kraljevskog reda hrastovog venca, vitez Redova Karlosa trećeg španskog, Pruske krune, Adolfa de Nasuaua, doktor prava, kraljevski sekretar poslanstva u Frankfurtu. Njegovo veličanstvo Kralj Portugala: gospodin Hose – Antonio Markeš, vitez Hristovog reda, Reda Nostra Senjora de la Konsepsion de Vila-Visoza de San Benedikt de Aviz, Leopoldovog reda Belgije itd., doktor medicine i hirurgije, brigadni hirurg, zamenik šefa Odeljenja za zdravstvo pri Ministarstvu rata. Njegovo veličanstvo Kralj Prusije: gospodin Karl-Albert fon Kampc, vitez Reda Crvenog orla druge klase itd. Kraljevski izvaredni poslanik i opunomoćeni ministar u Švajcarskoj konfederaciji, lični savetnik u poslanstvu; gospodin Godfroj-Frederik Fransoa Lefler, vitez Reda crvenog orla treće klase itd. Doktor medicine, glavni lekar četvrtog korpusa armije; i gospodin Žorž-Erman-Žil Riter, vitez reda Krune treće klase itd. Lični savetnik u Ministarstvu rata. Njegovo veličanstvo Kralj Virtemberga: gospodin Kristof-Urlih Han, vitez reda Sen Moris i Lazar itd. Doktor filozofije i teologije, član Centralne kraljevske direkcije za dobrovoljne ustanove.⁷

Već u članu 1. ove Konvencije navodi se da će ambulante i vojne bolnice biti priznate neutralnim, i u skladu sa tim biti štice, i takvim će ih smatrati zaraćene strane sve dotle dok se u njima budu nalazili vojni bolesnici i ranjenici. Ukoliko te ambulante i vojne bolnice zaposednu vojne snage neutralnost će prestati.⁸ Važno i značajno je da se prvi put u jednoj međunarodnoj konvenciji na izrićiti način spominju ambulante i bolnice, bolesnici, ranjenici i da će biti zaštićeni od zaraćene strane. Takođe je značajno u pogledu navedene zaštite vojnih ranjenika i bolesnika da ambulante i vojne bolnice ne mogu zaposesti vojne snage. Ukoliko vojne snage zaposednu ambulante i vojne bolnice onda one ne mogu imati neutralnost, odnosno status zaštićenog objekta.

Konvencija u članu 2. precizno određuje status osoblja u ambulantama i vojnim bolnicama, u koje spadaju osoblje zdravstvene službe, lica zadužena za nadzor, zdravstvenu negu, za transport vojnih ranjenika, i vojnih sveštenika, pod uslovom da se pridržavaju svojih obaveza i sve dok se nalaze u službi. Navedena lica imaju isti status ukoliko se kao ranjenici nalaze na oporavku, negovanju ili ih treba dopremiti.

U članu 3. Konvencije je precizirano ukoliko ambulante i vojne bolnice padaju u ruke neprijatelja uživaju isti status ukoliko ispunjavaju svoje dužnosti ili se mogu povući da bi se pridružili jedinicama kojima pripadaju. Ukoliko usled promenjenih okolnosti ova lica prekinu svoju delatnost, obaveza je okupatorske vojne jedinice da ih preda neprijateljskim predstražama uz puno uvažavanje i dužnu zaštitu.

Član 4. Konvencije predviđa da materijalna dobra vojnih bolnica podležu vojnim zakonima kao i lica koja pripadaju tim bolnicama i koja su bila u službi u ovim

7 A. Dinan /2009/: *op. cit.*, str. 132–135.

8 *Međunarodne konvencije o ratnom pravu i o sigurnosti, op. cit.*, str. 281.

bolnicama a prilikom povlačenja mogu poneti samo stvari koje su njihovo privatno vlasništvo. Za razliku od njih ambulante i vojne bolnice u istim okolnostima imaju prava da sačuvaju svoju opremu.

U članu 5. Konvencije predviđena je pomoć vojnim ranjenicima od strane lokalnog stanovništva. Vođe zaraćenih strana obavezne su da lokalnom stanovništvu stave do znanja da se ovakvo humano ponašanje od njih očekuje, i da će im status u ovom slučaju biti tretiran kao neutralan. Navodi se da ranjenik može biti smešten, preuzet i negovan u privatnoj kući, i da ta kuća služi kao zaštita, a meštanin koji je preuzeo ranjenika treba da bude oslobođen ratnih nameta i obaveze da vojnike svoje vojske prima na smeštaj u svoju kuću. Smeštaj ranjenika u privatne kuće svakako je jedna novina u međunarodnom ratnom pravu sa aspekta zaštite samog ranjenika kao i meštana. Očigledno da se često dešavalo u ratovima tog vremena da se broj ranjenika i bolesnika naglo uvećavao, tako da nisu imali prostornih mogućnosti smeštaja u ambulantomama, prihvatilištima i bolnicama, nego su ih upućivali u privatne smeštaje kod meštana.

Član 6. Konvencije predviđa status ranjenika i bolesnika za vreme rata. Proklamuje se da ranjenici i bolesnici bez obzira na nacionalnu pripadnost budu lečeni i negovani. Zatim, prepušta se nadležnim vrhovnim komandantima koji su ovlašćeni, ako uslovi to dozvoljavaju i ako se o tome saglase obe zaraćene strane, da neprijateljske vojnike koji su ranjeni u toku borbe, odmah predaju neprijateljskim predstražama. Posle ozdravljenja i oporavka vojnici za koje se proceni da nisu sposobni za dalju vojnu službu, biće vraćeni u svoju zemlju. Postoji mogućnost i za ostale koji su prezdravili da se vrate u domovinu, pod uslovom da za vreme trajanja postojećeg rata ponovo ne učestvuju u njemu. Evakuaciono osoblje, sanitetsko osoblje, previjališta i depoi, uživaju bezuslovnu neutralnost.⁹

U članu 7. Konvencije propisano je da za sve bolnice, ambulante i evakuacione jedinice treba da bude vidljivo istaknuta i dogovorena zastava kao i nacionalna zastava. Zatim, lica koja se nalaze pod zaštitom neutralnosti moraju da imaju traku oko ruke, koja će ih razlikovati od ostalih lica-ranjenika i bolesnika. Zastava kao i traka oko ruke treba da ima Crveni krst na beloj osnovi.¹⁰

U članu 8. Konvencije predviđeno je njeno sprovođenje, gde se navodi da će je vrhovni komandanti zaraćenih armija na osnovu uputstava koja dobiju od svojih vlada, odnosno u skladu sa osnovnim načelima izloženim u ovoj Konvenciji, izvršavati.

U članu 9. Konvencije je predviđen postupak poziva za one vlade koje ne mogu da upute svoje punomoćnike na Međunarodnu konferenciju u Ženevi, u tom cilju protokol ostaje otvoren.

U članu 10. Konvencije predviđena je ratifikacija Konvencije, a ratifikacije će biti razmenjene u Bernu, u roku od četiri meseca, ili ranije ako je to moguće.

Posle usvajanja Ženevske konvencije o poboljšanju sudbine vojnih ranjenika u vojskama u ratu iz 1864. godine, kada ona još nije bila primenjena u praksi, uvidelo se da je treba dopuniti. Na potrebu dopune navedene Ženevske konvencije iz 1864. godine ukazao je i veći broj ratova koji se vodio. Više puta je pokretana inicijativa za dopunu ove Konvencije, ali do toga nije došlo. Razlog je bio taj što je ova dopuna

9 *Ibidem*, str. 281–282; Z. Vučinić /2006/: *op. cit.*, str. 245–246.

10 *Međunarodne Konvencije o ratnom pravu i sigurnosti, op. cit.*, str. 281–282.

našla na otpor velikih sila, kojima to nije bilo u interesu zbog osvajačkih ratova koje su vodile kako u Evropi tako i van Evrope. Ipak, ova međunarodna akcija za humanizacijom postojećeg međunarodnog ratnog prava dovela je do usvanjanja dve Haške konvencije iz 1899. godine. Prva se odnosi na zakone i običaje suvozemnog rata sa pravilnikom od 60. članova, a druga kojom se načela Ženevske konvencije iz 1864. godine usvajaju i za pomorske ratove.¹¹

Ženevska konvencija o poboljšanju sudbine vojnih ranjenika u vojskama u ratu iz 1864. godine koje se odnose samo na suvozemni rat je kasnije, 1868. godine, dodatnim članovima dopunjena i proširena i na pomorski rat i zaštiti brodolomnika. Ove dopune nisu nikada stupile na snagu ali su ipak imale i praktičnu primenu. Tako su se strane, koje su bile uključene u Fransko-Nemački rat u periodu 1870.–1871. godine kao i Špansko-Američki rat 1889. godine, složile da će se povinovati tim odredbama.

Kao što smo napred naveli, Srbija je Ženevsku konvenciju o poboljšanju sudbine vojnih ranjenika u vojskama u ratu iz 1864. godine ratifikovala 24. marta 1876. godine. Ministar vojni Srbije S. Grujić je 1. decembra 1877. godine u Beogradu izdao „Naredbu za sve oficire, niže činove i redovne vojnike Knjaž. Srpske stajaće i narodne vojske“ kojom je saopštio načela navedene Ženevske konvencije i naredio oficirima, podoficirima i vojnicima da se strogo pridržavaju ovih pravila. Naredba sadrži osam članova, u kojima se parafrazira Ženevska konvencija iz 1864. godine, i daju objašnjenja i uputstva za praktičnu primenu. Značajno je da se u članu 8. ove Naredbe navodi da svaki oficir srpske vojske ima potpisati da je ovu naredbu pročitao.¹²

Sa sigurnošću možemo da zaključimo da su to bili prvi konkretni koraci u regulisanju međunarodnopravne zaštite ranjenika i bolesnika u ratovima, kao i prvi začeci humanizacije rata na međunaronom planu u vidu međunarodne konvencije.

Pošto u našoj literaturi nije publikovan originalni tekst Ženevske konvencije iz 1864. godine, ovo je prilika da se publikuje originalni tekst na francuskom jeziku.

Convention de Genève du 22 août 1864 pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne. Genève, 22 août 1864.¹³

ARTICLE 1. – Les ambulances et les hôpitaux militaires seront reconnus neutres, et, comme tels, protégés et respectés par les belligérants, aussi longtemps qu'il s'y trouvera des malades ou des blessés.

La neutralité cesserait si ces ambulances ou ces hôpitaux étaient gardés par une force militaire.

ART. 2. – Le personnel des hôpitaux et des ambulances, comprenant l'intendance, le Service de santé, d'administration, de transport des blessés, ainsi que les aumôniers, participera au bénéfice de la neutralité lorsqu'il fonctionnera, et tant qu'il restera des blessés à relever ou à secourir.

ART. 3. – Les personnes désignées dans l'article précédent pourront, même après l'occupation par l'ennemi, continuer à remplir leurs fonctions

11 M. St. Marković /1906/: *op. cit.*, str. 554.

12 *Zbornik Zakona i uredaba izdanih u Knjažestvu Srbiji od 5. avgusta 1877. do 12. juna 1878. godine /1878/*: broj 32, Beograd, str. 183.

13 *Droit International Humanitaire-Traite & textes /1960/*: International Committee of the Red Cross, Geneva.

dans l'hôpital ou l'ambulance qu'elles desservent, ou se retirer pour rejoindre le corps auquel elles appartiennent.

Dans ces circonstances, lorsque ces personnes cesseront leurs fonctions, elles seront remises aux avant-postes ennemis par les soins de l'armée occupante.

ART. 4. – Le matériel des hôpitaux militaires demeurant soumis aux lois de la guerre, les personnes attachées à ces hôpitaux ne pourront, en se retirant, emporter que les objets qui seront leur propriété particulière.

Dans les mêmes circonstances, au contraire, l'ambulance conservera son matériel.

ART. 5. – Les habitants du pays qui porteront secours aux blessés seront respectés et demeureront libres.

Les généraux des Puissances belligérantes auront pour mission de prévenir les habitants de l'appel fait à leur humanité, et de la neutralité qui en sera la conséquence.

Tout blessé recueilli et soigné dans une maison y servira de sauvegarde. L'habitant qui aura recueilli chez lui des blessés sera dispensé du logement des troupes, ainsi que d'une partie des contributions de guerre qui seraient imposées.

ART. 6. – Les militaires blessés ou malades seront recueillis et soignés, à quelque nation qu'ils appartiennent.

Les commandants en chef auront la faculté de remettre immédiatement aux avant-postes ennemis les militaires ennemis blessés pendant le combat, lorsque les circonstances le permettront et du consentement des deux partis.

Seront renvoyés dans leur pays ceux qui, après guérison, seront reconnus incapables de servir.

Les autres pourront être également renvoyés, à condition de ne pas reprendre les armes pendant la durée de la guerre.

Les évacuations, avec le personnel qui les dirige, seront couvertes par une neutralité absolue.

ART. 7. – Un drapeau distinctif et uniforme sera adopté pour les hôpitaux, les ambulances et les évacuations. Il devra être, en toute circonstance, accompagné du drapeau national.

Un brassard sera également admis pour le personnel neutralisé, mais la délivrance en sera laissée à l'autorité militaire.

Le drapeau et le brassard porteront croix rouge sur fond blanc.

ART. 8. – Les détails d'exécution de la présente Convention seront réglés par les commandants en chef des armées belligérantes, d'après les instructions de leurs gouvernements respectifs, et conformément aux principes généraux énoncés dans cette Convention.

ART. 9. – Les Hautes Puissances contractantes sont convenues de communiquer la présente Convention aux gouvernements qui n'ont pu envoyer des plénipotentiaires à la Conférence internationale de Genève, en les invitant à y accéder; le protocole est à cet effet laissé ouvert.

ART. 10. – La présente Convention sera ratifiée, et les ratifications en seront échangées à Berne, dans l'espace de quatre mois, ou plus tôt si faire se

peut. En foi de quoi, les plénipotentiaires respectifs l'ont signée et y ont apposé le cachet de leurs armes.

Fait à Genève, le vingt-deuxième jour du mois d'août de l'an mil huit cent soixante-quatre

LITERATURA

- Dinan A. /2009/: *Sećanje na Solferino*, prevod, Beograd.
- Green L. C. /1993/: *The Contemporary Law of Armed Conflict*, Manchester.
- Howard L. S. /1979/: Documents on Prisoners of War, Naval War College, *International Law Studies*, Vol. 60, Newport.
- Kalshoven F. /1991/: *Constraints on the Waging of War*, Geneva.
- Luj Le Fir /1934/: *Međunarodno javno pravo*, prevod, Beograd.
- Marković St. M. /1906/: Ženevska konvencija, Beograd, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, broj 6.
- Oppenheim L. M. /1960/: *International Law a Treatise* Volume II Disputes War and Neutrality, London, New York, Toronto.
- Vučinić Z. /2006/: *Međunarodno ratno i humanitarno pravo*, Beograd.
- Yves S. /1986/: *Penal Aspects of International Humanitarian Law, International Criminal Law*, Volume I, Crimes, New York.
- Droit International Humanitaire-Traite & texts* /1960/: International Committee of the Red Cross, Geneva.
- Međunarodne Konvencije o ratnom pravu i sigurnosti* /1979/: Zagreb.
- Pregled međunarodnih ugovora i drugih akata od međunarodno-pravnog značaja za Srbiju od 1800. do 1918. Godine* /1953/: Beograd
- Zbornik Zakona i uredaba izdanih u Knjažestvu Srbiji od 5. avgusta 1877. do 12. juna 1878. godine* /1878/: broj 32, Beograd.

Jelena Đ. Lopičić-Jančić

Academy of Diplomacy and Security

CONVENTION FOR THE AMELIORATION OF THE CONDITION OF THE WOUNDED IN ARMIES IN THE FIELD, GENEVA, 22nd AUGUST 1864

SUMMARY

Geneva Convention for Amelioration of the Condition of the Wounded in Armies in the Field, from August 22nd 1864 is considered as the first major international instrument of military law, which protects wounded and sick. The Convention consists of 10 Articles.

Origin of this Geneva Convention is related to the International Red Cross in Geneva, as well as its founder Swiss writer J. Henry Dunant. On June 24th, 1859,

Dunant found himself in Northern Italy and witnessed the Battle of Solferino. Dunant immediately began organizing local inhabitants to carry the wounded from the battlefield. They were taken to local churches where local doctors and their assistants and nurses helped relieve their suffering and this was the idea for writing this Convention.

After this battlefield, Henry Dunant decided to write a book about his experiences in Solferino. The name of this book is *A Memory of Solferino* (1862) and his intention was to promote humanization of war, protection of sick and wounded combatants, making and adopting of convention about protection of wounded and sick combatants which would be signed between the countries.

The Convention had a powerful influence in the entire world. It is considered that this Convention was the base for later Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War from 1929 and Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armies in the Field from 1929, and later Four Geneva Convention of 1949 and their Additional Protocols I and II from 1977.

In our literature this Convention from 1864 is only summarily treated, and unjustly forgotten. The original text of the Convention was published on French language. In our legal literature the French version of this Convention was never published and it is the first time it is published integrally on French and Serbian Language.

Serbia signed this Convention on March 24th 1876, and very shortly it was accepted in the Serbia legal system.

This international convention regulated the status and legal protection of wounded or sick combats. In the very short period of time many countries signed this Convention from 1864, but unfortunately it was breached very soon in the wars during the end of nineteenth Century, as well as on the beginning of the twentieth Century, especially during the Great War, that is, First World War started in 1914 and grave breaches of this Convention occurred.

This paper gives a presentation, legal aspects and analysis of the Geneva Convention for Amelioration of the Condition of the Wounded in Armies in the Field, from August 22nd 1864.

Key words: Geneva Convention for Amelioration of the Condition of the Wounded in Armies in the Field, J. Henry Dunant, International Red Cross, wounded and sick.

Miloš Milovanović*
Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

RATNI IZVEŠTAČI KAO SVEDOCI U MEĐUNARODNOM KRIVIČNOM PRAVU – „SLUČAJ RANDAL“

Apstrakt. Odlukom žalbenog veća Međunarodnog krivičnog tribunala za bivšu Jugoslaviju (MKTJ) u slučaju Brđanin i Talić (IT-99-36) od 11. decembra 2002. godine ustanovljena je relativna zabrana ispitivanja ratnih izveštača kao svedoka u postupcima pred MKTJ. Neposredan povod za ovakvu odluku jeste odbijanje američkog novinara Džonatana Randala (Johnatan Randal) da svedoči u predmetu – naime, iako je prvobitno pretresno veće pozvalo Randala da svedoči, pa čak mu i izreklo obavezujući nalog za svedočenje pod pretnjom kazne, u žalbenom postupku, usled pritiska mnogobrojnih novinarskih udruženja, ovaj nalog je stavljen van snage. Do tog trenutka teorija i praksa međunarodnog krivičnog prava nisu poznavale nikakve privilegije kojima bi se ratni izveštači kao svedoci mogli služiti u krivičnom postupku, a danas ova odluka predstavlja priznati precedent poznat kao „slučaj Randal“ (Randal case).

Na početku rada upoznajemo se sa slučajem „Randal“. Prateći hronologiju preduzimanja radnji u postupku autor, kritički analizirajući, izlaže argumente stranaka i stavove sudskog veća u vezi sa stvaranjem tzv. „novinarske privilegije“. U zaključku, autor zauzima stav da je ustanovljavanje ove privilegije opravdano, imajući na umu značaj rada ratnih izveštača ali i pravilno uspostavljanje ravnoteže između osnovnih ljudskih prava i njihovih ograničenja.

Ključne reči: ratni izveštač, svedok, krivični postupak, Međunarodni krivični tribunal za bivšu Jugoslaviju, slučaj „Randal“.

1. UVOD U SLUČAJ „RANDAL“

Džonatan Randal (Johnatan Randal) je penzionisani američki ratni izveštač koji je tokom ratnih sukoba u bivšoj Jugoslaviji izveštavao sa područja Bosne i Hercegovine za dnevni list Vašington post (The Washington Post). Početkom 1993. godine zajedno sa prevodiocem, koji je tečno govorio srpski jezik, boravio je na području Banja Luke, gde je, između ostalog, intervjuisao Radoslava Brđanina, u to vreme istaknutog predstavnika bosanskih Srba. Kao plod tog razgovora u februaru iste godine u Vašingtonu pojavio se Randalov članak pod nazivom „Preserving the Fruits of Ethnic Cleansing: Bosnian Serbs, Expulsion Victims See Campaign as Beyond Reversal“.¹ U

* student doktorskih studija

1 J. Randal /1993/: Preserving the Fruits of Ethnic Cleansing: Bosnian Serbs, Expulsion Victims See Process as Beyond Reversal, *The Washington Post*, 11 February 1993, p. A34, aval: <http://www.highbeam.com/doc/1P2-932180.html>, 28. jul 2010.

tom članku je citiran Brđanin koji je, navodno, izjavio kako se zalaže za „miran egzodus ne-Srba kako bi se stvorio etnički čist prostor kroz dobrovoljno premeštanje stanovništva“. Prema citatu on je rekao i da „Muslimani i Hrvati ne treba da budu ubijeni već im treba dozvoliti da napuste svoje domove jer je to dobro rešenje problema“. Brđanin je optužio srpske vlasti da previše pažnje poklanjaju ljudskim pravima u nameri da zadovolje evropske vlade, ali i da „mi ne moramo ništa više da dokazujemo Evropi jer ćemo braniti naše granice po svaku cenu“. On je tada najavio i pripremanje zakona kako bi se ne-Srbi isterali iz državnih stanova da bi se napravila mesta za srpske izbeglice i porodice srpskih boraca.

Šest godina kasnije, 12. marta 1999. godine, tužilaštvo MKTJ je podiglo optužnicu protiv bosanskih Srba Radoslava Brđanina i Momira Talića optuživši ih, na osnovu individualne i komandne odgovornosti, za progon bosanskih Muslimana i bosanskih Hrvata u Autonomnoj regiji Krajina (ARK) između aprila i decembra 1992. godine.² I Brđanin i Talić su u vreme navedeno u optužnici bili članovi Kriznog štaba ARK i Ratnog predsedništva ARK, s tim što je Brđanin tu bio kao politički predstavnik, a Talić kao vojni oficir JNA.³ Brđanin je uhapšen 6. jula 1999. godine, a Talić 25. avgusta iste godine i obojica su po hapšenju sprovedeni u pritvor MKTJ.

2. RANDALOV ČLANAK KAO DOKAZ PROTIV RADOSLAVA BRĐANINA

2.1. Uvođenje članka u dokazni materijal

Na pretpretresnoj konferenciji u postupku protiv Brđanina i Talića (IT-99-36) održanoj 21. januara 2001. godine tužilaštvo MKTJ je, između ostalog, predložilo da se u dokaze tužilaštva uvrsti i navedeni Randalov članak iz Vašington posta. Tužilaštvo je tvrdilo kako ove izjave Brđanina predstavljaju dokaz njegove namere da se područje oko Banja Luke etnički očisti, a namera je predstavljala ključan elemenat nekoliko krivičnih dela za koja je on bio optužen.⁴ Sa druge strane, Brđanin je osporavao istinitost izjava koje mu se pripisuju u članku, navodeći da je novinar koji je bio prevodilac Randalu u stvari želeo da mu se osveti pa je netačno prevodio. Iz tog razloga on je uputio prigovor prihvatanju članka kao dokaza, napominjući da će u slučaju da se članak prihvati on tražiti da se Randal ispita kao svedok.⁵

U pogledu mogućnosti svedočenja tužilaštvo je kontaktiralo Randalu koji je nakon penzionisanja živeo u Parizu. On se sastao sa istražiteljima MKTJ i potpisao je

2 Aval: <http://www.icty.org/case/talic/4> i <http://www.icty.org/case/brdanin/4>, 1. avgust 2010.

3 U septembru 1991. godine više zajednica opština u Bosni i Hercegovini transformiralo se u srpske autonomne oblasti, a između ostalih, 17. septembra 1991. godine, Zajednica opština Bosanske Krajine transformirala se u Autonomnu regiju Krajina (ARK). Krizni štab ARK je formiran po uzoru na telo čije je postojanje bilo predviđeno u Socijalističkoj Federativnoj Republici Jugoslaviji (SFRJ) u sklopu odbrambenih planova, sa svrhom da ono preuzme funkcije opštinskih i republičkih organa vlasti u vreme rata ili vanrednog stanja kad se skupština, kao najviši organ vlasti, ne može sastati. Aktiviranjem rada kriznog štaba, krizni štab je imao svu izvršnu i zakonodavnu vlast i funkcionisao je kao kolektivno telo u čijem radu su učestvovali predstavnici svih bitnih segmenata državne vlasti.

4 *Prosecutor v. Brđanin and Talic* (IT-96-36-AR73.9), 11 December 2002, Appeals Chamber, „Decision on Interlocutory Appeal“, para. 4.

5 *Ibid.*

pisanu izjavi o događaju opisanom u članku ali je istovremeno izjavio da se protiv svedočenja u svojstvu novinara pred MKTJ. Kada ga je naknadno tužilaštvo pozvalo da se pojavi u sudu Randal je to odbio.⁶ Interesantno je da je i novinar koji je prevodio Randalu razgovor sa Brđaninom takođe odbio da svedoči.⁷

Suočeno sa jedne strane Randalovim odbijanjem da svedoči, a sa druge upornim insistiranjem Brđanina na pravu da unakrsno ispita Randalu, tužilaštvo je zatražilo od pretresnog veća da izrekne nalog subpoena Randalu i da ga primora da svedoči. Nalog subpoena predstavlja pismenu naredbu suda kojom se nalaže određenoj osobi, organizaciji ili državi da pristupi sudu u određeno vreme, u određenom predmetu, pod pretnjom sankcije ako tako ne postupi.⁸ Pretresno veće MKTJ je prihvatilo zahtev tužilaštva i shodno članu 54 Pravilnika o postupku i dokazima MKTJ⁹ izreklo je 29. januara 2002. godine poverljiv nalog subpoena (confidential subpoena) Džonatanu Randalu, naređujući mu, da se pojavi kao svedok pred sudom.

2.2. Razmatranje prihvatljivosti dokaza

Tokom februara i marta 2002. godine stranke su sudu dostavile nove podneske o (ne)prihvatljivosti Randalovog članka i njegovog svedočenja kao dokaza u postupku. Brđanin je tvrdio da je Randalov članak neprihvatljiv jer je irelevantan pošto se odnosi na događaje koji nisu bili obuhvaćeni tada važećom četvrtom izmenjenom optužnicom protiv njega. Dalje, on napominje da će, ukoliko se članak usvoji kao dokaz, pozvati kao svedoka novinara koji je prevodio Randalu, jer Randal nije znao srpski jezik, pa nije mogao ni da zna tačan sadržaj onoga što je Brđanin govorio.

Tužilaštvo je već i ranije priznalo da bi najbolji dokaz zaista bilo svedočenje samog prevodioca, ali je istaklo da je on odbio da svedoči i da se čine napori da on ipak pristane. Ukoliko se ne obezbedi svedočenje prevodioca tužilaštvo smatra da bi se ista svrha mogla postići svedočenjem Randalu. Tužilaštvo svoj predlog argumentuje činjenicom da se odnos između Randalu i prevodioca ne razlikuje od odnosa između istražitelja i svedoka, u situaciji kada bi istražitelj bio pozvan da svedoči o sadržaju iskaza koji je dobio od svedoka. Što se tiče vremenskog perioda obuhvaćenog optužnicom tužilaštvo je naglasilo da iako se vreme intervjua i vreme iz optužnice ne podudaraju, ipak je reč o periodu koji neposredno prethodi događajima navedenim u optužnici. Ono ponavlja da Brđaninov intervju potvrđuje njegovu nameru za sprovođenje etničkog čišćenja, a ta namera predstavlja bitan element krivičnih dela koja mu se stavljaju na teret.

6 E. Lieberman and F. Campbell /2003/: International Tribunal Recognizes Qualified Privilege for War Correspondents, *Communications Lawyer*, Vol. 20, n° 4, p. 10.

7 N. Schlesinger /2003/: Prosecutor v Brđjanin and Talic: In the Public Interest? War Correspondents as Witnesses before International Criminal Courts, *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 4, n° 1, p. 242.

8 U postupku pred MKTJ postoje dva tipa subpoena: (1) subpoena ad testificandum – kojom se nalaže obaveza svedočenja pred sudom pod pretnjom kazne i (2) subpoena duces tecum – naredba da se dostave određeni fizički dokazi pred sud pod pretnjom kazne. Više o nalogima subpoena videti: J. Jones and S. Powles S. /2006/: *Međunarodna krivična praksa*, Beograd, pp. 538–550.

9 *Rules of Procedure and Evidence ICTY* (IT/32/Rev. 44, adopted on 11 February 1994, last amended 10 December 2009), aval: <http://www.icty.org/sid/136>, 1. avgust 2010.

Nakon razmatranja podnesaka stranaka pretresno veće je donelo usmenu odluku kojom je zaključilo da su i Randalov članak i njegovo svedočenje kao dokazi prihvatljivi za sud.¹⁰ Na zatvorenoj sednici 18. marta 2002. godine pretresno veće je odobrilo tužilaštvu da dostavi Randalu relevantne transkripte privatnih i zatvorenih sednica na kojima je bilo reči o ovom pitanju, s tim da se ovi transkripti ne smeju dalje objavljivati trećim licima od strane Randala.¹¹

3. POSTUPAK PRED PRETRESNIM VEĆEM

9. maja 2002. godine Randal je sudu podneo podnesak u kome je tražio da se nalog subpoena stavi van snage.¹² Istog dana tužilaštvo je uputilo poverljiv odgovor na Randalov zahtev.¹³ Rešavajući o podnetim podnescima 10. maja 2002. godine veće je usmeno saslušalo stranke povodom argumenata koje su izneli u svojim podnescima.

3.1. Argumenti Džonatana Randala

U svom podnesku Randal je osporavao pravo pretresnog veća da izrekne nalog subpoena i da ga obaveže da svedoči, tvrdeći da to pravo nije apsolutno već da je ograničeno javnim interesom, upoređujući ga sa kvalifikovanom privilegijom koju uživa odnos advokat-klijent.¹⁴ On se poziva na ranije odluke MKTJ kojima su ustanovljene privilegije za određene kategorije lica kao što su državni zvaničnici¹⁵, komandant UNPROFOR-a¹⁶, zvaničnici MKTJ¹⁷, kao i osoblje organizacije Međunarodnog komiteta Crvenog krsta (MKCK)¹⁸, a u odnosu na koje važi zabrana ispiti-

10 *Prosecutor v. Brdjanin and Talic* (IT-99-36-T), 7 June 2002, Trial Chamber, „Decision on Motion to Set Aside Confidential Subpoena to Give Evidence“, para. 4–5.

11 *Ibid.*, para. 6.

12 *Prosecutor v. Brdjanin and Talic* (IT-99-36-T), 9 May 2002, „Written Submissions on Behalf of Jonathan Randal to Set Aside ‘Confidential Subpoena to Give Evidence’ Dated 29 January 2002“.

13 *Prosecutor v. Brdjanin and Talic* (IT-99-36-T), 9 May 2002, „Prosecution’s Response to ‘Written Submissions on Behalf of Jonathan Randal to Set Aside ‘Confidential Subpoena to Give Evidence’ Dated 29 January 2002“.

14 Privilegija advokat-klijent ustanovljena je pravilom 97 Pravilnika o postupku i dokazima MKTJ i njome je predviđeno da se sva komunikacija između branioca i klijenta smatra privilegovanom i da kao takva nije podložna obelodanjivanju na sudu osim u slučaju da klijent pristane na takvo obelodanjivanje ili u slučaju da klijent dobrovoljno obelodani sadržaj komunikacije trećoj osobi i ta treća osoba onda o tome svedoči.

15 *Prosecutor v. Blaskic* (IT-95-14-AR), 29 October 1997, Appeals Chamber, „Judgement on the Request of the Republic of Croatia for a Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997“, para. 38 and 43.

16 *Prosecutor v. Blaskic* (IT-95-21-AR), 12 May 1999, Trial Chamber, „Decision of Trial Chamber I on Protective Measures for General Philippe Morillon, Witness of the Trial Chamber.“

17 *Prosecutor v. Delalic* (IT-96-21-T), 8 July 1997, Trial Chamber, „Decision on the Motion Ex Parte by the Defence of Zdravko Mucic Concerning the Issue of a Subpoena to an Interpreter“, para. 20.

18 *Prosecutor v. Simic* (IT-95-9), 27 July 1999, Trial Chamber, „Ex Parte Confidential Decision on the Prosecution Motion under Rule 73 for a Ruling Concerning the Testimony of a Witness“, para 34–80. Više o privilegijama koje uživaju članovi organizacije Međunarodnog komiteta Crvenog krsta videti: E. A. Berman /2005/: In Pursuit of Accountability: The Red Cross, War Correspondents, and Evidentiary Privileges in International Criminal Tribunals, *New York University Law Review*, Vol. 80, n° 1, pp. 241–271.

vanja u svojstvu svedoka.¹⁹ Takođe, smatra Randal, pravilo 73 Pravilnika o postupku i dokazima Međunarodnog krivičnog suda (MKS)²⁰ omogućava ustanovljavanje novinarske privilegije. On dalje navodi već postojeća normativna rešenja koja štite novinare kao što su član 79 Protokola I Ženevskih konvencija koji propisuje mere zaštite novinara u oružanim sukobima²¹, član 10 Evropske konvencije o ljudskim pravima koji garantuje pravo na slobodu izražavanja²² kao i odluku Evropskog suda za ljudska prava u slučaju *Goodwin v. United Kingdom* (1996)²³ kojom se štiti javni interes novinarskog posla.

Prema Randalu javni interes koji zabranjuje ispitivanje novinara u svojstvu svedoka nalazi se u „izuzetnoj korisnosti koju novinarska profesija pruža međunarodnom krivičnom pravosuđu a koja se ogleda u medijskom izveštavanju u ratnim zonama, te pružanju važnih informacija javnosti o samom sukobu, uključujući i upozorenja o učinjenim mogućim ratnim zločinima, te obezbeđenju dokaza za istragu o njima“.²⁴ Sve te koristi koje novinarska profesija pruža javnosti mogle bi biti znatno ugrožene i umanjene ako bi novinari bili primorani da svedoče pred međunarodnim krivičnim sudovima. Randal navodi da bi negativne posledice svedočenja bile: (1) ugrožavanje nezavisnosti novinara i značajno smanjenje mogućnosti intervjuisanja civilnih i vojnih zvaničnika u oružanim sukobima jer ista lica ne bi pristala na razgovor ako bi znala da bi on kasnije mogao da se upotrebi kao dokaz na sudu protiv njih, (2) sami novinari i njihovi izvori informacija bi time bili izloženi velikom riziku po život i (3) količina informacija koju novinari u oružanim

- 19 Zabrana ispitivanja određenih lica u svojstvu svedoka, koja se često označava i kao dokazna privilegija (evidentiary privilege), može biti apsolutna ili relativna (kvalifikovana). Apsolutna zabrana postoji ukoliko se određeno lice ni pod kojim uslovima ne može ispitati kao svedok u pogledu određenog predmeta svedočenja, a relativna zabrana ukoliko se određeno lice primarno ne može ispitati kao svedok, ali je to supsidijarno moguće, ukoliko se ispunе određeni uslovi.
- 20 *Rules of Procedure and Evidence ICC* (adopted and entry into force by the Assembly of States Parties 9 September 2002), aval: <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Legal+Texts+and+Tools/>, 3. avgust 2010.
- 21 *Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts*, opened for signature 8 June 1977, entered into force 7 December 1978. Ovim članom je predviđeno da će se novinari angažovani u opasnim profesionalnim misijama u područjima oružanog sukoba smatrati civilima, te da će oni uživati zaštitu kao i civili, pod uslovom da ne preduzimaju radnje koje bi negativno mogle da utiču na njihov status.
- 22 *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, opened for signature 4 November 1950, entered into force 3 September 1953 ('*European Convention on Human Rights*'). Ovo pravo obuhvata slobodu posedovanja sopstvenog mišljenja, primanja i saopštavanja informacija i ideja bez mešanja javne vlasti i bez obzira na granice.
- 23 *Goodwin v. United Kingdom*, Judgement of 27 March 1996, Series A, No. 17488/90; 22 EHHR 123 (1996). U pogledu javnog objavljivanja poverljive informacije koja bi štetila finansijskim interesima neke kompanije, sud je zaključio da je pravo na slobodu govora koje je u javnom interesu pretežnije od komercijalnih interesa. Više o ovom slučaju videti: D. Joyce /2007/: *The Judith Miller Case and the Relationship between Reporter and Source: Competing Visions of the Media's Role and Function*, *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*, Vol. 17, n° 3, pp. 580–584.
- 24 *Prosecutor v. Brdjanin and Talic* (IT-99-36-T), 9 May 2002, „Written Submissions on Behalf of Jonathan Randal to Set Aside ‘Confidential Subpoena to Give Evidence’ Dated 29 January 2002“, para. 12.

sukobima prikupljaju, a posebno onih o mogućim zločinima protiv čovečnosti, bi bila znatno smanjena.²⁵

S obzirom na sve navedene negativne posledice svedočenja novinara Randal je predložio ustanovljavanje kvalifikovane privilegije ili pretpostavke u korist novinara kojom bi bilo zabranjeno ispitivanje novinara u svojstvu svedoka pred međunarodnim krivičnim tribunalima. Ova privilegija ne bi bila apsolutna već bi važila samo za novinare koji izveštavaju u ratnim zonama i ona ne bi dirala u pravo novinara da ipak dobrovoljno svedoče ukoliko to žele. Ukoliko ne žele dobrovoljno da svedoče, novinari bi bili primorani na to jedino u slučaju ako bi kumulativno bila ispunjena dva uslova: (1) ako bi novinar mogao da pruži prihvatljive dokaze od presudne važnosti za donošenje odluke o krivici optuženog i (2) ako pritom davanje tih dokaza ne bi stavilo novinara, njegovu porodicu ili izvor informacija u ozbiljnu opasnost za život.²⁶

Analizirajući predloženo rešenje Randal zaključuje da u odnosu na njega ne postoji obaveza svedočenja po ovim kriterijumima jer iskaz koji bi on mogao da da pred sudom svakako nije od presudne važnosti za donošenje odluke o krivici optuženog. Alternativno, u slučaju da veće ipak ne usvoji njegov predlog o ustanovljavanju novinarske privilegije, on smatra da ni tada ne postoji njegova obaveza pojavljivanja pred sudom jer iskaz koji bi on mogao da pruži nije validan – kako on ne zna srpski jezik on ne bi mogao da svedoči o onome što mu je Brđanin govorio već se to može utvrditi jedino ispitivanjem lica koje je prevodilo razgovor. Iz svih tih razloga on zahteva od veća da povuče izrečeni nalog subpoena prema njemu.²⁷

3.2. Argumenti tužilaštva MKTJ

U svom odgovoru na podnesak Randalovog tužilaštva je istaklo da javni interes zaštite novinara i njihovih izvora informacija ne može postojati ukoliko se radi o već objavljenim materijalima i već identifikovanim izvorima informacija, a kakav je slučaj sa Randalovim člankom.²⁸ Samim objavljivanjem članka u novinama Randal je ugrozio svoju poziciju izveštaja i dalji pristup zvaničnicima vlasti u oružanom sukobu, te njegovo javno svedočenje pred MKTJ ne bi dalje ugrozilo njegovu već ugroženu poziciju. Činjenica da je Randal u penziji i da više ne radi kao ratni izveštaj samo još više potvrđuje stavove tužilaštva.

Na Randalovu konstataciju da njegovo svedočenje ne bi imalo presudan značaj za donošenje odluke tužilaštvo je konstatovalo sasvim suprotno – da Randalov članak predstavlja srž optužbe protiv Brđanina samim tim što predstavlja dokaz iz prve ruke (razgovor je lično vođen sa Brđaninom) i samim tim što dokazuje nameru etničkog čišćenja koja je bitan element krivičnog dela genocida.²⁹

25 *Ibid.*, para. 12, 26, 41.

26 *Ibid.*, para. 13.

27 *Prosecutor v. Brđjanin and Talic* (IT-99-36-T), 7 June 2002, Trial Chamber, „Decision on Motion to Set Aside Confidential Subpoena to Give Evidence“, para. 14–15.

28 N. Schlesinger, *op. cit.*, p. 245.

29 *Prosecutor v. Brđjanin and Talic* (IT-99-36-T), 7 June 2002, Trial Chamber, „Decision on Motion to Set Aside Confidential Subpoena to Give Evidence“, para. 17.

Tužilaštvo je navelo da u dotadašnjoj praksi MKTJ nema odluka koje bi podržale ustanovljavanje privilegije za novinare, čak, šta više, da su novinari vrlo često bili svedoci u procesima pred tribunalom. Analizirajući navedene izvore međunarodnog prava koje je Randal predložio u korist novinarske privilegije tužilaštvo je zauzelo stav da slučaj *Goodwin v. United Kingdom* ne podržava Randalovu tezu zato što se bavi zaštitom poverljivih izvora informacija, a izvor informacija iz Randalovog članka nikada nije bio sporan već je identifikovan u samom članku kao Radoslav Brđanin.³⁰ Ovaj slučaj pokazuje u stvari da je predložena Randalova privilegija izvan opsega usvojenih privilegija u međunarodnom pravu.³¹

Iz svega navedenog tužilaštvo smatra da tribunal ima pravo da izdaje naloge subpoena novinarima, a da li će to učiniti i primorati ih na svedočenje zavisi od okolnosti svakog konkretnog slučaja, a pre svega od prirode i težine krivičnog dela koje se okrivljenom stavlja na teret i značaja iskaza novinara za rešavanje krivične stvari. U konkretnom slučaju značaj Randalovog iskaza je veliki, te subpoena mora ostati na snazi i on se mora primorati da svedoči pred tribunalom.³²

3.3. Odluka pretresnog veća

Pretresno veće MKTJ u sastavu sudija Carmel Agius predsednik veća, sudija Ivana Janu i sudija Chikako Taya, donelo je 7. juna 2002. godine odluku kojom je odbilo zahtev Džonatana Randalda da stavi van snage poverljivi nalog subpoena kojim mu je naloženo da svedoči.³³

Veće se složilo sa tvrdjenjem Randalda da postoji javni interes u izveštavanju ratnih izveštača koji im omogućava da svoj posao obavljaju nezavisno i bezbedno, te da stoga ne bi bilo potrebno u svakom slučaju izdavati naloge subpoena novinarima. Međutim, veće se nije složilo sa tvrdjenjem da je u Randalovom slučaju ugrožen taj javni interes. Ono je prihvatilo stav tužilaštva da taj interes ne može postojati ukoliko se radi o već objavljenim materijalima i već identifikovanim izvorima informacija a kakav je slučaj sa Randalovim člankom.³⁴

Što se tiče mogućih posledica Randalovog svedočenja veće zaključuje da nema apsolutno nikakvih naznaka da bi ono moglo da dovede do opasnosti po njegov život ili telo iz dva razloga: (1) Randal je u penziji i (2) nakon objavljivanja članka Randal je više puta boravio u području Banja Luke u toku 4 godine, te se u tom periodu više puta sastajao sa samim Brđaninom ali nije imao nikakve ozbiljnije neprijatnosti.³⁵

30 *Prosecutor v. Brđjanin and Talic* (IT-99-36-T), 9 May 2002, „Prosecution’s Response to ‘Written Submissions on Behalf of Jonathan Randal to Set Aside „Confidential Subpoena to Give Evidence“ Dated 29 January 2002“: para. 13–15.

31 Vidi: K. Buchanan /2004/: Freedom Of Expression And International Criminal Law: An Analysis Of The Decision To Create A Testimonial Privilege For Journalists, *Victoria University of Wellington Law Review*, Vol. 35, n° 3, pp. 623–636.

32 *Ibid.*, para. 30–32.

33 *Prosecutor v. Brđjanin and Talic* (IT-99-36-T), 7 June 2002, Trial Chamber, „Decision on Motion to Set Aside Confidential Subpoena to Give Evidence“, Aval: <http://www.icty.org/x/cases/brdanin/tdec/en/t020612.htm>, 5. avgust 2010.

34 *Ibid.*, para. 25–27.

35 *Ibid.*, para. 28.

U pogledu Randalovog predloga za stvaranje privilegije kojom bi bilo zabranjeno ispitivanje novinara u svojstvu svedoka, veće smatra da je predlog neselektivan: „On stavlja u isti koš mnoštvo mogućih situacija u kojima se mogu naći novinari u kojima im se priznaju potpuno različite privilegije od apsolutnih do relativnih. Za njega nema razlike između slučaja novinara koji želi da sačuva identitet poverljivog izvora informacije i slučaja novinara koji je taj identitet objavio. Odluka Evropskog suda za ljudska prava u slučaju Goodwin može biti od značaja samo ako se radi o poverljivoj informaciji koja nije objavljena ali to u nije slučaj kod Randalovog članka.“³⁶

Za veće nema nikakve sumnje da, ukoliko se dokažu kao istinite, Brđaninove izjave date Randalu imaju relevantan značaj („are pertinent“) za donošenje odluke. Stoga veće „ne može lišiti tužilaštvo prava da uvede Randalov članak u dokaze i prava da pozove Randalu kao svedoka da potvrdi njegovu autentičnost, niti može lišiti Brđanina prava da ga unakrsno ispita“.³⁷ Iz svih navedenih razloga veće je odlučilo da odbije Randalov zahtev, te je nalog subpoena ostao na snazi.

4. ŽALBENI POSTUPAK

Sedam dana kasnije, 14. juna 2002. godine Randal je od pretresnog veća tražio dozvolu da podnese žalbu na ovakvu odluku³⁸, a to pravo mu je potvrđeno 19. juna.³⁹ Žalbu je podneo 26. juna, a 4. jula je tribunalu dostavio dodatni podnesak u prilog žalbi.⁴⁰ Odgovor na žalbu tužilaštvo je dostavilo 15. jula, a Randal je na nju odgovorio svojom replikom 6. avgusta 2002. godine.⁴¹

U međuvremenu 1. avgusta 2002. godine, na osnovu pravila 74 i 107 Pravilnika o postupku i dokazima MKTJ, žalbeno veće je odobrilo zahtev 34 medijske kuće i udruženja novinara da u svojstvu prijatelja suda (*amici curiae*) dostave podnesak u korist Randalu⁴², koji su oni i dostavili 16. avgusta.⁴³ Autori podneska su između

36 *Ibid.*, para. 29.

37 *Ibid.*, para. 32.

38 *Prosecutor v. Brđjanin and Talic* (IT-99-36-T), 14 June 2002, „Application for Certification from Trial Chamber to Appeal ‘Decision on Motion to Set Aside Confidential Subpoena to Give Evidence’“.

39 *Prosecutor v. Brđjanin and Talic* (IT-99-36-T), 19 June 2002, Trial Chamber, „Decision to Grant Certification to Appeal the Trial Chamber’s ‘Decision on Motion to Set Aside Confidential Subpoena to Give Evidence’“.

40 *Prosecutor v. Brđjanin and Talic* (IT-99-36-AR73.9), 4 July 2002, „Written Submissions in Support of Motion to Appeal Trial Chamber’s ‘Decision on Motion on Behalf of Jonathan Randal to Set Aside Confidential Subpoena to Give Evidence’“.

41 *Prosecutor v. Brđjanin and Talic* (IT-99-36-AR73.9), 6 August 2002, „Appellant’s Reply to ‘Prosecution’s Response to Written Submissions in Support of Motion to Appeal Trial Chamber’s ‘Decision on Motion on Behalf of Jonathan Randal to Set Aside Confidential Subpoena to Give Evidence’“ Filed 4 July 2002”“.

42 *Prosecutor v. Brđjanin and Talic* (IT-99-36-AR73.9), 1 August 2002, Appeals Chamber, „Décision relative à la requête aux fins de prorogation de délai et autorisant à comparaître en qualité d’*amici curiae*“.

43 *Prosecutor v. Brđjanin and Talic* (IT-99-36-AR73.9), 17 August 2002, „Brief Amici Curiae on Behalf of Various Media Entities and in Support of Jonathan Randal’s Appeal of Trial Chamber’s ‘Decision on Motion to Set Aside Confidential Subpoena to Give Evidence’“.

ostalih the New York Times, Associated Press, CNN, BBC, Komitet za zaštitu novinara, Reporteri bez granica, Međunarodno udruženje novinara i drugi.

4. septembra 2002. godine žalbeno veće je izdalo nalog o kazazivanju usmene rasprave, pa je 3. oktobra saslušalo argumente stranaka i prijatelja suda.

4.1. *Žalbeni argumenti Džonatana Randal*

U svojoj žalbi Randal je zatražio od žalbenog veća da ukine prvostepenu odluku i da nalog subpoena stavi van snage. On smatra da je pretresno veće pogrešilo zato što nije ustanovilo novinarsku privilegiju čime je načinilo grešku u primeni prava koja obesnažuje odluku. Stvaranje ovakve privilegije je po Randalu opravdano „u cilju očuvanja mogućnosti novinara da efikasno istražuju i izveštavaju sa područja gde se čine ratni zločini. U suprotnom novinari će biti izloženi znatno većem riziku, pa će manje njih istraživati ratne zločine, što će dovesti do toga da će javnost biti uskraćena za važne informacije o istim. To će uticati i na ometanje samog procesa međunarodne pravde radi koga su i osnovani međunarodni krivični sudovi kao što je i MKTJ.“⁴⁴

Randal smatra, da prilikom odlučivanja, da li će se izdati subpoena ili ne, veće ne može poći samo od kriterijuma da li je svedočenje relevantno za donošenje odluke ili ne. Umesto toga, on predlaže da pretresno veće može izdati nalog subpoena novinaru i može ga primorati da svedoči jedino u situacijama kada bi on mogao da pruži sudu prihvatljiv dokaz koji je: (1) od presudne važnosti za donošenje odluke odluke o krivici optuženog, (2) koji se ne može izvesti na drugi način ili svedočenjem nekog drugog svedoka, (3) koji ne zahteva od novinara kršenje bilo koje obaveze koja se zasniva na poverenju, (4) koji neće dovesti u opasnost po život novinara, člana njegove porodice ili izvor informacije i (5) koji neće služiti kao presedan koji će nepotrebno ugroziti efikasnost ili bezbednost drugih novinara koji će izveštavati iz ratnih zona u budućnosti.⁴⁵

Kao drugi žalbeni osnov Randal navodi grešku u utvrđivanju činjeničnog stanja zbog koje je došlo do neostvarenja pravde: ta greška je nastala kada je pretresno veće zaključilo da bi njegovo svedočenje bilo relevantno za donošenje odluke. Prema Randalovom mišljenju njegovo svedočenje ne može koristiti ni tužilaštvu ni odbrani jer on ne govori srpski jezik i intervju je radio preko prevodioca. On tvrdi da bi eventualnim svedočenjem mogao samo da komentariše ponašanje Brđanina tokom intervjuja ali ne bi mogao da garantuje za tačnost prevoda Brđaninove izjave koja se pojavila u članku. Stoga, Randal predlaže da pri odlučivanju da li će izdati nalog subpoena ili ne, veće treba da pažljivo analizira značaj iskaza koji bi on u svojstvu svedoka mogao da dâ.⁴⁶

4.2. *Žalbeni argumenti prijatelja suda*

Žalba amici curiae sadrži gotovo identične argumente kao i Randalova žalba kada je u pitanju značaj ustanovljavanja kvalifikovane novinarske privilegije: „Primoravanje novinara da svedoče protiv svojih izvora informacija, bilo da su ti izvori

44 *Prosecutor v. Brđjanin and Talic* (IT-96-36-AR73.9), 11 December 2002, Appeals Chamber, „Decision on Interlocutory Appeal“, para. 11.

45 *Ibid.*, para. 15.

46 *Ibid.*, para. 16–17.

poverljivi ili ne, učiniće da budući potencijalni izvori informacija manje govore, znajući da bi taj iskaz mogao da se kasnije koristi kao dokaz protiv njih na sudu. To će ratne izveštače na terenu od posmatrača i izveštača pretvoriti u saučesnike, podrivajući njihov kredibilitet i nezavisnost a time i njihovu sposobnost da prikupe informacije.⁴⁷

Prijatelji suda kritikuju i odluku pretresnog veća da izda nalog subpoena i primora Randalu da svedoči samo na osnovu tvrđenja da je taj dokaz relevantan za donošenje odluke. Standard relevantnosti koji primenjuje pretresno veće („if the testimony sought is „pertinent“ to the case“) je, po mišljenju amici curiae, toliko nejasan da će neminovno dovesti do konfuzije u novinarskoj zajednici, te da će dovesti do nepotrebnog izdavanja naloga subpoena novinarima. Iz tih razloga oni predlažu da se usvoji pravilo po kome pretresno veće može izdati nalog subpoena novinaru i može ga primorati da svedoči jedino ako su kumulativno ispunjena dva uslova: (1) svedočenje novinara je od suštinskog značaja za donošenje odluke o krivici optuženog i (2) ta informacija ne može da se pribavi na drugi način.⁴⁸ Primenujući predloženi test na Randalovo svedočenje, amici curiae zaključuje da on ne treba da bude primoran da svedoči pred MKTJ jer njegovo svedočenje nije i ne može biti od suštinskog značaja za donošenje odluke o krivici optuženog. Sa druge strane, čak i da Randalovo svedočenje ima takav kvalitet, tužilaštvo nije pokazalo da je njegov iskaz jedini način za dobijanje te informacije tj. da se ona ne može pribaviti na drugi način.

4.3. Odgovor na žalbu tužilaštva

U odgovoru na žalbu tužilaštvo navodi da je pretresno veće pravilno odlučilo kada je odbilo Randalov predlog da ustanovi kvalifikovanu novinarsku privilegiju, kao i kada je na osnovu činjeničnog stanja utvrdilo da Randal treba da bude primoran da svedoči.

Tužilaštvo tvrdi da nema nikakve korisnosti ako bi se ustanovila novinarska privilegija kojom bi bilo zabranjeno ispitivanje novinara kao svedoka u pogledu informacija koje su već javno objavljene ili kada su izvori informacija već identifikovani, a kakav je ovde slučaj. Opasnost po život i telo i opasnost od gubitka potencijalnih izvora informacija, za novinare koji izveštavaju iz zona ratnih sukoba, je posledica koja je neposredno uzrokovana objavljivanjem informacija koje otkrivaju ponašanje strana u sukobu, a ne potencijalnom mogućnošću svedočenja pred sudom o stvarima koje su već otkrili javnosti u svojim izveštajima.⁴⁹ Dalje, nema mesta stvaranju privilegije jer „interesi međunarodne zajednice, interesi žrtava zločina u obezbeđivanju i dostupnosti svih relevantnih dokaza i interes optuženog u ostvarivanju svog prava da ispituje svedoke protiv njega“ preovlađuju u odnosu na „legitiman interes novinara za stvaranje kvalifikovane privilegije“.⁵⁰

47 *Ibid.*, para. 18.

48 *Ibid.*, para. 20.

49 *Ibid.*, para. 23.

50 *Ibid.*, para. 27.

Tužilaštvo zauzima stav da, čak i ako bi se prihvatili predlozi Randalala i amici curiae o ustanovljavanju privilegije, pretresno veće bi moralo da izda nalog subpoena Randalu i primora ga da svedoči iz dva razloga. Prvo, izjave optuženog iz članka u novinama su od suštinskog značaja za donošenje odluke o krivici optuženog jer predstavljaju direktan dokaz o nameri potrebnoj za postojanje nekih od krivičnih dela koje se optuženom stavljaju na teret. Drugo, navedeni dokaz nije dostupan iz drugih izvora jer jedini drugi svedok koji bi mogao da svedoči o tome jeste novinar koji je prevodio intervju a koji je odbio da svedoči.

4.4. Odluka žalbenog veća

Žalbeno veće MKTJ koga su činili sudije Claude Jorda – predsednik veća, Mohamed Shahabuddeen, Mehmet Güney, Asoka de Z. Gunawardana i Theodor Meron donelo je 11. decembra 2002. godine odluku koja je, možemo slobodno reći, od istorijske važnosti za međunarodno krivično pravo.⁵¹ Ovom odlukom ustanovljena je relativna zabrana ispitivanja ratnih izveštača kao svedoka u postupcima pred MKTJ kao novinarska privilegija koja do tada nije bila poznata u međunarodnom krivičnom pravu.

U predgovoru odluke žalbeno veće je naglasilo da se upotreba ovog pravila ograničava samo na ratne izveštače (war correspondents), a ne na novinare uopšte: „Iako stranke u postupku i amici curiae u središte problema stavljaju novinare uopšte (journalists), važno je uočiti da se predmet ovog postupka tiče jedne manje grupe u okviru novinarske profesije a to su ratni izveštači (war correspondents). Ratni izveštači se od ostalih novinara razlikuju po specifičnostima posla koji obavljaju i rizicima sa kojima se suočavaju izveštavajući iz ratnih zona. Pod ratnim izveštaci- ma žalbeno veće MKTJ podrazumeva osobe koje, u bilo kom vremenskom periodu, izveštavaju ili istražuju za potrebe izveštavanja iz zona oružanih sukoba o pitanjima koje se odnose na taj sukob“.⁵² Neki autori smatraju da ova definicija zapravo pokriva sve novinare koji izveštavaju iz zona oružanih sukoba a ne samo ratne izveštače, koji, po tradicionalnim definicijama, moraju nositi uniforme i moraju biti pod zaštitom jedne od strana u sukobu.⁵³

Žalbeno veće zaključuje da ni Statut MKTJ ni Pravilnik o postupku i dokazima ne nude mnogo smernica relevantnih za ovaj slučaj. Na osnovu pravila 54 Pravilnika o postupku i dokazima pretresno veće može, na zahtev bilo koje stranke ili po sopstvenoj inicijativi, izdavati naloge subpoena kada utvrdi da je to neophodno u svrhu istrage, pripreme ili sprovođenja suđenja. Ovo diskreciono pravo veća međutim nije neograničeno: pre izdavanja naloga subpoena veće mora uzeti u razmatranje sve činjenice, a pre svega prihvatljivost i potencijalnu vrednost dokaza. Veće smatra da

51 Aval: <http://www.icty.org/x/cases/brdanin/acdec/en/randall021211.htm>, 7. avgust 2010.

52 *Prosecutor v. Brđjanin and Talic* (IT-96-36-AR73.9), 11 December 2002, Appeals Chamber, „Decision on Interlocutory Appeal“, para. 29.

53 A. Balguy-Gallois /2004/: The protection of journalists and news media personnel in armed conflict, *International Review of the Red Cross*, Vol. 86, n° 853, pp. 37–40; N. Kraut /2004/: A Critical Analysis of One Aspect of Randal in Light of International, European, and American Human Rights Conventions and Case Law, *The Columbia Human Rights Law Review*, Vol. 35, n° 2, pp. 341–343.

naloge subpoena ne bi trebalo izdavati olako jer oni podrazumevaju upotrebu pri-nude a mogu dovesti i do izricanja krivične sankcije.⁵⁴

Veće zatim raspravlja o činjenicama za koje smatra da moraju biti razmotrene pre donošenja odluke o izdavanju naloga subpoena ratnim izveštačima. Žalbeno veće je smatralo da u analizi ovog problema treba da odgovori na tri pitanja: (1) da li postoji javni interes za rad ratnih izveštača, (2) ako postoji, da li bi svedočenje ratnih izveštača pred tribunalom negativno uticalo na njihovu sposobnost da dalje obavljaju taj posao i (3) ako bi uticalo, da li postoji ravnoteža između javnog interesa svedočenja ratnih izveštača pred tribunalom i javnog interesa u dostavljanju svih relevantnih dokaza sudu i prava optuženog da osporava dokaze koji su izneti protiv njega?⁵⁵

U odgovoru na prvo pitanje veća je potvrdilo pozitivan stav pretresnog veća i izričito naglasilo da takav javni interes postoji. Ono je smatralo da je „energično delovanje štampe od suštinske važnosti za funkcionisanje otvorenog društva“ kao i da „novinari igraju vitalnu ulogu javnog čuvara koji je od suštinskog značaja u demokratskim društvima“.⁵⁶ Razmatrajući ulogu ratnih izveštača veće je pošlo od teškoća koje postoje u ratnim zonama gde je često teško dobiti tačne informacije a još teže ih distribuirati javnosti: „Prenos tih informacija je od suštinskog značaja za objektivno i nepristrasno obaveštavanje međunarodne javnosti o pitanjima koja se tiču života i smrti. One mogu biti od vitalnog značaja za pomoć onima koji bi sprečili ili kaznili zločine kao što su međunarodne mirovne misije ili međunarodni krivični tribunali. U tom smislu, veće podseća na informacije o užasnim patnjama zatočenika u logoru Omarska koje su potekle od ratnih izveštača, a koje su imale važnu ulogu u buđenju međunarodne zajednice da shvati ozbiljnost kršenja ljudskih prava tokom sukoba u Bosni i Hercegovini“.⁵⁷ Žalbeno veće se složilo sa pretresnim većem da ratni izveštači „igraju vitalnu ulogu u dovođenju pažnje međunarodne zajednice na užase i realnost konflikta“, te zaključuje da u pogledu ovog razloga, ratni izveštači služe javnom interesu.⁵⁸ Taj javni interes veće ne vidi samo kao pravo ratnih izveštača da slobodno saopštavaju i plasiraju informacije, već i kao pravo javnosti da ih prima (kako je zaključio i Evropski sud za ljudska prava u presudi u slučaju *Fresso and Roire v. France*⁵⁹).

Razmatrajući drugo pitanje žalbeno veće zaključuje da većina nacionalnih zakonodavstva priznaju privilegiju koja se odnosi na zabranu ispitivanja novinara u svojstvu svedoka samo kada su u pitanju poverljivi izvori informacija.⁶⁰ Međutim, ono primećuje i da u nekim državama postoje privilegije koje se odnose na svedočenje a kada su u pitanju informacije koje nisu poverljivog tipa.⁶¹ U oba ova slučaja,

54 *Prosecutor v. Brdjanin and Talic* (IT-96-36-AR73.9), 11 December 2002, Appeals Chamber, „Decision on Interlocutory Appeal“, para. 31–32.

55 *Ibid.*, para. 34.

56 *Ibid.*, para. 35.

57 *Ibid.*, para. 36.

58 *Ibid.*

59 *Fresso and Roire v. France*, Judgement of 21 January 1999, ECHR, para 51.

60 Veće u tom pogledu navodi *Contempt of Court Act 1981, Section 10*, (United Kingdom); *Code de Procedure Penale Art. 109* (France) and *Codice di Procedura Penale Art. 200(2)* (Italy).

61 Kao primere veće navodi *Strafprozessordnung § 53* (Germany), as amended on 15 February 2002; *United States v. LaRouche Campaign*, 841 F.2d 1176, 1181–82 (1st Cir. 1988); *United States v. Cuthbertson*, 630 F.2d 139, 147–48 (3d Cir. 1980) (United States).

zaključuje veće, obim privilegija se zasniva na proceni zakonodavca ili suda o potrebi da se zaštiti priroda novinarskog posla. Po analogiji sa navedenim pravilima, žalbeno veće zaključuje da obim zaštite koji se mora pružiti ratnim izveštačima koji svedoče pred međunarodnim tribunalima mora biti direktno proporcionalan šteti odnosno opasnosti koja može nastati vršenjem novinarske profesije odnosno funkcije izveštavanja, bez obzira da li je u pitanju poverljiv izvor informacije ili je informacija (odnosno izvor) već objavljena (identifikovana).⁶² Veće smatra da ratni izveštači kao svedoci treba, pre svega, da se posmatraju kao nezavisni posmatrači, a ne kao potencijalni svedoci optužbe.⁶³ U suprotnom postojale bi dve negativne posledice po ratne izveštače: prvo, oni bi u budućnosti mogli da imaju teškoće pri prikupljanju značajnih informacija o kršenjima ljudskih prava jer bi njihovi potencijalni sagovornici odbijali razgovor sa njima; a kao drugo, oni sami bi češće bili izloženi pretnjama po svoju bezbednost i bezbednost njihovih izvora informacija.⁶⁴ S obzirom na navedeno, žalbeno veće je mišljenja da primoravanje ratnih izveštača da svedoče pred MKTJ može imati značajan uticaj na njihovu sposobnost da dobiju informacije i time na njihovu sposobnost da informišu javnost o pitanjima od opšteg značaja. Stoga veće neće nepotrebno otežavati rad profesije koja obavljaju javni interes tako što bi ratne izveštače u svakom slučaju primoravalo da svedoče.⁶⁵

Pošto je utvrdilo da bi svedočenje ratnih izvetača povredilo javni interes, žalbeno veće je cenilo koji to drugi interes može biti pretežniji od javnog interesa izveštavanja, da bi bilo potrebno da ratni izveštači ipak svedoče? Veće smatra da taj pretežniji interes može biti jedino javni interes dostavljanja svih relevantnih dokaza sudu, kada postoji mogućnost da ratni izveštači dostave takve dokaze.⁶⁶ Izraz „relevantan dokaz“ („pertinent evidence“) je opšteg značenja pa veće smatra svrsishodnim da ga u ovom slučaju bliže odredi. Pod relevantnim dokazima žalbeno veće smatra dokaze koji su kumulativno: (1) od direktne i presudne važnosti za rešavanje suštinskog pitanja u predmetu (the evidence sought is of direct and important value in determining a core issue in the case) i (2) koji se ne mogu pribaviti na drugi način (the evidence sought cannot reasonably be obtained elsewhere).⁶⁷

Konačno rešavajući o nalogu subpoena koji je izdat Džonatanu Randalu a kojim ga obavezuje na svedočenje, žalbeno veće je zaključilo da bez obzira na dokaznu vrednost koju Randalov članak može imati, zadatak pretresnog veća je da utvrdi da li bi Randalov iskaz bio od direktne i presudne važnosti za rešavanje suštinskog pitanja u predmetu. Činjenica da Randal nije govorio srpski jezik, već da je intervju sa Brđaninom radio posredstvom prevodioca ukazuje na to da njegov iskaz teško da bi imao direktnu i presudnu važnost za rešavanje suštinskog pitanja u predmetu

62 *Prosecutor v. Brđjanin and Talic* (IT-96-36-AR73.9), 11 December 2002, Appeals Chamber, „Decision on Interlocutory Appeal“, para. 41.

63 *Ibid.*, para. 42.

64 *Ibid.*, para. 43.

65 *Ibid.*, para. 44.

66 *Ibid.*, para. 46.

67 *Ibid.*, para. 50.

Brđanin.⁶⁸ Iz tih razloga žalbeno veće je usvojilo žalbu žalioca i donelo odluku o stavljnju naloga subpoena van snage.⁶⁹ Veće je obavestilo tužilaštvo i odbranu da, ukoliko i dalje žele da Randal svedoči pred tribunalom i da mu se izda nalog subpoena, moraju da podnesu novi zahtev za to, koji bi pretresno veće moralo da razmotri u svetlu principa utvrđenih u ovoj odluci žalbenog veća.⁷⁰

4.5. Izdvojeno mišljenje sudije Shahabuddeen-a

Ovakvoj odluci žalbenog veća sudija Shahabuddeen je priložio svoje izdvojeno mišljenje.⁷¹ U njemu on navodi da se u potpunosti slaže sa stavom žalbenog veća da ratni izveštaji treba da uživaju kvalifikovanu privilegiju u pogledu svedočenja pred tribunalom, ali je doveo u pitanje dvodelni test koji je veće utvrdilo pri razmatranju da li da izda nalog subpoena Randalu ili ne. Za razliku od većine članova žalbenog veća koji su koristili „javni interes“ kao argument u prilog stvaranju privilegije, sudija Shahabuddeen je pokušao da pronađe pravne izvore na kojima bi ova privilegija mogla da se zasniva. U tom pogledu on navodi član 19 stav 3. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima⁷² koji govori o ograničenjima prava na slobodu mišljenja i izražavanja koja su moguća ako je to neophodno radi zaštite prava drugih, radi zaštite nacionalne bezbednosti, javnog poretka, zdravlja ili morala.

5. ZAKLJUČAK

Odluka žalbenog veća Međunarodnog krivičnog tribunala za bivšu Jugoslaviju u slučaju Brđanin od 11. decembra 2002. godine je, nesumnjivo, od istorijske važnosti za međunarodno krivično pravo. Kakva će biti uloga i domet ovog precedenta u budućim postupcima pred međunarodnim sudovima pokazaće vreme. Ono što je sigurno jeste da je ona pomerila granice pravnog rezonovanja i učinila korak napred u razvoju krivičnog procesnog prava.

Da li je taj korak ispravan? Mislimo da jeste. Osnovni zahtev svakog postupka koji se vodi pred sudom jeste zaštita ljudskih prava učesnika u postupku. Od te či-

68 *Ibid.*, para. 54.

69 *Ibid.*, para. 56.

70 *Ibid.*, para. 55. Tužilaštvo je novi zahtev da se Džonatanu Randalu izda nalog subpoena za svedočenje podnelo 29. januara 2003. godine. Pretresno veće MKTJ je 30. juna 2003. godine odbilo taj zahtev. Međutim, Randalov članak je uvršten u spis predmeta, bez prejudiciranja težine koju će mu pretresno veće pridati prilikom donošenja presude. Više o tome: C. Brants /2005/: A question of privilege, –in: *Annotated leading cases of International Criminal Tribunals – The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia 2001–2002* (Klip A. and Sluiter G., eds.), Vol. 8, pp. 261–262.

71 *Prosecutor v. Brđjanin and Talic* (IT-96-36-AR73.9), 11 December 2002, Appeals Chamber, „Separate Opinion of Judge Shahabuddeen“, Aval: <http://www.icty.org/x/cases/brdanin/acdec/en/021211sep-op.pdf>, 16. avgust 2010.

72 Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima je usvojen u Generalnoj skupštini UN 16. decembra 1966. godine, a stupio je na snagu 23. marta 1976. godine. Naša zemlja ga je ratifikovala Zakonom od 29. januara 1971. godine („Službeni list SFRJ“, br. 7/71), a stupio je na snagu 1976. godine.

njenice polazi i Haški tribunal: balansirajući između javnog interesa u radu ratnih izveštača (konkretizovanog kroz pravo ratnih izveštača da slobodno saopštavaju i plasiraju informacije kao i prava javnosti da ih prima) i javnog interesa u dostavljanju svih relevantnih dokaza sudu (pravo optuženog da predlaže i razmatra sve relevantne dokaze), žalbeno veće MKTJ daje prednost prvom kao opštijem i značajnijem javnom interesu. To za posledicu ima zabranu ispitivanja ratnih izveštača kao svedoka pred MKTJ, kako bi se omogućio njihov neometan rad u budućnosti. Ipak, da bi uspostavilo ravnotežu i da ne bi ugrozilo pravo na odbranu optuženog, veće ovu zabranu proglašava za relativnu – ratni izveštači će ipak morati da svedoče ako bi mogli sudu da dostave dokaze koji su od direktne i presudne važnosti za rešavanje suštinskog pitanja u predmetu i koji se ne mogu pribaviti na drugi način.

LITERATURA

- Balguy – Gallois A. /2004/: The protection of journalists and news media personnel in armed conflict, *International Review of the Red Cross*, Vol. 86, n° 853
- Berman E. A. /2005/: In Pursuit of Accountability: The Red Cross, War Correspondents, and Evidentiary Privileges in International Criminal Tribunals, *New York University Law Review*, Vol. 80, n°1
- Brants C. /2005/: A question of privilege, –in: *Annotated leading cases of International Criminal Tribunals – The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia 2001–2002* (Klip A. and Sluiter G., eds.), Vol. 8
- Buchanan K. /2004/: Freedom Of Expression And International Criminal Law: An Analysis Of The Decision To Create A Testimonial Privilege For Journalists, *Victoria University of Wellington Law Review*, Vol. 35, n°3
- Jones J. and Powles S. /2006/: *Međunarodna krivična praksa*, Beograd
- Joyce D. /2007/: The Judith Miller Case and the Relationship between Reporter and Source: Competing Visions of the Media's Role and Function, *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*, Vol. 17, n° 3
- Kraut N. /2004/: A Critical Analysis of One Aspect of Randal in Light of International, European, and American Human Rights Conventions and Case Law, *The Columbia Human Rights Law Review*, Vol. 35, n° 2
- Lieberman E. and Campbell F. /2003/: International Tribunal Recognizes Qualified Privilege for War Correspondents, *Communications Lawyer*, Vol. 20, n° 4
- Randal J. /1993/: Preserving the Fruits of Ethnic Cleansing: Bosnian Serbs, Expulsion Victims See Process as Beyond Reversal, *The Washington Post*, 11 February 1993
- Schlesinger N. /2003/: Prosecutor v Brdjanin and Talic: In the Public Interest? War Correspondents as Witnesses before International Criminal Courts, *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 4, n° 1

Korišćeni spisi MKTJ

- Prosecutor v. Brdjanin and Talic* (IT-99-36-T), 9 May 2002, „Written Submissions on Behalf of Jonathan Randal to Set Aside ‘Confidential Subpoena to Give Evidence’ Dated 29 January 2002“
- Prosecutor v. Brdjanin and Talic* (IT-99-36-T), 9 May 2002, „Prosecution's Response to ‘Written Submissions on Behalf of Jonathan Randal to Set Aside ‘Confidential Subpoena to Give Evidence’ Dated 29 January 2002“

- Prosecutor v. Brdjanin and Talic* (IT-99-36-T), 7 June 2002, Trial Chamber, „Decision on Motion to Set Aside Confidential Subpoena to Give Evidence“
- Prosecutor v. Brdjanin and Talic* (IT-99-36-T), 14 June 2002, „Application for Certification from Trial Chamber to Appeal ‘Decision on Motion to Set Aside Confidential Subpoena to Give Evidence’“
- Prosecutor v. Brdjanin and Talic* (IT-99-36-T), 19 June 2002, Trial Chamber, „Decision to Grant Certification to Appeal the Trial Chamber’s ‘Decision on Motion to Set Aside Confidential Subpoena to Give Evidence’“
- Prosecutor v. Brdjanin and Talic* (IT-99-36-AR73.9), 4 July 2002, „Written Submissions in Support of Motion to Appeal Trial Chamber’s ‘Decision on Motion on Behalf of Jonathan Randal to Set Aside Confidential Subpoena to Give Evidence’“
- Prosecutor v. Brdjanin and Talic* (IT-99-36-AR73.9), 1 August 2002, Appeals Chamber, „Décision relative à la requête aux fins de prorogation de délai et autorisant à comparaître en qualité d’amici curiae“
- Prosecutor v. Brdjanin and Talic* (IT-99-36-AR73.9), 6 August 2002, „Appellant’s Reply to ‘Prosecution’s Response to Written Submissions in Support of Motion to Appeal Trial Chamber’s ‘Decision on Motion on Behalf of Jonathan Randal to Set Aside Confidential Subpoena to Give Evidence’“ Filed 4 July 2002“
- Prosecutor v. Brdjanin and Talic* (IT-99-36-AR73.9), 17 August 2002, „Brief Amici Curiae on Behalf of Various Media Entities and in Support of Jonathan Randal’s Appeal of Trial Chamber’s ‘Decision on Motion to Set Aside Confidential Subpoena to Give Evidence’“
- Prosecutor v. Brdjanin and Talic* (IT-96-36-AR73.9), 11 December 2002, Appeals Chamber, „Decision on Interlocutory Appeal“
- Prosecutor v. Brdjanin and Talic* (IT-96-36-AR73.9), 11 December 2002, Appeals Chamber, „Separate Opinion of Judge Shahabuddeen“

Izvori međunarodnog krivičnog prava

- Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* (opened for signature 4 November 1950, entered into force 3 September 1953)
- Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts* (opened for signature 8 June 1977, entered into force 7 December 1978)
- Rules of Procedure and Evidence ICC* (adopted and entry into force by the Assembly of States Parties 9 September 2002)
- Rules of Procedure and Evidence ICTY* (IT/32/Rev.44, adopted on 11 February 1994, last amended 10 December 2009)

Internet izvori

- <http://www.icc-cpi.int/Menu/ICC/Legal+Texts+and+Tools/>, 3. avgust 2010
- <http://www.icty.org/case/talic/4>, 1. avgust 2010
- <http://www.icty.org/case/brdanin/4>, 1. avgust 2010
- <http://www.icty.org/sid/136>, 1. avgust 2010
- <http://www.highbeam.com/doc/1P2-932180.html>, 28. jul 2010

Miloš Milovanović

University of Belgrade Faculty of Law

WAR CORRESPONDENTS AS WITNESSES IN INTERNATIONAL CRIMINAL LAW – RANDAL CASE

SUMMARY

In a decision from 11 December 2002, the Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY), in the case of *Prosecutor v. Brdjanin and Talic (IT-96-36)*, decided not to compel a former war correspondent Jonathan Randal to testify against the accused Radoslav Brdjanin, whom he had interviewed in 1993. That was for the first time that an international court has recognized a qualified privilege for war correspondents, thereby extending the traditional categories of privileged persons. The Appeals Chamber holds that in order for a Trial Chamber to issue a subpoena to a war correspondent (to compel a war correspondent to testify) a two-pronged test must be satisfied: first, the petitioning party must demonstrate that the evidence sought is of direct and important value in determining a core issue in the case, and second, it must demonstrate that the evidence sought cannot reasonably be obtained elsewhere.

This article discusses that decision through critical analysis of the arguments of the parties and the views of the chambers. The author concludes that the establishment of this privilege is justified, bearing in mind the importance of war correspondents (in some situations compelling journalists to testify may hinder the ability of the press to provide accurate and reliable information) and the balance between basic human rights and their limitations (not only the press has the task of imparting information and ideas on matters of public interest, the public also has a right to receive them).

Key words: war correspondent, witness, criminal proceedings, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Randal case.

IZ ISTORIJE KRIVIČNIH NAUKA

GRGUR MILOVANOVIĆ – PROFESOR KRIVIČNOG PRAVA I KRIVIČNOG POSTUPKA

Grgur Milovanović (1842–1924) je nedovoljno poznat našoj naučnoj i stručnoj javnosti. Takvo stanje je nedopustivo s obzirom da se može tvrditi da je on jedan od osnivača savremene nauke krivičnog prava u Srbiji. Zato je redakcija časopisa „Crimen“ odlučila da u ovom broju objavi makar mali deo njegovih obimnih predavanja koja su se u obliku litografisanih skripata (na oko 1.300 strana) dugo godina koristila kao udžbenik na Velikoj školi na kojoj je Milovanović na Pravnom fakultetu predavao Krivično pravo i Krivični postupak od 1875. do 1903. godine.

Ovom prilikom će biti ukazano na doprinos Grgura Milovanovića nastanku i razvoju nauke krivičnog prava u Srbiji.¹ Njegovo ime zaslužuje da se nađe uz imena Đorđa Cenića i Jovana Avakumovića koji su u Srbiji napisali prva sistematska dela u oblasti krivičnog prava. Postavlja se pitanje zašto ime Grgura Milovanovića danas nije uz dva spomenuta imena. Glavni razlog za to jeste činjenica da Grgur Milovanović nije objavio nijedan rad iz oblasti krivičnog prava. Skoro tri decenije njegovog uspešnog profesorskog rada nije moglo ni donekle da ublaži tu činjenicu. To ukazuje i na moguć odgovor na pitanje koje se ponekad postavlja u univerzitet-skim krugovima. Ako već neko ne može da ostvari i jedno i drugo, da li je važnije biti dobar predavač i profesor ili naučnik i pisac?² Njegovo jedino štampano delo (*O slobodnoj štampi uopšte*, Beograd, 1901), izuzetno visokih kvaliteta, iako sadrži naglašene krivičnopravne aspekte, ipak je iz druge oblasti. S druge strane, radovi Cenića i Avakumovića bili su prvi i dugo i jedini radovi sistematskog karaktera (sve do pojave udžbenika T. Živanovića 1910. godine) iz oblasti krivičnog prava. Oni su bili poznati i citirani ne samo kod nas, već i u inostranstvu (npr. List u više izdanja svog udžbenika navodi Cenićeva *Objašnjenja Kaznitelnog zakonika*). Imajući u vidu dugogodišnji rad G. Milovanovića kao profesora, kao i njegova predavanja, teško je

-
- 1 Na osnovu izvorne građe život i delo ovog zaslužnog čoveka osvetljava monografija Milije Đorđevića koja se, u izdanju opštine Smederevska Palanka (G. Milovanović je rođen u selu Ratari koje se nalazi na teritoriji te opštine), pojavila pre nekoliko godina. Knjiga istovremeno daje jednu upečatljivu sliku o opštim prilikama u Srbiji toga vremena, a posebno o stanju u oblasti prosvete, kulture i nauke (posebno pravne). Up. M. Đorđević, *Profesor Grgur Milovanović*, Smederevska Palanka, 2007.
 - 2 Upravo upoređivanje G. Milovanovića i T. Živanovića daje očiglednu prednost pisanju i objavljivanju naučnih radova. Toma Živanović je, na osnovu onoga što se moglo saznati od njegovih studenata i savremenika kao predavač bio lošiji od svog prethodnika Grgura Milovanovića, ali se postavlja pitanje ko to danas zna i uopšte od kakvog je to značaja, imajući u vidu šta su jedan i drugi iza sebe ostavili. Dok je Grgur Milovanović samo posredno uticao na razvoj nauke krivičnog prava u Srbiji obrazujući brojne generacije pravnika, T. Živanović je svojim radovima u nauci krivičnog prava, kao i u pravnoj filozofiji, ostavio neizbrisiv trag.

dati odgovor na pitanje zašto se i on nije pridružio pomenutoj dvojici autora štampanjem svog udžbenika. Tome na putu nisu stajale prepreke finansijske prirode, jer je Ministarstvo prosvete 1894. godine obezbedilo potrebna sredstva u tu svrhu. Iako su lični i porodični problemi koje Grgur Milovanović u svojoj autobiografiji navodi mogli da ga ozbiljno ometu u tom poslu, naročito u kasnijem periodu, stiče se utisak da su oni ipak više opravdanje koje on traži pre svega pred samim sobom.³ Imajući u vidu ceo život i rad Grgura Milovanovića, kao jedan od razloga zašto nije pripremio za štampu svoja predavanja, treba videti u tome što je on kako sebi tako i drugima postavljao visoke kriterijume i standarde. To je naročito važno za njegove poglede na nauku. Drugi ozbiljan razlog treba tražiti u tome što je pretežni deo literature kojom se Grgur Milovanović služio u svojim predavanjima poslednjih decenija devetnaestog veka već postajao zastareo. Upravo u to vreme dolazi do novih ideja u nauci krivičnog prava koja se veoma brzo razvija naročito u Nemačkoj, pa autori čije radove Grgur Milovanović koristi sve više postaju deo istorije nauke krivičnog prava, dok nove radove samo izuzetno i u nedovoljnoj meri koristi (iz rukopisa predavanja proizlazi da je koristio radove nemačkih autora iz vremena kada je studirao u Hajdelbergu, kraće vreme i u Lajpcigu). Uzimanje u obzir tadašnje obimne najnovije strane literature zahtevalo bi, umesto sitnijih dopuna i redakcijskih doterivanja, ozbiljan dugogodišnji rad. Poslednji, ako ne već i zakasneli, momenat za objavljivanje sistemskog rada na osnovu takve literature, bio je momenat početka objavljivanja (1887) u sveskama veoma obimne „Teorije kaznenog prava“ J. Avakumovića. No, i pored toga, pretežni deo predavanja G. Milovanovića je i dalje bio aktuelan. Za tadašnje prilike u Srbiji, uz izvesna redakcijska poboljšanja, to bi bio sasvim upotrebljiv udžbenik. Uostalom, ako bi se naša udžbenička literatura iz Krivičnog prava (Opšti deo) u čitavoj polovini dvadesetog veka procenjivala na isti način, došlo bi se do zaključka da je ona bila više zastarela nego što su bila predavanja Grgura Milovanovića u svoje vreme. Zato, osim razloga koje autor knjige navodi, i nekih drugih razloga, sam je Milovanović propuštanjem da štampa svoja predavanja najviše doprineo tome da tako brzo bude zaboravljen čak i od onih koji bi morali znati za njegovu ulogu u formiranju nauke krivičnog prava u Srbiji.⁴

3 Svoju autobiografiju pisanu 1920. godine Grgur Milovanović završava upravo objašnjenjem zašto nije štampao svoja predavanja: „Tako stavljen u penziju mislio sam da odmah sredim i pečatam predavanja moja iz krivičnog prava i krivičnog postupka; ali to pre rata nisam mogao učiniti sa mnogostruke iznemoglosti svoje i sa raznih nedaća u porodici i najbližoj rodbini svojoj, u kojoj je za to vreme bilo više smrtnih slučajeva, a opet posle rata koji me je u Skoplju zatekao, kuda sam na nekoliko nedelja pre rata otišao porodici i unučadma, neprijatelj mi je u dva maha zauzev Beograd (kao docnije i Skoplje) kuću sasvim opljačkao i sve što se moglo odneti, kao pokućanstvo i nameštaj, odneo i upropastio, pa *tako je učinio i sa celom bibliotekom i predavanjima mojim rečenih predmeta*, koje su mnogi željno očekivali da se pečataju, te je tako nastala za mene potpuna nemogućnost, da mi tolikogodišnji trud i umovanje sveta u knjizi ugledaju. Ne bih dakle srećan, da i novom knjigom ostavim dokaz *da sam živeo*, po onoj već navedenoj latinskoj izreci: *quatenus nobis denogatur diu vivere, relinquamus aliquidquod noi vixis se testemur!* Ali moji slušaoci koji bi u celini ili počesno imali dobro pribeleženo predavanja moja, mogli bi ih zajednički prikupiti i izdati.

Eto tako sam ja živeo i radio, tvrdo ubeđen, da se nigde i niukoliko nisam ogrešio ni o savest ni o otadžbinu svoju.“ Navedeno prema M. Đorđević, *op. cit.*, str. 229–230.

4 Da je to učinio, činjenica da je bio u političkoj nemilosti kako između dva svetska rata zbog osude njegovog sina u Solunskom procesu 1917. godine, tako i posle Drugog svetskog rata zbog svog

U našoj krivičnopravnoj literaturi, kako savremenoj, tako i onoj iz doba kada je živeo G. Milovanović, njegovo ime se pominje samo na nekoliko mesta. U starijoj literaturi je to učinjeno kod M. Vesnića, T. Ivanovića i D. Subotića, a u novijoj kod T. Vasiljevića, Đ. Lopičića – N. Memedovića i M. Cetinić. Neki od tih navoda, iako šturi, posebno su značajni za ocenu stanja nauke Krivičnog prava u Srbiji i uloge Grgura Milovanovića u njenom razvoju. Tako, posebno treba izdvojiti konstatacije M. Vesnića i T. Živanovića, dok D. Subotičeve reči govore mnogo o tome kakvu je ljubav prema nauci krivičnog prava Grgur Milovanović na predavanjima prenosio svojim slušaocima. M. Vesnić u predgovoru svog prevoda Listovog udžbenika 1902. godine kaže:

„U našoj stručnoj pravnoj književnosti oseća se neprestano oskudica sistematski izrađenih dela. Krivično Pravo je u ovom pogledu do sad još ponajgore stajalo. (...) Gospodin Avakumovićevo delo ne zadovoljava zahteve savremene nauke, te je pored mnogih izvrsnih mu strana, i posle njegove objave potreba za sistematskim delom još neprestano vrlo živa. Nju će po svoj prilici podmiriti udžbenik, koji za štampu sprema Gosp. Grgur Milovanović dugogodišnji profesor Krivičnog Prava na našoj Velikoj Školi“. I dalje, govoreći o problemima sa kojima se susretao prilikom prevođenja, Vesnić ističe značaj predavanja G. Milovanovića: „Glavne teškoće je zadavalo stručno nazivlje, koje je u nas još uvek neodređeno i kolebljivo, pri čijem smo se utvrđivanju pomagali donekle Gosp. Cenićevim *Objašnjenjem* i zabeleškama sa predavanja Gosp. prof. Grgura Milovanovića“.

Prvi savremeni udžbenik Krivičnog prava (Opšti deo) pojavio se u Srbiji tek 1910. godine.⁵ Njegov autor, T. Živanović u predgovoru, između ostalog govori i o stanju u Srbiji u pogledu krivičnopravne literature:

„Dok u francuskoj, nemačkoj, italijanskoj, ruskoj pravnoj književnosti, pa i u književnosti mnogih manjih naroda, postoji veliki broj udžbenika Krivičnog Prava, dotle je u nas u tom pogledu postojala potpuna oskudica. „Teorija Kaznenog Prava“ od g. J. Avakumovića, jednog od naših nekadašnjih dobrih kriminalističkih pisaca, nije stajala u dovoljnoj meri na visini nauke vremena u kome je izdana, pored ostalog naročito zbog potpuno nesistematičnog rasporeda građe, a za danas je zastarela usled neizmernog progressa u krivično-pravnoj dogmatici. Pa ipak ona bejaše dobit za pravnu književnost zemlje, gde je bila (...) jedini izvor krivično-pravne nauke zajedno s „Objašnjenjem“ pok. Đ. Cenića i s litografisanim, usled višestrukog prepisivanja iskvarenim predavanjima našeg poštovanog prethodnika na katedri Krivičnog Prava g. Grgura Milovanovića, jednog od odličnih kriminalista starog kova“.

antikomunističkog stava (u Predgovoru svoje knjige o slobodi štampe iz 1901. godine on piše o „životinjskom komunizmu“), ne bi bila dovoljna da bude skoro potpuno zaboravljen.

5 Ipak, treba imati u vidu da se godinu dana pre toga pojavio štampani udžbenik Božidara Markovića (u dva dela), mada se radilo o predavanjima koje je za štampu priredio Ž. Topalović (*Krivično pravo*, prva i druga knjiga, štamparija „Mercur“, Beograd, 1909).

I najzad, samo još jedno spominjanje u krivičnopravnoj literaturi od strane svojih savremenika, D. Subotića (*Šest osnovnih problema krivičnog prava*, Beograd, 1933):

„Pre 35 godina, kada sam slušao prvo predavanje iz krivičnog prava iz usta moga uvaženog profesora pok. Grgura Milovanovića, probudila se u meni naročita ljubav prema ovoj oblasti prava. On je svoje predavanje započinjao rečima: da je krivično pravo najlepši cvet među cvetovima koji se pletu u venac pravnih nauka“.

Naravno, ne iznenađuje onda činjenica da se u savremenoj krivičnopravnoj literaturi Grgur Milovanović sasvim uzgred spominje samo na nekoliko mesta. U Bibliografiji Krivičnog prava Jugoslavije 1851–1975 korektno su navedena njegova predavanja iako nisu štampana.⁶ U svojoj monografiji o Đorđu Ceniću iz 1987. godine, koja nosi i podnaslov „Razvoj krivičnopravne misli u Srbiji XIX veka“, T. Vasiljević samo na jednom mestu u fusnoti citira gore navedene reči M. Vesnića kojima se spominje G. Milovanović. Najzad, M. Cetinić, u radu „Razvoj krivičnih nauka u okviru Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu od postanka do Drugog svet-skog rata“ pominje G. Milovanovića na jednom mestu konstatujući da se za njega „jedino zna da je školske 1889/90. godine bio profesor Krivičnog prava i Krivičnog postupka“.⁷ Čini se da je tek poslednjih godina Grguru Milovanoviću posvećeno nešto više pažnje.⁸

Jedan od dodatnih razloga zašto je Grgur Milovanović dugo bio zaboravljen treba tražiti i u tome što je posle pojave radova Tome Živanovića takoreći sve što se pre toga dešavalo palo sasvim u senku. Iako je doprinos Tome Živanovića nauci Krivičnog prava u Srbiji najveći, on ne spada u osnivače te nauke. To mesto, kako je već istaknuto, pripada trojici naučnika: Ceniću, Avakumoviću i Milovanoviću. Ne samo da se ta uloga Grguru Milovanoviću ne može ozbiljno osporiti, već je on, kada je reč o visokoškolskoj nastavi Krivičnog prava, bez sumnje na prvom mestu. Međutim, dok je prvu dvojicu bilo nemoguće zapostaviti zbog njihovih štampanih sistemskih dela iz oblasti teorije Krivičnog prava, Grguru Milovanoviću se to, nažalost desilo.

Nepravdu i prazninu koja postoji u pogledu uloge i značaja Grgura Milovanovića kao teoretičara i profesora Krivičnog prava neće ispraviti objavljivanje malog dela njegovih predavanja u ovom broju časopisa „Crimen“, kao i ukazivanje na njegov značaj za istoriju srpskog krivičnog prava, ali se nadamo da će bar u naučnim i stručnim krugovima doprineti tome da njegovo ime ne bude nepoznato.

Iako se daju dva dela iz predavanja Grgura Milovanovića (jedan uvodni u kome on vrlo široko pristupa objašnjavanju uloge i pojma krivičnog prava, kao i drugi u

6 Đ. Lopičić – N. Memedović, *Bibliografija Krivičnog prava Jugoslavije 1851–1975*, Beograd, 1979.

7 *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, broj 4/1991.

8 Osim knjige M. Đorđevića iz 2007. godine (vid. nap. 1), u monografiji povodom jubileja Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, G. Milovanoviću je dato odgovarajuće mesto u prilogu Z. Stojanović, *Doprinos Pravnog fakulteta razvoju krivičnog prava* (Beograd, 2006), a u *Enciklopediji srpskog naroda* (Beograd, 2008) se našla i (kratka) odrednica o Grguru Milovanoviću.

kome se koncizno objašnjava pojam i pitanje kažnjavanja pripremljenih radnji), što može da da određenu predstavu o njegovim predavanjima, kao i uopšte o tome kako se izučavalo i predavalo Krivično pravo u to vreme na Velikoj školi, hteli bismo ipak da ukažemo na nekoliko njegovih stavova. Tako, Grgur Milovanović je doprineo tome da se konačno prihvati sam naziv „Krivično pravo“. Naime, u vreme kada je predavao Krivično pravo u upotrebi su još bila oba termina, „kazneno“ i „krivično“. Iako konstatuje da se u većini zemalja koristi termin „kazneno“ (danas smo prihvatanjem termina „krivično“ u tom pogledu ostali usamljeni), on se s pravom opredeljuje za naziv „krivično“ sa argumentima koji i danas važe i opravdavaju ovu našu specifičnost. On naime postavlja pitanje: „šta je u nauci krivičnog prava preče i važnije „krivica“ ili „kazna“, koje od kog zavisi i koje kome prethodi – kazna ili krivica? Nema sumnje da krivica prethodi kazni, da je kazna posledica krivice, jer kazne bez krivice ne može biti. Kazna je, dakle, tek sledstvo krivice, krivica je glavno – krivica je osnov, uzrok, a kazna je sporedno, posledica krivice. (...) Krivica ima važnu ulogu kroz svu nauku krivičnog prava, dok kazna, tek kao posledica krivice, ima ulogu pri svršetku, pri samoj primeni“.

Razmatrajući odnos prirodnog i pozitivnog krivičnog prava, G. Milovanović upozorava na opasnosti od primene prirodnog prava, „jer po prirodnom pravu može jedan sudija naći, da je ovo ovako i ovako, a drugi sasvim drukčije, a otuda bi proizilazila opasna posledica, ne bi bilo vere u pravo i pravičnost, ne bi bilo sigurnosti ni stalnosti, a to bi onda ni više ni manje, bilo narušavanje zajedničkog života. (...) Ali, ukoliko je sudija sprečen da se služi prirodnim pravom – filozofijom prava, utoliko je zakonodavac ovlašćen na to“.

Iako je teško posebno izdvojiti stavove G. Milovanovića, makar radi sticanja utiska o njegovoj krivičnopravnoj misli i opštem pristupu krivičnom pravu, pažnju zaslužuje i njegov stav o tome da je krivično pravo i kazna poslednje sredstvo u suzbijanju krivičnih dela, te da prednost treba dati merama preventivnog karaktera, on kaže: „i stoga, što te mere u otklanjanju krivičnih dela, daleko dalje no kazna deluju, zakonodavac se mora najpre njima služiti, pa tek u poslednjem slučaju da pribegne kazni“. Na drugom mestu o kazni slikovito kaže: „Ona je, može se kazati, podobna otrovu koji može poslužiti kao lek, ako se upotrebi kad, kako, gde i koliko treba...“.

Ove napomene o Grguru Milovanoviću, kao i objavljivanje malog dela iz obimnih skripata sačinjenih na osnovu njegovih predavanja, svakako da ne može da nadomesti njihovo štampanje. Ipak, nadamo se da će to donekle doprineti razumevanju značaja i uloge koju je Grgur Milovanović imao kao profesor i teoretičar krivičnog prava u Srbiji u vreme kada je u njoj nastajala ta nauka.

Tekst koji sledi predstavlja predavanja prof. Milovanovića koje je održao školske 1890/1891. godine, s tim što su u cilju razjašnjavanja nečitkih delova korišćeni delovi predavanja iz 1897/1898. godine.

KRIVIČNO PRAVO PREDAVANJA ZA GODINU 1890–91

Iz prostranog kola nauka, iz venca okićenog bogatim rezultatima sreće i blagostanja čovekovog roda, mi danas preduzimamo izučavanje jedne nauke, koja je po prirodi svojoj jedan od najnežnijih, a po značaju i vrednosti jedan od najznamenitijih cvetova toga venca. O nežnosti, značaju i vrednosti lako ćemo se uveriti, čim se opomenemo, da nauka Krivičnog prava zaseca u oblast privatnog i javnog života čovekovog, zaseca u oblast časti čovekove, dotiče se nežne roditeljske ljubavi, delikatne bračne veze, zaseca u svetu oblast bogomdatog života čovekovog, zaseca u organizam, u telo i srce društvenog života.

Ma kako mi činili deobu celokupnih nauka, ma kako na sitno i na krupno sve naše nauke delili, bilo kao Aristotel ili Ogist Kant, ili drukčije; – mora se priznati, da je od sviju grupa nauka, koje su do sada rodu čovekovu poznate, jedna od najznamenitijih ruža, grupa socijalnih, grupa društvenih nauka. A smatrali mi sve nauke kao pojedine delove filosofije, ili smatrali filosofiju kao izvor, kao krunu sviju nauka, ili kako drugčije, mora se socijalnim naukama priznati zaseban krug. Pa ne samo, što nam se mora priznati taj zaseban krug, no kad se uzme u ocenu, da nema ni jedne nauke, koja bi sa više veza spajala sa ostalim naukama, onda se socijalnim naukama mora priznati najširi i najrasprostranjeniji krug. To će im odricati samo neznalica, ili jednostrani obožavalac koje druge grupe nauka, a naučar, kome je logika i njeni zakoni vođ, neće nikad poricati, da ruža socijalnih, grupa društvenih nauka nama zaseban i najširi krug, jer sa najvećim brojem nauka u vezi stoji. Pa kako i nauka krivičnog prava dolazi u red socijalnih nauka, to se po sebi – *apriori* – daje izvesti, da i za nju вреди pomenuta istina, da je i ona jedna nauka najšireg obima.

Baviti se naukom u opšte nije lak posao; jer tu pored volje i energije kao važnih uslova za povoljan uspeh; nužno je još mnogo što šta, što ima veze sa dotičnom naukom, nužna je prethodna sprema iz drugog znanja. Pa, kad je tako sa naukom uopšte, onda je taj uslov u toliko važniji i značajniji za nauku krivičnog prava, kao nauku od najširega kruga, od najrasprostranjenijega obima, za izučavanje njeno potrebno je mnogo više raznih prethodnih znanja. Dok se sve druge nauke svaka za se; ili više zajedno, bave o jednoj izvesnoj strani života čovekova, bilo moralnoj ili fizičkoj, dotle nauka krivičnog prava obuhvata celu spoljnu stranu života čovekova, pa se još dotiče i njegovog duhovnoga, ekonomskoga, pa i fizičkoga života, i sve te strane ona u ocenu uzeti mora. Ovo ne navodimo u toj nameri, da nauci krivičnoga prava dademo veći značaj, no što ga druge nauke imaju, no zato, da imamo na umu, da je izučavanje, unapređivanje nauke krivičnoga prava sa daleko većim teškoćama skopčano; no što je to slučaj sa izučavanjem i unapređivanjem kakve druge nauke.

Međutim, svaka je nauka u svom krugu najglavnija, najpouzdanija, najpreča i najšireg obima. Npr. fizici u njenom radu o optici, težini, zvuku itd. nema ravne nauke; ili, hemiji u njenom radu o srodstvu materija, o tzv. afinitetu nema druge ravne nauke, hemija je tu najpreča, najbolja, najpouzdanija – upravo ona je tu alfa i omega. A to je sasvim prirodno; jer se svaka nauka predmetom svojim isključivo najprirodnije i najpouzdanije bavi. Svaka je nauka u svom krugu vladarka.

No, iako je sve to tako, smatrajući, dakle, svaku nauku za se u njenom sopstvenom krugu, ipak imamo jakog – logikom i dosadašnjim životom ljudskog rada – osnova da možemo socijalnim naukama dati prvenstvo nad drugim naukama, ali pod izvesnim uslovima. Ako je istina da čovek u društvu živeti mora, ako je istina, da čovek samo u oblasti zajedničkog života ljudskog, sebi i svojim sreće i blagostanja, razvitka i usavršavanja naći može, pa ako se sve to prizna, što ni jedan pametan ne može poricati, – onda se u toj prilici i pod tim uslovom može socijalnim naukama, pa naravno, i nauci krivičnog prava, prvenstvo nad ostalima dati. Ni hemija, ni fizika, ni matematika a ni ikoja druga nauka cvetati i napredovati, pa ni svoga, takoreći, korena zahvatiti ne može, ako već napred – ranije – socijalne, pa naravno i nauka krivičnog prava, u punoj snazi nisu sebi puta prokročila.

Pored svega toga, nauka krivičnog prava je lude sreće. Mnogo što šta hoće da se nauci krivičnog prava oduzme, u pogledu na njen značaj. Skoro bez izuzetka, svima ostalim naukama priznaje se u društvu ljudskom i građanstvo i vrednost, samo nauka krivičnog prava u punom smislu nije te sreće. Franologija, kojoj se po izuzetku, gotovo u pola ne priznaje vrednost i građanstvo; ona, koja sama nema još ni vrednosti ni građanstva u društvu, teži, da to oduzme i nauci krivičnog prava; ona načelima svojim i principima ide na to, da dokaže da nema slobodne volje, koja je jedan nuždan, suštastveni uslov, jedan bazis za čitav jedan deo nauke krivičnog prava za deo o pravu kažnjenja.

Gde je, u čemu i u koliko nauka krivičnoga prava još loše sreće, uvidećemo kasnije pri izučavanju same nauke, a za sada napomenućemo, da je vrlo malo ili gotovo i nikakvo zlo u tome, što se nauci krivičnoga prava hoće mnogo što šta da oduzme prema onom zlu, koje od nekoga doba počeo kod nas da snalazi sve nauke, jer je ono prvo opšte, čisto načelo, a ovo je drugo samo naše sopstveno. U nas se od nekog doba počeo tako raditi, da se nijedno, nikakvo znanje, ni podašto ne uzima i ne ceni. U nas je u tom pogledu sa svim naopako pošlo, da se može spraviti sa slikom i stanjem, kao kad bi konus umesto na bazisu, a ono na svome vrhu stajalo. Dok znanje i nauka daju temelj i osnov podizanju najjače i najrasprostranjenije zgrade čovekova napretka, dotle se u nas, negirajući svaku nauku, svako znanje, hoće da postavi temelje toj zgradi sreće i napretka po kalupu, tako reći, po nekom oštrljastom i nesigurnom kalupu, po kalupu sebičnih pojedinaca. Vekovnim radovima i neprebrojnim utrošenim blagom pronalaze se i osveštavaju naučne istine, a u nas, ukoliko su one malo poznate, ništa se u račun ne uzimaju.

Pa naravno, prvo i naprirodnije pitanje jeste: „Pa zašto kod nas ide tako? – Zašto kod nas vladaju takvi pojmovi?“

Te uzroke, sa kojim se ni jedno znanje ne ceni, te uzroke možemo podeliti u dvoje: I. Uzroke van nas, koji ne dolaze od nas tj. Spoljne uzroke; i II. Uzroke, koji od nas potiču, koji su u nama samima tj. Unutarnje uzroke.

I SPOLJNI UZROCI

U te uzroke dolazi:

1. Naš težak politički položaj, kada se, kao slabi nejak narod ne možemo tako lako osloboditi, u toliko teže, što naši neprijatelji teže, da ga još težim učine. O tome su jasan dokaz tolike borbe, tolika prolivena krv naša i naših predaka, pa nas se opet da jedva koji deo onoga, što tako skupo izvojujemo, dok se, međutim, i bez kapi krvi izvojuje i poklanja ono, što se nama oduzima i ne da. Berlinski je kongres najjasniji dokaz tome, on je najubedljiviji dokaz, da sve rase, osim slovenske, ne izuzimajući ni po neka plemena njena, da su sve, dakle, mahom naspram nas neprijateljski raspoložene, i da su njihove lepe reči i prijateljski postupci samo pretvaranje, laž i obmana. Da je bilo više znanja više naučne psihološke snage, jače ekonomske snage i jačih kombinacija iz pojava političke istorije, zaista bi bilo drugačije na berlinskom kongresu, koji je umu ljudskom, koji je ironija na sve principe društvenih nauka, koji se lišava svakog moralnog i pravnog osnova, za šta će se to pre, to posle, tajni princip večne božanske prirode – pravde, ljuto osvetiti tvorcima rezultata berlinskog kongresa, jer ono što nema ni pravne, ni moralne, pa dakle ni prirodne osnove, moraće, to pre, to posle kao monstrum, kao neprirodna pojava pasti. Dok Rusija tač. 8 bukureškoga mira, udariše temelj žrtveniku narodnoga života, pa ga akerman-skom konvencijom i jedrenskim mirom utvrdiše, dotle se sve druge neslovenske sile petnih žila upinjahu, da taj žrtvenik obore.

2. Slabo ekonomsko stanje naše, ili ekonomska zavisnost od drugih merkantilnih, sebičnjačkih i nama neprijateljskih naroda, koju oni, možda još pomoću nas, hoće da još jače utvrde; i

3. Naš geografsko-etnografski položaj, među ostalim državama evropskim. Usled našeg geografsko-etnografskog položaja, mi se nalazimo na udaru stranih tendencija izloženi smo uplivu stranih nauka; sa istočne strane izloženi smo varvarstvu, koje je strujalo od istoka zapadu i zapadnom samumu, zapadne lažno obrazovane Evrope. A da i sama strana nauka može doneti štete jednom narodu, ako on ne bude umeo iz nje nabirčiti ono, što nije prožmano njihovom sebičnošću i sebičnjačkom težnjom, najbolji je dokaz nihilizam u Rusiji, koji je stvorila nemačka filozofija.

II UNUTRAŠNJI UZROCI

Tu dolazi:

1. Olako shvatanje znanja i nauke.

Od mnogih krivica (političkih i drugih) pada nešto i na same one, koji se u nas naukom bave, jer olako shvatanje nauke, nauke i znanja, može često više da škodi no da koristi – a ta se istina nažalost, kod nas najbolje potvrđuje. Stoga se kod nas često može čuti, da se nekome, koji se društvenim naukama bavi kaže: da je paragraflija, a ξ kako okreneš on je opet ξ, dok to u stvari nije tako, ili npr. kažu 6 obrnuto kako hoćeš opet je 6, dok to nije, 6 obrnuto je 9, ili 16 obrnuto je 91 itd. Samo se na znanje nerazložno napada, prirodno je da se napada i na sredstva, kad se znanje

ne poštuje, ne uvažava, ne uvažavaju se ni vlasti, koje su zračak socijalnih nauka. U nas, piskaranje nama kao koga, nas jadi i nevolja viju pored ostalih uzroka. Zar bi bilo ovoliko pogrešaka, da i piskaranje ne izaziva. Statistikom se dokazati može, da su mnogi i mnogi veleučeni pisci pa žurnalisti više zemlju i narod štetili; zar bi bilo ovoliko pogrešaka, da se nije sa školom trgovalo. U nas uči drugoga onaj, koji to sam treba da uči i drugoga da sluša. U ovom pogledu možemo sa pravom pesnikom uzviknuti: „čudne bruke, grdne mešavine“. Kakva žalosna pojava kad pojedini mladi ljudi koji nose naziv „inteligentnih“, pa ne samo pojedini, no i čitava jedna partija bezzirno iskazuje i širi to mišljenje da u nas – u našoj ovako maloj zemlji stvari naopako idu, i borba partijska traje zato što ima mnogo inteligencije! Ovdje čovek sa patriotskim srcem i osećajem, sa jačom pamećom da samo uzdahne od većeg bola, i da se čudi ovolikoj zalutalosti mozga. Nas, upravo, jadi i nesreća biju, što nikako i nema inteligencije, ili što upravo ima suviše malo inteligencije. Prava inteligencija čisti sebičnost i neznanje, a mi smo ovi toliko zasuti, da nam se, gotovo, nijedna dobra strana našeg društvenog života ne vidi; prava inteligencija snaži, čisti, razvija i podiže, čeliči i oblagorođava karakter čovekov, a sa oskudice prava inteligencija, prirodno je, da ne može biti reči o čeličnom karakteru u nas.

2. Oskudica u patriotizmu i suvišnost u liberalizmu.

Ma koliko se hvalili i ponosili sa nekim patriotizmom, mi imamo toga vrlo malo, a to je i prirodno; jer, gde se sebičnost, neznanje i oskudnica karaktera širi, tu se patriotizam briše. Koliko imamo rodoljublja, uverili smo se u svakom važnijem društvenom pokretu našem. Zar ima patriotizma u onoj zemlji, gde skupštinar daje svoj glas protiv rata, samo zato, što mu je sin u vojsci! Zar ima patriotizma u onoj zemlji, gde jedna najmnogobrojnija stranka radosno očekuje da se desi kakva nesreća na bojnom polju, da bi time dokazala, da vlada protivne stranke nije imala pravo što je otvorila rat. Zar ima, najposle patriotizma onda, gde se u organu jedne stranke otvorene kaže: Evo vam narode, palite, žarite i arajte a nama samo ostavite slobodnu štampu i zborove!?! – Zaista tu patriotizma nema i ne može biti. Zar ima patriotizma onde, gde jedan čovek, koji je crpeo svoje znanje u jednom najvišem stručnom zavodu, time da u toj zemlji ne može biti fabrika šećera, samo zato, što je primio za taj članak nekoliko stotina dinara!?! – Ne, ne može tu biti patriotizma.

Mnogo će nas više, možda, iznenaditi to, što pomenusmo, da je i suvišni liberalizam jedan uzrok takođe, što nam pravilan rad i razvoj državnog života sprečava. Pitaće se mnogi, od kud je to moguće, da nama škodi ono, za čim ceo obrazovani svet teži; je li moguće, da nama liberalizam škodi, koji ima veze sa reformacijom, koja progresu duha čoveka daje veći polet; da li je, najzad, moguće da nas liberalizam ubija, koji ima tesne veze sa francuskom revolucijom, koja oslobodi ljudski rod od tolikih srednjovekovnih zabluda, i pokida lance tolikih škodnih predrasuda i praznoverica!?! Odgovor, na žalost, glasi da jeste; a to samo zato što se u nas ne shvata liberalizam onako, kako ga naučno treba shvatiti, kako ga drugi obrazovani narodi shvataju, tj. ne shvata se kao povoljno sredstvo za postizavanje i ostvarenje plemenitih težnji i celji, to se o njemu misli, kao da on i nije sredstvo no samo celj. U nas se hoće nešto na to, da je nešto liberalno samo zato što ceo obrazovani svet za tim teži, a kakve će posledice taj liberalizam doneti, to se ne gleda. Za to imamo

toliko dokaza iz našeg najnovijeg zakonodavstva. Ovako pogrešno shvatanje liberalizma kod nas, prirodna je posledica, jer gde je oskudica u znanju, tu se, dabogme ne može znati prava priroda liberalizma. Šta pomaže jednom narodu slobodna štampa, koja se neobazire na opšte, no sebičnjačke interese; i šta ona pomaže onde, gde vlast može pomoću policije, suda i vojske sve učiniti; šta pomaže slobodna štampa, kad se ništa ne može usvojiti od svega, što bi kao dobro ona oglasila; šta pomaže slobodna štampa, dakle, kad se u skupštini i u građanstvu može od svake ruke sastavljati kakva se hoće većina; šta ona koristi, kad njom rukuju sebičnjaci i neznalice, kad ne stoji u harmoniji sa svima uslovima društvenog života? – Ona u takvom stanju može samo škoditi a ne koristiti.

U prirodi vladaju zakoni, i sve biva po njenim zakonima. Čovek je deo prirode, i stoga je on tvrdo ulančan sa prirodnim zakonima. To, da sve biva po prirodnim zakonima, je tako izvesno i pouzdano, da se i onde, gde mislimo da je izuzetak, pred bistrim okom čovekovom pokazuje zakon u svojoj snazi. Pa kad sve u prirodi biva po izvesnim zakonima prirodnim, onda nije čudo, što se i čovek, koji je takođe jedan deo prirode, u svome životu po izvesnim zakonima vlada i kreće. Težnja čovekova, da se od kakvog zla sačuva i odbrani, biva po prirodnim zakonima; težnja čovekova da izbegne samoću, i da se u društvu s drugim ljudima živi – takođe je zakon prirodni. Prirodni zakon čovekove prirode, nagoni čoveka da u društvu živi. Što je centripetalna snaga u prostranoj vasioni, to je težnja čovekova da u društvu živi, a što je privlačna snaga materije, to je naklonost i ljubav prema čoveku.

Da ova istina, koju je uvidio još Aristotel dokazuje još i to, što čovek od kako ga je na svetu, u više ili manje uređenom društvu živi. Iz ovoga se može uvideti, kako su u velikoj zabludi oni koji kao osnov zajedničkom životu – društvu ljudskom – smatraju ugovor, a još u većoj su zabludi oni, koji društveni zajednički život čovekov smatraju kao neprirodno stanje. Ovakva pogrešna misao iznese na je bila i kod nas u pod listku „Srpskih Novina“ od 1878 godine. Kad bi to postojalo, da je društvo, zajednički život čovekov, neprirodno stanje, onda bi ostala nerešena zagonetka: kako je i to neprirodno stanje moglo kroz tolike vekove održati? – onda bi se i sve ono, što iz društvenoga života, kao neminovna posledica ističe, svaki napredak, što ga je društvo učinilo, moramo uzeti za neprirodno. A zar je neprirodno, što se čovek sada hrani kuvanim mesom i zeljem, dok se pre hranio nekuvanim; zar čovek čini nešto neprirodno, što se tkanim haljinama odeva – dok je pre išao go, ili se prosto neuređenom zverskom kožom odevao. Ko bi, najposle, mogao smatrati za neprirodan korak, što je čovek u društvu, pod opštu zajedničku zaštitu uzet, a nije kao što beše pređe ostavljen samom sebi i svojoj snazi. Iz svega napred pomenutoga jasno izlazi, da je mišljenje to pogrešno.

Prema tome, društveni zajednički život počiva na opštim zakonima prirode, – na zakonima prirode ljudske. Uslovi, koji utiču na razvijanje zajedničkog ljudskog života.

No, i ako društveni zajednički život počiva na opštem zakonu ljudske prirode, ipak ima načela u društvu, što smeta zajedničkom životu ljudskom. Čovek ima svojih prijatnih osećanja i želja, pa prema tome i svojih strasti; on je obdaren, slobodnom voljom pa se s toga kreće u životu tako, da vređa onaj zakon zajedničkoga društvenoga života ljudskog.

No, kako je dosadašnje postojanje čovekovo dokazalo, da je zajednički život za opstanak ljudski nuždan, a to i razum ljudski potvrđuje i nalazi, da se čovek u oblasti zajedničkog života najbolje održati, razvijati, napredovati i usavršavati može, s toga da se nađu izlišnom, ili suvišnom slobodnom voljom čovekovom, i ne nužnim prijatnim osećanjima i strastima vređao prirodni zakon zajedničkoga života, um je čovekov, pokrenut osećajem, pronašao da je preko nužno otklanjati sva ona ljudska delanja, koja bi se javljala kao izliv, sledstvo izlišne ili suviše slobodne volje, i preteranih želja, osećaja i strasti, te bi vređala zakon zajedničkoga života ljudskog. Sva ta delanja i nedelanja (jer i neradne ljudske, koje su sledstvo suviše slobodne volje vređaju zakon zajedničkoga života – kazne se), koja treba otkloniti radi održanja zajedničkoga života, i radi postizanja tog opšteg interesa ljudskog, dolaze u oblast nauke krivičnog prava.

Sprečavanje i ograničavanje tih delanja i nedelanja ljudskih, naravno u početku u prva vremena bila su veoma neodređena: s jedne strane suviše preterana a s druge nepotpuna.

Ako samo imamo na umu prvobitno stanje ljudi, i ako ne izgubimo iz vida, koji je tada sprečavao ta delanja i nedelanja, pa ćemo se uveriti o navedenoj istini.

No, ukoliko se čovek, živeći zajednički u društvu i državi, sve više i više umno razvijao i usavršavao, u toliko je, naravno, i onih mana u sprečavanju i ograničavanju delanja i nedelanja moralo sve više i više nestajati; a u toliko su se religiozni osećaji u ljudi sve više i više prečišćavali, u toliko je i zabrana tih delanja i nedelanja sve blažija i umerenija bivala, pa naravno i mana manje bivalo.

No, umno razvijanje čovekovo, i prečišćavanje njegovih religijskih osećaja, od čega je zavisilo a i danas zavisi žešće ili blažije određivanje koja delanja i nedelanja valja sprečavati ide vrlo sporo; čitavi vekovi su prolazili, dok se samo jedan korak u tome pogledu učini. Radi primera setimo se: koliko je vekova trajalo kad su ljudi svoju rođenu decu u usijanu peć ili inače u vatru bacali, i na taj način svojim bogovima žrtvu prinosili – na koji je način žrtva Bogu volju prinosila. „Teška mora, teška plača pokrivala je um čovečiji“ kaže Bokle. Koliko je vekova prošlo dok se um čovečiji oslobodio, da umesto svoju rođenu decu životinje Bogu na žrtvu prinosi; koliko je dakle proteklo vremena dok je Avramu pala na um ona sveta i sretna misao („po obavesti anđela božijeg, koje je u figuri kazano, znači: „svetu i sretnu misao, koje je Avramu na um pala“ da po obavesti anđela božijeg, umesto svoga sina Isaka ovna na žrtvu Bogu prinese“). Koliko je vremena proteklo, dok se čovek doseti da umesto životinja plodove Bogu na žrtvu prinosi; a koliko je više vekova trebalo da prođe pa da čovek dođe na tu misao, da umesto dece, umesto životinja i plodova pali žižak, da mu žižak u hramu svetluca za znak žrtve, koju on, čovek tom personifikovanom skupu svih vasseljenih sila prinosi.

Za koliko vekova jedva je tako reći četiri koraka učinjeno u umnom razviću sa ćelijom i prečišćavanju njegovih religijskih osećanja. U takvoj istoj postepenosti, a od prilike i u takvom istom redu napredovalo se i u zabrani delanja i nedelanja ljudskih koja spadaju u krug krivičnog prava. Iznajpre su se ona sprečavala i ograničavala prosto snagom pojedinaca tj. svaki pojedinac je svojom sopstvenom snagom sprečavao delanja drugih koja bi mu škodila. Docnije je to sprečavanje neograničenom ili

nedovoljno ograničenom voljno priznatom, ili na nuždi priznatom vlašću, a najposle opštom voljom i pravičnošću.

Tek kad su ljudi zadobili pravi pojam o opštoj volji i njenoj nužnosti, kad je pravičnost probila kroz čvrstu koru ledenog samoljublja pomoću tolikih religijskih osećanja, onda se tek javlja nauka, koja s pogledom na opštu volju i pravičnost s pogledom na zakon nužnog zajedničkog življenja i s pogledom na zajednički cilj određuje i ceni, koja delanja kao nužna i korisna treba dozvoliti, a koja opet, kao izlišna, opasna i neprava treba otkloniti i sprečiti.

No, pojam o opštoj volji i njenoj nužnosti, a zajedničkoj ceni i pravičnosti, nije se razvijao podjednako kod sviju naroda, jer nije zavisilo samo od umnog i religijskog razvoja toga naroda, no su na to uticale i mnoge druge činjenice, npr. geografski položaj, nagon, prirodne sile, običaj, itd. U jednome se narodu razvijao ranije, a u drugome docnije; otuda u vidimo, da se neka delanja i nedelanja, koja su kod jednog naroda krajnje nedozvoljena smatraju kao vrline kod drugog. Tako npr. crnci oko Nila smatraju prevaru, krađu i ubistvo za dozvoljena dela, narod Bogos u severnoj Abisiniji razbojništvo poštuju i dozvoljavaju, a krađu preziru i sprečavaju. Priča kazuje, da žene na reci Kuhsveri u Americi, koje bez muževa žive, i jedanput u godini dana biraju muževe iz drugog plemena a za neke ratne trupe, pa ubijaju svu svoju mušku decu, kao što su Turci do skora ubijali decu sultanovih kćeri. Najposle Gujanci sahranjuju svoje mrtve u kolibama u kojima sami žive.

Pošto sva delanja i nedelanja, koja treba zarad održanja zajedničkog života i razvijanja i usavršavanja čovekova sprečavati i ograničavati, sačinjavaju veoma mali krug prema ostalim delanjima ljudskim, koja ne treba sprečavati i ograničavati, to je i pravo, da se nauka krivičnog prava samo o njima i bavi. Po tome je u nauci krivičnog prava prvo i prvo pravilo: da su samo ona delanja i nedelanja nedozvoljena, koja je opšta volja u odnosu na zajedničku cilj i s pogledom na pravičnost kao nedozvoljena oglasila, a sva ostala da su dozvoljena.

Nedozvoljena delanja i nedelanja u nauci se još nazivaju i NEPRAVO, jer se njima neko dobro drugoga ruši i nezaslužno oduzima; ili ZLO, jer neko zbog njih nezaslužno trpi; neki ih zovu i KRIVIČNIM, jer se njima čini nekom krivica; ili PRESTUPOM, jer se njima izvesna međa, zakonom određena prelazi; i najposle, neki ih zovu KAŽNJIVIM DELIMA po posledici, koju ona za sobom povlače.

U nauci krivičnog prava, kao i u mnogim drugim naukama ima mnogo pitanja neprečišćenih; ima mnogo pitanja, koja su samo hipoteze ili pretpostavke. Setimo se samo kad kod vremena traje rasprav oko pitanja: pitanja zašto i na osnovu čega ima država pravo da kazni čoveka za izvesno njegovo delo, koje se kad kažnjivo smatra, i kakav je cilj tome. Pa i ako je pošlo toliko decenija, od kako se to pitanje vodi, opet se u njegovom rešenju ni danas svi naučnici ne slažu. Na prvi pogled misliće se, da to pitanje nije toliko važno, da bi se oko njega trebalo toliko lomiti, i toliko dragocenog fosfora čovečijeg mozga trošiti. Ali je takvo posmatranje pogrešno, i ta indiferentnost dovela bi zajednicu do vrlo rđavih posledica. Usvojimo odsutno npr. da je kažnjenju cilj zastrašivanje, pa ćemo se užasnosti, kad logičkim putem dođemo do zaključka da treba usvojiti torturu ili smrtnu kaznu, jer je ona najpouzdanije sredstvo, da se zastrašivanje postigne; ili odsutno usvojimo, da je kažnjenju delo popravljanje krivca,

pa ćemo se začuditi, kada deduktivno dođemo do zaključka da onoga, koji se pokaje i popravi i ne treba kazniti, a otuda sledstveno izlazi to, da će neko naročito za to učiniti kažnjivo delo, što zna da će kaznu izbeći čim se pokaje i popravi, dakle, bilo bi onako isto, kao što je i praštanje grehova u rimo-katoličkoj crkvi.

No, rešavati i izvoditi na čisto takva zapletena pitanja i nije baš lak posao. Čovek, koji se upušta u rešavanje takvih zapletenih i teških pitanja treba da skroz pozna celokupni život ljudski i njegovu prirodu, pritom, da je pun znanja i iskustva i slobodan od sviju predrasuda svoga položaja. Od kolike je važnosti znanje, iskustvo i poznavanje celokupne ljudske prirode i njenih zakona, svima je dobro poznato. Radi toga, još da navedemo nekoliko primera: zamislimo samo kakve su teškoće u rešenju pitanja: kako da se uspe u tome, da činovnici ne primaju mito. Naš zakonodavac, nepoznavajući moć ljudske prirode, doneo je zakon, po kome se kazni i onaj koji da mito, kao i onaj koji ga primi, koji je kao posledicu doneo tom da je tada najbolje cvetalo mito, jer se ni jedno mito nije moglo pronaći, pošto nije smeo kazati ni onaj, koji je dao, a još manje onaj koji je primio; ili npr. ono pravilo, koje je u rimskom pravu vredilo, i po kome je tužilac plaćao dva put ili tri put onoliko, koliko je u tužbi tražio ako svoju tražbinu ne bi dokazao, čega je posledica bila to, da su mnogi i svoje povređeno pravo napuštali, bojeći se, da sa rđavim ishodom ne izgube još dvaput ili triput onoliko koliko bi tražili; ili npr. ono pravilo, koje je usvojeno u svima zakonicima, pa i u našem, po kome se smrtna kazna sa priznanjem izreći može a posledica toga je to, da ljudi bolji i karakterniji podležu strožijoj kazni no oni, koji su gori i pokvareniji, jer ljudi koji svoju krivicu priznaju, oni su boljeg karaktera od onih, koji se kriju. I, koliko borbe, koliko teškoća oko pitanja kako da se doskoči tome, da svedoci pri sporovima ne svedoče lažno; zakon se u tome pomaže obilaznim putem: prosvetom i religijom, dakle, zakon ne ume to pitanje da reši. Iz ovih primera vidimo, da zakonodavac ako ne bude prirodu ljudsku dobro poznavao postiže rezultate sa svim protivne svome očekivanju.

No, nije to slučaj samo u nauci krivičnog prava, ima neprečišćenih pitanja i u drugim naukama: u fizici npr. pitanje o izvrnutom zraku; u fiziologiji pitanja o eksosmozi i endosmozi, ili, zašto čovek ima bolji apetit k jelu kada duže misli; ili u zoologiji pitanje o tome: zašto da neke gusenice žive rađaju a druge iz semena; ili u anatomiji, zašto da je u mozgu siva masa u beloju, a u moždini da je obrnuto; ili najposle, u botanici: otkud to, da mala grančica blagorodne biljke okalemljena na odrasloj divljaci preovlađuje i nadjačava jako i snažno divlje stablo na koje je ona nakalemljena. Koliko pak položaj i predrasude utiču na čoveka pri rešavanju takvih pitanja, biće nam jasno kad se setimo, da je i Aristotel u svoje vreme branio ropstvo i dokazivao da je ono sa svim prirodno, pa kad dakle, taj uzor uma čovečijeg koji kroz toliko vekova svetli čini takvu pogrešku i dokazuje, da mora i treba da ima Iloa u Grčkoj, onda šta može kazati u tome pogledu za jednoga vladalaca, koji je okružen ljudima punim predrasuda i pogrešaka takoreći kreaturama.

Iz tih primera možemo uvideti: da nije svaki dorastao, da u opšta naučna pitanja, a naročito one iz nauke krivičnog prava, rešava tako, kako bi, kad bi se kao pozitivan zakonu zemlju osvojili od koristi a ne od štete bila. No naravno imaju drugih naroda, a i kod nas ljudi koji u tu istinu ne veruju, i koji drže da su sposobni i sazreli za sva ta pitanja, jer sa svoje ograničenosti ne znaju šta im treba za rešavanje istih da

znaju, pa da njihovo rešenje nauci ili još više kao zakonodavci zemlji dobra donese. Na žalost primetilo se da u nas ima takvih ljudi koji nište svaku nauku i znanje koje je izvan njihove glave.

Sva pitanja, koja ulaze u opseg naše nauke, sporna su, i mi ćemo ih posmatrati pažljivo i bez strasti, ukoliko nam naravno vreme i nužni uslovi dozvoljavali budu. Bez strasti, kažemo zato što ona nauci škodi, jer čini da se mnoge naučne činjenice, koje imaju velikog uticaja na prečišćavanje pitanja i iznalaženja prave istine gube iz vida.

Ukoliko je više koja nauka skupčana sa drugim, u toliko je ona teža; jer ne samo što te nauke s kojima je ona skupčana treba dobro poznavati, no tako isto i njihovu uzajamnu vezu i upliv, koji jedan na drugo imaju. Zamislimo samo, koliko utiču na nauku krivičnog prava: ekonomija, istorija, psihologija, itd. Da li se može ma koji god stav u nauci krivičnog prava izreći ili u pozitivnom zakonu doneti, da je ovaj ili onaj ugovor između dva ili više lica zaključen, nedozvoljen ili kažnjiv, ako se prethodno ne može oceniti ekonomska vrednost i značaj toga ugovora? Da li se može ma za koje delo odrediti ova ili ona kazna, dok se prethodno bar verovatno ne sazna od kakvog će uticaja ona biti, sudeći po ranijim kaznama i prilikama, i po prirodi samoga naroda u kome se ona izriče? Da li bi se mogla odrediti sredstva za sprečavanje kažnjivih dela pre no što se sazna da čovek ista čini iz ove dve krajnje posledice – pobude; ili zato što proračuna da neće biti uhvaćen i pronađen; ili zato što oceni da on to kažnjivo delo treba, mora da učini pa ma šta s njim posle bilo; pa kada se uvidi i sazna onda će se prva pobuda otkloniti dobro uređenom policijom, jer kad čovek zadobije uverenje da neće moći kaznu nikakvu izbeći, onda će se od tih kažnjivih dela uzdržati; a druga opet ničim drugim do prosvetom; jer će pomoću prosvete biti kadar da sazna šta mu je u istini pravi interes: da li da zlo učini, ili da ne učini, i pomoću prosvete čovek se lakše oslobodava teškog položaja koji ga možda i nagoni da krivično delo učini, a težak položaj otklanja se i poboljšanjem materijalnog stanja građana.

Iz ovih primera vidi se, kako je nauka krivičnog prava komplikovana, iz čega se opet da saznati, kakav težak zadatak ima jedan pravnik, a naročito onaj ko mora specijalno proučavati nauku krivičnog prava, jer se laća ogromnog i teškog posla, te se naravno u toliko više ponositi može, ako ga izvrši onako kako valja. Određivati pravila i osnove, koji su od tolike vrednosti i značaja po društveni život ljudi, i rešavati o časti, životu i imanju, donet je vrlo težak i veoma važan zadatak. I upravo, sa te važnosti a ujedno i teškoće njegova posla, i jeste pravnik veoma na glasu i cenjen u svetu, jer, ako se pravda poništi, traži se pravnik da je izbavi; ako je napadnuta nevinost, pravnik se u pomoć poziva, da je spase; ako je imanje, život, u opasnosti, pravnik se prizovne, da pomoć svoju ukaže; ako je država u opasnosti, s političkog gledišta, prvo se pravnik traži da lek propiše. Pa, ko onda može reći, da zadatak pravnika nije plemenit? – No, tome plemenitom zadatku, samo će se tada odgovoriti, ako se nauka krivičnog prava ozbiljski, sa svima drugim, koje s njom u vezi stoje ozbiljski uzme i izuči. Ko to ne uradi, taj će u težnji, da drugome pomoć ukaže lutati, – taj će i sebe i uzdanje drugoga varati, – taj nije pravnik, on je kao lekarski šarlatan, koji daje lekove, pa pored istih ostavlja bolesnika samoj prirodi.

Ali, nije dovoljno ni samo izučavanje nauke pravniku, koji treba potpuno da odgovori svome veoma važnom pozivu; treba da je to izučavanje praćeno još i

ljubavju i nežnim osećanjima prema svome narodu, jer ako i za koju struku treba tražiti čist karakter, to je najnužnije ga tražiti u pravnika, jer matematičar, ma bio najuzornijeg karaktera ili najprljavijeg, uvek će naći da je 5 puta 6 = 30, 2 puta 3 = 6 itd. a kod pravnika nije tako.

Sve naučare, koji su predmet nauke krivičnog prava abdelovali, možemo podeliti u tri vrste:

U prvu vrstu dolaze oni, koji razmišljaju šta bi dobro bilo da se u nauku krivičnog prava unese, koji poštuju, da li je ono, što u nauci ili u pozitivnom zakonu postoji, tačno, ili je padu sklono, pa ako je ovo poslednje oni ruše, pa iz razvalina srušenog, podižu zdanje novih načela, novih teorija. To su umovi koji nauku pokreću u napred, to su tzv. teoretičari.

U drugu vrstu dolaze oni, koji pišu takoreći za sudove i praktičare; oni proučavaju samo pozitivne zakone svoje ili tuđe zemlje, pogledom na njihovu primenu; to su oni, koji određuju smisao i granicu pozitivnih naređenja, koji jedan tekst zakonski s drugim u saglasnost dovode. To su tzv. komentatori.

To su dve vrste običnije, abdelooci krivičnog prava ima poglavito od te dve vrste.

No, ima ih i od treće vrste, a to su oni, koji rad onih iz prve vrste spajaju sa radom onih iz druge vrste, koji su dakle, i teoretičari i komentatori, držeći se onog rada, koga se i zakonodavac pozitivnog zakona držao; oni dovode u vezu proučavanje teorije s primenom zakona; oni obuhvataju u isti mah, i filosofiju prava i njegovu primenu, dakle, i nauku i praktiku.

Najčuveniji je abdelovanju ove treće vrste pravnik Keli, koji je sa drugom svojim napisao: „teoriju francuskog krivičnog prava („code pénal“)⁴. Taj način abdelovanja nauke krivičnog prava, mogli bi nazvati smešanim.

Nastaje pitanje sada, koga ćemo se načina mi držati u promatranju i abdelovanju nauke krivičnog prava?

Nema sumnje, da su ova dva poslednja načina veoma praktična za sudije, osobito ovaj poslednji, jer se i teorije dotiče ali su oba daleko izostali iza prvog – teorijskog i to drugi zato, što se on nikako i ne uzdiže do teorije, koja je glavna osnova, takoreći, duša svakom pozitivnom zemaljskom zakonu. A treći način nije dovoljan i dobar stoga što se njim nauka ne može da predstavi u punoj doslednosti svojoj i prirodnoj vezi, jer se naučar mora da drži onoga rada, kojim je zakon napisan, a nema zakona danas, koji je napisan onako, u onoj punoći, u onom redu, kao što je nauka, jer bi inače on bio ono isto što i nauka. Nauka je, kao što znamo, izvođenje jednih istina iz drugih, i po tome, ona je kao jedna organska celina. S toga, dakle, ne možemo da usvojimo ni treći način, a najviše još i zato, što se po njemu teorija primenjuje samo u toliko, koliko tome primenjivanju ima mesta u pozitivnom zakonu. Po njemu se može govoriti samo o onome što ima u pozitivnom zakonu, a ne i o onome što u njemu nema, a ima u teoriji i nauci. Po njemu nema spomena, niti se sa teorijske strane može posmatrati npr. o slobodnoj volji krivčevoj; o tzv. corpus-*delicti*; jer to u mnogim pozitivnim zakonima i nema, dakle, po ovom trećem načinu, ne može se nauka krivičnog prava ni da potpuno predstavi.

Ostaje nam, dakle, prvi način abdelovanja nauke krivičnog prava, način teorijski koji je gotovo s malim izuzetkom na svima univerzitetima usvojen, a odavno i na našoj Velikoj Školi.

No, sudeći po potrebi naše zemlje, držimo da bi za nauke krivičnog prava pro- mašili, kad bi se (na našoj Katedri) držali čisto i isključivo teorijskog načina, jer je veoma mali broj slušalaca krivičnog prava, koji će se izvan državne službe odati na obdelovanje ove nauke ili na ma koji drugi posao, prema onom broju, koji će od- mah stupiti u državnu službu, gde će morati da primenjuju pozitivne krivične zako- ne naše zemlje, na konkretne slučajeve, pa je stoga preko nužno, da se upoznamo sa pozitivnim naređenjima našeg krivičnog zakona a zarad objašnjenja, i sa pozitivnim zakonima i drugih država. Na taj način, nećemo škoditi ni nauci, niti ćemo, pak, izgubiti iz vida potrebu naše zemlje.

Krivično pravo delimo na: Uvod, Opšti i Posebni deo.

I Deo. Uvod

Glava prva

O imenu nauke krivičnog prava; šta se pod tim imenom razume; šta je to kri- vično pravo u subjektivnom, a šta u objektivnom smislu; kako se pravo deli; i zada- tak nauke krivičnog prava?

1. O imenu nauke krivičnog prava

U nas su uobičajena dva izraza za nauku krivičnog prava: „Kazneno pravo“ i „Krivično pravo“; jedni kažu: nauka kaznenog prava, drugi, opet nauka krivičnog prava. No to nije slučaj samo u nas. I u drugih naroda postoje razni izrazi za ovu nauku: tako, u Nemaca npr. kaže se „Criminalrecht“; „Das peinliche Recht“ i „Stra- frecht“. Pa ne samo u Nemaca, da razni naučari razne izraze upotrebljavaju za nau- ku krivičnog prava; no jedan i isti naučar, služi se donekle jednim izrazom, pa posle drugim; tako radi npr. poznati pisac krivičnog prava Hefter, davao je u početku ime svojoj knjizi: „Lehrbuch des Criminalrechts“ i tek u petom ili šestom izdanju iste knjige, izmenio je pređašnje ime i nazvao „Lehrbuch des Strafrechts“. No, danas je, može se reći, u Nemaca to pitanje gotovo sa svim prečišćeno, i preovladao je izraz „Strafrecht“, kako u nauci, tako i u zakonodavstvu, a u ranija vremena upotrebljava- ni su izrazi: „Criminalrecht“ i „Das peinliche Recht“.

U Francuza tako isto, postoje dva izraza za krivično pravo: „Droit pénal“ i „Dro- it criminal“; „code pénal“ i „code criminal“. Ali se mora priznati, da je i u Francuza preovladao izraz „droit pénal“, koji, kao i nemački izraz Strafrecht, odgovara našem izrazu „Kazneno pravo“ i sasvim je redak slučaj, da pisac ili zakonodavac upotrebi izraz „criminel-elle“ koji kao i nemački izraz „Criminalrecht“ odgovara našem izra- zu „Krivično pravo“. I u Engleza ima dva izraza: „right penal“ (rajt penal) i „right criminal“. Pa i u knjigama latinskim jezikom pisanim, nalaze se poglavito dvojakii izrazi: „ius penale“ i „ius criminale“, ali je u njima daleko češći izraz „ius penale“.

Sudeći, dakle, po tome, što je i u Francuza i u Nemaca preovladao onaj izraz, koji odgovara našem izrazu „kazneno pravo“, i što se i u knjigama, latinskim jezi- kom pisanim, nalazi češće „ius penale“, moglo bi se reći, da je bolje i prirodnije, da i mi usvojimo izraz „Kazneno pravo“; a ne „Krivično pravo“.

Ali, ja držim sa svim obrnuto; držim, da bi smo se ogrešili o pravi značaj toga imena, ako bi pretpostavili izraz: „Kazneno pravo“ izrazu „Krivično pravo“. A zašto?

Reč „kazneno“ ima svoj značaj, i dovodi se od reči „kazna“; a reč „krivično“ ima svoj značaj, i dovodi se od reči „Krivica“. Pitanje je sada, šta je u nauci krivičnog prava preče i važnije „krivica“ ili „kazna“, koje od kog zavisi, i koje kome prethodi – kazna ili krivica? Nema sumnje, da krivica prethodi kazni, da je kazna posledica krivice, jer kazne bez krivice ne može biti. Kazna je, dakle, tek sledstvo krivice, krivica je glavno – krivica je osnov, uzrok a kazna je sporedno, posledica krivice. Po tome, kad bi usvojili izraz „kazneno pravo“, to bi značilo usvojiti nešto po posledici, a kad bi usvojili izraz „krivično pravo“, to bi značilo usvojiti nešto po osnovu, po uzroku njegovom. Krivica igra važnu ulogu kroz svu nauku krivičnog prava, dok kazna, tek kao posledica krivice, igra ulogu pri svršetku, pri samoj primeni.

Ne obzirujući se, dakle, na to, što je u drugih naroda preovladao takav izraz, kome u našem jeziku odgovara izraz „kazneno“, mi upravljajući se po logici same stvari, držimo, da je daleko bolje usvojiti izraz „krivično pravo“ nego „Kazneno“ u toliko pre, što nam oni naučari, koji upotrebljuju izraz što odgovara našem izrazu „Kazneno“, ne kazuju zašto to čine, ne daju za to nikakvih razloga, i što znamo, da u Rimljana nije bilo nikakvog tehničkog izraza „Krivično pravo“, jer nazivi „ius penale“ i „ius criminale“ – kao što nemački naučar Gajb u svojoj knjizi „Lehrbuch das deutsches Strafrechts“ od 1862. godine veli – nisu tehnički izrazi rimskog prava, no su docnije skovani.

Možda će ko kazati da izraz „kazneno“ valja usvojiti zato što dolazi od prava kažnjenja, od pitanja: ko ima pravo kazniti? Ali to neće imati nikakve vrednosti, jer za održanje zajedničkog života ljudskog i njegovih opštih interesa, nije glavno kazna, već je glavno i od odsudnog značaja otklanjanje i sprečavanje krivičnih dela, a kazna je tek posledica, sledstvo učinjenih zala, ako se krivična dela otklone, onda kazna može i izostatati. Prema svemu ovome, bolje je upotrebiti izraz „Krivično pravo“ nego izraz „Kazneno pravo“.

Mi bi s pravom i sa razlogom mogli nazvati „Krivični zakonik“, „kaznenim“, jer se tu zaista samo o kažnjenju govori. Ali nikako ne bi mogli „Krivični postupak“ nazvati „Kaznenim“, jer u njemu nema ni pomena o kazni. Prema tome bi učinili pogrešku, kad bi ga nazvali kao Nemci „Strafverfahren“. Francuzi su tu pogrešku uvideli, i oni ne kažu „l'instruction pénale“ već „l'instruction criminelle“. Mi ćemo se izrazom „Krivično pravo“ dotle služiti, dokle god ili sami ne budemo došli na jače protivne razloge, ili ih ne budemo od drugih čuli.

A zašto se zove nauka Krivično pravo? U društvenom životu kao i u vasseljeni, mora biti nekih nužnih uslova, ili predmet, iz kojih se crpe život, iz kojih život izvire. Najglavniji izvor društvenog života, to su stvari i delanja ljudska – a to je materija i kretanje u vasseljeni – a rad, to je život. Suštinu prava sačinjavaju oni uslovi, koji su nužni za održavanje i za razvoj, ili usavršavanje društvenog života; s toga se ti uslovi moraju braniti, moraju čuvati. Otuda uslov da se izvesne stvari čuvaju, pribavljaju, otuda to, da se neka delanja dozvoljavaju, a neka zakraćuju. Pa, kako su krivična delanja takva dela, kojima su ti uslovi, za društveni život nužni, ruše, to se po prirodi ljudskoj, uvek pruža neko pravo onome, kome je neko delanje učinjeno, naspram onoga, koji mu je to delanje učinio, otuda on zadobija neko pravo naspram učinioca krivičnog dela, npr. država na kaznu, privatni na naknadu štete, učinjene krivičnim delom. Kad se kaže „Krivično pravo“, to se uvek kaže sa subjektivnog gledišta, a otuda i naziv krivičnog prava.

2. Šta je to krivično pravo

Redak je koji naučar, koji se bavi naukom krivičnog prava, da je obišao da ne pokaže, šta razume on i šta treba razumeti pod imenom nauke krivičnog prava. Redak je, velim, naučar, koji se nije upustio u definisanje ove nauke. Ali, iako je gotovo svaki naučar, koji se ovom naukom bavi, davao joj i definiciju, opet ima naučara, koji to ne čine, koji ne daju definiciju nauci krivičnog prava, a između drugih, kojih je malo, jeste i nemački naučar Berner, čiju knjigu imamo u nekoliko prevedenu na srpski jezik. Berner se, velim nije upuštao u definisanje nauke krivičnog prava, no je to nekako obišao, mada se u daljoj raspravi njegovoj ne primećava, da je izostavio i jedan suštastveni znak, što bi u nauci krivičnog prava trebalo raspraviti. A zašto je on tako učinio? Može biti da je on to po svoj prilici učinio stoga, što na jednom mestu u svojoj knjizi kaže: „Teško je davati nacrt pojma nauke, i taj nacrt je na zdanju nauke veoma mali i sitan, pa ne može ni da se vidi“, i posle, jamačno i zato, što kaže: da se nauka počinje izvođenjem samih načela, pa po tome i da nije nužno, i da se ne može definicija nauke dati. Ali, takvo mišljenje je neosnovano, pre svega, s toga, što se u glavnim potezima može pokazati, šta je koja nauka; a posle s toga što se u opšte u govoru traži jasnosti, treba da se razume, šta se kojom rečju hoće da kaže, jer je svakoj nauci zadatak da pojmove (reči) s jedne strane precizira, a s druge strane da im sadržinu (njihovo značenje) bogati; treba znati dakle, šta se razume pod rečju „Krivično pravo“, kao što je nužno znati i pojam drugih reči, npr, šta je ličnost, volja, svest itd. i najposle, šta je to nužno i sa naučnog gledišta, jer se tek iz sravnjenja definicije sa datom raspravom može saznati, da li je sve izloženo i raspravljeno, što u nauci treba da se izloži i raspravi. U ostalom istina je, da se svaka nauka počinje izvođenjem načela, ali se nauka isto tako produžava i svršava izvođenjem načela, a to ništa ne smeta, da se unapred kaže, šta je to nauka? – Prema tome Berner greši što ne daje definiciju nauci krivičnog prava, jer se ona može dati, a to je i potrebno za razumevanje.

Mnogi su, opet naučari pokušavali, da definiciju krivičnom pravu dadu prema pozitivnom propisanom krivičnom pravu, kao što se to opaža u Gajba, što se vidi iz njegove knjige: „Lehrbuch das Strafgesetzbuch“. Ali, veoma je teško i upravo nemoguće odrediti i dati pojam, koji će u isto vreme označiti i pojam nauke čisto sa gledišta naučnog i pojam nauke sa gledišta pozitivnog, pisanog zakona. Stoga i pogrešno definišu nauku krivičnog prava oni naučari, koji hoće da joj dadu definiciju sa gledišta čisto pozitivnog prava, jer je definicija krivičnog prava sa gledišta čistog pozitivnog prava različna od definicije, koja bi joj se dala sa čisto naučnog gledišta, jer je prva i mnogo užeg obima. Osim toga, definicija krivičnog prava sa gledišta pisanog zakona, različna je prema formi državnoj; u jednoj je državi jedna, a u drugoj sasvim druga, kako je u kojoj državi forma vladavine, na pr. ustavna ili neustavna. Sem toga, u definiciji krivičnog prava, sa gledišta čisto pozitivnog prava, ne bi se obuhvatili svi elementi, koji spadaju u nauku krivičnog prava, no samo neki, samo kažnjiva delanja i kazne, a drugi elementi otpadaju kao: ko da kazni, zašto da ga kazni, kako da ga kazni itd.? – Tako, nemački naučar Berner definiše pozitivno kazneno pravo ovako (po prevodu): „kazneni je zakonik (tj. krivično pozitivno pisano pravo) volja, koju je izrekla državna vlast na osnovu Ustava, kako će se sa zločincima postupati.“ – Po tome, ona volja, koja ne bi bila izrečena na osnovu Ustava, ne bi bila kazneni zakonik, i stoga ta definicija već ne bi mogla vredeti u zemlji gde

nema Ustava. Ova definicija bila bi mnogo prikladnija za krivični postupak, jer on upravo pokazuje pravo, koje kazuje šta će se i kako raditi sa zločincima.

Definicija krivičnog prava mora biti, dakle, sa čisto naučnog gledišta, jer je nauka jedna i ista svuda, za sve narode i sva vremena, dok je naprotiv, pozitivno pravo u jednoj državi ovo i ovako, a u drugoj ono i onako, te po tome definicija sa tog gledišta mora biti različita.

Regulisati ili određivati odnose pojedinaca među njima i prema državi, jeste posao građanskog ili državnog ili javnog prava. A vredati te odnose bilo prema pojedincima bilo prema državi, to je povreda prava, koja može biti: ili krivična, ili građanska, prema tome, kakav je kad način, kojim je, i kakva je kad radnja, kojom je povreda učinjena.

Prema tome, onda, šta je „Krivično pravo“, šta se razume pod naukom krivičnog prava sa gledišta teorijskog? – Imajući na umu predmet krivičnog prava, mi mu ovaku definiciju dajemo: Krivično je pravo nauka, koja nam izlaže pravila i osnove o tome, koja su ljudska spoljna delanja ili nedelanja u državi, kao nedozvoljena kažnjiva, zašto su, pod kojim uslovima i kako kažnjiva, i od koga da se kazne? – tj. ko u državi da kazni ljude za nedozvoljena delanja?

Iz ove se definicije vidi, da ima pet elemenata, koji sačinjavaju suštinu nauke krivičnog prava, a to su ovi:

1. Koja su ljudska delanja ili nedelanja kao nedozvoljena kažnjiva u državi?
2. Zašto su neka delanja i nedelanja u državi kažnjiva; dakle cilj kažnjavanja?
3. Kako da se kazne ta nedozvoljena delanja i nedelanja; dakle, način kazne?
4. Pod kojim uslovima može da bude jedno delo kažnjivo; dakle, uslovi kažnjenu?
5. Ko u državi ima pravo da kazni; dakle, vlast i njeni organi?
6. No sem ovih pet elemenata, koji sačinjavaju suštinu krivičnog prava, ima ih još jedan, odnosno dva elementa, a to su:
7. Lice, koje je učinilo to kažnjivo delanje i nedelanje; i
8. Lice, prema kome je učinjeno to kažnjivo delanje i nedelanje.

Ma koji od tih pet elemenata ili suštastvenih znakova, što sačinjavaju predmet, materiju nauke krivičnog prava, da izostavimo, bilo delanja, bilo cilj kazne, način, uslov ili vlast. Koja kazni, nauka krivičnog prava bila bi napadnuta.

* * * * *

Prilprenalne mere

U veoma mnogo krivičnih slučajeva, treba mnogo što šta pre nego što se započne radnja, kojom se započinje izvršenje krivičnog dela; mnogo što šta je nužno učiniti, da bi se mogla ta radnja preduzeti; mnogo što šta treba toj radnji da prethodi; npr. da se dođe do mesta, gde će se i do predmeta, na kome će se krivično delo izvršiti. Sve ono, što bi nužno bilo, da se učini pre, na šta se preduzima radnja, kojom se izvršenje krivičnog dela započinje, spada u tzv. prilprenalne mere.

Na primer nabavi ko oružje, barut, olovo itd. radi ubijstva, sve je to radnja, koja se vrši pre radnje koja spada u oblast pokušaja; ili, načini ko kalup, nabavi blagorodnih metala, za livenje lažnih novaca; ili, odnaša ili donša ko nužna sredstva na mesto, gde misli krivično delo da izvrši itd. I tek, kad se po takvoj nužnoj, učinjenoj spremi, i sa sredstvima naročito nabavljenim, ili inače pribranim dođe do mesta, gde se krivično delo ima da izvrši, ili do zaštite predmeta: plotu, vrnjika, ograde, zida, ili do mesta, sa koga se krivično delo ima da izvrši, tek tada može biti razgovora o radnji, kojom se započinje krivično delo, a kad se dotle dođe i preduzme upotreba pribavljenih sredstava, onda tek ima pokušaja, a pre nema. Na primer ako je predmet, na kome se ili prema kome se krivično delo ima da izvrši zaštićen čim, na pr. u kući, zatvorenoj avliji, stanu (stoka), onda pokušaja nema sve donde, dok se ne dođe do te zaštite, i ne otpočne ista da otklanja; a kad se uđe u zaključanu kuću, ili uskoči u zatvorenu avliju, tek tada se javlja radnja, kojom se započinje izvršenje krivičnog dela, tek tada se jasno obelodanjuje namera učiniočeva. A ako je radnja, kojom se započinje izvršenje krivičnog dela, takva, koja se po pravilu ne preduzima zarad izvršenja krivičnog dela, onda se namera učiniočeva za delo mora i drugim čim dokazivati. Na pr. hteo ko da ukrade vola iz livade, i popeo se recimo na vrnjike da preskoči u livadu, ili i preskočio, pa ga sopstvenik ugleda, tu se još ne može da izvede namera krivčeva za krađu, pa se moraju uzeti u ocenu i sve druge prilike, jer tek one ukupno sa tom radnjom biće kadre obelodaniti nameru krivčevu, na pr. uskočio u livadu noću, nije bio tuda put, ne zna da kaže, za šta je u livadu skočio itd. Ili, došao čovek noću u čiju avliju, pa čim su ga opazili on počne begati i kad ga uhvate nađu kod njega svećicu, šibice, turpije, burgije itd.; i sve zajedno sa radnjom, koja se po pravilu preduzima zarad izvršenja krivičnog dela, jasno obelodanjuje u datom slučaju nameru krivčevu za krivičnim delom. Otklanjanje, dakle, prepreka zarad izvršenja krivičnog dela spada već u oblast krivičnog dela, ali to otklanjanje ne mora uvek da bude ona radnja kojom se započinje izvršenje krivičnog dela; a da bi otklanjanje prepreka bila ta radnja, kojom se započinje izvršenje krivičnog dela, onda mora između te radnje i ostalih biti kontinuiteta; jer ako toga nema, onda otklanjanje prepreka ili savlađivanje teškoća neće biti ta radnja, no pripremna mera. Na pr. otvori ko lažnim ključem staju, i odmah uđe da krađe, ali bude sprečen, ili, provali zid od zgrade, i odmah ulazi da vrši drugu koju radnju, – ima kontinuiteta; ali, ako ko na pr. otključa kakvu zgradu pred veće, da bi preko noći što iz otvorene zgrade ukrao; ili abdan provali zid, da bi se abnoć tuda mogao provući, da izvrši krivično delo, onda nema kontinuiteta, i onda radnja: provaljivanje zida i otključavanje zgrade biće samo pripremna mera, a ne radnja, kojom se započinje izvršenje krivičnog dela, kao u gornja dva primera. Ili, uzme B. sičana⁹, pa ga metne do šećera, kako bi, kad zasladi vino Al-i, spustio u vino i sičan, onda je to pripremna mera, a ako bi metuo sičan u čašu i metnuo na astal Aleksin, da uzme i da se otruje, onda je to pokušaj. Kad ko na pr. obije staju zarad ubijstva, onda nije pokušaj, a kad ko obije staju zarad krađe, onda je to pokušaj krađe.

A da li su pripremne mere po nauci kažnjive? Pa pripremne mere ni po nauci ni po praksi nisu kažnjive. A to stoga:

9 Sičan je reč turskog porekla koja znači otrov, arsenik.

- a) Što pripremne mere daleko odstoje od nameravanog, željenog dela, te se po tome nikakva vidljiva veza između njih i dela ne vidi;
- b) Što učinilac ima u svakom pogledu dosta vremena da se odluči, hoće li da učini krivično delo ili neće, te sa toga, da se i sam može odvratiti od nameravanog krivičnog dela; i
- c) Što će čovek daleko lakše odustati od željenog krivičnog dela, ako zna, da li mu dotadanja radnja nije kažnjiva.

Ovo je pravilo usvojeno i u nauci i u praksi. Ali po izuzetku mogu se i pripremne mere kazniti i to samo kod onih dela, koja su opšte opasna po društvo, kod tzv. formalnih krivičnih dela – facti transeuntes – na pr. veleizdaja, izdaja vladaoca, zemlje itd. Tako su i zakonodavci usvojili.

Dodaćemo još nešto, zarad dopune, a naime: da te pripremne mere treba da budu kažnjive i onda, kad pripremna mera u isto doba sačinjava i zasebno krivično delo, delo ius generis po pozitivnom zakonu. Na primer odmetanje u hajduke, ali da bi se ko odmetnuo u hajduke, treba mu oružje, pa ako to pribavi krađom, onda ma da je to pripremna mera za odmetanje u hajduke, ipak je kažnjiva, jer sama po sebi sačinjava već krivično delo – krađu; ili, hoće ko da odvede devojkicu bez saizvoljenja njenoga oca, pa u dogovoru s njom namisli da beži u drugu državu, ali mu je za to npr. potreban pasoš, ali ne može da ga dobije, pa zato sedne i napiše lažnu ispravu – to je samo pripremna mera, i ne bi trebalo da se kazni, ali pošto je to i zasebno krivično delo – lažna isprava, to se i ona kazni. To je načelo prvo usvojio francuski zakonodavac a od njega ostali, pa i naš u § 43 KZ.

WINFRIED HASSEMER,
Warum Strafe sein muss. Ein Plädoyer

Ullstein, Berlin, 2009, str. 368.

Izučavajući pravo, vremenom se stvori slika o tome kako treba da izgleda valjani naučni rad, odnosno u kom obliku ga treba publikovati ne bi li zavredio pažnju (naučne) javnosti. Eksperimentisanja autora na ovom polju su retka, posebno ako se radi o tradicionalnoj grani prava kakva je krivično pravo. Stoga na prvi pogled iznenađuje odluka Winfried-a Hassemer-a, zvučnog imena nemačke krivične nauke i prakse, da svoja razmišljanja na temu krivičnog prava i nužnosti postojanja i opravdanosti kazne pretoči u knjigu koja bi se s obzirom na svoj format i naizgled suviše liberalan pristup jednoj ovako centralnoj temi pravne nauke pre mogla zamisliti među beletristikom, no među ozbiljnom stručnom literaturom. „Zašto kazniti. Pledoaje“ – već sâm naslov budi sumnju u naučnu vrednost sadržine knjige. Oni ma koji nisu upoznati sa biografijom autora, najkasnije na prvim stranicama, tj. iz predgovora knjige postaje jasno da je on svesno odabrao unekoliko drugačiji pristup pomenutoj tematici, a što je oličeno na više načina; počev od formata knjige koji nije uobičajen za naučne radove, preko stila pisanja koji bi se u velikoj meri mogao okarakterisati kao neformalan, na mahove čak provokativan, i koji na nekoliko mesta uključuje i direktna obraćanja čitaocima, te sažetaka na kraju svakog odeljka, pa sve do intrigantnih podnaslova („Setva“ – *Saat*, „Žetva“ – *Ernte*, „Ruševine i zvezde vodilje“ – *Trümmer und Leitsterne*, „Mala

porodica“ – *Eine kleine Familie*). Sve ovo je učinjeno sa ciljem da se rasprava o kazni sa naučnog podijuma izmesti na polje u kom će i pravni laik moći da se snađe. S obzirom na veliki broj prikaza, kritika i komentara ove knjige, koji su između ostalog objavljeni i u svim vodećim novinama sa nemačkog govornog područja, uspelo se u popularisanju jedne, kako sâm autor u predgovoru kaže, „naizgled suvoparne materije“. No, da li je naučna sadržina uspela ne samo da „preživi“ popularnu formu, već i da je oplemeni svojim kvalitetom, i tako ispunni Hassemerov cilj, to se može reći tek nakon analize, ili bar detaljnog čitanja knjige. Pre prikaza strukture i sadržaja knjige, kao i odgovora na pitanje da li su neka kriminalnopolitička pitanja postala razumljiva i čitaocu koji ne posmatra svet sa pravne tačke gledišta, ali koji se svakodnevno sreće sa tim istim pitanjima, te da li je uspeo da spoji svakodnevnicu sa naukom, sledi biografija autora Winfrieda Hassemera u nekoliko reči.

Winfried Hassemer, profesor emeritus pravne teorije, pravne sociologije, krivičnog prava i krivičnog procesnog prava na Johann Wolfgang Goethe Univerzitetu u Frankfurtu na Majni, od 1991. do 1996. godine poverenik za zaštitu podataka nemačke pokrajine Hessen, od 1996. godine sudija Saveznog ustavnog suda Nemačke¹, od 2002. do

¹ W. Hassemer, *Warum Strafe sein muss. Ein Plädoyer*. Ullstein, Berlin, 2009. Informacije sa omota knjige.

2008. godine predsjedavajući Drugog senata i zamenik predsednika Saveznog ustavnog suda Nemačke², počasni doktor nekoliko stranih univerziteta³, u svojim radovima, odlukama i javnim nastupima spaja stavove doktrine sa iskustvima iz prakse, ne libeći se da pri tom iznese i svoja mišljenja koja se u javnosti neretko ocenjuju kao sporna.⁴ Kao njegove najvažnije radove vredni pomenuti *Theorie und Soziologie des Verbrechens* („Teorija i sociologija zločina“ iz 1973. godine), *Hauptprobleme der Generalprävention* („Glavni problemi generalne prevencije“ iz 1979. godine), *Strafen im Rechtsstaat* („Kazne u pravnoj državi“ iz 2000. godine), *Verbrechensopfer: Gesetz und Gerechtigkeit*⁵ („Žrtve krivičnih dela: zakon i pravda“ iz 2002. godine), *Erscheinungsformen des modernen Rechts* („Pojavni oblici modernog prava“ iz 2007. godine), *Strafrecht. Sein Selbstverständnis, seine Welt* („Krivično

pravo. Njegovo samoshvatanje, njegov svet“ iz 2008. godine).⁶

Upravo imajući na umu Hassemmerovo koketiranje sa problematičnim temama, interesantno je videti na koji je način pristupio raspravi oko većitih dilema: da li, kako, koliko i zašto kazniti.

Struktura knjige „Zašto kazniti“ izgleda tako što nakon registra skraćunica i uvodne reči slede četiri dela u kojima je na ujedno apstraktan i konkretan način prikazan proces kažnjavanja u svakodnevnom životu; dalje svrha kazne i krivičnog prava, te su bliže osmotrena tri aktuelna pitanja – krivice, žrtve i maloletnika. Nakon ovog suštinskog dela knjige sledi pogovor, potom, kao prilog, odabrani zakonski tekstovi na koje se autor tokom svog izlaganja poziva i naposljetku vrlo detaljan registar pojmova.

U uvodnoj reči (str. 11–13) Hassemmer, nakon iskazivanja začuđenosti zbog činjenice da niko do sada nije odabrao ovakav pristup, pojašnjava svoju zamisao da čitalačkoj publici koja se do sada susretala sa pojmovima poput ubistva zbog časti, zlostavljanja dece, doživotnog lišenja slobode pokaže da krivično pravo nije samo skup normi, već i deo kulture, te da je prisutno u našoj svakodnevnicima, i to kao nešto sa čim se susrećemo još od malena. On otvoreno traži razgovor sa čitaocem, te ga u tom cilju na početku sva četiri dela uvodi u problematiku koja sledi, da bi je zaokružio odgovarajućim rezimeima na kraju svakog dela. Potpuna slika se dobija pregledom zakonskih tekstova koji su dati u prilogu na kraju knjige, a koji treba dodatno da podstaknu čitaoca na tumačenje normi i na sopstvena razmišljanja.

Prvi (str. 14–49) od četiri dela nosi naslov „Kazne u svakodnevnom životu“

- 2 Buchbesprechung „Winfried Hassemmer – Warum Strafe sein muss. Zahn um Zahn“, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 21. Juni 2009, www.faz.net, pristupljeno stranici: 10.04.2011. godine.
- 3 Počasni doktorat dodeljen mu je od strane Aristoteles Univerziteta u Solunu (Grčka) 1998. godine, Saveznog univerziteta Rio de Janeiro (Brazil) 2001. godine, Univerziteta Lusiada (Portugal) 2004. godine i Univerziteta Pablo de Olavide u Sevilji (Španija) 2005. godine.
- 4 Poslednji u nizu primer za to jeste njegovo, u javnosti izrazito kritikovano, zalaganje da se, u zavisnosti od socijalnog konteksta i socijalizacije učinio, prihvati mogućnost postojanja pravne zablude, odnosno blažeg kažnjavanja kada se radi o ubistvu zbog časti, što on, uostalom, i u sâmoj knjizi pominje. „Folter gedeiht im Dunkeln“, *Der Spiegel* vom 13.05.2009, www.spiegel.de, pristupljeno stranici: 9.04.2011. godine; W. Hassemmer, *op. cit.*, p. 38.
- 5 Koautor ove knjige je Jan Philipp Reemtsma, nemački profesor književnosti, publicista i poznati mecena, inače i sâm žrtva otmice iz 1996. godine.

- 6 Portal der Deutschen Nationalbibliothek, <https://portal.d-nb.de>, pristupljeno stranici: 11.04.2011. godine.

(A. *Strafen im Alltag*), a čine ga podnaslovi „Distanca i bliskost“ (*Distanz und Nähe*), „Kultura svakodnevnice“ (*Alltagskultur*), „Društvena kontrola“ (*Soziale Kontrolle*), uz prva dva od nekoliko rezimea.

Autor čitaoca uvodi u raspravu o kazni tako što konstatuje da većina ljudi ima jasan stav o tome šta i kako treba kazniti, ali da postoji pogrešna predstava o krivičnopravnim normama i o postupanju sudova. Ovako naznačenu ambivalentnost on objašnjava uskom povezanošću krivičnog prava sa kulturom sa kojom se svakodnevno susrećemo – ljudi krivičnom pravu pristupaju kako sa strahom, tako i sa fascinacijom. Tome u prilog govori i činjenica da mediji u 80% slučajeva izveštavaju o krivičnim predmetima; od čega 70% čine krvni delikti. Krivičnopravni propisi su rezultat zakonodavne aktivnosti, ali ujedno i odraz osećanja pravednosti građana, a to je prikazano na primeru krajnje nužde kao osnova koji isključuje protivpravnost, i na lišenju života iz samilosti kao privilegovanog oblika ubistva. Upoređujući materijalno i procesno krivično pravo kao okvir u kom se iznalazi istina, Hassemer smatra da u ovom drugom postoji manje podudaranja između pravnih pravila i osećaja pravednosti, posebno imajući u vidu slab položaj žrtve, tj. oštećenog i dugotrajne i skupe krivične postupke. Pojačana zakonodavna aktivnost na tim poljima pokazuje da se kaznenopravna politika (ipak) orijentiše prema osećaju pravednosti građana, s tim što se ta uverenja ne mogu bukvalno pretočiti u zakonske norme, ali ih zakonodavac svakako treba očekivati, s obzirom na to da su takva očekivanja duboko ukorenjena i prilično stabilno pozicionirana u svesti članova društva. No, ne treba izgubiti iz vida ni

drugu stranu medalje; a to su normativne izmene, koje su neizbežne, pošto je „normativno društveno sporazumevanje jedan živ, diferenciran i kompleksan proces (...)“.⁷ Razlike u pojedinim kulturama i njihova uska povezanost sa krivičnopravnim pravilima upravo su razlog suprotstavljanja trendu globalnog ili međunarodnog ujednačavanja krivičnog prava, što je u ovom momentu posebno vidljivo u Evropi. Hassemer u tom kontekstu pominje trenutne rasprave oko krivičnopravnog tretiranja mučenja u svrhu spasavanja (*Rettungsfolter*), smrtne kazne, abortusa, matičnih ćelija. Govoreći dalje o društvenoj kontroli, autor ističe da je to jedan mehanizam svojstven svakom područstvu živu; da postoji u svim ljudskim zajednicama; da su ciljevi i strukture isti, a da samo instrumenti mogu biti različiti; te da se društva definišu i razlikuju prema svojim normama. Strukturu društvene kontrole čine tri nivoa: norme, sankcije i postupci. Norme su definisane kao centralni predmet društvene kontrole; one u svojoj ukupnosti čine kulturu svakodnevnice i markiraju, ocenjuju i regulišu postupanja ljudi. Autor smatra da, u tom kontekstu, tzv. ubistva iz časti treba tretirati kao privilegovani oblik ubistva zbog normativne vezanosti učinioaca za jednu atipičnu kulturu. Što se sankcija tiče, one mogu biti vrlo rigorozne, iako norme na kojima se one zasnivaju nisu strogo formalizovane. Međutim, i ovde postoji problem njihove slabe formalizacije. Naime, zbog velikog broja učesnika, njihovih ličnih i institucionalnih razlika, brojnosti i jačine sankcija, ne može se uvek predvideti „da li“ i „kako“ će se povreda norme sankcionisati. Čak ni granice sankcionisanja nisu čvrsto

7 W. Hassemer, *op. cit.*, p. 29.

određene; nekada i prekomerna sankcija može predstavljati povredu norme. Stoga srazmerno sankcionisanje čini srž kulture svakodnevnice; samo ono može da prekine začarani krug nasilja (poput krvne osvete), i tek onda se može govoriti o adekvatnom „odgovoru“ na povredu norme. Postupak bi predstavljao vrhunac formalizacije, ali čak ni on nije u potpunosti određen. No, ono što deluje ohrabrujuće, to je činjenica da učesnici uvek, čak i kod spontanog određivanja normi i nesrazmernog sankcionisanja, prihvataju raspodelu nadležnosti, tako da se ne sme potceniti vrednost postupka, s obzirom na to da se u njemu ako ne istina, a ono bar mir može pronaći.

Drugi deo (str. 50–114) nosi naslov „Šta krivično pravo hoće. Ili: Šta kazna treba da postigne“ (B. *Was das Strafrecht will. Oder: Was die Strafe soll*), i sastavljen je iz četiri odeljka: „Časna formula“ (*Die ehrwürdige Formel*), „Providnost, jad i dno“ (*Durchsichtigkeit, Elend und Untiefen*), „Novo iz starog“ (*Neues aus Altem*) i rezimea na kraju.

Hassemer započinje raspravu konstatacijom da su ciljevi, odnosno svrha kazne bili i ostali glavni predmet razmišljanja o krivičnom pravu – kritika i opravdanost krivičnog prava zavise zapravo od kritike i opravdanosti kazne. Tu postoji sukob dva mišljenja: jednog koji je okrenut ka prošlosti i koji želi odmazdu, i drugog koji je okrenut ka budućnosti i koji teži popravljanju, odvratanju, prevenciji. Ono što prema shvatanju autora taj jaz može premostiti jeste pozitivna generalna prevencija. Objašnjavajući deo po deo formule *nemo prudens punit quia peccatum est sed ne peccetur*, Hassemer smatra da bi bilo neodgovorno i cinično zalagati se za jedan svet u kom se ne kažnjava i koji prašta (on primećuje da takva nepunitivnost ne po-

stoji čak ni u manastiru); da je greh nužan, ali ne i dovoljan uslov za primenu kazne⁸, tako da pomenuta formula ima sledeće značenje: „Nijedan razuman čovek ne kažnjava jer je učinjen greh, već on kažnjava da se ne bi činio greh.“ U nastavku, autor posmatra ovu formulu iz perspektiva različitih teorija – klasičnih i modernih, apsolutnih i relativnih, represivnih i preventivnih, retributivističkih i utilitarističkih, te, nakon opaske da krivičnopravna dogmatika „nije sluškinja prakse, niti njen dobavljač ili rezervoar shvatanja“⁹, konstatuje da učenja o svrsi kazne dopiru do srži sudskih odluka. Vođen podnaslovom „Ciljevi kazne u kriminalnoj politici“, autor njihovom osvetljavanju ponovo pristupa iz uglova različitih teorija i konstatuje da su klasične i moderne teorije svaka na svoj način nepotpune: ove prve se prema stvarnosti postavljaju suviše rigidno, dok ove druge prete da „potonu“ u stvarnosti. Praveći poređenje, Hassemer je mišljenja da teorije odmazde u sebi sadrže ugrađenu „kočnicu kažnjavanja“, da nose meru u sebi, dok merilo preventivnih teorija nisu pravednost ili srazmernost, već efikasnost prilikom upotrebe preventivnih instrumenata, tako da one zapravo naginju ka represiji, što je on i prikazao na pet primera (stav prema unutrašnjoj bezbednosti, različit obim kazni, značaj mera bezbednosti, stav prema dostojanstvu čoveka i odnos sa stvarnošću). Pominjući generalnu prevenciju, autor se pita da li krivično pravo uopšte ima takvo dejstvo i zaključuje da postoji više

8 Interesantno je Hassemerovo tumačenje krilatice „oko za oko, zub za zub“. Prema njemu to, naime, ne predstavlja poziv za istovetno postupanje („sada njemu treba izbiti zub“), već naprotiv, poziv na primerenost („ne odrubiti mu odmah celu glavu“). W. Hassemer, *op. cit.*, p. 57.

9 W. Hassemer, *op. cit.*, p. 62.

pitanja nego odgovora, a da eksperimenti u krivičnom pravu nisu mogući, tako da on poziva na skromnost u pogledu ocene dosadašnjih rezultata i znanja sa jedne strane, dok sa druge strane odvrća od slepog poverenja u krivično pravo i nedostatka mašte u pogledu iznalaženja alternativnih rešenja. On konstatuje da kriminologija mora više da se aktivira, pošto su kriminalnoj politici neophodna njena saznanja. Kao rešenje, autor nudi spajanje u jednu novu konstrukciju onih elemenata represivnih i preventivnih teorija¹⁰ koji su opstali sve ovo vreme, i to: dostojanstvo čoveka, dejstvo i meru. Nadovezujući se na ove tri „vezde vodi-lje“, ponovno kombinovanje već korišćenih elemenata koja su potekla iz sudske prakse, Hassemer smatra začetkom učenja o pozitivnoj generalnoj prevenciji, a kao primer navodi sudsku odluku o uslovnoj osudi. Ono što je novo, što je sudska praksa razvila i unela u teoriju jeste pojam poverenja (*Vertrauen*), čime je prevaziđen jaz između suprotstavljenih teorija. Kao rezultat tog poverenja dobija se stvaranje krivičnog zakonodavstva od strane svih građana, koje nije više oktroisano, čime se krivično pravo zaista doživljava kao blisko, kao „naše“ pravo.

Treći deo (str. 115–203) se naziva „Šta svi mi želimo. Ili: Šta krivično pravo treba da postigne“ (*Was wir alle wollen. Oder: Was das Strafrecht soll*), i podeljen je na tri celine: „Moć krivičnog prava“ (*Die Macht des Strafrechts*), „Koncept formalizacije“ (*Das Konzept der Formalisierung*) i sažetak.

Pravna država treba da stvori mogućnost za kontrolisanje i vladanje formalnom društvenom kontrolom. Kazne

moraju da postoje, ali se opravdanost krivičnog prava može postići tek ako su njihove granice i principi jasni. Kako je Durkheim već konstatovao, društvenih normi će uvek biti. Ono što, međutim, treba činiti, to je preciziranje povezanosti i razgraničenja između kulture svakodnevnice i krivičnog prava. Prvi aspekt postoji tako što ova grana prava predstavlja zapravo formalizovanu oblast društvene kontrole, odnosno kako se Hassemer slikovito izrazio: „Formalizacija je ruho u kom društvena kontrola koja potiče od krivičnog prava postaje podnošljiva.“¹¹ Ona se ispoljava u dva oblika: kao preciznost i kao vezanost za principe; kao određenost i kao garancije; kao jasnoća i tačnost i kao poštedita i pomoć. Jasnost i preciznost su uobličeni kroz načelo zakonitosti i njegova četiri segmenta (određenost, zabrana analogije, zabrana primene običajnog prava, zabrana retroaktivnosti); dok je poštedita vidljiva kao suzdržavanje zakonodavca, a pomoć kao podrška licima (optuženom, svedoku, privatnom tužiocu). Ono što ovde Hassemer pominje je koncept pravnog dobra u njegovoj sistematskoj i sistematsko-kritičkoj funkciji. Što je ono bliže čoveku, to su njegovi obrisi jasniji i to je ono što jezgro krivičnog prava (*Kernstrafrecht*) štiti. On primećuje da država nije više „Levijatan koji pretil našoj slobodi“, već je postala „partner u borbi protiv kriminala“,¹² pa se tako i koncept krivičnog prava zasnovanog na pravnom dobru relativizuje usled povećane kompleksnosti i potreba za kontrolom u savremenom svetu. Ono što ostaje od ovog koncepta jeste spoznaja da ne treba olako primenjivati krivično pravo; da je što konkretnije i bliže stvarnosti određenje pravnih dobara uslov za

10 „One jesu posvađane sestre, ali su barem sestre; koje su odrasle u neposrednoj, mada kritičnoj, blizini i koje imaju isti predmet (...) – svrhu kazne.“ W. Hassemer, *op. cit.*, p. 93.

11 W. Hassemer, *op. cit.*, p. 122.

12 W. Hassemer, *op. cit.*, p. 154.

čvrstu vezanost zakonodavca za pravne principe, te da individualna pravna dobra i dalje čine jezgro zaštite, iz kojih se onda dalje izvode univerzalna pravna dobra. Govoreći o srazmernosti, on kao njene elemente navodi podobnost, pripisivost i nužnost. Uz ovaj, autor kao fundamentalni pravni princip pominje još pravednost i jednakost. Treći deo svoje knjige Hassemer zaključuje konstatacijom da od uspešnosti formalizacije društvene kontrole zavisi opravdanost krivičnog prava.

Tri aktuelna pitanja krivičnog prava – krivica (*Schuld*), žrtva (*Opfer*) i maloletnici (*Jugend*), čine sadržinu četvrtog dela (str. 204–284), označenog naslovom „U centru pažnje“ (*Schlaglichter*).

Hassemer, govoreći o krivici, pominje „personalni koncept“, koji se, premda u različitom obliku, različitim intenzitetom i uprkos istorijskim usponima i padovima, vekovima već provlači kao crvena nit kroz naše društvo, tako da bi se čak moglo smatrati da on predstavlja karakteristiku evropskog društva. On, kao što je i u dosadašnjem svom izlaganju činio, vešto uspostavlja vezu teorije sa svakodnevicom, pa tako preko pripisivanja koje ljudi čine svakoga dana, a da toga često nisu ni svesni, dolazi do subjektivnog uračunavanja kada se autoru („prirodi“, „dragom Bogu“, „čovjeku“) pripisuje neki događaj u svetu. Imajući na umu ranije prikazani značaj koji kultura ima u krivičnom pravu, on ističe da treba biti vrlo obazriv kada se procenjuje da li je nešto „neracionalno“, s obzirom na to da se pretpostavke o tome šta je razumno razlikuju od kulture do kulture. Shodno tome, neće ni objektivna, ni subjektivna pripisivanja biti identična. Usredsređujući se na ovo drugo, autor daje jednu vrstu preseka, postavivši četiri hipoteze. Prva glasi da

spor oko slobode volje, odnosno oko determinizma i indeterminizma postoji već dugo vremena i da se neće uskoro ni razrešiti, s tim što se kao konstanta („crvena nit“) pominje mogućnost drugačijeg delanja. Otvorenost za inovativna rešenja se susreće sa jednim praktičnim problemom; sudovi, naime, ne mogu da čekaju na razrešenje tih većitih dilema, već moraju iz dana u dan da vode svoje postupke i da rešavaju postavljena pitanja. U drugoj tezi on kaže da empirijske nauke o čoveku ne mogu da daju valjanu kritiku subjektivnog uračunavanja, odnosno pojam slobodne volje nije domen rezervisan samo za jednu nauku, pa tako krivičnopravno uračunavanje obuhvata kako individualne komponente, tako i one društvene. Osvrćući se na prvu tezu, Hassemer smatra da sve dok traje rasprava oko ovog pitanja, sve dok ne uspemo da konstruišemo alternativu metodologiji pripisivanja, sve do tada ipak treba smatrati da učiniočeva autonomija nadjačava njegove nagone. Nemački krivični zakonik, međutim, sadrži jedno odgovarajuće rešenje – sposobnost rasuđivanja i sposobnost odlučivanja, i to je ono o čemu se govori u trećoj hipotezi. Zaključno, autor smatra da je, prilikom utvrđivanja postojanja krivice, dovoljno ako se u krivičnom postupku „samo“ utvrdi da učinilac ne može da se pozove na neki zakonski osnov koji isključuje krivicu, jer to nije ni više, ni manje od onoga što je sudija konstatovao („u ovom slučaju je zakon pametniji od doktrine“¹³). Dovoljno je, dakle, da se utvrdi da nije bilo nedostataka njegove volje, a ne zahteva se dokaz da je njegova volja bila slobodna, jer sud to ne može ni da zna, pa bi tako bilo licemerno konstatovati da je on mogao drugačije da se ponaša. U drugoj podcelini poslednjeg

13 W. Hassemer, *op. cit.*, p. 227.

dela, autor obrazlaže zašto se mešanje države u stvari pojedinca, odnosno za državanje monopola sile, neprepuštanje rešavanja konflikta žrtvi kao oštećenoj strani ne može nazvati paternalizmom. Iako je do današnjeg dana fokus zadržan na učiniocu i žrtva neutralizovana, ona ipak nije sasvim obespravljena, što se može videti na navedenim primerima u knjizi (pokretanje postupka, prava u sâmom postupku, pomirenje). Maloletničko krivično pravo tema je poslednje podceline četvrtog dela. Suprotstavljajući se pojedinim savremenim kritikama, autor objašnjava na koji način se ova oblast krivičnog prava razlikuje od krivičnog prava usmerenog ka punoletnim učiniocima; da je zakonodavac našao pravu meru između zadiranja i zaštite; da bi primena „neprijateljskog krivičnog prava“ prema malim grupama mladih delinkvenata predstavljala početak kraja pravne države; da se princip formalizacije povlači pred idejom vaspitanja; da je svrha maloletničkog krivičnog prava njihovo usmeravanje ka uspešnom životu; da treba prihvatiti dinamični razvoj i iskazati poverenje u súdeve tužioca i sudije za maloletnike, odnosno slikovito govoreći: „ne treba se sporiti tamo gde se može miriti i vaspitavati.“¹⁴

U pogovoru (str. 285–287), Hassemer još jednom podvlači da je u krivičnom pravu duboko ukorenjena kultura svake pojedine zajednice; da društvenu kontrolu čine norme, sankcije i postupci; da je neophodno jedno krivično pravo koje će formalizovati sprovođenje normi, te da je država vremenom postala partner u borbi za bezbednost i da se u centru pažnje sada nalaze slobode građana.

Pre registra pojmova, kao prilog su na 60 strana priključeni delovi relevantnih pravnih akata koji su pomenuti u

knjizi, i to konkretno odredbe Zakona o prometu opojnih droga, Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama, Osnovnog zakona, Zakona o uređenju sudova, Zakona o naknadi štete za žrtve nasilničkih krivičnih dela, Zakona o sudovima za maloletnike, Socijalnog zakonika, Krivičnog zakonika, Zakonika o krivičnom postupku i Zakona o sprovođenju kazne lišenja slobode i mera bezbednosti popravljanja i čuvanja.

Winfried Hassemer je ovu knjigu napisao sa ciljem da materiju koja je delovala elitistički i rezervisano za uzak krug naučnika i praktičara, i koja je omiljeni predmet (često netačnog i nepotpunog) izveštavanja medija, učini razumljivom i onima na koje se ona zapravo i odnosi. Iako na prvi pogled može da se posumnja u naučnu vrednost knjige, između ostalog i zbog odabranog pristupa i metodologije rada, ona se ipak ne sme potceniti. U njoj je na jasan, naizgled jednostavan, zanimljiv i na mahove intrigantan način objašnjeno koja je zapravo svrha kazne u jednoj pravnoj državi, koju funkciju krivično pravo ostvaruje u društvu i na koji način se oni međusobno prožimaju. Ukratko – ne samo da je, uz posebni osvrt na aktuelne teme, slikovito i, sudeći po prihvaćenosti knjige u javnosti, uspešno objašnjena logika i približena terminologija krivičnog prava i (skeptičnim jer neupućenim) laicima, ona ujedno i vrlo direktno podstiče na dalja razmišljanja i diskurs.

Ivana Marković

14 W. Hassemer, *op. cit.*, p. 274.

PHYLLIS B. GERSTENFELD, *Hate crimes*

Los Angeles, 2011, str. 347.

Vršenje krivičnih dela može biti motivisano razlozima kao što su koristoljublje, osveta, zabava, ljubomora a kod velikog broja dela motiv izvršenja je mržnja. U pravnim sistemima nekih država ovaj motiv uticao je na stvaranje nove zakonske kategorije u krivičnom pravu imenovane kao „zločini mržnje“. U pitanju su krivična dela motivisana, makar i delimično, stvarnom ili pretpostavljenom pripadnošću žrtve određenoj grupi. U obzir dolazi rasna, etnička, religiozna pripadnost ali i seksualna orijentacija, pol, zaostali duševni razvoj i invaliditet. Zločinima mržnje napada se kako život i telesni integritet žrtava ali i njihova imovina. Prvi zakon koji je predvideo ovu kategoriju dela donet je tokom 80-ih godina u SAD a danas gotovo sve američke države u svojim zakonodavstvima na različite načine predviđaju sankcije za vršenje zločina mržnje. Razlog za uvođenje ovakvog zakonskog rešenja činio je veliki broj izvršenih krivičnih dela koja su bila motivisana pripadnošću žrtve određenoj grupi. Slučajevi poput James Byrd-a, Afro-Amerikanca koga je zakačenog za svoj automobil vuklo nekoliko belih Amerikanaca sve do smrti, predstavljaju samo mali segment svih zločina mržnje u ovoj državi pri čemu se pretpostavlja da je veliki broj ovakvih dela obuhvaćen tamnim poljem kriminaliteta.

U zakonodavstvima evropskih država uglavnom nisu predviđene strože

kazne za krivična dela čije je izvršenje motivisano pripadnošću žrtve nekoj od napred navedenih grupa. U našem krivičnom zakonodavstvu taj motiv bi mogao biti uzet u obzir kao otežavajuća okolnost prilikom odmeravanja kazne. Pored toga, postoji i krivično delo *Izazivanja nacionalne, rasne i verske mržnje i netrpeljivosti* a predviđen je i teži oblik ako takvo ponašanje dovede do nereda, nasilja ili drugih teških posledica. Zločini mržnje se takođe mogu dovesti u vezu sa delima kao što su genocid i etničko čišćenje¹.

Autor Phyllis B. Gerstenfeld je vanredni profesor na Stanislaus univerzitetu u Kaliforniji. Bavi se zločinima mržnje, smrtnom kaznom, maloletničkom delinkvencijom kao i odnosom prava i psihologije. Zločini mržnje predstavljaju drugu knjigu koju je na ovu temu objavio autor.

Knjiga *Zločini mržnje* podeljena je u devet celina. Posle uvoda, autor u drugom poglavlju određuje sam pojam zločina mržnje uz iznošenje argumenata za i protiv njihovog pravnog regulisanja. Treća celina posvećena je analizi grupa koje bi trebalo zaštititi putem predviđanja zločina mržnje kao zakonske kategorije. U četvrtoj je ukazano na karakteristike lica koja vrše ova dela. Peta je posvećena istoriji i aktivnostima poznatih ekstremističkih grupa uz navođenje razlika u

1 Navedeno prema: Ignjatović Dj., Kriminologija, Beograd, 2010, str. 104.

odnosu na slične grupe. U sledećoj celini autor se bavi analiziranjem žrtava zločina mržnje posebno obraćajući pažnju na najugroženije grupe. Potom se ukazuje da osim zakonskim putem postoje i drugi modaliteti za suzbijanje zločina mržnje kao što su aktivnosti brojnih organizacija, edukativni programi i medijacija. U osmoj celini autor pokušava da napravi distinkciju između zločina mržnje i drugih oblika kriminalnog ponašanja a dat je i pregled zakonskih rešenja zločina mržnje u još nekoliko država. Na kraju autor ukazuje na potrebu daljeg i detaljnijeg proučavanja određenih pitanja kod zločina mržnje uz davanje preporuka za usavršavanje postojećih metodoloških postupaka i pristupa organa formalne socijalne kontrole.

Zločini mržnje u SAD postaju problem po okončanju Građanskog rata sredinom XIX veka kada naglo raste broj napada na Afro-Amerikance. U tom vremenskom periodu nastaje i grupa Ku Klux Klan. Od tada se čine prvi koraci na legislativnom planu kako bi se pružila zaštita od zločina mržnje dok danas gotovo sve američke države regulišu zakonom ovu vrstu dela. Autor ukazuje da među njima ne postoji ujednačenost pa neke države dozvoljavaju da svako krivično delo, ako je motivisano pripadnošću žrtve određenoj grupi, može prerasti u zločin mržnje, dok u zakonodavstvima drugih država to mogu biti samo neka, najčešće nasilna i imovinska krivična dela. U skoro svim državama zločin mržnje postoji ako se delo vrši zbog stvarne ili pretpostavljene rasne, religiozne i etničke pripadnosti žrtve dok se u nekim zakonodavstvima krug grupa proširuje uzimanjem u obzir i seksualne orijentacije, pola, invaliditeta, zaostalog duševnog razvoja, uzrasta i političke orijentacije. U ovoj celini analiziraju se

svi razlozi koji idu u prilog inkriminisanja zločina mržnje. Jedan od njih je da su psihološke i fizičke povrede žrtava ovih dela veće pri čemu autor navodi da za ovakve konstatacije nema empirijskih potvrda. Dovodi se u pitanje i argument da zločini mržnje utiču i na ostale pripadnike grupe kojoj žrtva pripada kao i argument o povećanju sukoba između grupa učinioca i žrtve. Posebna pažnja posvećena je i pitanju efekta zastrašivanja koji se želi postići donošenjem ovakvih zakona pri čemu autor ukazuje na ograničene domete takvih pokušaja uz neminovno postavljanje pitanja „Da li se zaštitom samo nekih grupa diskriminišu ostale?“

Naslanjajući se na kritike navedenih argumenata, autor u trećoj celini dovodi u pitanje zločine mržnje kao zakonsku kategoriju iz još nekoliko razloga. Prvo, motiv izvršenja dela retko predstavlja obeležje bića krivičnog dela a posebno ako se time formuliše njegov teži oblik. Po tom principu, i drugi motivi mogu predstavljati osnov za predviđanje strožih kazni. Drugo pitanje je procesne prirode i odnosi se na teškoće u utvrđivanju motiva u krivičnom postupku. Sporno je takođe da li zločin mržnje može biti i krivično delo koje je izvršeno prema licu koje ne pripada određenoj grupi već iz razloga što je kontaktu ili u dobrim odnosima sa pripadnicima te grupe. Autor ukazuje da zakonsko regulisanje zločina mržnje može imati negativan efekat stvaranjem negodovanja kod pripadnika većinske grupe u društvu koja može imati osećaj da se, za razliku od manjinskih, ne štiti na ovaj način. Po teoriji kognitivnog neslaganja samo davanje malih nagrada može uticati na promenu ljudskih stavova. Ako su nagrade velike (ili ako se preti visokim kaznama) ne može se uticati na stavove ljudi. Oni

će ostati nepromenjeni a pojedinci nastaviti da se ponašaju u skladu sa njima na način koji neće biti ilegalan. Prema tome, strože kazne za zločine mržnje ne mogu dovesti do iskorenjavanja predrasuda u jednom društvu. Kako je zakonom teško uticati na promenu stavova, autor ističe da cilj pravnih normi može biti samo promena ponašanja tako da ona budu usklađena sa zakonskim rešenjima. Ipak, kako autor primećuje, ne može se iz dosadašnjeg iskustva potvrditi da zakoni koji inkriminišu zločine mržnje utiču odvrćujuće na potencijalne učinioce.

U sledećoj celini pažnja je usmerena na analiziranje učinilaca zločina mržnje. Prema podacima istraživanja, prosečan prestupnik je beli mlađi muškarac, koji ne dolazi iz preterano problematične sredine, po pravilu nije ranije osuđivan i ne pripada nekoj organizovanoj grupi. Autor ukazuje da je ipak moguće napraviti razliku između nekoliko kategorija ovih lica. Prvu čine učinioci koji žele da se zabave, najčešće jer im je dosadno. Ovo je najtipičniji razlog (2/3 dela) za vršenja zločina mržnje. Prestupnici ne moraju čak ni biti opterećeni predrasadama prema žrtvi ali prate vođu koji jeste. Drugu kategoriju čine takozvani reaktivni prestupnici. Za razliku od prethodnih, oni ne napuštaju svoje mesto boravka da bi tražili žrtvu već u spoljašnjem svetu određene događaje posmatraju kao podsticaje za izvršenje krivičnih dela, npr. zalazak pripadnika neke od manjinskih grupa u njihov kraj. Treća grupa je najređa ali zaslužuje pažnju. Prestupnici imaju misiju koja se sastoji u potrebi čišćenja sveta od određene grupe ljudi. Oni po pravilu imaju neku drugu vrstu psihičkog poremećaja. U četvrtu grupu ulaze prestupnici koji vrše dela zbog osвете. U osnovi zločina

mržnje nalaze se predrasude. Autor se u ovom delu knjige bavi i pitanjem njihovog nastanka analizirajući ponaosob faktore koji doprinose njihovom nastanku. Određenu ulogu ima porodica a posebno je značajan situacioni faktor. Njime se objašnjava kako je moguće da pojedinac nema predrasude ili jasno opredeljenje protiv određene grupe već delo vrši vođen situacijom i željom da ne odstupa od članova grupe kojoj pripada. Ona je ta koja mu omogućava deindividuaciju, zaklanjajući ga kao pojedinaca i oslobađajući ga individualne odgovornosti. Istovremeno se odvija proces identifikacije sa članovima grupe koji se može završiti internalizacijom njenih vrednosti. Ekonomski faktori takođe mogu imati uticaja na nastanak ili jačanje predrasuda. U ekonomskim krizama šire se talasi mržnje jer stranci postaju glavni krivci za gubitak posla i lošu materijalnu situaciju. Ipak, kako naglašava autor, najveći broj izvršioca zločina mržnje nisu siromašni već studenti i srednjoškolci koji potiču iz obezbeđenih porodica a mnogi od njih su ekonomski vrlo uticajni. Zato je prema autoru i sporna ta veza. Što se tiče teorijskog objašnjenja, jedna od donekle primenljivih teorija za objašnjenje zločina mržnje je teorija diferencijalne asocijacije ali i njoj se upućuju izvesni prigovori.

Predmet sledeće celine knjige jeste određenje pojma grupe mržnje. Autor ukazuje na mogućnost izdvajanja zajedničkih elemenata svih grupa koji se sastoje u postojanju predrasuda, određenom nivou organizacije, nazivu grupe, njenoj tradiciji, simbolima i uniformama. Grupe je moguće klasifikovati na desno krilo i beli pokret otpora koji se ispoljava kao militantniji dok se grupe desne struje pre usmeravaju ka postizanju političkih promena. U grupe be-

lih supremacista spadaju Ku Klux Klan, skinhedsi, neo-nacisti itd. Autor posvećuje pažnju svakoj od grupa navodeći podatke o njihovom poreklu, uslovima nastanka, aktivnostima. Takođe se analizira način regrutovanja novih članova i iznose zanimljivi podaci prema kojima su ti metodi gotovo podudarni sa metodama koje u privlačenju novih članova koriste legalne organizacije kao što su crkve i udruženja. Objlašavaju se i razlozi istupanja iz ovakvih grupa. Konačno, analizira se i učešće žena u grupama mržnje. Iako njihovi pripadnici zagovaraju antifeminističke stavove i smatraju da je uloga žena u vršenju zločina mržnje sporedna i supsidijarna, stvarnost je donekle kompleksnija. Žene imaju važnu ulogu ne samo zbog uvećanja članstva grupa već i u njihovom održanju jer istraživanja pokazuju da muškarci usled nedostatka podrške svojih devojaka i žena, napuštaju grupe mržnje.

Autor se u sledećem poglavlju orijentiše na žrtve zločina mržnje. Posle iznošenja podataka na osnovu statističkih evidencija pažnja se usmerava na pripadnike najčešće viktimizovanih grupa. Na prvom mestu su Afro-Amerikanci, potom homoseksualci i zatim Jevreji. Za svaku grupu autor analizira njenu istoriju i uzroke viktimizacije kao i njene današnje pojavne oblike. Pored navedenih najugroženijih grupa, autor se u ovoj celini bavi i viktimizacijom pripadnika drugih, manje ugroženih, grupa. U pitanju su pripadnici različitih etničkih zajednica, ljudi sa invaliditetom i beskućnici.

Imajući u vidu navedene kritike o zakonima koji predviđaju zločine mržnje kao posebnu kategoriju, autor u sledećem poglavlju uzima u obzir i druge moguće modalitete suprotstavljanja ovom tipu kriminalnog ponašanja. Prvo

se ukazuje na načine za prevazilaženje predrasuda koje poznaje psihologija kao što su hipoteza kontakta po kojoj je potrebno dovesti u međusoban odnos pripadnike različitih grupa a posebno da bi tako zajednički prevazišli zadati problem. Postoji i model dekategorizacije kao i rekategorizacije pri čemu autor naglašava da i takvi pristupi imaju manjkavosti i da se ne mogu prihvatiti kao konačna i jedina rešenja. Poglavlje se nastavlja obrazlaganjem istorije, ciljeva i aktivnosti nekoliko privatnih organizacija koje su dale veliki doprinos u suprotstavljanju jačanju predrasuda. Ukazuje se i na mogućnost korišćenja nepunitivnih mera prema izvršiocima zločina mržnje kao što je medijacija ili primena tretmana prema tim licima.

Dosadašnje izlaganje o zločinima mržnje pretežno se odnosilo na situaciju u SAD. Autor se u ovom poglavlju bavi analizom zločina mržnje i u nekim drugim državama. Navodeći da je na evropskom kontinentu tokom 90-ih godina došlo do jačanja nacionalizma i radikalnih pokreta, autor pokušava da pronikne u razloge takvih događaja, njihov uticaj na stanovništvo kao i zakonodavca. Kao primere uzima Nemačku, Veliku Britaniju, Kanadu i Australiju. Za svaku od navedenih država analiziraju se kulturni i društveni faktori koji su verovatno doprineli širenju rasnih i etničkih konflikata a razmatra se i zakonodavno rešavanje zločina mržnje uz uporedno sagledavanje sa američkim zakonodavstvom.

U poslednjem poglavlju autor ukazuje na ključna mesta koja zaslužuju dalje ispitivanje i objašnjenje. Takođe se predlažu načini za poboljšanje metodoloških postupaka, naročito za prikupljanje podataka o izvršenim zločinima mržnje, kao i poboljšanje pristupa

policijskih, sudskih organa i samog zakonodavca. Skreće se pažnja i na globalni aspekt zločina mržnje uz iznošenje mišljenja o konkretnim merama koje bi trebalo preduzeti.

Zločini mržnje predstavljaju neretku pojavu kako u SAD tako i na Starom kontinentu. Iako se društveni i istorijski uslovi ovih kontinenata razlikuju, činjenica je da su predrasude pojava imanentna svim savremenim društvima. Težina zločina mržnje ogleda se u okolnosti da se žrtva bira na osnovu obeležja koje ona u najvećem broju slučajeva ne može promeniti i pri čemu vršenje takvog krivičnog dela nije isprovocirano ponašanjem žrtve. Iako autor dovodi u pitanje konstataciju po kojoj zločini mržnje šire strah od viktimizacije među pripadnicima žrtvine grupe, sigurno je da se kod njih donekle stvara osećaj ugroženosti. Pitanje je takođe da li se ovakvo ponašanje može sprečiti donošenjem zakona i predviđanjem nešto strožih kazni a

takođe se kao problem otvara i pitanje koje grupe treba zaštititi. Ipak, ova knjiga je značajna zbog više razloga. Autor je obradom ove teme skrenuo pažnju na jedan značajan i opasan oblik kriminaliteta. Ukazano je, pre svega za područje SAD, na fenomenološku dimenziju zločina mržnje, na moguće razloge koji doprinose njihovom nastajanju a takođe i na karakteristike kako učinilaca tako i žrtava ovih dela. Imajući u vidu da kod nas nema mnogo literature koja se bavi zločinima mržnje, pri čemu je nesporno da se i u našoj zemlji vrše krivična dela u čijoj su pozadini predrasude zbog žrtvine pripadnosti nekoj grupi ili zbog neke njene osobine, ova knjiga je značajna za bolje upoznavanje fenomena zločina mržnje, potom lica koja takva dela vrše kao i najraznovrsnijih pristupa kojima se teži redukovanju ovog nedopuštenog ponašanja.

Natalija Lukić

IN MEMORIAM

OBRAD PERIĆ

Vest Kriminološke sekcije Srpskog udruženja za krivičnopravnu teoriju i praksu¹ me vraća u vreme koje je davno počelo i trajalo više decenija. Sa suzama naviru naša sećanja na dane našeg upoznavanja. Za ime Obrada Perića sam prvi put čuo u utorak 1. novembra 1966. uveče na peronu beogradske železničke stanice. Pred polazak voza za Pariz Vladan Vasilijević, koji je došao da me isprati, mi je dao Obradovu adresu preporučivši mi da mu se obratim za prva potrebna obaveštenja. Sutradan ujutru, ostavivši stvari u garderobi Lionske železničke stanice na koju dolaze vozovi iz južne i jugoistočne Evrope, otišao sam na datu adresu i našao se pred vratima Obradove hotelske sobe. Na sreću, još je bio u sobi. Bio je iznenađen, jer tada nije bilo mobilnih telefona da bi mu se najavio moj dolazak. Dao mi je najpotrebnija obaveštenja i uputio u Centar za prijem stranih studenata Alber Šatle.² Dobro se sećam svakog detalja kao da je juče bilo, a ne pre 44 godine i tri i po meseca.

Obrad Perić je bio, kao stipendista francuske vlade, na usavršavanju iz krivičnog prava na Pravnom fakultetu u Parizu od prethodne (1965) godine. Ubrzo smo se ponovo sreli, u četvrtak 17. novembra, u Gradskoj kući (opštini) u Parizu na tradicionalnom prijemu stranih studenata. Zajednička fotografija sa tog susreta se čuva kao najdraža uspomena celog života. Obradu je to bilo drugi put uzastopce. Tada sigurno nije mogao da pomisli da će mu, 20 godina kasnije (u toj zgradi), 27. februara 1986, gradonačelnik Žak Širak, budući predsednik republike, predati Medalju grada Pariza za naučni rad. Sa Obradom i još nekim Jugoslovenima smo ispratili 1966. godinu u tada jedinom dežurnom studentskom restoranu za večeru. Bio je to muslimanski restoran. Kako muslimani nisu ručali 31. decembra, dobili smo duplu večeru. Bili su zadovoljni oni kojima se sviđala takva hrana.

Posle isteka stipendije, Obrad se vratio u Beograd, u Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, ali je povremeno dolazio u Pariz. Sećam se kako je bio željno očekivan jedan njegov dolazak u Pariz u vreme kada putovanje nije bilo bez uzbuđenja. Posle ručka smo ga dočekali u kafeteriji studentskog restorana i obasuli pitanjima da li je posetio naše, da li nam donosi kakve poruke. Obrad je pričao o novostima iz Instituta, o tome koga je posetio, koga je zatekao kod kuće, kako su ga dočekali. Razgovoru kao da nije bilo kraja.

Nije prošlo mnogo vremena, a Obrad se obreo u Montrealu odakle mi je opširno pisao kako se, na temperaturi daleko ispod nule, građani greju u podzemnim delovima robnih kuća, dok neki ne izlaze iz svojih domova, već telefonom naručuju da im se donese hrana. Tamo je bio na usavršavanju u oblasti zaštite od opojnih droga. Bilo mi je veliko zadovoljstvo da jedan njegov tekst o tome pripremam za objavljivanje³ i

1 *Politika* od 19. februara 2011, str. 29.

2 Albert Châtelet je bio veliki dobrotvor univerziteta.

3 O. Perić, Međunarodnopravno regulisanje pitanja opojnih droga i jugoslovenski propisi u toj oblasti, *Jugoslovenska revija za međunarodno pravo*, 1971, br. 3, str. 424–438.

da, kao autori, budemo zajedno ne samo tada, već i kasnije u više publikacija.⁴ To je bio deo njegovog magistarskog rada,⁵ a tom temom se kasnije bavio više od dve decenije.⁶ Pominjem to ne samo zbog brojnosti radova, već i zbog metodološkog pristupa koji omogućava da se vidi način primenjivanja međunarodnih propisa u unutrašnjem pravu u oblasti od najšireg društvenog značaja. Zato ovi radovi imaju ne samo dokumentarnu, već i veliku teorijsku vrednost.⁷

Ista ocena bi se mogla dati za još brojnije radove o položaju maloletnika, čemu je posvetio doktorsku disertaciju⁸ i mnoge radove koje je teško nabrojati, možda najbrojnije u njegovoj obimnoj bibliografiji. Toliku pažnju brojnim pitanjima koja se tiču maloletnika može da posveti samo izuzetno human čovek, bez obzira da li je to interesovanje bilo vezano za službene potrebe Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja u kome je radio do prelaska na Pravni fakultet u Novom Sadu. A Obrad Perić je bio drag i druželjubiv, i zato je stekao širok krug prijatelja. To je i nas dvojicu spajalo više nego bliskost tema kojima smo se profesionalno bavili.

Time se može objasniti i jedan naš neočekivan i prijatan susret na neočekivanom mestu. U filijali „Beobanke“ u Kolarčevoj ulici. Dok sam podizao novac od jednog autorskog honorara, neko je iza mojih leđa rekao: „Jugoslavija postoji i nije nova država“. Iznenađen naslovom mog teksta okrenuo sam se i ugledao nasmejanog Obrada. Tako me je obavestio da je toga dana, 25. avgusta 1992, u „Politici“ objavljen moj tekst.⁹ Stigao je da ga pročita pre nego što sam ga ja video. Razumljivo je da smo odmah otišli u restoran preko puta „Politike“ na jedno piće i čašicu prijateljskog razgovora.

- 4 „Prava čoveka i savremena kretanja u kriminalnoj politici“, Beograd 1989 (dva izdanja); – *Pravna država*, Beograd, 1991, – *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1994, br. 1–2.
- 5 O. Perić, *Problem nedozvoljene proizvodnje i prometa opojnih droga*, Zagreb, 1969.
- 6 O. Perić, *Les stupéfians considérés du point de vue criminologiques et les tentatives d'en empêcher les abus*, Montréal 1970; Sistem normativnog regulisanja proizvodnje i prometa opojnih droga u Jugoslaviji i njegov odnos prema Jedinstvenoj konvenciji, *Zbornik radova Jugoslovenskog simpozijuma o prevenciji i lečenju narkomana*, Beograd, 1972, str. 451–470; – Sprečavanje zloupotreba opojnih droga na međunarodnom planu, *Zbornik Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja*, 1975, br. IV, str. 239–267; Novo jugoslovensko zakonodavstvo u oblasti opojnih droga, *Pravni život*, 1979, br. 4, str. 3–13; – Međunarodnopravni aspekt suzbijanja zloupotrebe opojnih droga, *Pravni život*, 1981, br. 10, str. 71–92; – La législation yougoslave et la prévention de la toxicomanie, *Revue internationale de police criminelle*, 1981, No 346, pp. 79–84 i *Zbornik radova*, Beograd 2007, str. 203–208; – *La Yougoslavie comme pays producteur de stupéfians et sa législation en la matière*; Colloque, UNESCO, 1986; – Konvencija Ujedinjenih nacija protiv nezakonitog prometa opojnih droga i psihotropnih supstanci i jugoslovensko zakonodavstvo; *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, 1991, br. 4, str. 5–24 i *Zbornik radova*, Beograd, 2007, str. 209–228.
- 7 O. Perić, Položaj maloletnika u jugoslovenskom krivičnom zakonodavstvu sa stanovišta zaštite ljudskih prava, *Prava čoveka i savremena kretanja u kriminalnoj politici*, Beograd, 1989, str. 99–120, rezime na francuskom u drugom izdanju, str. 251–252; – Reforma materijalnog krivičnog zakonodavstva u funkciji uspostavljanja pravne države, *Pravna država*, Beograd, 1991, str. 151–172; – Decenija velikih promena u krivičnom statusu maloletnika, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1994, br. 1–2, str. 172–185. Vid. i radove nav. u nap. 6.
- 8 O. Perić, *Krivičnopravni položaj maloletnika*, Ljubljana, 1973 (litografisano) i Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 1975.
- 9 Kakva slučajnost! Kada sam pokušao da proverim da li sam tačno naveo datum, odmah mi je u ruke došao list sa spiskom radova objavljenih 1992. godine i pogled je pao na naslov tog rada. Obrad je tačno naveo naslov, a ja datum objavljivanja.

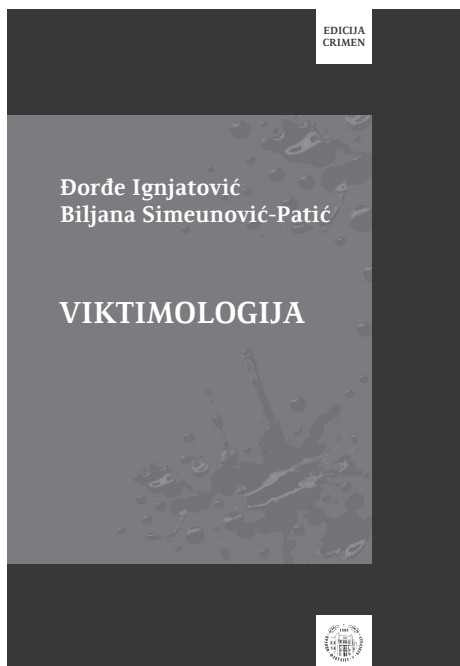
Kada je reč o takvim prijatnim razgovorima, ostaju nezaboravni susreti kod „Proleća“, ali sve njih natkriljuje jedno veće provedeno pre više decenija (1970) u bašti kafane „Kod tri šešira“ u Skadarliji. Bilo je društvo koje se više ne može ponoviti. Sedeli smo profesor Milan Marković, Vladan, moji brat i snaja, Obrad i ja. U divnoj letnjoj večeri, u prijatnom ambijentu vrcale su dosetke i duhovitosti da je to bilo istinsko uživanje u kome su u središtu pažnje bili profesor Marković i Obrad. I kada smo se kasnije na to podsećali, moja snaja bi se najviše sećala toga. Profesor Marković je odavno umro, kasnije Vladan, a pre pet meseci i moja snaja. Sada se i ja sećam toga kada sa tugom moram da im pridružim i Obrada. Ljudi dolaze i odlaze, a sećanja ostaju kao večni spomen na lepši deo našega vremena.

Njegoševa istina da čašu meda još niko ne popi dok je čašom žuči ne zagri se, nažalost, potvrdila i u Obradovom slučaju. Kada sam, u razgovoru o pokretanju inicijative za izdavanje spomenice Vladanu Vasiljeviću, pomenuo da prilog potražimo i od Obrada Perića, rečeno je da je teško bolestan. U toj pomrčini kao da nas je sunce ogrejalo kada smo videli da se pojavljuju novi Obradovi radovi i prevodi knjiga¹⁰ kao doprinos upoznavanju naše javnosti sa dostignućima strane nauke, a sâm Obrad kao član komisija za odbrane doktorskih disertacija. Naši najmlađi doktori nauka su tako imali sreću da do kraja svojih studija budu đaci jednog dobrog nastavnika i tako postanu članovi brojnog društva onih koji danas zajedno tuguju i, kako je pevao Aleksa Šantić, sklapaju oči i od sreće plaču.

prof. dr Momir Milojević

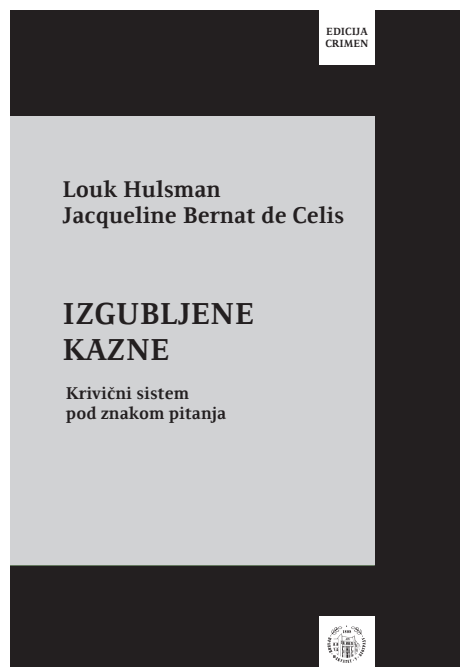
10 J. Pradel, *Histoire des doctrines pénales*, 2e éd., Paris, 1991; – *Istorijat krivičnih doktrina*, Beograd, 2008; – *Droit pénal comparé*, 3ème édition, Paris, 2008; – *Komparativno krivično pravo. Sankcije*, Beograd, 2009, obe u izdanju Pravnog fakulteta u Beogradu. Pridružuju se ranijem prevodu knjige Marka Anselma *Društvena odbrana*, objavljenom u izdanju Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja u Beogradu, 1991. Inače, Obrad Perić je preveo sa francuskog više članaka koji su objavljeni u *Jugoslovenskoj reviji za kriminologiju i krivično pravo* i u *Zborniku Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja*.

NOVO U EDICIJI *CRIMEN*

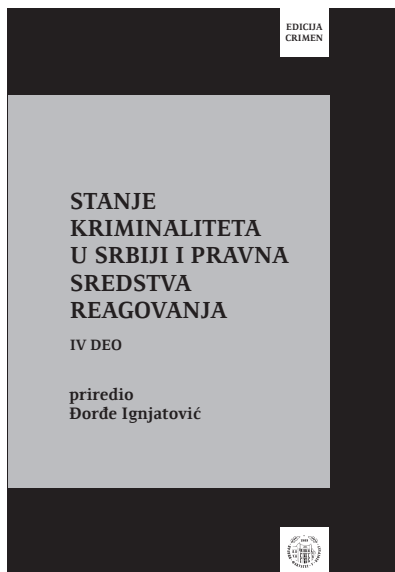


Edicija CRIMEN • Knjiga 18

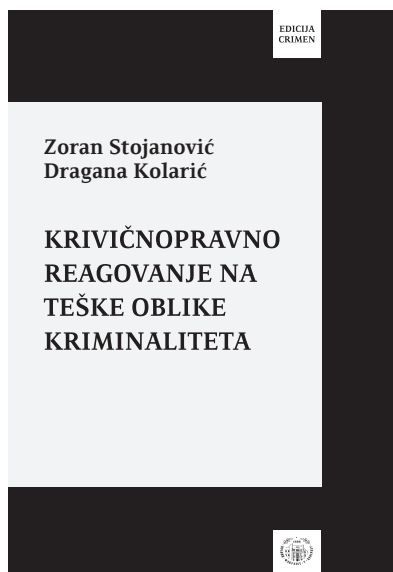
Edicija CRIMEN • Knjiga 17



EDICIJA *CRIMEN*



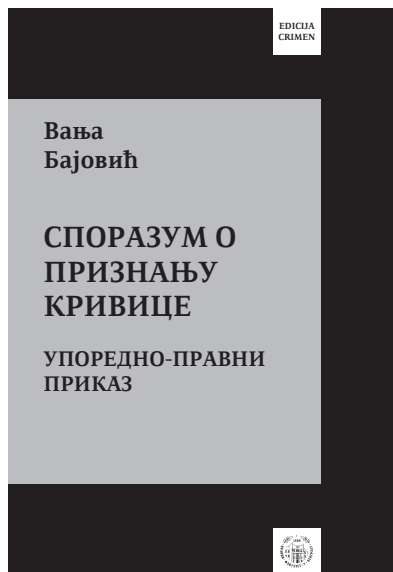
Edicija CRIMEN • Knjiga 16



Edicija CRIMEN • Knjiga 15

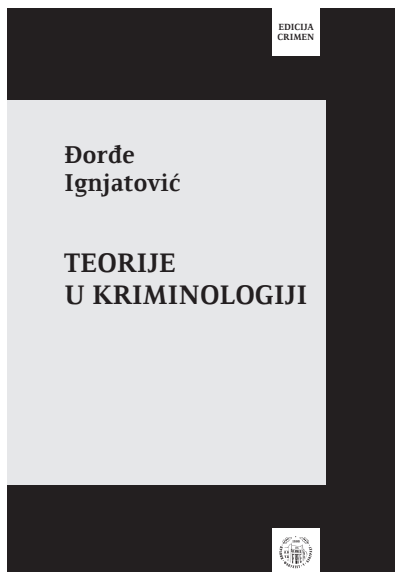


Edicija CRIMEN • Knjiga 14

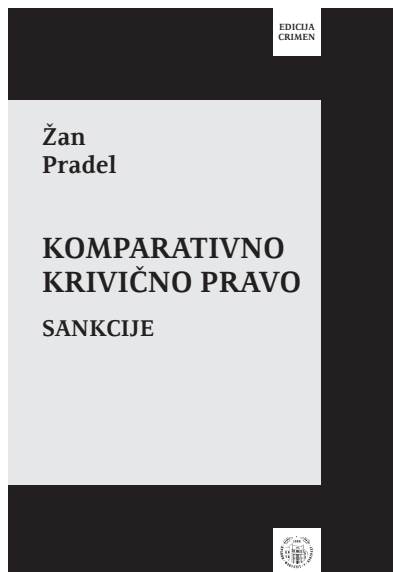


Edicija CRIMEN • Knjiga 13

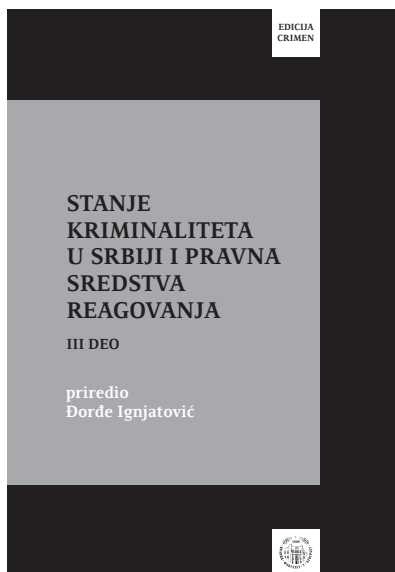
EDICIJA *CRIMEN*



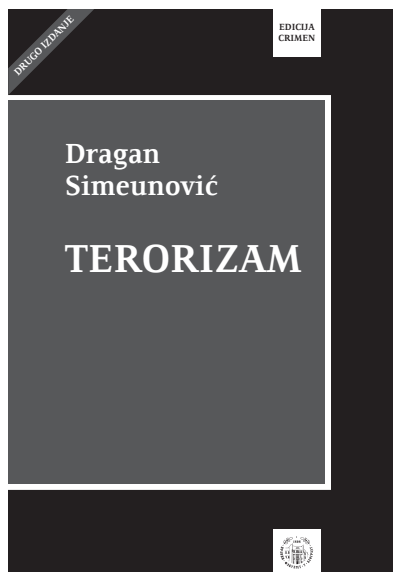
Edicija CRIMEN • Knjiga 12



Edicija CRIMEN • Knjiga 11



Edicija CRIMEN • Knjiga 10



Edicija CRIMEN • Knjiga 9

UPUTSTVA AUTORIMA

1. Članci moraju biti originalni, do sada neobjavljeni niti (u celosti ili delimično) za objavljivanje u drugoj publikaciji predati tekstovi. Njihov obim ne bi trebalo da prelazi 1,5 autorski tabak (do 45.000 slovnih znakova, uključujući i praznine). Tekst pisati u elektronskoj formi latinicom u programu Word for Windows, font Times New Roman, veličina slova 12, sa duplim proredom, uključujući fusnote.

2. Tekstovi za rubriku Članci moraju sadržati: – na početku apstrakt obima do 20 redova i do pet ključnih reči; na kraju popis literature, rezime do 40 redova i ključne reči na engleskom jeziku. Budući da časopis objavljuje i radove na stranim jezicima, autori u tom slučaju treba da dostave apstrakt, rezime (summary) i ključne reči na tom jeziku, a redakcija Časopisa će obezbediti njihov prevod na srpski jezik. Svi tekstovi inače podležu stručnoj lekturi.

3. Pored odštampanog primerka – na stranicama formata A4; jednostrano, margine na vrhu i sa obe strane teksta treba da budu najmanje 3 cm – tekst treba poslati i na CD-u i/ili na e-mail redakcije.

4. Fusnote priložiti na posebnim stranama na kraju teksta; fusnote ne treba iznova numerisati od početka na svakoj strani već neprekidno.

5. Reference treba da sadrže sledeće podatke:

5.1. Reference za knjige:

Uopšte

J. Fawcett /1968/: *The Law of Nations*, London, p. 100

Zbornici

M. Sorensen (ed.) /1989/: *Manual of Public International Law*, London, pp. 12–15

Ponovljene reference

J. Fawcett: *op. cit.*, p. 40.

Uzastopne reference

J. Fawcett: *ibid.*, p. 40.

5.2. Reference za tekstove u časopisima i zbornicima:

Članci u časopisima

D. Connell /1988/: Jurisdiction, *British Journal of International Law*, n^o 4, pp. 2–18.

Prilozi u zbornicima

N. Kluwer /1995/: Subjects of International Law – in: *Manual of Public International Law* (M. Sorenson, ed.), London, pp. 40–100.

5.3 Reference za zakone i sudsku praksu

Preporučuje se citiranje prema nacionalnom metodu

5.4. Citiranje internet izvora

Pored navođenja internet adrese, potrebno je navesti i datum pristupa dokumentu

http://crime.about.com/od/sex/a/rape_myths.htm, 27. mart 2010.

6. Treba ostaviti prostor između naslova i teksta. Redosled odvajanja trebalo bi jasno naglasiti: glavna celina, prva pod-celina, druga pod-celina itd. Podele unutar poglavlja treba da budu zasnovane na sistemu 1.1.1., koji ostavlja mogućnost korišćenja sistema (a), (b), (c) unutar teksta. Numerisanje paragrafa treba izbegavati.

1. PRVA POD-CELINA VELIKIM SLOVIMA

1.1. Druga pod-celina potamnjena slova (bold)

1.1.1. Treća pod-celina u italic-u ili podvučena

1.1.1.1. Ostale pod-celine malim slovima

AUTHOR GUIDELINES

1. The contributions must be original, they may not be published or submitted elsewhere in full or in part. Articles should preferably have an overall length of one author's sheet (not more than 45 000 characters including spaces). Text to be in electronic form in latin in Word for Windows, font Times New Roman, font size 12, double spacing including footnotes.
2. Texts for the section Articles must have: abstract of not more than 20 lines and five key words; summary of not more than 40 lines and with key words (both in English) and list of literature at the end of the article. Considering the fact that in this journal contributions in foreign languages will also be published, authors of these texts should submit abstract, summary, key words in the language of the foreign text and the Redaction of the journal will provide their translation in Serbian. All submitted articles are subjected further to editing by the journal editorial staff.
3. Apart from the printed text – page format A4, only one side of each sheet of paper used, with margins on top and on both sides of at least 3cm – text should also be sent on CD or on e-mail address of the Redaction.
4. Submit footnotes on separate pages at the end of the text, do not restart footnote numbering on each page, but number them consecutively.
5. References should contain following details:
 - 5.1. References to Books:
 - General
 - J. Fawcett /1968/: *The Law of Nations*, London, p. 100
 - Collections of papers
 - M. Sorensen (ed.) /1989/, *Manual of Public International Law*, London, pp. 12–15
 - Repeated references
 - J. Fawcett, *op. cit.*, p. 40.
 - Subsequent references
 - J. Fawcett, *ibid.*, p. 40.
 - 5.2. References to texts in Journals and Collections of papers
 - Articles in Journals
 - D. Connell /1988/, Jurisdiction, *British Journal of International Law*, no 4, pp. 2–18.
 - Contributions in Collections of papers
 - N. Kluwer /1995/: Subjects of International Law – in: *Manual of Public International Law* (M. Sorenson, ed.), London, pp. 40–100.
 - 5.3. References to Legislation and Juridical Decisions
 - A method of citation according to the national method is recommended
 - 5.4. Citation of Internet sources
 - Beside the Internet address, date of access to the document should also be written
 - http://crime.about.com/od/sex/a/rape_myths.htm, 27. mart 2010.
 6. A space should be left between the headings and the text. The order of division should be indicated as clearly as possible: main division, first sub-division, second sub-division etc. The chapter division to be adopted is that based on the 1.1.1. system, which leaves the (a), (b), (c) system for use within the text. Paragraph numbering should be avoided.
 1. FIRST SUB-DIVISION IN MEDIUM CAPITAL
 - 1.1. **Second sub-division in bold lower case**
 - 1.1.1. *Third sub-division in italics or underlined*
 - 1.1.1.1. The remaining sub-divisions in medium lower case

CRIMEN

ČASOPIS ZA KRIVIČNE NAUKE || JOURNAL FOR CRIMINAL JUSTICE

(II) 1/2011 pp. 1-168

CONTENTS

ARTICLES

- Zoran Stojanović, Criminal law and crime prevention 3
- Maurizio Pompili, Stefano Ferracuti, Suicide and some of its legal problems with particular reference to the shizophrenia patient. 26
- Branislav Ristivojević, On protective object of the crime against humanity: New appearance of the international law on human rights. 52
- Marija Karanikić Mirić, Calculation of damages in case of damage to or loss of a thing caused by criminal act 67
- Dragiša Drakić, Tatjana Lukić, Criminal law and man's self-determination 88

REVIEW ARTICLES

- Predrag Četković, Meaning of the term private property in the Serbian Criminal Code 99
- Jelena Lopičić-Jančić, Convention for the amelioration of the condition of the wounded in armies in the field, Geneva, 22nd August 1864. 107
- Miloš Milovanović, War correspondents as witnesses in International Criminal Law – Randal case. 116

FROM THE HISTORY OF CRIMINAL JUSTICE

- Zoran Stojanović, Grgur Milovanović – Professor of Criminal Law and Criminal Procedure 133
- Grgur Milovanović, Lectures, 1890–1891 138

REVIEWS

- Winfried Hassemer, Warum Strafe sein muss. Ein Plädoyer 154
- Phyllis B. Gerstenfeld, Hate crimes 161

IN MEMORIAM

- Obrad Perić 166

ISSN 2217-219X

