

UDK 343 : ISSN 2217-219X

# CRIMEN

ČASOPIS ZA KRIVIČNE NAUKE || JOURNAL FOR CRIMINAL JUSTICE



**PRAVNI FAKULTET**  
UNIVERZITETA U BEOGRADU



Institut za uporedno pravo

BEOGRAD 2012 / BROJ 2 / GODINA III

# 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 krivičnopravnu teoriju i praksu

## Izdavački savet / Scientific council

*Strani članovi / Foreign members:*

prof. dr Hans-Jörg Albrecht, Frajburg (Nemačka)	prof. dr Stefano Ferracuti, Rim (Italija)
prof. dr Jacqueline Azzopardi, Valeta (Malta)	prof. dr Dragan Milovanovic, Čikago (SAD)
prof. dr Michael Bock, Majnc (Nemačka)	prof. dr Eduard Filipovič Pobegajlo, Moskva (Rusija)
prof. dr Serge Brochu, Montreal (Kanada)	prof. dr Jean Pradel, Poatje (Francuska)
prof. dr Christian Grafl, Beč (Austrija)	prof. dr Miroslav Scheinost, Prag (Češka)
prof. dr Ulrich Sieber, Frajburg (Nemačka)	

*Domaći članovi / Members from Serbia:*

prof. dr Danilo Basta	dr Aleksandra Rabrenović
prof. dr Miroslav Đorđević	prof. dr Dragan Simeunović
prof. dr Radenko Vuković	prof. dr Snežana Soković

## Redakcija / Editorial board

### Glavni i odgovorni urednik / Editor-in-Chief

prof. dr Zoran Stojanović

### Urednik / Associate editor

prof. dr Đorđe Ignjatović

### Članovi Redakcije / Editorial board members

dr Jovan Ćirić	prof. dr Goran Ilić
dr Slobodan Vuković	prof. dr Nataša Delić
prof. dr Milan Škulić	mr Jasmina Kiurski
prof. dr Đorđe Đorđević	Damir Joka

### Saradnici / Colaborators

Ivana Marković, sekretar Redakcije	Natalija Lukić, sekretar Redakcije
mr Vanja Bajović, lektor	

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

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

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

### ADRESA REDAKCIJE / EDITORIAL ADDRESS:

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

Web adresa: <http://www.ius.bg.ac.rs/crimenjournal/default.htm> • e-mail: [crimen@ius.bg.ac.rs](mailto: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: Graficolor, Kraljevo

GODIŠNJA PRETPLATA : 600 RSD (za studente 300); pojedinačan broj 300 RSD /  
Annual subscription: 30 €

## SADRŽAJ

### ČLANCI

- Danilo Zolo, Sumrak demokratije u eri globalizacije . . . . . 135
- Stefano Ruggeri, Investigative powers affecting fundamental rights  
and principles for a fair transnational procedure in criminal matters.  
A proposal of mutual integration in the multicultural EU area . . . . . 147
- Branislav Ristivojević, Negativna kriminalno-politička kretanja  
u materijalnom krivičnom zakonodavstvu Srbije od donošenja KZ:  
temeljno opredeljenje zakonodavca ili incident . . . . . 170
- Nedeljko Jovančević, Položaj glavnih procesnih subjekata  
u novom ZKP iz 2011 . . . . . 191
- Emir Ćorović, Sporni oblici disciplinskog kažnjavanja dece:  
da li je reč o osnovu isključenja protivpravnosti krivičnog dela  
ili nasilju nad decom? . . . . . 211

### IZ PRAKSE EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

- Slavoljub Carić, Iskustva Republike Srbije u vezi sa kršenjem  
ljudskih prava u krivičnim sudskim predmetima koji su  
razmatrani od strane Evropskog suda za ljudska prava . . . . . 223

### KOMPARATIVNI POGLED NA IZVRŠENJE KRIVIČNIH SANKCIJA

- Veljko Delibašić, Neformalni zatvorski sistem u Brazilu . . . . . 233

### IZ ISTORIJATA KRIVIČNIH NAUKA

- Živojin Perić, O amnestiji u srpskom krivičnom pravu  
u vezi sa pitanjem o sudskoj odgovornosti zaverenika . . . . . 251

### PRIKAZI

- Snežana Veljković, Hronika sudske medicine u Beogradu . . . . . 283
- Stuart Henry, Mark M. Lanier, What is crime? . . . . . 288

CIP – Каталогизacija y publikaciji  
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– (Kraljevo : Graficolor). – 24 cm

Dva puta godišnje

ISSN 2217-219X = Crimen (Beograd)

COBISS.SR-ID 174945036

Danilo Zolo\*

Pravni fakultet, Univerzitet u Firenci

## SUMRAK DEMOKRATIJE U ERI GLOBALIZACIJE

**Apstrakt:** Autor u radu analizira opšta pitanja demokratije, posebno ona značajna za krivično pravo i kriminologiju. Kroz odeljke „Zalazak klasičnih i postklasičnih modela demokratije“, „Suton socijalne države i dva pojma bezbednosti“, „Od demokratske države do kaznenog društva“ i „Bezbednost i sloboda“, on zaključuje da slabe principi pravne države, te da se sve više ide ka penitencijarnoj državi, da bi naposljetku konstatovao da je moralna dužnost biti pesimista, kao i da su čvrsti koreni identifikacije uslov mira i evolutivno blago nezaobilazno za ljudsku vrstu.

**Ključne reči:** demokratija, javno mnjenje, vladajuće klase, finansijska moć, globalizacija.

### 1. ZALAZAK KLASIČNIH I POSTKLASIČNIH MODELA DEMOKRATIJE

Danas nije jasno šta znači reč „demokratija“. Oni koji pojam „demokratija“ koriste opuštено, to čine ili zbog intelektualne lenjosti ili zbog oskudnog poznavanja tog problema. Veoma često se radi o političkoj retorici ili ideološkoj nadmenosti Zapada. U Sjedinjenim Američkim Državama, naročito, politički lideri koriste termin *democracy* za veličanje svog uređenja ili za diskriminaciju onih koje oni nazivaju „zločinačkim državama“ (*rogue states*).

Nema sumnje da klasično značenje reči „demokratija“, koje potiče iz atinskog iskustva, pripada davnoj istoriji i da nas malo čemu može naučiti. Danas, u vreme globalne ekspanzije političke, ekonomske i vojne vlasti, nijedan ozbiljan naučnik ne misli da se model *agorae* ili *ecclesiae* može, i u najmanjoj meri, primeniti u sadašnjosti. I danas niko ne veruje da su političke partije zaista „predstavničke“ organizacije koje verno prenose vrhovima državne vlasti zahteve i očekivanja birača.

Uz sve to, mora se priznati da je danas i „pluralistička doktrina“ demokratije, koja se na Zapadu afirmisala posle Drugog svetskog rata, već na zalasku. U modernim društvima – tvrdio je Joseph Schumpeter<sup>1</sup> – demokratija se zasniva na tri principa:

---

\* profesor, zolo@tsd.unifi.it

1 Videti J. Schumpeter /1987/: *Capitalism, Socialism and Democracy*, London, Allen and Unwin.

na pluralizmu elita koje se međusobno takmiče za osvajanje političke vlasti; na alternativnom karakteru njihovih programa; na slobodnom i miroljubivom predizbornom nadmetanju kako bi narod izabrao elitu koja treba da vlada. Idući za tragom Webera i Schumpetera, autori kao Robert Dahl, John Plamenatz, Raymond Aron, Giovanni Sartori<sup>2</sup> tvrdili su da se upravljanje vlasti mora nužno poveriti nekoj uskoj vladajućoj klasi sastavljenoj od profesionalnih političara obdarenih određenim sposobnostima. „Nestručnoj” javnosti građana može se isključivo sačuvati funkcija da bira elitu kojoj treba poveriti komandnu vlast i kojoj ona treba da se disciplinovano povinuje.

Poslednjih decenija, u kontekstu „globalizovanih” društava, sve više izdiferenciranim i složenijim, i pluralistička doktrina se pokazala malo realističnom. Tih godina Zapad je prešao sa društva industrije i rada na postindustrijsko društvo kojim dominiraju tehnološko-informatička revolucija i svemoć međunarodnih *corporations* koje su rasprostranile tržišnu ekonomiju u svaki ugao zemlje. Politička i ekonomska moć se koncentrisala u rukama nekoliko supersila i međunarodno pravo je već potčinjeno njihovoj apsolutnoj volji. Politički suverenitet nacionalnih država je veoma oslabio, dok je funkcija parlamenta ograničena vlašću javnih i privatnih birokratija uključujući sudsku birokratiju i ustavne sudove. U isto vreme izvršna vlast je preuzela hegemonističku funkciju, smenjujući podelu vlasti koja je bila karakteristika evrokontinentalnog *Rechtsstaat* i angloameričkog *rule of law*.

Danas nije jasno ni šta su „političke partije”. Kao što su tvrdili Leslie Sklair i Luciano Gallino, demokratijama dominiraju nekoliko ekonomsko-političkih elita u službi nedodirljivih privatnih interesa.<sup>3</sup> To je takozvana „nova transnacionalna kapitalistička klasa” koja vlada procesima globalizacije sa visine kristalnih kula u metropolama kao Njujork, Vašington, London, Frankfurt, Nju Delhi, Šangaj. U tom kontekstu sistem partija je jedan „autoreferencijalni” aparat u tom smislu da partije dejstvuju cirkularno kao izvor sopstvenog ozakonjenja i reprodukcije.

Partije nemaju ulogu da pridodaju politička pitanja koja se pomalaju iz društva i da ih postavе na raspravu u parlamentu. Partije nisu ni u kom smislu kanali političkog predstavnštva koje dobrovoljno podržavaju sopstveni aktivisti i birači. Koristeći sistematski televiziju kao oruđe, politički lideri se neposredno obraćaju građanima-potrošačima izlažući svoje „propagandne proizvode” u skladu sa veštīm strategijama televizijskog marketinga. U suštini njihova funkcija je da investiraju svoju vlast i svoje pare unutar neformalnih i često tajnih finansijskih krugova preko kojih distribuišu finansijske resurse, koriste i privilegije. Na taj način pothranjuju solidarnost i interese na kojima se održavaju i koji često imaju transnacionalne dimenzije.<sup>4</sup>

Pored toga, postoje pouzdane analize koje su pokazale da partije teže da se međusobno dogovore o svemu onome što je za njih od suštinskog značaja kao birokratskih aparata nacionalnog i političkog sistema. Jedan zapažen primer jeste impozantno

2 Videti R. Dahl /1989/: *Democracy and Its Critics*, New Haven, Yale University Press; R. Aron /1965/: *Démocratie et totalitarisme*, Paris, Gallimard.

3 Videti L. Sklair /2001/: *The Transnational Capitalist Class*, Oxford, Blackwell; L. Gallino /2009/: *Con i soldi degli altri, Il capitalismo per procura contro l'economia*, Torino, Einaudi, str. 123-40.

4 Videti N. Luhmann /1971/: *Politische Planung*, Opladen, Westdeutscher Verlag, posebno na str. 9-45, 53-89.

samofinansiranje partija: finansiranje koje izmiče svakoj normativnoj regulaciji, kontroli i sankciji. Na primer, pomislite samo, da u Italiji javni troškovi za finansiranje partija nadmašuju troškove za zdravstvo koji su impozantni. A ta kolektivna solidarnost omogućava celini partija konkurenciju sa ostalim subjektima „korporativne poliarhije”. U Italiji se radi o organizacijama koje nije preterano nazvati „kva-zi-državnim”, kao što su mafija, kalabrijska „n'drangeta”, napuljska „comorra”, rimska crkva, najmoćnije banke, velika industrija, dileri droge, „tajne službe”. Na istoj talasnoj dužini sa ovim „javno-privatnim” subjektima, većina partija dela van formalnog političkog sistema i, ponekad, protiv pravnog uređenja države. Setite se – i dalje se radi o Italiji – veoma guste mreže javnih tendera koji predstavljaju izvor milijarderske korupcije i podmićivanja političkih lidera, javnih funkcionera i menadžera (*managers*) visokog nivoa.

Kao što su tvrdili Alan Wolfe<sup>5</sup> i Norberto Bobbio,<sup>6</sup> u savremenim demokratijama žive zajedno strukture jedne „dvostruke države”. Reč je o dvostrukoj državi u tom smislu da pored jedne vidljive države u zapadnoj demokratiji postoji jedna „nevidljiva država”, neka vrsta pozadine nedokučive za demokratske formalnosti. Bobbio ukazuje na jedno posebno područje nevidljivosti vlasti: to je dvostruka isprepletenost između nacionalne politike i svetske ekonomije. Na poseban način u Italiji, politička klasa obavlja ogromnu „nevidljivu vlast” putem neposrednog ili posrednog rukovođenja ekonomskim aktivnostima koje zaista izmiču kontroli i nadzoru administrativne i redovne jurisdikcije. Ti skriveni postupci tiču se velikog broja funkcija povezanih sa hiljadama ustanova koje zavise od javnih uprava, a posebno od pokrajina, regija i opština. Na taj način politička klasa uslovljava urbanističke projekte gradova, upravu zdravstvenih službi, ustanove za socijalno staranje i pomoć, kredit preduzeća, trgovinu sa inostranstvom i čak upravljanje pravosuđem.

Što se tiče sposobnosti demokratskih birača da procene političko nadmetanje i da izaberu elitu dostojnu da vrši državne funkcije, ona je veoma nesigurna. Čak i u odnosu na najjednostavnija i najprivlačnija *issues* – zagađivanje životne sredine, rata, kaznenog sistema, zatvora, nuklearne energije, distribucije vode, itd. – javno mnjenje i prema tome politički konsenzus teško da se zasnivaju na kontrolisanim informacijama i na racionalnoj proceni. Kompleksnosti tih pitanja pridružuje se barijera instrumenata masovne komunikacije, a pre svega Televizija. Ono što ostaje jeste sloboda „negativnog” glasa, u smislu da je birač slobodan da učestvuje ili ne učestvuje na izborima i da izrazi preferencijalni glas. Ali birači nisu ti koji odlučuju o pitanjima koja treba da im se podnesu na procenu: neko pre njih i umesto njih odlučuje šta treba podneti za odluku, a šta, naprotiv, ostaviti za tajne dogovore, eliminišući na taj način svaki rizik za institucionalnu destabilizaciju. Nalazimo se dakle, po mom mišljenju, u prisustvu jednog režima koji se može nazvati „postdemokratska teleoligarhija”: jedna postdemokratija u kojoj velika većina građana ne „odabira” i ne „bira”, već ignoriše, čuti i sluša.<sup>7</sup>

5 Videti A. Wolfe /1977/: *The limits of Legitimacy: Political Contradictions of Contemporary Capitalism*, New York, The Free Press.

6 Uporedi N. Bobbio /1984/: *Il futuro della democrazia*, Torino, Einaudi, str. 16-8, 75-100.

7 O toj temi videti C. Crouch /2003/: *Postdemocrazia*, Roma-Bari, Laterza.

Javno mnjenje unutar jedne države ne raspolaže izvorima informacija nezavisnim od nacionalnog i međunarodnog telekratskog sistema. Lokalne televizije su povezane sa velikim međunarodnim strukturama multimedijalne industrije. Transnacionalne *corporations* koje imaju monopol na televizijskim stanicama većinom su ustoličene u Sjedinjenim Državama i sve pripadaju OCSE-u: između ostalih to su, Aol-Time-Warner, Disney, Bertelsmann, Viacom, Tele-Communications Incorporated, News Corporation, Sony, Fox. Reklamne emisije šire po čitavom svetu jako sugestivne simbolične poruke koje veličaju bogatstvo, potrošnju, spektakl, nadmetanje, uspeh, čari ženskog tela. „Subliminalne” emisije stimulišu porive za sticanjem jednog jako konzervativnog političkog stanovišta i inspirisanog vrednostima kapitalističke ekonomije koja je već dominantna na globalnom nivou. Zahvaljujući televiziji ekspanzija industrijske proizvodnje i potrošnje ne samo da podstiče strategije političkih elita na vlasti, već gospodari i kolektivnom imaginacijom: to je jedan dubok i generalizovan konformizam koji utiče na životni ritam, izbor vrednosti i političke naklonosti velike većine građana. Bobbio je tvrdio da je svemoć televizije prouzrokovala inverziju odnosa između građana kontrolora i kontrolisanih građana: ograničena manjina partijskih funkcionera i izabaranika kontrolišu mase birača a ne obrnuto.<sup>8</sup> Postoji još jedan uzrok političkoj podređenosti građana: to su *opinion polls*. Pod prividom naučne preciznosti „ankete” se koriste ne za analizu, već za manipulaciju takozvanim „javnim mnjenjem”. Agencije za ispitivanje javnog mnjenja, u službi najuticajnih elita, beleže odgovore javnosti u svoje upitnike i zahvaljujući televiziji utiču na javno mnjenje preko selektivnog objavljivanja rezultata anketa.

Postklasična doktrina demokratije došla je dotle da je tvrdila da pojam „predstavništva” čuva neki smisao samo kao društvena podela rada. Kelsen je čak stigao do te mere da je tvrdio da Parlament predstavlja narod na način koji se ne razlikuje od onog kako, prema monarhističkoj doktrini, nasledni vladar ili funkcioneri koje je on postavio predstavljaju narod, naciju ili državu. U modernoj demokratiji volja izvršne vlasti – parlament je u suštini već lišen autonomnih funkcija – stvarno zauzima mesto navodne volje „suverenog naroda”, dok narodna suverenost nije više ništa nego jedna „totemska maska”.<sup>9</sup> Prema realističkom gledištu savremene „postdemokratije”, „predstavnici” su u stvari birokrate i *managers* koji „predstavljaju” birače samo u smislu da oni rade nešto umesto njih, nešto za šta pojedini birači nemaju nadležnost, finansijska sredstva ili mogućnost da to urade. U tom smislu demokratska uređenja se razlikuju od despotskih ili totalitarnih uređenja samo po većoj složenosti procedura za imenovanje elita i po promenama u vremenu parlamentarnih većina i manjina. Ali smenjivanje elita na vlasti ne povlači za sobom stvarnu promenu političkih ciljeva kojima se teži i garantovanih ekonomskih interesa. Ekonomsko-političke elite su snažno uslovljene stranačkim interesima, međunarodnim strategijama i globalnim ciljevima velikih sila.

U svojim analizama Bobbio je demokratiju shvatao kao skup proceduralnih pravila čije poštovanje garantuje minimalan politički sadržaj: pravnu zaštitu građanskih

8 Uporedi N. Bobbio /1990/: *Lutopia capovolta*, Torino, La Stampa, str. XV.

9 Uporedi H. Kelsen /1945/: *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.



sloboda, pluralitet partija i periodičnost izbora.<sup>10</sup> Bobbio se nije samo odrekao iscrpne odbrane demokratskih institucija, već je priredio oštar katalog „neispunjenih obećanja” moderne demokratije. Između ostalog ukazao je na paralizu narodnog samoopredeljenja izazvanu nezadrživom ekspanzijom javne birokratije; na intelektualnu anatomiju ljudi koju ugrožava kulturna industrija; na socijalnu jednakost ometanu trajanjem kapitalističkih oblika proizvodnje; na transparentnost političkih oblika onemogućenu uplitanjem partija u sektore ekonomije i javnog informisanja.

Sa svoje strane, Niklas Luhmann je tvrdio da politički konsenzus građana postaje sve slabiji. Biračka procedura, zasnovana na principima većine glasova, jednakosti glasa i njegove tajnosti nije izražavala takozvanu „volju naroda”, niti je omogućavala da se izaberu najbolji i najkompetentniji ljudi. Njena funkcija bila je sada već samo ona da neutrališe i učini čisto formalnom ulogu birača, omogućujući im da izraze svoju volju samo jednim „da” ili jednim „ne” prema veoma uopštenim i malom broju mogućih izbora. Na taj način birači su se uključivali u jednu samoobavezujuću proceduru koja omogućava elitama na vlasti da smatraju razumljivom samu po sebi narodnu podršku sopstvenih odluka. Takozvani demokratski konsenzus je već bio instintionalna fikcija, jedna ritualna formula ideološkog opravdanja politike, a svakako ne traženje stvarnog konsenzusa zasnovanog na stvarnim ubeđenjima građana.<sup>11</sup>

Po mom mišljenju analize Kelsena, Bobbio-a, Luhmanna, uprkos njihovom realizmu i oštrini, nisu dovoljne pred globalnim izazovima koje su poslednjih decenija lansirali teleinformatička revolucija, procesi ekonomsko-finansijske globalizacije i koncentracija međunarodne političke vlasti u rukama nekih zapadnih supersila. Posebno su Sjedinjene Države koristile svoju vojno-političku supermaciju za pokretanje niza agresorskih ratova – od Zalivskog rata 1991 do agresije na Srbiju 1999., na Avganistan 2001., na Irak 2003. i Libiju 2011. godine. Jasno je, po mom mišljenju, da agresorski ratovi čine sve neverovatnijim očuvanje delikatnih mehanizama demokratskih procedura, kako u napadnutim zemljama tako i u državama agresorima. U zemljama agresorima demokratiju u stvari zamenjuje veoma „delotvornije” vršenje vlasti, jer se koncentriše u rukama stručnjaka bez moralističkih skrupula, sposobnih za beskrupuloznu upotrebu finansijskih i ekonomskih resursa i iznad svega odlučnih da ozbiljno ograniče pravo građana na slobodu. Takođe se ne može zanemariti činjenica da rat protiv *global terrorism*, u čije ime se koristi sila i guši sloboda, sam širi teror masakriranjem nevinih osoba sredstvima za masovno uništenje.<sup>12</sup>

Nema sumnje da se nalazimo pred znatnim gubitkom evolutivnog kapaciteta demokratskih institucija. Bar u poslednja dva veka, njihova evolucija pokazivala je konstantan progres: od revolucionarnih osvajanja ljudskih prava do opšteg prava glasa i političkih prava, i zaštite socijalnih prava u okviru *Welfare state*. U aspiracijama progresivaca – tu posebno mislim na Thomasa H. Marshalla – ova evolutivna parabola postepeno bi dovela do socijalizma, to jest, do jedne demokratije zasnovane

10 Uporedi N. Bobbio /1984/, *op. cit.*, posebno na str. 3-31.

11 Uporedi N. Luhmann /1972/: *Rechtssoziologie*, Reinbek bei Hamburg, Rowohlt, it. prev. /1977/: *Sociologia del diritto*, Roma-Bari, Laterza, str. 82-3, 260-1.

12 Napisao je Yadh Ben Achur: „*Le terroriste est en fait un terrorisé*” (Y. Ben Achour /2003/: *Le rôle des civilisations dans le relations internationales*, Bruxelles, Bruylant, str. 240).

na ekonomsko-socijalnoj jednakosti građana i na nestanku društvenih klasa. Ali ta evolucija se definitivno prekinula tokom poslednjih decenija. Globalizacija je grubo dovela u krizu *Welfare state* i favorizovala je obrazovanje režima koji su, mada još uvek mašu zastavom „demokratije”, u stvari elitističke, tehnokratske i represivne oligarhije. To su režimi koji su orijentisani na čistu ekonomsko-političku delotvornost, na blagostanje dominantnih klasa i na diskriminaciju siromašnih građana, a posebno imigranata, koji se, neretko, tretiraju i iskorišćavaju kao sluge ili robovi.

## 2. SUTON SOCIJALNE DRŽAVE I DVA POJMA „BEZBEDNOSTI“

Kao dodatak onome što sam do sada tvrdio, ne može se izbeći priznanje da je i demokratski model socijalne države ili *Welfare state* danas u krizi u najvažnijim zapadnim zemljama. Najviši nivo koji je na Zapadu dostigao neki politički sistem u pokušaju da demokratski uredi ekonomsko-socijalne odnose i da smanji nesigurnost jeste bez sumnje *Welfare state*. Osnovne slobode, *habeas corpus*, privatnu svojinu, odgovornu autonomiju, opšte pravo glasa i uopšte uzevši politička prava već je formalno garantovala pravna država liberalno-demokratskog tipa. Ali počevši od tridesetih godina dvadesetog veka, socijalna država je pokušala da ode dalje od liberalno-demokratske pravne države štiteći takozvana „socijalna prava”: pravo na rad, pravo na školovanje i pravo na zdravlje, pored niza javnih usluga kao što su socijalno osiguranje i socijalna pomoć. Može se reći da je socijalna država preuzela na sebe rizike – i otuda nesigurnost i strah – usko povezane sa tržišnom ekonomijom zasnovanoj na ugovornoj logici koja pretpostavlja ekonomsko-socijalnu nejednakost pojedinaca i reprodukuje je bez ograničenja.

Danas se mnogi slažu da socijalna država prolazi kroz tešku krizu zbog procesa ekonomske i političke transformacije koji se pojavljuju pod imenom globalizacije. Autori kao Urlick Beck, Loïc Wacquant, Luciano Gallino, Joseph Stiglitz, Robert Castel<sup>13</sup> priznali su da je globalizacija označila trijumf tržišne ekonomije povećavši za nekoliko decenija globalnu količinu proizvedene robe i prema tome ukupno bogastvo. Dvehiljadite godine interni bruto proizvod planete bio je 42.000 milijardi dolara, sedam puta veći nego 1950. godine. Sa druge strane, globalizacija je povećala razlike između bogatih i siromašnih zemalja: danas 20 najbogatijih osoba raspolažu ukupnim bogastvom koje je jednako onome čime raspolaže milijarda najsiromašnijih.<sup>14</sup>

Što se tiče krize *Welfare statea*, obaveza opsežnog niza socijalnih rizika sve više se stavlja na teret pojedinih građana, umesto na zajednicu, u skladu sa pristupom usmerenim na privatizaciju rizika i nesigurnosti. Tu se radi o jednom pristupu u isto vreme individualističkom i autoritarnom sve udaljenijem od vrednosti demokratije, u svim

13 Videti U. Beck /1997/ : *Was ist Globalisierung?*, Frankfurt a.M., Suhrkamp; U. Beck, D. Zolo /1999/ : *What is Globalisation? Some Radical Questions*, [www.cc.nctu.edu.tw/~cpsun/zolobeck.htm](http://www.cc.nctu.edu.tw/~cpsun/zolobeck.htm); L. Wacquant /1999/ : *Les prisons de la misère*, Paris, Editions Raisons d'Agir; L. Gallino /2000/ : *Globalizzazione e disuguaglianze*, Roma-Bari, Laterza; J. Stiglitz /2002/ : *Globalization and its Discontents*, New York, W.W. Norton & Company; R. Castel /2003/ : *L'insécurité sociale*, Paris, Seuil.

14 O toj temi videti L. Gallino /2009/ : *op.cit.*, str. 5-26.

njenim koncepcijama. Ova privatizacija rizika posebno važi za zdravstvo, obrazovanje, rad i penzije, za sektore u kojima usluge javnog budžeta u mnogim zapadnim zemljama teže progresivnoj restrikciji.

U međuvremenu novi „globalni” ratovi, nestabilnost tržišta, demografske promene, velike migracije i evolucija proizvodnih sistema najbogatijih zemalja doprineli su da dođe do smanjenja naknada za rad i rasprostranjene nestabilnosti ugovornih odnosa. Globalno nadmetanje nameće kriterijume konkurencije pre svega u području najslabijih proizvodnih faktora, počevši od radne snage. U prisustvu povećane konkurencije, preduzeća teže da se oslobode skoro celokupnog broja tradicionalno zaposlenih radnika u korist „fleksibilnih” radnih usluga – na određeno vreme, sa delimičnim radnim vremenom ili dobijenih preko agencije ili zadruga za zapošljavanje – koje omogućavaju korišćenje najmanje moguće količine radne snage po jedinici proizvoda.

Rastuća „fleksibilnost” rada dovodi do slabljenja celokupnog aparata demokratskih zaštita koje su do sada garnatovale radnicima i njihovim porodicama: penziju, otpremninu, lečenje, trudnoću i tako dalje. Tehnike fleksibilizacije teže da pridaju zavisnom random odnosu jednu dimenziju čistog privatnog prava. Njen sve više „atipičan” karakter odvaja zavisnog radnika od svake kolektivne dimenzije. Sindikalna zaštita postaje problematična, zajedno sa samom mogućnošću javne regulacije radnih odnosa: konačni rezultat koji se ocrtava jeste čisto pojedinačno ugovaranje između poslodavca i radnika pojedinca.<sup>15</sup>

Opšta posledica koja iz toga proizlazi jeste težnja da se demokratske institucije resorbuju unutar šeme „čiste liberalne države” ili „društva privatnog prava”. Nove parole se nalaze svuda: privatizacija, potčinjenost svih radnika – javnih i privatnih – pravilima najamnog radnog odnosa, smanjenje svakog javnog snabdevanja ako nije motivisano apsolutnom nužnošću, napuštanje politike pune zaposlenosti i prema tome podrške pravu na rad, slabljenje socijalne zaštite u korist starih i hendikepiranih lica.

Naravno sve to produbljava razliku između ekonomski obezbeđene srednje klase i šarolikog uzorka obespravljenih subjekata: od siromašnih penzionera do beskućnika, prostitutki, narkomana, bolesnih od SIDE, bivših zatvorenika, duševno obolelih, legalnih i ilegalnih doseljenika iz zemalja van Evropske zajednice, Roma i tako dalje. Iz toga proizilazi dalja fragmentacija društvenog tkiva, pre svega u smislu demotivacije građanske angažovanosti i slabljenja osećanja pripadnosti. A rastuće očekivanje sigurnosti usmerava strah ka rasprostranjenom zahtevu za nemilosrdnom represijom „zlih” i za autoritarno obavljanje vlasti protiv opasnosti od nereda i anarhije.

U mnogim zemljama svemu ovome se pridružuje antagonizam između stanovništva zapadnih zemalja i rastućih masa doseljenika koji potiču iz nerazvijenih kontinentalnih područja sa visokim demografskim rastom. Radi se o veoma slabim subjektima ali koji, po cenu života, vrše snažan pritisak da u uđu i budu prihvaćene u zapadnim zemljama uz ravnopravan tretman. Odgovor od strane državljana ugroženih ovim „kosmopolitskim” pritiskom izražava se bilo odbijanjem ili nasilnim proterivanjem imigranata, bilo negacijom njihovih svojstava kao građanskih subjekata,

15 Videti G. Gareffi, M. Korzeniewicz, R.P. Korzeniewicz /1994/: *Commodity Chains and Global Capitalism*, Westport, Greenwood Press.

bilo pravnom i političkom diskriminacijom prema „varvarskom osvajaču”. Ovaj sukob ispisuje i čini se da mu je suđeno da ispiše neke od najbolnijih stranica državne i političke istorije zapadnih zemalja, počevši od Italije.

### 3. OD DEMOKRATSKE DRŽAVE DO KAZNENOG DRUŠTVA

Trijumf tržišne ekonomije nije samo doveo do krize demokratsku državu u njenom obliku *Welfare state*: uplela je u to čitavo iskustvo zapadnih liberaldemokratskih institucija. Termin „bezbednost” sve manje se povezuje sa pojmovima društvene pripadnosti, solidarnosti, prevencije, pomoći, jednom rečju sa sigurnošću podrazumevanom kao demokratska garancija svima da provode život zaštićeni od siromaštva, bolesti, od aveti jadne i nemoćne starosti, prerane smrti. Radi se o jednom drastičnom prelazu od koncepcije bezbednosti kao priznanja identiteta osoba i njihovog učešća u društvenom životu na koncepciju sigurnosti shvaćenu kao policijska zaštita pojedina od mogućih činova agresije i kao represija i kažnjavanje devijantnosti.

Zygmunt Bauman, u svom radu *Liquid Fear*, tvrdio je da se u vreme globalizacije bezbednost unutar država sve više koncipira kao „individualna bezbednost” na bazi pretpostavke – velikim delom zasnovane na iskrivljenim tumačenjima statističkih podataka – da se nalazimo pred konstantnim rastom kriminaliteta.<sup>16</sup> „Kultura kontrole” koncentriše se na odbranu teritorije, na militarizaciju gradova i pojedinih stambenih rezidencija, na stavljanje pod starateljstvo nekih društvenih kategorija smatranih „opasnim”, na upotrebu privatnih čuvara i strogo kažnjavanje.<sup>17</sup> Procesima globalizacije odgovara u većini zapadnih zemalja (i nekim latinoameričkim zemljama, kao Brazil, Jamajka i Meksiko, koje su sledile njihov primer) duboka transformacija kaznenih i represivnih politika: transformacija za koju je Loïc Wacquant skovao izraz „od socijalne države do kaznene države”.<sup>18</sup>

U velikom delu zapadnih zemalja kaznena administracija teži da zauzme prostore koji su ostali slobodni posle institucionalne demobilizacije opsežnih oblasti političkog, socijalnog i ekonomskog života *Welfare statea*. Zapadne zemlje daju sve veći značaj policijskoj kontroli lica i oružanoj borbi protiv kriminaliteta. To čine u znak kaznene ideologije *Zero tolerance*, koja se afirmisala u Sjedinjenim Državama i koju je zatim globalizacija brzo proširila u mnoge zapadne zemlje. Predmet minuciozne kontrole teritorije i krute represije su devijantna ponašanja, i od neznatnog značaja, marginalnih subjekata koji se ne prilagođavaju društvenom konformizmu i koji se stoga smatraju krajnje odgovornim za nered i nesigurnost. Jedan egzemplaran primer predstavljaju krivične i penitencijarne politike koje se sprovode u Sjedinjenim Državama poslednjih trideset godina. Američka supersila zauzima prvo mesto kako u borbi protiv kriminaliteta, tako u hapšenju sve većeg broja zatvorenika (samo se

16 Videti Z. Bauman /2006/: *Liquid Fear*, Cambridge, Polity Press; Z. Bauman /1998/: *Globalization. The Human Consequences*, New York, Columbia University Press.

17 O toj temi videti D. Garland /2001/: *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford, Oxford University Press.

18 Videti L. Wacquant /1999/: *op. cit.*, *passim*.

Ruska federacija približava američkim kvotama). Kao što je poznato, ovom primatu se pridružuje uporna primena smrtne kazne. Od 1980. do danas osuđenička populacija u Sjedinjenim Državama se više nego utrostručila dostižući 2007. godine cifru od 2.300.000 zatvorenika. Stopa lišavanja slobode je najviša u svetu: 753 uhapšenih na 100.000,<sup>19</sup> sedam puta više nego u Italiji.

Ovi podaci se ukazuju još značajnijim ako se uzme u obzir da u Sjedinjenim Državama zatvorenici predstavljaju samo trećinu populacije izložene krivičnopravnoj kontroli. Naime, ima preko četiri miliona građana podvrgnutih alternativnim merama *probation* i *parole*, a to ukupno dovodi do preko šest miliona osoba u odnosu na koje se primenjuje neka krivična sankcija radi „smanjenja straha” u zemlji slobode.

Svemu ovome treba dodati da je u Sjedinjenim Državama u toku težnja za privatizacijom zatvora. To je takozvani *correctional business*, čiji je poslovni obim pokazao ekspanzionizam rast i čija struktura je poprimila karakteristike jedne „multinacionalne kompanije zatvorskih rešetki”, proširujući se na zemlje kao Velika Britanija, Australija, Izrael i Čile. U Sjedinjenim Državama, u sve većem broju privatnih kaznenih ustanova, od kojih se mnogima određuje vrednost na berzi, danas je zatvoreno preko tri stotine hiljada zatvorenika, što otprilike odgovara petini ukupne zatvoreničke populacije. Logika ovog privrednog preduzeća je očigledno profit i to u značajnoj meri utiče na kvalitet zatvorskog tretmana: već je u potpunosti napušten model zatvora kao mesta za „prevaspitanje” i „resocijalizaciju”. Kaznionice su ljudske deponije koje, kao i smetlišta, imaju zadatak da onesposobe i unište devijantne subjekte, kako to zahteva rasprostranjeni pravdoljubivi i osvetoljubivi žar – setite se samo impozantnog fenomena *Victim's Rights Movement* – koji danas slavi terapeutske vrline zatvora i smrtne kazne.<sup>20</sup>

#### 4. BEZBEDNOST I SLOBODA

Pred ovom alarmantnom panoramom javlja se pitanje: šta učiniti? Šta učiniti u Italiji, u Evropi, u svetu? Šta učiniti u Ruskoj federaciji? Šta mogu da učine progresivne snage u prisustvu „postdemokratskog” skretanja koje nascrće na ceo Zapad, koje širi siromaštvo, nesigurnost i strah i pribegava okrutnim represivnim strategijama uključujući smrtnu kaznu? Odgovor je dramatično težak i ja svakako nisam u stanju da pokušam da dam neki adekvatan odgovor. Štaviše ne poričem svoj pesimizam. Lično smatram da je pesimizam moralna dužnost, čin hrabrosti. Delim mišljenje Oswalda Spenglera koji je tvrdio da je „optimizam kukavičluk”.<sup>21</sup>

Jednostavno ću reći da je po mom mišljenju prvi zadatak nekog progresivnog pokreta svesnog problema koje su prouzrokovali procesi globalizacije, jeste taj da okrene

19 Navedena stopa lišenih slobode utvrđena je 31.12.2008. godine (izvor: [http://www.kcl.ac.uk/depta/law/research/icps/worldbrief/wpb\\_country.php?country=190](http://www.kcl.ac.uk/depta/law/research/icps/worldbrief/wpb_country.php?country=190)).

20 O temi zatvora kao instrumentu isključenja i imobilizacije upoređi Z. Bauman /1998/: *Globalization: The Human Consequences*, Cambridge, Polity Press; pored toga videti T. Mathiesen /1990/: *Prison on Trial: A Critical Assessment*, London, Sage.

21 Videti O. Spengler /1919-22/ : *Der Untergang des Abendlandes. Umriss einer Morphologie der Weltgeschichte*, 2 voll., München, Beck.

leđa kodeksu marksističkih izvesnosti, ali ne odustajući od opšte vizije sveta koju nam je marksizam ostavio u nasleđe. Kao što je Norberto Bobbio<sup>22</sup> napisao, marksizam nas je naučio da posmatramo ljudsku istoriju sa tačke gledišta ugnjetavanih i da ostavimo po strani politički moralizam u korist jednog realističkog i konflitualističkog izbora.

Trebalo bi, pre svega, pokušati da se sačuvaju neke vrednosti i neka ljudska prava koja su danas među najugroženijima: prvenstveno socijalna prava i „nova prava” kao što su, između ostalih, prava stranaca doseljenika, pravo na životnu sredinu, pravo na vodu, pravo da ne budemo podvrgnuti torturi i degradirani od strane „pravde” država, pravo na mir i, ne poslednje, pravo na život koje danas brutalno gaze terorizam zapadnih agresorskih ratova i isto tako nasilan i teroristički odgovor napadnutih. Pored toga radilo bi se o otporu neoliberalnom pokušaju da uništi i poslednje ostatke *Welfare statea*, pokušavajući da se diskriminatorna logika tržišta podredi logici *statusa* subjektivnih prava i njihovoj zaštitnoj i „ohrabrujućoj” logici. Ovo bi mogla biti pretpostavka svakako ne da se ponovo povrate klasične ili postklasične forme demokratije – cilj sada već nedostizan – već da se bar ponovo uspostavi neki minimum autonomije pojedincima i neko osećanje solidarnosti unutar zajednice u kojoj žive. Drugim rečima, radilo bi se o vraćanju pozitivnog značenja kako bezbednosti tako i slobode, uzimajući u obzir da bezbednost i sloboda ne mogu preživeti van političkih struktura koje bi se, u isto vreme, oslanjale na individualnu autonomiju i društvenu solidarnost, na identitet državljana kao nosioca subjektivnih prava i na njihove veze pripadnosti zajednici u koju su politički i kulturno uključeni. Ovaj izbor bi zahtevao prevazilaženje i retorike društvene jednakosti i kosmopolitskog mita o političkoj unifikaciji sveta uz posledicu poništavanja samog pojma državljanstva i etničkog identiteta.

Klasična ideja „društvene jednakosti” teško da se može predložiti unutar modernih postindustrijskih društava. Stešnjeni između potrebe za identitetom i rastućom homologacijskom presijom koju proizvode sredstva komunikacije i tržište, pojedince izgleda da privlači neka vrsta „potrebe za nejednakošću”, težnja da ostvare i proglase sopstvenu različitost. A to čine ne da bi nužno postigli privilegovan položaj, već da bi na neki način ostvarili sopstvenu slobodu pred barijerom konformizma. Iznad svega među najmlađima postoji suštinska bojazan da ne budu svoji, da ne budu niko, da promaše kao ljudska bića. Ono za čim nove generacije osećaju potrebu međutim nije prosto „negativna” sloboda, sloboda da ih ne sprečavaju spoljne prisile, prema formuli teorije Isaiaha Berlina.<sup>23</sup> Teži se za nečim višim i različitim: svako bi hteo da oblikuje profil sopstvenog života. Svako bi hteo da njegova sudbina bude rezultat sopstvenog plana na sebi samom, a ne tuđeg plana. Hteo bi da kontroliše svoje saznanje procese, svoja osećanja i svoje emocije.

Želim da zaključim dodajući, protiv kosmopolitske utopije *à la* Bauman ili *à la* Habermas, da individualna autonomija ne isključuje već podrazumeva osećaj pripadnosti nekoj posebnoj društvenoj i kulturnoj grupi. Nema autonomije i slobode bez korena u specifičnosti neke teritorije, bez intelektualne, sentimentalne i emotivne

22 Uporedi N. Bobbio /1955/: *Politica e cultura*, Torino, Einaudi, p. 281.

23 Videti I. Berlin /1969/: *Two Concepts of Liberty*, -in: I. Berlin, *Four Essays on Liberty*, Oxford, Oxford University Press.



identifikacije sa nekom istorijom, kulturom, jezikom, zajedničkom sudbinom. I nema sigurnosti već disperzije i samoće bez solidarnosti, zajedničkog učešća, osećaja homogenosti, neke spontane intimnosti u društvenim odnosima. Samo onaj koji raspolaže čvrstim korenima identifikacije priznaje tuđi identitet, poštuje razliku, traži dijalog sa drugima, zazire od svakog fundamentalizma i dogmatizma, i siguran je da susret dve različite kulture i civilizacije planete nije samo uslov mira već i evolutivno blago nezaobilazno za ljudsku vrstu.

preveo Zoran Katanić

## LITERATURA

- Aron R. /1965/: *Démocratie et totalitarisme*, Paris, Gallimard
- Bauman Z. /1998/: *Globalization. The Human Consequences*, New York, Columbia University Press
- Bauman Z. /1998/: *Globalization: The Human Consequences*, Cambridge, Polity Press
- Bauman Z. /2006/: *Liquid Fear*, Cambridge, Polity Press
- Beck U. /1997/: *Was ist Globalisierung?*, Frankfurt a.M., Suhrkamp
- Beck U., Zolo D. /1999/: *What is Globalisation? Some Radical Questions*, [www.cc.nctu.edu.tw/~cpsun/zolobeck.htm](http://www.cc.nctu.edu.tw/~cpsun/zolobeck.htm)
- Ben Achour Y. /2003/: *Le rôle des civilisations dans le relations internationales*, Bruxelles, Bruylant
- Berlin I. /1969/: *Two Concepts of Liberty*, -in: I. Berlin, *Four Essays on Liberty*, Oxford, Oxford University Press
- Bobbio N. /1955/: *Politica e cultura*, Torino, Einaudi
- Bobbio N. /1984/: *Il futuro della democrazia*, Torino, Einaudi
- Bobbio N. /1990/: *L'utopia capovolta*, Torino, La Stampa
- Castel R. /2003/: *L'insécurité sociale*, Paris, Seuil
- Crouch C. /2003/: *Postdemocrazia*, Roma-Bari, Laterza
- Dahl R. /1989/: *Democracy and Its Critics*, New Haven, Yale University Press
- Gallino L. /2000/: *Globalizzazione e disuguaglianze*, Roma-Bari, Laterza
- Gallino L. /2009/: *Con i soldi degli altri, Il capitalism per procura contro l'economia*, Torino, Einaudi
- Gareffi G., Korzeniewicz M., Korzeniewicz R.P. /1994/: *Commodity Chains and Global Capitalism*, Westport, Greenwood Press
- Garland D. /2001/: *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford, Oxford University Press
- [http://www.kcl.ac.uk/depsta/law/research/icps/worldbrief/wpb\\_country.php?country=190](http://www.kcl.ac.uk/depsta/law/research/icps/worldbrief/wpb_country.php?country=190)
- Kelsen H. /1945/: *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press
- Luhmann N. /1971/: *Politische Planung*, Opladen, Westdeutscher Verlag
- Luhmann N. /1972/: *Rechtssoziologie*, Reinbek bei Hamburg, Rowohlt, it. prev. /1977/: *Sociologia del diritto*, Roma-Bari, Laterza

- Mathiesen T. /1990/: *Prison on Trial: A Critical Assessment*, London, Sage
- Schumpeter J. /1987/: *Capitalism, Socialism and Democracy*, London, Allen and Unwin
- Sklair L. /2001/: *The Transnational Capitalist Class*, Oxford, Blackwell
- Spengler O. /1919-22/ : *Der Untergang des Abendlandes. Umriss einer Morphologie der Weltgeschichte*, 2 voll., München, Beck
- Stiglitz J. /2002/ : *Globalization and its Discontents*, New York, W.W. Norton & Company
- Wacquant L. /1999/ : *Les prisons de la misère*, Paris, Editions Raisons d'Agir
- Wolfe A. /1977/: *The limits of Legitimacy: Political Contradictions of Contemporary Capitalism*, New York, The Free Press

Danilo ZOLO

Università degli Studi di Firenze

## IL TRAMONTO DELLA DEMOCRAZIA NELL'ERA DELLA GLOBALIZZAZIONE

### RIASSUNTO

In questo saggio Zolo sviluppa una tesi fondamentale che ha sostenuto in numerosi suoi testi, apparsi in varie lingue, inclusa la lingua serba. Secondo Zolo il concetto di democrazia è ormai del tutto tramontato, anche se il termine <democrazia> è ancora molto usato in Occidente e non solo. Ma per democrazia oggi non si intende minimamente il modello „partecipativo“ della *agorà* e della *ecclesia*, risalente alla civiltà ateniese. E neppure accade che i partiti politici siano organizzazioni „rappresentative“ che trasmettono ai vertici del potere statale le esigenze e le aspettative del popolo. Per „democrazia“, sostiene Zolo, si intende ormai una società dominata dalla rivoluzione tecnologico-informatica e dallo strapotere delle *corporations* internazionali. Il potere politico ed economico-finanziario si è concentrato nelle mani di poche superpotenze e l'applicazione del diritto internazionale è ormai subordinato alla loro assoluta volontà militare. Salvo alcune eccezioni, la sovranità politica degli Stati nazionali si è molto indebolita. La funzione dei Parlamenti è stata limitata dal potere di varie burocrazie pubbliche, o da poteri legislativi sovrastanti, come è il caso dell'Unione Europea. Nello stesso tempo il potere esecutivo tende ad assumere una funzione egemonica, alterando la divisione dei poteri che era stata la caratteristica del *Rechtsstaat* eurocontinentale e svolgendo anche una vocazione penitenziaria che tende a soffocare la libertà di centinaia di migliaia di persone, molto spesso senza alcun serio motivo.

**Parole chiave:** democrazia, opinione pubblica, classe dirigente, potere finanziario, globalizzazione.



*Stefano Ruggeri\**

Faculty of Law, University of Messina

## INVESTIGATIVE POWERS AFFECTING FUNDAMENTAL RIGHTS AND PRINCIPLES FOR A FAIR TRANSNATIONAL PROCEDURE IN CRIMINAL MATTERS. A PROPOSAL OF MUTUAL INTEGRATION IN THE MULTICULTURAL EU AREA

**Abstract:** The present paper deals with the use of investigative powers affecting fundamental rights in criminal procedures. The analysis provides firstly a historical reconstruction of the solutions to coercive means embodied in the most relevant international and supranational texts in Europe. The present study offers, furthermore, a proposal for setting a fair transnational procedure, based on the idea of mutual integration of national laws. This proposal, which aims at offering an alternative to the prevailing project of harmonising the rules of evidence in cross-border cases, focuses on the creation of an ad hoc procedure reflecting a new balance between the state-related needs and the protection of the fundamental rights of the individuals affected by investigative measures.

**Keywords:** Transnational inquiries, criminal evidence, measures of coercion, human rights.

### 1. INTRODUCTORY REMARKS

Over the last few decades, the significant increase of transnational crime has strengthened the need for more efficient forms of cross-border prosecution than in the past time. This pragmatic approach has led to the enhancement of traditionally distrusted methods of conducting transnational inquiries, such as extraterritorial investigations, as well as to the introduction of unprecedented models of transnational prosecution. At EU level, this has led to posing the principle of mutual recognition as cornerstone of almost the entire area of judicial cooperation, regardless of the very different nature of the judicial products concerned.

This phenomenon has consequently been accompanied by a significant raise of investigative measures impinging, albeit in different fashions, on the sphere of the rights of the individuals involved in transnational procedures (suspects, victims, witnesses, etc.). At EU level, the Lisbon Treaty has allowed for legislative initiatives to

---

\* associate professor, [steruggeri@unime.it](mailto:steruggeri@unime.it)

be launched with the purpose of protecting the rights of individuals in criminal procedures, which of course encompass *transnational* criminal procedures [Art. 82(2) (b) Treaty on the Functioning of the European Union, hereinafter TFEU]. More specifically, the protection of the defendant's rights must be indirectly granted through a legislative intervention in the field of admissibility of transnational evidence [Art. 82(2)(a) TFEU]. Whatever the meaning of these provisions is, the introduction of minimum rules to the extent strictly necessary to facilitate mutual recognition calls for a minimalist approach. It is questionable that such methodology is in line with the "unique vulnerability of defendants," and in general terms of individuals, "facing international investigations," which requires standards of protection "surely *exceed*[ing] those currently available in domestic proceedings."<sup>1</sup>

Doubtless, one of the main grounds for this vulnerability is the difference of languages and procedural laws, a situation that paradoxically raises many human rights concerns in the EU Area of Freedom, Security and Justice (hereinafter AFSJ), where 23 official languages co-exist. However, in the framework of the present paper, it will not be dealt with multilingualism as a barrier for harmonisation. Significantly, the existence of the EU AFSJ can be predicted *insofar as* fundamental rights are respected and the differences between the legal orders and traditions of the Member States are preserved [Art. 67(1) TFEU]. More specifically, it is worth noting that the need to respect the legal orders and traditions of the Member States appears as condition for setting common rules in the aforementioned areas [Art. 82(2) TFEU]. In this light, multilingualism, far from representing an obstacle to the approximation of legal systems, becomes a factor of promotion of *mutual integration* between procedural cultures and therefore a value that cannot be waived in the European scenario. Multiculturalism is strictly linked to the *interaction* of different legal levels and this suggests adopting a methodological approach aimed at analysing their mutual relationships. In light of the fundamental rights protection required at primary level for the constitution of a common AFSJ, the present analysis will therefore move from a *multilevel* towards an *inter-level* approach.<sup>2</sup>

## 2. OBJECT OF THE ANALYSIS AND TERMINOLOGICAL PREMISES

The present paper deals with measures of coercion in the field of transnational inquiries. Due to the polysemy of both expressions, the definition of the object of the present analysis requires some terminological premises to be clarified in advance. What is meant by "transnational inquiries"? And what is meant by "coercive means" in transnational inquiries?

1 R.K. Vogler /2012/: Transnational inquiries and the protection of human rights in the case-law of the European Court of Human Rights, -in: S. Ruggeri (ed), *Transnational inquiries and the protection of fundamental rights in criminal proceedings*. A study in memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina, Springer, Heidelberg (forthcoming), § 1.

2 On this methodological approach see, in the Italian constitutional literature, L. D'Andrea /2009/: *Diritto costituzionale e processi interculturali*. [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), accessed: 29<sup>th</sup> April 2009.

First of all, the present study deals with cross-border investigations in the field of *horizontal cooperation* between two or more States. Any form of vertical cooperation falls outside the scope of this study. It is well-known that horizontal cooperation shows very different forms of transnational inquiries and various models have been drawn by different scholars.<sup>3</sup> Although some traditional differences tend to blur in the context of recent legislative initiatives, the present paper moves from the distinction of two systems of cross-border investigations, depending on whether investigations are carried out by foreign authorities in response to a request for judicial assistance or domestic authorities allow foreign authorities to carry out investigations on their own territory. Within the scope of the present paper, the former system will be referred to as “*judicial assistance*,” whilst the latter as “*extraterritorial investigations*.” This distinction does not coincide with the usual distinction between the *request model*, typical of mutual legal assistance, and the *order model*, typical of mutual recognition model.<sup>4</sup> On the one hand, also mutual recognition-based instruments aim, in a great part, to obtain an investigative activity being carried out overseas and therefore to obtain judicial assistance from abroad.<sup>5</sup> The only difference is that here assistance is not asked but ordered to foreign authorities. On the other hand, notwithstanding new instruments inspired by the mutual recognition logic, such as the proposed European Investigation Order (hereinafter EIO), have incorporated some forms of extraterritorial investigations (controlled deliveries, covert investigations), these remain in great part linked to the classic request model.<sup>6</sup> Following this approach, I will focus in this paper only on transnational inquiries in a wide sense, reconstructing the development of the *system* of judicial assistance through the analysis of the two main *models* of conducting investigations abroad, i.e., Mutual Legal Assistance (hereinafter MLA) and Mutual Recognition (hereinafter MR).

Against this background, the expression “measures of coercion,” albeit deeply rooted in most legal systems, has very different meanings and, above all, relates to procedural means having very different scopes of application. This applies to the European scenario, where, despite its increasing use in EU legislation, it still remains one of the most undefined notions. The present analysis requires therefore a research notion of “coercion,” which will be adapted to the different modes of cross-border

3 Cf., among others, A. van Hoek/M. Luchtman /2006/: The European Convention on Human Rights and transnational cooperation in criminal matters, -in: van Hoek et al. (eds), *Multilevel Governance in Enforcement and Adjudication*, p. 62; A. Klip /2012/: *European Criminal Law*, 2nd edition, Intertentia, Antwerp-Oxford, pp. 342 ff.

4 See A. Klip /2012/, *ibid.*, pp. 342 ff.

5 This is explicitly laid down in many MR instruments. For instance, the FD OFPE includes among the grounds for refusal the risk of infringement of the *ne bis in idem* principle arising from the *judicial assistance* rendered through the treatment of the frozen property [Art. 7(1)(c)]. Similarly, in the FD EEW the execution of the evidence warrant is aimed at providing *assistance* to the issuing Member State [Art. 11(2)]. Also the PD EIO shares this approach by laid down, for instance, that in case of impossibility of finding an investigative measure other than that provided for in the EIO, the executing authority will have to notify the issuing authority that it has not been possible to provide the “*assistance requested*” [Art. 9(3) PD EIO c.v.].

6 See Article 27a PD EIO, according to which an EIO may be issued with the purpose of *requesting* foreign authorities to assist the issuing State in conducting covert investigations.

investigations under examination in this study. Furthermore, in the framework of this research, the expression “compulsory measures” will be considered as synonym of that of “coercive measures,”<sup>7</sup> since both share the common feature that they presuppose the use of coercion. However, it is noteworthy that the system of judicial assistance has progressively incorporated investigative means that are not perceived by the affected individuals as coercive (e.g., interception of communications, covert investigations). The increasing use of such measures, which is the result of the adjustment of criminal inquiries to the development of science and technology, has led the criminal law science to adopting, instead of the concept of “measures of coercion,” the notion of “means affecting fundamental rights” (*Grundrechtseingriffe*).<sup>8</sup> This terminological choice reflects, *inter alia*, the need to cover a wider range of investigative means than that limited to the measures entailing no use of coercion, as well as the need to cover those investigative powers implying coercion only for their practical implementation.<sup>9</sup> I will conduct my analysis starting from the doctrine of *Grundrechtseingriffe* with the purpose of ascertaining the need to extend the theoretical basis of fundamental rights’ protection.

### 3. JUDICIAL ASSISTANCE AND INVESTIGATIVE MEANS IMPINGING ON FUNDAMENTAL RIGHTS

#### 3.1. *The development of the MLA-based system*

##### 3.1.1. *The MLA-based system*

In this Section, I will examine the development occurred in the system of judicial assistance based on the MLA principle in the way of dealing with investigative means affecting fundamental rights. For the sake of clarity, I will distinguish three phases. I will show that the last one already anticipated some of the typical features of the models based on the logic of mutual recognition.

A) The traditional system of letters rogatory. The traditional MLA system did not address the issue of coercive means in general terms. The European Convention on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters (hereinafter ECMACM), which has for many decades constituted the main multilateral instrument in Europe, contained no general clause specifically aimed at regulating the use of coercive means in the context

7 Significantly, the former expression – contained, as we will see below, in the UN MTMACM – appears in some linguistic versions in the same terms of coercive measures. For instance, the German version relates to “*Zwangmaßnahmen*”, whilst other linguistic versions (e.g., the Spanish one) refer to different and wide concepts, such as “*medidas de cumplimiento obligatorio*.”

8 Cf., among others, K. Amelung /1976/: *Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe*, Duncker & Humblot, Berlin.

9 On the latter phenomenon, and on the problems concerned with the so-called *Annexkompetenz*, see in the German literature, among others, H.-H. Kühne /2010/: *Strafprozessrecht. Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts*, C.F. Müller, Heidelberg, pp. 248 ff.

of legal assistance. Since *lex loci* applied, as a rule, to *any* letters rogatory [Art. 3(1)], the protection of the rights of the individuals involved in the proceedings in the home State was entirely left to the standards laid down in the host State and this rendered the participation of the defence of private parties, already allowed by Article 4 EC-MACM, a purely formal guarantee. To compensate somewhat the rigid application of the *locus regit actum* rule, the case-law of many countries has elaborated general clauses of consistency with their own legal orders, such as the compatibility with the *Rechtsstaatsprinzip* in Germany<sup>10</sup> and the consistency with the fundamental rights of the domestic legal system in Italy.<sup>11</sup> However, the experience of some of these countries shows that these clauses have been interpreted very widely and have not succeeded in limiting the use at trial of evidence gathered overseas in ways rarely compatible with the domestic rules of the home State.<sup>12</sup>

Since the 50s, however, special regulations have been laid down in respect of sensitive investigative measures with the purpose of enhancing the protection of both the national sovereignty and individual rights. The main example offered by EC-MACM related to search and seizure of property: the EC-MACM allowed for the requested State to make its assistance dependent on the respect of the dual criminality requirement [Art. 5(1)(a)], although this did not constitute a general requirement of letters rogatory. This phase was thus characterised by a classic notion of *Grundrechtseingriffe* as measures restricting, by means of coercion, certain fundamental rights (e.g., property).

B) The intermediate phase of MLA. This phase was characterised by radical changes in the way MLA is provided. The main change was the introduction of a new way of providing assistance to foreign authorities, in that the requesting State was allowed to require the fulfilment of specific formalities of its own law. This reform coincided chronologically with the introduction, within the Schengen area, of the possibility of direct contacts between the domestic judicial authorities while sending and receiving requests for assistance [Art. 53(1) CISA].

This combination of *lex loci* and *lex fori*, already experimented in some bilateral agreements in the 80s,<sup>13</sup> was laid down, in general terms, by the United Nations Model Treaty on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters (hereinafter UN MTMACM), which made it dependent on the demanding condition of consistency with the law and practice of the host country (Art. 6). This allowed an unprecedented integration *in concreto* of procedural laws to take place, an approach that gave new significance to old mechanisms but raised new legal problems

10 BGH 11 November 1982 – 1 StR 489/81 = NStZ 1983, 181.

11 See, among others, Court of Cassation, 8 March 2002, Pozzi, in *CED Cass.* 222025.

12 See, in relation to Italy, F. Caprioli /2012/: Report on Italy, -in: S. Ruggeri (ed), *Transnational inquiries and the protection of fundamental rights in criminal proceedings*. A study in memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina, Springer, Heidelberg (forthcoming), § 3.

13 See M. R. Marchetti /2011/: Dalla Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale dell'Unione europea al mandato europeo di ricerca delle prove e all'ordine europeo di indagine penale, -in: T. Rafaraci (ed), *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milano, pp. 137.

for both the cooperating authorities. In particular, as the requested authority was required to apply foreign law, it is no doubt that the possibility for officials and private parties of the relevant proceedings to be present in the execution of letters rogatory gained an important role by helping the requested authority to carry out such a difficult task.<sup>14</sup> However, the complete realisation of this procedural integration presupposed an additional condition to those traditionally required, i.e., the knowledge of foreign law by each of the cooperating authorities. This required an additional effort by both of them: the requesting authority had to learn the law and practice in the choice of the formalities to be followed in the gathering of evidence overseas, whilst the requested authority had to learn *lex loci* to apply them properly. This marked a huge cultural change in the field of judicial assistance. The traditional MLA system, due to the strict application of *lex loci*, allowed both authorities to ignore foreign law and it is no surprise that even those countries that continue relying on that system renounce to control whether *lex loci* has been fulfilled, thus acknowledging a presumption of compliance with *lex loci*.<sup>15</sup>

This cultural reform was accompanied by general clauses concerned with coercive measures showing up in international texts. This phase did not lead to a substantial change in the way of conceiving coercive means as investigative measures implying the use of coercion. However, it is noteworthy that the UN MTMACM included the consistency with law and practice of the host country among the grounds for refusal of judicial assistance requested with the aim of carrying out “compulsory measures” [Art. 4(1)(e)]. Consequently, only those coercive measures that would have been admissible in a similar domestic case in the host country could be executed. This ensured the individuals restricted through coercive means the same standards of protection laid down by *lex loci*, a guarantee that did not of course rule out that a *higher* level of protection could be achieved through the formalities of *lex fori* required by the requesting authority in light of the principle of the most favoured treatment.<sup>16</sup> In the same years, outside Europe, the Inter-American Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters (hereinafter IACMACM) drew special attention to the protection of the rights of third parties under *lex loci* in regard to sensitive investigative means [Art. 13(2)].

14 Significantly, outside Europe, the IACMACM strengthened this possibility allowing officials and private parties of the home State not only to be present but furthermore to take part in the execution of letters rogatory (Art. 16).

15 See, in Spain, Supreme Tribunal, judgement of 5 May 2003 (ROJ 3023/2003). On this topic cf. F. Gascón Inchausti /2012/: Report on Spain, -in: S. Ruggeri (ed), *Transnational inquiries and the protection of fundamental rights in criminal proceedings*. A study in memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina, Springer, Heidelberg (forthcoming), § 3.1.2.

16 Criticism against the application of the clause of the most favoured treatment of the individual in transnational procedures has been raised by M. Böse /2002/: Die Verwertung im Ausland gewonnener Beweismittel im deutschen Strafverfahren, *ZStW* 114, pp. 152 ff.; M. Böse /2003/: Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung in der transnationalen Strafrechtspflege der EU – Die “Verkehrsfähigkeit” strafgerichtlicher Entscheidungen, -in: C. Momsen, R. Bloy, P. Rackow (eds), *Fragmentarisches Strafrecht*. Beiträge zum Strafrecht, Strafprozeßrecht und zur Strafrechtsvergleichung. Für Manfred Maiwald aus Anlaß seiner Emeritierung, Verfaßt von seinen Schülern, Mitarbeitern und Freunden, 1<sup>st</sup> edn. Peter Lang, Frankfurt a.M., pp. 238 ff.



C) The improved MLA. The third phase of MLA inherited methodologically, in line with the suggestions of a great part of the criminal law literature,<sup>17</sup> the combination of *lex loci* and *lex fori*. The analysis of the Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters between the Member States of the European Union (hereinafter EUCMACM) and the Second Additional Protocol to European Convention on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters (hereinafter SAP ECMLACM) shows, however, that this approach was adopted with the remarkable difference that the formalities and procedures of *lex fori* must be consistent not with the entire legal order of the host country but only with its fundamental principles.<sup>18</sup> This mechanism obliged the domestic authorities of the host State to comply with procedural forms that can be fully unfamiliar and rarely compatible with its own legal system, provided they do not infringe the fundamental principles thereof. This created, while jeopardizing the procedural integration of the laws of the cooperating authorities, a tangled web for the requested authority whose only exit was through the ascertainment of infringement of the fundamental principles of its own legal order.<sup>19</sup>

But what raised even more concerns was that the application of the procedural rules of foreign law could encroach on the fundamental rights sphere.<sup>20</sup> From a human rights perspective, one of the most significant changes occurred in this third phase was the disappearance of general clauses concerned with the use of coercive means. However, this phase of MLA launched a new approach in the conception of coercive means. On the one hand, the combination of *lex loci* and *lex fori* was deemed as insufficient in relation to new investigative means, which can, albeit not necessarily, impinge on the sphere of fundamental rights. This led to establishing further rules that must apply regardless of what has been requested in the concrete case. One of the most significant examples is the hearing by videoconference at least for two reasons: a) no matter what the requesting State has required, the person to be heard must be assisted by an interpreter, if necessary, at his or her request,<sup>21</sup> b) the person to be heard may claim the right not to testify which would accrue to him or her – in light of the most favoured treatment – under the law of either the host or the home country.<sup>22</sup> On the other hand, the EUCMACM introduced for the first time a specific regulation on cross-border wiretapping aimed at intercepting

17 See, among others, J. Vogel /1998/: Tagungsbericht: Internationale Kooperation in Strafsachen, ZStW 110, p. 977; D. Spinellis /1999/: Securing Evidence Abroad: A European Perspective, -in: M.C. Bassiouni (ed), *International Criminal Law. Procedural Enforcement Mechanisms*, 2<sup>nd</sup> edn. Transnational Publishers, Ardsley New York, p. 372; W. Perron /2000/: Auf dem Weg zu einem europäischen Ermittlungsverfahren?, ZStW 112, pp. 207 f.

18 See respectively Art. 4 EUCMACM and Art. 8 SAP ECMLACM.

19 In this sense see, more in detail, S. Ruggeri /2012/: Transnational inquiries and the protection of fundamental rights in comparative law. Models of gathering overseas evidence in criminal matters, -in: S. Ruggeri (ed), *Transnational inquiries and the protection of fundamental rights in criminal proceedings. A study in memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina*, Springer, Heidelberg (forthcoming), § 3.1.2.

20 See S. Gleß /2008/: Beweisverbote in Fällen mit Auslandsbezug, *Juristische Rundschau*, p. 619.

21 See respectively Art. 10(5)(d) EUCMACM and 9(5)(d) SAP ECMLACM.

22 See respectively Art. 10(5)(e) EUCMACM and 9(5)(e) SAP ECMLACM. On this case see S. Gleß /2006/: *Beweisrechtsgrundsätze einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung*, Nomos, Baden-Baden, pp. 117 f.

the telecommunications of individuals present either in the requesting or in the requested and even in a third State [Art. 18(2)]. However, this regulation – closely tied to *lex fori* [Art. 18(1)], regardless of the territory in which the person to be wiretapped – did not contain any rule aimed at ensuring a proper balance between colliding interests and values with the purpose of achieving a fair procedure of obtaining evidence at transnational level.<sup>23</sup>

### 3.1.2. Interim result

The analysis of the development of the system of judicial assistance by foreign authorities based on the MLA system has shown significant changes in the way of dealing with measures of coercion, which can synthetically be underlined as follows:

- The transition from the first to the second phase of MLA, although the conception of coercive means in terms of investigative measures entailing the use of coercion remained unchanged, led to a significant enhancement of the human rights protection. Thus, the possibility for the requested authority to reserve the right to make the execution of specific coercive measures (search and seizure) dependent on conditions, such as the respect for dual criminality and the consistency with the law of the requested state, became a general rule allowing the requested state to refuse any compulsory measure inconsistent not only with the law but also with the practice of its own country in a similar national case. Besides, the introduction of the obligation for the requested State to fulfil specific formalities requested by the home State, albeit aimed at reducing the risk of inadmissibility at trial of overseas evidence, produced the positive result of allowing the requirements of *lex fori* on the use of coercion to be respected in the host country.
- The third phase of MLA provided, following the development of science and technology, a specific regulation for new investigative measures relevant, albeit to different extent, to the sphere of fundamental rights (e.g., interception of telecommunications), measures that remarkably changed the traditional way of viewing coercive measures. On the other hand, two quite opposite novelties have had a strong impact on the way of dealing with coercive means: 1) the disappearance of general clauses allowing the requested State to refuse the adoption of coercive measures incompatible with its own law and b) the introduction of a new general rule on execution of investigations abroad requiring the requested authority to combine *lex loci* with the specific requirements of *lex fori* set by the requesting authority provided they are not contrary to the fundamental principles of its own law. The combination of these two novelties significantly impinged both on individual rights and the national sovereignty of the host country by reducing the discretion of the requested authority while receiving not only requests for assistance aimed at obtaining coercive means but also requests for compliance with coercive methods allowed by *lex fori*.

23 In this sense S. Gleß /2006/, *ibid.*, pp. 118 f.



## 3.2. The MR-based system

### 3.2.1. The development of the MR-based system

In the following sub-paragraph I will analyse how the system of judicial assistance based on the MR model has dealt with the issue of coercive measures. The purpose of this analysis is to show the development occurred in this problem area also in the context of mutual recognition, which appears today in very different terms than in the first years of the last decade. Also here, I will distinguish three phases, although the conclusions concerned with the last one, while focusing on a legislative proposal, are inevitably provisional.

A) The first phase of MR. A close look into the Framework Decision on the Execution in the EU of Orders Freezing Property or Evidence (hereinafter FD OFPE) shows that the first legislative phase was characterised by a strict application of the principle of MR. The executing authority was required to recognize and proceed to the *immediate* execution of the freezing, unless grounds for refusal or postponement existed [Art. 5(1)]. Moreover, these were drastically reduced, which led to the disappearance of some of the classic sovereignty-based clauses (*e.g.*, the prejudice of essential national security interests), and some of the remaining grounds for refusal were construed in such a way that they constituted a dangerous backward step in the human rights protection.<sup>24</sup>

As to the modes of securing evidence, the FD OFPE inherited from the last phase of MLA the combination of *lex loci* and *lex fori* with the same limit of consistency with the fundamental principles of the legal order of the host country being reproduced. Nevertheless, the integration with foreign law was remarkably reduced: the possibility for the issuing authority to require the fulfilment of procedural forms of its own law was allowed only to the extent necessary to ensure the validity of evidence in the relevant proceedings [Art. 5(2)]. Furthermore, the improved MLA, the first legislative phase of MR contained no general clause regarding the use of coercive means. The reason for this approach is self-evident in the FD OFPE, since the freezing order directly restricts the right to property. This explains why *additional* coercive measures, rendered necessary for the execution of the freezing order, can be taken and it is noteworthy that the applicable law in this case is the sole *lex loci* [Art. 5(2)]. Certainly, the tendency to return to *lex loci*, confirmed also by the reduction of the combination with *lex fori* to a strict minimum, was the result of the most rigorous application in this first legislative phase of the MR principle, which was rooted on a forced trust in the law of other Member States. One of the most significant consequences of this approach was the failure to provide, unlike the MLA instruments, for any form of joint participation of officials and mostly private parties in the execution of the freezing procedure, which constituted another significant backward step both in the protection of national sovereignty and individual rights.

B) The intermediate phase of MR. The analysis of the Framework Decision on the European Evidence Warrant (hereinafter FD EEW) shows a significant development of the MR logic. The rigorous order model was remarkably smoothed through the

24 For instance, the infringement of the *ne bis in idem* rule became a facultative ground for refusal [Art. 7(1)(c) FD OFPE].

re-introduction of some of the classic sovereignty-based clauses (*e.g.*, the prejudice of essential national security interests) and, in general terms, thought the re-expansion of the list of the grounds for refusal. This led also to the introduction of a validation procedure aimed at strengthening the basic guarantee of jurisdictionality provided for in many Member States in the field of measures impinging on the sphere of fundamental rights [Art. 11(4) and (5)].

More generally, the FD EEW has drawn particular attention to the issue of *Grundrechtseingriffe* through the introduction of a general clause leaving, as a rule,<sup>25</sup> to the executing authority the full responsibility of choosing whether and which coercive means can be used in the execution of the evidence warrant [Art. 11(2)]. This clause was flanked by a further provision, according to which the fulfilment of the formalities and procedures of *lex fori* in the execution of the evidence warrant could not create any obligation for the executing State to use coercive measures.<sup>26</sup> This provision – while offering an unprecedented solution, both in the MLA and MR systems, to the use of *lex fori* – raises some interpretative doubts due to the fact that Article 11(2) already bans the imposition of coercive means. Thus, since the aim of the provision is to avoid that the procedural requirements of *lex fori* lead to a coercive result, its scope of application should relate to the risk of applying non-coercive measures through coercive methods (*e.g.*, narcoanalysis).<sup>27</sup> This double protective shield against the imposition of coercion upon the executing State explains why the tests of proportionality, necessity and availability under Article 7 have been left *only* to the issuing authority.<sup>28</sup> As a consequence, even the choice of the least intrusive means to obtain documents, objects and data by the executing authority<sup>29</sup> presupposes that the same authority deemed the use of intrusive means as necessary.

C) New perspectives for the horizontal cooperation based on the MR principle. The analysis of the Proposal for a Directive on a European Investigation Order (hereinafter PD EIO) cannot but lead to provisional conclusions yet. A careful comparison of the original text of 2010 with the draft proposal on which a general agreement was

25 The only exception relates to the use of measures, including search and seizure, in case of the offences listed under Article 14(2), to which the dual criminality requirement does not apply [Art. 11(3) (ii)]. This provision raises many human rights concerns. What is the nature of the measures that must be (always) available in case of those offences? If *any* measure, even of coercive nature, must be available, what is the relationship between the type of the offence (and the severity of its punishment) and the duty to fulfil an evidence order imposing upon the use of coercion? The consequence of this approach is that the issuing authority, while determining the threshold of punishment of the offence under prosecution within the list of Article 14(2), establishes also the necessity of using a means of coercion in the concrete case. This result proves unsatisfactory taking also into account that also the FD EEW has failed to provide for any possibility of joint participation in the execution of the evidence warrant in the host country.

26 The proposal of 2003 provided for some fundamental procedural guarantees to be followed in order to ensure full respect especially for the subsidiarity and the *nemo tenetur* principles [Art. 12(1) (a) and (c) PFD EEW, COM(2003) 688 final]. See S. Gleß /2011/: Europäische Beweisordnung, -in: U. Sieber, F.H. Brüner, H. Satzger, B. von Heintschell-Heinegg (eds), *Europäisches Strafrecht*, Nomos, Baden-Baden, p. 606.

27 S. Ruggeri /2012/, *op.cit.*, § 3.2.2.

28 Instead, this provision raises further human rights problems in the case of Article 11(3)(ii).

29 See point 10 of the *Consideranda*.

reach in the Council in December 2011<sup>30</sup> reveals significant changes being occurred, but does not make it easy to understand fully the new perspectives opened up in the field of horizontal cooperation by this legislative proposal.

The main purpose of the PD EIO was to present a new way of providing mutual recognition, through combining the traditional mutual recognition logic with the flexibility of the traditional MLA system. At least for two reasons, however, the original proposal was not fully consistent with this approach. On the one hand, the original draft revealed a drastic reduction of the grounds for refusal, which significantly restricted the margins of discretion of the executing authority while dangerously affecting both national sovereignty and the human rights sphere.<sup>31</sup> On the other hand, the PD EIO proposed the innovative solution of focusing on the investigative measure to be taken rather than on the evidential result to be achieved.<sup>32</sup> Thus, unlike any previous legislative instrument, the PD EIO left the choice of the investigative measure exclusively to the issuing authority [Art. 1(1)]. To be sure, as noted above, the original draft proposal had already enabled the executing authority to choose, under specific conditions, a different measure than that requested (Art. 9). In this case, however, the issuing authority was only empowered to withdraw the order, which offloaded onto this authority the responsibility to choose whether to renounce the evidential result useful to its inquiry or accept an investigative activity even incompatible with the requirements of its own law being carried out. This happens because, as we will see below, in the cases laid down in Article 9 PD EIO the cooperating authorities are not required to interact as to the choice of the most appropriate investigative measure. All this rendered, in sum, the transnational procedure more rigid, and not more flexible, than in the traditional MLA.

As noted above, however, many changes have occurred from the original proposal, whose contents have been integrated and considerably enriched during the examinations in the Council. I will focus on two issues, which in my view gain particular significance from the perspective of this study: a) the increasing rise of the grounds for refusal and b) the inclusion of the availability model into the goals of the new instrument. These two partially overlapping<sup>33</sup> points deserve careful examination.

To start with, the last text of the draft proposal not only adds new grounds for refusal, re-introducing clauses belonging to most MR instruments (*e.g.*, the principle of *ne bis in idem*), but furthermore provides a two-level list of grounds for refusal. Thus, in addition to the grounds for refusal applicable to any investigative measure pursuant to Article 10(1), the execution of some investigative measures abroad presupposes two further requirements being fulfilled, *i.e.*, dual criminality and the respect for

30 See respectively Interinstitutional File 2010/0817 (COD), COPEN 115 EJM 12 CODEC 363 EUROJUST 47 and doc. 18918/11, COPEN 369 EJM 185 CODEC 2509 EUROJUST 217. In the present analysis I will relate to the two texts, respectively, as to “PD EIO o.v.” and “PD EIO c.v.”

31 S. Peers /2010/: *The proposed European Investigation Order. Assault on human rights and national sovereignty*, pp. 1 ff. Surprisingly, the original draft proposal reproduced instead a typical sovereignist ground for refusal, *i.e.*, the prejudice to essential national security interests [Art. 10(1)(b) PD EIO o.v.].

32 Point 10 of the *Consideranda*.

33 Indeed, the issue of an EIO with the aim of obtaining evidence already in possession of the executing authority appears among the first list of the grounds for refusal [Art. 10(1a)(c) PD EIO c.v.].

specific limitations to the adoption of the ordered measure in the executing country, limitations concerned with specific categories or lists of offences and thresholds of punishment [Article 10(1b)]. The importance of this approach in the context of this analysis lies with the fact that the distinction between the two levels have been drawn on the basis of the coerciveness of the measures.<sup>34</sup> This confirms that, unlike the FD EEW, the PD EIO allows both the adoption of coercive means overseas and the execution of non-coercive measures following coercive forms or methods.

However, the expression laid down in Article 10(1b) (measures “other than those” referred to in paragraph 1a) can lead to confusion and contradictory interpretations of this legal construction. To be sure, the only provision explicitly relating to “coercive means” in the context of Article 10 is laid down in paragraph 1(f), which states that assistance can be refused where the EIO was issued for obtaining a coercive measure in respect of an act allegedly committed outside the home state and wholly or partially in the territory of the host state, but this act does not constitute a criminal offence under *lex loci*. Instead, paragraph 1a contains a generic reference to “any non-coercive investigative measure” (lit. b). But what is meant by non-coercive measures? There is no doubt that the measures under paragraph 1b are of coercive nature and this justifies the compliance with further requirements. This applies especially to the dual criminality requirement, since it is certainly “inconsistent that a State might be obliged to restrict the fundamental rights of its own citizens in its own territory to investigate an act that is not punishable under its own laws.”<sup>35</sup> The main problem relates, however, to the other measures mentioned in paragraph 1a. How should they be considered? Their autonomous position in the context of paragraph 1a might lead to concluding that their execution can entail the use of coercion, otherwise they would fall into the field of application of paragraph 1a(b), which contain a comprehensive clause relating to *any* non-coercive measure. This interpretation raises, however, further doubts as to the meaning of paragraph 1b: what should be meant by measures other than both non-coercive and coercive measures?

An alternative interpretation could be to deem all the measures provide for by paragraph 1a as always non-coercive, as the reference to hearings of victims, suspects and third parties (letter a) would bring to believe. Such an interpretation, apart from the aforementioned incongruence in respect of lit. b, would, however, run counter to the clear nature of search and seizure, which cannot of course change for the simple fact that in the home state the proceedings were initiated for an offence belonging to the list of thirty-two offences for which dual criminality is not required. Moreover, given that the measures are subject only to the grounds for refusal laid down in paragraph 1, how could the provision under paragraph 1a(f) apply to non-coercive measures where the territoriality exception presupposes the use of coercive means?

Also this interpretation cannot, therefore, be shared, since some of the measures listed in paragraph 1a may entail the use of coercion. Such a conclusion certainly applies

34 See doc. 10749/11 REV 2, COPEN 130 EJM 70 CODEC 914 EUROJUST 85, p. 3.

35 L. Bachmaier Winter /2010/: European investigation order for obtaining evidence in the criminal proceedings. Study of the proposal of a European directive, *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik*, p. 585.

firstly to search and seizure, which raises further human rights concerns. Why should these measures not be subject to the dual criminality requirement within the area of the thirty-two offences of Annex X, following the approach of the FD EEW? Certainly the waiver of dual criminality plays a very different role where the execution of the judicial order contributes to strengthening the right to freedom through the adoption of alternatives to remand detention<sup>36</sup> and in the cases in which the judicial order is aimed to carry out in the executing state a measure that impinge on the fundamental rights of the parties.<sup>37</sup>

On the other hand, the analysis of the FD EEW has shown that coercion can be used as a mean of carrying out even non-coercive measures. This applies to the hearings of Article 10(1a)(a), insofar as in some criminal justice systems such hearings may be conducted coercively or through investigative means that are forbidden in some Member States (e.g., lie detection). But also here, why should victims or witnesses be obliged to submit to an interview, with the additional risk of exposing themselves to criminal liability for an act that does not constitute an offence in that State or an act that anyway does not authorize the use of the requested measure?

Against this background, special attention must be paid to the case in which the EIO aims at obtaining evidence already in possession of the executing authority, a case that has been incorporated into the PD EIO during the examinations in the Council and appears today among the main goals of the new instrument [Art. 1(1)]. This mode of obtaining evidence, which aims at the real movement of evidence since the investigative activities were conducted in the host country prior to the issue of the EIO, has become increasingly widespread in countries still strongly based on the traditional MLA system such as Italy,<sup>38</sup> proving very problematic from a human rights perspective.<sup>39</sup> From the viewpoint of this analysis, the inclusion of this case into the basic list of grounds for refusal reveals that it has been dealt with in the same terms of non-coercive measure. This systematic choice is highly questionable taking into account that case-law often uses exchange of information to obtain the evidential results of coercive activities, if not even to achieve the collection of evidence by coercive means (e.g., wiretaps) bypassing the classic MLA instruments.<sup>40</sup> Therefore, the non-application of both the requirements of paragraph 1b cannot be shared.

### 3.2.2. *Interim result*

The analysis of the development of the model of judicial assistance by foreign authorities based on the MR system has shows a parabolic trend in the way of dealing with the human rights protection concerned with the use of investigative measures of coercion, leading thus to the following findings:

36 See the Framework Decision 2009/829/JHA on the application of the mutual recognition principle to supervision measures as an alternative to provisional detention.

37 In this sense S. Ruggeri /2012/, *op.cit.* § 323.

38 See F. Caprioli /2012/, *op.cit.* § 3.

39 Cf. S. Ruggeri /2012/(b), *op. cit.* § 3.3.

40 On this use of such mode of obtaining evidence from abroad see, with regard to Italy, F. Caprioli /2012/: *op. cit.*, § 3.

- The first phase, albeit aimed not at collecting but at securing evidence,<sup>41</sup> inherited from the last phase of MLA the obligation for the executing State to comply with requests for assistance implying the use of coercive means. As to the modes of executing such measures, however, the risks arising from the duty of fulfilling with requirements of foreign law was reduced to what was strictly necessary to ensure the validity of evidence in the relevant proceedings.
- Compared with this phase, the second one was marked by a greater attention for the issue of coercive means. The FD EEW, albeit not reproducing many of the relevant proposals of 2003, left to the executing authority the full responsibility of choosing whether and which coercive means can be used in the execution of the evidence warrant. Moreover, although the requirement of necessity while complying the formalities set by foreign authorities was dropped, the executing authority was left free to decide whether to follow coercive procedures.
- The third phase has remarkably decreased the protection of individual rights against coercive means. The PD EIO has, until now, reproduced none of the general limitations set by the FD EEW on the use of coercion, which is allowed in general terms. Moreover, the distinction between the grounds for refusal set by Article 10 does not enable to understand clearly what is meant by coercive means in the framework of this legislative initiative, while allowing even results achieved through coercive means to be obtained without the respect for fundamental requirements, such as dual criminality.

#### 4. MULTICULTURALISM AND HUMAN RIGHTS PROTECTION

The analysis of these models raises questions of great importance from the perspective of the present research. Doubtless, multilingualism does not solely relate to the use of different linguistic codes but also, in a deeper sense, to the different theoretical background of common concepts already rooted in the cultural heritage of the procedural law of the Member States. This conclusion applies to the notion of “coercive measures,” as a comparative analysis at domestic level would clearly show. The aforementioned observations raise the question of what should be meant by “coercion” at EU level. We have seen that the expression “coercive means” has for many years belonged to EU legislation, without its meaning being sufficiently clarified until now. Moreover, a comparative analysis of the last phase of both the MLA and MR system confirms the outdatedness of the concept of “coercion,” which no longer constitutes an appropriate referring point for EU legislation. As noted above, the notion of *Grundrechtseingriffe* certainly proves more appropriate for investigative measures, covered also by the PD EIO, that are not perceived by the concerned individuals in terms of coercion (e.g., interception of telecommunications, covert

---

41 F. Gascón Inchausti /2007/: *El decomiso transfronterizo de bienes*, Colex, Madrid, pp. 137 f.



investigations). In general terms, this legal concept offers a better theoretical basis to new investigative means emerged following the development of science and technology. A further merit of this legal concept is that it focuses on the impact on the fundamental rights sphere, thus revealing both the constitutional<sup>42</sup> and supranational justification thereof, much clearly than what the notion of coercive means does.

Despite these uncontested merits, however, the concept of *Grundrechtseingriffe* relates only to interventions *affecting*, in terms of restriction or deprivation, individual rights, no matter whether or not by means of coercion. Thus, it does not cover those investigative activities or means (e.g., such hearings by videoconference), which, albeit not restricting individual freedoms, involve anyway the protection of specific fundamental rights (e.g., the right to silence). To be sure, these investigative activities interfere with the sphere of fundamental rights in another way, in that the conduction of such measures presupposes the fulfilment of specific requirements for preserving the respect for basic guarantees (the right to an interpreter or translator, the right to a defence, etc.). In respect of these measures I will use the notion of investigative measures relevant to fundamental rights, thus using a legal concept deeply rooted in the German criminal law doctrine (*grundrechtsrelevante Ermittlungsmaßnahmen*),<sup>43</sup> albeit widely used as synonym of *Grundrechtseingriffe*. However, in light of these observations I prefer to distinguish between investigative measures *affecting* and investigative means *relevant* to fundamental rights. The common feature of both measures is their potentiality to impinge on the sphere of fundamental rights. Besides, both of them are referential notions, which requires the ascertainment of what system of human rights protection is at stake. Since transnational procedures involve, at horizontal level, at least two procedural and constitutional systems, the first interaction consequently involve two or more domestic systems of protection of fundamental rights. In this light, therefore, multilingualism poses new challenges of multiculturalism.

A significant enhancement of the perspectives of the two domestic legal orders involved in the judicial cooperation has been achieved through the introduction of a general test of necessity and proportionality in the second phase of MR.<sup>44</sup> The reproduction of this requirement by the PD EIO during the Council examinations [Art. 5a(1)(a) PD EIO c.v.], taking into account the wide range of measures which can be carried out through the new instrument, is thus to be welcomed. Unlike the FD EEW, however, it is worth observing that the PD EIO does not require this test to be conducted *only* by the issuing authority. This omission is in line with the strengthening in the current proposal of the admissibility powers of the executing authority while ascertaining the recognition of the requested measure. As noted

42 This merit of the notion of *Grundrechtseingriff* had already been underlined in the 80s by K. Amelung /1987/: Zur dogmatischen Einordnung strafprozessualer Grundrechtseingriffe, *Juristenzeitung*, pp. 738 ff. In the same sense H.H. Kühne /2010/, *op. cit.*, p. 248.

43 See, among others, W. Beulke /2010/: *Strafprozessrecht*, 11th edn. C.F. Müller, Heidelberg, p. 67.

44 On this topic see recently L. Bachmaier Winter /2012/: The role of the proportionality principle in cross-border investigations involving fundamental rights, -in: S. Ruggeri (ed), *Transnational inquiries and the protection of fundamental rights in criminal proceedings*. A study in memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina, Springer, Heidelberg (forthcoming).

above, the original proposal had already enabled the executing authority to use a different measure where, *inter alia*, the same evidential result can be achieved by less intrusive means [Art. 9(1)(c) PD EIO o.v.]. This mechanism, while not necessarily sufficing to reach a proper balancing from a human rights perspective,<sup>45</sup> confirmed the potentiality of the new proposed instrument to impinge on fundamental freedoms. The current text of the draft proposal, while confirming the possibility to choose another measure, requires two further conditions to be assessed by the executing authority: a) the availability of the requested measure in a similar national case under *lex loci* and b) the respect for the limits concerned with lists or categories of offences and punishment thresholds as established under *lex loci*. These tests can lead to different results, i.e., respectively the use of another measure [Art. 9(1)(b) and (1a) PD EIO c.v.] and the refusal of assistance [Art. 10(1b)(b) PD EIO c.v.]. It is worth observing that all the three requirements – minor intrusiveness, availability and respect for the limits imposed by domestic law – share the common aim of avoiding negative repercussions on the sphere of proportionality from the perspective of the law of the country where the investigative measure has to be carried out, since the execution of a measure outside the conditions, limits, etc. of *lex loci* would clearly result in being disproportionate. Against the background of the whole transnational procedure, this approach shows the awareness of the need to enhance the respect for the procedural requirements of *lex loci* with the purpose of a higher protection of fundamental rights.

Instead, what is still lacking in EU legislation is a virtuous *interaction* of the domestic systems of human rights protection, which are involved in the transnational procedure. This conclusion applies also to the PD EIO. A first example of this conclusion relates, as noted above, to the case of choice of a different measure than that requested due to the failure to require a new test of proportionality, necessity and availability by the issuing authority of the different measure chosen by the executing authority.<sup>46</sup> However, the most controversial context lacking a complete interaction between domestic laws is the execution of the requested measure. This is a common shortcoming of the last phase of MLA and all the phases of MR. In my view, the solution of combining *lex loci* and *lex fori* upon the condition of consistency with the fundamental principles of the host country cannot ensure a proper interaction of the two procedural laws, in that it can seriously alter the balances of interests carried out by the domestic laws. This applies firstly to *lex loci*, due to the obligation for the executing authority to comply with foreign requirements that can be even “unfamiliar”<sup>47</sup> to its own law. Nor does this solution, which clearly aims at fulfilling the needs of *lex fori* with the purpose of facilitating the admissibility at trial of evidence in the

45 This can happen because of the lack of any participation of officials and private parties of the relevant proceedings in the choice of different measure to be adopted. Moreover, in cases of *Grundrechtseingriffe* it would be preferable to adopt a provision such as that proposed by the EU FRA in its Opinion of 14th February 2011 on this legislative proposal, whereby the executing authority should adopt the *least* intrusive measure. See Opinion of the European Union’s Agency for Fundamental Rights on the draft Directive regarding the European Investigation Order, [http://fra.europa.eu/fraWebsite/research/opinions/op-eio\\_en.htm](http://fra.europa.eu/fraWebsite/research/opinions/op-eio_en.htm), p. 12.

46 On this point S. Ruggeri /2012/(a), *op.cit.* § 5.1.2.1.

47 This eventuality was explicitly foreseen by Article 8 SAP ECMACM.



relevant proceedings,<sup>48</sup> ensure a proper application of *lex fori*. Both the FD EEW and the PD EIO have failed to provide for any form of participation of private parties of the relevant proceedings in the execution of the requested measure, a vacuum which does not only impinge on the defence rights but also shows the unawareness of the contribution of the defence to a correct application of its own law.

In a deeper sense, the potentiality of certain investigative means to impinge on the sphere of fundamental rights should require a multilevel interaction in the European context, where EU Member States are in the network of domestic, bilateral, global (UN) and European cooperation in criminal matters.<sup>49</sup> From a human rights perspective, basically two main systems of individual rights protection should interact with each other, i.e., the domestic constitutional systems and the supranational Charters of human rights. From this viewpoint, however, all the existing MR instruments as well as the PD EIO undergo a methodological backwardness, in that they, while fully ignoring the constitutional requirements of evidence of the domestic systems of the cooperating authorities, provide only the traditional clause of non-modification of the obligation to respect the fundamental rights enshrined in Article 6 of the Treaty on the European Union (hereinafter TEU). And although this reference has today a different significance than in the past due to the legal force gained by the Charter of Fundamental Rights of the European Union (hereinafter EU FRCh) through the Lisbon Treaty, the risk of infringement of the fundamental rights enshrined in this Charter through the investigative measure cannot lead to refusing, in general terms, the requested assistance. But what raises even more concerns is the fact that neither in EU legislation nor in this legislative proposal there is any trace of interaction between these two levels.

## 5. PROPOSALS OF RECONSTRUCTION AND CONCLUSIVE REMARKS

In light of the above, the setting of a virtuous transnational procedure aimed at obtaining evidence overseas requires methodologically an inter-level approach, whichever system one adopts, i.e., either mutual recognition or mutual legal assistance. This methodological approach is, in my view, the most proper solution to ensure realisation of the AFSJ as construed in the terms of Article 67(1) TFEU, which can be considered as “common” *insofar as* the adoption of shared standards can also ensure a proper protection of individual rights and national legal cultures.

This approach should encompass:

A) The introduction of sunset clauses aimed at avoiding infringement of fundamental rights (*fundamental rights clauses*). Due to the complex nature of human rights, such clauses should be introduced at different levels and in respect of various stages of the transnational evidential procedure.

48 Compared with the international instruments of the third phase of MLA and the FD OFPE, the PD EIO, like the FD EEW, does not limit the duty of compliance with the formalities of *lex fori* to the sole requirements which are necessary under this law.

49 B. Hecker /2010/: *Europäisches Strafrecht*, 3rd edn., Springer, Heidelberg, pp. 159 ff.

- As to both the admissibility stage and the phase of obtaining evidence, the need for ensuring the widest protection of fundamental rights from the combined perspective of Article 67(1) TFEU, which calls for protection both of the supranational human rights systems and of the national constitutional systems, suggests adopting two different clauses, such as those proposed in the Legislative Resolution of the European Parliament on the proposal for an FD EEW. These clauses should contain: 1) a general ground for refusal where the requested measure would prevent a Member State from applying its *constitutional rules* relating to due process, privacy and the protection of personal data, freedom of association, freedom of the press, etc.; 2) a general ground for refusal where the requested measure would undermine the obligation to respect the fundamental rights enshrined in the *ECHR* and the *EU FRCh*. As to the latter clause, in order to ensure consistency in the protection of fundamental rights, a general duty of referral to the ECJ for a preliminary ruling might be introduced.<sup>50</sup>
- As to the phase of admissibility at trial in the home state, a closure clause should be introduced, following again the proposals of the Legislative Resolution of the European Parliament on the proposal for an FD EEW, to avoid that the use of overseas evidence jeopardize the rights of defence applying to domestic criminal proceedings.

B) Setting up a transnational multilevel procedure. This result should be pursued both at *legislative* and *procedural* level. Such integration could follow two possible schemes.

The first solution consists of combining *lex loci* with specific procedural requirements of *lex fori*, thus aiming at a bilateral horizontal integration. Following this scheme, to achieve the goal of a proper integration of domestic procedures, the requested authority should, like in the second phase of MLA, be obliged to comply only with those procedural forms that are fully consistent with its own law and practice, not with those that do not infringe the fundamental principles of its own law. This approach does not, however, necessarily suffice to ensure full respect for individual rights. The French Code of Criminal Procedure (hereinafter CCP) offers an interesting solution, according to which the formalities of *lex fori* can be complied with provided they do not lower the level of protection of the rights of the parties involved in cross-border activities [Art. 694-3].<sup>51</sup> At any rate, such solutions cannot be adequately realised without the contribution of the defence both to counterbalance the presence of officials of the home state in the investigations overseas and contribute to the correct application of *lex fori* by the authorities of the host country.

A limitation of the first solution derives from its way of rendering *lex fori* compatible with *lex loci*, which is combining specific formalities of the former with the latter. This produces a rather unbalanced relationship between the two laws, since it achieves a partial application of *lex fori* with the full application of *lex loci*. In sum,

50 B. Hecker /2010/, *ibid.*, p. 452.

51 See J. Lelieur /2012/: Report on France, -in: S. Ruggeri (ed), *Transnational inquiries and the protection of fundamental rights in criminal proceedings*. A study in memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina, Springer, Heidelberg (forthcoming), § 2.1.

whatever is the mode of such combination, this model remains essentially based on *lex loci*. Depending on how deeply integration is realised, *lex loci* will not necessarily remain unaffected by the requirements of foreign law, and the same applies to *lex fori*. However, this model does not aim at reaching a homogeneous integration of both laws, but only at preserving the needs of each of them, i.e., respectively the identity of the legal order of the host country and the formalities required to ensure the admissibility of evidence in the home country. Thus, in my view, the greatest shortcoming of this model is treating the requirements of the two laws concerned with the requested investigative activity as parts of their domestic laws rather than as sources for developing an integrated procedure rooted on a common basis. This is what makes it difficult for the requested authority to apply properly procedures that remain part of *foreign* law.

An alternative solution would be to set an *ad hoc* procedure of gathering evidence on a balanced basis. This approach starts from the premise that each of the domestic laws ceases to be part of its own law when involved in a transnational procedure.<sup>52</sup> This applies also to *lex loci*, which is applied on its territory with the purpose of providing assistance to another country. But how this integration could be realised? Since integration must be sought in relation to the requested assistance, a *new* procedure must be set up and a *new* balance of interests must be achieved to ensure full respect for the domestic balances between the interest of efficient prosecution and the need to protect individual rights. In other words, a request for assistance will always give rise to an atypical procedure, whose modes must be established in the *concrete* case. The biggest shortcoming of the traditional approach is that it attempts to combine *single* procedures of both laws, as if they could be dealt with outside the legal context they belong to. But any provision is part of its own law and reflects specific balances between often-conflicting interests against a constitutional framework. A mixture of single procedural forms can alter this scheme and lead to different constitutional balances colliding with each other. The requirement of coherence is of great importance where the use of measures restricting fundamental rights is at stake.

Such *ad hoc* procedure would certainly run counter to the project of harmonising the rules of evidence, especially where coercive powers are at stake. On the other hand, the awareness has grown today that human rights requirements must be assessed in the *concrete* case.<sup>53</sup> Neither can this approach raise concerns as to the legal basis of the combined procedure, since the new balance should firstly be sought on the basis of the *legislative* requirements predetermined by both national laws. This does not rule out that also supranational or international requirements can play an important role,<sup>54</sup> providing a *higher* level of protection than that provided by either of the domestic laws. However, it would be very useful that at supranational or international level specific criteria for the solution of conflicting situations could be laid down *in advance*. Significantly many countries have

52 From a similar perspective, A. Klip /2012/, *op. cit.*, p. 393, points out that domestic judicial products are no longer products once they go across the border, where different requirements apply.

53 A. Sanders et al. /2012/: *Criminal Justice*, 4th edn. Oxford University Press, New York, pp. 29 f.

54 In this light, the introduction, at supranational or international level, of specific guarantees in cases of investigative activities impinging on fundamental rights, such as those provided for by Article 12(1)(a) and (b) laid down in the proposal of 2003 on a FD EEW, would be welcomed.

incorporated – additionally to the combination rule between *lex loci* and *lex fori* – a general criterion, according to which the requested assistance cannot cause substantial disadvantages for the people involved in transnational procedures, a criterion that is usually independent from the constitutional requirements of *lex loci*.<sup>55</sup> Starting from this basic requirement, which shall be deemed as “emergency brake,” concrete criteria should be elaborated in relation to specific state-related interests (e.g., investigation secrecy) and specific individual rights (e.g., the right to information). In my view, any hierarchisation of such criteria should be avoided, as it would jeopardize the flexibility of the mechanism, which aims at reaching a new balance of interests in the concrete case. An acceptable solution on an individual basis for a *fair* evidential procedure cannot, therefore, start from imperative sentences, but from the assessment of specific value-based decisions. A fruitful approach derives from the so-called “*Qualitätsprinzip*” proposed in the field of conflict of jurisdiction, a principle which aims at the most proper balancing between the values at stake in the concrete case.

This solution cannot be completely realised without combine the *legislative* with a *procedural* integration. In this light, moreover, not only both the cooperating authorities, as provided for by Article 8(4) PD EIO, but also private parties should play an essential role in reaching an agreement on such modes. The contribution of the defence(s) could, in my view, be waived only in cases of investigative measures not requiring, according to both laws, the information of the individuals concerned. Where a proper agreement on a new balance of interests relating to the specific investigation requested is impossible, assistance should not, in my view, be provided. Any different solution would lead to contradictory conclusions, i.e., either obliging the requested authorities to carry out an investigative activity reflecting a balance of interests unadapted to its own law or leaving to the requesting authority the decision on whether to accept and use at trial a piece of evidence obtained without respecting the balances of interests of *lex loci* or to declare the inadmissibility of the results of the transnational procedure.

## REFERENCE LIST

- Amelung K. /1976/: *Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe*, Duncker & Humblot, Berlin
- Amelung K. /1987/: Zur dogmatischen Einordnung strafprozessualer Grundrechtseingriffe, *Juristenzeitung*
- Bachmaier Winter L. /9/2010/: European investigation order for obtaining evidence in the criminal proceedings. Study of the proposal of a European directive, *Zeitschrift für die internationale Strafrechtsdogmatik*

55 See Art. 146(2) der portugiesischen *Lei da cooperação judiciária internacional em matéria penal* (144/1999). This conclusion does not, however, apply to the French CCP, which states that „*si la demande d'entraide le précise, elle est exécutée selon les règles de procédure expressément indiquées par les autorités compétentes de l'Etat requérant, à condition, sous peine de nullité, que ces règles ne réduisent pas les droits des parties ou les garanties procédurales prévus par le présent code*“ (Art. 694-3).

- Bachmaier Winter L. /2012/: The role of the proportionality principle in cross-border investigations involving fundamental rights, -in: Ruggeri S (ed), *Transnational inquiries and the protection of fundamental rights in criminal proceedings*. A study in memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina. Springer, Heidelberg (forthcoming)
- Beulke W. /2010/: *Strafprozessrecht*, 11th edn. C.F. Müller, Heidelberg
- Böse M. /2002/: Die Verwertung im Ausland gewonnener Beweismittel im deutschen Strafverfahren, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 114
- Böse M. /2003/: Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung in der transnationalen Strafrechtspflege der EU – Die “Verkehrsfähigkeit” strafgerichtlicher Entscheidungen, -in: Momsen C., Bloy R., Rackow P. (eds), *Fragmentarisches Strafrecht*. Beiträge zum Strafrecht, Strafprozeßrecht und zur Strafrechtsvergleichun. Für Manfred Maiwald aus Anlaß seiner Emeritierung, verfaßt von seinen Schülern, Mitarbeitern und Freunden. 1st edn. Peter Lang, Frankfurt a.M.
- Caprioli F. /2012/: Report on Italy, -in: Ruggeri S. (ed), *Transnational inquiries and the protection of fundamental rights in criminal proceedings*. A study in memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina. Springer, Heidelberg (forthcoming)
- D’Andrea L. /2009/: *Diritto costituzionale e processi interculturali*. [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)
- Gascón Inchausti F. /2007/: *El decomiso transfronterizo de bienes*, Colex, Madrid
- Gascón Inchausti F. /2012/: Report on Spain, -in: Ruggeri S. (ed), *Transnational inquiries and the protection of fundamental rights in criminal proceedings*. A study in memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina. Springer, Heidelberg (forthcoming)
- Gleß S. /2006/: *Beweisrechtsgrundsätze einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung*, Nomos, Baden-Baden
- Gleß S. /2008/: Beweisverbote in Fällen mit Auslandsbezug, *Juristische Rundschau*
- Gleß S. /2011/: Europäische Beweisanordnung, -in: Sieber U., Brüner F. H., Satzger H., von Heintschell-Heinegg B. (eds), *Europäisches Strafrecht*, Nomos, Baden Baden
- Hecker B. /2010/: *Europäisches Strafrecht*. 3rd edn. Springer, Heidelberg
- Klip A. /2012/: *European Criminal Law*. 2nd edn. Intersentia, Anwerp-Oxford
- Kühne H.-H. /2010/: *Strafprozessrecht*. Eine Systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts. C.F. Müller, Heidelberg
- Lelieur J. /2012/: Report on France, -in: Ruggeri S. (ed), *Transnational inquiries and the protection of fundamental rights in criminal proceedings*. A study in memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina. Springer, Heidelberg (forthcoming)
- Marchetti M. R. /2011/: Dalla Convenzione di assistenza giudiziaria in material penale dell’Unione europea al mandato europeo di ricerca delle prove e all’ordine europeo di indagine penale, -in: Rafaraci T. (ed), *La cooperazione di polizia e giudiziaria in material penale nell’Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*. Giuffrè, Milano
- Peers S. /2010/: *The proposed European Investigation Order. Assault on human rights and national sovereignty*, [www.statewatch.org](http://www.statewatch.org)
- Perron W. /2000/: Auf dem Weg zu einem europäischen Ermittlungsverfahren? *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 112
- Reimann M. /2002/: The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century. 50 *American Journal of Comparative Law*

- Ruggeri S. /2012/: (a) Horizontal cooperation, obtaining evidence overseas and the respect for fundamental rights in the EU. From the European Commission's proposals to the proposal for a directive on a European Investigation Order: Towards a single tool of evidence gathering in the EU? -in: Ruggeri S. (ed), *Transnational inquiries and the protection of fundamental rights in criminal proceedings*. A study in memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina. Springer, Heidelberg (forthcoming)
- Ruggeri S. /2012/: (b) Transnational inquiries and the protection of fundamental rights in comparative law. Models of gathering overseas evidence in criminal matters, -in: Ruggeri S. (ed), *Transnational inquiries and the protection of fundamental rights in criminal proceedings*. A study in memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina. Springer, Heidelberg (forthcoming)
- Sanders A., Young R., Burton M. /2012/: *Criminal Justice*, 4th edn. Oxford University Press, New York
- Spinellis D. /1999/: Securing Evidence Abroad: A European Perspective, -in: Bassiouni M. C. (ed), *International Criminal Law. Procedural and Enforcement Mechanisms*. 2nd edn. Transnational Publishers, Ardsley New York
- Vogel J. /1998/: Tagungsbericht: Internationale Kooperation in Strafsachen, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 110
- van Hoek A., Luchtman M. /2006/: The European Convention on Human Rights and transnational cooperation in criminal matters, -in: van Hoek et al. (eds.), *Multilevel Governance in Enforcement and Adjudication*
- Vogler R. K. /2012/: Transnational inquiries and the protection of human rights in the case-law of the European Court of Human Rights, -in: Ruggeri S. (ed), *Transnational inquiries and the protection of fundamental rights in criminal proceedings*. A study in memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina. Springer, Heidelberg (forthcoming)

Stefano RUGGERI

Pravni fakultet, Univerzitet u Mesini

## ISTRAŽNA OVLAŠĆENJA KOJA UTIČU NA OSNOVNA PRAVA I NAČELA PRAVIČNOG MEĐUNARODNOG POSTUPKA U KRIVIČNIM STVARIMA. PREDLOG ZA MEĐUSOBNU INTEGRACIJU U MULTIKULTURALNOJ EVROPSKOJ UNIJI

### REZIME

Autor se u ovom radu bavi istražnim ovlašćenjima u krivičnim predmetima, koja utiču na osnovna prava ljudi. Analiza započinje istorijskom rekonstrukcijom rešenja prinudnih mera, sadržanih u najrelevantnijim međunarodnim i supranacionalnim tekstovima u Evropi. U radu se, dalje, prikazuje predlog za uspostavljanje jednog pravičnog transnacionalnog postupka, zasnovanog na ideji međusobne integracije nacionalnih prava. Ovaj predlog, kojim se name-rava pružiti alternativa većinski prihvaćenoj harmonizaciji dokaznih pravila u prekograničnim slučajevima, koncentriše se na stvaranje jedne *ad hoc* procedure koja bi reflektovala novu ravnotežu između potreba države i zaštite osnovnih prava pojedinaca.



Poslednjih nekoliko decenija, značajni porast transnacionalnog kriminaliteta pojačao je potrebu za efikasnijim oblicima prekogranične saradnje, što se na nivou Evropske unije pretočilo u načelo međusobnog priznanja odluka kao vodećeg principa skoro celokupne pravosudne saradnje. U skladu s tim, učestala primena istražnih mera dovela je u pitanje opravdanost „minimalističkog pristupa“ u pogledu prava odbrane.

Nakon bližeg terminološkog određenja predmeta rada – međunarodne istrage i prinudnih mera, autor u trećem delu analizira razvoj dva sistema; međunarodne pravne pomoći i međusobnog priznanja odluka.

Kao međurezultat razvoja sistema međunarodne pravne pomoći, prikazanog kroz tri faze, autor zaključuje da je na prelazu iz prve u drugu fazu, premda je koncepcija prinudnih mera ostala neizmenjena, došlo do značajno veće zaštite ljudskih prava. Tako je mogućnost koju poseduje zamoljena država, a to je da izvršenje određenih prinudnih mera učini zavisnim od ispunjenja pojedinih uslova, poput dvostruke kažnjivosti i usaglašenosti sa svojim pravom, postalo opšte pravilo, koje omogućava zamoljenoj državi da odbije izvršenje mere koja nije usaglašena ne samo sa pravom, već i sa praksom svoje države u nekom sličnom (domaćem) slučaju. Pored toga, obaveza zamoljene države da ispuni određene formalnosti, u cilju smanjenja rizika neprihvatljivosti dokaza, imala je kao pozitivnu posledicu to da su poštovani zahtevi *lex fori*. U trećoj fazi, koja je pratila razvoj nauke i tehnologije, došlo je do posebnog regulisanja novih istražnih mera; mera koje su znatno izmenile ustaljeni pogled na prinudne mere. S druge strane, unete su i dve značajne, ujedno protivrečne novine; brisanje generalne klauzule, prema kojoj je zamoljena država mogla da odbije meru koja nije bila kompatibilna sa njenim pravom, te uvođenje novog opšteg pravila o vršenju istražnih radnji u inostranstvu sa obavezom za zamoljenu državu da kombinuje *lex loci* sa specifičnim zahtevima *lex fori* države molilje.

Sistem međusobnog priznanja odluka se takođe razvio u tri faze. U prvoj fazi „nasleđena“ je obaveza iz poslednje faze međunarodne pravne pomoći da zemlja izvršilac ispuni zahtev za pomoći, uključujući primenu prinudnih mera, s tim što postoji obaveza da se ispuni samo ono što je neophodno da bi se obezbedila validnost dokaza u postupku. U drugoj fazi je zemlji izvršiocu ostavljeno da slobodno odluči da li će da primeni prinudne mere. Trećom fazom je značajno umanjena zaštita prava pojedinaca. Predlog direktive za Evropski nalog za istragu u krivičnim stvarima do sada nije obuhvatio nijedan od opštih ograničenja u pogledu prinudnih mera, sadržanih u Okvirnoj odluci o Evropskom dokaznom nalogu. Štaviše, razlikovanje osnova za odbijanje iz čl. 10. ne pojašnjava šta se smatra prinudnim merama, dok čak rezultati ostvareni kroz prinudne mere ostvaruju dejstvo, bez obzira da li su poštovani osnovni zahtevi, poput dvostruke kažnjivosti.

Četvrti deo rada nosi podnaslov „Multikulturalnost i zaštita ljudskih prava“, i u njemu se ističe da se multijezičnost vezuje ne samo za različit lingvistički kod, već i za različitu teorijsku pozadinu, ukorenjenu u kulturnom nasleđu procesnog prava država članica. Autor kritikuje zastarelost reči „prinudno“, te ukazuje da je nemački izraz *Grundrechtseingriffe* („zadiranje u osnovna prava“) prikladniji, posebno kada se govori o merama koje pojedinci ne doživljavaju kao prinudne, kao i da taj pravni koncept objašnjava njihov uticaj na osnovna prava, čime se jasnije vidi njihovo ustavnopravno i supranacionalno opravdanje. Nakon pojašnjenja pojma *Grundrechtseingriffe* i kritika na račun kombinovanja *lex loci* i *lex fori*, a u vezi sa uslovom usklađenosti sa osnovnim načelima zemlje u kojoj treba izvršiti mere, autor obrazlaže potrebu za saradnjom na više nivoa u evropskom kontekstu.

U poslednjem delu rada, autor, pored zaključnih napomena, predstavlja svoj predlog rekonstrukcije sistema, sačinjen od uvođenja klauzule o (zaštiti) osnovnih prava i postavljanja transnacionalnog postupka na više nivoa.

**Ključne reči:** međunarodna istraga, dokaz, prinudne mere, ljudska prava.

*Branislav Ristivojević\**

Pravni fakultet, Univerzitet u Novom Sadu

## NEGATIVNA KRIMINALNO-POLITIČKA KRETANJA U MATERIJALNOM KRIVIČNOM ZAKONODAVSTVU SRBIJE OD DONOŠENJA KZ: TEMELJNO OPREDELJENJE ZAKONODAVCA ILI INCIDENT

**Apstrakt:** Srpski zakonodavac je planiranim (januar 2012. godine) ili izvršenim (2009. godine) izmenama u materijalnom krivičnom zakonodavstvu RS značajno odstupio od izvorne kriminalno-političke platforme na kojoj je izgrađen KZ 2005. godine. U ovom radu pisac je kritičkim pristupom pomenutoj zakonodavnoj delatnosti obrazložio svaku njenu manjkavost, a zatim ih svrstao u grupe po vrsti štetnog dejstva ne samo na celinu KZ, već i na njegove izvorne kriminalno-političke ciljeve.

Pisac, u zaključku rada, zauzima stav da je do ovih negativnih kriminalno-političkih kretanja u materijalnom krivičnom zakonodavstvu Srbije došlo zato što je zakonodavac ustuknuo pred pritiskom pojave „punitivne javnosti“.

Zaokružen i potpun odgovor na pitanje da li su ova kretanja temeljna pojava ili incident odnosno da li se i srpski zakonodavac može svrstati u grupu zakonodavaca koje je nauka nazvala „punitivnim populistima“ zavisice i od sadržaja ZID KZ koji je najavljen za jesen 2012. godine.

**Ključne reči:** Kriminalna politika, krivično pravo, krivični zakonik, punitivna javnost, punitivni populizam.

### UVOD

Da bi se opisala, a zatim dala ocena kriminalno-političkih kretanja u materijalnom krivičnom zakonodavstvu Srbije mora se prethodno odrediti vremenski period koji će se sagledati. Sigurno je da bi najbolja ocena bila data ako se sagledaju zakonodavne intervencije u periodu od stupanja na snagu KZ, a to znači od 2006. godine. Naravno da bi toj oceni morala prethoditi kriminalno-politička ocena postavke samog KZ kao neka vrsta referentne tačke, odnosno merila stvari. Stoga će prvi, i kraći, deo rada biti posvećen gruboj oceni kriminalno-političke platforme KZ.<sup>1</sup>

\* vanredni profesor, rbrane@pf.uns.ac.rs

1 „Prilikom pisanja jednog krivičnog kodeksa veoma je važno koji će se kriminalno-politički, pa i širi pravno-filozofski pristup izabrati kao polazni osnov.“: Z. Stojanović /2005/: Karakteristike predloga Krivičnog zakonika Srbije, *Branic*, br. 1-2, str. 8.



Da kojim slučajem nije bilo ZID KZ 2009. godine i predloga ZID KZ koji je upućen u Narodnu skupštinu januara meseca 2012. godine, kriminalno-politička kretanja u materijalnom krivičnom zakonodavstvu bi se mogla opisati stanjem koje se izgrađuje, Zakonikom od njegovog stupanja na snagu 2006. godine. Ipak, ovim kretanjima u domenu materijalnog krivičnog zakonodavstva zakonodavac je nekoliko puta izmenio i doradio KZ RS na takav način da je doveo u pitanje kriminalno-političku postavku na kojoj je zakonik izgrađen. Zahvaljujući tome je moguće dati delimičnu ocenu kriminalno-političkih kretanja u materijalnom krivičnom zakonodavstvu koja se razlikuje od ocene kriminalno-političke platforme samog KZ. Drugi i treći deo ovog rada biće posvećeni negativnoj oceni tih kretanja kod zakonodavca.

Aprila 2012. godine usvojen je **Predlog Zakona o posebnim merama za sprečavanje vršenja krivičnih dela protiv polne slobode prema maloletnim licima** ili kako su ga novinari nazvali **Marijin zakon**. Ovaj predlog iz nekog razloga nije bio upućen u Narodnu skupštinu, ali se njegov tekst mogao naći na internet stranici Vlade RS. Četvrti deo rada biće posvećen ovom predlogu zakona, a njegova kriminalno-politička ocena će se uklopiti u negativnu ocenu prethodnih zakona.

U zaključku ovog referata biće ponuđen jedan, koji se čini najvažniji, od više mogućih odgovora na pitanje koji su razlozi rukovodili zakonodavca kada je aktuelizovao određene teme u materijalnom krivičnom zakonodavstvu 2009. i u januaru 2012. godine.

Da kojim slučajem ZID KZ koji je početkom 2012. godine poslat u Skupštinu nije povučen iz procedure, ta kretanja bi se mogla nazvati „temeljnim“ jer ih se zakonodavac drži, odnosno sledi ih. Nakon povlačenja pomenutog akta u jesen 2012. godine, formirana je nova komisija za izradu novog ZID KZ. Kada se zakonodavac opredeli oko njenog nacrtu biće moguće da se pruži potpuna ocena o kriminalno-političkim kretanjima u materijalnom krivičnom zakonodavstvu RS i da se konačno oceni da li su negativna kretanja koja su uočena temeljno opredeljenje zakonodavca ili incident.

Koja je dakle kriminalnopolitička platforma, odnosno postavka KZ?

## 1. KRIMINALNO-POLITIČKA POSTAVKA KZ

Kao što je dobro poznato, aktuelni KZ, koji je izglasan septembra 2005. godine, stupio je na snagu 1. januara 2006. godine.<sup>2</sup> Nakon skoro jednodecenijskih napora, Srbija je osavremenila svoje krivično pravo. Radna verzija Prednacrtu Opšteg dela KZ bila je na dnevnom redu redovnog godišnjeg zasedanja ovog udruženja još 1996. godine, a Posebnog dela, 1998. godine, kada je Nacrt bio gotov.

Budući da skoro 30 godina nismo imali jedinstven i celovit zakonik, donošenje novog je trebalo da predstavlja kako objedinjavanje krivičnog zakonodavstva zemlje u jedinstven kodeks, tako i temeljnu reviziju njegovog stanja radi usaglašavanja sa nastalim promenama u našem državnom i društvenom uređenju i sa savremenim potrebama politike suzbijanja kriminaliteta.<sup>3</sup>

2 Krivični zakonik, *Službeni glasnik RS*, broj 85/05, 88/05 (ispr.), 107/05 (ispr.)

3 M. Đ. Đorđević /1988/: Osnovne karakteristike Posebnog dela Nacrtu novog Krivičnog zakonika SRJ – objavljeno u: *Aktuelna pitanja tekuće reforme jugoslovenskog krivičnog zakonodavstva* (priređio S. Bejatović), Udruženje za krivično pravo i kriminologiju Jugoslavije, Beograd, str. 7.

KZ je pošao od sasvim jasne kriminalno-političke postavke u kojoj je pronađena mera između neophodne i nužne represije, s jedne strane, i prava pojedinca, s druge strane. Utilitaristički pristup je ograničen pravednošću i srazmernošću. Načelo zakonitosti je postavljeno na sam početak KZ, čime je simbolički stavljeno do znanja koji će pojam biti nadmoćan u oblikovanju celokupnog sadržaja kodeksa. Ono je zaista i sprovedeno kroz izbacivanje onih sadržaja u srpskom krivičnom pravu koji su doprinosile unošenju neodređenosti i nepreciznosti. To je učinjeno u prvom redu izbacivanjem elementa društvene opasnosti iz opšteg pojma krivičnog dela (i sa njim instituta neznatne društvene opasnosti), pripremanja kao faze u izvršenju dela i organizovanja zločinačkog udruživanja kao oblika saučesništva. Pravno-dogmatski je čisto sprovedena postavka objektivno-subjektivnog pojma krivičnog dela kroz koji je potvrđen verovatno najvažniji pojam u krivičnom pravu – pojam krivice. U Zakoniku je dat njegov savremeni psihološko-normativni pojam i dosledno je razrađen uzdizanjem neotklonjive pravne zablude u red osnova isključenja krivice, a sile i pretnje u red subjektivnih osnova za ublažavanje kazne. Predlog zakonika je našao dobru meru ravnoteže između zaštite dobara koja su od ličnog i onih koja su od opšteg interesa. Na polju legislativne tehnike, Zakonik je u najvećoj meri uspeo da pronađe sklad između dveju klasičnih opasnosti prilikom normiranja, kazuistike, s jedne strane, i preteranog uopštavanja s druge strane.<sup>4</sup>

Sistem sankcija je obogaćen novim vrstama kazni od kojih su najznačajnije rad u javnom interesu, kao alternativa zatvoru, oduzimanje vozačke dozvole, i novčana kazna u dnevnim iznosima, kao alternativa uslovnoj osudi.<sup>5</sup> Osnovna ideja novih sankcija je da se što doslednije sprovede načelo krajnjeg sredstva u sankcionisanju. Ako se kaznom koja manje zahvata u prava i slobode čoveka može postići dejstvo kazne koja više zahvata u ista, onda se moraju stvoriti neophodne pretpostavke za to. To je KZ-om učinjeno, u prvom redu obogaćivanjem arsenala kazni, a zatim i stvaranjem naročitog odnosa između njih putem određivanja koja je glavna, a koja sporedna. Tako znamo da je rad u javnom interesu alternativa kazni zatvora jer su u pitanju jedine dve kazne koje mogu da se izreknu samo kao glavne kazne.

KZ iz 2005. godine je nesumnjivo došao u pravo vreme jer je Srbiji trebala kodifikacija krivičnog prava. On je u celini gledano značajan korak u usavršavanju našeg krivičnog prava. Uz sve novine koje donosi on je zadržao ona rešenja iz starog zakonodavstva koja teorija nije osporavala a u praksi su se pokazala dobrim.<sup>6</sup>

Naravno da nije sve idealno postavljeno u KZ.<sup>7</sup> Tako se već na prvi pogled vidi da su granice krivičnopravne zaštite postavljene preširoko, iako je jedno od savremenih kretanja u krivičnom pravu upravo suprotno – sužavanje granica krivičnog prava.<sup>8</sup>

4 Potpuno o kriminalno-političkoj postavci KZ i rešenjima koja su u njemu sadržana kako bi se ta postavka realizovala: Z. Stojanović /2005/: Osnovne odlike novog Krivičnog zakonika Srbije, *Revija za krivično pravo i kriminologiju*, br. 1, str. 3-27; Z. Stojanović, *op. cit.*, I, str. 5-24.

5 Z. Stojanović, *op. cit.*, I, str. 10, 15-16.

6 Z. Stojanović, *op. cit.*, I, str. 23-24.

7 U našoj nauci ima mišljenja koja osporavaju najveći deo kriminalno-političke postavke KZ-a: LJ. Lazarević /2006/: Kritički osvrt na neka rešenja u KZ Srbije, *Pravni život*, br. 9, str. 3-22.

8 Z. Stojanović, *op. cit.*, I, 2005, str. 8-9; Lazarević je prebrojao, sa težim i lakšim oblicima, više od 1000 krivičnih dela u KZ RS: LJ. Lazarević, *op. cit.*, str. 14.

Ovako opisano stanje bi se moglo nazvati „sadašnjim stanjem materijalnog krivičnog zakonodavstva Srbije“ da se zakonodavac nije opredelio da u dva navrata 2009. godine i jednom 2010. godine menja i dopunjava KZ. Kakvo je stanje uspostavljeno tim izmenama i dopunama?

## 2. DVA ZID KZ IZ 2009. GODINE<sup>9</sup>

Zakoni o izmenama i dopunama KZ su bremeniti problemima i nedoumicama koje dovode u pitanje izvornu postavku KZ.

### 2.1. Jačanje ili slabljenje krivično-pravne represije?

U kriminalno-političkom smislu postavka izmena i dopuna u Opštem delu KZ-a nije jasna niti dosledna. Ne može da se izvede dosledan zaključak ni oko osnovnog pravca u kojem se kretao zakonodavac, odnosno oko pitanja da li je izmenama i dopunama slabio ili jačao krivično-pravnu represiju.

Tako institut dela malog značaja, čija je svrha da zahvati bagatelni kriminalitet, nakon izmena može da se primeni na krivična dela za koja je propisana kazna zatvora do 5 godina ili novčana kazna. Ovo bi se moglo nazvati slabljenjem represije, dok se u isto vreme kazna rada u javnom interesu svodi u red mogućih sporednih kazni, pa sada samo zatvor ostaje kao jedina isključivo glavna kazna, što bi se moglo nazvati jačanjem represije. Uvodi se nova mogućnost izdržavanja kazne zatvora kod kuće, koja je u javnosti nazvana *kućni zatvor*, što je svakako slabljenje represije, ali se u isto vreme sužavaju mogućnosti za određivanje uslovnog otpusta, što je svakako jačanje represije. U odredbi o granicama ublažavanja kazne uvode se nove mogućnosti ublažavanja koje do tada nisu postojale, što je svakako slabljenje represije, a zatim se za čitav niz krivičnih dela ukida mogućnost ublažavanja, što je svakako jačanje represije.

Na liniji jačanja represije su mogućnost pooštavanja kazne za produženo krivično delo, kao i dve nove mere bezbednosti.

### 2.2. Nelogičnosti i nejasnoće u Zakonu o izmenama i dopunama KZ-a

Izmenama i dopunama unet je čitav niz nelogičnih i nejasnih rešenja koja su međusobno suprotstavljena u smislu. Primera ima mnogo i ukazaće se samo na neke koje najbolje oslikavaju zaključak.

Tako je izmena odredbe o radu u javnom interesu stvorila mogućnost da se ova kazna postavi kao sporedna kazni zatvora. To je potpuno besmisleno. Kako će neko obavljati rad u javnom interesu u zatvoru? Međutim, ova izmena otvara i daleko složenije i važnije pitanje svrhe kazne rada u javnom interesu u pravnom poretku. Da li je on zaista funkcionalna alternativa kazni zatvora ako je odredbom o glavnim i sporednim kaznama oslabljen u značaju i nije ravnopravan sa zatvorom?<sup>10</sup>

9 Zakon i izmenama i dopunama Krivičnog zakonika, *Službeni glasnik RS*, broj 72/2009; Zakon i izmenama i dopunama Krivičnog zakonika, *Službeni glasnik RS*, broj 111/2009.

10 Z. Stojanović /2011/: *Krivično pravo-Opšti deo*, Beograd, str. 253, podnožna napomena 9.

Izmene odredbi stavova 1. i 2. člana 47. o uslovnoj osudi, kojom su uslovi za opoziv učinjeni restriktivnijim tako što je on obavezan kada se izvrši delo za koje je izrečena kazna preko 6 meseci zatvora, nisu ispraćeni logičnom i doslednom izmenom stava 5. istog člana koja takođe govori o granici između fakultativnog i obaveznog opoziva. Izmene odredbe člana 57. o granicama ublažavanja kazne dodavanjem novog stava, kojim je „izuzetno od stava 1. ovog člana“ isključena mogućnost ublažavanja za čitav niz krivičnih dela, u pitanju su uglavnom dela protiv polnih sloboda o čemu će kasnije biti više reči, je nelogična i naročito sporna.<sup>11</sup> Fakultativna mogućnost ublažavanja kazne je KZ-om predviđena za čitav niz instituta opšteg dela: pomaganje, pokušaj, bitno smanjena uračunljivost, sila i pretnja itd. Ukoliko se ne dozvoli mogućnost ublažavanja kazne u ovim, ali i drugim slučajevima, poništava se razlika između, na primer, pokušanog i dovršenog dela, saučesništva i izvršilaštva, bitno smanjene uračunljivosti i uračunljivosti itd.

### 2.3. Sukob Zakona o izmenama i dopunama KZ-a sa načelom zakonitosti

Zakonodavac odredbama o tzv. kućnom zatvoru uvodi, reklo bi se, novu vrstu kazne zatvora. Istovremeno, zakonodavac propušta da odredbe koje bi odredile koje posebne okolnosti ili kriterijumi su smernica ili obaveza sudu u izboru ove kazne.<sup>12</sup> Štaviše, određeno je da će „...prilikom određivanja izvršenja kazne zatvora na način propisan stavom 5. sud voditi računa o tehničkim mogućnostima izvršenja...“ iz čega se može izvući zaključak da je opredeljujući kriterijum suda postojanje opreme za elektronski nadzor. Zaključak je sledeći: ukoliko neki državni organ koji treba da sprovodi nadzor ima tehničke mogućnosti za isti sud će izreći ovu kaznu, a ako je nema neće?! Ovo rešenje svakako zadire u načelo zakonitosti, barem u onaj njegov deo koji garantuje učinocima krivičnih dela pravo na već propisanu kaznu. Kako bilo koji učinilac krivičnog dela može unapred da zna da li postoje tehničke mogućnosti za nadzor ili ne?

Takođe, ovim rešenjem narušava se Ustavom proklamovana jednakost građana, pa tako i jednakost pri kažnjavanju. Neoprostivo bi bilo da vrsta kazne osuđenog lica zavisi od tehničke opremljenosti državnih organa. Zamislite državu gde bi osuđenima izbor kazne zavisio od tehničke opremljenosti ministarstva pravde. To bi bila država u kojoj bi, kada nema dovoljno mesta u zatvorima, sudovi mogli da izriču novčane kazne, a kada se zatvori isprazne, onda bi opet mogli da se vrate na zatvorske.

Ovde bi se mogle svrstati i nove mere bezbednosti. Prva, koja se zove „Mera zabrane približavanja i komunikacije sa oštećenim“ obiluje neodređenim pojmovima: „određena udaljenost“, „prostor oko mesta stanovanja“, „prostor oko mesta rada“, „dalje uznemiravanje“, „dalja komunikacija“. Svako dalje određivanje smisla ovih pojmova biće ostavljeno sudovima.<sup>13</sup> Druga koja se zove „Zabrana prisustvovanja određenim sportskim priredbama“ može se izreći uvek „kada je to radi zaštite opšte bezbednosti neophodno“. Ovom dopunom KZ-a nije data niti jedna bliža odrednica

11 Za zaokruženu kritiku ovih rešenja videti: N. Delić /2010/: Zabrana (isključenje) ublažavanja kazne u određenim slučajevima, *Crimen*, br. 2, str. 228-245.

12 Z. Stojanović, *op. cit.*, III, str. 258.

13 Z. Stojanović, *op. cit.*, III, str. 314.

koja će objasniti šta jeste pojam „opšte bezbednosti“,<sup>14</sup> niti kada ga je potrebno „zaštiti“. To je suviše neodređeno. Slično ovome, nedovoljno je određen i pojam „određene sportske priredbe“. Naročito je problematično, sa stanovišta načela zakonitosti, određivanje kažnjavanja za kršenje ove mere bezbednosti. U pitanju je neka naročita vrsta krivičnog dela, propisana u Opštem delu KZ-a (što je problem samo po sebi), ali takva za koje sud prema slovu dopune (...*može* ga kazniti...) može, ali i ne mora da kazni!<sup>15</sup>

Ovo delo postoji i kada osuđeni krši zabranu prisustvovanja sportskoj priredbi, ali i kada krši obavezu da se „...javi službenom licu u područnoj policijskoj upravi...“. Ako se osuđeni ne javi područnoj policijskoj stanici, to još uvek ne znači da će prisustvovati sportskoj priredbi. Sav apsurd ovog rešenja vidi se kada se pokuša da se ovo rešenje prenese na druge mere bezbednosti. Šta bi se desilo kada bi se, na primer, mera bezbednosti „Zabrane vršenja poziva, delatnosti ili dužnosti“ izvršavala tako što bi se osuđeni svaki put kada je u toku konkurs za neko radno mesto koje je njemu zabranjeno da obavlja morao da javi područnoj policijskoj upravi dok konkurs ne prođe? Još apsurdnija hipoteza bi se mogla izvesti sa merom bezbednosti „Zabrana upravljanja motornim vozilom“.

Posebno pitanje koje otvara ova mera bezbednosti je zašto se uopšte krivično sankcioniše za njeno kršenje? Kršenje obaveza u ponašanju koje uvode mere bezbednosti ne vode kažnjavanju, već eventualno prekršajnoj odgovornosti.<sup>16</sup> Ovo stoga što su mere bezbednosti sankcije sa drugačijom svrhom od kazni. One se izriču radi otklanjanja stanja ili uslova koji mogu biti od uticaja da učinilac ubuduće čini krivična dela. Ako bi se za kršenje obaveza koje propisuju mere bezbednosti, a koje nije doveo do novog krivičnog dela, uvelo kažnjavanje, onda bi zakonodavac dao prognozu nečijeg ponašanja u budućnosti i kaznio za to buduće ponašanje. Činjenica da neko ne poštuje obavezu u ponašanju koju nameće neka mera bezbednosti, na primer obavezu lečenja narkomana ili alkoholičara, ne znači da će taj narkoman ili alkoholičar sigurno izvršiti krivično delo u budućnosti. Upravo iz ovog razloga zakonodavac ne predviđa kažnjavanje osuđenog koji se dobrovoljno ne podvrgne lečenju, već određuje prinudno izvršenje mere bezbednosti (što je takođe problematično, ali nije zadatak ovog referata). Čak i kada bi neko tvrdio da tu nije u pitanju kažnjavanje budućeg ponašanja, već kažnjavanje za neizvršavanje obaveze koju predviđa mera bezbednosti, može da se postavi isto pitanje: šta državi daje za pravo da kažnjava ljude koji se dobrovoljno ne podvrgnu lečenju? Takva revolucionarna novina, obaveza lečenja,

14 Ima mišljenja da pojam „opšte bezbednosti“ treba shvatiti u smislu „bezbednosti ljudi (njihovog života i tela) i imovine“: Z. Stojanović, *ibid.*, str. 316. To znači da bi se u tumačenju pojma „opšte bezbednosti“ mogli osloniti na pojam „opšte sigurnosti ljudi i imovine“ koji KZ već koristi propisujući glavu XXV pod nazivom „Krivična dela protiv opšte sigurnosti ljudi i imovine“. Međutim, kada KZ koristi ovaj pojam on nikad ne ostavlja napade na opštu sigurnost ljudi i imovine neodređene već ih do pojedinosti opisuje. Tako osnovni oblik krivičnog dela „Izazivanja opšte opasnosti“ iz člana 278. KZ postoji kada su opasnost za živote i tela ljudi izazavani požarom, poplavom, eksplozijom, otrovom ili otrovnim gasom, radioaktivnim ili drugim jonizujućim zračenjem, električnom energijom, motornom silom ili kakvom drugom opšteopasnom radnjom ili opšteopasnim sredstvom. Posebni oblik ovog dela u stavu 2. i svih 9 narednih krivičnih dela u ovoj glavi predstavljaju u tančine razrađene vidove radnje kojima se izaziva opšta opasnost.

15 Z. Stojanović, *ibid.*, str. 317.

16 Zakonom o bezbednosti saobraćaja na drumovima se određuje prekršajno sankcionisanje za kršenje mere bezbednosti zabrane upravljanja motornim vozilom. ZIKS predviđa prekršajnu odgovornost za kršenje mere bezbednosti zabrane obavljanja poziva delatnosti i dužnosti.

bi morala da dobije svoj osnov u Ustavu. Isto se odnosi i na obavezu javljanja policiji u vreme održavanja sportske priredbe i obavezu osuđenog da boravi u policijskoj stanici za vreme sportske priredbe. Ovakva ograničenja slobode kretanja nemaju osnov u članu 39. Ustava RS koji uređuje pomenutu slobodu.

Promene uvedene kod mere bezbednosti oduzimanja predmeta imaju, možda i dalekosežnije posledice. One ne samo da dolaze u sukob sa načelom zakonitosti, već i postavljaju pitanje odredbe krivičnih sankcija. Sankcije bi po prirodi stvari, trebale da budu represivne mere koje pogađaju učinioca krivičnog dela. Promenama kod ove mere bezbednosti one pogađaju sva lica, i učinioce i one koji to nisu. Moguće je da, čak, i žrtva krivičnog dela bude zahvaćena ovako promenjenom merom bezbednosti oduzimanja predmeta.<sup>17</sup>

#### 2.4. *Legislativno-tehnička manjkavost i neurednost Zakona o izmenama i dopunama KZ-a*

U legislativno-tehničkom smislu izmene i dopune su u velikom broju slučajeva loše. Odredbe su logički neuređene i često suprotstavljene same sebi u smislu, a jezik, u određenoj meri, odstupa od obrasca koji je ustanovljen Zakonikom, kao i od onog što se smatra uobičajenim u nauci krivičnog prava.

Kao najlošiji primer treba spomenuti odredbe o tzv. kućnom zatvoru, gde se najprostijim jezičkim tumačenjem stava 6. člana 45. može izvesti zaključak da onom ko samovoljno izbiva iz kućnog zatvora u trajanju do 12 časova sud određuje da ostatak kazne izdržava u zatvoru, a onom ko to uradi u trajanju dužem od 12 časova, na primer 13 ili 14, sud takvu dužnost nema.

#### 2.5. *Demonstracija nepoznavanja elementarnih pojmova krivičnog prava*

Kao najbolju ilustraciju ove vrste negativnih kretanja kod zakonodavca treba svrstati i neznanje razlike između pojmova *maloletno lice* i *maloletnik* koju je ZID KZ demonstrirao kod izmena i dopuna glave XVIII.

#### 2.6. *Izmene u Posebnom delu KZ-a*

Za izmene i dopune u Posebnom delu može se reći da nastavljaju da slede postavku samog KZ-a putem daljeg širenja krivično-pravne represije, koja je već ocenjena kao odstupanje od glavnih tokova savremenih kretanja u uporednom krivičnom pravu. S jedne strane povećan je broj krivičnih dela, a s druge strane velikom broju postojećih krivičnih dela su povećane kazne.

Naročito padaju u oči brojne dopune u XVIII glavi posvećenoj delima protiv polnih sloboda. S jedne strane zaoštava se represija kod ovih dela, a s druge strane, krajnje nelogično, narušava se starosna granica za stupanje u polne odnose. Tako krivično delo *Obljube s detetom* iz člana 180. postoji ako se obljudi dete. A to je lice koje nije navršilo 14 godina. Izmenama je uneto novo delo, u članu 185a *Navođenje maloletnog*

17 Z. Stojanović, *ibid.*, str. 311.



**lica na prisustvovanje polnim radnjama** gde je inkriminisano (suprotno nazivu!), navođenje maloletnika, a to su sva lica koja su navršila 14 godina a nisu navršila 18 godina, da prisustvuje polnim radnjama. Iz ovoga sledi da KZ dozvoljava da se maloletnik obljubi, ali se maloletnik ne sme navesti da prisustvuje polnim radnjama drugih lica, što je krajnje nelogično. Ista greška je ponovljena kod člana 185b i izmene člana 185.

### 3. PREDLOG ZID KZ IZ JANUARA 2012. GODINE

Predlog aktuelizuje neka od pitanja koja su kroz medije već bila najavljiavana, ali i neka koja su, kako za stručnu, tako i za laičku javnosti, potpuno nova. Zakonodavac je ovaj put bio prilično škrt kada su u pitanju intervencije u Opštem delu KZ-a, a kao što se već uobičajilo, nije štedeo olovku kada je u pitanju Posebni deo. Izmene i dopune u Opštem delu KZ-a će biti analizirane u potpunosti. Kako bi se ovaj referat zadržao u prihvatljivom obimu od izmena i dopuna koje su predviđene za Posebni deo KZ-a biće izložene samo najznačajnije.

#### 3.1. Izmene u Opštem delu KZ-a

Prema članu 1. Predloga dopunjuje se član 10. stav 2. Krivičnog zakonika, tako što se predviđa da odobrenje Republičkog javnog tužioca za gonjenje učinioca krivičnog dela nije potrebno u slučaju kada su krivična dela iz članova 366. do 368. (trgovina uticajem, primanje mita, davanje mita), učinjena u inostranstvu, a po zakonu zemlje u kojoj je delo učinjeno ne predstavljaju krivično delo. Iz obrazloženja saznajemo da je ovakvom dopunom ispunjena preporuka iz Izveštaja za Republiku Srbiju u okviru trećeg kruga evaluacije Grupe država za borbu protiv korupcije Saveta Evrope (GREKO). Obrazloženjem se ova tri krivična dela nazivaju „koruptivnim krivičnim delima“.

Čini se da je predlagač hteo da olakša gonjenje u ovakvim slučajevima. To je upravo suprotno od inicijalne intencije zakonodavca 2005. godine koji je hteo da oteža gonjenje u slučajevima kada neko ponašanje nije kažnjivo po zakonima zemlje gde je izvršeno. Razlog za to je prost. Zakonodavac nije želeo da se Srbija upušta u konflikte sa drugim državama kada su u pitanju ponašanja izvršena na teritoriji tih država. To je u najboljem duhu nekih vrednosti na kojima se zasniva međunarodno pravo, kao što su dobrosusedski odnosi, nemešanje u unutrašnje stvari drugih država itd. Krivično gonjenje za ponašanje koje je izvršeno na teritoriji druge države, a tamo nije krivično delo, jeste sve drugo, samo nije nemešanje u unutrašnje stvari drugih država. Samo u izuzetnim slučajevima, naš zakonodavac dozvoljava takvo mešanje, ali tada odgovornost za takvo kvarenje odnosa Srbije sa drugim suverenim državama stavlja u ruke najodgovornijeg u tužilačkom pozivu – republičkog javnog tužioca. Za pretpostaviti je da će se RJT u takvim slučajevima konsultovati sa MSP oko posledica koj će izazvati takvo narušavanje međunarodnih odnosa. Predloženom izmenom zakonodavac odgovornost spušta na niži nivo. Svaki tužilac nadležan za gonjenje tri navedena dela (366. do 368.) moći će po svom nahođenju da odluči o mešanju u suverenitet drugih država i o narušavanju odnosa Srbije sa drugim državama.

Opravdanje koje predlagač daje za ovo rešenje u obrazloženju Predloga jeste navodna vrsta krivičnih dela: u pitanju su „koruptivna krivična dela“. Na prvom mestu

treba izraziti rezervu koja bi načelno trebala da se uputi stvaranju nove vrste krivičnih dela korišćenjem prideva „koruptivno“ ispred pojma „krivično delo“. U pitanju je mešanje pojmova kriminologije i krivičnog prava, koje u najvećoj mogućoj meri treba izbegavati. Inače bi se mogao izvući zaključak da postoje i neka „nekoruptivna krivična dela“. Na to nas posebno opominje besmislena i neosnovana izmena KZ RS iz 2003. godine kada je uvedena čitava nova glava u zakonski tekst, a koja je nosila naziv „Krivična dela korupcije“. Na drugom mestu nije jasan razlog zbog kojeg baš ova tri dela opravdavaju poverenje koje država ukazuje javnim tužiocima. U pitanju je velika mera poverenja države da će se oni upuštati u gonjenje u ovakvim slučajevima samo kada to gonjenje opravdava narušavanje bilateralnih odnosa dve države kakvi god oni bili. Na trećem mestu treba ukazati na razliku između domaćeg i stranog državaljanima kod predloženog rešenja. Za domaćeg državljanina se može pretpostaviti da živi u našoj zemlji i da mu je verovatno naše pravo poznato. Tako bi se mogao opravdavati zaključak tužioca da mu je bilo poznato da se u inostranstvu upuštao u ponašanje (na primer davanje ili primanje mita) za koje se u domovini kažnjava. Opasnost kažnjavanja je našem državljaninu verovatno bila poznata i sa pravom se može reći da je bio na vreme upozoren o pravnoj normi i da je poznaje. Takođe je za pretpostaviti da će se strana država u ovom slučaju manje osetiti pogođena našim mešanjem u njene suverene odluke je jer u pitanju naš državljanin. Međutim, kada je u pitanju stranac stvari stoje drugačije. Stranac vrlo verovatno živi u stranoj državi. Naše pravo mu vrlo verovatno nije poznato, i ima vrlo malo razloga da poveruje da će upuštajući se u ponašanje koje nije zabranjeno u njegovoj državi imati na umu kako je to isto ponašanje zabranjeno u Srbiji. Kažnjavajući ovakvog stranca kada dođe u Srbiju, veliko je pitanje koji cilj postizemo osim kvarenja odnosa sa stranom državom? Ne treba smetnuti sa uma da u stranim državama, naročito na drugim meridijanima, postoje kulture koje su različite od naše, pa u okviru njih i različita poimanja odnosa između ljudi kada ih povezuju interesi. Sve te razlike nužno vode i razlici u krivičnopravnom pristupu pojmu davanja ili primanja mita, odnosno pojavi korupcije.<sup>18</sup>

Članom 2. Predloga dopunjava se član 16. KZ-a, koji uređuje vreme izvršenja krivičnog dela, na taj način što se precizira vreme izvršenja krivičnog dela ako se radnja izvršenja sastoji iz više vremenski odvojenih radnji, kao i vreme izvršenja krivičnog dela kada radnja izvršenja traje u dužem vremenskom periodu. Tako se dopunom određuje da ako se „...radnja izvršenja sastoji iz više vremenski odvojenih radnji, delo je izvršeno danom poslednje radnje, a kod krivičnih dela kod kojih radnja traje, danom prestanka radnje.“ Na potrebu ove izmene, prema obrazloženju, ukazala je sudska praksa.

18 Neke od najvećih kultura na svetu nemaju ideju neotuđivih ljudskih prava pojedinaca kao temelj društvene organizacije. Upravo suprotno, one su osnovane na ideji kolektiva kao osnovnih bića u društvu. Čovek je u tim kulturama duboko integrisan u šire društvene celine, porodicu, rod ili državu, a tek potom je jedinka. U tim društvima čovek se više određuje i ostvaruje kroz odnos sa drugima, nego kroz svoju sopstvenu ličnost. U takvim kulturama pitanje pristanka na podređen položaj čoveka ima sasvim drugačiju prirodu. Ono što je u jednoj kulturi podređivanje tuđoj volji odnosno potiranje ličnosti, u drugoj je društveno napredovanje i dokazivanje. Ljudima koji potiču iz tih kultura daleko je lakše nametnuti svoju volju nego drugima. Usled toga pojmovi „iznude“, „prinude“ i „pristanka“ vrlo verovatno imaju različito značenje od onog koji imaju za evropljane: H. H. Olsen /2008/: *The Snake from Fujian Province to Morecambe Bay: An Analysis of the Problem of Human Trafficking in Sweated Labour*, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, No. 1, p. 27-28.

Za ovako određenje vremena izvršenja produženih krivičnih dela (po svemu sudeći prvi deo rečenice se odnosi na realne sticaje, najpre na produžena krivična dela) nauka se jasno opredelila.<sup>19</sup> Kod trajnih krivičnih dela (nema sumnje da se drugi deo rečenice odnosi na trajna krivična dela) ranije je bilo zastupljeno drugačije stanovište po kojem je merodavan trenutak prestanka protivpravnog stanja.<sup>20</sup> Danas je to stanovište napušteno u korist rešenja koje se nalazi u Predlogu.<sup>21</sup> Pored određenih stilskih neurednosti u rečenici, ostaje otvoreno pitanje da li ova dopuna uopšte bila potrebna, uzevši u obzir da je to pitanje nauka rešila na zadovoljavajući način. Ono što u njemu nije dovoljno razjašnjeno jeste da li prvi deo rečenice obuhvata i situacije gde postoji prirodno jedinstvo radnje krivičnog dela ili se odnosi samo na realne sticaje.

U članovima 3. i 4. Predloga izvršeno je preciziranje odredbe člana 45. KZ-a, koji uređuje poseban način izdržavanja kazne zatvora, tako što je u posebnom članu 45a. propisano izvršenje kazne zatvora u postorijama u kojima osuđeni stanuje, popularno nazvan **kućni zatvor**.

Ovaj član Predloga je najbolji dokaz da je zakonodavac gluv i nem na dobronamerne primedbe pravne nauke u vezi sa ovom dopunom KZ-a iz 2009. godine. Sve što zakonodavac sada predlaže u vezi sa tzv. kućnim zatvorom jeste drugačiji raspored iste materije unutar KZ-a. U delu referata koji opisuje sadašnje stanje materijalnog krivičnog zakonodavstva je iznet najveći deo primedbi na manjkavosti ovog rešenja, i nema potrebe ponavljati ih. Umesto da jasno reši da li je u pitanju novi način izdržavanja kazne zatvora, ili je u pitanju nova vrsta kazne zatvora (argumenata ima za oba rešenja ali se čini da je u pitanju ovo drugo) pa u skladu sa tim i da propiše nove uslove za njeno izricanje, zakonodavac se bavi kozmetičkim preraspodelama postojećeg legislativno-tehnički, jezički i logički neurednog sadržaja.

Članom 5. Predloga dopunjuje se član 104. stav 1. KZ-a, koji propisuje zastarelost krivičnog gonjenja, tako što se predviđa da za krivična dela protiv polne slobode i krivično delo nasilje u porodici, zastarelost krivičnog gonjenja otpočinje od sticanja punoletstva oštećenog, ako su ova dela učinjena na štetu maloletnog lica.

Zanimljiv je da za ovaj član Predloga nema nikakvog obrazloženja u tekstu akta. Usled toga čitalac ostaje uskraćen za ideju koja je rukovodila predlagачa u ovoj dopuni. Ona bi bila od izuzetnog značaja jer se ni nakon dužeg razmatranja ove dopune ne vidi zašto jedino za nabrojana dela i maloletne oštećene rokove zastarelosti treba produžiti. Stoga se može postaviti hipoteza o razlozima ove dopune.

Prva hipoteza: Potrebno je izvršiti pojačanu zaštitu maloletnika kada su ova krivična dela u pitanju. Ta pretpostavka je tačna sama po sebi, ali se na ovaj način to neće postići. Osnovni razlog za postojanje zastarelosti jeste činjenica da se svrha kažnjavanja ostvaruje i bez kažnjavanja. Onaj ko izvrši krivično delo, a ne ponovi novo pa tako pokaže da se svrha kažnjavanja ostvarila i bez kazne, na određeni način uživa korist od pravila da mu se rok zastarelosti krivičnog gonjenja ne prekida. Što više vremena

19 Z. Stojanović, *op. cit.*, III, str. 203.

20 N. Srzentić, A. Stajić, Lj. Lazarević /1998/: *Krivično pravo Jugoslavije – Opšti deo*, Beograd, str. 209; F. Bačić /1980/: *Krivično pravo – Opći dio*, Zagreb, str. 185; Radovanović smatra da je to „...celo vreme trajanja njegove posledice“: M. Radovanović /1976/: *Krivično pravo SFRJ – Opšti deo*, Beograd, str. 88.

21 Z. Stojanović, *op. cit.*, III, str. 203.

protekne u nevršenju novog krivičnog dela, a gonjenje još uvek traje, to se pretpostavka da se svrha kažnjavanja ostvarila pokazuje sve više tačnom. A ovde je upravo to slučaj.

Druga hipoteza: Predlagač smatra da se razlozi koji opredeljuju zastarelost menjaju kada su u pitanju maloletnici i navedena krivična dela. Ova hipoteza se ne čini osnovanom. Zašto bi se razlozi zastarelosti menjali u ovim slučajevima? Ako bi trebali da se menjaju, onda bi trebali u svim slučajevima kada su maloletnici oštećeni, a ne samo kod nabrojanih krivičnih dela. I obrnuto. Ako treba da se menjaju u slučajevima navedenih krivičnih dela, onda nema razloga da se izdvajaju slučajevi gde su maloletnici oštećeni. Čini se da se razlozi zbog kojih je uopšte propisana zastarelost ne menjaju kada su u pitanju navedena dela i maloletni oštećeni.

Možda je predlagač podlegao uticajima koji dolaze iz anglosaksonske porodice pravnih sistema, u kojoj, kao što je poznato, zastarelost nije prepreka krivičnom gonjenju niti izvršenju sankcija.<sup>22</sup> Suprotnu poziciju zauzimaju zakonodavstva koja su crpela inspiraciju iz Napoleonovog KZ-a.<sup>23</sup> To su uglavnom ona koja pripadaju evropsko-kontinentalnoj porodici pravnih sistema. Kako je došlo do ovog kretanja ostaje otvoreno pitanje, ali je sasvim moguće da je ono posledica internacionalizacije našeg krivičnog prava. Anglosaksonska porodica pravnih sistema, zahvaljujući razlozima koji prevazilazile zadatke ovog rada pa ih nećemo detaljno izlagati, vrši nadmoćan uticaj na međunarodnog legislatora. Tako se dešava da pravne postavke, način uređenja, legislativna tehnika međunarodnog krivičnog prava, bilo u užem, bilo u širem smislu, odgovaraju onima iz anglosaksonske porodice pravnih sistema. Najbolji primer za rečeno, kada je u pitanju institut zastarelosti, jeste Konvencija UN protiv korupcije koja u članu 29. traži od država potpisnica da ustanovi „duge“ rokove zastarelosti gonjenja za krivična dela ustanovljena ovom konvencijom, a u slučaju izbegavanja krivičnog gonjenja od strane osumnjičenog, još „duže“ od postojećih, ili, čak, da ih potpuno ukine.<sup>24</sup> Kada bi naš zakonodavac uradio tako nešto on bi, na primer, primanje mita izjednačio sa genocidom, barem na polju zastarelosti. Na kraju krajeva, i odredba člana 108. KZ RS o nezastarevanju međunarodnih krivičnih dela došla je iz međunarodnog prava.<sup>25</sup>

Poslednji predlozi za izmene u Opštem delu KZ-a jesu u članu 112. gde se predlaže izmena značenja izraza „službeno lice“ i „strano službeno lice“ kao i značenje izraza „opojna droga“. Barem kod ovog trećeg zakonodavac nije trebao da se umeša izmenom jer je određenje opojnih droga namerno ostavljeno zavisnim od podzakonskih akata. Razlog je jasan. Inventivnost i brzina proizvođača opojnih droga je toliko velika da nema potrebe da se zakonodavac upušta u trku sa njima. Prosto rečeno, zakonodavni postupak ne odgovara za tu bitku. Zato on ostavlja prostor u kojem mu pomaže upravni postupak, koji ima odgovarajuće „brzinske“ karakteristike. Ministar nadležan za poslove zdravlja donosi, po potrebi, odgovarajući podzakonski akt u kojem određuje šta se smatra „opojnom drogom“. Nema nikakve prepreke u postojećem rešenju člana 112. KZ-a da se i „psihoaktivne kontrolisane supstance“ smatraju „opojnim drogama“.

22 Za malobrojne izuzetke u Velikoj Britaniji videti: J. W. C. Turner (ed.) /1958/: *Kenny's Outlines of Criminal Law*, Cambridge, p. 507-508;

23 W. A. Schabas /2004/: *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge, p. 115.

24 UN Convention Against Corruption, <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/>, 21. jun 2012. godine

25 Z. Stojanović, *op. cit.*, III, str. 333-334.

### 3.2. Najznačajnije izmene u Posebnom delu KZ-a

Kretanje ka širenju obima krivičnog prava (represije) i zaoštavanju kaznene politike koje je karakterisalo izmene i dopune iz 2009. godine u posebnom delu KZ-a, sada nije nastavljeno. Predlaže se ukidanje 4 krivična dela (uvreda, kleveta, neosnovano dobijanje i korišćenje kredita i druge pogodnosti i međunarodni terorizam), a uvođenje 6 novih (neuplaćivanje doprinosa i drugih propisanih dadžbina, prevara u poslovanju, subvencijska prevara, zloupotreba u postupku javne nabavke, javno podsticanje na terorizam i vrbovanje i obučavanje za terorizam). Menja se u potpunosti 6 krivičnih dela, a manje izmene se predlažu u još 4.

Ukidanje klevete i uvrede je verovatno najznačajnija izmena koju Predlog pokušava da uvede. Istovremeno, ona je verovatno i najlošija. Ako se krene sa uporedno-pravnog stanovišta neće se pronaći ozbiljna država u Evropi koja nema krivična dela uvrede i klevete. Naročito ne među onima koje su Srbiji (a pre nje Jugoslaviji) bile uzor prilikom oblikovanja krivičnog prava, a to su države germanskog pravno-civilizacijskog kruga. Ako se krene sa kriminalno-političkog stanovišta, ne postoji apsolutno nikakva naučna potvrda zaključka da će se u građanskom postupku efikasnije suzbijati klevete i uvrede.

U obrazloženju Predloga se navodi kako će se time „u potpunosti ukinuti verbalni delikt“, što vodi zaključku da predlagač ne poznaje značenje pojma „verbalni delikt“ u nauci krivičnog prava.

Taj pojam je korišćen da se opiše nekada zloglasni član 133. KZ SFRJ koji je nosio naziv „Neprijateljska propaganda“. Pratila ga je odgovarajuća mera bezbednosti iz člana 67. KZ SFRJ pod nazivom „Zabrana javnog istupanja“. Zajedno su korišćeni da se ljudima uskrati sloboda govora i izražavanja. Ostali su poznati kao simbol jednoulja odnosno jednog nedemokratskog i totalitarnog društva koje nije trpelo drugačiju misao i reč od one koja je bila proklamovana kao zvanična ideološka dogma. Ukinuti su sa prvom novelom KZ SFRJ prilikom vršenja pionirskih poduhvata na polju demokratskog preobražaja društva 1990. godine, s tim da je „Neprijateljska propaganda“ zamenjena sa „Pozivanjem na nasilnu promenu ustavnog uređenja“. U tom novom delu su promenjeni osnovni elementi bića tako da je otpao osnovni prigovor da ograničava slobodu misli i izražavanja.<sup>26</sup>

Predlagač, po svemu sudeći, zamera uvredi i kleveti što se mogu učiniti *verbalno*. To je tačno. „Verbalni delikt“ ima veze sa delima protiv časti i ugleda utoliko što uvreda i kleveta mogu izvršiti verbalno-usmeno, i na tome se završava. Šta će biti sa pismenom, gestovnom, simboličkom uvredom i klevetom kao i sa realnom uvredom?<sup>27</sup> One se svakako ne mogu nazvati „verbalnim deliktom“, ali predlagač i njih takođe ukida. Na kraju krajeva, KZ danas ima čitav niz krivičnih dela koje se mogu izvršiti verbalno.<sup>28</sup> Zakonodavac nije bio dosledan. Ako mu je merilo za prigovor

26 Z. Stojanović /2007/: *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, str. 676.

27 Podela uvrede preuzeta je iz: T. Živanović /1911/: *O uvredi i kleveti*, Beograd, str. 17-18. Živanović piše još i o uvredi nečinjenjem, putem propuštanja ukazivanja dužnog poštovanja, ali je ona danas napuštena u nauci.

28 N. Jovančević /2008/: *Podstrekavanje – oblik saučesništva i samostalno krivično delo*, Beograd, str. 372-377.

uvredi i kleveti to što se mogu izvršiti verbalno, onda je trebao da predloži ukidanje i svih ostalih dela koja se mogu izvršiti verbalno.

Predlagač zakona ne shvata ključnu razliku između „verbalnog delikta“, što je pojam kojim je nauka najčešće nazivala član 133. starog KZ SFRJ, i uvrede i klevete (za koje se pojam „verbalni delikt“ u nauci vrlo retko koristio). Ključna razlika je u zaštitnom objektu. Neprijateljska propaganda je bila u glavi dela protiv ustavnog uređenja, a kleveta i uvreda su u glavi dela protiv časti i ugleda. Bejavši delo protiv ustavnog uređenja neprijateljska propaganda iz člana 133. je služila za ograničavanje slobode govora. Uvreda i kleveta nikad nisu služile u tu sramotnu svrhu, jer je tako nešto, s obzirom na njihov zaštitni objekat, bilo skoro nemoguće (ili tadašnjim vlastodržcima neprijateljska propaganda bila dovoljna).

Na poslednjem mestu, predlagač ne pravi razliku između uvrede i klevete, odnosno poistovećuje ih pod ovim pogrešno upotrebljenim izrazom „verbalni delikt“.<sup>29</sup>

Iz obrazloženja se vidi da su ovom predloženom izmenom „usvojeni zahtevi velikog broja nevladinih organizacija i novinarskih udruženja“. Naravno da stavovi i mišljenja svih subjekata u društvu, pa tako i novinarskih udruženja ili nevladinih organizacija, treba da budu od značaja kada se uređuje kriminalizacija ili dekriminalizacija nekog ponašanja. Međutim, ovde se izgleda otišlo u drugu krajnost. Stavovi svih drugih subjekata kao da su zanemareni ili uopšte nisu uzeti u obzir. Na prvom mestu tu su građani.

Teško da ovaj predlog odgovara interesima građana. Čast i ugled su uvek visoko figurirali na skali vrednosti u našem društvu, tako da je teško zaključiti kako će građansko pravo obezbediti efikasnu zaštitu od klevetanja i vređanja. Krivična sankcija predstavlja socio-etički prekor za neko ponašanje i povlači za sobom javnu osudu sredine. Na taj način ona obezbeđuje zadovoljštinu oklevetanom i uvređenom, tako važnu u društvima u kojima se nematerijalne vrednosti visoko kotiraju, kao što je naše.

Jedan od dobrih dokaza da se takve vrednosti visoko kotiraju kod nas jeste postojanje reči *inat* (poreklom iz turskog jezika i znači *čvrsto uverenje*) u srpskom jeziku koje u engleskom, nemačkom ili francuskom ne postoji.<sup>30</sup> Upravo iz ovog razloga u srpsko-engleskim rečnicima ova pojava mora da se prevodi opisno. Jedan od boljih prevoda glasi: *inat* je stav dostojanstvenog otpora na sopstvenu materijalnu štetu. Ova reč ne bi postojala u srpskom kada pojava inačenja ne bi postojala. Da li bi danas u Sarajevu postojala kafana *Inat kuća* da u našem narodnom etosu nematerijalna vrednost nije jača od materijalne?<sup>31</sup> Naučne istine radi, taj isti narodni etos je primetio cenu *inata*, i ugradio je u poslovicu „Od *inata* nema goreg zanata“. Ali to ne znači da kolektivnoj svesti našeg naroda nematerijalne vrednosti nisu više rangirane od materijalnih.

29 „...uvreda i kleveta su dva kvalitativno različna krivična dela protiv časti.“: T Živanović, *op. cit.*, str. 2.

30 Iako su slični, *inat* treba razlikovati od *prkosa*. *Prkos* je reč slovenskog porekla.

31 Austro-ugraske vlasti su nakon donošenja odluke da zidaju gradsku kuću na desnoj obali Miljacke 1892. godine zaključile da se zbog tog posla moraju srušiti neke zgrade, između ostaloga i kuća jednog starog sarajlije koji na to nikako nije pristajao. Na kraju pregovora sa vlastima pristao je da mu sruše kuću uz uslov da je presele na drugu obalu Miljacke, ciglu po ciglu. Narod ju je posle toga prozvao *Inat kuća*. Da li je taj sarajlija mogao da uzme novac i sazida drugu kuću? Mogao je, ali nije. Iz *inata*.



Kao najjači argument protiv ukidanja uvrede i klevete treba reći da se njima štite jedine vrednosti koje čovek ima i nakon smrti. Niti jedna druga vrednost čoveku ne preostaje nakon smrti. Život je nestao, telo propada, imovina je prenetna na druge nasleđem, radni odnos prestaje, brak prestaje, sve prestaje i nestaje osim časti i ugleda. One nastavljaju da bivaju zaštićena dobra i po našoj smrti.<sup>32</sup> Drugim rečima umrli mogu biti subjekti časti iako više nisu subjekti prava, tim pre što je u pitanju dobro prevashodno nematerijalne prirode.<sup>33</sup>

Pravna nauka skoro sigurno kod ovog predloga nije konsultovana. Da jeste ona bi prenela stav da se do sada u ozbiljnim diskusijama oko depenalizacije ili dekriminalizacije uvrede i klevete, nisu čuli uverljivi argumenti. Stručnih i kriminalno-političkih razloga za depenalizaciju ili dekriminalizaciju nema.<sup>34</sup>

Predlagač nije vodio računa da pojam vređanja postoji i na drugim mestima u KZ-u, pa ako se ukida krivično delo uvrede, onda mora da se odgovarajuće interveniše i u tim drugim delovima KZ-a. Šta će biti sa radnjama izvršenja krivičnih dela Nasilničko ponašanje i Povreda parlamentara? Da li će teško vređanje moći da izazove stanje razdraženosti kod Ubistva na mah i Teške telesne povrede na mah? Šta će biti sa celokupnim krivičnim delima Zlostavljanja i mučenja, Zlostavljanje potčinjenog i mlađeg, Povreda moralnih prava autora i interpretatora (specijalni oblik tzv. nedostojnog korišćenja autorskog dela) budući da kod ovih dela KZ zahteva da ne sme da se vređa ljudsko dostojanstvo, a tako nešto može da se izvrši (i najčešće se vrši) povredom časti i ugleda? Šta će biti sa kaznom rada u javnom interesu? Da li će sudija moći da odredi takvu vrstu rada u javnom interesu koja vređa ljudsko dostojanstvo?

Predlog da se uvedu tri nova krivična dela (prevara u poslovanju, subvencijska prevara, zloupotreba u postupku javne nabavke) čini se da je na liniji izmena i dopuna KZ RS iz 2003. godine, kada je potpuno nepotrebno uneta čitava glava krivičnih dela koja se zvala **Krivična dela korupcije**. Ta glava tadašnjeg KZ RS je bila izrađena po ugledu na neki uzor iz anglosaksonske porodice pravnih sistema. To je sasvim jasno vidljivo iz kazuistike kao legislativne tehnike kojom su bila izrađena krivična dela u toj glavi i nedostatka grupnog zaštitnog objekta. Sada se čini da se ta greška ponavlja, samo u manjem obimu. Nastavlja se seciranje pojava koje mogu da se zahvate već postojećim krivičnim delima u najmanje detalje. Tako nam obrazloženje ovih dopuna kaže kako one treba da „...sankcionišu određene radnje vezano za poslovanje, a u cilju sprečavanja prevarnih i koruptivnih radnji...“.

Prevarno ponašanje je već zahvaćeno članom 208. KZ. Istina je da osnovni oblik ove nove prevare ima predviđenu težu kaznu od osnovnog oblika prevara, pa bi i mogla da se brani teza da je u pitanju nova vrsta prevare koja zahteva težu kaznu. Međutim, dva teža oblika ove nove prevare su zaprećena istom kaznom kao

32 Stojanović piše da postoji teorijsko pitanje da li se tu štiti čast porodice ili čast umrlog lica: Z Stojanović, *op. cit.*, IV, str. 417. Na zaključak da je, ipak, čast umrlog lica u pitanju, navodi jezičko uobličavanje člana 177. stav 2. koja kaže „...učinjena **prema** umrlom licu...“. I Toma Živanović je ovog stava pišući da bi u obrnutom slučaju uvreda nekog lica uvek morala da bude i uvreda porodice: T. Živanović, *op. cit.*, str. 9, 10.

33 *Ibid.*, str. 11.

34 Z. Stojanović, *op. cit.*, IV, str. 415-416.

i dva teža oblika obične prevare (208. stav 3. i 4.) i sa razlogom se postavlja pitanje čemu služe? Što se tiče predloženog dela zloupotrebe u javnim nabavkama ona je izrađena u skladu sa lošim tradicijama dopuna iz 2003. godine. Podsetiću da je zakonodavac tada svaku vrstu korupcije koju je uspeo da zamisli propisao kao zasebno krivično delo. Kao da je kazuistika, a ne uopštavanje legislativna tehnika svojstvena krivičnom pravu u evropskoj-kontinentalnoj porodici pravnih sistema, kojoj i Srbija pripada.

U vezi sa izmenama kod krivičnog dela terorizma, najveći problem je propisivanje novog krivičnog dela **javno podsticanje na terorizam** koje treba da kažnjava javno iznošenje ili pronošanje ideja kojim se na neposredan ili posredan način podstiče na izvršenje terorizma iz člana 312. KZ. Ovo predloženo krivično delo govori o vrlo maglovitoj predstavi koju zakonodavac ima oko značenja naučnog pojma verbalni delikt. S jedne strane se ukidaju navodni „verbalni delikti“ (kleveta i uvreda), a s druge se predlaže uvođenje verbalnog delikta upravo na onaj način kako taj pojam poima nauka krivičnog prava kod nas (javno podsticanje na terorizam).

Naročito su sporna dva pojma koje koriti predložena odredba: „ideja“ i „posredno“. Ideja je pojam koji pre pripada filozofiji nego pravu i potpuno je nepogodan da bude zahvaćen krivičnim pravom, dok posredno podsticanje otvara prostor da se u ovu odredbu umetne, s jedne strane, nehat, a s druge strane udaljeni i po intenzitetu slabi oblici učestvovanja u krivičnom delu koji ne zaslužuju da se na njih reaguje krivičnim pravom. Ovo je pravi način da se ukine sloboda govora u jednoj zemlji. Vrlo je verovatno da su nebrojeni načini na koji može da se posredno podstiče terorizam iznošenjem ili pronošanjem ideja.

Čini se da je zakonodavac, još jednom, nekritički prepisao odredbu koja vodi poreklo iz međunarodnog krivičnog prava (u širem smislu) nesvestan da se one rade po uzoru na krivično pravo svojstveno anglosaksonskoj porodici pravnih sistema. Ova porodica pravnih sistema ima potpuno drugačiji stav prema pripremanju kao fazi u izvršenju krivičnih dela koja se ogleda u tzv. conspiracy doktrini. Najbolji primer za ovu tvrdnju je odredba člana 3. stav c) Konvencije o suzbijanju i sporečavanju zločina genocida iz 1948. godine koja zabranjuje „neposredno i javno podsticanje genocida“. Ova odredba je uneta u konvenciju o genocidu po ugledu na pomenutu doktrinu o pripremanju krivičnog dela anglosaksonske porodice pravnih sistema.<sup>35</sup> Mi smo je uneli u naše krivično pravo 1951. godine kada je propisana odredba genocida. Ona je danas stav 4. člana 375. KZ koji glasi: „Ko poziva ili podstiče na izvršenje dela iz člana 370. do 374. ovog zakona“.

#### 4. TZV. MARIJIN ZAKON

***Predlogom Zakona o posebnim merama za sprečavanje vršenja krivičnih dela protiv polne slobode prema maloletnim licima*** nastavlja se kretanje ka zaoštavanju kaznene politike, naročito u sferi polnih delikata započeto izmenama i dopunama KZ-a iz 2009. godine. Za izvršioce navedenih krivičnih dela uvode se tzv. ***posebne mere***. Šta su posebne mere iz ovog predloga po pravnoj prirodi?

35 W. A. Schabas /2002/: *Genocide in International Law*, Cambridge, p. 266.

Član 2. Predloga koji nosi naziv *Cilj zakona* se nedvosmisleno naslanja na odredbu člana 78. KZ-a koja govori o svrsi mera bezbednosti, s tim da se između *stanja* i *uslova* koji mogu biti od uticaja da učinilac ubuduće vrši krivična dela opredeljuje samo za „uslove koji mogu biti od uticaja da učinioци krivičnih dela protiv polnih sloboda prema maloletnim licima ubuduće vrše krivična dela“. Iz ove sadržine vidi se da su po svojoj svrsi zamišljene, u prvom redu, kao neka vrsta mere bezbednosti, ili, eventualno, kao neka vrsta pravnih posledica osude. Ipak, u samom Predlogu postoje barem dve prepreke da se *posebne mere* postave bilo kao mere bezbednosti, bilo kao pravne posledice osude.

Na prvom mestu, mere bezbednosti se, kao sankcije, izriču. Ne postoji obaveza za sud da ih obavezno izrekne, osim u izuzetnim slučajevima (oduzimanje predmeta itd.). Iz člana 1. i iz člana 7. Predloga saznajemo da se ove posebne mere *sprovode*, a ne izriču. U slučaju kada neke mere kaznenog karaktera sud ne izriče i ne odmerava one nisu sankcije. Na drugom mestu, mere bezbednosti se izriču kada se izvrši procena opasnosti pojedinačnog učinioca krivičnog dela. Mere bezbednosti ne smeju da se vezuju za određene tipove delinkvenata, niti za određena biološka ili biopsihološka tumačenja pojma opasnosti učinioca. A upravo to je učinjeno u ovom predlogu zakona. Posebne mere se sprovode nad učiniocima tačno određenih krivičnih dela (dela protiv polne slobode) izvršenih prema tačno određenim licima (maloletnim licima). Sve u svemu sprovode se nad onim učiniocima krivičnih dela koje predlagač zakona *doživljava* kao pedofile.<sup>36</sup> Obe primedbe jasno govore da posebne mere nisu sankcije. Ako nisu sankcije, pitanje je šta jesu?

Ako se obavezno sprovode kao posledica osude na neka dela i neke kazne i ako su kaznenog karaktera one bi mogle da budu pravne posledice osude iz glave 8. KZ-a. Ipak, protiv ovog zaključka govori činjenica da je u ovom istom Predlogu članu 6. dat naziv *pravne posledice osude* koji se najneposrednije naslanja na odredbe glave 8. KZ-a i ponavlja ih do neke mere. Njime se određuju koje pravne posledice osude nastupaju kao posledica osude za krivična dela protiv polnih sloboda izvršenih prema maloletnim licima. Postojanje ovog člana u Predlogu jasno vodi zaključku da za predlagača posebne mere jesu nešto drugačije od pravnih posledica osude. Ovo otuda što su predviđene u posebnom članu.

U ovakvom slučaju je najbolje da se sadržina posebnih mera upotrebi kao indikator njihove pravne prirode.

Posebne mere se, prema članu 7. Predloga, sastoje od:

- 1) obaveznog javljanja nadležnom organu policije i Uprave za izvršenje krivičnih sankcija;
- 2) zabrane posećivanja mesta na kojima se okupljaju maloletna lica (vrtići, škole i sl);
- 3) obaveznog posećivanja profesionalnih savetovališta i ustanova;
- 4) obaveznog obaveštavanja o promeni prebivališta, boravišta ili radnog mesta;
- 5) obaveznog obaveštavanja o putovanju u inostranstvo.

36 Važno je napomenuti da je ovo predlagačev doživljaj pedofilije, a ne shvatanje kriminologije kao nauke.

Iz sadržaja posebnih mera se vidi da su one oblikovane po ugledu na neke od obaveza koje se mogu izreći uz uslovnu osudu kao sadržina zaštitnog nadzora. To je zanimljiva analogija koja je verovatno učinjena da bi predlagač imao opravdanje: ako tih mera već ima u KZ-u, pa zašto ne bi mogle da se ponove u krivičnom pravu? Ipak, ova analogija je potpuno neosnovana.

Da bi se izrekla uslovna osuda mora pre toga da se **UTVRDI** kazna zatvora. Zatim se, kao akt koji je na liniji ostvarivanja načela poslednjeg sredstva, izriče uslovna osuda ukoliko se njome može ostvariti ista svrha koja bi se ostvarila zatvorom. To proizlazi iz odredbe o svrsi uslovne osude iz člana 64. KZ-a koji kaže da je „...svrha uslovne osude i sudske opomene da se **kazna ne primeni...**“. U ovom slučaju radi se o kazni zatvora. Kazna koja čoveka lišava slobode kretanja. Zatim se određuje zaštitni nadzor. On se određuje kada je već izrečena uslovna osuda („Kad **izrekne** uslovnu osudu sud može odrediti da se učinilac stavi pod zaštitni nadzor...“ član 72. KZ).

Ako se država odluči da aktom poverenja, a sudija upravo svojom procenom o poverenju u osuđenika odlučuje o uslovnoj osudi, odluči da nekog ko je zaslužio zatvor ipak ne pošalje tamo, onda je više nego razumljivo zašto može da mu odredi neke obaveze u ponašanju u vidu zaštitnog nadzora. Ne kaže uzalud jedno od pravila logičkog tumačenja: ko može više, može i manje. Sve te različite obaveze koje sud može da izrekne u vidu zaštitnog nadzora uz uslovnu osudu zaista predstavljaju ograničenije lične slobode i slobode kretanja, ali su one samo derivati celokupnih pomenutih sloboda. Umesto potpunog oduzimanja lične slobode i slobode kretanja, osuđenom se delimično oduzima sloboda kretanja putem nametanja obaveze da se periodično javlja službeniku za zaštitni nadzor, da se uzdržava od posete nekim mestima, da posećuje profesionalna savetovališta ili ustanove itd.

Posebne mere iz predloga zakona ne deluju tako. One, **nakon** što je neko **izdržao** kaznu zatvora, uvode određene obaveze ili zabrane u ponašanju koje, kako je rečeno, predstavljaju određene derivate lične slobode i slobode kretanja.

Za bilo kakvo ograničenje lične slobode i slobode kretanja mora da postoji osnov u Ustavu RS, a za ovo ne postoji. Dovoljno je pogledati, na primer, član 39. Ustava RS o slobodi kretanja i videti da on poznaje samo 4 osnova za ograničenje ovog prava: vođenje krivičnog postupka, zaštite javnog reda i mira, sprečavanja širenja zaraznih bolesti i odbrane RS. Niti jedan ne stvara osnov za „obavezno obaveštavanje o putovanju u inostranstvo“ ili bilo koju drugu, kako ih ovaj predlog zove, posebnu obavezu.

Još jedan član Predloga koji je manjkav jeste 17. koji u stavu 1. predviđa, između ostaloga, prekršaje za pravna lica koja „ne poštuju“ pravne posledice osude predviđene predlogom. Ovde se kao posebno zanimljiv pojavljuje opis radnje prekršaja izražen rečima „ne poštuje“. On kao da dolazi iz rečnika zemunske pravne terminologije. Predlagač nam je ostao dužan za objašnjenje kako se to „poštuje“ ili „ne poštuje“ neka pravna posledica osude. Možda bi pravna posledica osude trebalo da se **ISPOŠTUJE**? Takođe, predlagač nije objasnio kakav je odnos ove odredbe sa krivičnim delom iz člana 341. KZ-a **Protivzakonito omogućavanje vršenja određenih poziva, funkcija, dužnosti, poslova i delatnosti** koje zahvata iste radnje, ali ih čini krivičnim delima.

Član 5. Predloga koji uvodi zabranu ublažavanja kazne i uslovnog otpusta učinocima navedenih krivičnih dela je delimično nepotreban. Zabrana ublažavanja kazne

je već uvedena izmenama i dopunama KZ-a 2009. godine za dela iz članova 178., 179. i 180. tako da se u slučaju ovih dela samo nepotrebno ponavlja. Što se tiče zabrane uslovnog otpuštanja, ova odredba je problematična zato što briše odnosno poništava osnovnu funkciju uslovnog otpusta. Njena osnovna svrha je da ukaže na mogućnost ispunjavanja svrhe kažnjavanja bez potpunog izdržavanja kazne. Ako se nekome onemogućiti da dokaže da se u toku izdržavanja kazne popravio dovoljno da može da bude uslovno otpušten, sa razlogom može da se postavi pitanje svrhe kažnjavanja u slučaju krivičnih dela protiv polnih sloboda izvršenih nad maloletnicima. Šta je svrha kažnjavanja u ovim slučajevima?

Ovo pitanje dodatno pojačava i zabrana ublažavanja kazne. I ona se omogućava kada sudija dođe do zaključka da se ublaženom kaznom postiže svrha kažnjavanja. Predlogom zakona sudiji se oduzima ta mogućnost. U prilog ovom pitanju ide i odredba članova 13. do 15. Predloga o posebnoj kaznenoj evidenciji za izvršioce krivičnih dela navedenih u zakonu. Ova evidencija se, po svemu sudeći, vodi nezavisno od kaznene evidencije predviđene KZ-om i Predlogom je predviđeno da je trajna i ne može se brisati. Ovakav predlog ukida u potpunosti institut rehabilitacije. On je takođe zamišljen da pospeši svrhu kažnjavanja putem vraćanja statusa neosuđivanosti, između ostaloga, i brisanjem iz kaznene evidencije, onom osuđenom koji određeno vreme nakon izdržane, oprostene ili zastarele kazne ne učini novo krivično delo.

Član 15. predloga predviđa i da će država podatke iz ove posebne evidencije dostavljati „inostranim državnim organima“, što je do sada bilo nezamislivo. Država treba da pomogne građanima kada treba da ostvare svoje interese u inostranstvu, a ne da ih cinkari strancima. Sada se s pravom može postaviti pitanje kakav je odnos ove odredbe sa odredbom člana 102. KZ-a koja kaže da niko nema prava da traži od građana podatke o njihovoj osuđivanosti ili neosuđivanosti, ako će država sama da deli te podatke strancima?

Na kraju bi trebalo reći da se sama suština ovog predloga pokazuje kao nedostatna. Kojim to istraživanjima je predlagač i kada utvrdio da se, kako kaže u obrazloženju, obim krivičnih dela protiv polne slobode povećao? Ako i jeste, kojim to istraživanjima je zaključio da upravo učinioci ovih krivičnih dela izvršenih nad maloletnicima pokazuju posebnosti koje zaslužuju ovako „posebne mere“? Ko je, kada i kojim istraživanjima utvrdio da se oni učinioci krivičnih dela koje predlagač pokušava da odvoji od opšte populacije zaista razlikuju od ostalih i da je stopa povrata kod njih veća nego kod drugih učinilaca krivičnih dela? Nakon ovog predloga zakona može se postaviti pitanje postojećih shvatanja povrata, pedofilije, svrhe kažnjavanja, rehabilitacije, sankcije i mnoga druga.

## ZAKLJUČAK

Opisana nastojanja zakonodavca oličena u predlozima zakona koji su upućeni u Narodnu skupštinu, a koja vode zaoštavanju kriminalne politike i širenju krivično-pravne represije nisu nova na zakonodavnom planu. Ako posmatramo i period pre donošenja KZ one su, to se slobodno može reći, temeljno kretanje ili opredeljenje, a ne incident. Izuzetak je jedino sam KZ. Usled toga već date ocene rada srpskog

zakonodavca u polju krivičnog prava u poslednjih 10 godina stoje i danas.<sup>37</sup> Kako će ove ocene izgledati nakon novog ZID KZ koji će biti upućen u Narodnu skupštinu u oktobru 2012. godine ostaje da se vidi.

U Uvodu rada je rečeno da će se ponuditi jedan mogući, ali i verovatni odgovor na pitanje otkud ova kriminalno-politička kretanja kod srpskog zakonodavca.

Srpski zakonodavac se opredelio za krivičnopravne reforme u jeku najveće ekonomske i finansijske krize koja potresa ceo svet pa i našu zemlju. Povećanje nezaposlenosti povećava osećanje nesigurnosti kod građana, a ima i određeni uticaj na povećanje stope kriminala. Sredstva javnog informisanja naglašavaju ove pojave. Neki zakonodavci, tako i srpski, se u takvim vremenima opredeljuju da povećaju osećanje sigurnosti kod građana pojačavajući krivičnopravnu represiju. Ključni razlog za ovakvo ponašanje zakonodavca je činjenica da je krivično pravo, sa izuzetkom vojne sile, najjači represivni mehanizam u rukama jedne države. Zahvaljujući tome dešava se da se u vremenima kada nema ratova, a država prolazi kroz periode većih društvenih nestabilnosti i kriza koje u pravilu vode preispitivanju i samih temelja na kojima počiva, zakonodavac reaguje upravo u onoj sferi, sferi sile odnosno represije, koja na najbolji način pokazuje, svima koji sumnjaju u njegovu vitalnost, da je delotvoran, dejstven i sposoban da se odupre izazovima koji se pred njega postavljaju.<sup>38</sup> Tako pokušava da ostavi utisak da se bori sa kriminalom kao vrelom nesigurnosti i tu pravi ključnu grešku.

Kada je kažnjavanje u pitanju, ili kriminal uopšte, glas naroda je u pravilu pogrešan, iracionalan i nečovečan. Kako nam istorijski razvoj krivičnog prava pokazuje, javnost je brza i laka na obeležavanju kako potencijalnih kriminalaca tako i osuđenih kriminalaca i stvaranju predrasuda o njima, iako je ova pravna grana izvorno zamišljena da popravlja, a ne da diskriminiše. Zakonodavac ne sme da podleigne pritisku koji stvara pojava, kako je kriminologija naziva, „punitivne javnosti“.

U suprotnom, zakonodavac stvara norme potčinjavajući ih političkim potrebama i zahtevima populističke kriminalne politike (ako to uošte može da se nazove kriminalnom politikom), bez obzira na dugoročne štetne posledice po krivično pravo.<sup>39</sup> Ovakva kretanja kod zakonodavaca u nauci su već ocenjena kao štetna po krivično pravo i nazvana su „punitivni populizam“.<sup>40</sup>

37 Z. Stojanović /2011/: Krivično pravo u doba krize, *Branič*, br. 1-2, str. 45-48; Z. Stojanović /2003/: Kriza savremenog krivičnog prava, *Prava Čoveka*, br. 5-6, str, 17.

38 U ovim nastojanjima naš zakonodavac nije originalan. On prepisuje recept koji je već viđen na drugim prostorima u sličnim situacijama. Tako je krajem 70-tih godina prošlog veka povećanje stope kriminaliteta, naročito lakšeg, razvilo osećanje nesigurnosti u francuskoj javnosti koje je bilo dodatno osnaženo od strane medija. To je bilo i vreme velike stope nezaposlenosti u Francuskoj. Vlasti su morale da ostave utisak da se bore protiv nesigurnosti i protiv kriminala: S. M. Clavier /1997/: *Perspectives on French Criminal Law*, p. 15, <http://userwww.sfsu.edu/~sclavier/research/frenchpenalsystem.pdf>, 15. maj 2009. godine.

39 Z. Stojanović, *op. cit.*, VI, str, 17.

40 Ripolles piše da su poslednje promene u španskoj kriminalnoj politici zabrinule skoro celu akademsku javnost i aktere krivičnopravnog sistema koji odbacuju i neodobravaju ove zakonodavne intervencije: J. L. D. Ripolles /2007/: The “Law and Order” Approach in Spanish Criminal Justice Policy, *Electronic Review of The International Association of Penal Law*, A-02, p. 1. <http://www.penal.org/IMG/JLDRLawOrderSpanish.pdf>, 10. oktobra 2012. godine.



Uzrok ovom ponašanju zakonodavca je klasična veza koju savremena nauka gradi između politike suzbijanja kriminaliteta, i obične politike. One se zahvaljujući, ne samo terminološkoj, nego i suštinskoj bliskosti, vrlo lako pomešaju ili poistovete. Tako dolazi do pojave da se neki od mehanizama klasične politike upotrebe u domenu kriminalne politike. Brzina, odlučnost, oštrina, beskompromisnost i snaga jesu odlike koje birači vole da vide kod nosilaca moći odlučivanja u političkim tokovima. Stoga je prirodno da se te osobine prenesu na kriminalno-političke mehanizme, mere ili sredstva. Krajnji ishod takvog pristupa jesu oštre i snažne mere u domenu krivičnog prava. Tamo gde je potrebna istančanost hiruškog noža i filigranski precizan rez, država koristi mesarsku sataru i za nju svojstven udarac.

Jedno efikasno i delotvorno krivično pravo prosto ne može i ne sme da funkcioniše na takav način. Svaki zakonodavac, pa tako i srpski, ima istorijsku odgovornost da se odupre ovim psihološki razumljivim, ali naučno i praktično potpuno neprihvatljivim i nedelotovornim idejama koja vode zaoštavanju krivično-pravne represije i pravnoj nesigurnosti.<sup>41</sup>

## LITERATURA

- F. Bačić /1980/: *Krivično pravo – Opći dio*, Zagreb
- S. M. Clavier /1997/: *Perspectives on French Criminal Law*, p. 15, [http://userwww.sfsu.edu/\\_sclavier/research/frenchpenalsystem.pdf](http://userwww.sfsu.edu/_sclavier/research/frenchpenalsystem.pdf), 15. maj 2009. godine
- N. Delić /2010/: Zabrana (isključenje) ublažavanja kazne u određenim slučajevima, *Crimen*, br. 2
- M. Đ. Đorđević /1988/: Osnovne karakteristike Posebnog dela Nacrta novog Krivičnog zakonika SRJ – objavljeno u: *Aktuelna pitanja tekuće reforme jugoslovenskog krivičnog zakonodavstva* (priredio S. Bejatović), Udruženje za krivično pravo i kriminologiju Jugoslavije, Beograd
- A. Eser /1973/: The Politics of Criminal Law Reform in Germany, *American Journal of Comparative Law*, No. 2
- N. Jovančević /2008/: *Podstrekavanje – oblik saučesništva i samostalno krivično delo*, Beograd
- Lj. Lazarević /2006/: Kritički osvrt na neka rešenja u KZ Srbije, *Pravni život*, br. 9
- H. H. Olsen /2008/: The Snake from Fujian Province to Morecambe Bay: An Analysis of the Problem of Human Trafficking in Sweated Labour, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, No. 1
- M. Radovanović /1976/: *Krivično pravo SFRJ – Opšti deo*, Beograd
- J. L. D. Ripolles /2007/: The “Law and Order” Approach in Spanish Criminal Justice Policy, *Electronic Review of The International Association of Penal Law*, A-02, p. 1. <http://www.penal.org/IMG/JLDRLawOrderSpanish.pdf>
- W. A. Schabas /2004/: *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge
- W. A. Schabas /2002/: *Genocide in International Law*, Cambridge

41 A. Eser /1973/: The Politics of Criminal Law Reform in Germany, *American Journal of Comparative Law*, No. 2, p. 253.

- Z. Stojanović /2005/: Karakteristike predloga Krivičnog zakonika Srbije, *Branich*, br. 1-2
- Z. Stojanović /2005/: Osnovne odlike novog Krivičnog zakonika Srbije, *Revija za krivično pravo i kriminologiju*, br. 1
- Z. Stojanović /2011/: *Krivično pravo-Opšti deo*, Beograd
- Z. Stojanović /2007/: *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd
- Z. Stojanović /2011/: Krivično pravo u doba krize, *Branich*, br. 1-2
- Z. Stojanović /2003/: Kriza savremenog krivičnog prava, *Prava Čoveka*, br. 5-6
- T. Živanović /1911/: *O uvredi i kleveti*, Beograd
- Krivični zakonik*, Službeni glasnik RS, broj 85/05, 88/05 (ispr.), 107/05 (ispr.)
- Zakon i izmenama i dopunama Krivičnog zakonika*, Službeni glasnik RS, broj 72/2009
- Zakon i izmenama i dopunama Krivičnog zakonika*, Službeni glasnik RS, broj 111/2009
- UN Convention Against Corruption*, <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/>

*Branislav Ristivojević*

Faculty of Law, University of Novi Sad

## NEGATIVE TRENDS IN CRIMINAL POLICY IN THE SUBSTANTIVE CRIMINAL LAW OF SERBIA SINCE THE ADOPTION OF THE PENAL CODE: THOROUGH LEGISLATOR DETERMINATION OR AN INCIDENT

### SUMMARY

Through the planned changes (January, 2012) and implemented changes (2009) the Serbian legislator significantly drifted from the original criminal policy on which the Serbian Penal Code had been built of in 2005. In this work the author explained each deficiency by critically approaching mentioned legislative activity and then he classified them into groups according to their negative effects not just on a whole Penal Code but on its original criminal policy goals.

In the conclusion, the author takes a stand that these negative trends in criminal policy in the substantive criminal law occurred because the legislator recoiled before the pressure “punitive public” phenomena.

Final and complete answer on the question whether these movements are thorough phenomena or an incident, in other words whether the Serbian legislator could be placed into a group of legislators which are called by the science “punitive populists”, will depend on the content of the Law and Amendments and Supplements to the Penal Code which is scheduled for fall 2012.

**Keywords:** criminal policy, criminal law, penal code, punitive public, punitive populism.

*Nedeljko Jovančević\**

advokat iz Beograda

## POLOŽAJ GLAVNIH PROCESNIH SUBJEKATA U NOVOM ZKP IZ 2011

**Apstrakt:** U radu se navode osnovne karakteristike novog Zakonika o krivičnom postupku iz 2011. koji je zasnovan na adverzijalnom sistemu po ugledu na američki optužni sistem, kojem je osnovna karakteristika što istragu provodi javni tužilac, koji rukovodi predistražnim i istražnim postupkom te zastupa optužbu tokom čitavog postupka. Pošto se radi o naglašenom stranačkom sistemu akcenat u radu je stavljen na glavne procesne subjekte, stranke i sud. U akuzatorskom sistemu sa naglašenom ulogom stranaka, uloga suda je pasivizirana, sa manje aktivnosti. Sud je sada organ koji rukovodi postupkom i presuđuje, dok u domeni prava na izvođenja dokaza radi istinitog utvrđivanja činjeničnog stanja, njegova uloga znatno umanjenja. On nema obavezu da po službenoj dužnosti utvrđuje istinu, a princip istine izostavljen iz osnovnih principa krivičnog postupka, što je jedan od osnovnih nedostataka postupka. U postupku nije u punom smislu obezbeđena „jednakost stranaka“, jer okrivljeni i njegov branilac, iako deklaratorno imaju pravo na dokaz, to ne znači da će ti dokazi biti i izvedeni na glavnom pretresu. O prikupljanju dokaza i materijala, kada je u pitanju okrivljeni i njegov branilac, potreban je pristanak lica od koga se pribavljaju (čl. 301 st. 1. t. 3), zatim tužilac često odlučuje da li će se izvesti određena dokazna radnja ili ne (čl. 302), a to isto pravo ima i sud tokom glavnog pretresa (čl. 395). Prema tome „jednakost oružja“ koja je osnovna karakteristika adverzijanog sistema je na neki način deklaratorna, bez stvarne jednakosti, o čemu bi trebalo voditi računa prilikom najavljenih izmena.

**Gljučne reči:** akuzatorski – adverzijalni sistem, stranke u postupku, „jednakost oružja“, sporazum o krivici, sporazum o svedočenju okrivljenog i osuđenog

### 1. UVODNI PRISTUP

Donošenjem novog Zakonika o krivičnom postupku od 2011 godine<sup>1</sup> utemeljenom na akuzatorskom sistemu, srpska krivičnoprocesna nauka i praksa ulazi u novo razdoblje nedovoljno poznato na ovim prostorima. Zakonodavac se opredelio za ovaj

---

\* vanredni profesor, njovancevic@orion.rs

1 „Službeni glasnik RS“, br. 72. od 28. septembra 2011, (skraćeno ZKP/2011). Zakonik je stupio na snagu, a primenjuje se od 15. januara 2013. godine. U pogledu postupaka za organizovani kriminal i ratne zločine, koji se vode pred posebnim odeljenjem nadležnog suda, Zakonik se primenjuje od 15. januara 2012.

U ovoj istoj oblasti 25. maja 2006. godine donesen je Zakonik o krivičnom postupku, („Službeni glasnik RS“, br. 46, od 2. juna 2006), koji je nakon izmena i nakon delimične primene, 11 septembra 2009

sistem u nadi da će ta rešenja znatno uticati na stepen i brzinu otkrivanja izvršenih krivičnih dela i njihovih učinilaca, te da efikasnost i delotvornost njegovog sprovođenja čini značajan faktor odvratanja od vršenja krivičnih dela<sup>2</sup>. No, jedno je sigurno: od stepena uspešnosti ovih propisanih rešenja u velikoj meri zavisi primena materijalnog krivičnog prava. Radi se o Zakoniku koji je posle Ustava jedan od najvažnijih pravnih dokumenata. Zakonik ima osnove u Ustavu i iz njega se upravo preuzimaju temeljni procesni principi,<sup>3</sup> kao i iz relevantnih međunarodnih pravnih dokumenata<sup>4</sup>. Ipak, osnovni razlog za donošenje ovog Zakonika je uvođenje potpuno novog sistema krivičnog postupka – akuzatorskog postupka, po ugledu na američki sistem (tzv. adverzijalni sistem), i to uvođenjem «tužilačke istrage», umesto koncepcije istrage koju je vodio „istražni sudija“<sup>5</sup>. Uvođenjem akuzatorskog sistema sa više adventivnih rešenja, i mešanje tog sistema sa kontinentalnim savremenim mešovitim sistemom, koncepcija i arhitektonika krivičnog postupka je bitno promenjena. Pošto je sudski, krivični postupak, javno, formalno pravo, koje ima za cilj da se učinilac krivičnog dela dovede do zaslužene, pravedne kazne, koja je ustanovljena krivičnim zakonom, veoma je važno pitanje njegove strukture i sistematike, da bi se taj javno pravni cilj ostvario, da bi se sprovelo pravo države na kaznu. U tom pravcu značajni su principi na kojima je izgrađen postupak i norme koje razrađuju principe, pa se može reći da su sadržajno bitno drugačiji u odnosu na ZKP/2001. Ipak, neka temeljna rešenja uvedena zakonskim izmenama od 2009 godine su preuzeta u ovaj zakonik, s tim što su sada bolje normativno tehnički sređena. Naime, Izmenama i dopunama od 2009<sup>6</sup>, u čl. 4. st. 1. tač. 6, utvrđena neka osnovna prava okrivljenog u pravcu stranačke jednakosti, ali u Zakoniku nisu razrađena, te u čl. 331. st. 1. gde se uvedeni neki segmenti unakrsnog ispitivanja<sup>7</sup>, ali i to nije u zakoniku razrađeno. Dakle, Zakonik o krivičnom postupku od 2011, utemeljen

---

stavljen van snage, (čl. 149, Izmene i dopune ZKP, „Službeni list RS“, br. 72/09). Tako je ostao prostor i jak politički pritisak da se donese novi Zakonik. U suštini sve primedbe koje su stajale na taj Zakonski projekat mogu se staviti i ovom. O ovom vidi detaljno kritičke radove: Grubača, Beljanskog, Lazina, Bojića, Jovančevića, objavljene u *Braniču*, br. 1-2/2007, te, materijale sa „Naučnog skupa“, Kopaonik 2007. „Primena novog zakonika o krivičnom postupku Srbije“, koji su posvećeni upravo tom Zakoniku.

- 2 *Obrazloženje Predloga ZKP/2011*. Iako o potrebi donošenja novog zakonika i stavljanja van snage ZKP/01, nije mesto da se ovde govori, stoji činjenica da nikada nije utvrđeno ili dokazano da je taj zakonik bio prepreka efikasnoj borbi protiv svih oblika kriminaliteta i da je eventualno bio generator neažurnosti i sporosti u radu sudova.
- 3 Ustavni osnov za donošenje Zakonika o krivičnom postupku sadržan je u članu 27. stav 1. Ustava Republike Srbije, od 2006. («*Službeni glasnik, RS*», br. 98 od 10 novembra 2006). koji načelno reguliše ljudska prava i slobode (čl. 23-36).
- 4 Prilikom izrade predloženog Zakonika o krivičnom postupku vođeno je računa o njegovoj usklađenosti sa međunarodnim pravnim dokumentima a prvenstveno sa: Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, iz 1950. i Pakt o građanskim i političkim pravima iz 1966 godine, (skraćeno, Pakt), inače, za Zakonik o krivičnom postupku pribavljena je analiza eksperata Saveta Evrope, kao i mišljenje OEBS-ove Kancelarije za demokratske institucije i ljudska prava sa sedištem u Varšavi.
- 5 O ovom videti rad, M. Grubača /2007/: Postoje li uslovi za primenu novog Zakonika o krivičnom postupku?, *Naučni skup Kopaonik*. U vezi adverzijalnih elemenata i preuzimanja stranih rešenja u naš zakonski sistem Grubač između ostalog ističe, «Velike razlike u procesnoj tradiciji i pravnoj kulturi između davaoca i primaoca pravnih ustanova, predstavljaju realan rizik da «transplantat može biti odbačen», vidi str. 5 i 6. Ovo se odnosilo na ZKP/2006, ali ove primedbe u celosti stoje i prema ovom novom ZKP/2011.
- 6 «*Službeni glasnik RS*», br. 72/2009.
- 7 M. Grubač /2009/: *Krivično procesno pravo*, 6 izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, str. 414.

je na čistom akuzatorskom sistemu, gde je ustanovljena tužilačka istraga, predistražni postupak i istraga su prešle u nadležnost javnog tužioca, a pokušava se obezbediti ravnopravnost optužbe i odbrane (stranačka jednakost) na pretresu u pogledu izvođenja dokaza i saslušanju svedoka, veštaka i stručnog savetnika, kroz tzv. unakrsno ispitivanje, i dr., koja nameće ovaj sistem. Ovim Zakonikom odstupa se od tradicionalnog mešovito akuzatorsko-inkvizitorskog postupka, ili „savremenog mešovito postupka“, kakav je dugo vladao na ovim prostorima pa i u čitavoj Evropi.

Zaštitna funkcija Zakonika je identična ranijoj, te osim nekih preciznijih normativnih rešenja u tom delu ne donosi ništa novo. Naime, Zakonik mora da obezbedi *pravičnost i zakonitost* u postupanju da bi se obezbedilo: 1) da niko nevin ne bude osuđen, 2) da se učiniocu krivičnog dela izrekne krivična sankcija pod uslovima koje propisuje krivični zakon, 3) i to na osnovu zakonito i pravično provedenog postupka (st. 1, čl. 1 ZKP/2011).

Isto tako je i sa pitanjem *subjekata i radnji krivičnog postupka*, i tu nema novina koje dosada nisu obrađivane u udžbenicima procesnog prava. Ipak postoje sadržajnije pa time i različitije funkcije glavnih subjekata (subjekti krivičnoprocesnog odnosa) i pojedinih učesnika u postupku (sporedni krivičnoprocesni subjekti), koje predstavljaju novine u odnosu na dosadašnja rešenja. To se ogleda kroz procesna načela stranaka, načelo optužbe, odbrane, i načelo kontradiktornosti (*audiatur et altera pars*). U pogledu rada i uloge suda u postupku, osnovni principi su nezavisnost, nepristrasnost, stručnost, kao i ekonomičnost, što ne narušava realizaciju ključnih vrednosti pri vođenju postupka, ali mu je namenjena pasivna uloga u fazi izvođenja dokaza, jer nema obavezu da po službenoj dužnosti utvrđuje odlučne činjenice, naime da utvrđuje materijalnu istinu.

Zbog nove uloge javnog tužioca, koji sprovodi istragu, potrebno je redefinisanje njegove uloge u postupku i uopšte u pravnom sistemu, tako da bude ne samo „samostalan“ već i „nezavisan“ u gonjenju učinioca krivičnih dela. Dakle, bilo bi bitno predvideti odgovarajući mehanizam koji će obezbediti samostalan status javnih tužilaca pri gonjenju lica i prikupljanju neophodnih dokaza, ali istovremeno i obezbediti da okrivljeni u postupku bude u ravnopravnom položaju, da bi se uspotavila ravnopravnost optužbe i odbrane.

U svakom slučaju, u Zakoniku se preciznije određuju neka pravila i principi koji su normativno-tehnički bolje sređeni, ali je nekima, kao sa principom istine, umanjen značaj u odnosu na ZKP/01 (u stvari. taj princip se i ne spominje zajedno sa fundamentalnim principima krivičnog postupka).

## 2. AKUZATORSKI ILI ADVERZIJSKI POSTUPAK

Akuzatorski krivični postupak (*accusatorie* – tužilači), je optužni tip krivičnog postupka, koji predstavlja spor dveju stranaka pred sudom koji stoji prema njima u jednom neutralnom položaju. Ustrojen je na strogoj odvojenosti funkcija; optužbe, odbrane i suđenja. Postupak se vodi kao spor između dve potpuno ravnopravne i odvojene stranke, nezavisnih procesnih subjekata (tužioca i optuženog), s tim što se sud pasivno drži, ali rukovodi postupkom, obezbeđuje nesmetan tok, vodi računa

o procedurama koje se provode i konačno presuđuje. U domenu dokazivanja i izvođenja dokaza sud je potpuno neutralan – pasivan, drži se kao arbitar. U suštini ovaj postupak je sličan parničnom postupku. Osnovne karakteristike su: 1) ovlašćeni tužilac može da tuži prema svom nahodjenju, kao i da povuče podignutu tužbu, 2) na tužiocu je obaveza da dokaže optužbu, 3) ustanovljena je jednakost ili ravnopravnost optužbe i odbrane, tzv. „jednakosti oružja“, 4) posebno se izražava puno pravo optuženog na odbranu i ravnopravnost sa tužiocom u pogledu dokazivanja svoje odbrane, 5) optuženi ima pravo da predlaže i izvodi dokaze u pravcu svoje odbrane, 6) dokazivanje je vezano formom i rokom, i 7) sud donosi odluku samo na osnovu izvedenih dokaza koje su stranke predložile, tako da je pasivan u pogledu prava na izvođenje dokaza i utvrđivanja istine u krivičnom postupku. U jednoj varijanti na strani tužioca može da se pojavi oštećeni ili privatni tužilac, dakle sistem nejavne tužbe<sup>8</sup>.

U teoriji, pa i u zakonodavstvu, navedeni optužni sistem se naziva i *adverzijalni*<sup>9</sup>. Ovde se upućuje na suprostavljene stranke. Zbog toga se postavlja pitanje da li „akuzatorski ili adverzijalni“. U nauci se pod izrazom adverzijalni sistem, ponekad predstavlja celokupan pravni proces, a ponekad se misli samo na krivične procedure (*Damaška*). Međutim, ne postoji precizno razgraničenje između izraza adverzijalni i akuzatorski jer ova dva izraza upućuju na istu suštinu i identičan sistem. Ipak, pod nazivom „optužni“ više se naglašava sistem optužbe, onog koji zastupa optužbu i koji je mora dokazati, dok pod izrazom „adverzijalni“ više se ističe stranački značaj, apostrofiraju se stranke u postupku. Zbog toga bi više odgovarao savremeniji izraz „adverzijalni“, kako se to prenosi iz američkog prava. To je stranački postupak gde su strogo odvojene tri osnovne funkcije – optužbe, odbrane i suđenja.

Savremeni adverzijalni sistem, je na snazi u Americi, Engleskoj, Australiji i nekim evropskim državama koje su prešle na adverzijalni sistem (Italija od 1989, Rusija od 1993, i neke države koje su nastale na prostoru bivše Jugoslavije).

Ovaj sistem se snažno nameće i Francuskoj<sup>10</sup>, Nemačkoj<sup>11</sup> koje su tradicionalno vekovima imale savremeni mešoviti tip postupaka. Međutim, u njima se uvodi tužilačka

8 U engleskom pravu nema ustanove koja bi odgovarala državnom tužiocu, tamo postoji i danas sistem narodne tužbe (*actio popularis*). Naime, svaki građanin, kao u starom Rimu (*quivis ex populo*), ima pravo podići tužbu.

9 Iako je koren reči latinski *adversus*, – čit. *adverzativan*, protivan, suprotan, u savremenoj literaturi koja dolazi sa prostora Amerike upotrebljava se izraz „*adversarijalan*“. Mislimo da nije greška ovaj proces nazvati i „adverzativan“.

10 Francuska je 2010. godine odlučila da se menja postojeći Zakonik o krivičnom postupku, koji je važeći još od 1808. godine, i da se uvodi „tužilačka istraga“ umesto „sudske“.

11 Nemačka je u jednoj od reformi Zakona o krivičnom postupku, (StPO) još 1974. godine uvela tužilačku istragu, u cilju „ubrazanja krivičnog postupka“, ali nije usvojila ekstremnu varijantu adverzijalnog sistema. Radi se o savremenoj varijanti akuzatorskog krivičnog postupka, u kojem značajnu ulogu igraju stranke i sud. U nemačkom procesnom pravu tradicionalno dominiraju osnovni krivično-procesni principi (maksime); oficijelnosti, akuzatornosti, legaliteta, zakonitog suda, na kojima se temelji procesni zakon, zatim principima koji se izričito navode u zakoniku; istražni princip, koji obuhvaća, instrukcioni princip, isleđenje i princip materijalne istine, slobodne ocene dokaza, i principima koji su preuzeti iz Ustava Nemačke, kao što su: pravo na salušenje, na zakon-skog sudiju, javnosti, i dr. te brojnim principima koji se izričito ne ističu u zakoniku; koncentracije dokaza, usmenosti, neposrednosti, i dr. Vidi, Roxin-Schünemann /2009/: *Strafverfahrensrecht*, 26. Auflage, München, p. 59-60.



istraga ali glavni pretres nije organizovan na ekstremnom stranačkom sistemu. U nemačkom krivičnom postupku, *princip materijalne istine* sa drugim osnovnim principima čine strukturu krivičnog postupka<sup>12</sup>. U nemačkom postupku istragu vodi državni tužilac, ali postoji i zakonska ustanova – istražnog sudije, (sudske istražne radnje, par. 162 StPO) sa značajnim ovlašćenjima, kao neka vrsta kontrole, posebno u domeni ljudskih prava. U Zakoniku je uveden metod „unakrsno ispitivanje“, svedoka i veštaka, ali je zakonom određena obaveza suda da po *službenoj dužnosti utvrđuje istinu* u krivičnom postupku (par. 244 st. 2 StPO). Inače, utvrđivanje materijalne istine je osnovni zadatak krivičnog postupka, koji je utemeljen na principu pravde i pravičnosti radi sprovođenja materijalnog krivičnog prava<sup>13</sup>. Unazad 30 godina radiklano se preuzimaju mnogi instituti iz američkog procesnog prava, koji u suštini predstavlja „dvojeboj tužioca i optuženog“, kao i „nagodbena pravda“, koja nije kompatibilna ni sa jednim tradicionalnim procesnim principom (maksimom)<sup>14</sup>.

Dakle, u Zakonik o krivičnom postupku od 2011, u koji je ugrađen strogi stranački režim<sup>15</sup>, glavni procesni subjekti su nosioci krivičnoprocesnog odnosa a to su: sud kao organ rukovođenja i suđenja, tužilac kao organ krivičnog gonjenja i okrivljeni koji je i subjekt i stranka u postupku sa braniocem, koji ima pravo na odbranu. Ovde navodimo samo osnovne karakteristike glavnih krivičnoprocesnih subjekata: suda, tužioca i okrivljenog.

### 3. SUD

Nova koncepcija postupka imala je za posledicu i mnoge druge izmene koje se odnose na procesnu ulogu pojedinih subjekata krivičnog postupka, koji su se na neki način prestrojili. Bitno se menja uloga suda u krivičnom postupku. U predistražnom postupku sud nema bilo koju ulogu jer to spada u nadležnost javnog tužioca i policije. U vezi sa fazom istrage uloga suda sada se sastoji u staranju o zaštiti prava okrivljenog, a u glavnoj fazi postupka obavlja funkciju rukovođenja i suđenja. Sud se sada nalazi u neutralnijoj poziciji, iako mu se u potpunosti ne uskraćuje nadležnost za izvođenje dokaza, ali pod nejasnim uslovima (čl. 15. st. 4), jer u Zakoniku nije posebno istaknuto načelo istine u krivičnom postupku i ne postoje odredbe koje

12 Roxin, navodi, da su oni, „deo nemačke kulture u celini, oni su utemeljeni na pruskoj državotvornoj filozofiji i Kantovoj etici“. Roxin-Schünemann, *ibid.* p. 59-60.

13 Roxin-Schünemann, *ibid.* p. 60.

14 Roxin-Schünemann, *ibid.*

15 Interesantno je da su Međunarodni krivični sudovi usvojili mješavinu procesnog sistema za krivično gonjenje međunarodnih krivičnih djela, pa nije sasvim jasno zašto se naš zakonodavac opredelio za akuzatorski sistem. Najvažnija razlika između „adversarnog“ i „inkvizitorskog“ sistema je uloga koju imaju različite strane u postupku. U adversarnom sistemu: tužilaštvo i odbrana iznose svoje dokaze pred sudom, u okviru sprovođenja dokaznog postupka; strane sprovode sopstvene istrage; sudije neutralno vode postupak i odlučuju o procesnim pitanjima i pitanjima izvođenja dokaza koja se javljaju tokom suđenja; te u adversarnim sistemima u kojima se imenuju porote u predmetima, porota utvrđuje činjenice, dok u svim drugim predmetima, činjenice utvrđuju sudije. Za raspravu o dva sistema pogledati: R. Cryer i dr. /2010/, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (Uvod u međunarodno krivično pravo i postupak), 425 – 430. 2 Godišnji izvještaj MKSJ-a, UN Doc. A/49/342-S/1994/1007, stav 53.

bi obavezivale sud da po službenoj dužnosti postupa u pravcu potrebnog izvođenja dokaza i utvrđenja istine u krivičnom postupku<sup>16</sup>.

Sa druge strane, sud ima veoma značajnu ulogu kod ispitivanja optužnice i to po službenoj dužnosti (čl. 337). Uloga suda je da svestrano ispita optužni akt i dokaze prikupljene u istrazi, čime se sa druge strane obezbeđuje zaštita prava okrivljenog i onemogućava da se postupak nastavi ako nema dovoljno dokaza protiv okrivljenog.

Određivanje dopunskih sudija (član 359) omogućava da se postupak ne mora voditi od početka zbog sprečenosti sudije, što doprinosi ekonomičnosti postupka.

U vezi sa postupanjem po privatnoj tužbi, ako u *postupku medijacije* dođe do izmirenja privatnog tužioca i okrivljenog i namirenja imovinsko-pravnog zahteva, privatna tužba se smatra povučenom i sudija donosi rešenje o odbijanju privatne tužbe (čl. 505). Na ovaj način se zamenjuje važeće rešenje koje predviđa održavanje ročišta radi mirenja, a koje je obavljao sam sudija. Upravo stoga što to više nije posao sudije, novim rešenjem se obezbeđuje veća neutralnost subjekta koji vrši medijaciju. Uloga suda bi bila samo da pozove stranke da učestvuju u medijaciji, što je u skladu sa savremenim rešenjima u uporednom pravu.

Od novina koje se odnose na sud bi trebalo pomenuti one koje su sadržane i u članu 22. Zakonika. Jedna od njih je *uvođenje sudije za prethodni postupak* koji u predistražnom postupku i istrazi predstavlja vid sudske zaštite osnovnih sloboda i prava učesnika u toj fazi postupku. Novina je i *sudija za izvršenje krivičnih sankcija* čija nadležnost obuhvata odlučivanje u postupku izvršenja krivičnih sankcija. Nadalje, nadležnost sudije pojedinca proširena je na krivična dela za koja je propisana novčana kazna ili kazna zatvora u trajanju do osam godina. Kao i do sada sud zaseda u malom veću, sastavljenom od jednog sudije i dvojice porotnika i velikom veću, sastavljenom od dvojice sudija i trojice sudija porotnika (čl. 21).

Predsednik veća je ovlašćen da vrši pripreme za glavni pretres i da rukovodi glavnim pretresom (čl. 344 i 367), ali ima i određena ovlašćenja u pogledu izvođenja dokaza.

Kada je u pitanju aktivnost suda u *postupku dokazivanja*, određeno je da „sud može dati nalog stranci da predloži dopunske dokaze ili izuzetno sam odrediti da se takvi dokazi izvedu, ako oceni da su izvedeni dokazi protivrečni ili nejasni i da je to neophodno da bi se predmet dokazivanja svestrano raspravio (čl. 15. st. 4). U fazi kontrole optužnice, veće može ukoliko utvrdi da je to potrebno, narediti da se istraga dopuni, odnosno sprovede ili da se prikupe određeni dokazi (čl. 337. st. 3). Kod odlučivanja na osnovu čl. 21. st. 4, veće može, ukoliko ustanovi da „nema dovoljno dokaza za opravdanu sumnju da je okrivljeni učinio delo koje je predmet optužbe“, postupak obustaviti (čl. 338. st. 1. t. 3). U fazi pripremanja glavnog pretresa, „predsednik veća može i bez

16 Upravo je to jedan od nedostataka koji je izazvao žestoku kritiku naučno-stručne javnosti. Vid. M. Škulić, G. Ilić /2012/: *Reforma u stilu „jedan korak napred – dva koraka nazad“*, Beograd, str. 33-37. Po prvoj radnoj verziji Izmena i dopuna ZKP/2011, koju radi komisija formirana od Ministarstva pravde, ovaj nedostatak se želi otkloniti na način što bi se zakonom odredilo; „sud je dužan da istinito i potpuno utvrdi činjenice koje su od važnosti za donošenje zakonite odluke u granicama optužbe“.

Po Bayeru „stroga provedba akuzatorskog načela, nameće sudu zabranu da svojom inicijativom sakuplja bilo kakve dokaze“. Vid. V. Bayer /1977/: *Jugoslavensko krivično procesno pravo* (Uvod u teoriju krivičnog procesnog prava), knjiga I, peto prerađeno izdanje, Zagreb, str. 173.

predloga stranaka, branioca i oštećenog narediti pribavljanje novih dokaza za glavni pretres (čl. 350 st. 2). Ukoliko nije održano pripremno ročište predsednik veća može i bez predloga stranaka i oštećenog da naredi pribavljanje novih dokaza za glavni pretres, o čemu će pre početka glavnog pretresa obavestiti stranke (čl. 356. st. 3).

U fazi glavnog pretresa predsednik veća (faza zasedanja i na glavnom pretresu) ima ovlašćenje, između ostalog, i da „odlučuje o predlozima stranaka ako o njima ne odlučuje veće“ (čl. 367. st. 2. t. 7). U fazi redosleda izvođenja dokaza, predsednik veća određuje o izvođenju dokaza najpre koje predloži tužilac, potom dokaza koje predloži odbrana, *nakon toga dokaza čije izvođenje je odredilo veće po službenoj dužnosti* i po predlogu oštećenog, a na kraju se izvode dokazi o činjenicama od kojih zavisi odluka o vrsti i meri krivične sankcije. (čl. 396. st. 1). Ova odredba je identična odredbi iz čl. 320 st. 4. ZKP/01, – izmene od 2009. U fazi završetka dokaznog postupka, ako niko ne predloži dopunu dokaznog postupka ili predlog bude odbijen, veće može odrediti „izvođenje dokaza“ (čl. 408. st. 2). Posle izmene optužnice, ako niko ne predloži dopunu dokaznog postupka ili predlog bude odbijen, a veće ne odredi izvođenje dokaza, veće će odlučiti da je dokazni postupak završen (čl. 411. st. 2). U fazi većanja i glasanja veće može odlučiti da se „glavni pretres ponovo otvori i dokazni postupak nastavi radi izvođenja još nekih dokaza“ (čl. 415. st. 3). Konačno, „sud je dužan da na osnovu savesne ocene svakog dokaza pojedinačno i u vezi sa ostalim dokazima izvede zaključak o izvesnosti i postojanju određene činjenice“ (čl. 419. st. 2). Dakle, sud je obavezan da poštuje inicijativu stranaka da produkuju dokazni materijal, s tim što to može učiniti i sud po službenoj dužnosti ako smatra da je to potrebno radi utvrđenja „izvesnosti“ u pogledu određenih činjenica.

Novina je u našem zakonodavstvu uvođenje mogućnosti „izdvojenog mišljenja“ sudije (čl. 273). Naime, kada je u pitanju odlučivanje od strane Vrhovnog kasacionog suda, sudija ima pravo da izdvoji mišljenje i da ga pismeno obrazloži. Ovo se odnosi samo na pitanje povrede prava.

U postupku pravnog leka kada je uložena žalba na presudu, u kojoj su iznete činjenice i predloženi novi dokazi koji prema oceni predsednika veća prvostepenog suda mogu doprineti svestranom raspravljanju predmeta dokazivanja, veće će ponovo otvoriti glavni pretres i nastaviti dokazni postupak (čl. 443 st. 2). Ovo je značajna novina koja se teško može racionalno braniti.

Konačno, tužiocu, sudu, okrivljenom i njegovom braniocu na njihov zahtev, svi državni organi dužni su da pruže potrebnu pomoć radi prikupljanja dokaza (čl. 19).

#### 4. TUŽILAC

Kao i do sada u Zakoniku se pojavljuju kao ovlašćeni tužioci za krivično gonjenje: javni tužilac za krivična dela koja se gone po službenoj dužnosti (čl. 43), privatni tužilac za krivična dela koja se gone po privatnoj tužbi (čl. 64) i konačno oštećeni kao tužilac u situaciji kada javni tužilac odustane od krivičnog gonjenja na njegovo mesto može stupiti oštećeni kao tužilac (čl. 52)

Javno tužilaštvo je samostalni državni organ koji goni učinioce krivičnih dela i drugih kažnjivih dela i preduzima mere za zaštitu ustavnosti i zakonitosti. Javno tužilaštvo

vrši svoju funkciju na osnovu Ustava, zakona, potvrđenih međunarodnih ugovora i propisa donetih na osnovu zakona<sup>17</sup>. Teret dokazivanja je na tužiocu (čl. 15. st. 2).

Po koncepciji novog Zakonika javni tužilac dobija sasvim novu ulogu. Temeljna novina je tzv. tužilačka istraga. Jedna od najvažnijih novina u predloženom Zakoniku o krivičnom postupku, a koja je uslovlila i druge brojne izmene, predstavlja uvođenje tužilačke istrage i stranačkog postupka, utemeljenog na načelu raspravnosti. Javni tužilac je stranka *dominus litis* u pravom smislu. On rukovodi predistražnim postupkom (čl. 285) i istragom (čl. 296). Javni tužilac je odgovoran za uspeh sprovođenja istrage i zastupanja optužnice tokom čitavog postupka, čime se povećava njegova odgovornost u odnosu na rešenje iz važećeg zakonika. U okviru odgovornosti obaveza tužioca je da dokazuje navode u optužbi. Naime, teret dokazivanja je prvenstveno na javnom tužiocu, dok se sud sada nalazi u neutralnijoj poziciji. U vezi sa tim, javni tužilac mora da uveri sud u postupku dokazivanja u izvesnost da je optuženi učinio krivično delo, jer će u protivnom okrivljeni biti oslobođen od optužbe. Tokom glavnog pretresa javni tužilac može i da odustane od optužbe, a takođe je ovlašćen da izjavi žalbu i podnosi vanredne pravne lekove.

Takođe, položaj javnog tužioca mora da se posmatra ne samo kroz krivično-procesno zakonodavstvo, već i kroz odredbe Zakona o javnom tužilaštvu, po kojem je samostalan državni organ (ali ne i nezavisan) te koji predviđa njegovu krivičnu i disciplinsku odgovornost, ako vrši svoje nadležnosti na nezakonit način. U vezi sa tim je i *načelo zakonitosti krivičnog gonjenja*, predviđeno odredbom člana 6. Zakonika, prema kome je javni tužilac dužan da preduzme krivično gonjenje kada postoje osnovi sumnje da je određeno lice učinilo krivično delo koje se goni po službenoj dužnosti. Za pojedina krivična dela, kada je to propisano zakonom, javni tužilac može preduzeti krivično gonjenje samo na osnovu predloga oštećenog. Izuzetno, javni tužilac može odlučiti da odloži ili ne preduzme krivično gonjenje, pod uslovima propisanim ovim zakonikom. Javni tužilac i policija dužni su da nepristrasno razjašnjavaju sumnju o krivičnom delu za koje sprovode službene radnje i da sa jednakom pažnjom ispituju činjenice koje terete okrivljenog i činjenice koje mu idu u korist. Reč je o veoma značajnim odredbama koje sužavaju diskreciono ovlašćenje javnog tužioca.

Odredbom člana 43. Zakonika, za krivična dela koja se gone po službenoj dužnosti i sa njom povezanim odredbama, uvode se značajne novine u pogledu nadležnosti javnog tužioca. Javnom tužiocu, kada odlučuje o nepreduzimanju ili odlaganju krivičnog gonjenja nije potrebna saglasnost oštećenog, kao što je to prema postojećem rešenju. Smisao ove promene je da se izbegne opstrukcija izvođenja ove radnje. On je nosilac radnji u istrazi, dok neka ovlašćenja može poveriti policiji i drugim organima. Takođe, on je po rešenju iz Zakonika ovlašćen da zaključi sporazum o priznanju krivičnog dela i sporazume o svedočenju sa okrivljenim ili osuđenim.

Prema tome, uvođenjem novih rešenja napuštaju se važeća rešenja u kome je procesna uloga javnog tužioca u pretkrivičnom postupku nedelotvorna, jer je on samo formalno, a ne i suštinski rukovodilac tog postupka. Usvojenim rešenjem se izbegava mogućnost ponavljanja izvođenja dokaza koji su već izvedeni, čime se znatno ubrzava postupak i smanjuju troškovi postupka. Dužnost postupanja po zahtevu javnog tužioca (čl. 44), predviđa da ako policija ili drugi državni organ ne postupi po zahtevu javnog

17 Čl. 156. Ustava Republike Srbije, od 2006.

tužioca, on će odmah obavestiti starešinu koji rukovodi organom, a po potrebi može obavestiti nadležnog ministra, Vladu ili nadležno skupštinsko telo. Ako u roku od 24 časa, od kada je primljeno ovo obaveštenje, policija i drugi državni organ ne postupi po zahtevu javnog tužioca, javni tužilac može zatražiti pokretanje disciplinskog postupka protiv odgovornog lica (čl. 44. st. 2. i 3).

U pogledu odredbe čl. 48. Zakonika, koja uređuje način preduzimanja radnji, predviđeno je da javni tužilac preduzima radnje u postupku neposredno ili preko svog zamenika, a u postupku za krivično delo za koje je propisana kazna zatvora do pet godina preko tužilačkog saradnika, a u postupku za krivično delo za koje je propisana kazna zatvora do osam godina preko višeg tužilačkog saradnika. Takođe, radnje u postupku koje ne trpe odlaganje preduzeće i nenadležni javni tužilac, ali o tome mora odmah obavestiti nadležnog javnog tužioca.

Usled toga je došlo do bitnih izmena u procesnim ulogama ovlašćenog tužioca i suda, a jedna od najbitnijih se odnosi na dokaznu inicijativu u toku postupka (čl. 15). Naime, umesto izvođenja dokaza od strane suda po službenoj dužnosti, teret dokazivanja optužbe je na tužiocu, a dokazi se izvode na predlog stranaka. Pri tome, sud može dati nalog stranci da predloži dopunske dokaze ili izuzetno da sam odredi da se takvi dokazi izvedu, ako oceni da su izvedeni dokazi protivrečni ili nejasni i ako je to neophodno da bi se predmet dokazivanja svestrano raspravio.

U Zakoniku je došlo i do značajnih promena u položaju oštećenog u krivičnom postupku, nakon odustanka javnog tužioca od gonjenja, i to u fazama, do potvrđivanja optužnice i posle potvrđivanja, o čemu će unapred biti izlaganja.

## 5. OKRIVLJENI I BRANILAC

### 5.1. Okrivljeni

U Glavi VI Zakonika, koja je posvećena okrivljenom i braniocu, uređena su najpre prava okrivljenog, kao i posebna prava uhapšenog, a predviđeno je da je okrivljeni dužan da se odazove na poziv organa postupka i da obavesti organ postupka o nameri da promeni adresu (čl. 68. do 70). Odredbe kojima se definišu: pouke o pravima (čl.8), princip nevinosti (čl. 3), zabrane mučenja, nečovečnog postupanja i iznude (čl. 9) obaveza suđenja u prisustvu okrivljenog (čl. 13), suđenje u razumnom roku (čl. 14) i dr, postoje i u važećem zakoniku, ali su sada preciznije određene. U pogledu ograničenje sloboda i prava okrivljenog u postupku, predviđenog odredbom čl. 10. st. 3. Zakonika, izvršena su preciziranja u pogledu trenutaka od kojih otpočinju ograničenja određenih sloboda i prava okrivljenog u postupku. Takođe, odredbom stava 2. istog člana, precizira se krug organa i lica, kojima se može dati podatak o vođenju istrage i uslovi pod kojima javni tužilac dostavlja podatak o tome da li se protiv nekog lica vodi istraga. S tim je povezana odredba čl. 5. st. 2. Zakonika, kojom je znatno jasnije propisano kada se smatra da je otpočelo krivično gonjenje, a kada je započet krivični postupak. Ova odredba je značajna zbog potrebe preciznog definisanja procesnog trenutka od kojeg nastupaju određene posledice po prava okrivljenog.

Načelo *suđenja u razumnom roku* je, pre svega, u interesu okrivljenog. To se posebno odnosi na član 14. stav 2. Zakonika, prema kome je krivični postupak protiv okrivljenog koji je u pritvoru *hitan*. Načelo *in dubio pro reo* je odredbom člana 16. stav 4. Zakonika šire postavljeno u korist okrivljenog u odnosu na sadašnje rešenje, jer se odnosi ne samo na odredbe materijalnog, nego i na odredbe procesnog zakona.

Po Zakoniku okrivljeni ima pravo da se „*brani sam ili uz stručnu pomoć branioca*“ (čl. 68. st. 1. t. 3). Dakle, novina je što okrivljeni ima pravo „*da se brani sam*“(!). Ovo je u skladu sa međunarodnim standardima<sup>18</sup>, i svakako novina u našem procesnom pravu. Prava okrivljenog predviđena odredbom člana 68. Zakonika su veoma obuhvatno, detaljno i pravilno postavljena. Propisano je da okrivljeni u najkraćem mogućem roku mora da bude izveden pred sud i da mu bude suđeno nepristrasno, pravično i u razumnom roku. Pored toga, okrivljeni ima pravo da prikuplja dokaze za svoju odbranu, što je u skladu sa Ustavom Republike Srbije i međunarodnim standardima u ovoj oblasti. Okrivljenom koji prema svom imovinskom stanju ne može da plati nagradu i troškove branioca, postaviće se na njegov zahtev branilac iako ne postoje razlozi za obaveznu odbranu, ako se krivični postupak vodi za krivično delo za koje se može izreći kazna zatvora preko tri godine ili ako to nalažu razlozi pravičnosti. Isto tako, sud prema odredbi člana 264. stav 4. Zakonika, može osloboditi okrivljenog od dužnosti da naknadi u celini ili delimično nagrade za postavljenog stručnog savetnika, ako bi njihovim plaćanjem bilo dovedeno u pitanje izdržavanje okrivljenog ili lica koja je on dužan da izdržava.

Odredbama čl. 68. i 69. Zakonika, pruža se potpunija zaštita prava i sloboda *uhapšenog*. Proširuju se i slučajevi obavezne odbrane. U tom smislu je odredba člana 74. Zakonika, okrivljeni mora imati branioca ako se postupak vodi zbog krivičnog dela za koje je propisana kazna zatvora od osam godina ili teža kazna, i to od prvog saslušanja, pa do pravosnažnog okončanja krivičnog postupka, za razliku od važećeg rešenja prema kome je odbrana obavezna za krivična dela za koje je propisana kazna zatvora od deset godina i teža kazna. Takođe, to bi trebalo da poboljša ne samo položaj okrivljenog već kvalitet i ekonomičnost vođenja postupka zbog znanja i veština branioca. Institutom branioca po službenoj dužnosti, predviđenim članom 72. stav 2. Zakonika, pojačano se štite slobode i prava okrivljenog, a takođe se obezbeđuje da on od početka bude upućen u tok postupka, što povećava efikasnost postupka.

U pogledu *mera za obezbeđenje prisustva* okrivljenog i za *nesmetano vođenje postupka*, uvedene su pojedine mere ili je u vezi sa postojećim merama izvršeno njihovo razdvajanje ili preciziranje uslova za određivanje. Takođe, proširenjem instituta jemstva smanjena je potreba za izricanjem pritvora kao mere za obezbeđenje prisustva okrivljenog. Time se smanjuju troškovi postupka i manje zadire u prava i slobode okrivljenog.

Pored toga, u cilju pojačane zaštite okrivljenog izvršeno je preciziranje uslova za određivanje pritvora iz tzv. *vanprocesnih razloga*. Odredbom člana 211. stav 1. tačke 3. predviđeno je da se pritvor može odrediti licu za koje postoji osnovana sumnja da

18 Čl. 14. tač. 3d) Pakt o građanskim i političkim pravima iz 1966 godine, i čl. 6. tač. 3.c, Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda iz 1950 godine.



je učinilo krivično delo, ako osobite okolnosti ukazuju da će u „*kratkom vremenskom periodu*“ ponoviti krivično delo, ili dovršiti pokušano krivično delo, ili učiniti krivično delo kojim pretil. Dodavanjem uslova „u kratkom vremenskom periodu“ insistira se na opasnosti koja neposredno pretil i time se precizira ovaj uslov za određivanje pritvora, koji ranije nije bio predviđen.

Članom 18. Zakonika, uređena su prava lica koja su bez osnova lišena slobode, kao i prava lica koja su neosnovano osuđena za krivično delo na naknadu štete od države i druga prava propisana zakonom.

U odnosu na dosadašnje odredbe koje se odnose na rehabilitaciju, Zakonikom se preciznije uređuje ova oblast. U tom smislu predviđeno je da osuđeno lice ima prava po tri osnova: 1) ostvarivanje prava na naknadu štete; 2) ostvarivanje prava na moralno zadovoljenje i 3) ostvarivanje prava na priznanje radnog staža ili staža osiguranja.

Inače, pogodnositi koje zakon tradicionalo daje okrivljenog su kao i do sada obuhvaćene u Zakoniku i to: pravilo zabrane *reformatio in peius*, *in dubio pro reo*, *benefitium cohesionis*, *restitutio in integrum* zbog propuštenog roka, *favorem defensionis*, i dr.

## 5.2. Branilac

Prava i dužnosti branioca određeni su čl. 71. i 72. Kada je reč o braniocu, pravo na pružanje odbrane je u određenim postupcima uslovljeno određenim profesionalnim iskustvom branioca. U postupku koji se vodi za krivično delo za koje je propisana kazna zatvora od deset godina ili teža kazna, branilac može biti samo advokat sa najmanje pet godina advokatske prakse, odnosno advokat koji je najmanje pet godina vršio funkciju sudije, javnog tužioca ili zamenika javnog tužioca (čl. 73). Prošireni su slučajevi obavezne odbrane, tako da oni sada obuhvataju i sledeće procesne situacije: ako se postupak vodi zbog krivičnog dela za koje je propisana kazna zatvora od osam godina ili teža kazna; ako je okrivljeni zadržan ili mu je zabranjeno da napušta stan ili je pritvoren; ako se glavni pretres održava u odsutnosti okrivljenog zbog nesposobnosti koju je sam prouzrokovao; ako je zbog narušavanja reda udaljen iz sudnice do završetka dokaznog postupka ili završetka glavnog pretresa; ako se pretres održava u odsutnosti uredno pozvanog okrivljenog koji svoj izostanak nije opravdao (čl. 74). Jedan okrivljeni kao i do sada može imati istovremeno u postupku najviše 5 branioca, a smatra se da je odbrana obezbeđena kada u postupku učestvuje jedan od branilaca (čl 78. st. 3), a više okrivljenih u istom predmetu mogu imati zajedničkog branioca samo ako to ne ometa stručno, savesno i blagovremeno pružanje pravne pomoći u odbrani (st. 1. čl. 78). Ova odredba je loše rešenje, jer ne govori o zajedničkom braniocu, „ako to nije u suprotnosti sa interesima njihove odbrane“, kako je to pravilno određeno u čl. 69 st. 1. ZKP/01.<sup>19</sup>

Kada je reč o odbrani po službenoj dužnosti, značajno je istaći da u slučaju da okrivljeni odbije branioca postavljenog po službenoj dužnosti i izjavi da želi *da se brani isključivo sam*, branilac po službenoj dužnosti ima ograničeno polje delovanja

<sup>19</sup> Zakonodavac očito pod izrazom „savestan“, podrazumeva ocenu da li se branilac nalazi u sukobu interesa njihove odbrane, što nije ni precizan ni adekvatan izraz, koji bi zamenio navedenu odredbu u čl. 69 st. 1. ZKP/01.

u odnosu na branioca po službenoj dužnosti čijem postavljanju se okrivljeni nije usprotivio (čl. 72. st. 2). On je dužan; da bude upoznat sa sadržajem dokaznih radnji i sadržajem i tokom glavnog pretresa, da daje objašnjenja i savete pismenim putem, ako okrivljeni odbije da s njim razgovara, da prisustvuje radnjama u postupku i da iznese završnu reč, ako se okrivljeni tome izričito ne protivi i na zahtev okrivljenog ili uz njegovu izričitu saglasnost izjavi redovni pravni lek i preduzme druge radnje u postupku (st. 3. čl. 72).

Kod razdvajanja krivičnog postupka izvršeno je preciziranje da se razdvajanje postupka može odrediti na zahtev stranaka i branioca, budući da je važeće rešenje predviđalo samo stranke. Odredbom člana 39. stav 5. Zakonika predviđeno je da su stranke i branilac dužni da u zahtevu za izuzeće navedu dokaze i okolnosti zbog kojih smatraju da postoji neki od razloga za izuzeće sudije, sudije-porotnika ili predsednika suda, što predstavlja bolje rešenje u odnosu na važeće, jer se sprečava odugovlačenje postupka i zloupotrebu prava. Takođe, u ponovljenom zahtevu ne mogu se ponovo navoditi razlozi koji su isticali u ranijem zahtevu za izuzeće koji je odbijen. Ako je zahtev za izuzeće očigledno upravljen na odugovlačenje postupka, zahtev će se u celini ili delimično odbaciti.

## 6. SPORAZUMI JAVNOG TUŽIOCA I OKRIVLJENOG

U Zakoniku se određuju tri vrste sporazuma javnog tužioca i okrivljenog. *Prvo*, sporazum o priznanju krivičnog dela, *drugo*, sporazum o svedočenju okrivljenog – okrivljeni saradnik i *treće*, sporazum o svedočenju osuđenog – osuđeni saradnik.

### 6.1. Sporazum o priznanju krivičnog dela (čl. 313).

Sporazum javnog tužioca i okrivljenog može se postići od donošenja naredbe o sprovođenju istrage pa do izjašnjenja optuženog o optužbi na glavnom pretresu. Novina je što se sporazum može postići za bilo koje delo a ne samo za dela za koja je previđena kazna zatvora do 12 godina. U sporazumu se regulišu pored pitanja vrste, mere ili raspon kazne ili druge krivične sankcije i troškovi krivičnog postupka, oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim delom i o imovinsko-pravnom zahtevu, ukoliko je podnet (čl. 314. st. 1. t. 4). Sporazum između javnog tužioca i okrivljenog ipak nije potpuno autonoman, jer o sporazumu konačno odlučuje sud i može ga odbaciti, prihvatiti ili odbiti (čl. 315. i 316. i dr).<sup>20</sup>

### 6.2. Sporazum o svedočenju okrivljenog – (okrivljeni saradnik – čl. 320).

Ovaj sporazum može se zaključiti samo za dela organizovanog kriminala i ratnih zločina, ali je novina što javni tužilac može zaključiti sporazum ne samo sa licem kome se na teret stavlja neko od navedenih krivičnih dela već i sa okrivljenim za bilo koje drugo krivično delo.<sup>21</sup> Uslovi za sporazum su da je okrivljeni priznao da je učinio

20 O sporazumu o priznanju krivice, a posebno o stanju u uporednom pravu, vid. monografsku studiju D. Nikolić /2006/, *op. cit.*, str. 34-49.

21 Zakonik o krivičnom postupku od 2011, *Predgovor*, Beljanski, Ilić, Majić, str. 38.

krivično delo, te da je značaj njegovog iskaza za otkrivanje, dokazivanje ili sprečavanje krivičnog dela za koja se mogu preduzeti ove radnje, pretežniji od posledica krivičnog dela koje je učinio – okrivljeni saradnik (čl. 162. st. 1. t. 1). Ovde je moguće da okrivljeni svedoči i za dela koja nisu obuhvaćena u njegovom postupku, i ako se gone pred drugim sudom.<sup>22</sup> Kao i do sada organizator kriminalne grupe ne može biti predložen za okrivljenog saradnika. Inače, okrivljeni pre zaključenja sporazuma daje posebnu svojeručno pisanu izjavu tužiocu, a ako je nepismen onda diktira preliminarni iskaz u aparat za snimanje glasa (čl. 320. st. 5). Tako je ustanova okrivljenog saradnika iz posebnih dokaznih radnji prebačena u odeljak koji je posvećen sporazumu javnog tužioca i okrivljenog. Kao i napred, o sporazumu između javnog tužioca i okrivljenog saradnika konačno odlučuje sud i može ga odbaciti, prihvatiti ili odbiti (čl. 322. st. 2). Novina je i to što se sporazumom regulišu troškovi krivičnog postupka, oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim delom i o imovinsko-pravnom zahtevu, ukoliko je podnet (čl. 321. st. 1. t. 4). Rešenje o prihvatanju sporazuma obavezuje sud, prvostepeni i sud pravnog leka, a ako od toga odstupi okrivljeni, sud će sporazum staviti van snage (čl. 326 st. 1).

### 6.3. Sporazum o svedočenju osuđenog – (osuđeni saradnik – čl. 327).

Ovo je nova ustanova u našem Zakoniku, koja je od ranije poznata u uporednom zakonodavstvu. Naime, u praksi se uočilo da određene podatke u postupcima organizovanog kriminala i ratnih zločina mogu dati, i lica koja su već pravosnažno osuđena za ta dela. Uslovi za sporazum su da je značaj iskaza osuđenog za otkrivanje, dokazivanje ili sprečavanje krivičnog dela za koja se mogu preduzeti ove radnje, pretežniji od posledica krivičnog dela za koje je ovo lice osuđeno (čl. 327. st. 1). Ovde je moguće da osuđeni svedoči i za dela koja nisu obuhvaćena u njegovom postupku, i ako se gone pred drugim sudom.<sup>23</sup> Organizator kriminalne grupe ne može dobiti status – osuđenog saradnika. Sporazum mora biti sačinjen u pismenom obliku i dostavljen sudu do završetka glavnog pretresa. O sporazumu odlučuje sud (sudija za prethodni postupak, a nakon potvrđivanja optužnice predsednik veća), tako da može sporazum o svedočenju osuđenog, odbaciti, odbiti ili prihvatiti (čl. 329. st. 1 i 2). Sporazumom se javni tužilac obavezuje da će u roku od 30 dana od dana pravosnažnog okončanja postupka osuđujućom presudom, u kome je osuđeni dao iskaz, u skladu sa preuzetim obavezama, podneti zahtev za pokretanje postupka za ublažavanje kazne. Ovde je reč o pogodnosti koju osuđeni očekuje ukoliko sa svoje strane ispuni sporazum.<sup>24</sup> Rešenje o prihvatanju sporazuma o svedočenju osuđenog obavezuje sud prilikom donošenja odluke o krivičnoj sankciji u ponovljenom postupku, pod uslovom da je osuđeni saradnik u potpunosti ispunio obaveze iz sporazuma (čl. 330)

22 Ovde je interesantno da okrivljeni saradnik može svedočiti za bilo koje delo iz čl. 162 st. 1. t. 1, u postupku koji se ne vodi samo pred sudom koji mu sudi, kao i koji se ne tiče onih dela za koja je on optužen.

23 Osuđeni saradnik može svedočiti za bilo koje delo iz čl. 162 st. 1. t. 1, u postupku koji se ne vodi samo pred sudom gde je osuđen, kao i koji se ne tiče onih dela za koja je osuđen.

24 Zakonik o krivičnom postupku od 2011, *Predgovor*, Beljanski, Ilić, Majić, str. 41.

## 7. OŠTEĆENI I OŠTEĆENI KAO TUŽILAC I PRIVATNI TUŽILAC

*Oštećeni*, je lice čije je lično ili imovinsko pravo krivičnim delom povređeno ili ugroženo. On je sporedni krivično-procesni subjekt i po pravilu se nalazi na strani javnog tužioca. U pogledu imovinsko pravnog zahteva odredbe su ostale u suštini nepromenjene. Novina je što se u čl. 258 st. 4. određuje da će sud koji odlučuje o imovinsko-pravnom zahtevu u potpunosti ili delimično, ako mu podaci krivičnog postupka pružaju pouzdan osnov za to, ne samo kada u presudi okrivljenog oglašava krivim, već i rešenju o izricanju mere bezbednosti, ukoliko mu izriče meru bezbednosti obavezno psihijatrijsko lečenje, odlučiti i o imovinsko pravnom zahtevu. Kao i do sada, oštećeni ima pravo da uloži žalbu na odluku o troškovima krivičnog postupka, ali i o dosuđenom imovinsko-pravnom zahtevu, šta predstavlja posebnu novinu. Naime, sud kod odlučivanja o imovinsko-pravnom zahtevu, može dosuditi u celosti ili delimično, ili uputiti oštećenog da svoj imovinsko-pravni zahtev ostvari u parnici. Kod ovog stanja nije bilo razloga da se zakonski određuje pravo na žalbu i u pogledu odluke o imovinsko pravnog zahtevu (čl. 433 st. 4), jer se oštećenom ne uskraćuje bilo kakvo pravo, tako da mu nedostaje *prvni interes* za upotrebu pravnog leka.

U Zakoniku je došlo i do značajnih promena u *položaju oštećenog* u krivičnom postupku, a one se naročito ogledaju u slučaju da javni tužilac ne preduzme ili odustane od gonjenja. Rokovi prema oštećenom su prekluzivni.

### 7.1. Oštećeni kao tužilac

Uvođenjem koncepta tzv. tužilačke istrage, uloga *oštećenog kao tužioca* se u mnogo čemu menja. Njegov položaj je bitno različit u pogledu kontrole gonjenja učinoca dela u predistražnom i istražnom postupku, te postupku nakon potvrđivanja optužnice. Inače, u odnosu na dosadašnja rešenja u ZKP/01, preuzimanje gonjenja nakon odustanka tužioca je drugačije regulisano u odnosu na stanje po ZKP/01.

Ukoliko javni tužilac odustane od krivičnog gonjenja u *predistražnom i istražnom postupku*, prava koja je ranije imao oštećeni u pogledu preuzimanja gonjenja usmerena su sada prema tužiocu, a ne sudu. Naime, ukoliko javni tužilac za krivična dela koja se gone po službenoj dužnosti, odbaci krivičnu prijavu, obustavi istragu ili odustane od krivičnog gonjenja do potvrđivanja optužnice u redovnom postupku, odnosno pre određivanja glavnog pretresa ili ročišta za izricanje krivične sankcije u skraćenom postupku, oštećeni može da izjavi prigovor neposredno višem javnom tužiocu i da zahteva od njega preispitivanje odluke o nepreduzimanju ili odustanku od gonjenja (čl. 51. i 497). Javni tužilac je dužan da u roku od osam dana o tome obavesti oštećenog i da ga pouči da može da podnese prigovor neposredno višem javnom tužiocu (čl. 52 st. 1). Dakle, ovde kontrola gonjenja je interno određena od strane višeg tužioca. Oštećeni ima pravo da podnese prigovor u roku od osam dana od dana kada je primio obaveštenje. Viši javni tužilac će u roku od 15 dana odlučiti o prigovoru. Ukoliko usvoji prigovor javni tužilac će izdati obavezno uputstvo nadležnom javnom tužiocu da preduzme odnosno nastavi krivično gonjenje. Protiv rešenja kojim se usvaja ili odbija prigovor nije dozvoljena žalba (čl. 51 st. 3).

*Posle potvrđivanja optužnice*, ukoliko javni tužilac odustane od krivičnog gonjenja, oštećeni ima pravo da preuzme gonjenje i zastupa optužbu (čl. 52 st. 1). Odustanak javnog tužioca od optužbe nakon potvrđivanja optužnice, a u skraćenom postupku – od određivanja glavnog pretresa ili ročišta za izricanje krivične sankcije, daje oštećenom pravo da odmah preuzme gonjenje ili ako nije prisutan toj radnji, sud će ga obavestiti pismeno i uputiti na pravo da se izjasni da li hoće da preduzme krivično gonjenje i zastupa optužbu, ostavljajući mu za to zakonski rok od 8 dana (čl. 52. i 497). Oštećeni kao tužilac ima sva prava u postupku koja ima i javni tužilac osim onih koja tužiocu pripadaju kao državnom organu. On može da sam ili preko punomoćnika iz redova advokata ostvaruje svoja prava u postupku. Kada se krivični postupak vodi za krivično delo za koje je zaprećena kazna zatvora u trajanju preko pet godina, može se, na njegov zahtev, postaviti punomoćnik, ako je to u interesu postupka i ako oštećeni kao tužilac, prema svom imovnom stanju, ne može snositi troškove zastupanja (čl. 59). Ovim rešenjem se uvažava potreba dodatne zaštite oštećenog kod težih krivičnih dela i nemogućnost da snosi troškove zastupanja, pod uslovom da je to u interesu postupka. Novina predviđena odredbom člana 125 st. 3. Zakonika je pravo oštećenog kao tužioca da organu postupka podnese zahtev za postavljanje stručnog savetnika. To pravo ima i okrivljeni. U ostalom delu uloga oštećenog i njegova prava nisu bitno menjana u odnosu na dosadašnji Zakonik. Konačno, oštećeni kao tužilac ima pravo kao i do sada da uloži žalbu na odluku suda iz svih žalbenih osnova.

## 7.2. Privatni tužilac

Privatni tužilac ima pravo da podnosi i zastupa privatnu tužbu (čl. 64 st. 1. t.1). U pogledu privatne tužbe nema bitnih novina, jer odredbe o optužnici i ispitivanju optužnice primenjuju se shodno i na privatnu tužbu, osim ako se ona podnosi za krivična dela za koje se sprovodi skraćeni postupak (čl. 331 st. 6). Inače, u postupku privatnom tužiocu pripadaju sva prava kao i javnom tužiocu, osim onih koja javni tužilac ima kao državni organ (čl. 64 st. 2).

## 8. RAVNOPRAVNOST OPTUŽBE I ODBRANE – JEDNAKOST ORUŽJA (*equality of arms*)

a) *Novi Ustav Srbije iz 2006*<sup>25</sup>. godine kao važnu novinu za krivični postupak uvodi, pravo optuženog „na pravično suđenje“ (čl. 32. st. 1), i „posebna prava okrivljenog“, po kojima svako kome se sudi za krivično delo ima i sledeća prava: „da sam ili preko branioca iznosi dokaze u svoju korist“, „da ispituje svedoke optužbe“ i „da zahteva da se pod istim uslovima kao svedoci optužbe i u njegovom prisustvu, ispituju i svedoci odbrane“ (čl. 33. st. 5). Prihvatanjem ovakve Ustavne regulative, gde se ostvaruje pravo na kontradiktoran postupak, te pravo na dokaz, da okrivljeni ima pravo da sam ili preko branioca iznosi dokaze u svoju korist i da sam ispituje svedoke optužbe, upućuje se na model akuzatorskog krivičnog postupka. Suština ove ustavne odredbe je da se obezbedi *ravnopravnost optužbe i odbrane* u pogledu iznošenja dokaza i ispitivanja svedoka. Drugim

25 „Službeni glasnik RS“, br. 98 od 10. novembra 2006. godine.

rečima, potrebno je u ovoj vrsti postupka obezbediti ravnopravnost u korišćenju procesnih sredstava tzv. „jednakost oružja“ (*equality of arms*). Ovakva ustavna odredba je očito utemeljena na „pravima i slobodama“ proklamovanim u Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima, iz 1950 god.<sup>26</sup>, koja predviđa da svako ko je optužen za krivično delo ima prava: „da ispituje svedoke protiv sebe, ili da postigne da se oni ispituju“ i „da se obezbedi prisustvo i saslušanje svedoka u njegovu korist pod istim uslovima koji važe za one koji svedoče protiv njega“ (čl. 6. st. 3d). Ovo pravo identično je zagantovano i Međunarodnim paktom o građanskim i političkim pravima, iz 1966 god.<sup>27</sup>, „da ispituje ili postigne da se ispituju svedoci optužbe i da postigne da pristupe sudu i budu saslušani svedoci u njegovu korist pod istim uslovima kao i svedoci optužbe“ (član 14. st. 3.e.). Naime, „da okrivljenom moraju biti pružene podjednake mogućnosti kod pozivanja i ispitivanja svedoka, kao i javnom tužiocu“. On garantuje da procedura pozivanja i saslušanja svedoka mora biti ista i za optužbu i za odbranu, odnosno, smatra se da odbrana mora da ima na raspolaganju iste procesne instrumente kakve ima i tužilac u pogledu ispitivanja svedoka i veštaka, odnosno da ima pravo da pod istim uslovima kakve ima tužilac ispituje svedoke i saokrivljenog (čiji iskaz u širem smislu spada u iskaze svedoka). Iz ovog člana proizilazi da na glavnom pretresu čitav dokazni postupak mora da se odvija u prisustvu stranaka, odnosno okrivljenog, na usmenom ročištu i u kontradiktornom postupku.<sup>28</sup> Ovde je osnovni smisao da se obezbedi puna „jednakost stranaka“ u predmetu koji se razmatra<sup>29</sup>. Ako stranke (okrivljeni i tužilac) nisu jednake u bilo kom pogledu, odnosno pravu, to ima za posledicu da ne mogu da raspravljaju o krivičnoj stvari u podjednakoj meri, a to ima za krajnju posledicu rizik da se ne utvrdi istina.

b) *Projektovanjem akuzatorskog krivičnog postupka* zahteva se sasvim drugačiji sistem prava i obaveza u pogledu izvođenja dokaza. Pre svega, na tužiocu je da dokaže svoju optužbu a na odbrani da prikuplja dokaze u svoju korist, dok se sud pasivizira, ali uvek može odrediti izvođenje novih dokaza radi utvrđenja ili razjašnjenja određenog činjeničnog stanja. Drugačija raspodela odgovornosti za dokazivanje činjenica u postupku, uz istovremeno nastojanje da se obezbedi „jednakost oružja“ (*equality of arms*)<sup>30</sup> između javnog tužioca i osumnjičenog u vezi sa prikupljanjem dokaza u toku istrage, razlog su zbog kojeg je odredbama čl. 301. do 303. Zakonika omogućeno odbrani da

26 Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Rim, 4. novembar 1950. U pitanju je regionalni međunarodni ugovor o ljudskim pravima kome mogu da pristupe samo države članice Saveta Evrope. Državna zajednica Srbija i Crna Gora primljena je u ovaj Svet 2003. godine i u decembru iste godine ratifikovala je ovu konvenciju, „Službeni list Srbije i Crne Gore“, međunarodni ugovori, br. 9 od 26. decembra 2003. Posebno ističemo čl. 6, prava na pravično suđenje koje podrazumeva brojna fundamentalna druga prava za okrivljenog, kao i „pravo na jednakost u oružju“.

27 Višestrani međunarodni ugovor o ljudskim pravima usvojen rezolucijom Generalne skupštine ujedinjenih nacija 2200A (XXI) od 16. decembra 1966. godine. Stupio na snagu 23. marta 1976. godine. Jugoslavija ga je ratifikovala 1971. godine («Službeni list SFRJ, međunarodni ugovori, br. 7/1971). (skraćeno, Pakt).

28 A. Jakšić, *Evropska konvencija o ljudskim pravima – komentar*, Beograd, 2006, str. 198-199.

29 Povreda člana 6. Evropske konvencije postojala bi samo onda ako bi optuženi dokazao da je propust da se sasluša određeni svedok bio po njega štetan, ili da je to moglo da ugrozi ravnopravnost optužbe i odbrane. O ovom detaljnije, Đ. Lazin, Pravo optuženog da ispituje svedoke, (međunarodni standardi i zakonsko regulisanje), *Branič*, časopis za pravnu teoriju i praksu AKS, Beograd, br. 1-2/2008 *op. cit.*, str. 42-43.

30 *Ibid.*, str. 41.



u toku istrage prikuplja dokaze i materijal u svoju korist, ili predlaže tužiocu da se izvede određena radnja, ili od strane sudije za prethodni postupak, koji odlučuje o tome po predlogu osumnjičenog. Dok su za prikupljanje dokaza uz pomoć *dokaznih radnji* nadležni samo državni organi (javni tužilac i sud), odbrana dolazi do dokaza i materijala samo uz pristanak lica od koga se pribavljaju. Zakonodavac je precizirao i procesni značaj pisanih izjava i obaveštenja do kojih je odbrana došla, tako što se oni mogu koristiti samo kao pomoćni materijal od strane okrivljenog i njegovog branioca u toku ispitivanja svedoka ili provere verodostojnosti njegovog iskaza ili kao osnov za donošenje odluke o ispitivanju određenog lica kao svedoka od strane javnog tužioca ili suda (čl. 301. st. 4). Ova odredba ipak nije u skladu sa pravilom o jednakosti oružja. U slučaju da se do određenog dokaza može doći uz pomoć dokaznih radnji, odbrana može predložiti samo javnom tužiocu kao organu koji rukovodi istragom da je preduzme. Ako javni tužilac prihvati dokazni predlog odbrane ili mu, na predlog odbrane, to naloži sudija za prethodni postupak, do dokaza u korist odbrane se dolazi na zakonom propisan način u okviru istrage kojom rukovodi javni tužilac (čl. 302). Ovim se želi izbeći vođenje tzv. *paralelne istrage* koja bi mogla dovesti do različitih ocena istih dokaza, kao i do nepotrebnog povećanja troškova postupka<sup>31</sup>. No, u toku glavnog pretresa ipak sud odlučuje o predlogu za izvođenje novih dokaza ili sam određuje da se oni izvedu, a ne javni tužilac.

c) *U fazi istrage* se ne mogu izvoditi dokazi nego oni koje tužilac odredi, a nekad i kada to odredi sudija za prethodni postupak, po prigovoru okrivljenog. Osnovna prava okrivljenog su da se sam brani ili uz stručnu pomoć branioca, da „prikuplja dokaze za svoju odbranu“, „da se izjasni o svim činjenicama i dokazima koji ga terete i da iznosi činjenice i dokaze u svoju korist, da ispituje svedoke optužbe i zahteva da se pod istim uslovima kao svedoci optužbe, u njegovom prisustvu ispituju svedoci odbrane“ (čl. 68. st. t. 9. i 10), i njegov branilac ima pravo da „u korist okrivljenog preduzima sve radnje koje može preduzeti okrivljeni“ (čl. 71. st. 1. t. 5). Osumnjičeni i njegov branilac mogu samostalno prikupljati dokaze i materijal u korist odbrane (čl. 301. st. ). U cilju ostvarenja ovih ovlašćenja osumnjičeni i njegov branilac mogu „da razgovaraju sa licem koje im može pružiti podatke korisne za odbranu i da od tog lica pribavljaju pisane izjave i obaveštenja, uz njegovu saglasnost“ (st. 2. t. 1 istog člana). Pisana izjava i obaveštenje, mogu se koristiti samo „u toku ispitivanja svedoka ili provere verodostojnosti njegovog iskaza ili za donošenje odluke o ispitivanju određenog lica kao svedoka od strane javnog tužioca ili suda“ (st. 4 istog člana).

d) *Nakon podizanja optužnice – odgovor okrivljenog na optužnicu* (čl. 336). Okrivljeni ima pravo da podnese pisani odgovor na optužnicu u roku od osam dana od dana dostavljanja optužnice. Na ovo pravo okrivljeni se posebno upozorava. Naime, uz optužnicu, okrivljenom će biti dostavljena i pouka o pravu na podnošenje odgovora. Odgovor na optužnicu ima pravo da podnese i branilac, bez posebnog ovlašćenja ali ne i protiv njegove volje. U zakoniku se ne navode osnovi ili eventualno razlozi za odgovor, pa se podrazumeva da to mogu biti kako činjenična tako i pravna pitanja. Iako se ne navodi šta treba da sadrži odgovor zakonom se određuje pismena forma.

e) *U fazi glavnog pretresa*, pripreme glavnog pretresa, na pripremnom ročištu, stranke mogu predložiti nove dokaze ako su za njih saznale nakon potvrđivanja optužnice

31 Beljanski, Ilić, Majić, op. cit. str. 35 i dr.

(čl. 347. st. 2). Na ročištu na kojem se „izjašnjavaju stranke“, optuženi ako osporava navode optužbe, navešće iz kojih razloga, ali će biti upozoren da će se na glavnom pretresu izvoditi dokazi samo u vezi sa osporenim delom optužnice (čl. 349. st. 4). U fazi priprema glavnog pretresa i predlaganja dokaza stranke imaju prava da se izjasne o predlozima suprotne stranke i oštećenog (čl. 350. st. 4). U fazi pozivanja stranaka okrivljenom se mora ostaviti rok za pripremanje odbrane najmanje 8 dana, a za dela za koja se može izreći kazna zatvora od 10 godina ili teža kazna, vreme za pripremanje odbrane iznosi najmanje 15 dana. Na zahtev optuženog ili na zahtev tužioca a po pristanku optuženog, ovi rokovi se mogu skratiti (čl. 355. st. 4). Ako nije održano pripremno ročište stranke, branilac i oštećeni mogu posle određivanja glavnog pretresa predložiti da se na glavni pretres pozovu novi svedoci ili veštaci ili izvedu drugi dokazi, pri čemu moraju označiti koje bi se činjenice imale dokazati i kojim od predloženih dokaza (čl. 356. st. 1). O izvođenju predloženih dokaza odlučuje predsednik veća ili veće (čl. 395). Optuženi ima pravo da se nakon izlaganja optužbe izjasni na optužbu (čl. 392), posle uvodnog izlaganja tužioca branilac optuženog ima pravo, ili optuženi ako se sam brani, da iznese uvodno izlaganje (čl. 393). Okrivljeni ima pravo da najpre iznese odbranu (čl. 397), i da se sasluša posle iznesene odbrane (čl. 398), šta se sastoji od pitanja, njegovog branioca, potom tužioca, a posle njega predsednika veća i članova veća, a zatim oštećenog ili njegovog zakonskog zastupnika ili punomoćnika, saoptuženog i njegovog branioca, veštaka i stručnog lica. Brojna su prava u fazi glavnog pretresa, završene reči i postupka pravnih lekova, čime treba da se uspostavi ravnoteža „optužbe i odbrane“. No, i pored svega ostaje ozbiljna sumnja u pogledu toga da li je svim ovim odredbama obezbeđena istinska „jednakost oružja“ optužbe i odbrane.<sup>32</sup>

## ZAKLJUČAK

Položaj glavnih procesnih subjekata u novom Zakoniku o krivičnom postupku od 2011, koji je utemeljen na adverzijalnom sistemu, bitno je drugačiji u odnosu na rešenja iz ZKP/01. Uloge u procesu su se na neki način prestrojile. Tako tužilac rukovodi predistražnim postupkom i istragom, zastupa optužbu od koje ima pravo da odustane u svakoj fazi postupka. Okrivljeni je subjekt i stranka u postupku, sa širokim pravima u pogledu iznošenja odbrane, prikupljanja dokaza i iznošenju činjenica i dokaza u svoju korist, ima pravo da se sam brani, ali kao i do sada on ima prvo i na stručnu odbranu putem branioca, koji se pod određenim zakonskim uslovima, postavlja po službenoj dužnosti za sva dela gde je predviđena kazna zatvora do 8 godina. U akuzatorskom sistemu sa naglašenom ulogom stranaka, uloga suda je pasivizirana sa manje aktivnosti. Sud je sada organ koji rukovodi postupkom i presuđuje, dok je u domenu prava i izvođenja dokaza radi istinitog utvrđivanja činjeničnog stanja, njegova uloga znatno umanjena. Sud je u pasivnoj ulozi i praktično se brine o redosledu izvođenja dokaza koje stranke i to, prvenstveno, tužilac predloži. U ovom postupku uočava se nedostatak u proceduri kada je u pitanju pravo na dokaz okrivljenog. Okrivljeni (i njegov branilac) prikuplja dokaze i materijale u svoju odbranu, ali nema pravo na njihovo izvođenje. I kod prikupljanju dokaza, potreban je pristanak lica od koga se pribavljaju (čl. 301 st. 1. t. 3),

32 Detaljnije argumente koji dovode u pitanje ostvarivanje ovog cilja iznosi M. Škulić /2012/: Kritička analiza novog Zakonika o krivičnom postupku Srbije, *Branilac* br. 1-2/2012, str. 29-67.

zatim tužilac odlučuje da li će se izvesti predložena određena dokazna radnja ili ne (čl. 302), a to isto pravo ima i sud tokom glavnog pretresa (čl. 395). Prema tome „jednakost oružja“ koja je osnovna karakteristika adverzijanog sistema je pretežno deklarativna, bez pune jednakosti, o čemu bi trebalo voditi računa prilikom najavljenih izmena.

## LITERATURA

- Bayer V. /1977/: *Jugoslavensko krivično procesno pravo* (Uvod u teoriju krivičnog procesnog prava), knjiga I, peto prerađeno izdanje, Zagreb
- Beljanski, Ilić, Majić /2011/: *Predgovor, Zakonik o krivičnom postupku od 2011*, Beograd
- Branič* /2007/: časopis za pravnu teoriju i praksu AKS, 1-2
- Cryer R. i dr. /2010/: *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Second Edition, Cambridge University Press
- Grubač, M. /2007/: Postoje li uslovi za primenu novog Zakonika o krivičnom postupku?, *Naučni skup Kopaonik*
- Grubač, M. /2009/: *Krivično procesno pravo*, šesto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd
- Damaška, M. /2007/: O nekim učincima stranački oblikovanog pripremnog kaznenog postupka, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, br. 1, Zagreb
- Jakšić, A. /2006/: *Evropska konvencija o ljudskim pravima – komentar*, Beograd
- Lazin, Đ. /2008/: Pravo optuženog da ispituje svedoke, (međunarodni standardi i zakonsko regulisanje), *Branič*, časopis za pravnu teoriju i praksu AKS, Beograd, br. 1–2
- Nikolić D. /2006/: *Sporazum o priznanju krivice*, Niš
- Roxin/Schuünemann /2009/: *Strafverfahrensrecht*, 26. Auflage, München
- Talijanski kazneni postupak od 1989* (prevod, B. Pavišić i dr.), Rijeka, 2002
- Škulić, M., Ilić, G. /2012/: *Reforma u stilu „jedan korak napred – dva koraka nazad“*, Beograd
- Škulić, M. /2012/: Kritička analiza novog Zakonika o krivičnom postupku Srbije, *Branič* br. 1-2
- Zakonik o krivičnom postupku SRN (StPO)*, verzija od 1987. Prevod /1997/, Beograd, Centar marketing

Nedeljko JOVANČEVIĆ  
Rechtsanwalt aus Belgrad

## POSITION DER HAUPTBETEILIGTEN IM STRAFVERFAHREN IN DER NEUEN STPO 2011

### ZUSAMMENFASSUNG

Die Position der Hauptbeteiligten im Strafverfahren nach der neuen, auf dem kontradiktorischen System aufbauenden Strafprozessordnung 2011 unterscheidet sich wesentlich von den Lösungen in StPO/01. Die Rollen haben sich im Verfahren sozusagen neu geordnet. So führt

der Staatsanwalt das Vorermittlungsverfahren und die Ermittlung durch und vertritt frei die Anklage im Strafverfahren, die er in jeder Lage des Verfahrens zurücknehmen kann. Der Beschuldigte ist der Betroffene und eine der Parteien im Verfahren mit weiten Rechten bei der Verteidigung, der Beweiserhebung und dem Vorbringen von Fakten und Beweisen und kann sich selbst verteidigen, hat aber weiterhin das Recht auf die Verteidigung durch einen Verteidiger, der unter bestimmten rechtlichen Voraussetzungen bei Straftaten mit bedrohter Strafe bis zu 8 Jahren von Amts wegen zu bestellen ist. In einem kontradiktorischen System mit betonter Rolle der Parteien ist die Rolle des Gerichts passiviert und gekennzeichnet durch weniger Aktivitäten. Das Gericht leitet das Verfahren und entscheidet, während auf der rechtlichen Ebene die Rolle des Gerichts bei Beweiserhebung zur Feststellung des Tatbestands minimisiert wurde, was nach der Meinung des Autors der größte Mangel der neuen StPO ist.

**Schlüsselwörter:** akusatorisch-adversiales System, Verfahrensparteien, Waffengleichheit, Verständigung im Strafverfahren, Verständigung über die Aussage des Angeklagten und Verurteilten.

*Emir Ćorović\**

Državni univerzitet u Novom Pazaru, Departman za pravne nauke

## SPORNI OBLICI DISCIPLINSKOG KAŽNJAVANJA DECE: DA LI JE REČ O OSNOVU ISKLJUČENJA PROTIVPRAVNOSTI KRIVIČNOG DELA ILI NASILJU NAD DECOM?

**Apstrakt:** Ovaj rad je posvećen problematici spornih oblika disciplinskog kažnjavanja dece sa stanovišta pitanja da li je reč o osnovu isključenja protivpravnosti krivičnog dela ili nasilju nad decom. Naime, u krivičnom pravu dugo vremena egzistira jedan poseban osnov isključenja protivpravnosti krivičnog dela koji se nekada označava kao „disciplinsko kažnjavanje“, a nekada kao „telesno kažnjavanje“, ili, pak, „vršenje roditeljskog prava“ odnosno „prava vaspitanja“. Međutim, pitanje je kakvu ulogu danas imaju oni metodi kažnjavanja koji u sebi nose izvesnu dozu nasilja ili imaju karakter ponižavajućih postupaka. Kada bi se takve radnje učinile prema osobi u odnosu na koju ne postoji „pravo disciplinovanja“, onda bi se one mogle kvalifikovati kao neko krivično delo. Zbog toga je u radu razmotreno pravno dejstvo tih spornih postupaka disciplinovanja, s obzirom da ljudska prava, uključujući i prava deteta, predstavljaju jednu od najznačajnijih vrednosti modernog doba, ali i zato što srpsko krivično zakonodavstvo propisuje nasilje u porodici kao posebno krivično delo.

**Ključne reči:** deca, disciplinsko kažnjavanje, protivpravnosti, nasilje.

### UVOD

Vaspitanje i obrazovanje dece predstavlja jedan vrlo kompleksan proces. Licima koja se staraju o realizaciji procesa vaspitanja i obrazovanja (pre svega roditeljima, ali i vaspitačima, učiteljima, nastavnicima itd.) pripadaju određena prava i obaveze u odnosu na decu koja su im priznata s ciljem njegovog lakšeg sprovođenja. Između ostalog, ova lica su ovlašćena da preduzimaju odgovarajuće mere disciplinovanja dece.

Disciplinovanje bi se moglo odrediti kao „obučavanje i usmeravanje koje pomaže deci da razviju prosuđivanje, osećaj granica, samokontrolu, osećaj za efikasnost, samodovoljnost i pozitivno društveno ponašanje“.<sup>1</sup> Navedeni ciljevi disciplinovanja

---

\* Docent, ecorovic@np.ac.rs

1 V. Radojković-Išpanović, N. Žegarac /2006/: Definicije zlostavljanja i zanemarivanja - in: *Priručnik za primenu opšteg protokola za zaštitu dece od zlostavljanja i zanemarivanja* (Radojković-Išpanović V. ed.), Beograd, p. 18.

mogu se ostvariti savetovanjem dece, obezbeđivanjem dodatnog društveno korisnog angažmana (kroz sport, različite hobije itd.), zatim merama zasnovanim na logici „nagrađivanja“ za uspeh (na primer nagrada za odličan uspeh na kraju školske godine) odnosno „kažnjavanja“ za nedolično ponašanje (na primer da roditelj umanju džeparac svom detetu), potom merama kojima se deci zabranjuje posećivanje odgovarajućih mesta koja mogu biti neprimerena njihovim godinama usled ambijenta koji pružaju (konzmiranje opojnih droga, alkohola), odnosno merama kojima se zabranjuje kontakt sa osobama koje utiču negativno na ponašanje deteta (od loših i problematičnih đaka, pa do lica koja pripadaju kriminalnom miljeu). Mere su brojne i neke od njih sadrže izvesnu dozu represivnosti.

Međutim, u praksi se ne retko javljaju i određene problematične situacije. Roditelji i druga lica koja se staraju o deci preduzimaju neke akte koji su itekako problematični sa stanovišta svoje dozvoljenosti, ali i sa stanovišta svoje učinkovitosti. Tu pre svega mislimo na fizičko kažnjavanje dece, ali i na druge akte kojima se ugrožava fizički i/ ili duševni integritet deteta. Jer kako konstatuju pojedini autori, „ima roditelja koji nikada na dete nisu „podigli ruku“, ali su ga svojevrsnim „ispiranjem mozga“ i uopšte, raznoraznim oblicima psihičkih presija više maltretirali nego da su ga „klasično“ istukli“.<sup>2</sup>

Zato kada govorimo o spornim oblicima disciplinskog kažnjavanja upravo mislimo na one „metode“ vaspitanja koje u sebi nose crte nasilja, teškog vređanja i omalovažavanja dece. Reč je postupcima kojima se atakuje ne samo telesni integritet, već i na spokojstvo i duševno stanje deteta. Danas kada živimo u eri ljudskih prava i sloboda takve metode se moraju preispitati. Time nužno ulazimo u raspravu o jednom posebnom osnovu isključenja protivpravnosti krivičnog dela koji dugo egzistira u teoriji krivičnog prava, a koji se nekada označava kao *vršenje roditeljskog prava* ili *vršenje prava vaspitanja*, nekada kao *disciplinsko kažnjavanje dece*, a nekada, prema svom najdrastičnijem obliku, i kao *fizičko (ili telesno) kažnjavanje dece*.

## DOKTRINARNO POJAŠNENJE DISCIPLINSKOG KAŽNJAVANJA DECE KAO OSNOVA ISKLJUČENJA PROTIVPRAVNOSTI KRIVIČNOG DELA

Shvatanje disciplinskog kažnjavanja dece kao osnova isključenja protivpravnosti krivičnog dela u krivičnopravnoj literaturi uslovljeno je zakonskim propisima o odnosu roditelja i dece, odnosno drugih lica koja se staraju o njihovom vaspitanju i obrazovanju (učitelji, vaspitači, nastavnici, osoblje zaposleno u domaćinstvu i sl.), običajima koji na tim relacijama postoje u određenom društvu, svrsi koja se želi postići disciplinskim kažnjavanjem i sličnim kriterijumima. Da bi shvatili prednju konstataciju, napravice jednu istorijski retrospektivu shvatanja ovog osnova isključenja protivpravnosti. Ovo je nužno jer je uočljivo da su pravni pisci starije generacije bili tolerantniji prema odgovarajućim postupcima roditelja i drugih lica zaduženih za vaspitanje dece u odnosu na novije autore koji deluju u vremenu kada se ljudskim pravima, uključujući i prava dece, posvećuje značajna pažnja u svekolikom pravopolitičkom diskursu.

2 M. Škulić /2009/: Problem telesnog kažnjavanja dece ili pitanje da li je batina izašla iz raja - in: *Nasilje u porodici* (Škulić M. ed.), Beograd, pp. 24-25.



Čuveni nemački profesor krivičnog prava *Franz von Listz* bio je mišljenja da titular „vlasti vaspitanja i kažnjavanja“ (na primer roditelj) može trajno ili privremeno preneti njegovo vršenje na drugo lice (na primer služavku), s tim da se u nekim situacijama može raditi i o pretpostavljenoj saglasnosti titulara da ga vrše još neka lice. Kao primer za potonje *Listz* navodi slučaj kada prolaznik kažnjava nestašno dete koje ga uznemirava.<sup>3</sup> Pri tome, *Listz* je pravo kažnjavanja priznavao, u skladu sa tada važećim nemačkim pravom, jednom širokom krugu ljudu. I *Živanović* stoji na stanovištu da je pravo roditelja na kažnjavanje prenosivo, i može se izričito ili prećutno preneti na vaspitača. Ali za razliku od *Listz*-a on ne prihvata tezu o pretpostavljenom pristanku roditelja za kažnjavanje nestašnog deteta od strane trećih lica.<sup>4</sup> Oba ova autora se, međutim, slažu da će u slučaju prekoračenja granica vršenja prava kažnjavanja postojati protivpravnost, pa time i krivično delo.<sup>5</sup> Sličnog shvatanja je i *Čubinski* koji ističe da roditelji, tutori i nastavnici mogu vredati pravom zaštićene interese svoje dece, odnosno lica o kojima se brinu ili koja uče, ako su ispunjena dva uslova: 1) da se time ne povredi interes trećeg lica i 2) da ne dođe do prekoračenja granica koje „diktiraju zakon, uobičajena u dotičnoj sferi, praksa i socijalna traženja mudrosti i humanosti“, jer će u protivnom delo biti ne samo protivpravno, već i kažnjivo.<sup>6</sup>

Primetno je da pojedini krivičnopravni teoretičari, iako su stasavali u doba afirmisanja ljudskih prava, izbegavaju da daju eksplicitan odgovor o problematici fizičkog kažnjavanja dece. Tako *Bačić* smatra da dok se titular ovlašćenja u području vaspitanja kreće u okvirima zakona, bez obzira da li je reč o pisanom pravu ili pravilu izvedenom iz celokupnog pravnog poretka, njegovo postupanje nije protivpravno, s tim da će u slučaju nepostojanja neposrednog propisa za ocenu protivpravnosti odlučujući biti ciljevi vaspitanja. Smatra da se ostvarivanje tih ciljeva promatra kroz prikladnost upotrebljenih sredstava i preduzetih radnji, pa zaključuje da se „tolerira (se) povreda jednog dobra radi ostvarivanja posebnog opće priznatog cilja, koji ovdje ima prednost“.<sup>7</sup> Međutim, zapada u oči da *Bačić* kao primere gde se vršenje ovih vaspitnih dužnosti smatra osnovom isključenja protivpravnosti navodi lišavanje slobode, povrede tajnosti pisanja, oduzimanje stvari, tj. ne navodi ni jedno krivično delo koje se manifestuje u napadu na telesni integritet deteta ili kojim se grubo narušava njegov psihički integritet. Zbog toga se ne može dokučiti njegovo mišljenje povodom ovog veoma osetljivog problema, a što bi bilo umesno, s obzirom da on kao titulare odgovarajućih ovlašćenja kod ovog instituta navodi roditelje u odnosu na decu, staratelja u odnosu na šticećenika, ali i učitelje i profesore u odnosu na đake, tako da ova ovlašćenja priznaje jednom širem krugu lica.

Suprotno iznetom mišljenju, prof. *Stojanović* o ovom osnovu isključenja protivpravnosti govori kao o *vršenju roditeljskog prava*, iz čega se može zaključiti da on znatno redukuje krug lica koja su ovlašćena da preduzimaju disciplinske mere prema

3 F. List /1902/: *Nemačko krivično pravo*, Beograd, p. 167.

4 T. Živanović /1922/: *Osnovi krivičnog prava – Opšti deo*, Beograd, p. 147.

5 F. List: op.cit., p 167; T. Živanović: op.cit., p. 147.

6 M. Čubinski /1934/: *Naučni i praktični komentar krivičnog zakonika Kraljevine Jugoslavije*, Beograd, pp. 88-89.

7 F. Bačić /1998/: *Kazneno pravo – Opći dio*, Zagreb, p. 192.

deci. Po njegovom mišljenju trebalo bi uzeti da je u slučaju disciplinskog kažnjavanja koje se preduzima u cilju vaspitanja dece isključena protivpravnost, osim kada se na taj način ostvaruje biće nekog težeg krivičnog dela. Za fizičko kažnjavanje kaže da je sporno, ali i da protivpravnost ne bi bila isključena u situaciji kada su detetu nanete telesne povrede.<sup>8</sup>

Prof. *Kambovski* o ovom osnovu isključenja protivpravnosti govori kao pravu vaspitanja koje je sastavni deo roditeljskog prava, odnosno prava obrazovanja. Zanimljivo nam je njegovo shvatanje prava vaspitanja u porodičnopравnim odnosima. Naime, ovaj autor uočava da se tradicionalistički pristup, prema kojem vaspitanje u porodici treba da bude izvan državne regulative, potiskuje zahtevom za državnim, pre svega krivičnopравnim intervencionizmom. Ukazuje tim povodom na fenomen porodičnog nasilja koji je doveo do toga da brojna zakonodavstva napuste liberalan pristup kod ovog osnova isključenja protivpravnosti i da inkriminišu odgovarajuće akte, i to ne samo akte nasilja nego i radnje koje dovode do vaspitne (fizičke ili psihičke) zapuštenosti ili zaostalog razvoja maloletnika.<sup>9</sup>

Interesantno mišljenje o disciplinskom, tj. fizičkom kažnjavanju dece nalazimo kod *Roxin*-a. On s pravom konstatuje da zabrana telesnog kažnjavanja „ne čini nedozvoljenim svako telesno delovanje“, pa kao primer ističe da se vezivanje deteta na sto za povijanje ili ispred crvenog svetla na semaforu može smatrati dozvoljenim ponašanjem, pa čak i ponašanjem koje se u datim prilikama zahteva. Krivično delo ne postoji ni u slučaju „lakog udarca po zadnjici i sličnih delovanja koja još uvek ne predstavljaju kažnjive telesne povrede“.<sup>10</sup> Analizirajući pozitivno nemačko pravo *Roxin* ukazuje na zabranjenost svakog oblika telesnog kažnjavanja dece, ali koje će predstavljati kažnjivu telesnu povredu tek ukoliko u znatnoj meri pređe u zlostavljanje.<sup>11</sup> Nezadovoljan ovakvim konceptom on smatra da bi se *de lege ferenda* odnosna problematika mogla rešiti putem instituta ličnog osnova isključenja od kazne (*persönlicher Strafausschließungsgrund*), što bi omogućilo da „telesno kažnjavanje ostaje nedozvoljeno biće dela, protivpravna i skrivljena telesna povreda“, s tim da bi iz vankrivičnopравnih razloga u bezazlenim slučajevima moglo odustati od kažnjavanja. Naime, *Roxin* smatra da uplitanje države u porodične odnose može biti kontraproduktivno, jer „može doći do krize u poverenju između roditelja i deteta, kada otac mora zbog – sa njegovog gledišta dobro zarađenog – šamara biti stavljen na stub srama...“, te bi na taj način „mogla po mir u porodici i za dalji razvoj deteta proizići daleko veća šteta nego kada posle premda nedozvoljenog šamara sve opet bude dobro“.<sup>12</sup> Kratko rečeno *Roxin* na ovaj način nudi rešenje po kome telesno kažnjavanje predstavlja krivično delo, ali da se u bezazlenim slučajevima može odustati iz odgovarajućih, kako on kaže „vankrivičnopравnih razloga“. Navedenom privilegijom (tj. ličnim osnovom isključenja kazne) mogli bi se koristiti samo roditelji, ali ne i druga lica. Istog razmišljanja je i prof. *Kühl* kada raspravlja o ovom problemu, te u tom smislu ističe sledeće: „Ako se „istrebljenje nasilja u porodici“

8 Z. Stojanović /2003/: *Krivično pravo – Opšti deo*, Beograd, p. 172.

9 V. Kambovski /2006/: *Kazneno pravo – Opšt del*, Skopje, p. 364.

10 C. Roxin /2006/ *Stafrecht – Allgemeine Teil*, München, p. 804.

11 C. Roxin: *Ibid.*, p. 809

12 C. Roxin: *Ibid.*, p. 809.

posmatra samo kroz biće dela, protivpravnu i skrivljenu telesnu povredu, onda bi zakonodavac morao da propiše bar jedan lični osnov isključenja kazne da bi se umereno „fizičko kažnjavanje“ smatralo opravdanim<sup>13</sup>.

## SPORNI OBLICI DISCIPLINSKO KAŽNJAVANJE DECE PREMA PRAVU REPUBLIKE SRBIJE SA PREDLOGOM DE LEGE FERENDA

Kako pitanje disciplinskog kažnjavanja dece u dobroj meri zavisi od zakonskog regulisanja porodičnih odnosa, kao i od stepena proklomovanja i implementacije ljudskih prava, uključujući i prava dece u određeni pravni sistem, potrebno je da vidimo šta Ustav<sup>14</sup> i Porodični zakon (u daljem tekstu: PZ)<sup>15</sup> naše države kažu povodom ovog pitanja.

Tako, Ustav Republike Srbije proklamuje zabranu diskriminacije, uključujući i diskriminaciju po osnovu starosti (čl. 21 st. 3). U čl. 23 st. 1. Ustava govori se o neprikosnovenosti ljudskog dostojanstva koje su svi dužni da poštuju i štite. Nepovredivost fizičkog i psihičkog integriteta zajemčena je u čl. 25 u kojem stoji da „niko ne može biti izložen mučenju, nečovečnom ili ponižavajućem postupanju ili kažnjavanju, niti podvrgnut medicinskim ili naučnim ogledima bez svog slobodno datog pristanka“. Prema tome, možemo zaključiti da naš Ustav: 1) zabranjuje starosnu diskriminaciju; 2) smatra neprikosnovenim ljudsko dostojanstvo koje pripada svima uključujući i decu; 3) garantuje nepovredivost fizičkog i psihičkog integriteta zabranjujući u odnosu na bilo koga („niko ne može...“), pa i decu, ponižavajuće postupke i kažnjavanja. Prava deteta Ustav reguliše u čl. 64, u čijem st. 1 stoji da „deca uživaju ljudska prava primereno svom uzrastu i duševnoj zrelosti“, dok je u st. 3. predviđeno da su deca zaštićena od psihičkog, fizičkog, ekonomskog i svakog drugog iskorišćavanja ili zloupotrebljavanja. Ustav predviđa i da će se prava deteta i njihova zaštita urediti zakonom (član 64 stav 5.).

PZ u smislu navedene ustavne odredbe sadrži niz odredaba koje su interesantne sa stanovišta teme o kojoj pišemo. Čl. 5 st. 2. PZ propisuje da majka i dete uživaju posebnu zaštitu države; prema čl. 6 st. 1, 2 i 3. PZ svako je dužan da se rukovodi najboljim interesom deteta u svim aktivnostima koje ga se tiču, dok država ima obavezu da preduzme sve potrebne mere u cilju zaštite deteta od zanemarivanja, fizičkog, seksualnog, emocionalnog zlostavljanja i od svake vrste eksploatacije, kao i obavezu da poštuje, štiti i unapređuje prava deteta. PZ zabranjuje zloupotrebu roditeljskog prava (čl. 7 st. 3.), zabranjuje nasilje u porodici i jemči pravo na zaštitu od istog (čl. 10). Posebno je zanimljiva odredba člana 69 stav 2. koja glasi: „Roditelji ne smeju podvrgavati dete ponižavajućim postupcima i kaznama koje vređaju ljudsko dostojanstvo deteta i dužni su da dete štite od takvih postupaka drugih lica“.

PZ poprilično široko određuje nasilje u porodici. Prema čl. 197 st. 1. PZ nasilje u porodici je ponašanje kojim jedan član porodice ugrožava telesni integritet, duševno

13 K. Kühl /2008/: *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, München, p. 298.

14 Službeni glasnik Republike Srbije, br. 98/ 2006.

15 Službeni glasnik Republike Srbije, br. 18/2005.

zdravlje ili spokojstvo drugog člana porodice. Stavom 2 istog člana navedeno je da se pod nasiljem u porodici naročito smatra: 1. nanošenje ili pokušaj nanošenja telesne povrede; 2. izazivanje straha pretnjom ubistva ili nanošenja telesne povrede članu porodice ili njemu bliskom licu; 3. prisiljavanje na seksualni odnos; 4. navođenje na seksualni odnos ili seksualni odnos sa licem koje nije navršilo 14. godinu života ili nemoćnim licem; 5. ograničavanje slobode kretanja ili komuniciranja sa trećim licima; 6. vređanje, kao i svako drugo drsko, bezobzirno i zlonamerno ponašanje.

Iz navedenih odredaba Ustava i PZ čini nam se da nije teško dati odgovor na pitanje za kojim tragamo: u Republici Srbiji je zabranjeno fizičko kažnjavanje dece, kao i svi drugi ponižavajući postupci i kazne. To podrazumeva i zabranu svih onih oblika psihičke presije koji su upravljani na duševni integritet deteta. Zabranjeni su takvi postupci i kazni podležu kako roditelji, tako i druga lica koja učestvuju u procesu vaspitanja i obrazovanja dece. Štaviše, roditelji su dužni „da dete štite od takvih postupaka drugih lica“ (član 69 stav 2. PZ). Međutim, pitanje je da li navedena zabrana vuče za sobom i neke krivičnopravne konsekvence, tj. da li u slučaju njenog kršenja postoji krivično delo? U tom kontekstu mora se preispitati biće krivičnog dela nasilje u porodici iz čl. 194. Krivičnog zakonika Srbije (u daljem tekstu: KZ),<sup>16</sup> koje čini onaj koji primenom nasilja, pretnjom da će napasti na život ili telo, drskim ili bezobzirnim ponašanjem ugrožava spokojstvo, telesni integritet ili duševno stanje člana svoje porodice. Iz zakonskog opisa ovog krivičnog dela može se zaključiti sledeće:

a) Reč je o krivičnom delu ugrožavanja, sa posledicom stvaranja konkretne opasnosti po spokojstvo, telesni integritet ili duševno stanje člana svoje porodice. Pojam telesnog integriteta nije sporan. Spokojstvo podrazumeva osećanje fizičke i psihičke sigurnosti, dok duševno stanje obuhvata duševni mir, odsutnost straha, uzbuđenja i slične prilike.<sup>17</sup> Konkretna opasnost predstavlja neposrednu i blisku mogućnost da dođe do povrede zaštićenog dobra, u ovom slučaju spokojstva, telesnog integriteta ili duševnog stanja. Pojašnjeno kroz postupak fizičkog kažnjavanja ne zahteva se nastupanje telesnih povreda, već ugrožavanje (tj. sama mogućnost povrede) telesnog integriteta.

b) U teoriji krivičnog prava sporno je šta čini radnju ovog dela. Po jednjima, radnja je posledično određena, kao ugrožavanje spokojstva, telesnog integriteta ili duševnog stanja člana porodice, s tim da su primena nasilja, pretnje, drskog odnosno bezobzirnog ponašanja samo načini izvršenja ovog krivičnog dela.<sup>18</sup> Imajući u vidu da se koristi trajni glagol (ugrožava) to je dovoljno u smislu odredbe čl. 112. st. 30. KZ da je neka od navedenih aktivnosti samo jednom preduzeta da bi delo postojalo. Drugi, pak, radnju krivičnog dela vide u primeni nasilja, pretnje itd., dok predmetno ugrožavanje smatraju samo posledicom krivičnog dela. Po ovom shvatanju, u zavisnosti od toga koja je radnja preduzeta, delo bi moglo postojati i sa jednokratnim (nasilje, pretnja), ali i sa višekratnim postupanjem učinioca (drsko ili bezobzirno ponašanje). Naime, polazi se od toga da izraz „ugrožava“ predstavlja posledicu dela koja može trajati duže ili kraće vreme, tj. označava jedno

16 Službeni glasnik Republike Srbije, br. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009.

17 Lj. Lazarević /2005/: *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije*, Beograd, p. 550.

18 Lj. Lazarević: *Ibid.*, p. 550; I. Marković /2003/: *Primjena odredbe o nasilju u porodici u Republici Srpskoj, Temida*, No. 2, p. 54.

kontinuirano stanje u kojem se član porodice nalazi. Međutim, imajući u vidu da je primena nasilja i kvalifikovane pretnje podobna da dovede do posledice, ugrožavanja zaštićenih dobara, tu je dovoljno da je radnja krivičnog dela preduzeta barem jednom. U slučaju drskog ili bezobzirnog ponašanja traži se, usled prirode ovih radnji, njihovo ponavljanje da bi moglo doći do nastupanja potrebne posledice.<sup>19</sup> Mislimo da je moguće i jedno kompromisno stanovište, po kojem bi delo moglo biti dovršeno jednokratnom radnjom ne samo u slučaju primene nasilja i kvalifikovane pretnje (što je nesporno u oba navedena mišljenja), već i u slučaju drskog ili bezobzirnog ponašanja pod uslovom da je stepen drskosti i bezobzirnosti takvog inteziteta da može uzrokovati traženu posledicu dela.

Ne ulazeći u dublju diskusiju o radnji ovog krivičnog dela pokušaćemo da pojasnimo upotrebljene pojmove. Tako, nasilje bi se moglo odrediti kao primena fizičke sile prema članu porodice. Pretnja bi predstavljala stavljanje u izgled nekog zla članu porodice. Pri tome pretnja mora biti kvalifikovana, jer treba da se odnosi na život i telo člana porodice. Drsko ponašanje je, kako veli *Lazarević*, ono ponašanje kojim se „krše elementarna pravila kulturnog i uobičajenog ponašanja, kojim se prema drugom ispoljava ignorisanje, vređanje, spremnost za fizički obračun, pa čak i neki oblik pretnje napadom na telesni integritet“. Drskom ponašanju je, po shvatanju istog autora, blisko bezobzirno ponašanje, s tim da je ono jačeg inteziteta – radi se o krajnjem nepoštovanju člana porodice.<sup>20</sup>

Ukoliko je nasilje u porodici izvršeno prema maloletnom licu (tj. licu ispod 18 godina) onda postoji kvalifikovani oblik krivičnog dela nasilja u porodici iz čl. 194 st. 3 KZ.<sup>21</sup> Imajući u vidu dobra koja se štite predmetnom inkriminacijom (spokojstvo, telesni integritet, duševno stanje), te predviđene načine/ radnje kojima se na njih atakuje, smatramo da bi se mnogi „sporni“ disciplinski metodi mogli podvesti pod postojeću konstrukciju krivičnog dela nasilja u porodici. Kao primer uzmimo situaciju kada roditelj ošamari svoje dete. Može li se braniti stav da se jednim takvim činom ugrožava telesni integritet? Naglašavamo ugrožava, jer to predstavlja posledicu ovog dela. Ne traži se povreda telesnog integriteta u vidu određenog stepena telesnih povreda. Zakonodavac se kod krivičnog dela nasilja u porodici, prema tome, zadovoljava sa posledicom blažeg inteziteta – sa ugrožavanjem, sa mogućnošću povrede. Ipak, dozvoljavamo da nekom može izgledati pregrubo da se jedan ovakav postupak odredi kao akt kojim se ugrožava telesni integritet deteta. Ali da li bi se on tada mogao tretirati činom kojim se ugrožava (dovodi u opasnost) spokojstvo ili duševno stanje člana porodice? Čini nam se da bi odgovor na ovo pitanje bio potvrđan, ako se imaju u vidu prijašnja pojašnjenja ovih dobara. Ili, eventualno, neko može reći da jedan šamar ne predstavlja

19 Z. Stojanović /2006/: *Komentar Krivičnog zakonika*. Beograd p. 474.

20 Lj. Lazarević /2005/: op.cit., p. 550.

21 Moramo ukazati na terminološku problematiku. Iz člana 66 stava 4. Ustava može se zaključiti da se decom smatraju lica mlada od 18 godina, što čini i PZ (član 11), s tim da u članu 64 pravi razliku između deteta koje nije navršilo 14 godina – mlađi maloletnik, i deteta koje je navršilo 14 – stariji maloletnik. S druge strane KZ detetom smatra lice koje nije navršilo 14 godina (član 112 stav 8). Lica starosti od 14 do 18 godina KZ naziva maloletnicima, koji se dalje dele na mlađe maloletnike – od navršene 14 do 16 godine, i starije maloletnike – od navršene 16 do 18 godine (član 112 stav 9). Zajednički naziv za decu i maloletnike (za lica koja nisu navršila 18 godina) prema KZ jeste maloletna lica (član 112 stav 10).



primenu nasilja prema detetu, iako je oblik telesnog kažnjavanja. Iako smatramo da takvom prigovoru nema mesta, poći ćemo od toga da je on osnovan. Međutim, ako šamar nije akt nasilja, mogao bi se tretirati barem kao akt drskog ponašanja. Tim povodom s pravom se pitaju neki autori „kako je moguće primijeniti tjelesno kažnjavanje, a da to istovremeno za dijete ne bude ponižavajuće“.<sup>22</sup> Prema tome u našem primeru se, smatramo, itekako zalazi u kriminalnu zonu.

Ne želimo da se stekne utisak da mi iznetim tumačenjem plediramo da se problematični porodični odnosi na relaciji roditelj dete uvek nužno posmatraju kroz mogućnost krivičnopravne intervencije. To nam nije cilj. Zaista smatramo da krivičnopravna reakcija može u takvim odnosima biti, kako to ističe *Roxin*, kontraproduktiva. U tom kontekstu nam se čini vrlo primamljivom ideja ovog autora da se za roditelje propiše mogućnost odustajanja od kažnjavanja u određenim blažim slučajevima primene spornih mera disciplinovanja dece putem instituta ličnog osnova isključenja od kazne. Tako bi se, na primer, članu 194. KZ mogao dodati poseban stav koji bi glasio: „Za krivično delo iz stava 3 ovog člana neće se kazniti roditelj ako iz okolnosti slučaja očigledno proizilazi da on svojim postupcima nije nastojao da ugrozi spokojstvo, telesni integritet ili duševno stanje svoga deteta“.<sup>23</sup>

Takođe, moguće bi bilo da se problematika ovakvih slučajeva reši, uz izvesne zakonske korekcije, i putem instituta dela malog značaja iz čl. 18. KZ. No, bilo bi nužno da se za slučaj nasilja u porodici koje je izvršeno prema maloletnom licu propiše kazna zatvora do pet godina, jer je to jedan od uslova za primenu instituta dela malog značaja. Prema sada važećem rešenju taj institut se ne bi mogao primeniti zbog toga što je za teži oblik nasilja u porodici iz čl. 194. st. 3 KZ propisana zatvorska kazna od dve do deset godina.<sup>24</sup> To bi dalje imalo za posledicu da se preispitaju pojedini oblici krivičnog dela nasilja u porodici, naročito da se sadašnja odredba st. 3 čl. 194 KZ razloži tako što bi se posebno kao teži oblik propisalo vršenje nasilja u porodici prema maloletnom licu, a posebno nasilje u porodicu uz nanošenje teških telesnih povreda, što je po sada važećem pravu regulisano jednom odredbom (pomenutim st. 3). U tom smislu moglo bi se razmisliti da se nasilje u porodici prema maloletnom licu pravno-tehnički uredi ili na taj način što bi se „prebacilo“ iz st. 3 čl. 194. KZ u st. 2. istog člana, kojim je, takođe, predviđen teži oblik nasilja u porodici (ako je nasilje u porodici izvršeno oružjem, oruđem, ili drugim sredstvom podobnim da telo teško povredi ili zdravlje teško naruši), ali za koji je propisana kazna zatvora od šest meseci do pet godina zatvora, ili da se, uz tako propisanu kaznu, propiše u posebnom stavu. Prema tome, korekcijom propisanih kazni za nasilje u porodici (što bi vodilo i korekciji njegovih kvalifikovanih oblika) moglo bi se putem instituta dela malog značaja *de lege ferenda* izbeći sva ona problematika koja se vezuje za situacije kada neki „vankrivični razlozi“

22 L. Vidović /2008/: Tjelesno kažnjavanje djece u obitelji, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, No. 1, p. 314.

23 Da ne bi bilo zabune želimo da pojasnimo da u nemačkom krivičnom pravu ne postoji krivično delo nasilja u porodici. Kada *Roxin* govori o ličnom osnovu isključenja protivpravosti povodom problematike telesnog kažnjavanja dece on ga dovodi u vezu sa krivičnim delom telesnih povreda iz §223 nemačkog KZ. O ovom delu videti: K. Lackner, K. Kühl /2011/: *Strafgesetzbuch – Kommentar*, München, pp. 1031-1039.

24 Za osnovni oblik nasilja u porodici iz čl. 194 st. 1 KZ propisan je zatvor od tri meseca do tri godine.



iziskuju izostanak krivičnopravne reakcije. Pri tome ostala bi mogućnost primene odgovarajućih mera zaštite od nasilja u porodici prema čl. 198 PZ, što bi opet imalo i izvesni krivičnopravni značaj, jer bi roditelj, čiji su prvobitni postupci okarakterisani kao delo malog značaja, mogao odgovarati za poseban oblik krivičnog dela nasilja u porodici iz čl. 194. st. 5 KZ, ukoliko bi prekršio neku od tih mera koju mu je odredio (parnični) sud na osnovu (porodičnog) zakona.

Čini nam se da izneti predlozi na jedan zadovoljavajući način mogu rešiti problematiku spornih oblika disciplinskog kažnjavanja dece od strane roditelja. U biti to su nedozvoljene i inkriminisane radnje, ali bi, smatramo, za neke lakše slučajeve trebalo predvideti mogućnost izostanka krivičnopravne reakcije putem nekog od navedenih instituta, upravo da bi se izbegle odgovarajuće kontraproduktivne konotacije na relaciji roditelj – dete. Krivičnog dela svakako nema ni u onim krajnje bezazlenim slučajevima (primer roditelja koji blago udari svoje malo dete po ručici da bi ga sprečio da stavi prst u električni šteker), i to zbog toga što u takvim situacijama nisu ostvareni elementi bića krivičnog dela nasilja u porodici. Naime, takvim aktima se ne ugrožava (izostanak posledice), niti je roditelj išao za tim (nema umišljaja) da atakuje na spokojstvo, telesni integritet ili duševno stanje svoga deteta.

Pošto danas ni roditelji nemaju pravo da koriste problematične mere disciplinovanja svoje dece, ne mogu ga imati ni ostala lica koja se staraju o vaspitanju i obrazovanju dece. Tim povodom ukazujemo da Zakon o osnovama sistema obrazovanja i vaspitanja<sup>25</sup> jemči deci i učenicima pravo na uvažavanje ličnosti i zaštitu od diskriminacije, nasilja, zlostavljanja i zanemarivanja (čl. 103). U tom kontekstu ukoliko bi nastavnik udario učenika, ili ga uvredio, bilo bi neupitno postojanje bića krivičnog dela telesnih povreda, uvrede i sl.

## ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Problematici nasilja u porodici, naročito nasilja nad decom posvećena je značajna pažnja, kako od strane medija, tako i od strane naučnih radnika i drugih stručnjaka različite provinijencije. Krivično pravo se na jedan veoma izrazit način ophodi prema ovoj pojavi. Nemali broj krivičara raspravljao je o ovom pitanju, prevažodno putem analiziranja i komentarisanja krivičnog dela nasilja u porodici. To ne treba da čudi, jer se radi o uvek aktuelnom problemu, tako da novi pogledi i predlozi dobro dođu.

Međutim, u toj posvećenosti problematici nasilja u porodici izgubili su se iz vida, odnosno nije se dovoljno vodilo računa o određenim institutima krivičnog prava koji bi iz kriminalno političkih razloga dopuštali izostanak krivičnopravne reakcije u opravdanim slučajevima. U tom smislu intencija ovog rada je bila da se ukaže na to da se prilikom regulisanja krivičnog dela nasilja u porodici moraju iznaći mehanizmi koji će isključivati njegovo postojanje u situacijama kada bi kažnjavanje za isto nosilo za sobom više štete nego koristi upravo po interese deteta. Videli smo da se inostrana krivičnopravna književnost ozbiljno bavi ovim „mehanizmima“. Zato smo predložili

izvesne korekcije bića krivičnog dela nasilja u porodici iz čl. 194. KZ. Čini nam se da bi time dobili rešenja koja su zadovoljavajuća kako u krivičnopravnom, tako i u širem socio-političkom kontekstu.

## LITERATURA

- Bačić F. /1998/: *Kazneno pravo – Opći dio*, Zagreb.
- Čubinski M. /1934/: *Naučni i praktični komentar krivičnog zakonika Kraljevine Jugoslavije*, Beograd.
- Kambovski V. /2006/: *Kazneno pravo – Opšt del*, Skopje
- Kühl K.. /2008/: *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, München.
- Lacner K., Kühl K. /2011/: *Strafgesetzbuch – Kommentar*, München
- Lazarević, LJ. /2005/: *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije*, Beograd.
- List F. /1902/: *Nemačko krivično pravo*, Beograd.
- Marković I. /2003/: Primjena odredbe o nasilju u porodici u Republici Srpskoj, *Temida*, No. 2
- Radojković-Išpanović V., Žegarac, N. /2006/: Definicije zlostavljanja i zanemarivanja - in: *Priručnik za primenu opšteg protokola za zaštitu dece od zlostavljanja i zanemarivanja* (Radojković-Išpanović V. ed.), Beograd.
- Roxin C. /2006/: *Strafrecht – Allgemeiner Teil, Band I*, München.
- Stojanović Z. /2003/: *Krivično pravo – Opšti deo*, Beograd.
- Stojanović Z. /2006/: *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd.
- Škulić M. /2009/: Problem telesnog kažnjavanja dece ili pitanje da li je batina izašla iz raja - in: *Nasilje u porodici* (Škulić M. ed.), Beograd.
- Vidović L. /2008/: Tjelesno kažnjavanje djece u obitelji, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, No. 1.
- Živanović T. /1922/: *Osnovi krivičnog prava – Opšti deo*, Beograd.

*Emir Ćorović*

Department of Legal Sciences  
State University of Novi Pazar

## CONTROVERSIAL TYPES OF DISCIPLINARY PUNISHMENT OF CHILDREN: BASED ON EXCLUSION OF UNLAWFULNESS OF A CRIMINAL ACT OR VIOLENCE AGAINST CHILDREN?

### SUMMARY

This paper refers to the issue of controversial types of disciplinary punishment of children in terms of whether it is based on exclusion of unlawfulness of a criminal act or violence against children. Namely, a particular form of exclusion of unlawfulness of a criminal act exists in the

criminal law for a long time. From time to time it has been treated as a “disciplinary punishment”, or “physical punishment”, or “enforcement of parental rights”, or “upbringing rights”. However, the question is what kind of role those methods of punishment, with certain dose of repression or the character of humiliating acts, have got nowadays. If those activities would be performed related to person without “discipline rights”, then they could be classified as the case of a criminal act. Therefore, the legal effect of these controversial types of discipline activities is discussed in the paper considering that human rights, including the rights of children that represent one of the most important values of the modern age, and the fact that Serbian criminal legislation treats domestic violence as a specific criminal act.

**Keywords:** children, disciplinary punishment, unlawfulness, violence



# IZ PRAKSE EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

Primljeno: 1. septembar 2012.

*Slavoljub Carić\**

Ministarstvo pravde i državne uprave Republike Srbije

## ISKUSTVA REPUBLIKE SRBIJE U VEZI SA KRŠENJEM LJUDSKIH PRAVA U KRIVIČNIM SUDSKIM PREDMETIMA KOJI SU RAZMATRANI OD STRANE EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

**Apstrakt:** Rad se bavi analizom prakse Evropskog suda za ljudska prava u krivičnoj materiji u odnosu na Republiku Srbiju. Da bi se sagledala praksa Evropskog suda za ljudska prava u odnosu na Republiku Srbiju, u radu je data sistematizacija kršenja ljudskih prava u krivičnoj materiji u vezi sa pretpostavkom nevinosti, zabranom mučenja, pravom na slobodu i bezbednost, pravom na pravično suđenje, slobodom izražavanja itd. U radu se ukazuje na to da su najčešći uzroci kršenja ljudskih prava u krivičnoj materiji vezani prvenstveno za pogrešnu primenu zakona, a ne toliko za slabost zakonskih rešenja. Ipak, kada je u pitanju sloboda izražavanja u vezi sa osudom za klevetu, mogu se javiti i dileme u vezi sa kvalitetom zakona.

**Ključne reči:** Evropski sud za ljudska prava, Evropska konvencija o ljudskim pravima, krivična materija, pravično suđenje, pretpostavka nevinosti, pritvor, sloboda izražavanja.

### 1. UVODNA RAZMATRANJA

Evropski sud za ljudska prava je u svojoj dosadašnjoj praksi u više navrata analizirao postupanje sudova u Republici Srbiji u primeni domaćih zakona i standarda iz Evropske konvencije o ljudskim pravima i prakse Suda. Pri tome, ustanovljavane su povrede različitih prava iz Konvencije (povreda procesnog aspekta člana 3.; povreda prava na slobodu i bezbednost iz člana 5.; povrede članova 6. stav 1. i 2.; povreda slobode izražavanja zbog osude za klevetu itd).

### 2. POVREDA PRETPOSTAVKE NEVINOSTI

Povreda pretpostavke nevinosti (član 6. stav 2. Konvencije) utvrđena je već u prvoj presudi donetoj protiv Srbije (slučaj *Matijašević*, presuda od 19. septembra 2006. godine). U stavu 7. ove presude navodi se:

---

\* Pomoćnik ministra pravde i državne uprave i zastupnik Republike Srbije pred Evropskim sudom za ljudska prava, slavoljub.caric@zastupnik.gov.rs

*2. aprila 2004. godine tročlano veće Okružnog suda u Novom Sadu produžilo je pritvor podnosiocu predstavke za još dva meseca. U obrazloženju, opravdavajući ovu odluku, veće se oslonilo na prethodne osude podnosioca predstavke kao i njegovo neprestano asocijalno ponašanje. Sem toga, veće je jasno navelo da je podnosilac predstavke „učinio krivična dela koja su predmet ove optužbe“.*

Ovakva formulacija predstavlja povredu pretpostavke nevinosti, jer je izraz „učinio krivična dela“ trebalo zameniti izrazom „osnovano sumnjiv da je učinio krivična dela“, s obzirom da se krivica za učinjena krivična dela može utvrditi jedino pravosnažnom presudom.

U žalbi Vrhovnom sudu u vezi sa produženjem pritvora podnosilac je ukazao i na povredu pretpostavke nevinosti, ali Vrhovni sud je ove navode zanemario.

Ovakvo postupanje oba domaća suda uticalo je da Evropski sud za ljudska prava utvrdi povredu član 6. stav 2. u konkretnom slučaju. Primer, kako se mogla izbeći povreda u ovom slučaju može se videti iz slučaja *Noel Arrigo and Patrick Vella* u kome je Ustavni sud Malte utvrdio povredu pretpostavke nevinosti, suprotno Vrhovnom sudu Srbije, zbog čega je Evropski sud, poštujući načelo supsidijarne zaštite odbacio predstavku u ovom slučaju protiv Malte.

U presudi u slučaju *Hajnal* (presuda od 19. juna 2012. godine), Sud je razmatrao povredu pretpostavke nevinosti u vezi sa presudom Opštinskog suda od 13. aprila 2006. godine i sa rešenjem od 24. avgusta 2005. godine.

Dok je pritužba u vezi sa rešenjem proglašena nedopuštenom zbog nepoštovanja roka od 6 meseci, druga pritužba u vezi sa presudom proglašena je dopuštenom.

Naime, u presudi od 13. aprila 2006. godine, domaći sud je u opširnom obrazloženju presude naveo okolnosti pod kojima je po uverenju suda podnosilac predstavke izvršio radnje produženog krivičnog dela teške krađe. Međutim, ceneći olakšavajuće i otežavajuće okolnosti, sud je između ostalog uzeo kao otežavajuću okolnost raniju osuđivanost podnosioca predstavke, **kao i činjenicu da se protiv njega vodi još šest krivičnih postupaka.**

Ceneći navodnu povredu člana 6. stav 2. Sud je ukazao da će pretpostavka nevinosti prema članu 6. stav 2. Konvencije biti povređena ukoliko se u odluci suda ili izjavi službenog lica, reflektuje mišljenje ili stav da je lice protiv koga se vodi postupak krivo, pre nego što je krivica dokazana u skladu sa zakonom. Dovoljno je i da se u obrazloženju odluke ili izjave službenog lica ukaže da se optuženo lice smatra krivim, a preuranjena izjava suda kojom se izražava takvo mišljenje neizbežno dovodi do povrede pretpostavke nevinosti (stav 129. presude).

Imajući u vidu da je Opštinski sud u presudi od 13. aprila 2006. godine utvrdio da je podnosilac predstavke kriv, da je u obrazloženju presude konstatovano da se protiv podnosioca vodi 6 odvojenih postupaka, te da je ova činjenica uzeta kao otežavajuća okolnost, Sud je zaključio da je došlo do povrede pretpostavke nevinosti. Sud je ovaj stav dalje obrazložio time da se samo ranije utvrđenje da je lice izvršilo krivično delo, dakle pravosnažna presuda, može smatrati kao otežavajuća okolnost. Prihvatanje same činjenice da su protiv određenog lica u toku drugi krivični postupci, kao otežavajuće okolnosti, znači da se podrazumeva njegova krivica u tim postupcima. To se upravo desilo u predmetnom slučaju, jer je Opštinski sud



implicitno povredio pravo podnosioca na pretpostavku nevinosti u pomenutih šest odvojenih postupaka koji su bili u toku.

U presudi *Đermanović* (presuda od 23. februara 2010. godine), u stavu 11. navodi se:

Podnosilac predstave je zatražio da bude pušten iz pritvora uz jemstvo i ponudio je 50.000 evra. Njegov predlog je odbijen kao neosnovan, pošto je „iznos [koji je] ostvario nezakonito pribavljenom imovinskom koristi nekoliko puta veći od ponuđenog iznosa“, pa tako nije bilo garancija da neće pobeći. Njegov pritvor je posle toga redovno produžavan zbog tog rizika.

Iako, se u konkretnom slučaju Sud nije bavio pitanjem povrede pretpostavke nevinosti, jer nisu bila u tom pogledu iscrpljena unutrašnja pravna sredstva, da je Sud bio u prilici da ispituje da li je došlo do povrede člana 6. stav 2., sa sigurnošću se može reći da bi bila utvrđena povreda ove odredbe.

Naime, visina pribavljene imovinske koristi utvrđuje se na kraju postupka, u presudi, a ne prilikom odbijanja predloga za ukidanje pritvora, kao što je to učinjeno od strane domaćeg suda u konkretnom slučaju.

### 3. POVREDA PROCESNOG ASPEKTA ZABRANE MUČENJA

Do povrede procesnog aspekta zabrane mučenja iz člana 3. Konvencije, dolazilo je usled toga što je prema pojedinim okrivljenima primenjivana tortura od strane policije, o čemu su nadležni pravosudni organi imali saznanje, ali nisu reagovali.

U slučaju *Stanimirović* (presuda od 18. oktobra 2011. godine), Sud je ustanovio povredu procesnog aspekta člana 3. Konvencije prvenstveno zbog toga što je i domaći sud utvrdio da je podnosilac u februaru 2001. godine bio malteretiran od strane policije, te da nikakva istraga nije sprovedena, iako su potencijalni počinioci kasnije identifikovani.

U konkretnom slučaju povreda procesnog aspekta člana 3. bi bila izbegnuta da je domaći sud reagovao tako što bi sproveo istragu, a u stavu 40. navedene presude govori se koje zahteve bi trebalo da ispunjava istraga. Ti zahtevi su sledeći:

*Sud je takođe utvrdio da bi istraga trebalo da omogući identifikaciju i kažnjavanje odgovornih. Ako ne, opšta zakonska zabrana mučenja i nečovečnog i ponižavajućeg postupanja i kažnjavanja bila bi, uprkos njenoj osnovnoj važnosti, nedelotvorna u praksi, a državni službenici bi mogli u nekim slučajevima zloupotrebiti prava onih koje kontrolišu stvarnim nekažnjavanjem.... Istraga mora takođe biti temeljna: vlasti moraju uvek ozbiljno nastojati da utvrde šta se desilo i ne treba da se oslone na brze ili neosnovane zaključke radi završetka istrage ili kao osnovu za njihove odluke. Štaviše, istraga mora biti brza i nezavisna. Istraga nije nezavisna ako pripadnici iste jedinice kao što su oni umešani u navodno mučenje preduzimaju istragu... Najзад, istraga mora da obezbedi dovoljno elemenata za uvid javnosti da bi obezbedila odgovornost. Dok stepen uvida javnosti može varirati, žalilac mora da ima efektivan pristup istražnom postupku u svim slučajevima.*

U ranije pomenutoj presudi *Hajnal* Sud je, između ostalog, utvrdio povredu člana 3. Konvencije (ne samo procesnog, već i materijalnog aspekta).

U pogledu procesnog aspekta povrede člana 3. Konvencije, podnosilac predstavke je tvrdio da je više puta sudijama izneo pritužbe u vezi sa zlostavljanjem. U odbrani je izneto da podnosilac predstavke nije nikada podneo krivičnu prijavu nadležnom tužilaštvu, a što bi bilo procesuirano (i što je dokumentovano statistikom pribavljenom od Republičkog javnog tužilaštva), niti je podneo pritužbu u skladu sa članom 225. stav 4. Zakonika o krivičnom postupku.

Sud je ukazao da kada osoba verodostojno tvrdi da je bila izložena postupanju u suprotnosti sa obavezom iz člana 3. Konvencije, kod državnih organa, ova odredba u vezi sa opštom obavezom prema članu 1. Konvencije „da svakome u svojoj nadležnosti jemči prava i slobode ....definisane Konvencijom“, zahteva sprovođenje delotvorne službene istrage (stav 96.)

Sud je ukazao i na stav izražen u presudi Stanimirović protiv Srbije (stav 39.) da čak i kada nije bilo pritužbe, istraga mora biti sprovedena ako postoje jasne indicije koje ukazuju da je bilo zlostavljanja.

Sud zaključuje da se podnosilac predstavke zaista žalio na zlostavljanje od strane policije: istražnom sudiji i zameniku javnog tužioca, tokom krivičnog postupka i prilikom obraćanja žalbenim većima. Iako i Konvencija i domaće pravo nalažu da tvrdnje ovakve vrste moraju biti istražene *ex officio*, nije pokrenut poseban postupak radi istrage navodnog zlostavljanja, koji bi bio usmeren na identifikaciju i kažnjavanje odgovornih.

## 4. POVREDA PRAVA NA SLOBODU I BEZBEDNOST

### 4.1. Pitanje produžavanja pritvora

Sud je u slučaju *Đermanović* pružio dosta jasne smernice domaćim sudovima u situacijama kada odlučuju o produžavanju pritvora. Najpre, „opasnost od bekstva“ može biti prihvatljiv osnov za određivanje pritvora, ali stereotipno pozivanje na ovaj osnov ne može biti razlog za dalje produžavanje pritvora sa jedne krajnje apstraktne tačke gledišta. Dalje, domaći sud je u obavezi da proveri validnost ovog osnova za zadržavanje okrivljenog u pritvoru. Pored toga, sud je u konkretnom slučaju propustio da razmotri alternative pritvoru. Štaviše, zahtev podnosioca za puštanje na slobodu nije prihvaćen ni u slučaju kada je protekao period od tri četvrtine kazne koja mu je kasnije izricana i uprkos pogoršanju njegovog zdravstvenog stanja. Zbog svega iznetog Sud je ustanovio povredu člana 5. stav 3. Konvencije.

U pomentom slučaju, Sud je uzimajući u obzir tri različita vremenska intervala, u kojima je podnosilac boravio u pritvoru, ustanovio da trajanje pritvora čiju dužinu treba ispitati iznosi 2 godine i 2 meseca. Osnovano se može postaviti pitanje, a imajući u vidu sve okolnosti navedenog slučaja, da li je domaći sud u konkretnom slučaju, ali i generalno, imajući u vidu praksu domaćih sudova u vezi sa dužinom trajanja pritvora, vodio računa o ograničenju iz člana 141. stav 2. ZKP, koji govori da trajanje pritvora treba svesti na najkraće neophodno vreme.

Domaći sudovi bi trebalo da imaju u vidu činjenicu da pritvor nije krivična sankcija, već mera obezbeđenja prisustva okrivljenog tokom vođenja krivičnog postupka.

Ova mera nije svrha sama sebi, već bi trebalo da obezbedi prisustvo okrivljenog tokom vođenja krivičnog postupka, pa samim tim i njegovo efikasno odvijanje. Jednom određen pritvor, mora se stalno preispitivati i razlog zbog koga je on određen prvobitno ne mora postojati i prilikom odlučivanja o njegovom produženju.

Takođe, čini se da se prilikom produžavanja pritvora od strane sudova u Republici Srbije ne ulazi u dublje razmatranje pitanja da li se svrha obezbeđivanja prisustva okrivljenog tokom vođenja krivičnog postupka može ostvariti nekom drugom, blažom merom (kao što je na primer, oduzimanje putne isprave ili polaganje jemstva).

#### 4.2. Pitanje zakonitosti određivanja pritvora

U vezi sa pitanjem zakonitosti određivanja pritvora u slučaju *Vrenčev*, Sud se bavio ispitivanjem navoda iz predstavke o povredi čl. 5 stav 1. U tom slučaju Sud je utvrdio da, uprkos nesporazumu koji je nastao u vezi sa prebivalištem optuženog pred domaćim sudovima, pritvor koji je određen podnosiocu predstavke nije bio nezakonit, niti proizvoljan. U postupku nije bilo sporno da postoji osnovana sumnja da je podnosilac predstavke izvršio krivično delo, kao i da je određivanje pritvora sa ciljem da se obezbedi njegovo prisustvo u postupku, bilo zakonito. Pored toga, zastupnik je podneo tokom postupka pred Evropskim sudom izjave dva svedoka date u policiji 23. januara 2006. godine u kojima susedi optuženog koji takođe žive na adresi koju je optuženi naveo kao svoje prebivalište, tvrde da on zapravo tu ne živi od 1999. godine U skladu sa navedenim, Sud je zaključio da nije bilo povrede prava iz čl. 5. stav 1. Konvencije.

#### 4.3. Pitanje hitnog izvođenja pred sud

Lica kojima je pritvor određen van pretresa moraju biti bez odlaganja izvedena pred sud, što bi sudovi mogli da reše hitnim zakazivanjem pretresa čim ih policija obavesti o lišenju slobode. Napominjemo da je u predmetu *Vrenčev* (presuda od 23. septembra 2008. godine), podnosilac predstavke izveden pred sud 20 dana posle pritvaranja, a u predmetu *Milošević* (presuda od 28. aprila 2009. godine) posle 7 dana – pred istražnog sudiju koji nije imao mogućnost da odluči o njegovom eventualnom puštanju na slobodu.

Kada je reč o slučaju *Vrenčev*, trebalo bi imati u vidu da čl. 5. stav 3. Konvencije nalaže da lice lišeno slobode bez odlaganja bude izvedeno pred sudiju, Sud je zaključio da u ovom postupku podnosilac predstavke nije bio izveden pred sudiju ni prilikom određivanja pritvora od strane Okružnog suda u Beogradu, niti prilikom odlučivanja po žalbi od strane Vrhovnog suda Srbije. Ukupno je proteklo 20 dana do izvođenja podnosioca predstavke pred sud, i to na samom suđenju, što je sa stanovišta sudske prakse ESLJP neprihvatljivo. Sud se posebno osvrnuo na slučajeve *Brogan and others v. United Kingdom* kao i *McGoff v. Sweden*.

U slučaju Slaviše Miloševića, Peto OJT u Beogradu 28. oktobra 1999. godine podnelo je zahtev za sprovođenje istrage zbog većeg broja teških krađa, krivičnog dela iz člana 166. st. 1. KZ. Peti opštinski sud u Beogradu je 16. decembra 1999. godine doneo protiv okr. Miloševića rešenje o sprovođenju istrage povodom navedenih krivičnih

delu. S obzirom da se okrivljeni pozivanjem i pokušajem prinudnog dovođenja nije mogao naći na adresi koja je bila dostupna sudu, 18. januara 2000. godine istražni sudija Petog opštinskog suda 18. januara 2000. godine doneo je rešenje Ki 40/00 kojim je prema okrivljenom određen pritvor. Povodom ovog rešenja okrivljeni je 20. januara 2005. godine lišen slobode. Okrivljeni je 27. januara 2005. godine (**sedam dana nakon lišenja slobode**) u prisustvu branioca po službenoj dužnosti ispitan od strane istražnog sudije Petog opštinskog suda i tada se odrekao prava na žalbu protiv rešenja Ki 40/00 od 18. januara 2000. godine u cilju zakazivanja suđenja u što kraćem roku. Nakon podizanja optužnice protiv okrivljenog, 3. februara 2005. godine, krivično veće Petog opštinskog suda je rešenjem Kv 81/05 K 103/05 od 4. februara 2005. godine produžilo pritvor prema okrivljenom za novih trideset dana, **a da nije saslušalo okrivljenog niti njegovog branioca**. Protiv ovog rešenja branilac je izjavio žalbu tvrdeći **da nije bio hitno izveden pred sudiju pozivajući se na član 5. stav 3. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda**. Okružni sud u Beogradu je, **bez prisustva okrivljenog i njegovog branioca**, odbio ovu žalbu svojim rešenjem Kž 412/2005 od 18. februara 2005. godine.

Ono što može izazvati izvesnu dilemu u ovom slučaju je pitanje da li je izvođenjem pred istražnog sudiju dana 27. januara 2005. godine ispunjen zahtev iz člana 5. stav 3. Konvencije, da svako ko je uhapšen ili lišen slobode bude „bez odlaganja izveden pred sudiju ili drugo službeno lice zakonom određeno da obavlja sudske funkcije,“ tj. da li je promptnost izvođenja pred sudiju trebalo razmatrati za period od 20. do 27. januara 2005. godine, kako je tvrdila država ili za period od 20. januara do 2. marta 2005. godine, kako je našao Sud.

Naime, standard u pogledu brzine postupanja Suda postavljen članom 5. stav 3. Konvencije mnogo je stroži od standarda postavljenog članom 5. stav 4. Konvencije, što potvrđuje praksa Evropskog suda. Tako na primer u slučaju *O'Hara v. United Kingdom* Sud je našao da je period od šest dana i trinaest sati isuviše dug period sa stanovišta navedenog standarda. Čak i period od četiri dana i šest sati predstavlja isuviše dug period, a što Sud konstatuje u slučaju *Brogan and others v. United Kingdom*. U oba ova slučaja tužena država je pokušala da opravda postupanje sudskih organa posebnim teškoćama u istrazi u vezi sa terorističkim aktima. Sud takvo obrazloženje nije prihvatio, zbog čega bi Sud u slučaju Milošević verovatno ustanovio povredu i da je samo bio fokusiran na ispitivanje perioda od 20. januara do 27. januara 2009. godine.

Međutim, u ovom slučaju Sud je izgleda želeo da ukaže na izvesne nepreciznosti u srpskom krivičnom procesnom zakonodavstvu, što može biti razlog za zahtevanje primene izvesnih generalnih mera prilikom izvršavanja ove presude.

#### 4.4. Pitanje poštovanja zakonskih rokova

Domaći sudovi ponekad imaju problem da poštuju zakonske rokove. Tako na primer, u slučaju *Vrenčev*, Sud je utvrdio da je od podnošenja žalbe Vrhovnom sudu do donošenja odluke po žalbi protekao period od četiri dana što predstavlja povredu čl. 143. st. 6. tada Krivičnog zakona koji predviđa da taj rok iznosi 48 sati. Dakle, ovde se radilo o očiglednom nepoštovanju zakonskih rokova za odlučivanje po žalbi o pritvoru. Ovakvo postupanje suda ukazuje na izvestan nemar prilikom odlučivanja

o opstajanju jedne ovakve mere kojom se zadire u jedno tako važno pravo kakvo je pravo na slobodu. Čitavu stvar čini još težom to da se ovde radilo o najvišoj sudskoj instanci u kritično vreme, u Republici Srbiji.

Uz to, branilac podnosioca predstavke primio je odluku Vrhovnog suda dva dana kasnije. Zbog toga Sud je smatrao da postoji povreda čl. 5. stav 4. u pogledu trajanja postupka pred Vrhovnim sudom kao i u pogledu činjenice da okrivljeni nije saslušan od strane Vrhovnog suda (uprkos činjenici da je to redak slučaj u ostalim državama nad kojima postoji jurisdikcija Suda).

## 5. POVREDA PRAVA NA PRAVIČNO SUĐENJE

### 5.1. Upotreba nedozvoljenih dokaza

U slučaju *Stanimirović* Sud je zaključak u vezi sa povredom člana 6. stav 1. Konvencije zasnovao na ozbiljnosti torture koja je primenjena prema podnosiocu u cilju iznuđivanja priznanja da je organizovao dvostruko ubistvo povodom čega je pravosnažno osuđen na 40 godina zatvora, kao i vremenskoj bliskosti između izvršene torture i njegovog priznanja dela pred istražnim sudijom, zbog čega nije bilo razloga da Sud ne sumnja da je priznanje dato usled straha od daljeg maltretiranja od strane policije. Sud je pri tome uzeo u obzir i činjenicu da podnosiocu nije data mogućnost da se konsultuje sa svojim advokatom pre davanja izjave istražnom sudiji 13. februara 2001. godine, kada je priznao izvršenje krivičnog dela.

S tim u vezi stavu 52 ove presude se navodi:

*U konkretnom predmetu, Sud primećuje da su domaći sudovi utvrdili da je podnosilac predstavke mučen u policijskoj stanici u Smederevu i nisu prihvatili kao dokaz izjave koje je on tamo dao 10. i 17. februara 2001. godine. Oni su međutim odbili da zabrane prihvatanje izjava koje je podnosilac predstavke dao pred istražnim sudijom 13., 14. i 19. februara 2001. godine. On je dalje primetio da lekarski izveštaji potvrđuju da je podnosilac predstavke bio brutalno pretučen (njegove povrede su uključivale i slomljeno rebro) i da Vlada ne osporava verodostojnost navoda podnosioca predstavke da je takođe primio električne šokove i bio izložen pretnjama smrću i gušenju.*

U ovom slučaju povreda bi bila izbegnuta da je domaći sud iz spisa predmeta izdvojio i izjave podnosioca od 13. 14. i 19. februara 2001. godine.

U slučaju Hajnal, Sud je podsetio da nije njegova uloga da se bavi greškama koje su navodno učinili domaći sudovi, osim u onoj meri u kojoj se to odnosi na ugrožavanje prava garantovanih Konvencijom. Član 6. jemči pravo na pravično suđenje, ali ne postavlja pravila u pogledu dopuštenosti određenih dokaza, što je pre svega pitanje regulisano domaćim pravom. Pitanje na koje se mora odgovoriti je da li je postupak u celini, uključujući i način na koji su pribavljeni dokazi, bio pravičan. (stav 112.)

Sud dalje ističe da se posebno mora uzeti u obzir to ako su u krivičnom postupku korišćeni dokazi pribavljeni u suprotnosti sa članom 3. Konvencije. Dopuštenost dokaza pribavljenih torturom ili drugim oblikom zlostavljanja, da bi se ustanovile

relevantne činjenice u krivičnom postupku, neminovno dovodi do ocene da je ceo postupak bio nepravičan. Ovo će važiti bez obzira na dokaznu vrednost takvih izjava i bez obzira na to da li su bile odlučujuće za osudu (stav 113.)

S obzirom da je u ovom slučaju Sud utvrdio da je došlo do povrede člana 3. Konvencije tokom ispitivanja kod policije, te imajući u vidu da su domaći sudovi koristili priznanje podnosioca predstavke da bi ga osudili, bez obzira na različita sporna pitanja u vezi delotvornošću zastupanja od strane advokata koji mu je određen po službenoj dužnosti, utvrđena je povreda prava na pravično suđenje.

Sud je primetio da ponavljanje hapšenja podnosioca predstavke rano ujutro, činjenica da nije bilo pokušaja da mu se uputi poziv, uslovi u kojima je čekao ispitivanja, dovode do istog zaključka o povredi prava na pravično suđenje.

## 5.2. Povreda prava na pristup Sudu

Sud je u slučaju *Đokić* (presuda od 20. decembra 2011. godine) ukazao na svoju praksu da države nisu u obavezi da formiraju kasacione sudove, ali da u sistemima u kojima postoje, mora da se obezbedi delotvorni pristup ovim sudovima. U konkretnom slučaju Vrhovni sud prekršio je član 428 ZKP i pravo na pristup sudu, jer je pogrešio pri oceni blagovremenosti zahteva za vanredno preispitivanje pravosnažne presude.

Sud je u ovoj presudi ukazao i na put kojim će se ova povreda ukloniti. Naime, prema stavu Suda, na Vrhovnom kasacionom sudu stoji obaveza da nađe pravni put na osnovu koga bi se razmotrio zahtev za vanredno prispitivanje pravosnažne presude podnosioca. Bez obzira što ovo pravno sredstvo nije predviđeno po novom ZKP iz 2009. godine, Sud je u stavu 22. ove presude ukazao na to da je članom 146. stav 1. ZKP iz 2009. godine predviđeno da okrivljeni koji je zahtev podneo pre stupanja na snagu ZKP iz 2009. godine ima pravo da o njegovom zahtevu bude odlučeno.

## 6. POVREDA SLOBODE IZRAŽAVANJA

Evropski sud za ljudska prava je u četiri slučaja do sada donosio presude u odnosu na Republiku Srbiju, u kojima je utvrđivao povredu slobode izražavanja, garantovane članom 10. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, zbog osuda podnosilaca predstavki za krivično delo klevete.

Ovo krivično delo iz oblasti krivičnih dela protiv časti i ugleda u Krivičnom zakoniku Republike Srbije koji je važio u vreme kada su ovi slučajevi bili razmatrani pred Sudom, regulisao je član 171. i za njegovo izvršenje propisana je novčana kazna. To isto važi i za krivično delo uvrede (član 170. KZ RS). Međutim, valja primetiti da je kod krivičnog dela iznošenja ličnih i porodičnih prilika, koji spada u istu grupu krivičnih dela, zadržana mogućnost izricanja kazne zatvora. Sem toga, u slučaju neplaćanja kazne ona može biti zamenjena kaznom zatvora (nedavni slučaj novinara Lasla Šaša).

Sa druge strane, Parlamentarna skupština Saveta Evrope na svom 34. zasedanju, usvojila je Preporuku 1814 (2007) u vezi sa dekriminalizacijom klevete, a na osnovu svoje rezolucije 1577 (2007) nazvane „U pravcu dekriminalizacije klevete“.



Takođe, Parlamentarna skupština Saveta Evrope pozvala je Komitet ministara da zatraži od svih država članica Saveta Evrope da revidiraju i izmene svoje krivične zakone i dovedu ih u sklad sa praksom Evropskog suda za ljudska prava u vezi sa regulisanjem krivičnog dela klevete.<sup>1</sup>

Ako se osvrnemo na praksu sudova u Srbiji u vezi sa krivičnim delom klevete i zaključke do kojih je došao Evropski sud za ljudska prava u presudama protiv Srbije (Lepojić, Filipović, Bodrožić i Bodrožić i Vujin), čini se da srpski sudovi olako nalaze da su nečiji čast i ugled povređeni, pa donose osuđujuće presude za klevetu, što se ističe kao povreda člana 10. Konvencije. Izgleda da je to posledica činjenice da zakonodavac nije napravio razliku između oštećenih. To važi naročito, ako se radi o časti i ugledu političara, koji bi prema jurisprudenciji Suda trebalo da imaju veći stepen tolerancije na kritiku od ostalih ljudi.

Nasuprot tome, u presudi jednog opštinskog suda u Srbiji u vezi sa tužbom za naknadu štete u slučaju *Lepojić*, rečeno je da je ugled gradonačelnika kao izabranog lica i direktora vrlo uspešnog lokalnog preduzeća značajniji od ugleda običnog građanina.

Pored toga što je ovaj stav u direktnoj suprotnosti sa stavom Evropskog suda za ljudska prava, on svedoči da do povrede prava na slobodu izražavanja u vezi sa klevetom može doći i pred parničnim sudom, kada odlučuje o zahtevu za naknadu štete (videti stav 76. presude u slučaju *Lepojić*)<sup>2</sup>.

U krivičnim predmetima koji se vode zbog krivičnog dela klevete, povreda se može izvršiti usled same osude, jer je potrebno dokazati da je osuda bila „neophodna u demokratskom društvu“, da je „služila legitimnom cilju“ i da je „bila propisana zakonom“, što su kumulativni uslovi za odstupanje od slobode zagarantovane članom 10. Konvencije. Pored toga, povreda može nastati i zbog visine izrečene novčane kazne, a poseban problem je što se u slučaju neizvršenja novčane kazne ona može zameniti kaznom zatvora, što svakako da nije u skladu sa standardima u vezi sa slobodom izražavanja izraženim u praksi Suda, ali i sa gore pomenutom Preporukom.

U krivičnim odredbama predviđa se isključivanje odgovornosti za dela protiv časti i ugleda i u slučaju ozbiljne kritike, naučnog, književnog i umetničkog dela, u vršenju novinarskog poziva, ako iz načina izražavanja proizlazi da to nije učinjeno u nameri omalovažavanja. U praksi Evropskog suda za ljudska prava, nasuprot tome, zauzet je stav da sloboda izražavanja podrazumeva i pravo na iznošenje stavova i informacija koji vređaju i šokiraju, ako je u pitanju stvar od javnog interesa.<sup>3</sup>

1 Pravo na ispravku i građansku odgovornost kao dovoljne mere zaštite ovog prava predviđa i Izveštaj specijalnog izvestioca Komisije za ljudska prava UN za slobodu izražavanja, dok UN E/CN.4/2000/63.

2 Zakonom o obligacionim odnosima u članu 200. predviđa se mogućnost dobijanja novčane naknade zbog povrede časti i ugleda. Sud će pri tome voditi računa o značaju povređenog dobra i cilju kome služi naknada, kao i o tome da se time „ne pogoduje težnjama koje nisu spojive sa njenom prirodom i društvenom svrhom“. Pored toga, član 199. istog zakona predviđa mogućnost objavljivanja presude ili ispravke, a sud može narediti i povlačenje izjave koja je dovela do povrede.

3 *Prager and Oberschlink v. Austria*, ECHR, no. 15974/90 (1995)

Sporno je i to da li se time što zakon predviđa isključivanje krivične odgovornosti u slučaju kada okrivljeni dokaže istinitost svojih tvrdnji ili postojanje osnovanih razloga da se poveruje u njihovu istinost povređuje pravo na pretpostavku nevinosti koju garantuje i Ustav, i međunarodni dokumenti.

Inače, u praksi Suda<sup>4</sup> zauzet je stav da novinar ne sme odgovarati zbog toga što citira tj. prenosi tekst. Kod krivičnog dela klevete kažnjiva radnja je i „pronošenje neistina“, što u slučaju osude pred domaćim sudom može dovesti do povrede slobode izražavanja pred Evropskim sudom za ljudska prava.

## 7. ZAKLJUČAK

Navedeni primeri govore o tome da Evropski sud za ljudska prava, iako se u principu ne bavi tumačenjem domaćih zakona, niti načinom na koji se oni primenjuju, veoma vodi računa o njima u svim slučajevima u kojim se pokaže da je usled njihove pogrešne primene ili nedorečenosti došlo do povrede ljudskih prava garantovanih Konvencijom. S druge strane, može se primetiti da je pogrešna primena tj. neprimenjivanje odredaba Zakona o krivičnom postupku bio mnogo češći razlog za ustanovljavanje povrede Konvencije od navodne slabosti zakonskih rešenja, mada kada se radi o slobodi izražavanja upitna su i zakonska rešenja.

*Slavoljub CARIC*

Ministry of Justice and State Administration of the Republic of Serbia

### EXPERIENCES OF THE REPUBLIC OF SERBIA CONCERNING VIOLATIONS OF HUMAN RIGHTS IN CRIMINAL CASES, DISCUSSED BY THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

#### SUMMARY

In this paper the author explained the case law of the European Court of Human Rights with regard to the Republic of Serbia in criminal matters. The paper deals with the presumption of innocence, right to a fair trial, right to liberty and security, freedom of expression, etc. It could be concluded that the main reason for finding violations in those cases against the Republic of Serbia before the Court lies in inadequate implementation of the Criminal Code or the Criminal Procedure Act. Sometimes, as in the cases of the conviction for defamation, the quality of law could be at stake.

**Keywords:** European Court of Human Rights, European Convention of Human Rights, criminal matter, fair trial, presumption of innocence, custody, freedom of expression.

4 *Thoma v. Luxembourg*, ECHR, no. 38432/97 (2001)

# KOMPARATIVNI POGLED NA IZVRŠENJE KRIVIČNIH SANKCIJA

Primljeno: 5. septembar 2012.

*Veljko Delibašić\**

advokat iz Beograda

## NEFORMALNI ZATVORSKI SISTEM U BRAZILU

**Apstrakt:** Autor u radu prikazuje neformalni zatvorski sistem koji postoji u Brazilu. U uvodnom delu ukazuje se na dva paralelna sistema u ustanovama za izvršenje kazne lišenja slobode i drugih sankcija institucionalnog karaktera – formalni i neformalni. Govoreći o poslednjem, najpoznatija i jedna od najmoćnijih organizacija tog tipa u Brazilu jeste Prva Komanda Glavnog grada, koja prevashodno deluje na teritoriji države Sao Paulo. Imajući sve vreme na umu stanje u Srbiji, tj. činjenicu da podaci o sličnim organizacijama kod nas ne postoje, ali da se postavlja pitanje da li je prihvatljivo da se zatvorenici na sličan način organizuju u cilju poboljšanja životnih uslova, gde bi bile granice dozvoljenog delovanja i da li takvo organizovanje država treba da sprečava i sankcioniše, autor kroz nekoliko poglavlja razmatra postavljena pitanja.

**Ključne reči:** Brazil, neformalni zatvorski sistem, Prva Komanda Glavnog grada, Srbija.

### 1. UVOD

Kazna lišenja slobode danas čini osnovu represivne politike suzbijanja kriminaliteta u najvećem broju država. U ustanovama za izvršenje kazne lišenja slobode i drugih sankcija institucionalnog karaktera postoje dve jasno izdiferencirane grupe ljudi, koje su dijametralno različite, sa različitim društvenim položajem, ulogama i drugim statusnim i sličnim elementima, koji su i normativno određeni u okviru zatvorske institucije. Osoblje zatvorske administracije pripada formalnom sistemu ustanove, koji uključuje u sebe sve službe i mehanizme koji su neophodni za funkcionisanje ustanove, kao i normativni sistem koji omogućuje postizanje cilja koji stoji pred njom. Pored formalnog sistema, postoji i poseban sistem odnosa među osuđennicima, koji se naziva neformalni sistem, koji može imati veće reperkusije na funkcionisanje formalnog sistema, pa je stoga veoma značajno izučavati sve elemente tog sistema i koristiti rezultate istraživanja u svrhe adekvatnog organizovanja izvršenja kazne lišenja slobode.

U većini zemalja Južne Amerike u zatvorima formirane su organizacije zatvorenika koje imaju svoja pravila ponašanja za čije kršenje su propisane stroge kazne. Ove organizacije ne sakrivaju svoje postojanje, a deklarišu se da se bore za prava zatvorenika i poboljšanje uslova života u ovim ustanovama. S tim u vezi, često su predstavnici

---

\* veljkodelibasic@open.telekom.rs

tih organizacija u pregovorima sa predstavnicima formalnog sistema, a organi vlasti ne poriču postojanje ovih organizacija i neophodnost da se sa njima ponekad i pregovara. Najpoznatija i jedna od najmoćnijih organizacija tog tipa u Brazilu je Prva Komanda Glavnog grada – P.C.C., koja deluje uglavnom na teritoriji države Sao Paulo.

U Srbiji u ovom trenutku nema podataka da postoje slične organizacije niti da se njihovo formiranje priprema. Međutim, postavljaju se pitanja da li je dozvoljeno i da li je prihvatljivo da se zatvorenici organizuju u obliku neke organizacije koja bi imala za cilj poboljšanje uslova u kojima žive, gde bi bile granice dozvoljenog delovanja tih organizacija i da li takvo organizovanje država treba da sprečava i sankcioniše i u kojoj meri, ili formiranje takvih organizacija treba blagovremeno da usmeri u željenom pravcu, kako ne bi došlo do formiranja organizacija u zatvorima koje bi, pored borbe za poboljšanje uslova života u zatvoru, za cilj imale i vršenje krivičnih dela. Da bi se došlo do odgovora na ova pitanja, poželjno je proučiti organizacije koje su formirane u zatvorima na tlu Južne Amerike, tim pre što su se neki oblici društvenog organizovanja, koji su se prvi put pojavili na ovom kontinentu prekopirali i sada postoje i u našoj zemlji. Primer za to je formiranje i dobro organizovanje navijačkih grupa, koje u Srbiji, delujući po ugledu na slične ili iste grupe u Južnoj Americi, pored društveno korisnih i prihvatljivih delatnosti ponekad deluju destruktivno ugođavajući ne samo velika materijalna dobra, nego često i telesni integritet drugih ljudi pa čak i njihove živote.

## 2. MERE ZA SUZBIJANJE KRIMINALITETA

Kriminalitet je negativna društvena pojava kojom se povređuju ili ugrožavaju značajna društvena ili individualna dobra. Zbog toga se u svakom društvu preduzimaju odgovarajuće mere za suzbijanje kriminaliteta, koje su po svojoj prirodi različitog karaktera. Neke od njih usmerene su na otklanjanje uzroka koji dovode do kriminaliteta i one se u teoriji najčešće nazivaju preventivnim merama ili merama prevencije kriminaliteta. Te mere se mogu preduzimati na širem društvenom planu, prema neodređenom broju lica, kao što su, na primer, mere usmerene na poboljšanje materijalnih uslova života ljudi, podizanje opšteg obrazovanja i kulturnog nivoa građana, razvijanje osećanja odgovornosti kod građana, izgrađivanje društvenog morala i slično. To su opšte preventivne mere. Odgovarajuće mere za sprečavanje kriminaliteta mogu se preduzimati i s obzirom na neku konkretnu situaciju, kao što je izdvajanje dece iz porodice koja štetno utiče na njihov razvoj, podvrgavanje lečenju lica koje je sklono upotrebi alkohola ili opojnih droga, zatim određene mere socijalnog staranja itd. To su posebne preventivne mere. Značaj preventivnih mera, kako opštih tako i posebnih, u suzbijanju kriminaliteta je veliki. One su usmerene na stvaranje takvih društvenih uslova koji destimulativno deluju na vršenje krivičnih dela, odnosno kojima se otklanjaju stanja i situacije koji mogu da utiču na pojedince da vrše krivična dela. Jednom rečju, merama prevencije treba da se spreči da do kriminaliteta uopšte dođe.<sup>1</sup>

Pored preventivnih mera, društvo se u borbi protiv kriminaliteta služi i krivičnim sankcijama, koje predstavljaju sredstvo za ostvarivanje zaštitne funkcije krivičnog prava koja je osnovni cilj i svrha postojanja krivičnog prava u celini. Ta se zaštita ostvaruje

1 N. Srzentić i dr. /1997/., *Krivično pravo Jugoslavije*, Beograd, str. 333.

predviđanjem određenih ponašanja kao krivičnih dela i propisivanjem krivičnih sankcija za ta dela, kao i kroz primenu krivičnog prava, odnosno izricanjem propisanih sankcija učiniocima krivičnih dela. Osim suzbijanja kriminaliteta kao karakteristike suštinskog, materijalnog karaktera, krivične sankcije moraju posedovati i neke druge obavezne elemente. Iako u teoriji postoji shvatanje da zbog njihove heterogenosti nije moguće dati jedan zajednički, opšti pojam krivičnih sankcija, to se ipak može učiniti polazeći od onih elemenata koji nisu sporni. Može se reći da su krivične sankcije zakonom predviđene represivne mere koje se s ciljem suzbijanja kriminaliteta primenjuju prema učiniocu protivpravnog dela koje je u zakonu predviđeno kao krivično delo na osnovu odluke suda donete nakon sprovedenog krivičnog postupka. Elementi, odnosno osnovna obeležja krivičnih sankcija prema tome su: 1) cilj krivičnih sankcija je suzbijanje kriminaliteta; 2) one su po svojoj prirodi represivne mere; 3) primenjuju se prema učiniocu protivpravnog dela koje je u zakonu predviđeno kao krivično delo; 4) moraju biti predviđene zakonom; 5) primenjuju ih, odnosno izriče sud; 6) izriču se u krivičnom postupku.<sup>2</sup>

### 3. KAZNA KAO KRIVIČNA SANKCIJA

Iako je danas sistem krivičnih sankcija proširen i obogaćen i drugim vrstama sankcija, kazna je i dalje ostala najvažnija krivična sankcija. Mada je bilo određenih kriminalnopolitičkih nastojanja da se kazna u potpunosti zameni nekim drugim krivičnim sankcijama ta nastojanja, ukoliko ih je uopšte moguće realizovati, nisu opravdana. Krivično pravo je nezamislivo bez kazne, odnosno ono bi bez nje sasvim promenilo svoj karakter. Zato danas ne postoji ni jedna država koja bi bila spremna da se liši kazne kao voljnog pričinjavanja određenog zla učiniocu krivičnog dela.<sup>3</sup> I pored značajnih osporavanja opravdanosti prisustva kazne u humano orijentisanim krivičnopravnim i šire, kriminalnopolitičkim konceptima, ova mera je osnov kaznene politike zakonodavca u svim savremenim državama. Uz ovu konstataciju nužno je istaći da je kazna, od perioda kada je bila jedina, do savremenih sistema u kojima je samo jedna od više propisanih sankcija, pretrpela suštinsku transformaciju u samom svom biću, u sadržini, kao i u svrsi sa kojom se propisuje, izriče i primenjuje.<sup>4</sup>

Pojam kazne sadrži u osnovi iste, odnosno slične elemente kao i opšti pojam krivičnih sankcija. Razlike se pretežno uočavaju u pogledu načina ispoljavanja obaveznih elemenata tog pojma. Tako, prema materijalno-formalnom pojmu kazna je zakonom predviđena represivna mera koja se u cilju suzbijanja kriminaliteta primenjuje prema učiniocu krivičnog dela na osnovu odluke suda nakon sprovedenog krivičnog postupka. Najvažnija razlika u ovom pojmu u odnosu na pojam krivičnih sankcija, jeste što se ovde kao pretpostavka za primenu kazne traži da je učinjeno krivično delo. Drugim rečima, neophodna pretpostavka za primenu kazne jeste da je učinjeno delo koje sadrži sve obavezne elemente koji se traže za postojanje krivičnog dela, pa i krivicu, koja ulazi u objektivno-subjektivni pojam krivičnog dela. Štaviše, za razliku od nekih drugih krivičnih sankcija, kazna se bez krivice u savremenom krivičnom pravu

2 Z. Stojanović /2010/: *Krivično pravo, opšti deo*, Beograd, 2010, str. 245.

3 Z. Stojanović, *op.cit.*, str. 248.

4 LJ. Radulović /1999/: *Kriminalna politika, politika suzbijanja kriminaliteta*, Beograd, str. 100-101.

ne može ni zamisliti. Krivica je i suštinski vezana za kaznu, jer kazna bez krivice znači negaciju krivičnog prava i kršenje njegovih osnovnih načela.<sup>5</sup>

Još od antičkog doba postavlja se pitanje opravdanja i svrhe kazne. Pitanjem opravdanja kazne, osim teoretičara krivičnog prava, bavili su se i mnogi filozofi. Dve najvažnije grupe teorija su utilitarističke i retributivističke. Prve opravdanje kazne vide u njenoj nužnosti i korisnoj funkciji koju ona obavlja za društvo a to je suzbijanje kriminaliteta. Druge polaze pre svega od moralne odgovornosti i opravdanje kazne vide u retribuciji koja polazi od ideje srazmernosti i ideje pravednosti.<sup>6</sup>

U tesnoj vezi sa osnovima za opravdanje kazne jeste i pitanje svrhe kažnjavanja, s tim što to pitanje ima i svoj praktični značaj, tj. ono pored svog teoretskog aspekta ima veliki značaj za primenu krivičnog prava, pre svega za oblast odmeravanja kazne. U pogledu svrhe kažnjavanja formirale su se tri teorije. Prema apsolutnoj teoriji svrha kazne je vraćanje zla za učinjeno zlo, odnosno sama je sebi cilj. Kazna je retribucija, odmazda za učinjeno krivično delo i ova teorija odgovara retributivističkom pristupu kod opravdanja kazne. Danas, apsolutna teorija, bar kada je u pitanju nauka krivičnog prava, pripada prošlosti. Relativna teorija svrhu kazne vidi u suzbijanju vršenja krivičnih dela, odnosno prevenciji. Ta prevencija može biti kako generalna, tako i specijalna. Naime, kazna za cilj može imati vršenje uticaja na potencijalne učinioce, kada je reč o generalnoj prevenciji, ili na učinioca koji je već učinio krivično delo, kada se radi o specijalnoj prevenciji. U okviru i jedne i druge teorije razlikuje se veći broj varijanti. Najzad, mešovita teorija smatra da je svrha i jedno i drugo, dakle i prevencija i retribucija. Međutim, iako je kazna po samom svom biću i retribucija, to još ne znači da odmazdi treba svesno težiti. Mešovite teorije sadrže u sebi izvesnu kontradikciju jer je teško istovremeno vršiti i pravednu odmazdu i ostvarivati društveno korisne ciljeve kaznom. Teško je zamisliti jednu mešovitu teoriju u kojoj bi obe svrhe bile ravnopravne.<sup>7</sup>

#### 4. KAZNA LIŠENJA SLOBODE I POJAVA PRVIH ZATVORA

Ako se apstrahuje onaj period u razvoju ljudskog društva kada su smrtna kazna i telesno kažnjavanje bili osnovni vid društvenog reagovanja na nedozvoljena ponašanja pojedinaca, kazna lišenja slobode bila je vekovima unazad osnovna i najčešće primenjivana krivična sankcija prema punoletnim učiniocima krivičnih dela. Ona je to i danas, jer bez obzira na to što je obim njene primene znatno smanjen sa uvođenjem u sistem krivičnih sankcija novih, tzv. parapenalnih mera čiji je smisao upravo zamena kazne lišenja slobode, sudska praksa i danas u ovoj sankciji vidi najpogodniju meru u politici suzbijanja kriminaliteta punoletnih lica, kada se to čini primenom represivnih mera. U tom smislu moglo bi se reći da, bez obzira na određene prigovore koji se stavljaju ovoj sankciji, ona danas čini osnovu represivne politike suzbijanja kriminaliteta u najvećem broju država, a i teorija krivičnog prava ne dovodi u ozbiljnu sumnju opravdanost postojanja i primene ove sankcije.<sup>8</sup>

5 Z. Stojanović /2010/, *op.cit.*, str. 248.

6 Z. Stojanović /2006/: *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, 2006, str. 174.

7 Z. Stojanović. /2006/, *op.cit.*, str. 174.- 175.

8 LJ. Lazarević /2006/: *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije*, Beograd, str. 165-166.



Pojava prvih zatvora se ne poklapa sa nastankom kazne lišenja slobode. Lišavanje slobode kao kazna se pojavljuje znatno kasnije od pojave zatvora. Naime, zatvaranje ljudi je poznato od najstarijih vremena, ali je takvo zatvaranje služilo samo za to da se učinioci krivičnih dela čuvaju od bekstva do suđenja ili do izvršenja neke druge kazne. Međutim, nastanak prvih kaznenih zavoda u neposrednoj je vezi sa pojavom kazne lišenja slobode u registru krivičnih sankcija. Krajem XVIII i početkom XIX veka kazna lišenja slobode javlja se kao posebna mera u registru krivičnih sankcija, a sa njom i zatvori kao ustanove za njeno izvršenje. Tradicionalno, kao razlozi pojave ove kazne i njenog brzog usvajanja kao sredstva za kontrolu kriminaliteta u građanskom društvu navode se: 1) humanističko nastojanje da se nađe zamena za brutalne smrtne i telesne kazne; 2) promena u skali društvenih vrednosti, jer već samo oduzimanje slobode počinje da se doživljava kao dovoljna kazna za najveći broj krivičnih dela; 3) industrijalizacija i urbanizacija izmehnile su odnos prema kažnjavanju koji je imao seoski čovek, tako da se umesto ubijanja ili sakaćenja zločinca, traži njegovo zatvaranje kako bi bio kontrolisan i disciplinovan.<sup>9</sup>

Uvođenje kazne zatvaranja predstavljalo je ogroman napredak u odnosu na Stari i Srednji vek, ali je ono već u prvim decenijama njenog postojanja otvorilo niz problema od kojih je osnovni bio pitanje organizovanja njenog izvršenja. Zatvori su postali mesta za mučenje osuđenih, za uništavanje njihovog fizičkog i mentalnog zdravlja. Pretrpane i prljave prostorije, odsustvo čistog vazduha i svetlosti nisu omogućavali ni minimum higijenskih uslova. Epidemije su bile česte, kao i masovno umiranje. Pored higijenskih i zdravstvenih uslova, očajnom stanju prvobitnih zatvora doprinosio je i sistem zajedničkog izdržavanja kazne. Svi osuđenici zatvarani su bez ikakve selekcije u zajedničke prostorije za sve vreme izdržavanja kazne. Time su različite kategorije zatvorenika, nejednakog stepena moralne pokvarenosti i društvene opasnosti stavljane u uslove zajedničkog življenja i međusobnog uticaja. Zdravi i bolesni, mladi i stari, okoreli kriminalci i slučajni učinioci izdržavali su kaznu u istoj prostoriji, što je dovodilo do kriminalne zaraze, odnosno negativnog uticaja među njima, pa su zatvori postali legla poroka i razvrata i „univerziteti zločina“ iz kojih su ljudi izlazili gori nego što su u njih ušli. Takođe, veliki problem je bilo i zatvorsko osoblje koje je bezosećajno i okrutno sprovodilo krajnje surov i nehuman postupak. Nije biralo sredstva da od osuđenika i članova njihovih porodica iznudi novac ili bilo šta drugo. Kada je država, s ciljem smanjenja troškova za zatvore, odlučila da ohrabri privatne preduzetnike da pomognu njihovo izdržavanje, to je dovelo do „iznajmljivanja osuđenika“, pa su preduzetnici dobili mogućnost da ih najsurovije eksploatišu uz minimalno ulaganje. Celodnevno angažovanje zatvorenika na najtežim poslovima bilo je skoro besplatno, što je, uz mnogobrojne druge zloupotrebe koje je pomagala korumpiranost uprave zatvora, dodatno otežavalo uslove života osuđenih lica.<sup>10</sup>

Ovakvo stanje u zatvorima bilo je izloženo kritici od strane mnogih pisaca ali je najoštriju kritiku učinio Džon Hauard u Engleskoj. On se smatra najvećim reformatorom zatvora XVIII veka, a njegovi sledbenici su bili Mirabo u Francuskoj i Bentam u Engleskoj. Treba istaći, da sve do pojave Hauarda nisu postajali nikakvi sistemi izvršenja kazne zatvora, već se ova sankcija sprovodila u tzv. zajedničkim zatvorima. Oštre kritike ovakvog zajedničkog zatvora od strane Hauarda i njegovih

9 Đ. Ignjatović /2000/: *Kriminologija*, Beograd, str. 280-281.

10 Đ. Ignjatović /2000/, *op.cit.*, str. 281-282.

sledbenika dovele su do pojave sistema u izvršenju kazni lišenja slobode. To su bili sledeći sistemi: 1) čelijski ili filadelfijski sistem; 2) oburnski sistem ili sistem ćutanja; 3) progresivni sistem; 4) irski sistem; 5) makonokijev ili bodovni sistem.<sup>11</sup>

Ako se posmatra pređeni put u razvoju penoloških ideja, može se konstatovati da su se u XIX veku te ideje najviše prelamale i sukobljavale. Na taj način, XIX vek se može označiti kao važna prekretnica u razvoju penoloških ideja. To je razumljivo jer je ovaj period i inače karakterističan po velikim ideološkim previranjima koja su bila u tesnoj vezi sa burnim razvojem prirodnih i društvenih nauka. Raznolikost i međusobna isprepletenost penoloških ideja dovela je do mnogih eklektičkih rešenja koja su ponekad bila i konfuzna, tražeći istovremeno ostvarenje suprotnih ciljeva. To najbolje pokazuju eklektičke teorije o svrsi kazne koje traže da kazna istovremeno postigne i ciljeve odmazde i zastrašivanja i ciljeve društvene rehabilitacije. Svi problemi vezani za izvršenje kazne lišenja slobode koji su bili aktuelni u XIX veku, ostali su aktuelni i u XX veku.<sup>12</sup> Ni XXI vek, za sada, nije doneo neki veliki napredak u rešavanju tih problema. Pri tome, treba imati u vidu da se problemom izvršenja kazne lišenja slobode bavila međunarodna zajednica i da je na tom planu donet veliki broj dokumenata, od kojih su najvažniji Standardna minimalna pravila UN o postupanju sa zatvorenicima iz 1955. godine i Evropska pravila o zatvaranju iz 1987. godine.<sup>13</sup>

Kada je reč o lišenju slobode, treba podsetiti i na to da organi formalne socijalne kontrole, u koje spadaju i organi zaduženi za izvršenje krivičnih sankcija, kršenjem, odnosno nepoštovanjem propisa vrše viktimizaciju lica koja su učinila ili za koja postoji osnovana sumnja da su učinila krivično delo, pa su zbog toga na izdržavanju kazne lišenja slobode ili u pritvoru. Na taj način ova lica postaju žrtve, koje su po definiciji lica čija su dobra ili prava neposredno povređena ili ugrožena izvršenjem krivičnog dela, odnosno kršenjem međunarodno priznatih normi o ljudskim pravima.<sup>14</sup>

## 5. TRENUTNO STANJE U ZATVORIMA

Od postanka prvih zatvora do danas stanje u njima se drastično popravilo, ali se i pored toga teško može reći da je na zadovoljavajućem nivou. U većini zemalja doneti su propisi u cilju poboljšanja uslova života u zatvorima, koji su rezultat međunarodnih konvencija i obaveza koje iz njih proističu. Međutim, problem je u tome što se dobar deo tih propisa ne primenjuje, odnosno odredbe koje se odnose na uslove koje moraju da ispunjavaju zatvori u pogledu veličine ćelija, obavezne šetnje i drugih prava zatvorenika se ne poštuju a odredbe kojima se zabranjuje svaki oblik mučenja zlostavljanja ili fizičkog kažnjavanja zatvorenika se često krše. Na primer, u Posebnoj pritvorskoj jedinici u Okružnom zatvoru u Beogradu, stražari su kod P. D.<sup>15</sup> pronašli

11 D. Atanacković /1988/: *Penologija*, Beograd, str. 76-79.

12 D. Atanacković /1988/: *ibid.*, str. 86-88.

13 Više o međunarodnim izvorima prava izvršenja krivičnih sankcija vidi: Đ. Ignjatović /2006/: *Pravo izvršenja krivičnih sankcija*, Beograd, str. 21-71.

14 Đ. Ignjatović /2011/: *Žrtve krivičnogopravnog sistema, Pravni život, broj 9, tom I*, Beograd, str. 184-188.

15 Protiv P. D. vodi se postupak pred Višim sudom u Beogradu, Posebno odeljenje za organizovani kriminal K. Po1. broj 154/2010

mobilni telefon, zbog čega je odveden u samicu. U toku noći u njegovu samicu je ušlo više stražara sa fantomkama na glavi i prebilo ga upotrebom gumenih palica. Nakon što je vraćen u grupnu ćeliju, pritvorenik iz drugog sudskog postupka D. N.<sup>16</sup> konstatovao je da nikada u životu nije video tako pretučenog čoveka, koji je jedva davao znake života, pa su, zbog ozbiljnosti povreda koje je P. D. imao, ostali pritvorenici tražili da se pozove lekar, što su stražari iz nove smene i učinili. Povodom ovog događaja nikada nije sproveden postupak radi utvrđivanja odgovornosti onih koji su u njemu učestvovali. Samo kao još jedan u nizu primera može poslužiti i podatak koji iznosi K. M.<sup>17</sup> na glavnom pretresu od 29.11.2011. godine, da se dve i po godine nalazi u samici koja je veličine pet kvadratnih metara. Interesantno je da sudsko veće po čijem rešenju se ovaj čovek nalazi u pritvoru, kojem je ova činjenica saopštena nije ništa preduzelo da se takvo stanje promeni.

Kada su u pitanju zatvori u Brazilu, situacija ni tamo nije na zadovoljavajućem nivou. Zatvori su prepuni a zvanični statistički podaci pokazuju da je u decembru 2010. godine bilo ukupno u 445.705 osoba u nekom od zatvora. Ovaj broj obuhvata one osobe koje se nalaze na izdržavanju kazne zatvora i one koje se nalaze u pritvoru, odnosno koje još nisu pravnosnažno osuđene. U tom trenutku, s obzirom na ukupne zatvorske kapacitete, u Brazilu je nedostajalo 164.624 mesta. Ovom broju treba dodati i podatak da se u tom trenutku u pritvorima u Sekretarijatu za javnu bezbednost nalazilo 50.546 osoba a da su policijski pritvorski kapaciteti 16.755, što znači da je i tu nedostajalo 33.791 mesto. Dakle, u decembru 2010. godine u Brazilu je bilo ukupno 496.251 osoba lišena slobode a nedostajalo je ukupno 198.415 mesta. Kada je u pitanju država Sao Paulo, u decembru 2010. godine bilo je ukupno 163.676 osoba lišenih slobode a nedostajalo je 64.681 mesto, dok je u državi Rio de Ženeiro bilo ukupno 25.514 osoba lišenih slobode a nedostajalo je 1.495 mesta.<sup>18</sup>

Što se tiče strukture zatvorenika, najveći broj zatvorenika izvršio je ili je pokušao da izvrši neko od krivičnih dela protiv imovine, zatim neko od krivičnih dela u vezi sa zloupotrebama opojnih droga ili neko od krivičnih dela protiv života i tela. Tako u celom Brazilu od ukupnog broja izvršenih krivičnih dela u decembru 2010. godine, 57,43 % su krivična dela protiv imovine, 18,50 % su krivična dela u vezi sa opojnim drogama, 7,94 % su krivična dela protiv života i tela dok se 16,13 % odnosi na sva ostala krivična dela. U državi Sao Paulo od ukupnog broja izvršenih krivičnih dela u decembru 2010. godine, 50,43 % su krivična dela protiv imovine, 24,84 % su krivična dela u vezi sa opojnim drogama, 11,85 % su krivična dela protiv života i tela dok se 12,88 % odnosi na sva ostala krivična dela. Slična je situacija i u državi Rio de Ženeiro gde od ukupnog broja izvršenih krivičnih dela u decembru 2010. godine, 56,98 % su krivična dela protiv imovine, 23,73 % su krivična dela u vezi sa opojnim drogama, 9,40 % su krivična dela protiv života i tela dok se 9,89 % odnosi na sva ostala krivična dela.<sup>19</sup>

16 Protiv D. N. vodi se postupak pred Višim sudom u Beogradu, Posebno odeljenje za organizovani kriminal K. Po1. broj121/2010

17 Protiv K. M. vodi se postupak pred Višim sudom u Beogradu, Posebno odeljenje za organizovani kriminal K. Po1. broj225/2010

18 <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRNN.htm>, od 16.11.2011. godine.

19 *Ibid.*

Pritvorenik N. G., koji je u pritvoru u zatvoru u Itaiu<sup>20</sup>, opisuje ćeliju u kojoj se nalazi kao prostoriju veličine šesnaest kvadratnih metara, od kojih su dva kvadrata klozet. U toj ćeliji ima deset zatvorenika a šest kreveta, tako da četvrtica spavaju na podu. Istovremeno naglašava da je hrana loša i svakog dana ista.<sup>21</sup> Ovakva situacija u zatvoru u Itaiu u direktnoj je suprotnosti sa odredbama Rezolucije broj 14, od 14. novembra 1994. godine, koja je objavljena u Službenom glasniku Brazila 02. decembra 1994. godine.<sup>22</sup> Četvrto poglavlje ove Rezolucije, članom osam, stav dva, propisano je pravo svakog zatvorenika na individualni ležaj sa posteljinom u skladu sa održavanjem minimalnih uslova higijene i komfora.

Inače, Rezolucija broj 14 od 14. novembra 1994 je jedan od najvažnijih akata kojim se reguliše postupak sprovođenja mere, odnosno kazne lišenja slobode u Brazilu. Ona propisuje minimalno neophodne uslove i pravila u tretiranju zatvorenika, uključujući principe Jedinствене deklaracije o ljudskim pravima, kao i onih međunarodnih sporazuma i konvencija kojih je Brazil potpisnik i koji se primenjuju bez rasnih, socijalnih, seksualnih, političkih, lingvističkih ili bilo kojih drugih razlika. U ovom aktu su propisana osnovna pravila u tretiranju zatvorenika, kao i zagarantovana prava i uslovi života u zatvorima, poput prava na ishranu, fizičku aktivnost, zdravstvenu zaštitu, socijalnu i pravnu pomoć, rad itd. Između ostalog, propisano je i obavezno fizičko razdvajanje osuđenih i neosuđenih zatvorenika.<sup>23</sup>

## 6. FORMALNI I NEFORMALNI SISTEM U ZATVORIMA

U ustanovama za izvršenje kazne lišenja slobode i drugih sankcija institucionalnog karaktera postoje dve jasno izdiferencirane grupe ljudi, koje su dijametralno različite, sa različitim društvenim položajem, ulogama i drugim statusnim i sličnim elementima, koji su i normativno određeni u okviru zatvorske institucije. Osoblje zatvorske administracije pripada formalnom sistemu ustanove, koji uključuje u sebe sve službe i mehanizme koji su neophodni za funkcionisanje ustanove, kao i normativni sistem koji omogućuje postizanje cilja koji stoji pred njom. Shvaćen u tom smislu, formalni sistem se javlja i razvija kao kompleksan sistem koji je u stanju da funkcionalno obavlja svoje zadatke, odnosno da sprovodi izvršenje krivičnih sankcija. Pomoću njega se postižu određeni ciljevi u ustanovi, koji su određeni od strane društva i predviđeni u normativnom sistemu.

20 Grad Itai je udaljen od Sao Paula oko 350 km, i u ovom zatvoru su smešteni uglavnom strani državljani. U leto 2011. godine u ovom zatvoru je boravilo oko dvadesetak državljanina Srbije. Tačan broj nije moguće utvrditi jer su neki od zatvorenika posedovali dvojna državljanstva pa se ne zna da li među onima koji nisu prijavili srpsko državljanstvo ima ljudi iz Srbije. Takođe, brazilske vlasti sumnjaju da je jedan broj zatvorenika pokazao lažne pasoše, kako oni koji negiraju srpsko državljanstvo tako i oni koji se predstavljaju za Srbe. Zatvorenici ovog zatvora koji imaju srpsko državljanstvo, koji su razgovarali sa autorom, tvrde da ne pripadaju ni jednoj organizaciji koja deluje u zatvorima ali da dobrovoljno poštuju pravila ponašanja, koja ove organizacije propisuju, jer je to u njihovom interesu, u tom smislu što im to znatno olakšava boravak u zatvoru.

21 N. G. je uputio pismo autoru 28. septembra 2011. godine a pismo je stiglo u Beograd tek 01. novembra 2011. godine. Poređenja radi, pisma, koja ne šalje zatvorenik, iz Brazila stižu u Srbiju u proseku za pet dana.

22 Resolucao No14, de 11 de Novembro de 1994, Publicada no DOU de 02.12.1994.

23 <http://www.arp.org.br/legislacao.php?i=7&chave=1&tipo=2>, od 27.11.2011. godine.

U okviru ustanove se nalaze i osuđenici koji predstavljaju svet za sebe, koji se tu zadržavaju određeno vreme, u cilju izvršenja kazne lišenja slobode. Taj svet živi posebnim životom u okviru jedne veštački stvorene zajednice, koju ne biraju sami osuđenici, već im je ona određena od strane nadležnih organa. Živeći u uslovima formalno regulisanog ponašanja, među osuđenima se stvaraju razni posebni međusobni odnosi, na jednom ograničenom prostoru, i razvijaju neformalni šablони ponašanja, koji se javljaju uglavnom kao reakcija na lišenje slobode i uslove života u ustanovi. Na toj osnovi se stvara, pored formalnog sistema, i jedan posebni sistem odnosa među osuđenima, koji autori nazivaju „neformalnim sistemom“, što on u stvari i jeste, a koji može imati veće reprekusije na funkcionisanje formalnog sistema, pa je stoga veoma značajno izučavati sve elemente tog sistema i koristiti rezultate istraživanja u svrhe adekvatnog organizovanja izvršenja kazne lišenja slobode.<sup>24</sup>

## 7. NASTANAK PRVE KOMANDE GLAVNOG GRADA (P.C.C.)

Nastanku organizacije Prva Komanda Glavnog grada (P.C.C.) doprinelo je loše stanje u zatvorima u Brazilu, koje se ogledalo prvenstveno u lošim uslovima života za same zatvorenike, prenatrpanosti zatvora, materijalnoj nemaštini, nasilju i zloupotrebi svih oblika autoriteta, koja se sastojala u mučenju, prebijanju i maltretiranju zatvorenika. Uz to, lošem stanju u zatvorima doprinosilo je i odsustvo zaštite prava zatvorenika koju propisuju međunarodne konvencije u oblasti izvršenja kazni lišenja slobode, kao što su pravo na rad, usavršavanje, školovanje, dostojan tretman, pravna i socijalna pomoć. Dodatni problem je bio i nerazdvajanje onih koji su bili na izdržavanju kazne zatvora od onih osoba koje su u pritvoru čekale završetak suđenja.

Pored ovakvog stanja u zatvorima, prema mišljenju većine upućenih u zatvorski sistem u Brazilu, nastanku organizacije P.C.C., u velikoj meri doprineo je i događaj koji se odigrao u zatvoru Karandžiru (Casa de Detencao do Carandiru) u Sao Paulu, poznat po nazivu „Masakr u Karandžiruu“. Za vreme jedne pobune u zatvoru, u oktobru 1992. godine, koja nije imala nasilni karakter, pa samim tim nije bila neophodna intervencija policije, ipak je doneta odluka da se upotrebi sila u cilju gušenja pobune. Zatvorenici koji su shvatili da se priprema napad, pobacali su kroz prozore hladno oružje koje su posedovali u nameri da pokažu da se unapred predaju, odnosno da neće pružati nikakav otpor, a neki su na prozore svojih ćelija istakli belu zastavu u znak predaje. Međutim i pored toga, specijalne snage bezbednosti Tropa de Choque, poznate po svom nasilnom delovanju izvršile su napad i ubile veliki broj zatvorenika. Prema zvaničnoj verziji događaja ubijeno je 111 (sto jedanaest) zatvorenika, dok na strani policije i čuvara nije bilo žrtava. Međutim, ovakvu verziju događaja dovode pod sumnju sami zatvorenici koji tvrde da je žrtava bilo daleko više i da su leševi odneti kontejnerima za smeće i pre nego što je zvanična istraga o samom događaju počela.

To što sam masakr u zatvoru Karandžiruu nikada nije u potpunosti istražen ne treba da čudi, jer kada je reč o zatvorskim pobunama i nasilju među osuđenima i nad njima, treba imati u vidu činjenicu da su zatvorski uslovi jedan od odlučujućih

24 M. Milutinović /1992/: *Penologija*, Beograd, str. 173-174.

faktora koji dovode do pobuna i smrti zatvorenika. Zbog toga penitencijarni radnici i pravosudna administracija u većini zemalja, pa tako i u Brazilu, izbegavaju da pomognu istraživanje ovih pojava, jer se i u jednom i u drugom slučaju može na posredan način postaviti pitanje ako ne njihove odgovornosti, ono svakako doprinosa. To, međutim, ne sme da sprečava naučnike da pokažu živ i neprestan interes za njihovo proučavanje. Takvu aktivnost im olakšava činjenica da se same zatvorske pobune teško mogu sakriti. Eskalacija nasilja do kojeg dolazi, odlučnost koju često pokazuju pobunjenici, stradanje nedužnih pojedinaca i ogromna šteta izaziva veliki interes javnog mnjenja. Iako pobunjenici najčešće ističu da i na taj način žele da skrenu pažnju društva na svoj položaj i uslove života, u tome uglavnom ne uspeavaju. Javnost se zadovoljava osudom nasilja ne želeći ni da sasluša razloge revolta.<sup>25</sup> S obzirom na to da se nakon masakra u Karandžiru ništa nije promenilo, odnosno da je javnost samo osudila prekomernu upotrebu sile, mnogi smatraju da je nastank organizacije P.C.C. u dobroj meri motivisan željom zatvorenika da se takva tragedije više nikada ne ponovi.

Tačan datum i okolnosti pod kojima je nastala organizacija P.C.C. nije moguće utvrditi jer o tome postoje različiti i kontradiktorni podaci. Prema jednoj verziji P.C.C. je osnovana 1989. godine u ustanovi za pritvor Karandžiru (Carandiru). Po drugoj verziji sve se dogodilo 1991. godine u zatvoru Ararakuara (Araraquara) a postoji i verzija da organizacija vodi poreklo od ostalih zatvorskih gangova pod nazivom Crna Zmija (Serpente Negra) i Ratnici Davida (Guerreiros de David). Verzija po kojoj je organizacija nastala za vreme jedne fudbalske utakmice navodi se kao tačna u zatvorskoj populaciji, čemu je prevashodno doprinela knjiga Jozino J., *Cobras e Lagartos*, Rio de Janeiro, 2004, koja je nekoliko meseci po objavljivanju cirkulisala po zatvorima. Iznenađuje brzina kojom su zatvorenici napustili ranije teorije o nastanku P.C.C.-a i prihvatili objavljenu verziju iz knjige kao jedinu pravu.<sup>26</sup>

U skladu sa ovom verzijom, osam zatvorenika pritvorske jedinice u Taubateu (Taubate), 31. avgusta 1993. godine, stvorilo je organizaciju P.C.C. Prema kazivanju jednog od osnivača ove organizacije, oni su, prvobitno formirali fudbalski klub, radi učestvovanja na šampionatu u fudbalu koji se organizovao u zatvoru i dali su mu ime Prva Komanda Glavnog grada (Primerio Comando da Capital), ili skraćeno P.C.C.<sup>27</sup> Ovo ime je izabrano jer su članovi tima bili iz glavnog grada (misli se na Sao Paulo, prim. aut.), dok je većina zatvorenika u Taubateu bila iz unutrašnjosti, koji su oformili tim pod nazivom Komanda Seljaka (Comando Caipira). Međutim, na polovini šampionata došlo je do svađe pa su članovi fudbalskog tima P.C.C. odlučili da u toku utakmice ubiju dvojicu zatvorenika koji su igrali za tim Komanda Seljaka, što su i učinili, tako što su ih na fudbalskom igralištu prebili na smrt. Kako bi se zaštitili od kazne izvršene od strane stražara, a koja bi se sastojala u prebijanju, članovi fudbalskog tima P.C.C.-a, kako sam osnivač kaže, stvorili su kriminalnu organizaciju pod istim nazivom sa ciljem da se bori protiv nepravde koja se odigrava u zatvorskom sistemu.

25 Đ. Ignjatović /2000/, *op.cit.*, str. 300.

26 K. Biondi /2010/: *Junto e misturado, uma etnografia do PCC*, Sao Paulo, r. 69.

27 Nakon formiranja organizacije, pored skraćenice P.C.C. u upotrebi je i skraćenica kojom se označava organizacija a koja u stvari predstavlja numeričku oznaku i sastoji se od brojeva 15.3.3. Do ovog broja se došlo tako što se pratio redni broj slova u alfabetu, pa tako broj 15. odgovara slovu P, a broj 3. slovu C.



Tako je osam ljudi osnovalo kriminalnu organizaciju P.C.C., koja se nekoliko godina kasnije pretvorila u najveću kriminalnu frakciju u zemlji.<sup>28</sup>

S obzirom na to da je prvobitni razlog za ovakvo organizovanje bila zaštita od kazne koju bi nad članovima fudbalskog tima P.C.C. izvršili stražari, interesantno je navesti podatke koje je izneo jedan od osnivača organizacije P.C.C. u svojim pismima, u kojima tvrdi da je tokom izdržavanja zatvorske kazne premešten devetnaest puta iz zatvora u zatvor i da je prilikom tih premeštaja prošao kroz dvanaest različitih ustanova. U većini od njih je po dolasku bio prebijan i mučen kako bi se upoznao sa „pravilima ponašanja“. Prema njegovim rečima, bio je prebijan gvozdanim cevima, drvenim štapovima, pesnicama a bio je i na „papagajevom štapu“ (Papagajev štap je metod za mučenje, gde je zatvorenik okrenut glavom ka zemlji, ostavljen da visi sa vezanim nogama za drvo. Pri tome je potpuno go, i u takvom položaju, osim što je pesničen i šutiran, izložen je i elektro šokovima.). Takođe, navodi i da je u jednom od tih zatvora proveo dane bez spavanja jer su stražari pustili škorpije u njegovu ćeliju.<sup>29</sup> I ostali osnivači P.C.C.-a prolazili su kroz slične oblike torture. Veliki strah od ponovnog mučenja, koje ih je čekalo, sigurno je u dobroj meri doprineo da se kod njih stvori želja da se organizovanjem zaštite od torture. Postavlja se pitanje, da li bi taj strah kod njih postojao a samim tim i da li bi se kod njih stvorila želja za takvim organizovanjem da nad njima prethodno nije vršena bezrazložna tortura, odnosno da li bi oni posegli za formiranjem ove organizacije da je postojala iole realna šansa da za delo koje su počinili odgovaraju samo u okvirima zakona, koji svakako ne dopušta mučenje zatvorenika. Da bi se došlo do odgovora na ovo pitanje morala bi se izvršiti daleko opsežnija istraživanja koja bi se zatim prezentovala u znatno obimnijem radu od ovog.

Stvaranje organizacije P.C.C. za mnoge osuđenike značio je završetak jednog doba u kome je postojao rat svih protiv svih i gde su vladala pravila „svako za sebe“ i „jači pobeđuje“. Do tog trenutka fizički obračuni su bili uobičajena pojava, pri čemu je svaka banalnost bila dovoljan razlog da se sukob reši borbom pomoću noževa, u kojoj najčešće jedna strana izgubi život. Seksualno nasilje je takođe bila normalna i česta pojava, a da bi se seksualni napad izbegao u većini slučajeva napadnuti je morao da ubije napadača. U tom slučaju, napastovano lice bi odgovaralo za još jedno krivično delo, ovog puta za ubistvo. Zatvorenici su otimali jedan od drugog predmete, počev od toaletnog papira pa do same ćelije, kako bi ih prodavali onima koji do njih nisu mogli da dođu putem sile.<sup>30</sup> Proklamovanjem strogih pravila ponašanja između članova same organizacije ali i unutar zatvora uopšte, od strane organizacije P.C.C., kao i određivanjem izuzetno strogih i surovih sankcija za kršenje ovih pravila, stanje u zatvorima se u potpunosti promenilo, tako da se takvi zločini između samih zatvorenika danas dešavaju prilično ratko. Većina zatvorenika smatra da je za takvo stanje zaslužna stroga kaznena politika koja se sprovodi nad prekršiocima neformalnih pravila ponašanja.<sup>31</sup>

28 F. Souza /2007/: *PCC a fraccao*, Sao Paulo, r. 305.

29 F. Souza, *ibid.*, r. 304.

30 K. Biondi, *op.cit.*, r. 71.

31 Autor je u više navrata službeno boravio u Brazilu i obavio veliki broj razgovora sa advokatima, zatvorskim osobljem i licima koja su bila ili su još uvek zatvorenici, kako muških tako i ženskih, zatvora u Brazilu, prvenstveno u državi Sao Paulo. Na taj način prikupio je veći broj podataka koji se prezentuju u ovom radu.

Nakon svog formiranja u muškom zatvoru, organizacija P.C.C. je svoje delovanje vrlo brzo proširila i na ženske zatvore, prvenstveno u državi Sao Paulo. Danas po pitanju neformalnog sistema u zatvorima u Brazilu gotovo i da nema razlike između muških i ženskih zatvora. Organizacija ima neprikosnovenu vlast unutar neformalnog sistema, pravila ponašanja su stroga a sankcije su identične. S tim u vezi, treba reći da prilikom kažnjavanja onih koji se ne pridržavaju pravila, pripadnice organizacije P.C.C., po pitanju surovosti u izvršenju kazni, ni malo ne zaostaju za svojim muškim kolegama.<sup>32</sup>

Pored organizacije Prva Komanda Glavnog grada, koja je najpoznatija i jedna od najmoćnijih, u brazilskim zatvorima postoje i druge slične organizacije. Neke od njih su: Crvene Trupe (Falange Vermelha), organizacija nastala u zatvoru Veliko Ostrvo (Presidio de Ilha); Crvena Komanda (Comando Vermelho) i Crvene Trupe, dve grupe formirane u zatvoru Bangu 1 (Bangu 1); Podmladak Crvene Komande (Comando Vermelho Jovem), organizacija koja je formirana od strane Crvene Komande, sastavljena od ljudi koji ne poznaju ni jedan drugi rečnik osim rečnika nasilja i koja je odgovorna za najnasilnija delovanja izvršena u Rio de Ženeirou; Treća Komanda (Tercero Comando), takođe formirana u zatvoru Bangu 1, kao odgovor na Crvenu Komandu i sačinjena je od onih koji se nisu slagali sa delovanjem Crvene Komande, a za nju se tvrdi da je veoma uticajna van samih zatvora, odnosno da vlada u trideset četiri favele; Sledbenici Satane (Seita Satanica), organizacija koja je nastala u zatvorima u Sao Paulou i Avareu a sklopila je pakt o uzajamnoj saradnji sa P.C.C.-om; Demokratska Komanda za Slobodu (Comando Democratico pela Liberdade – CDL), nastala u zatvoru u Avareu; Revolucionarna Brazilska Komanda Kriminala (Comando Revolucionario Brasileiro da Criminalidade – CRBC), opoziciona organizacija P.C.C.-u, nastala u Guarulhosu (Guarulhosu).<sup>33</sup>

## 8. STATUT PRVE KOMANDE GLAVNOG GRADA (P.C.C.)

Nakon što je organizacija P.C.C. formirana sa njenim osnivačima su počeli da saraduju i ostali zatvorenici. U cilju da se što bolje organizuju i na taj način izbegnu maltretiranja kojima su bili podvrgnuti u zatvorskom sistemu, a da u isto vreme regulišu odnose među samim zatvorenicima, kako bi se izbegla međusobna maltretiranja stvoren je Statut organizacije P.C.C. Osnovna teza izražena u Statutu je da svi moraju da se ujedine, jer na kraju krajeva svi dele istu situaciji, kako bi se uspostavio jedan

32 Po pitanju neformalnog sistema u zatvorima, slična je situacija i u drugim državama Južne Amerike. Dvojica bivših zatvorenika, koji su svoje kazne izdržali u zatvorima u Boliviji, pružili su autoru podatke o postojanju sličnih organizacija i u ovoj državi. Posebno su istakli da su i sami bili zaprepašćeni surovošću kojom se sprovode kazne za sitnije prekršaje pravila koja propisuje neformalni sistem. Naime, u tom slučaju, krivac prolazi kroz špalir drugih zatvorenika, koji ih besomučno prebijaju štapovima, gumenim palicama, nogama i rukama. Za teže prekršaje izvršava se smrtna kazna. Istovremeno, u zatvorima u kojima su se nalazila ova dva bivša zatvorenika, novcem je moglo da se kupi bukvalno sve, od raznoraznih potrošnih predmeta, preko kreveta, odnosno ćelije, pa sve do statusa osobe koju ne treba dirati, odnosno koja je pod zaštitom organizacije.

33 Do navedenih podataka autor je došao u razgovoru sa dvojicom advokata iz Sao Paula i jednim advokatom iz Brazilije.

dostojanstven tretman zatvorenika. Statut ima šesnaest tačaka kojima su određeni osnovni ciljevi organizacije i osnovna pravila ponašanja za njene članove, kao i neke osnovne sankcije za povrede Statuta, a on glasi:

1. Odanost, poštovanje i solidarnost Partiji iznad svega.
2. Borba za slobodu, pravdu i mir.
3. Ujedinjenost u borbi protiv nepravde i nasilja u zatvorima.
4. Doprinos onih koji su na slobodi braći u zatvorima, putem angažovanja advokata, slanjem novca, pomaganjem familija i učestvovanjem u spašavanju (misli se na organizovanje bekstva iz zatvora, prim. aut.).
5. Poštovanje i solidarnost sa svim članovima Partije da se ne bi događali unutrašnji sukobi. Onaj koji bude prouzrokovao sukob u samoj organizaciji u pokušaju raskola bratstva biće isteran i odbačen od strane Partije.
6. Ni u kom slučaju ne koristiti Partiju kao takvu u rešavanju ličnih problema sa osobama van zatvora jer je partijska ideja iznad svakog ličnog interesa. Međutim, Partija će biti odana i solidarna sa svojim članovima kako oni ne bi trpeli nikakvu vrstu neravnopravnosti ili nepravde u svojim spoljašnjim sukobima.
7. Onaj koji je na slobodi „dobro situiran“, a zaboravlja da pomaže braću u zatvoru, biće osuđen na smrtnu kaznu, bez mogućnosti praštanja.
8. Članovi Partije moraju da daju dobar primer i da budu sleđeni i zbog toga Partija ne dozvoljava da se događaju: pljačke, silovanja i iznude unutar zatvorskog sistema.
9. Partija ne odobrava laži, prevare, zavist, sujetu, lažne optužbe, sebičnost, lične interese, već istinu, vernost, čovečnost, solidarnost u zajedničkim interesima za dobrobit svih, jer mi smo jedan za sve i svi za jednog.
10. Svaki pripadnik mora da poštuje red i disciplinu Partije. Svako će dobiti onoliko koliko mu to zaslugom pripada. Mišljenje svakoga će biti saslušano i poštovano, ali će definitivna odluka pripadati osnivačima Partije.
11. Prva Komanda Glavnog grada – P.C.C., osnovana 1993. godine, sa ciljem da spreči dalja maltretiranja i nepravde u pritvorskoj jedinici Taubate, ima za apsolutni moto: „Sloboda, pravda i mir“.
12. Partija ne odobrava međusobno rivalstvo između članova, ni takmičenja za ulogu vođe u Partiji, jer svaki član Partije dobro poznaje svoju ulogu u okviru iste, koja mu je dodeljena u skladu s njegovim sposobnostima.
13. Moramo ostati ujedinjeni i organizovani kako bismo izbegli da se ponovo dogodi masakr sličan ili gori od onog koji se odigrao u pritvorskoj jedinici 02. oktobra 1992. godine, kada je 111 (sto jedanaest) zatvorenika ubijeno na kukavički način, masakr koji neće nikada biti zaboravljen u Brazilu. Jer mi iz Komande ćemo protresti sistem i naterati vlast da promeni nehumane uslove u zatvorima u smislu nepravdi, mučenja i masovnih ubijanja po zatvorima.
14. Ovog momenta, prioritet Komande je da natera guvernera države da zatvori pritvorsku jedinicu u Taubateu, odakle su potekli seme i koreni Komande, posle mnogih nepobedenih bitaka i nakon mnogo patnje usled nehumanosti i mučenja.

15. Polazeći od Centralne Komande Glavnog grada, partijskog generalštaba države, po uputstvu će se sprovesti organizovane i simultane akcije u svim kaznenim ustanovama u državi, u ratu bez predaha i bez granica, do konačne pobeđe.

16. Najvažnije od svega je da nas niko neće zadržati u ovoj borbi jer se seme Komande rasejalo po celom zatvorskom sistemu države (misli se na državu Sao Paulo, prim. aut.), a takođe smo uspeli da se raširimo i van njenih granica. Uz mnoge žrtve i gubitke, uspeli smo da se organizujemo na državnom nivou, a na duže staze, sa istim ciljem, i na nacionalnom nivou. Poznajemo svoju snagu kao i snagu našeg moćnog neprijatelja, ali smo spremni, ujedinjeni, a jedan ujedinjeni narod nikada ne može biti pobeđen.

SLOBODA! PRAVDA! MIR! P.C.C. „UJEDINJENI POBEĐUJEMO“<sup>34</sup>

## 9. AKTIVNOSTI ORGANIZACIJE P.C.C.

Uprkos svojoj popularnosti unutar zatvora, za zvaničnu vlast Brazila organizacija P.C.C. nije postojala. Prva reakcija zvanične vlasti na aktivnosti organizacije P.C.C. bila je njeno prikrivanje, odnosno negiranje njenog postojanja. Za vreme jedne pobune u zatvoru, u septembru 1997. godine, glavni sekretar zatvorske administracije, koji je do tada apsolutno negirao postojanje ove organizacije, uverio se u njeno postojanje jer je za vreme kolektivne izjave za štampu, u pozadini, na prozoru zatvora, bila istaknuta zastava sa skraćenicom P.C.C. I pored toga, tek 1999. godine, posle jednog organizovanog bekstva uhapšenih, policiji je naloženo da se sprovede istraga. Na kraju istrage, krajem 2000. godine, policija se uverila u postojanje i snagu P.C.C.-a ali je vlast i dalje nastavila da tretira ovu organizaciju kao jednu omanju grupu zatvorenika, bez ikakvog delovanja i sa malim uticajem među zatvorenicima. Međutim, ipak je odlučeno da se lideri organizacije premeste u druge zatvore van države Sao Paulo. Ukoliko je plan vlasti bio da se oslabi P.C.C., rezultati su bili upravo obrnuti. Premeštanjem lidera organizacije omogućeno je širenje P.C.C.-a van granica države Sao Paulo i njeno povezivanje sa sličnim frakcijama u drugim državama Brazila a posebno sa Crvenom Komandom (Comando Vermelho), u Rio de Ženeirou. Tek nakon velike pobune u zatvorima, s početka 2001. godine, koja predstavlja prvu veliku akciju organizacije P.C.C., vlasti u Brazilu zvanično priznaju postojanje P.C.C.-a u zatvorima u Sao Paulou. Tokom juna 2001. godine, javni tužilac proglašava P.C.C. za kriminalnu organizaciju, i to u vreme kada njeni članovi više i ne pokušavaju da ostanu anonimni, već naprotiv koriste svaku priliku da propagiraju organizaciju i njenu skraćenicu P.C.C.<sup>35</sup>

Pobuna koja se odigrala u dvadeset devet zatvora u Brazilu, tokom februara 2001. godine, u kojoj je učestvovalo oko dvadeset osam hiljada zatvorenika, bila je organizovana od strane Prve Komande Glavnog grada, i nazvana je Megapobuna. Najvažnija pobeda koju su u ovoj akciji izvojevali zatvorenici bila je dozvola da ih jednom nedeljno, tačnije vikendom, posećuju bračni drugovi u cilju održavanja porodičnih odnosa, što uključuje i održavanje seksualnih odnosa. Naime, bračni ili vabračni drug

34 F. Souza, *op.cit.*, r. 11-13.

35 K. Biondi, *op.cit.*, r. 69.-73.

može posetiti tokom vikenda zatvorenika i sa njim boraviti u krugu zatvora i u samoj ćeliji. Seksualni odnosi se odvijaju u ćeliji, tako što se zatvorenici međusobno dogovore i ćeliju koriste u tom cilju, naizmenično ili se sam seksualni čin odigrava na krevetu koji je zaklonjen improvizovanim paravanom. S tim u vezi treba reći da je zahvaljujući ovoj dozvoli, kao i zabrani silovanja zatvorenika koju propisuje P.C.C., u zatvorima u Brazilu gotovo iskorenjena, ranije dosta česta pojava, da se zatvorenici međusobno siluju.

Najmasovnija pobuna, koja je takođe bila u organizaciji P.C.C.-a, odigrala se u maju 2006. godine, u osamdeset četiri zatvora, od kojih je deset bilo van granica države Sao Paulo. Ova pobuna nazvana je Druga megapobuna, a specifičnost ove pobune je u tome što je, istovremeno sa pobunom u samim zatvorima, izvršen veliki broj napada van zidina zatvora, uglavnom na predstavnike državnih organa. Posle Druge megapobune, ako je do tad i postojala sumnja u moć P.C.C.-a, odnosno ako se postavljalo pitanje da li se njen uticaj prostire i van zidina zatvora, postalo je potpuno jasno da je njena delatnost raširena i na područje van zatvora.

Organizacija P.C.C. zatvorenike koji se nalaze u zatvorima pod njenom kontrolom smatra i naziva „rođakom“, i ukoliko on poštuje pravila ponašanja spremna je da mu pomogne u svakom eventualnom problemu. Zatvorenik koji svojim ponašanjem zasluži i zbog toga bude predložen od pripadnika organizacije, činom „krštenja“ postaje pripadnik organizacije i od tog trenutka od „rođaka“ postaje „brat“. Sama organizacija ima piramidalnu strukturu, tako da pripadnici nižeg reda ne poznaju pripadnike višeg reda, što onemogućava eventualnu akciju policije u pravcu otkrivanja nalogodavaca za određenu aktivnost. Naredbe, obaveštenja i preporuke potiču od „kule“, što pripadnici organizacije nazivaju „pozdrav“. S obzirom na to da pozdrav ne stiže od čoveka – zatvorenika, nego od kule, a da se nikada ne zna tačno koji zatvorenici sačinjavaju kulu, pozdravi se prihvataju bez kompleksa koji bi mogli da se jave kod pojedinaca kada bi naredba poticala od indetifikovanog zatvorenika. Time se omogućava da se naređenja izvršavaju bez pogovora, što u velikoj meri olakšava funkcionisanje same organizacije.

Postoje i oni zatvorenici kojima nije dozvoljen pristup u zatvore koje kontroliše P.C.C., koji se nazivaju „stvar“. U pitanju su izvršioi krivičnih dela koja ni sama organizacija P.C.C. ne odobrava, u koja spadaju silovanje, krivična dela protiv članova porodice, zločini protiv dece i sl. Takođe, zabranjen je pristup i članovima drugih suparničkih organizacija, izdajnicima koji saraduju sa organima vlasti ili su obavljali zanimanja koja su povezana sa državnim aparatom u koja spadaju policajci, tužioci, sudije, stražari i sl. Ovi zatvorenici, iz razloga bezbednosti, kako im ne bi bio ugrožen život, obavezno se upućuju u posebni deo zatvora koji je odvojen od dela u kome se nalaze ostali zatvorenici.

Pre pojave P.C.C.-a bilo je uobičajeno da stražari zatvora i zatvorenici razmenjuju međusobno usluge jedni drugima, ali s formiranjem organizacije, ova pojava je iskorenjena i jedini kontakt između stražara i zatvorenika je posredstvom „braće“, odnosno pripadnika P.C.C.-a. Zahvaljujući ovom načinu komunikacije sprečava se da neko od zatvorenika nanese štetu drugom zatvoreniku, što bi svakako vodilo ratu među samim zatvorenicima.

## 10. ZAKLJUČAK

Postojanje neformalnog sistema u zatvorima u Srbiji je pojava koja do sada nije istražena u dovoljnoj meri i tom pitanju u budućnosti treba posvetiti više pažnje. U ovom trenutku, može se sa sigurnošću tvrditi da ni u jednom zatvoru u Srbiji nije formirana organizacija koja bi imala sličnosti sa Prvom Komandom Glavnog grada koja egzistira u zatvorima u Brazilu. Međutim, osim što se u Srbiji nikada nije desila pobuna koja se završila tragedijom poput masakra koji se odigrao u zatvoru Karandžiru, ne bi se moglo sa sigurnošću tvrditi da ne postoje ostali preduslovi za stvaranje jedne takve organizacije. Uslovi u našim zatvorima nisu na zadovoljavajućem nivou, što se ogleda u činjenici da u zatvorima često boravi više zatvorenika nego što je realan kapacitet zatvora, ne poštuju se u potpunosti prava koja su zatvorenicima zagarantovana kako zakonom tako i pravilnicima o kućnom redu u zatvorima i još uvek se dešava da osoblje zatvora upotrebi nepotrebnu silu ili neki drugi oblik mučenja zatvorenika. Lošim uslovima u zatvoru treba dodati činjenicu da su zatvorenici u Srbiji stvorili svoj neformalni sistem, da uglavnom poštuju pravila ponašanja koja su njime propisana i da se za kršenje tih normi sprovode sankcije, da između njih postoji međusobna solidarnost, kao i da pobune u zatvorima u Srbiji nisu nepoznanica. Sve to skupa čini pogodno tlo za formiranje organizacije koja bi okupljala zatvorenike po ugledu na takve organizacije u Brazilu.

Stvaranje organizacija u Srbiji, koje bi bile kopija Prve Komande Glavnog grada, je nedopustivo i takvu pojavu treba sprečiti iz više razloga. Sami organizatori P.C.C.-a priznaju odnosno proklamuju, a to i nije sporno, da je u pitanju kriminalna organizacija. Bez obzira na neke pozitivne efekte koje ova organizacija postiže, nedopustivo je prihvatiti ili još gore podržati formiranje bilo koje kriminalne organizacije. Jedno od osnovnih pravila koje propisuje Statut P.C.C.-a je međusobno pomaganje zatvorenika prilikom bekstva iz zatvora, a za kršenje normi koje propisuje sama organizacija propisane su sankcije koje se sastoje u brutalnom prebijanju prekišioaca ili čak u lišenju života takve osobe. Nedopustivost takvog ponašanja nije potrebno posebno obrazlagati. Međutim, ne sme se zanemariti mogućnost da se tako nešto ipak dogodi, pa u tom kontekstu, treba detaljnije proučiti takve organizacije u Južnoj Americi, otkriti stvarne uzroke njihovog nastanka i pravce delovanja. Istovremeno, treba proučiti mogućnost takvog organizovanja u Srbiji i blagovremeno sprečiti takvu pojavu. Pri tome, postavlja se pitanje da li se može prihvatiti a samim tim i dopustiti neki oblik formalnog organizovanja zatvorenika u organizaciju, koja ne bi bila po ugledu na P.C.C., već bi bila ravnopravni partner sa formalnim sistemom u pravcu iznalaženja rešenja za probleme koji postoje u zatvorima i u pravcu poboljšanja uslova života koji postoje u zatvorima u Srbiji. Ukoliko bi odgovor na ovo pitanje bio pozitivan utoliko bi državni organi trebalo blagovremeno da preduzmu mere koje bi doprinele takvom organizovanju zatvorenika a što bi za rezultat imalo u dobroj meri i doprinos u sprečavanju da se u našim zatvorima stvore organizacije slične Prvoj Komandi Glavnog grada.

## LITERATURA

- Atanacković D. /1988/: *Penologija*, Beograd, 1988  
 Biondi K. /2010/: *Junto e misturado, uma etnografia do PCC*, Sao Paulo  
 Ignjatović Đ. /2000/: *Kriminologija*, Beograd



- Ignjatović Đ. /2006/: *Pravo izvršenja krivičnih sankcija*, Beograd
- Ignjatović Đ. /2011/: *Žrtve krivičnog sistema, Pravni život, broj 9, tom I*, Beograd
- Lazarević LJ. /2006/: *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije*, Beograd
- Milutinović M. /1992/: *Penologija*, Beograd
- Radulović LJ. /1999/: *Kriminalna politika, politika suzbijanja kriminaliteta*, Beograd
- Stojanović Z. /2006/: *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd
- Stojanović Z. /2010/: *Krivično pravo, opšti deo*, Beograd
- Srzić N. i dr. /1997/: *Krivično pravo Jugoslavije*, Beograd
- Souza F. /2007/: *PCC a fraccao*, Sao Paulo

Veljko DELIBAŠIĆ

Lawyer from Belgrade

## INFORMAL PRISON SYSTEM IN BRAZIL

### SUMMARY

The existence of the informal prison system in Serbia represents a phenomenon which hasn't been explored enough so far and more attention should be dedicated to this question. At this moment, we could acknowledge with certainty that in any prison in Serbia there hasn't been formed any organization which would have some similarities with the First Command of the Capital which exists within prisons in Brazil. However, except of the fact that in Serbia never happened a rebellion which tragic endings like for example the massacre which happened in the prison Karandžir, one can't confirm for sure that there aren't any other prerequisite for creating such of an organization. The conditions in our prisons are not at the satisfying level, which is reflected by the fact that in prisons there is often higher number of prisoners than what is actually the real capacity of the prison, the rights guaranteed to the prisoners by law or by regulations on prison house rules aren't being fully respected, and it still sometimes happens that the prison employees apply unnecessary violence or some other type of prisoners torturing. Bad prison conditions include also the fact that the prisoners in Serbia have created their own informal system, that they mainly do respect rules of behaving which are prescribed by the last mentioned, and that sanctions are being applied for violating these regulations, that there is some mutual solidarity between them, and that rebellions aren't unknown fact within Serbian prisons. All this together creates a fertile soil for the organization to be made and that organization would gather prisoners, as the one existing in Brazil.

Creating of the organizations in Serbia, which would be a copy of the First Command of the Capital, is inadmissible and such type of a phenomenon should be prevented for many reasons. The organizers themselves of P.C.C. admit, or proclaim, and this can not be denied, that this is a criminal organization. Regardless

some positive effects that this organization is achieving, it's inadmissible to except or even worst to support the creation of any kind of criminal organization. One of the main rules prescribed by the Codex of P.C.C. is mutual support of the prisoners during their temptations of escape, and violation of these regulations which are prescribed by the organization itself there are adequate sanctions which consist of brutal beatings or the violator or even taking lives of such of a person. The prohibition of such type of a behavior is not necessary to explain particularly. However, we shouldn't neglect the possibility that such thing could happen anyway, so in that context, these types of organizations in South America should be analyzed more closely, the real causes of their creation as well as their direction of acting should be discovered. At the same time, it should be studied the possibility for creating of this kind of organization in Serbia, and that type of a phenomenon should be prevented in time. Therefore, the question is being posed whether some kind of formal organizing of prisoners in an organization could be accepted and therefore allowed, and which wouldn't emulate the P.C.C., but which would be an equal partner to the formal system in order to find a solution for the problems existing in prisons and in order to improve the life conditions within the Serbian prisons. If the answer to this question would be a positive one, the state organs should take the measures in time which would contribute to this kind of prisoners organizing, and which would have as a result and a contribution to prevent a creation of the organizations similar to the First Command of the Capital within our prisons.

**Keywords:** Brazil, informal prison system, First Command of the Capital, Serbia.

# IZ ISTORIЈATA KRIVIČNIH NAUKA

Живојин М. Перић

## О АМНЕСТИЈИ У СРПСКОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ У ВЕЗИ СА ПИТАЊЕМ О СУДСКОЈ ОДГОВОРНОСТИ ЗАВЕРЕНИКА

ПРЕВЕО СА ФРАНЦУСКОГА

Ј.К.

БЕОГРАД 1909.

Ова расправа професора Университета Г. Живојина М. Перића изашла је 1907. год. у париском часопису *Revue générale de droit, de la législation et de la jurisprudence*, а из њега је прештампана и у засебну књигу.

Сад се с њом упознаје и наша публика, која је о њеном предмету имала да прочита читаву литературу. Особине – објективност и научни карактер – дају јој лепо место у тој литератури. Поред искључиво стручне стране, ова расправа садржи и политичке консидерације, које су неизбежне код студија из јавног права, али које им не морају умањити беспристрасност.

14. децембра

1909.год., Београд.

Ј. К

## О

### Амнестији у српском кривичном праву

У ВЕЗИ СА ПИТАЊЕМ О СУДСКОЈ ОДГОВОРНОСТИ ЗАВЕРЕНИКА.

#### § 1-ви

1. – Код амнестије се јављају ова три питања: 1° Која је власт надлежна за давање амнестије? 2° За које деликте може амнестија да се да? и најзад 3° Каква су јој дејства?

2. – Код прве тачке законодавства се деле у две групе: једна стављају право амнестије у надлежност законодавне власти; по другима, за давање амнестије надлежан је шеф управне власти.

Амнестија није ништа друго него делимично укидање једног закона: она спречава да буду примењени извесни прописи кривичног закона. Стога је опште мишљење да амнестију треба уврстити у оне предмете који су стављени у надлежност законодавне власти, јер једино она може укидати законе, у целини или делимично. Рећи да је амнестија један акат извршне власти и из тога разлога ставити је у надлежност шефа државе, значило би тврдити да извршна власт може пуноважно закон и не применити – јер, као што мало час видесмо, амнестија није ништа друго него непримењивање једног закона – а то је очигледно погрешна теза, зато што извршна власт, установљена с том мисијом да извршује законодавчеву вољу, не може, ако се ставимо на правно гледиште, ту вољу не поштовати.

3. – У Србији увек се сматрало право давања амнестије као Краљева прерогатива. Зато су оба Устава, која су предвидела овај начин ослобођавања криваца – Устави од 1888. и 1901. – и садржавали изречна наређења која су оглашавала Краља за надлежног по предмету амнестије. Садашњи Устав у томе није учинио измену: његов члан 50. садржи исто правило. Према објашњењима која смо дали о карактеру амнестије, српски систем, код питања о власти надлежној за амнестирање, нема тачну правну подлогу. У Француској, рачунајући од Треће Републике, надлежна је за амнестију законодавна власт, на основу Уставног Закона од 25. Фебруара 1875. (чл. 3.).<sup>1</sup> Исто је тако било и под Уставом од 4. Новембра 1848..<sup>2</sup>

4. – 2° На које деликте амнестија може бити примењена? Ово се питање јавља код неполитичких деликата, јер се сви слажу у томе: да политичке кривице могу бити предмет амнестије. Што се, пак, тиче других, неполитичких, деликата, француски Уставни Закон, напред наведени, не прави разлику, у свом члану 3., између тих деликата и деликата политичких, из чега излази да неко може, у Француској, бити амнестован чак и онда кад је учинио најтежу неполитичку кривицу. У томе су писци једнодушни. У Србији, по Уставу од 6. Априла 1901., амнестија се могла дати само политичким кривцима. Осим тога, Краљ није имао у опште право амнестирати Министре (чл. 82.). Устав од 1888. није ограничио амнестију на политичке кривице, што значи, да ју је допуштао исто тако и код неполитичких деликата. Данашњи Устав (од 5. Јуна 1903.) слаже се, и у тој тачки, са Уставом од 1888., с том разликом само, што Краљ нема право *аболиције* код неполитичких деликата (члан 51.). Што се тиче министара, члан 139. овога Устава овако се изражава: „Краљ не може осуђеном министру ни смањити ни опростити казну без пристанка Народне Скупштине, нити може прекинути поведену истрагу против оптуженог министра“. Пошто је прекид истраге или аболиција само један специјалан случај амнестије, можемо се запитати, да ли Краљ има у опште право амнестовања министара, то јест да ли има право да их амнестује пре почетка истраге или после коначне осуде? Правило *exceptiones sunt strictissimae interpretationis* могло би нас одвести ка афирмативном одговору. Јер је чл. 50. Устава дао монарху право амнестије без ограничења, и том је праву учинио само изузетак предвиђен у члану 139., по коме, као што смо видели, Краљ не може прекинути истрагу предузету против министра. Последица би тога била та, да Краљу, изван овога случаја, није забрањено давање амнестије министрима. Али се ово мишљење тешко може помирити са интерпретационим правилом: да ко не може мање не може ни више. Заиста, чим Краљ нема право

1 Dareste, *Les Constitutions modernes*, I, стр. 9.. Исто је тако и у Холандији, Dareste, *op. cit.*, I, стр. 88. (чл. 66. *in fine* Устава од 11. Октобра 1848.).

2 Maurice Block, *Dictionnaire politique*, стр. 77. (*Amnistie*, од А. Hebrard-a).

помиловања Министара без пристанка Народне Скупштине, не може их, тим пре, ни амнестиовати, пошто је амнестија обимнији акат него помиловање.

5. – Ми смо напоменули да се амнестија у Француској може применити на сваку врсту деликата. Затим, има земаља у којима је ова институција непозната; у њима може бити само помиловања. Изгледа да се на амнестију гледа симпатично нарочито у земљама с демократским режимом. Тако, она не постоји у кривичном праву Немачке Царевине.<sup>3</sup>

6. – 3<sup>о</sup> Између амнестије и помиловања велика је разлика у погледу њиховога дејства. То долази од ове основне разлике између те две институције, што, после помиловања, деликат остаје и даље, док га амнестија брише, као да никад није ни био учињен. То повлачи за собом више последица, а нарочито ове, које су најглавније: а) Амнестија спречава поврат, који остаје могућан у случају помиловања; в) Помиловање не ослобађа осуђене од оних губитака права на које су их судије осудиле, или који су придодати самим законом неким казнама, као: губитак грађанске части, губитак грађанских, приватних и породичних права,<sup>4</sup> док онај који је био амнестован остаје и ту неоштећен, из тог сасвим простог разлога, што амнестија стиже пре осуде или бар пре коначне осуде.<sup>5</sup> У Србији тај факат што је неко осуђиван раније ствара, ако буде помилован, отежавну околност, ако је протекло од помиловања више од десет година. Због овог великог размака времена од прве до друге правне повреде, друга се не сматра као поврат, али ипак остаје отежавна околност (§ § 65. и 73. Казненога Законика Српског). Наравно да се овај правни пропис не примењује у случају амнестије.

7. – Рекли смо да амнестија брише деликат. Наравно, овде је реч о *јравном* уништењу правне повреде. По себи се разуме да физички, материално, амнестија њу не може да уклони.<sup>6</sup> У том погледу деликат постоји и даље. Следствено, код амнестије се долази до резултата: деликат остаје некажњен, један казнени закон, издан у друштвеном интересу, остаје без примене.

Међутим, како су закони, а то нарочито важи за кривичне (казнене) законе, донесени зато да се извршују, амнестија се јавља као институција која се не слаже потпуно са тим друштвеним интересом. И из тог разлога нисмо убеђени да је она корисна. По нашем мишљењу, она јако личи на једну антисоцијалну меру, нередовну, супротну праву. Да кажемо отворено, она има по мало револуционаран карактер. Ми мислимо да из оваквих разлога и није у неким земљама усвојена. Устав од 1869., Устав конзервативан, није одобравао амнестију. Она се у Србији појавила тек са Уставом од 1888., названим *Радикална Устав*.

8. – Каже се да амнестија доприноси миру и стишавању у држави. Ми не верујемо у то. Она је, напротив, непријатељ мира и стишавања. Она наводи појединце на извршавање деликата, нарочито политичких, на које се она обично и примењује, па и у оним земљама у којима могу бити и деликати неполитички предмет амнестије,

3 Професор Берлинскога Университета, Г. Ф. од Листа, не говори о њој у свом *Немачком кривичном праву*. Он се бави само помиловањем. Упоредити, такође, Laband, *Le droit public de l' Empire allemand*, француско издање, Boucard et Jeze, св. IV., стр. 381. и даље; и стр. 393..

4 Garraud, *Precis de droit criminal*, стр. 422..

5 Ако амнестија дође после коначне осуде, тада је губитак угашен стога што је и сам деликат због амнестије угашен.

6 „У погледу на грађанско-правне последице правне повреде, амнестија не отклања тужбу за накнаду штете коју је дело проузроковало као ни грађанску осуду изречену због тог дела“. Garraud, *op. cit.*, стр. 418..

као што је у Француској (и у Србији). И заиста, да би било веће гаранције да ће појединци поштовати законе, потребно је да они буду убеђени да неће измаћи од казне која постиже онога који се о њих огреши. Али, ако се они буду могли надати, да њихове незаконите радње могу остати некажњене, – а институција амнестије ће код њих ту мисао изазвати, – закон ће имати тада, несумњиво, много мање ауторитета. Ове опсервације нарочито онда добијају снаге, кад је реч о политичким правним повредама. Смели и унеравнотежни духови лакше ће се одлучити на преврате у земљи у којој постоји амнестија него тамо где она није дозвољена: ако им пође за руком да оборе режим, у толико боље: о казни не може бити у том случају речи, пошто ће тада власт бити у њиховим рукама; а ако успеха не буде било, они ће бити амнестовани у интересу мира и стишавања!

#### § 2-ги<sup>7</sup>

9. – У чланцима у којима смо се дотакли догађаја од 29. Маја 1903., ми смо тај догађај посматрали са два гледишта: са гледишта морала и са гледишта права, остављајући на страну друга питања која је он изазивао.

Замољени, одмах после те катастрофе, од стране управе Друштва за Упоредно Законодавство, да кажемо своје мишљење о трагедији која је стала живота последњег Обреновића, ми нисмо оклевали да ову трагедију оквалификујемо као дело противно како философском тако и хришћанском моралу.<sup>8</sup>

10. – Не може бити ни најмање сумње о томе: да је догађај од 29. Маја 1903. у најодсечнијој противности са прописима философског морала. Тај морал суверено наређује поштовање људског живота.<sup>9</sup> Напредак људског рода не би се могао схватати, када тај род не би постојао. Како се може развијати оно чега *нема*? А у чему се другом, међутим, састоји егзистенција људског рода ако не у физичкој егзистенцији човека? Не признавати принцип поштовања људског живота значи проповедати корисност нестанка човечанства. Истина, увек ће бити мрачних песимиста који мисле да стварање човека није имало никаквог смисла, али овакви малобројни философи не могу претендовати на то да наметну огромној већини људи своју доктрину која води ка самоубиству. Они могу, у осталом, дати свету пример свога тврдог убеђења, лишавајући сами себе живота који сматрају за бесмислицу, али што се тиче других, нека их оставе да и они опет, саобразно својој теорији, живе.

11. – Убиство је исто тако у противуречности и са Христовим учењем. Човечанство је прошло кроз ове три етапе: у прво доба, док је владало *зло*, убити човека није било грех. Затим долази прелазна периода или периода *шалиона*, где су добро и зло били на равној ноzi. Мојсије је учио: ако вам неко чини добро, чините и ви њему, а ако вам чини зло, вратите му га. Најзад се јавља Исус а с њим и коначна победа *добра*. Хришћанска религија забрањује зло на апсолутан начин: треба да чинимо добро чак и онима који су нам чинили зло. А како одузети живот човеку, значи учинити највеће зло које му се може учинити, убиство је забрањено на првом месту.

7 Датуми у овој расправи означени су по старом календару, ако се тичу српских закона и догађаја.  
8 Видети, у *Bulletin de la Societe de Legislation comparee*, Август- Септембар 1903., наш чланак : „Appendice a l'etude sur la Constitution du Royaume de Serbie du 6. avril 1901.“

9 „Убиство никад није допуштено, чак ни ради највећег интереса и ради највећег добра. Тако, стари су били у заблуди што су веровали да је убиство тиранина или *tyrannicidium*, било не само легитимно, већ и часно и лепо“. Paul Janet, *Traite elementaire de philosophic*, стр. 592..



12. – Пошто је убиство само по себи противно и моралу и хришћанској религији, онда не треба истраживати: да ли, између извршиоца убиства и његове жртве, постоје легални односи или да ли се они налазе у једној земљи у којој влада вођа јачега, пошто у њој нема власти којој би се сви покоравали. Отуда, ни за време анархије и револуције није допуштено убити као што није допуштено ни у мирно и нормално доба.

Ово правило стоји изнад сваке социјалне организације, претходи јој и од ње не зависи. Претпоставимо два човека који нису поданици ни једне државе<sup>10</sup> и који се налазе на територији која ни једној земљи не припада. Једног од њих убије други. Убица није погазио ни један позитивни закон: ни територијални закон, пошто место у коме је дело учињено не припада, као што рекосмо, ни једној држави; ни персонални закон, пошто, по претпоставци, убица није био везан, као ни убијени, ни за коју државу као поданик. Али он је повредио морални и религиозни закон који влада свима територијама, онај закон који забрањује убиство свога ближњег.<sup>11</sup>

13. – Позитивно право се овде сложило са захтевима философије и хришћанске религије: оно кажњава убиство у опште, без обзира на мотиве који су му претходили и циљ који је хтео постићи извршилац тога злочина. Право се, у случају убиства, бави само питањем о урачунљивости (*l' imputabilité*) делинквента: ако је он, у моменту извршења убиства, био свестан дела које је извршио и ако је он, у том моменту, располагао слободном вољом, он је одговоран, а не води се рачуна о томе: да ли је он убио из љубоморе, освете, убеђења (као анархист) или из користољубља. Без сумње, може се десити да мотиви злочина утичу на урачунљивост извршиоца, тако да му се услед тога виност смањује, али не треба мислити да овај последњи резултат долази од мотива: он је просто последица душевног стања извршиоца у тренутку извршења деликта.<sup>12</sup>

14. – Из ових објашњења излази да ни тобожњи *сiас државе* не може извинити убиство. Прво, идеја о спасу државе веома је неодређена, и сваки је на свој сопствени начин може схватити. Ова доктрина је, дакле, врло опасна и она би изложила, кад

10 Може се десити и дешава се да једно лице не припада као поданик ни једној земљи. Та су лица позната под именом *Heimathlosen*. A. Weiss, *Traite theorique et pratique de droit international prive*, св. I., стр. 20..

11 Принцип је да су казни закони територијални, и одатле консеквенца да држава не може казнити правне повреде учињене ван своје територије. Овај принцип има неких изузетака. Тако, у Француској, по једном закону од 27. Јуна 1866., злочини, учињени изван Француске, могу се у Француској казнити, ако су управљени против безбедности државе (Француске) или ако су „фалсификат државног печата, новца у промету, банкнота одобрених законом“. Што се тиче других злочина, они не могу бити узети у поступак и суђени у Француској, ако су извршени ван Француске територије, осим ако им је извршилац Француз. Garraud, *op. cit.*, стр. 143. и 144.. То се последње правило примењује и на убиства, одакле излази да и убиство које смо горе претпоставили не би могло бити кажњено у Француској, пошто његов извршилац није француски поданик.

12 Тако, на пример, фанатизам може евентуално пореметити слободну вољу човека и навести га да учини злочин који би и он сам осудио, кад би душевно био нормалан. Судији је дужност да узме у обзир ове специјалне ситуације. Али, кад се од тога учини апстракција, нема никакве разлике, у погледу на законску одговорност, између онога који је учинио убиство с предумишљајем или из заседе да дође до новца, и онога који је извршио исти злочин зато да би се ослободио каквог противника своје доктрине, па ма како ова била племенита и човечна. С моралног гледишта као и са религиозног, могу се одвојити ове две врсте убица, и може се бити мање строг према последњем. Али, држава која је обавезна да појединцима гарантује живот у најпотпунијем смислу, овде не може поћи ни за моралом ни за религијом: кад би ступањ виности, у случају убиства с предумишљајем или из заседе (ми узимамо само тај пример убиства), зависило од побуда које су водиле руку убице, живот човечи би био сасвим недовољно заштићен.

би била усвојена, човечји живот сталној опасности. Затим, и ово још важније, та је доктрина у основи погрешна. Како се може држава, организована баш зато да загарантује егзистенцију људи, одржавати убиствима, актима које она баш треба по својој мисији да спречава? То би значило окренути државу против њеног основног циља, одузети јој њен *raison d'être*, и, следствено, уништити је. Држава која би једно једино убиство одобрила и не би га казнила извршила би, тиме, над собом ништа мање него самоубиство. Од тога тренутка не би могло бити више ни питања о спасу државе: кад држава више не постоји, нема шта ни да се спасава.

У осталом, то је погрешно тврђење, да егзистенцију државе може угрозити само један појединац. То би значило ставити човека над државом, учинити га јачим него што је она. То је бесмислица, јер друштво чија би егзистенција зависила од једног јединог лица, друштво које би било слабије од својих чланова, не би сачињавало државу. То значи, као што видимо, да разлог, изведен из тако званог принципа спаса државе ради оправдања убистава, отпада, пошто ту не би било онога што би се убиствима хтело бранити, то јест не би било државе.

15. – Из ових разматрања излази то да, кад једна држава осети потребу да прибегне, ради свога одржања, убијању својих чланова, то је знак да та држава бесповратно осуђена на пропаст. Потреба у којој би се држава налазила да се таквим средствима послужи била би сигуран доказ скоре катастрофе те државе: држава не убија већ обезбеђује живот. И пошто би употреба ових средстава одузела, на крају крајева, држави дефинитивно тај карактер (карактер државе), то јест уништила би га, зар онда није боље и не послужити се њима? На тај начин би се избегли акти противни моралу и религији, акти чије извршење, у исто време, не би спасло државу, или боље оно што се сматра као држава.

Крајњи резултат је свега тога овај: треба пре оставити да држава пропадне него допустити или одобрити убиство ма и једног јединог појединца. Јер, или је дотично друштво заиста држава, и тада се не може разумети потреба за вршењем таквих радњи, далеко од тога, оно ће, напротив, имати потребу да такве радње забрани или казни; или, пак, то друштво нема у себи услове који су нужни па да једна држава постоји, и тада му убиства не би била ни од какве користи, убиства која би, у осталом, одузела карактер државе чак и друштву које сачињава праву државу.

16. – Српске краљеубице не би се могле извинити чак и кад бисмо се ставили на Макиавелиево гледиште, на гледиште чувене теорије по којој циљ оправдава средство. Јер, италијански државник саветује убиство, да би се постигао постављени циљ, само тада, када зато нема никаквог другог средства.<sup>13</sup> Краљеубице, које објашњавају убиства од 29. Маја 1903. тиме што је Краљ Александар, противно Уставу земаљском, био постао аутократ, нису били никако принуђени да прибегну убиству. Довољно им је било прогнати Краља, па да ослободе земљу од таквог монарха, средство већ употребљавано и у Србији и у другим земљама.

17. – Има један једини случај, кад држава допушта појединцу да убије свог ближњег, а то је случај праведне нужне одбране.<sup>14</sup> Кад нам неки појединац угрози живот или наше добро, и кад нам ништа друго не остаје за заштиту једног или другог до убиство позитивни закон ово извињава. Српске краљеубице нису у таквом положају

13 Machiavel, *Le Prince*, стр. 72. (*Oeuvres politiques de Machiavel*, прев. РМ&S, нзд. G. Charpentier).

14 Члан 323. Францускога Кривичног Законика; § 53. Немачкога Кривичног Законика од 15 Маја 1871. (*Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*), § 54. Кривичнога Законика Српског, и т. д..

биле, кад су извршиле убиства од 29. Маја 1903.. Баш на против, њихове жртве су имале право прибећи убиству према Кривичном Законнику, јер су биле стављене у стање праведне нужне одбране.

Да приметимо, да по учењу хришћанске религије не треба убити чак ни у том случају. То излази из правила да не треба зло враћати злим. Кад нас ко нападне, не можемо се послужити убиством да бисмо се одбранили; то би значило учинити му више зла него што нам је он учинио, јер је он само *xīeo* да нам учини зло, али своју намеру није био још извршио, из тог простог разлога што смо га спречили, убиством, да то учини. Онај дакле који убија у стању нужне праведне одбране невин је у погледу на кривични закон, али је крив по религиском закону.

### § 3-ћи

У немачком издању нашега чланка о коме је реч у претходном параграфу, издању које је публиковано у „Саопштењима међународнога друштва за упоредну правну науку и народну економију“, *Mitteilungen der Internationalen Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft and Volkswirtschaftslehre*, у Берлину (Март 1905.), додали смо једну напомену у којој смо испитали случај убиства Краља Александра и са гледишта прописа српских позитивних закона. Јер, из тога што је какав акат противан моралном закону не излази још да је он, у исти мах, и једна повреда позитивног права. Заиста, има доста дела која се сматрају за неморална а која грађански закони не забрањују. Тако се, на пример, лаж кажњава само ако сачињава деликат предвиђен и кажњен по Кривичном Законнику (као клевета). За ове радње човек зависи само од моралних закона. Истина, морални закони и позитивни закони све ће се више приближавати један другом, али у данашње доба они се још у многим разликују.<sup>15</sup>

19. – Може изгледати чудновато, да смо овде поставили питање о легалности убиства Краља Александра, пошто у свима цивилизованим земљама позитиван закон кажњава такво дело строгим казнама. Ипак је питање основано, кад се ставимо

15 Има исто тако дела забрањених законом а која у себи немају ничега неморалног. На пример, већина полициских иступа (чл. 471. до 482. Француског Крив. Зак.). Да поменемо још повреде административних прописа штампе (чл. 1. до 22. францускога закона о штампима). Видети Fabreguettes, *Traité des infractions de la parole, de l'écriture et de la presse*, св. I., стр. 71. до 257.. Оног дана кад се прописи позитивних закона буду изједначили с моралним правилима Кривични Законик, бар овакав какав данас имамо, постаће непотребан. Јер, зашто данас грађански закони допуштају извесне радње моралом забрањене? Зато што се мисли да би грађански закон био тирански, кад би присвојио себи право да регулише све људске радње. Мисли се да има у људској активности једно поље у које држава не треба да улази. Следствено, држава би узалуд забрањивала оне акте који улазе у сферу морала и савести: њене заповести се не би ту слушале, оне би остале мртво слово на хартији. Ако претпоставимо да ће у будућности, без сумње далекој, бити могућно регулисати позитивним правом све манифестације душевних моћи човекових без разлике, не искључујући чак ни оне о којима се баве данас само правила морала, тај резултат ћемо дуговати општем расположењу појединаца да се покоравају прописаним правилима. Дакле, предвидети тренутак када ће сви људи бити готови да поштују чак и оне забране које се тичу оних радњи које данас сматрамо као безопасне испаде, као лаж, непоштовање, неучтивост, и т. д., значи предвидети време у коме ће људски дух достићи врло висок ступањ савршености. Људи би се толико усавршили да би се уздржавали и од најмањих лажи, и онда, како би они тада могли учинити какво дело које данас кажњава Кривични Законик, као на пример крађу, паљевину, убиство? Та би дела у то доба културе била толико супротна природи човечјој, да би апсолутно било непотребно доносити законе који их забрањују. Највише ако би се задржали прописи који сузбијају минималне погрешке, а и ово дотле док не би и они постали непотребни, услед све већег и већег усавршавања људскога рода.

на ово гледиште: да ли је у Србији, у време убиства Краља, постојао закон који забрањује убиства? Јер није немогућно да се једна земља, при све том што је убиство забрањено и моралом и позитивним правом, моментално налази без закона. То би био случај кад би једно друштво било у анархији. Закон претпоставља санкцију, једну довољно моћну власт, да му изнуди поштовање. Ако такве силе нема, не може бити ни закона. Тада би могла постојати само правила чисто теориског карактера, нешто слично природним правима која су, по доктрини Ж. Ж. Русоа, људи имали пре формације држава.

Да ли би се могло, у том реду мисли, учинити у корист краљеубица ово резонување: „Пре 29. Маја 1903. био је 25. Март 1903., када је Краљ Александар укинуо својом једностраном вољом земаљски Устав (од. 6. Априла 1901.), укинуо основни закон који је био регулисао његове односе с народом. То јест, после прокламације од 25. Марта 1903. у којој је Краљ Александар изјавио *in fine* да узима сву власт у своје руке, у Србији више није било устава. Без сумње, с теориског гледишта могло би се рећи, да је Устав постојао и даље, пошто монарх, немајући сам и једини уставотворну власт, није био надлежан да га измени или да га укине самом својом вољом. Али, фактички, у пракси, Устав није више постојао, пошто му је недостајала санкција. Краљ, укинувши га, јасно је показао намеру да га више не примењује, а народ није имао средства да му обезбеди обавезну силу. Дакле, после речене прокламације, Србија више није имала устава; она је, осим тога, у исто време била лишена и свих закона у опште, јер обични закони, добијајући снагу своју из устава, нису могли овај преживети. Са нестанком основе, цела се зграда срушила.

20. – „Пошто је тако учинио од Србије – која је дотле била држава, то јест друштво које се покоравало законима – једну земљу која је, изгубивши законе, изгубила и свој карактер државе, Краљ Александар је заузео *право јачега*: кад једна група људи нема *правих закона*, тада се појављује право јачега, кад нема људских закона, грађанских закона, тада влада природни, физички, закон. Право јачега је владало у Србији од 25. Марта до 29. Маја 1903. у корист Краља Александра; оно се окренуло против њега, у корист његових противника, оне трагичне ноћи кад је био убијен“.

21. – Ове би рефлексије водиле томе, да краљеубице треба ослободити судске одговорности: пошто Кривични Законик, који је кажњавао убиства, није био више у сили, 29. Маја 1903., краљеубице нису могле, убивши Краља Александра, повредити ни један позитивни закон, због чега би они потпадали само под суд своје савести.

22. – Ми смо далеко од тога да делимо ово мишљење, и ми смо га изложили једино тога ради да би смо расмотрили ово питање са сваке стране. О њему су у Србији толико подељена мишљења да није чудновато, што се пристрасно оцењује сваки чланак или расправа у коме се нађе какво мишљење супротно своме. Стога желимо да разгледамо питање на такав начин да би присталице мишљења супротнога нашем биле бар убеђене у нашу искреност и намеру да потражимо, у колико је то могућно, такво решење за речено питање које се највише приближује истини. Нека читаоци пресуде да ли смо у томе успели.

23. – Ми, дакле, сматрамо да је заблуда мислити да, између прокламације од 25. Марта 1903. која је садржавала укидање Устава и убиства Краља Александра, није било закона у Србији, и да у том међувремену Србија није била држава. Што нас, најпре, може подстаћи да останемо при овом свом мишљењу, то је факат да између ова два дана – 25. Марта и 29. Маја 1903. – стране државе нису биле ни једног момента прекинуте

дипломатске везе са Србијом, што би извесно оне учиниле да су сматрале да је она од мартовске прокламације престала бити државом.<sup>16</sup>

Што, на другом месту, не иде у прилог основаности горе изнесенога мишљења, то су консеквенце које из њега излазе а које се апсолутно не би могле примити. Заиста, са том идејом да између укидања Устава и убиства Краља Александра, Србија није била држава, долази се до резултата да никакво право није могло постати у том међувремену. Није могућно стећи какво право у земљи у којој нема закона, јер ови служе као санкција правима, од њих права добијају своју снагу. Тако, на пример, уговори закључени у том периоду времена не би имали никаквог дејства, као год што ни погодба са неморалним или недопуштеним основом нема никакве важности: пошто ни један закон не санкционише такве погодбе, оне су прости факти без правних последица.<sup>17</sup>

Исто би тако било и са правима која постају на основу самих законских прописа, изван случаја уговора, на пример узукапија. Ни једна аквизитивна застарелост не би се могла ни свршити ни започети у том времену у коме Србија није имала карактер државе. и т.д..

Шта више, права пуноважно стечена пре 25. Марта 1903. неповратно би била изгубљена, кад би се применила доктрина са којом се ми не слажемо. Како би ова права могла преживети смрт државе и позитивних закона? И да би се она опет добила после престанка ове ситуације, биле би потребне или нове погодбе или нови закони, који их повраћају у живот.

Ову логичну дедукцију из мишљења које обарамо не примају чак ни они који га заступају, контрадикција која им, сигурно, у дискусији много не помаже.

24. – Али осим ових више или мање индиректних аргумената, на које се можемо позвати при тврђењу, да је у реченом међувремену Србија заиста сачињавала државу која има своје законе, има још један директан разлог који нас упућује на то да се изразимо у корист овога последњег а не првога мишљења.

У друштву има две врсте односа: односи потчињености и односи једнакости. Први постоје између појединаца и државе, као суверене моћи, чија воља иде пре воље појединаца. Манифестација државне воље јесу закони. Закони се импозирају појединцима, што доказује да држава, чије су дело закони, има власт заповедања. Оно што је у физичком свету Бог, то је у људском друштву држава. Држава је, дакле, бог кога су људи створили. Ето због тога се и јавља, задобија снагу, физички закон, чим тога бога, то јест државе, нестане, а тај физички закон, то је надмоћност воље јачега, утврђена борбом у којој је слабији подлегао, исти закон који влада и међу животињама. Односи друге категорије, односи једнакости, владају међу самим појединцима. Ту се воље не уздижу једна над другом, као код односа између државе и појединаца, већ стоје на равnoj нози. Воље двају појединаца су једнаке количине. Појединац не може бити над другим појединцем. Ми можемо схватити само

16 „Из тога што државе, у свом узајамном интересу, треба да воде рачуне о својим респективним уставима, излази да ни једна од њих нема права да наметне другима своје особене форме које се тичу устава и владе“. Th. Funck-Brentano et Albert Sorel, *Précis du droit des gens*, стр. 34.. Исти писци додају: „Кад је једна држава организована и кад се одржава у њој ред и границе јој се поштују, друге државе треба да сматрају да је у њој сувереност легална са гледишта међународног права и да је респектују, и ако је та сувереност често само фактичка према уставу земље у којој она је утврђена“. *Op. cit.*, II, стр. 35. E. Nys., *Le droit international*, I., стр. 336. (заједничке црте државе). „Међународно се право не бави ни пореклом власти; са шефом владе исто је као и са владом; једно је важно: треба и довољно је да народ признаје шефа“. E. Nys, *op. cit.*, II., стр. 325.

17 Чл. 6. Грађ. Зак. Фран.; § 134. Г. 3. Нем.; § 13. Г. 3. Срп.. В. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, св. II, стр. 313..

државу и човека. Појединац чија би воља била виша од воље другог каквог појединца, не би био ни држава, пошто не би био суверен, ни појединац, пошто не би био једнак са свима осталим појединцима, а та једнакост је карактеристика појединца.

25. – Какве су природе, сада, односи између народа и монарха у уставној монархији ? То не могу бити односи слични онима који постоје између државе и њених чланова: монарх према народу није суверена моћ и *vice versa*. Они тек заједно сачињавају суверена.<sup>118</sup> Одатле излази да се њихови узајамни односи изједначавају са односима између два појединца, то јест они се налазе на равној ноzi. Њихове воље су независне једна од друге. Али има ипак ова разлика: док, за одржавање једнакости и независности између обичних појединца, постоји јавна сила, власт која није ништа друго до држава, такве силе нема, кад је реч о монарху и народу. Пошто тек, као што смо видели, сједињење и слагање ових двају фактора образује државу, изван њих и над њима нема суверена. Ако се они слажу, онда се питање односно силе која ће их помирити кад дођу у сукоб, не поставља. Ако ли се не слажу, тада нема суверена.

Стога се уговор који, слично појединцима, монарх и народ међу собом закључују да би регулисали своје односе и да би избегли борбу до које неизбежно морају доћи две слободне и независне силе, разликује у једној битној тачки од обичних уговора: он нема санкције. Одатле излази да тај уговор, назван Уставом, садржи само моралне обавезе за уговорне стране.

26. – Кад обе стране, и монарх и народ, поштују скрупулозно тај свој уговор, Устав, то јест кад се они међу собом слажу, тада имамо суверена (то је, подсећамо, сједињења монарха и народа), државу. Али *quid*, ако једна од њих погази уговор ? Да ли тада дотична земља престаје да има свог суверена, да ли престаје бити државом, што би довело до тога резултата да тада почиње влада јачега? Ми ћемо размотрити ово питање само за случај кад је то монарх који не извршује своје обавезе, пошто је тај случај предмет нашег чланка.

27. – Као што смо казали, односи између монарха и народа слични су односима између појединца, под резервом горе формулисаном. Каква су, међутим, права једног уговорача у случају кад једна страна не врши своје обавезе? Он, прво, има, у том случају, право да принуди противну страну, на начин законом предвиђен, да изврши своје обавезе. Тако је и у романском и у германском (аустриском и немачком) праву.<sup>19</sup> Затим, а ово важи само

18 Зна се да држава обухвата ова три елемента: народ, територију и једну највишу вољу којој се сви покорavaju. Без сумње, ова суверена воља не може припадати ником, она припада држави која се, као што рекосмо, не састоји само из људи, већ и из територије. Али и ако сама сувереност не припада ни једном појединцу, као што не припада ни једној групи индивидуа (због чега се и не може сматрати народ као суверен чак ни у републикама), *вршење* се суверености налази у људским рукама. Друкчије не може бити, јер једино човек може вршити акте из којих се састоји *вршење* права. (Што се тиче самог *права*, оно може припадати и правним личностима, које, по многим еминентним писцима – В. нарочито Laband, *Le droit public de l'Empire, alle-mand*, св. I., стр. 158., – само су фикције). Међутим, *живој* државе се манифестује баш у вршењу суверености; другим речима, без вршења суверенитета не може бити ни државе. Одсуство вршења суверенитета то је уништење државе. Одатле излази да, на крају крајева, *вршење* суверености даје живота држави. Без вршења права нема ни самога права. Овде се вршење права стапа са самим правом. Ето зашто смо горе казали да нема државе ако монарх и народ нису сагласни. Тада нема вршења суверенитета, а кад тога нема, нема ни државе. Као што видимо, Луј XIV је имао право, кад је рекао да је он држава. Он је вршио суверенитет (пошто је био апсолутан монарх), и, благодарeћи томе вршењу, и било је француске државе. Он је дакле, чинио да ова постоји.

19 Видети члан 1184. Франц. Грађан. Зак.; § 919. Грађан. Зак. Аустр. (*Das Gesetzbuch für das Kaiserthum Oesterreich*; §§. 320. до 327. Грађ. Зак. Нем.; § 558. Грађ. Зак. Српског.



за француски грађ. законик који се је овде ослободио римскога права и примио обичајно право, некрива страна има право да тражи и раскид уговора.<sup>20</sup>

Према правилима приватнога права, које треба да применимо и на случај којим се овде бавимо, народ, то јест његово представништво, било би, на првом месту, овлашћено да нагна монарха да од своје намере одустане и да се Устава придржава. Ово је решење више теориско, јер би се Народно Представништво које би имало снаге да примора монарха на покорност Уставу, тешко одлучило на такво решење: пошто би то решење могло не бити дугога века, оно би се свакако пре послужило својом силом у том смислу да монарха збаци с престола.

28. – На другом месту, Народно Представништво би имало права, у претпостављеном случају, сматрати за уништен уговор који га је везивао за монарха. Тада више не бисмо били у држави, јер не би било више суверене моћи којој би сви били потчињени. С једне стране би постојало Народно Представништво које не признаје монарха; с друге бисмо стране имали монарха који негира Народно Представништво. Сагласност ових двају фактора, која је дотле земљи давала суверена више не би постојала, пошто, по претпојавци, ни један од њих није другог победио и потчинио.

29. – Овде су могућна два решења: или је Народно Представништво јаче или је њега монарх надвладао. У првом случају, Народно Представништво може монарха да збаци и да га прогна, и да се тако ослободи свога противника. Да ли би му могло и живот одузети? Треба рећи, пре него што одговоримо на ово питање, то: да монарх није правно одговаран; јер догод траје Устав, он не може бити оптужен, пошто је заштићен одговорношћу својих министара;<sup>21</sup> после укидања Устава, иза чега је дошла борба са Народним Представништом, монарх није могао никакав закон повредити, јер за време те борбе земља није имала закона, будући она, за то време, није сачињавала државу. Могло би се рећи да би Народно Представништво имало, на основу права јачега, власт да казни монарха смрћу. Али, најпре, као што смо то већ објаснили у параграфу 2., морал апсолутно забрањује убити човека, осим у случају праведне нужне одбране. Народно Представништво би злоупотребило своју власт јачега, кад би лишило живота монарха, који, једном побеђен, не може бити више опасан. Он је био опасан као *монарх*, не као појединац, и, следствено, нема разлога убити га онда кад је он изгубио својство и положај који га је чинио моћним и опасним. Највише што би се могло ту учинити, то је: да се он изгна.

Да извидимо сад, непрестано у истом реду мисли и ову опсервацију: Народно Представништво постаје, после победе над монархом, сувереном моћи, што претвара у државу земљу која, за време борбе монархове са Народним Представништом, то није била. А као суверена моћ, Народно Представништво је надлежно да доноси све законе, те би могло, доследно, донети и такав закон који кажњава смрћу она дела која је монарх, сада лишен престола, учинио после укидања Устава (а за владе Устава, као

20 У римском праву, да би једна страна имала права тражити раскид двостраног уговора због неизвршења, било је потребно да је тако међу странама било уговорено, и таква се клаузула називала *lex commissoria*. (Didier-Pailhé, *Cours élémentaire de droit romain*, св. II., стр. 161.). По члану 1184. Францускога Грађанског Законика, „раскидни услов се увек подразумева у двостраним уговорима, у случају кад једна страна не одговори својој обавези“. (Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, св. II., стр. 665). *Contra* Аустријски Грађански Законик, који је у § 919. усвојио римски систем (Stubenrauch, *Commentar zum oesterreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche*, св. II., стр. 262. до 266.). За немачко право видети § § 358. и 361. у „bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsches Reich“. Српски Грађан. Законик се у тој тачки слаже са Аустријским Закоником, бар у погледу на случај делимичног неизвршења, јер је питање о потпуном неизвршењу контраверсно.

21 Видети чланове 11. и 79. Устава од 6. Априла 1901. и чланове 40. и 135. Устава од 5. јула 1903..

што смо рекли, само су министри могли бити одговорни). То је тачно, али би се овај закон могао применити само на будућност, дакле ипак не на монарха.<sup>22</sup> Али, зар не би ту Народно Представништво могло дати закону ретроактивно дејство, како би се он на монарха применио? Ово се решење с правног гледишта не би могло нападати, пошто, правно, нико и ништа не ограничава суверену власт. Над њом нема ничега осим морала и логике. Морал, ми смо то већ видели, не допушта да јачи, злоупотребљујући своју надмоћност, убије слабијег, и Народно Представништво се, и ако би ову злоупотребу силе маскирало законском формом, не би могло сачувати од примене овога правила морала. Најзад, логика не допушта, такође, да држава нареди да један закон важи и за време када она, држава, није постојала: пошто за време сукоба између народа и његовог монарха није било државе, како онда може Народно Представништво, које персонификује новостворену државу, истаћи ту претензију да закони које оно донесе владају и у оном времену у коме није било државе? То би значило дати му надлежност која му не припада, заменити физички закон силе, закон јачега, људским законима, потчинити један исти моменат времена законима апсолутно различитог порекла, учинити да, једновремено, влада и Бог и човек.

30. – Ми смо се горе, за случај борбе монарха са народом, бавили првим исходом којим се та борба може завршити, а који се састоји у поразу монарха. Други случај је, овде, када монарх победи народ. Монарх постаје тада суверена моћ, осим ако својевољно, из ма каквих разлога, не пристане да један, већи или мањи, део своје суверености пренесе на извесну државну установу.

31. – После ових објашњења да пређемо на разматрање друштвенога стања у Србији које је наступило по укидању Устава, од стране Краља Александра, 25. Марта 1903.. Шта се је десило после овога краљевског акта? Десило се то да Народно Представништво (Сенат и Скупштина) није ступило у борбу с монархом: његови чланови чак нису ни протествовали против укидања Устава. Народ је тако исто остао миран. Нигде ни најмањег покрета против увођења новог режима.

Може ли се оспорити Србији својство државе после 25. Марта 1903., по том што Краљ Александар, као један од двају фактора, надлежних за регулисање државног система, није могао својом једностраном вољом решавати о судбини државе?

Устава од 1901. није, заиста, било више после извршења државног удара, пошто му је недостајала санкција: ми знамо да нема права, па ни Устава, тамо где нема санкције. С друге стране, пак, државна организација, коју је Краљ арбитрарно прокламовао, којој, истина, коерцитивна снага није недостајала, није имала легалне основе, тако да је, по овом схватању, у Србији, после 25. Марта 1903., било само једно фактичко стање, стање у коме воља Краљева није имала карактер суверене воље, јер је суверена воља моћ којој се сви својевољно покоравали, већ је она била само воља јачега<sup>23</sup>

22 Кад какав закон инкриминише неко дело које раније није било кажњиво, он може бити примењен само од онога тренутка од кога је добио обавезну силу, због чега се он на дела те врсте која су учињена под режимом старог закона не може применити.

23 Ми апстрахујемо овде питање да ли Србија није била уставна земља чак и после укидања Устава и увођења апсолутне власти у њој (в. прву Краљеву прокламацију од 25. Марта 1903.), из тога разлога што је Краљ мало доцније повратио укинута Устав (2-га прокламација од 25. Марта 1903.). Ми ћемо претпоставити да је ово питање решено у негативном смислу, то јест у том смислу да је после 25. Марта 1903. па до своје смрти Краљ Александар био апсолутан монарх. Ако чак и после такве претпоставке дођемо до резултата да је Србија била држава између ова два датума, тај би се закључак у толико више импозирао, кад би се узело да је, и после државног удара од 25. Марта 1903., Србија задржала карактер уставне земље.

32. – Ми се не можемо сложити са закључком оваквога резоновања. Истина, у монархији има два фактора: народ и монарх, али би било нетачно тврдити да је уставни систем, у коме би та два фактора била на равној нози, једина могућна комбинација између њих. Они се, исто тако, могу сагласити да један од њих буде препондерантнији него други. Тако, на пример, у Шведској, Краљ нема апсолутно вето, већ само суспензивно. Ако, после испуњења услова у члану 79. (измена од 24. Априла 1869.) Устава предвиђених, Краљ не буде дао пристанак на једну одлуку *Storthing-a*, та одлука постаје закон и добија обавезну силу, и ако нема краљевску санкцију.<sup>24</sup> Насупрот овоме, народ може дати монарху положај виши од свога; он му може чак дати својство суверене власти. Тада бисмо имали аутократску државу. Слободни и независни један од другог, народ и монарх могу закључити уговор какав хоће. Ми смо већ казали да је њихов положај исти као и положај појединаца: међутим, слобода уговарања, ограничена једино захтевима јавног реда и наравствености, јесте један од основних принципа који владају међусобним односима појединаца.

33. –Могло би се рећи да би уговор којим би неко лице отуђило своју слободу у корист неког другог као противан јавном поретку, из чега би излазило, да, исто тако, не би био пуноважан ни уговор у народа и монарха на основу кога би овај последњи имао сву суверну моћ. Та опсервација није тачна, бар кад се ставимо на правно гледиште. Јер, у оном моменту када монарх и народ ступе у преговоре ради решења питања о сувереној власти, то јест ради стварања државе, нема још ни закона ни јавног поретка који би их могао ограничити.<sup>25</sup> Следствено народ може тада пристати на све, па чак и на то да да монарху највишу власт.

34. – Али се може истаћи и тај приговор: да уговора нема кад једна страна није дала свој пристанак, пошто уговор претпоставља сагласност воља код уговорача. То специјално бива онда када се народ није подигао против монарха који је укинуо Устав. Тај факат, пак, што народ није устао против владаоца у таквом случају не мора значити, да се је народ хтео тиме показати вољан да прими оно што је монарх извршио.

Ми на то одговарамо, да, у праву, има две врсте воља: слободна и изнуђена. Чим једна од тих воља постоји код уговорача, постоји и уговор. Има само ова разлика између та два случаја: Уговор на који су обе стране слободно и без икакве принуде пристале, не само што *постоји* већ је он и *пуноважан*, док уговор који је неко закључио под принудом само *постоји*, што ће рећи, да уговорач чији је пристанак под махном има право да тражи, у одређеном року, уништај уговора. Али док то не учини, уговор постоји и производи сва своја дејства, као и уговор који и постоји и важи. И ако се дотични уговорач није, у законом одређеном року, обратио власти да добије уништај уговора, овај остаје дефинитивно пуноважан.

Ова солуција, примљена у теорији као и у позитивним законодавствима, није нетачна. Уговор је сагласност двеју воља. Споредно је да ли су те воље биле слободне или нису. Довољно је да материјално, физички, *има сагласности*. Јер онај који пристаје под принудом није лишен воље. Пристати значи хтети. Он је могао не пристати. Воља је унутрашњи, интелектуални, покрет, и нема силе на свету која нас може приморати да дамо свој пристанак, само ако до краја останемо непоколебљиви у својем отпору.

24 Dareste, *op. cit.*, II., стр. 181..

25 Кад би се на горње питање друкчије одговорило, ни односи између државе и појединаца, на основу којих држава заповеда појединцима који су јој потчињени, не би имали никакве вредности, пошто ту појединци предају своју слободу држави у руке.

Ми можемо пре пустити да нас онај који врши пресију убије него да пристанемо на оно што он хоће. Физичка сила може једино *сиречийи манифестовање* воље, али она то манифестовање не може *изазвајти*, ако субјекат на кога сила дејствује никако не хтедне пристати на оно што та сила од њега тражи. Истина је да би се онај над којим се принуда врши и који, ипак, неће да да свој пристанак, често изложио врло озбиљној или чак и крајњој (на пример да изгуби живот) опасности, али ова је консидација без важности са гледишта питања о *ејзистенцији* пристанка, воље. Она има важности само кад је реч о пуноважности уговора. Римљани су врло добро изражавали све ове идеје, говорећи: *caotus voluit sed voluit*. Само онда када једна од страна уговорница није била свесна, на пример због свог здравственог стања, о ономе што чини не води се рачуна о пристанку, па ма он био и слободно дан.

35. – Примењујући ова правила на случај којим се овде бавимо, рећи ћемо да неактивност српскога народа, после 25. Марта 1903., треба да буде схваћена у том смислу да је он прећутно пристао на промену коју је у Србији био извршио Краљ Александар. Без сумње, овај пристанак народ није дао са расположеним срцем; напротив, нови облик владавине, облик апсолутистички, није се слагао са његовим четрдесетогодишњим навикама на уставни живот. Али је, при свем том, извесно да је српски народ дао свој пристанак, пристанак изнуђен, пристанак привремен, на режим инаугурисан 25. Марта 1903.. Јер да је народ хтео одлучно да брани свој део суверенитета, он би био подигао рукавицу коју му је Краљ био бацио, па ма се изложио опасности да буде од овога сломљен. Али, дошавши пред ову дилему: или да се бори са монархом, што би могло повући за собом свакојаке жртве од његове, народне, стране, или да прими мирно ново стање ствари, народ је изабрао ово последње. Бирати, значи хтети, пристати. Истина избор није био слободан, али је ипак било избора.

36. – Тако се створио нов уговор између Краља и народа, уговор по коме је Краљ добио искључиво вршење суверене власти. Србија је остала, после 25. Марта, као што је и пре тога била, држава, јер је у њој, и после тога датума, било *суверене власји* којој су сви *јрисјали јокоравајти се*, што је карактерни знак државе. Краљу је тада народ био потчињен не зато што је он био јачи, својство које он, после свршенога уговора, више није имао нити му је оно више било потребно, него зато што је народ, као једна уговорна страна, био примио на се обавезу покорности према другој уговорној страни, Краљу.

Била је само та разлика што је, после прокламације од 25. Марта 1903., Србија постала земља са апсолутним режимом. Али то јој ништа није сметало да је она ипак била држава која има своје законе. И ако Русијом,<sup>26</sup> Турском,<sup>27</sup> (Црном Гором до скоро) ит.д. управљају монарси са апсолутном влашћу, опет су и те земље државе, то јест друштва којима се управља по општим правилима, обавезним и респектованим, која се називају законима.

37. – Који су ранији закони Краљевине Србије преживели мартовски државни удар? Сви, осим оних које је Краљ, поставши сам суверена власт, изречно укинуо својим указом. То су били извесни органски закони, који су могли сметати функционисању новог система владавине који је Краљ био инаугурисао. Кад је у указу било речено да ти закони губе своју обавезну силу, то је значило да су остали закони били задржани у важности, били они из јавнога или из приватнога права.

26 Познато је да се у Русији ради на промени система владавине. Изгледа да ће и она постати уставна земља.

27 Примењујемо да је ова расправа рађена у години 1906., дакле пре Турске Јулске Револуције.

Из овога излази да је и Кривични Законик остао у сили и после 25. Марта 1903., као и пре тога, па, према томе, и прописи из §§ 87. (ал. а. и б.) и 156. истог Закона који нас овде специјално интересују. Први од ових двају прописа кажњава смртном казном атентат против Краљевог живота или живота једног члана Краљевог Дома. Други се тиче убиства с предумишљајем. Извршење овога последњег злочина повлачи исто тако смртну казну.

38. – Истицало се, истина, против овога резонувања то: да се је Краљ Александар, злоупотребивши своју моћ укидањем Устава, огрешио о пропис § 87. ал. в. Кривичног Закона који угрожава смртном казном „предузеће да се законити ред наследства или Устав земаљски насилно промени“. Дакле, Краља Александра, који је 29. Маја 1903., изгубио живот, само је постигла она судбина на коју га је био осудио Кривични Законик од тренутка када је учинио злочин забрањен цитираним прописом.

Ова опсервација није основана, јер она претпоставља да се § 87. ал. в. тиче и случаја када предузеће да се Устав укине долази од стране Краља, што је погрешно. Како у уставним тако и у апсолутним монархијама, монарх је правно неодговоран за евентуална кривична дела.<sup>28</sup> Монархиска владавина се не слаже с режимом у коме би монарх могао бити предан суду за своје преступе по Кривичном Законику. Због тога се прописи Кривичног Закона тичу само обичних појединаца, и, следствено, пошто је монарх изван Кривичног Закона и над њим, то он не може, у случају кад учини дело које се по том Законику квалификује као злочин, преступ или иступ, ни одговарати по прописима позитивног права који су обавезни, као што смо видели, једино за његове поданике. Његова одговорност, чисто морална, могла би бити доведена у питање и повући за собом последице само под тим условом ако би се у држави укинуло позитивно право, то јест под условом ако би се држава заменила гомилом којом, место права, влада воља јачега, или, боље, не влада нико, пошто нико није најјачи. Отуда, не може се тврдити да су краљеубице, убивши Краља, само примениле § 87. Кривичног Закона, пошто се тај параграф не тиче случаја, када *Краљ* укине Устав.

39. – Наше гледиште, које води томе резултату да је Србија између 25. Марта и 29. Маја 1903. била држава, сагласно је и са захтевима цивилизације. Наше је гледиште на то управљено, да умањи број оних случајева кад се једно друштво сматра за једну гомилу која нема карактер државе. Ови случајеви треба да се сведу на што је могуће мањи број. Они тренутци у животу људских друштава, када ова нису државе, дакле они тренутци када државе нема, треба да су врло ретки и изузетни. Из тога разлога треба да тежимо да се, и овде, чувамо од уских партиских погледа, како не бисмо пали у искушење да једном друштву одречемо, у даном тренутку, карактер државе, и ако му тај карактер припада.

40. – И заиста, онај ко каже *држава*, каже *закон*. Онај ко каже *закон*, каже сигурност тековина које људи својим радом постижу. Кад не би људи били сигурни да ће производи њиховог труда увек и у сваком случају остати њихови, рада би нестало. То је разлог неретроактивности закона, кад је реч о стеченим правима. Кад не би друштво, чији смо ми део, било држава, већ само гомила без закона, који су извор *правима*, ми бисмо тада били изложени опасности да изгубимо оно што смо својим радом стекли,

28 По Француском Уставу од 1791. Краљ је могао бити кажњен губитком престола у случају велеиздаје. Данас је шеф државе у Француској, Председник Републике, принципијелно неодговоран за своја кривична дела, али због велеиздаје може бити предан Сенату (члан 6. Уставног Закона од 25. Фебруара 1875. године и члан 12. Уставног Закона од 16. Јула 1875. године. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel*, стр. 453., Dareste, *op. cit.*, св. I., стр. 10. и 15.).

а резултат би тога био тај: да ми не бисмо, сигурно, показивали велику готовост да све наше умне и моралне снаге ставимо у покрет, што би, несумњиво, била велика штета за људски напредак. Људи су зато вољни да раде, што су убеђени да ће им производи њихвог рада бити осигурани, ма каква промена наступила у политичкој организацији друштва у коме живе. Оно што смо стекли у аутократској држави не би нам било одузето зато што би та држава постала уставна монархија или република и *vice versa*.

41. – Људска друштва постоје и напредују, благодарећи *људским законима* који су израз једне највише воље. Ова диригентна и разумна сила, у стању да сваког натера на покорност, обележава друштву пут којим треба оно да иде, а у исто време га тим путем и гони; она му, дакле, обезбеђује егзистенцију и усавршавање. Друштво у коме не би било ове силе, то јест људских закона, било би потчињено само природним законима, стање које се не би могло сложити са његовим опстанком и његовим напретком, који су, и један и други, могућни, као што смо рекли, само онда кад постоји једна *људска* воља која друштвом управља. У друштву које је потчињено само природним законима ове воље нема. Та воља не може бити замењена вољом јачега:<sup>29</sup> пошто се личност јачега мења сваки час, то имамо исти резултат као да нико није јачи, другим речима као да нема суверене воље. У таквим околностима, људи би били само организми, и они би, као и друга створења, потпадали тада само под физичке законе. А што се тиче напретка људи, као бића виших него што су друга бића у природи, он би ту био немогућан: тај прогрес претпоставља друштво којим владају људски закони, претпоставља државу, то ће рећи претпоставља баш оно чега нема.

29 У осталом, тврђење, да један човек у извесном друштву може бити најјачи, чиста је хипотеза, јер је то апсолутно противно стварности, да је један човек јачи него сви остали. Кад се каже: право јачега, онда се мисли на случај да један човек подјарми другога зато што је од њега јачи. Али кад се израз „право јачега“ тиче читавога друштва, то не може бити да један човек од њега, друштва, буде јачи. Често се о каквом монарху вели да влада на основу права јачега, али то треба у том смислу разумети, да је он, благодарећи покорности више или мање слободној осталих, покорности која га чини моћним, јачи него ма који појединац узет засебно. Али кад би се сви појединци сложили против њега, несумњиво је да им се он свима не би могао одупрети нити би био најјачи.

У једном људском друштву су могућна ова два стања: 1° Чланови су друштва у борби једни са другима; то је анархистичко стање за време кога друштво није држава, јер у њему нема суверене моћи, без које нема ни државе. 2° Или у друштву влада ред, што може бити само у случају кад постоји суверена власт, и тада имамо државу. Ту суверену власт може да врши само један човек, па ће ипак такво друштво бити држава. Чим му се друштво покори, право је створено: право је резултат сагласности воља оних између којих постоји правни однос, а та сагласност не мора баш бити слободна. Између државе и појединца постоји правни однос, јер појединац пристаје да за државу буде везан односом потчињености. Један појединац могао би не пристати на то, објавити рат држави, и пре и живот изгубити него се потчинити држави. Али, ако он борбу напусти и покори се, правни однос између њега и државе поново се рађа. Види се, дакле, да без воље појединца, воље овакве или онакве, право не постоји. И због тога је израз: *право јачега* нетачан, јер би се могло мислити да је овде право креација само и једино јачега. Не, оно је заједничка креација и јачега и слабијега. Зато што је слабији пристао да се потчини, да пође за вољом јачега, зато има *права*. Да то слабији није учинио, већ да се је борио све док не би био уништен, права тада не би било, пошто право претпоставља бар два човека. Требало би, зацело, да право буде увек резултат слободних воља, али се тај идеал тешко остварује, јер он претпоставља једнакост снага а ње нема. И што нам нарочито смета да тај идеал реализујемо, то је егзистенција државе која, као што смо видели, представља једну моћ која импозира своју вољу.

Због тога се у рату и не признаје аквизиција, у корист једне ратујуће стране, извесне територије, пре него што се мир закључи: пре закључења мира био је рат, то јест борба, а борба је одсуство сагласности воља којом се ствара право. Пошто се рат завршио, и једна се ратујућа страна, уговором о миру, другој покори, тада се право појављује: покорвање то је давање присанка на аквизицију територије, пристанак, истина, изнуђен али тек пристанак.



42. – Друкчије речено, чим имамо једну највишу вољу којој се сви покоравају, бићемо у држави, и није потребно истраживати, како је та воља постала и у коме она почива. Ове последње консидације, од важности код питања о доброј или рђавој организацији државе, индиферентне су за главно питање: има ли или не државе.

43. – То су разлози због којих ми мислимо да је и Француска за време Конвента била држава: Конвенат је био суверена, диригентна, воља којој су се сви, *volens nolens*, покоравали; за време целог овога периода Француска је имала *људске законе* који су регулисавали односе у француском друштву. Права, стечена под тим законима, остала су недирнута под доцнијим режимима. Из истих разлога је и Србија била држава између 25. Марта и 29. Маја 1903.. У том међувремену је у тој земљи била једна суверена воља, било је људских закона који су њоме управљали.

Ми тиме нећемо да кажемо – и ми смо то већ наговестили – да је, за државни развитак, без важности то питање каква је суверена воља и како је она организована. Држава у којој је суверена моћ у рукама једнога човека или једнога скупа људи несавршенија је него држава у којој се суверена моћ дели између два чиниоца, између две силе које се доводе узајамно у равнотежу. Ми знамо да у физичком свету, благодарећи равнотежи сила, има реда; тако се, на пример, у планетском систему планете окрећу у потпуном реду око сунца због равнотеже центрифугалне и центрипеталне силе. Исто тако треба да буде и у друштвеном свету: равнотежа различитих фактора у држави биће гаранција нормалног и правилног живота те целине, која се даје упоредити са нашим сунчаним системом.

44. – Као што смо видели, убиство Краља Александра и Краљице Драге, министара и других лица, извршена 29. Маја 1903., не само да су противна моралу већ и позитивном праву, и то параграфима 87. и 155. Кривичнога Законика, који је био потпуно у сили у тренутку кад су та дела извршена. Овај закључак, сасвим тачан, када се ставимо на гледиште да је Краљ Александар после мартовскога државног удара био апсолутни владалац, још се јаче намеће кад се усвоји мишљење да је Србија била и после тога догађаја као и пре, уставна држава. Каже се, на име, да Краљ Александар није имао после 25. Марта 1903. својство апсолутног владоца. Он је себе, истина, прокламовао, указом од 25. Марта 1903., указом којим је укинуо Устав, за апсолутног владоца, али је тај указ одмах (истога дана) заменио другим којим је вратио укинути Устав у живот. Дакле, пошто је, према одредбама тога Устава, суверена власт била подељена између Краља и Народнога Представништва (Сената и Скупштине), то излази отуда да Краљ Александар, после публикације другог указа, није био апсолутни владалац већ уставни, другим речима, по том указу, Србија, која је само за време од неколико часова била аутократска држава, поново је постала уставна земља. А на евентуалну примедбу да је Краљ Александар, који је првом прокламацијом био себе прогласио сувереном, своја суверена права ограничио, у другој прокламацији, својом сопственом иницијативом, што не значи ништа, пошто једна воља може бити ограничена само другом вољом а не и самом собом, заступници мишљења које смо мало час изложили одговарају овако: Истина је да суверена моћ не може бити ограничена самом собом, пошто је она господар тога ограничења, јер га она може уклонити кад год хоће. Али то ништа не смета да, *godog* то спонтано ограничење, учињено *proprio motu*, *џраје*, воља која се је тако ограничила није суверена. Исто је тако и са Краљем Александром. Без сумње, њему је било могућно да, после другог указа којим је ограничио своју суверену моћ установљену првом прокламацијом, изда и један трећи указ који би му вратио онај део суверености који му је други указ одузео био. Све је то тачно; али је исто тако тачно и ово: да, пошто

тај трећи указ није дошао, Краљ Александар није *фактички*, после публикавања друге прокламације, имао више него само један део суверене власти, то јест, између те прокламације и 29. Маја 1903. он није био апсолутан монарх.

#### § 4-ти

45. – Констатација да убиства извршена 29. Маја 1903. сачињавају повреду позитивнога права, призната је као тачна, на индиректан начин, и од стране самих учинилаца ових дела. Јер они тврде да је њихова судска одговорност престала 2. Јуна 1903., кад је Народно Представништво (Сенат и Скупштина) одобрило њихово дело. По њима, нелегалност и кажњивост тога дела потпуно је уклоњена једном изјавом тога Представништва коју ћемо доцније цитирати.

У осталом, ако краљеубице признају да је Србија између 23. Марта и 29. Маја 1903. била држава, то је и у њиховом интересу. Јер, кад би они ту полазили од неког гледишта различитог од нашега, кад не би усвојили теорију, да свака друштвена сила која је била у стању да импозира покорност наспрам себе и која је успела да одржи ред међу људима, осигурава карактер државе дотичној земљи, њихова би се сопствена доктрина окренула противу њих самих. Рећи: да Србија није била држава за речено међувреме, зато што је сила – Краљ Александар – која је њоме тада управљала била присвојила себи власт која јој, по основном земаљском закону, није припадала, значило би тврдити да Србија није држава ни после 29. Маја 1903.. Она сила, која се звала Краљ Александар, била је оборена тога дана једном другом силом, која се зове *завереници*, а то је сила која је несумњиво била мање уставна него она која је њоме уништена. А кад би се на ово рекло, да је земља примила нов режим, режим заснован после Краљевога убиства, што једно фактичко – нелегално – стање мења у правно – легално, могло би се на то одговорити: пристанак земље на промену извршену 29. Маја 1903., био је и јесте непрестано исто тако мало слободан као и пристанак који је она дала на стање створено државним ударом од 25. Марта 1903.. Краљеубице, располажући оружаном силом земаљском, извршиле су пресију на Народно Представништво и тако добили његов пристанак за преврат који су они били извршили, а то је факат сличан ономе који смо видели код мартовскога државног удара. Сила која управља данашњом Србијом, то јест краљеубице, може се упоредити са оном силом која је владала у тој земљи од 25. Марта до 29. Маја 1903.. А ако једна таква сила није, пре 29. Маја, била довољна да од Србије створи државу, она не може бити ни после тога датума за то довољна.

Резултат тога био би овај: пошто Србија не представља данас државу, краљеубице би биле изложене истој судбини коју су они Краљу Александру доделили, тако да се евентуални акат њихових противника против њих не би могао оквалификовати као нелегалан: пошто у Србији нема закона – јер без државе нема ни закона – не може бити ни нелегалних аката.

46. – Оваква би ситуација, међутим, била пуна опасности за краљеубице. И заиста, извесно је да би било много више оних који би дошли у искушење да их нападну, када се напад управљен против њих не би сматрао за нелегалан. Нападаци би без сумње били много ређи, ако би се, напротив, један такав напад сматрао за забрањен и нелегалан акат.

Али, да се не дође до овога последњег резултата, треба сматрати Србију после 29. Маја 1903. за државу, а то се може учнити, ако се буде она сматрала за државу и између 25. Марта и 29. Маја 1903.. И, збиља, Србија је данас држава, јер и данас, као и пре 29. Маја, у њој постоји једна сила којој се сви покоравају, постоји суверена власт.

Равнодушно је, у овом погледу, питање: да ли је та власт заиста у рукама уставних фактора, или је у рукама неуставних фактора – краљеубица.

И кад се једном тај закључак усвоји, а он је несумњиво тачан – краљеубице су заштићене од сваког бруталног напада; бар би један такав напад био нелегално дело, јер су у једној држави сва лица обезбеђена од напада појединаца, па чак и она која су учинила какво кривично дело, пошто неко може бити кажњен само на онај начин који је законом предвиђен.

Али, краљеубице нису у истини, када тврде да они не могу, ни легално, бити кажњени за дела учињена 29. Маја 1903.. Другим речима, декларација Народног Представништва, на којој ту претензију они оснивају, није ни најмање могла отклонити од њих судску одговорност.

Покушајмо да и то докажемо.

47. – После Краљевога убиства образована је једна провизорна влада. Први акат те владе било је повраћање у живот устава од 6. Априла 1901.. У својој прокламацији народу (29. Маја), каже та влада дословно:

„Влада проглашава да од данас ступа у важност Устав од 6. Априла 1901. године, са законима који су важили до 25. Марта ове године“.<sup>30</sup>

Влада је, дакле, сматрала да тај Устав није био у сили између 25. Марта и 29. Маја 1903., па било да је она налазила да је Краљ Александар у том међувремену био апсолутни монарх, било да је, пак, налазила да Устав, дат земљи другим Краљевим указом од 25. Марта 1903., није био Устав од 6. Априла 1901., и ако су та два Устава у погледу садржине идентични. Другог објашњења не може бити. На име, не може се тврдити да је привремена влада узимала да је Србија, и ако уставна земља до 29. Маја 1903., била изгубила карактер државе услед убиства Краља, због чега се сматрала принуђеном да да земљи Устав, како јој се не би пребацило да је она једна апсолутна влада. Пошто једна уставна земља не престаје то бити у случају да јој шеф буде убијен, то сигурно није могла провизорна влада ни доћи на ту мисао да прокламује Устав од 1901. из разлога који мало час изложисмо.

48. – Други акат провизорне владе било је сазивање Народног Представништва, Сената и Скупштине изабране 1901..<sup>31</sup> То је влада учинила истом прокламацијом којом је враћен у живот Устав од 1901.. У осталом, то је било логично. Јер кад се повратила политичка ситуација онаква каква је била у очи државног удара од 25. Марта 1903., морало се сазвати и Народно Представништво које је укидањем Устава Краљ Александар био распустио.

49. – Народно Представништво, сазвано за 2. Јуни 1903., скупило се тога дана, и овако се изразило у свом одговору на акат привремене владе којим му је ова дала рачуна о ономе што је она од 29. Маја 1903. па до дана његовога сазива била учинила:

„\_\_ и потпуно одобравајући све њене (владине) одлуке и поступке“. Из тога излази да је Народно Представништво одобрило и оно повраћање Устава од 6. Априла 1901.. Оно се у томе потпуно слагало с привременом владом. Србија је, после 29. Маја 1903. као и пре тога дана, била монархија. И заиста, члан први рестаурираног Устава давао

30 В. „Српске Новине“ од 29. Маја 1903.; *Annuaire de législation étrangère*, стр. 598., год. 1905. (Србија, од Ђ. Павловића, председ. Касационога Суда).

31 Устав од 6. Априла 1901. октроисао је Краљ Александар, а у месецу Јулу и Августу исте године били су извршени избори за Скупштину и Сенат. Ово је Представништво функционисало до 25. Марта 1903., када га је Краљ, укинувши Устав, растурио. То је оно исто Представништво које је привремена влада, као што је горе речено, сазвала 29. Маја 1903..

је овакву дефиницију о Српској Држави: „Краљевина је Србија наследна уставна монархија са Народним Представништвом“. Прокламујући одржање Устава од 1901., Народно Представништво је тиме одбацило републикански облик владавине за који су агитовали извесни авансирани политичари и публицисти, између Краљевога убиства и одлуке Народнога Представништва о облику владавине. Једина разлика, с те тачке гледишта, између Србије од 24. Марта 1903. и Србије од 2. Јуна 1903., била је у томе што је 2. Јуна 1903. недостајао монарх. 2. Јуна 1903. Србија је била теориски монархија, а стварно је она то постала тек после избора новог Краља.

50. – Како је била организована *државна власт* Уставом од 1901.? По том Уставу су биле две власти: законодавна, коју су вршили заједнички Краљ и Народно Представништво (чл. 43.), и извршна власт чији је шеф био Краљ (чл. 49.). Народно Представништво није, дакле, имало извршну власт, а законодавну власт је имало само донекле: члан 43. вели у својој првој алинеји о томе ово: „Законодавну власт врши Краљ са Народним Представништвом“.<sup>32</sup> Народно Представништво је имало, дакле, само једну половину законодавне власти, јер је друга половина припадала Краљу. Закон је био *заједничка воља* Краља и Народнога Представштва. Воља само једнога од ових двају фактора није била закон; она је законом могла постати тек под условом да је и други фактор, такође, усвоји. Пошто је политичка организација српске државе по Уставу од 1901. била таква, Народно Представништво је, усвојивши у тачки која нас овде занима, акат провизорне владе, пристало тиме, у исто време, и на то: да оно има само ону и онолику власт колику му је овај Устав давао. Другим речима, оно је пристало да буде само један од двају законодавних фактора предвиђених Уставом. Следствено, оно, само за се, није било законодавна власт, оно је било само једна *половина законодавца*.

51. – Ми апстрахујемо овде то питање: да ли је, после убиства Краља Александра, привремена влада, па ма каква она била, могла збрисати све оно време које је било протекло од мартовскога државног удара па до 29. Маја 1903., негирати стварно стање у тренутку убиства Краљевога и узети за полазну тачку 24. Март 1903.. Ми се нећемо упустати у разматрање тога питања да не бисмо били и сувише опширни. Ми ћемо претпоставити да привремена влада, повраћањем онога стања ствари које је постојало у моменту када је дошао мартовски државни удар (1903.), није никакву неправилност учинила. Па и са таквом претпоставком опет се долази до тога резултата да Народно Представништво, сазвано од стране привремене владе, није, као што смо то горе објаснили, имало, у својим атрибуцијама, више од половине законодавне власти.

Ми смо мислили да је требало на овој тачки задржати се, јер је она, као што ћемо видети, врло важна за питање о данашњем положају краљеубица.

52. – Провизорна влада, у акту који је под 2. Јуном 1903., управила Народном Представништву, напомиње најпре да се земља, услед убистава Краља Александра, налази без владоаца, и да је она, у циљу да би се избор новог Краља обавио саобразно Уставу, повратила у силу Устава од 1901.. Осим тих еунуцијација, тај акат садржи још и ово: 1° Да се провизорна влада трудила нарочито, да обезбеди мир у земљи, у чему јој је помогло савесно држање војске и народа; 2° Да привремена влада оставља оцени Народнога Представништва догађај од 29. Маја 1903., као и акте привремене владе

32 Видети нашу расправу: *La nouvelle constitution du royaume de Serbie (proclamée le 6–19 Avril 1901)*. Први део: О организацији државних власти, стр. 3. (Одштампано из „Bulletin mensuel de la société de législation comparée“, Paris 1903). Ми под извршном влашћу подразумевамо и судску власт. Подсећамо да је писање о подели власти контроверсно. По једном мишљењу судска власт не улази у састав извршне власти.

после тога догађаја. Ми нарочито обраћамо пажњу читаоцу на ову последњу изјаву привремене владе, јер она има директне везе са нашим питањем.

53. – Народно Представништво је одмах одговорило на овај владин акат. Његов одговор, под истим датумом (2. Јун 1903.), ове је садржине:

„Народно Представништво, у оцену догађаја од 29. Маја, прихваћа и са одушевљењем поздравља ново стање, које је наступило као последица тога догађаја, и сложено и једнодушно прокламује потпуну заједницу осећања између Српског Народа и целокупне војске српске.

„Народно Представништво одаје пуно признање војсци на њеном држању и сматрајући њен рад и поступак у овој прилици као израз тешких и критичних тренутака, Народно Представништво га одобрава. Српска војска је била и остаће одбрана отаџбине, потпора реда и законитости и залога за свету и сјајну будућност Србије.

„А одајући признање Влади на осведоченом родољубљу, које је показала у овим судбоносним тренутцима, и потпуно одобравајући све њене одлуке и поступке, Народно Представништво одлучује да ова Влада води и даље послове земаљске, до избора и доласка новог краља“.

Пошто смо цитирали акат привремене владе као и акат Народног Представништва, акти на које се краљеубице позивају да би показали да о њиховој кривичној одговорности, у погледу на догађај од 29. Маја 1903., не може бити речи, да се позабавимо сада брижљивим испитивањем тога средства одбране које краљеубице истичу.

54. – Из тога разлога што је, у времену саветовања привремене Владе и Народног Представништва, Србија била, као што смо казали, уставна земља и уставна монархија, ствар краљеубица могла се је расправити само на начин у Уставу и у законима предвиђени. Ми смо, у претходном параграфу, видели да дела која су они учинили сачињавају повреду српских позитивних закона (специјално Кривичног Законика), а последица тога је то, да је њихов положај исти као и положај ма кога појединца који је учинио какву правну повреду.

55. – Међутим, према Уставу од 1901., као и према уставима других цивилизованих земаља, сваки кривац треба да буде предан суду ради суђења. Излишно је овде излагати мотиве правила да сваком преступу треба да следује казна, осим у оном случају кад је преступника немогућно пронаћи. Да буде друкчије, требало би да се кривац може позвати, у своју корист, на амнестију.<sup>33</sup>

Да ли би краљеубице могле тврдити да је горња изјава Народног Представништва једна врста амнестије која их заштићава од сваке судске истраге, под претпоставком, наравно, да је у тој изјави Народно Представништво имало намеру да реши питање о њиховој кривичној одговорности? Извесно је да би навод био сасвим неоснован. Према чл. 14. рестаурираног Устава (од 1901.), право амнестије било је једна од Краљевих прерогатива, другим речима, ово је право било стављено у атрибуције шефа управне власти. Народно Представништво, дакле, није било надлежно за давање амнестије. Амнестија коју би оно било дало, била би ништавна, пошто би она долазила од власти *ratione materiae* ненадлежне. Судови, позвани да суде једном окривљеном, не би могли узети у обзир амнестију коју би му Народно Представништво дало.<sup>34</sup> Друго, по истом

33 Застарелост је такође један од узрока који ниште кривичну одговорност, али се на њој нећемо задржати, пошто овде није реч о овом основу ослобођења од одговорности.

34 Исто је тако и по Уставу од 1903. (5. Јуна): Пошто Народно Представништво није надлежно за давање амнестије, његова одлука у циљу амнестиовања не би имала никакве вредности пред судовима. За пуноважност амнестије потребан је Краљев указ.

чл. 14. Устава од 1901., Краљ је могао, као што смо видели, амнестирати само политичке кривце. Амнестија за просте преступе била је, дакле, у том Уставу забрањена.<sup>35</sup> Следствено, Народно Представништво, баш и да је било надлежно за давање амнестије, није ову могло дати краљеубицама, јер њихово дело нема карактер политичког преступа. Позната је ствар да убиство сматрају сви аутори и сва законодавства за прост злочин, без обзира на мотиве из којих је оно извршено. Подсећамо (в. § 1. ове расправе) да између садашњег Устава (од 5. Јуна 1903.) и Устава од 6. Априла 1901. има у ово тачки важна разлика: према Уставу од 1903. право амнестије је неограничено, амнестија се може применити како на просте тако и на политичке деликте.

56. – Кривична одговорност може се отклонити још и законом. Истина Устав од 1901. није то нигде изреком казао, али о томе не може бити никакве сумње. Законодавац има неограничену власт у стварима које могу бити предмети његовог решавања. Без сумње, принцип је у уставним земљама да ни законодавна власт не сме да повреди какав уставни пропис, а то лишава законодавца да суди било грађанске било кривичне парнице. Принцип поделе власти – један од принципа модерне државе уставима освештан – противи се томе: да се законодавна власт меша у послове извршне власти (административне и судске), а ово доводи до тога резултата, да би један закон који би извесног окривљеног ослободио одговорности био неуставан.<sup>36</sup>

Али ова консидација има чисто теориску важност, јер, бар у европским земљама, власти које примењују закон немају право да цене његову уставност.<sup>37</sup> Овај принцип, што се судова тиче, био је консакриран чланом 87. Устава од 1901.. Из овога излази да би судови морали да пусте у слободу сваког оног оптуженог који би се могао позвати на какав закон који би га од сваке одговорности ослобођавао. Такав закон био би, наравно, неуставан, али би он ипак имао за судове обавезну снагу.

57. – Да видимо сада да ли би краљеубице могле тврдити да је један такав закон у њихову корист донесен. Да ли би, на име, они могли са основом, изјаву Народног Представништва од 2. Јуна 1903. доведену у везу са актом привремене владе од истог дана, акат на који је Народно Представништво одговорило реченом изјавом, – сматрати као закон који има за циљ да њих ослободи кривичне одговорности? Да ли они не би могли рећи: оба тадашња законодавна фактора, привремена влада и Народно Представништво, сложили су се на то: да нас ослободе одговорности, а то је исто као када би се донео закон којим се један окривљени ослобађа?

58. – Ова примедба у корист краљеубица заслужује да се узме у претрес, што ћемо и да учинимо у жељи да, и поред грозоте коју осећамо наспрам крвопролића од 29. Маја за које су краљеубице криве, извидимо да ли одговорност тих људи није, ма на који то начин било, покривена.

59. – Шта је закон? То је законодавчева воља изражена у форми коју Устав одређује. Како су законодавну власт, по Уставу од 6. Априла 1901., вршили Краљ и Народно

35 Како судови суде само по закону и законитим наредбама, то су они могли, под режимом Устава од 6. Априла 1901., не дати никакву важност једном Краљевом декрету, којим би он био дао амнестију каквом простом, неполитичком, преступнику.

36 Видети члан 146. данашњег Устава. Устав од 1901. пропустио је био да формулише тај принцип *expressis verbis*, али о њему не може бити никакве сумње ни под владом овога Устава.

37 Сједињене Америчке Државе имају у том погледу један особит систем. Видети у *Bulletin mensuel de la société de législation comparée* (Март 1902.): Communication de M. F. Larnaudе sur les garanties qui existent dans certains pays au profit des particuliers contre les actes du pouvoir législatif, (стр. 175.–229.).



Представништво, то је законодавчева воља, под владом тога Устава, била, дакле, сагласност ових двају законодавних фактора. Које је, пошто је Краљ Александар био убијен, припадала друга половина законодавне власти? Једна њена половина, као што смо објаснили, припадала је Народном Представништву.

Устав од 1901. предвидео је био, на случај Краљеве смрти, наименовање једног намесништва. На то се односе чланови 19. до 24.. Чланови 19., 20., 21, и 22. тичу се случаја кад Краљ остави наследника, док члан 23. говори о случају кад Краљ не остави живог наследника, али је Краљица, која је преживела Краља, трудна у тренутку монархове смрти. У првом случају, питање о регенству различно се решава, према томе да ли има или нема у Краљевој породици један члан способан да врши намесничке функције. У последњем случају, предвиђеном у члану 23., намесништво састављају председници Сената, Државнога Савета и Касационога Суда, и врше краљевску власт до рођења престолонаследника.

60. – Видели смо да после убиства Краља Александра није образовано намесништво. Да ли је то било саобразно Уставу? То је врло сумњиво. Истина, каже се да Устав није био предвидео ни регулисао случај кад умрли Краљ није оставио ни наследника ни удовицу. Пошто чланови који се тичу намесништва претпостављају да је Краљ бар оставио трудну Краљицу, то се они, по овоме мишљењу, не могу применити на случај кад овај услов *minima* за образовање намесништва није испуњен,

Али, зар се не би могло рећи да овде треба поступити по аналогiji? Зар ситуација створена убиством Краља Александра није била слична са случајем предвиђеним у члану 23.? Не само сличности, већ ту чак, до извесне границе, има и идентичности: и у једном и у другом случају недостаје *жив* наследник. Претпоставка, изражена у члану 23., разликовала се од стања после смрти Краља Александра само у колико је била реч о Краљици: чл. 23. претпоставља да је Краљ оставио трудну удовицу, а то код Краља Александра није био случај. Али, идентичност ових двеју ситуација постаје дефинитивном, кад се узме да Краљица, коју чл. 23. предвиђа, не роди наследника: тада смо у оба случаја без наследника. Е па добро! намесништво, онакво какво је установљено чланом 23., несумњиво би продужило функционисати до избора новог Краља и поред тога факта што Краљица није дала земљи наследника престола, а то значи да је једно такво регенство требало организовати и после 29. Маја 1903., јер је то исти случај. Ми мислимо да је Устав од 6. Априла 1901. *implicite* предвидео чланом 23. и случај кад Краљ није никако оставио наследника, случај који је реализан догађајем од 29. Маја 1903..

61. – Устав од 1901. предвидео је само ова два случаја вршења краљевске власти: вршење краљевске власти од стране Краља и вршење краљевске власти од стране намесништва. О каквом трећем вршењу те власти нема ни речи ни у једном уставном пропису. Специално, нигде нема хипотезе да краљевску власт врши министарство. У том реду мисли може се цитирати само члан 22. Устава који се тиче случаја кад Краљ није наименовао намеснике за живота, и тада је министарство дужно, за десет дана по Краљевој смрти, сазвати Народно Представништво које ће изабрати два намесника који ће вршити, са председником Сената као трећим намесником, краљевску власт до пунолества наследника престола или до пунолества оног члана краљевског дома који би био намесник по праву. Ако министарство врши краљевску власт у времену између Краљеве смрти и избора двају намесника, то је зато што друкчије не може бити. Потребно је да постоји неко који ће вршити краљевску власт до тренутка док се не изабере намесништво. Али, овај законски пропис, применљив само на случај предвиђен у члану 22., не може се проширити и на неки други случај. Свакако, он не може бити примењен на једну онакву ситуацију као што је она која је наступила после смрти Краља Александра, јер ту

није било наследника кога претпоставља члан 22.. Из тога излази, да је једини пропис који се је могао на такву ситуацију применити био члан 23. Устава.

62. – У осталом, ако се може дати привремено вршење Краљеве власти једном министарству наимеваном од Краља који је умро, дакле наименованом од шефа извршне власти који је за то наименовање био надлежан (чл. 10., ал. 2. Устава од 1901., чл. 38., ал.2. садашњег Устава, од 5. Јуна 1903.), није тако и са једним кабинетом који је образован једино вољом његових чланова. Истина, Народно Представништво, својом изјавом од 2. Јуна 1903., задржало је Авакумовићев кабинет на влади, али ми знамо да то Народно Представништво није, међу својим атрибуцијама, имало и то право да назначује министре, јер то право долази искључиво у надлежност шефа управне власти. Ко је био компетентан да образује кабинет, то је било регенство састављено на начин предвиђен у чл. 23., и тај кабинет је сасвим могао бити, ако се хоће, и кабинет Авакумовићев.<sup>38</sup>

63. – Закључак свих ових објашњења јесте тај да, узимајући баш да се изјава Народног Представништва и акат привремене владе могу схватити у том смислу да су се њима хтеле краљеубице ослободити одговорности, та сагласност не би ипак сачињавала закон, јер привремена влада није имала карактер једног законодавног фактора. То је била просто једна група људи, која је, противно Уставу, узела у своје руке једну власт која јој није припадала.<sup>39</sup>

64. – С друге стране ни воља Народног Представништва није могла *сама за се* сачињавати закон. Видели смо да се то Представништво, примајући акат привремене владе

38 Додајмо још овај разлог: у случају кад Краљ умре и остави трудну удовицу, Устав се задовољава намесништвом састављеним од председника Сената, Државног Савета и Касационог Суда – једно изузетно намесништво, зато што је то намесништво трајало кратко време, највише 300 дана (најдужа гестација код жена). Трајање таквог регенства би било, исто тако, кратко и у случају кад Краљ не би оставио ни наследника ни трудну удовицу, јер се избор новог монарха мора што пре извршити.

39 Садашњи Устав, као и Устав од 1888., у овој тачки је потпунији. Он предвиђа случај кад се престо налази упражњен због Краљеве смрти. Члан 75., овако вели: „У случају кад Престо према одредбама овога Устава остане без наследника, Министарски Савет ће узети Краљевску власт у своје руке. – Он је тада дужан да, најдаље за месец дана од дана смрти Краљеве сазове Велику Народну Скупштину која ће решити о Престолу“. Зашто Устав од 1901. није имао одредбе о томе? Да ли Краљ Александар, који је био неспокојан због неизвесности односно питања о наследнику престола, није хтео, из сујеверја, предвиђати и у самом Уставу случај да он умре без наследника? Наше тумачење члана 23. Устава од 1901. има и једну практичну добру страну. Ако се претпостави да је овај Устав усвојио, у тој тачки, систем Устава од 1888., тај систем не би могао бити примењен после 29. Маја 1903., јер по томе систему, као што смо видели, извршну власт врши, у случају кад умрли Краљ не остави наследника, његово последње министарство до наименовања новог монарха, а министарства Краља Александра тада, 29. Маја, није било: Пошто је председник тога министарства био убијен, нестало је и његовог министарства. То значи да у земљи више није било извршне власти. Али, кад се усвоји наше гледиште, то јест кад се и на тај случај примени члан 23. Устава од 6. Априла 1901., онда је извршне власти било и даље, и после Краљевог убиства, и ако је последње министарство Краља Александра било уништено убиством свога председника; по нашем гледишту, требало је само да председници Сената, Касационог Суда и Државног Савета образују извршну власт (регенство). Са нашим тумачењем долазило се, дакле, и под режимом Устава од 6. Априла 1901., до тог повољног резултата да би случајеви кад земља, после насилне смрти Краљеве, остане, од сваке руке, без извршне власти, били много ређи. Да додамо још и ово: треба избегавати да функције шефа управне власти врши једно министарство. Ми знамо да је шеф извршне власти по закону неодговоран, и да његови министри за њега одговарају. У случају кад министарски савет врши *per interim* функције шефа извршне власти, да ли министри треба такође да буду неодговорни? Ако се одговори афирмативно, ко би тада одговарао за њихове акте? Све се, на против, свршава врло просто, кад намесништво врши функције шефа управне власти. Намесништво је као и монарх неодговорно, али постоји и министарство које одговара за акте које су намесници потписали.

kojim ова повраћа у силу Устав од 1901., од своје воље задовољило положајем у коме се налазе народна представништва у уставним монархијама, то јест Народно Представништво је својевољно пристало да врши само једну половину законодавне власти.

Народно Представништво било је и само добро свесно свога правног положаја и домаћаја своје власти; то се види по преамбулу (уводу) у Уставу од 5. Јуна 1903.. Као што знамо, овај Устав заменио је онај од 6. Априла 1901.. Ево тога увода: „Влада Краљевине Србије проглашава и објављује свима и свакоме, да је Народно Представништво, на основу одлука Народне Скупштине и Сената од 2. Јуна 1903. године, решило, и да је она потврдила и потврђује: Устав за Краљевину Србију“. Народно Представништво је, као што показује овај увод, делило са привременом владом законодавну власт не само у погледу обичних закона већ чак и погледу закона уставних. Јер, да је Народно Представништво сматрало да је суверена власт лежала у њему и једино у њему, како би онда привремена влада могла себи дати власт да *појављује* то јест да *санкциониса* његове одлуке? Одлукама суверена не треба никакве потврде, зато што оне долазе од једне власти изнад које и поред које нема друге власти. Тај факат, пак, што је вогирање Устава од 5. Јуна 1903. од стране Народног Представништва требало још да ратификује и привремена влада доказује да Народно Представништво није било суверено.<sup>40</sup>

65. – Решење би било сасвим друкчије да се је Народно Представништво, једном скупљено, прогласило *сувереном* земље, по угледу на Француски Конвенат (1792.–1793.). У том случају оно би могло доносити пуноважне законе без потребе да своје одлуке подноси привременој влади на одобрење, влади која би тада била само извршни одбор Народног Представништва. Али, у жељи да избегне један нови апсолутистички (конвентовски) режим, као и у намери да суседним земљама од којих ни једна није имала републикански облик владавине, представи Србију, чак и за време док још у њој није било Краља, као уставну монархију, Народно Представништво се нашло побуђено да за себе задржи само једну половину законодавне власти.

40 Да ли би се могло тврдити да је привремена влада потврдила Устав као пуномоћник новог Краља који је 2. Јуна 1903. већ био изабран, тако да је та влада, само у оном моменту када је са Народним Представништвом измењала оне декларације, а зато што тада још није било мандатора, Краља, била законодавни фактор?

Овде треба негативно одговорити. Прво, привремена влада није потврдила Устав као Краљев мандатор. Акат промугације Устава о томе ништа не говори. Најзад, према Уставу од 1901. који је важио до тренутка публикације Устава од 5. Јуна 1903.. „Краљ одређује Прокламацијом или Указом ко ће вршити уставну краљевску власт и у којим границама, кад Он пође ван земље“. Такву прокламацију или указ нови Краљ пред долазак свој у Србију није дао. У осталом не даје се појмити да један монарх може ма кога овластити да мења Устав у његовом одсуству.

Из овога излази да је привремена влада потврдила Устав од 1903. у својству шефа управне власти, и чим је присвојила себи једну такву власт после Краљевог избора, она је ту власт тим пре била присвојила пре његовог избора то јест у тренутку кад је дошла у контакт са Народним Представништвом (2. Јуна 1903 год.).

Најзад, да поновимо, чим се Народно Представништво сложило са привременом владом да се поврати Устав од 1901., по коме је Народно Представништво имало само једну половину законодавне власти, то Народно Представништво није било, само за се, надлежно за доношење закона. А кад се та тачка прими, долази се логично до тога, да треба сматрати привремену владу као други законодавни фактор. Ако се та тачка не би примила, дошло би се до апсурдног резултата да у Србији, пре Краљевог избора, није било законодавне власти.

Додајмо још и то да је, и по нашем мишљењу, то била аномалија: што је привремена влада наставила да врши законодавне функције, пошто је Краљ већ био изабран и пошто се је он био примио српског престола. Од тога тренутка, нови монарх је био пуноважно Краљ, и факат што се је он налазио у том тренутку у иностранству, ништа не смета тачности овога тврђења, као год што и заклетва коју је положио, дошавши у Србију, није била ништа друго до једна религиозна церемонија без важности за питање односно момента кад је изабрани кандидат постао Краљ.

66. – Узмимо сада баш и то да је привремена влада могла пуноважно вршити краљевску власт и да би једно намесништво, специјално оно о коме говори члан 23. Устава, у овом случају било неуставно, па извидимо да ли би се, бар под том претпоставком, изјаве привремене владе и Народног Представништва (од 2. Јуна 1903.) могле сматрати као закон. И заиста, зар се не би могло овако резоновати: пошто је Устав био нејасан у томе ко је имао, у онаквом случају какав се остварио 29. Маја, да врши краљевску власт, у интервалу времена између Краљеве смрти и избора новог Краља, то је Народно Представништво, као једини уставни фактор који је тога момента постојао, једино било надлежно да у тој тачки Устав протумачи и примени. И Народно Представништво је то и учинило, у том смислу да, у том међувремену, краљевска власт треба да буде у рукама једног министарства а не регенства. А пошто је насилно нестало последњег кабинета Краља Александра због убиства његовог председника генерала Цинцар-Марковића, ново министарство је, у недостатку шефа државе, могло постати само једним наименовањем од стране Народног Представништва. Наше је мишљење, да, чак ни под том претпоставком (да је привремена влада легално вршила *per interitum* краљевску власт), закон који би краљеубице кривичне одговорности ослобођавао не постоји.

Да се потрудимо да то и докажемо.

67. – На првом месту, у прилог нашега тврђења, има један аргуменат који ћемо назвати *материјални аргуменат*. Тај је аргуменат то: што односно ослобођења краљеубица од кривичне одговорности, не постоји никакав споразум, сагласност, између привремене владе и Народног Представништва. Закон постоји онда кад се оба законодавна чиниоца сложе на то: да се изванредан однос који се тиче државе или појединаца или државе и појединаца у исто време, на изванредан начин регулише. Заједничка воља тих чинилаца треба да буде управљена ка једном одређеном циљу, то јест она треба да има свој предмет.

Међутим, каква је била воља привремене владе у погледу краљеубица? Ево пасуса, већ цитираног, из акта привремене владе (од 2. Јуна 1903.) који се на то односи: „Влада оставља Народно Представништву оцену догађаја од 29. Маја ове године и рада данашње владе после тога догађаја“. Као што се види, влада овде ништа не вели о питању о судској одговорности краљеубица. Прилазећи ћутом преко начина на који су краљеубице лишиле престола Краља Александра, привремена влада се ограничила једино на то да изјави како оставља оцени Народног Представништва катастрофу од 29. Маја. Могло би се претпоставити да се одобравање те катастрофе, од стране владе, налази имплицитно у самом факту што су се међу члановима привремене владе налазила тројица, која су била умешани у убиства извршена оне жалосне ноћи. Али, ми ћемо на то одговорити: да би, баш и онда да су министри који су у тим убиствима били невини, знали за саучесништво тројице својих колега – о чему се сасвим може сумњати – било арбитражно тврдити да су, и они, у својој души желели ослобођење краљеубица од стране Народног Представништва. Јер, лако је појмити да су они чланови владе, који нису били имали никаква учешћа у убиствима од 29. Маја, пристали да, чак и са самим краљеубицама, образују кабинет: требало је по сваку цену имати одмах једну владу и тиме спречити анархију и грађански рат. Ићи даље од тога и претпостављати да су ти чланови привремене владе баш хтели да Народно Представништво ослободи одговорности њихове колеге краљеубице, било би мислимо наметати им намере које су они могли сасвим немати.<sup>41</sup>

41 Можда се је привремена влада уздржала да да своје мишљење о догађају од 29. Маја 1903. зато да би решавање Народног Представништва изгледало што слободније, али ова примедба ни најмање не ослабљава наше тврђење да се предлог да се краљеубице ослободе судске истраге не налази нигде написан у владином акту.

У осталом сва су ова разлагања непотребна, јер је извесно да у цитираној реченици привремене владе нема предлога да Народно Представништво ослободи краљеубице од одговорности. У тој реченици се налази само позив да оно, Народно Представништво, *оцени* речени догађај, а то је сасвим нешто друго.

68. – Истина, има једна реченица у којој влада каже: „Влада са задовољством констатује да је, потпомогнута свесним држањем народа и патриотске јуначке српске војске, одржала у земљи потпун ред и мир“; али та се реченица не може никако тумачити у том смислу да је влада њоме хтела да изрази своју жељу да се краљеубице ослободе. Похвала коју ту привремена влада упућује српској војсци односи се, као што се види, на потпомагање у одржавању реда и мира, похвала која је тако исто исто била упућена и народу, који – а то је бар неоспорно – није никако имао учешћа у Краљевом убиству.

69. – Каково је сада мишљење Народно Представништво дало о догађају од 29. Маја, у свом одговору на акат владин? У опште се мисли да је оно потпуно одобрило крвопролиће извршено те ноћи. Ипак је сасвим допуштено сумњати у то, кад се има у виду начин на који је редигована изјава Народног Представништва. Народно Представништво, истина, вели да, са одушевљењем, прима ново стање ствари које је проишло из догађаја од 29. Маја, али из тога се не мора извести да је оно одобрило и пут којим се до тога стања дошло. Може се поздравити ослобођење земље од једног тиранина – ми се само тако изражавамо, не тврдећи да је Краљ Александар био тиранин – па ипак не одобрити убиство које је над њим извршено. Нама изгледа да су то две ствари које се могу потпуно одвојити једна од друге.

70. – Народно Представништво је, вели се, прокламовало у својој изјави своју солидарност са војском, а то не може значити ништа друго до одобравање Краљевог убиства у коме су официри играли главну улогу. Али, изгледа да и тај аргуменат не може да опстане: Како се може узети да је Народно Представништво, истичући своју једнодушност, у осећајима, *с војском*, хтело тиме ослободити краљеубице, кад се зна да је врло мали број официра (од прилике њих шесет од две хиљаде) узео учешћа у убиству монарха? Зар није логичније тумачити ту реченицу у том смислу да је Народно Представништво хтело, њоме, да посведочи своју захвалност војсци за њено мирно држање после убиства њеног врховног команданта, држање које је, можда, спасло Србију грађанског рата? То се тумачење у толико пре може примити што Народно Представништво упућује војсци тај комплименат, да је она увек била „потпора реда и законитости“. Да ли, случајно, није Народно Представништво мислило да убити Краља, Краљицу и министре значи показати своју приврженост реду и законитости?! Речи: „Народно Представништво сматрајући њен (војскин) рад и поступак у овој прилици као израз тешких и критичних тренутака...“; могу сасвим имати то значење да је војска, чији је врховни шеф био убијен, ипак добро учинила што није узела, према краљеубицама, оне мере које су јој диктовале војничке дужности према њеном убијеном команданту, а зато баш да се не би, као што смо и горе рекли, дошло евентуално до једне братоубилачке борбе која би вероватно, повукла за собом у пропаст државе.

71. – Изјава Народног Представништва доста је вешто, изгледа, редигована: с једне стране она не садржи никакав напад на краљеубице, како не би ситуацију, већ и без тога довољно опасну, погоршала; с друге стране она не одобрава изречно извршена убиства, вероватно у циљу да остави отворено питање о кривичној одговорности извршилаца тих убиства.

72. – Анализа изјаве привремене владе и изјаве Народног Представништва, не може нас, као што смо видели, да убеди у то да су се те две власти сложиле у том смислу



да се краљеубице ослободе. Другим речима, чак и када би се, у погледу форме и надлежности, ове две изјаве, узете заједно, могле сматрати за закон, ни тада се не може рећи да те изјаве ослобођавају краљеубице, јер у њиховој садржини нема ни речи о том ослобођењу.

73. – Ово је тврђење, неоспорно, тачно односно акта привремене владе, тачка коју смо довољно расправили. А што се тиче Народног Представништва, његова изјава, баш и када би се могла тумачити у смислу за краљеубице повољном, не би овима била од помоћи у погледу питања о њиховој судској одговорности, јер Народно Представништво не сачињава, само собом, законодавну власт.

74. – Да пређемо сад на испитивање једне последње тешкоће, а на име, да ли се може, полазећи од те тачке: да изјаве привремене владе и Народног Представништва треба да буду, и поред наших примедба, протумачене у смислу ослобођења краљеубица, рећи да ове две изјаве, заједнички посматране, имају карактер закона?

На ово ћемо питање негативно одговорити. На првом месту, постоји та неправилност: што су Сенат и Скупштина заједно решавали, док према члану 45. Устава од 1901. оба дома треба да држе своје седнице одвојено, осим оних случајева, када Устав изреком наређује заједничко решавање, међу којима се не налази и вршење законодавне власти од стране Народног Представништва. Следствено, ако је привремена влада хтела да изда закон о одговорности или боље о неодговорности краљеубица, требало је да она такав предлог поднесе прво Скупштини па онда Сенату (члан 47.), а то правило није овде респектовано.

75. – У корист наше тезе може се навести још и овај важан аргуменат:

Закон, то је, казали смо, сагласност између два законодавна фактора о извесним, прецизно одређеним, односима. У ком се тренутку може рећи да та сагласност постоји? После санкције закона. Члан 10. Устава (ал. 3.) од 1901. наређује у том погледу, да Краљ потврђује и промулгује законе. Да ли се може рећи, да један законски предлог који је влада у Краљево име поднела и који је Народно Представништво усвојило сачињава већ закон? Ни најмање. Овај предлог; votiран од Народног Представништва, треба још да буде и санкционисан од стране монарха, и ако овај одбије санкцију, закона неће бити, ма да је он, монарх, био пристао на то да се законски предлог поднесе Народно Представништву. Овај пристао монархов не може заменити санкцију; монарх је себи задржао право да, накнадно, реши дефинитивно (после гласања о предлогу) да ли ће ставити или на своју санкцију на изгласани пројекат.

А тога баш битног услова за постојање једног закона нема. Привремена влада није санкционисала одлуку Народног Представништва о догађају од 29. Маја 1903.. Влада је поднела том Представништву свој пројекат о ослобођењу краљеубица од одговорности, – ми, наравно, то само претиостављамо – али, кад је тај пројекат Народно Представништво изгласало, привремена влада га није санкционисала. Дакле закона нема.

Да је привремена влада добро познавала правила о доношењу закона, види се из промулгације Устава од 5. Јуна 1903.. Та влада није налазила да је то било довољно што је Народно Представништво изгласало овај Устав, па да тим самим буде Устав од 1901. укинут и новим замењен, и због тога је она сматрала за потребно да нови Устав потврди. Да цитирамо још једном тај акат владин да бисмо показали тачност свога тврђења: „Влада Краљевине Србије проглашава и објављује свима и свакоме да је Народно Представништво, на основу одлука Народне Скупштине и Сената од 2. Јуна 1903. године, решило и да је она потврдила и потврђује Устав за Краљевину Србију...“ И привремена влада је то добро учинила, јер без њене санкције земља не би променила Устав, пошто Народно Представништво није, ни по Уставу од 1901., имало суверену власт.



После санкције долази промулгација која није ништа друго него састављање акта којим се констатује да је монарх потврдио изгласани закон (чл. 10. ал. 3. Устава од 1901.). Затим долази публикација, потребна, да би, према члану 49., нови закон постао обавезан. Ни један од ових двају аката, како промулгација, тако и публикација, није у овом случају, извршен. У осталом, то је сасвим природно што тих аката није било, чим није било ни закона који их условљава.<sup>42</sup>

76. – Изјава привремене владе може се једино сматрати као нека врста престоне беседе а изјава Народног Представништва као нека врста адресе. А престона беседа са адресом не сачињава закон, па чак и онда када адреса не би била ништа друго него понављање престоне беседе. Ова два акта само су политички програм странке која је на влади и њена оцена опште политичке ситуације у земљи или оцена извесних спољашњих и унутрашњих догађаја, а тај се програм и та оцена мењају с партијама и с временом. Нико и никад није мислио ни покушавао да са законом изједначи ону сагласност која се манифестује, приликом отварања парламентарских седница, у односима министарства и већине Народног Представништва.

77. – Да су краљеубице још мање ослобођене кривичне одговорности по мишљењу оних који налазе да је привремена влада учинила незаконитост, повраћајући политичку ситуацију која је, у земљи, постојала пре 25. Марта 1903., једва да је потребно то и споменути. По томе мишљењу, 29. Маја 1903. Србија је била не само држава већ шта више и уставна држава, и после Краљевота убиства требало је поступити на начин одређен у Уставу који је тада владао (Устав Априлски). Остављајући на страну питање о вршењу извршне власти између 29. Маја и избора новог Краља (то јест не улазећи овде у то: како би се ово питање, у истом мишљењу, расправило), ми ћемо само навести да је, по том мишљењу, требало прво извршити сенаторске изборе наређене још за живота Краља Александра за 5. Јуни 1903., а затим наименовати Краља од стране Народног Представништва, образованог од Народне Скупштине изабране 19. Маја 1903. и Сената, састављеног од сенатора означених декретом Краљевим од 25. Марта 1903. и оних који би били изабрани 5. Јуна.<sup>43</sup> Јер Народно Представништво, распуштено 25. Марта 1903. Краљевим указом, није више постојало и сачињавало је, 2. Јуна 1903. када је, после владине изјаве од 29. Маја 1903., нови Краљ изабран и Устав изгласан, само један нелегалан скуп људи.<sup>44</sup>

42 Изјаве привремене владе и Народног Представништва изишле су у „Српским Новинама“, али то је само публикација двају аката који не сачињавају закон.

43 После државног удара од 25. Марта 1903. нови избори за Скупштину били су извршени 19. Маја 1903. Сенаторски избори су били наређени за 5. Јуни 1903., кад је Краљ Александар био већ мртав. (Да напоменемо да је по Уставу од 1901. било две врсте сенатора: изборних и неизборних сенатора).

44 Не улазећи у детаље питања о легалности сазива Народног Представништва, распуштеног 25. Марта 1903., ми ћемо само рећи то да је Народно Представништво, Сенат и Скупштина, било несумњиво надлежно за избор Краља. Примедба да је требало приступити избору нове Скупштине, као и избору изборних сенатора зато што Народно Представништво, распуштено 25. Марта 1903., није било изабрано с обзиром на избор новог монарха не одвраћа нас од нашег мишљења. Под владом Устава од 1869., који је био замењен Уставом од 1901., Велика Народна Скупштина имала је власт да бира Краља као и да решава о изменама у Уставу. Устав од 1901. укинуо је установу Велике Скупштине и ставио у надлежност Народног Представништва, Скупштине и Сената, избор Краља и уставне измене. Надлежност Народног Представништва под владом овога последњег Устава била је, дакле, неограничена. Из тога излази да је једно Народно Представништво могло за време тога Устава приступити и избору Краља, и ако није било изабрано и с погледом на тај специјалан задатак. Привремена влада Авакумовићева је могла (ми апстрахујемо овде питање о нелегалности те владе), без сумње, распустити Народно Представништво, да је сматрала да оно више није израз народне воље и приступити новим изборима; али та оцена спадала је у компетенцију владе, што значи да Устав није био тиме повређен, што је речено Народно Представништво, које је влада сматрала као сагласно са вољом народа, изабрало новог Краља. (Видети нашу расправу о Уставу од, 6. Априла 1901. напред цитирану, први део, стр. 7.).

## § 5-ти

78. – Пошто смо тако покушали доказати да краљеубице нису ослобођене изјавом привремене владе и Народнога Представништва, изјаве које смо анализовали у прошлом параграфу, да пређемо сада на последње питање које је још предмет ове расправе, на питање о томе: на који начин Србија треба да изиђе из ситуације у којој се данас налази због краљеубица.

79. – *Прво решење.* – Оно би се састојало у амнестији краљеубица.

И ако се убиство никад не сматра као политички злочин – писци и законодавства се у томе слажу – краљеубице би могле бити амнестиране из тог простог разлога што се у Србији, као што смо видели у § 1-ом, амнестија може да примени и на убиства.<sup>45</sup>

Ово би решење ставило краљеубице у потпуну сигурност, јер амнестија, уништавајући правну повреду, чини немогућном сваку судску истрагу. Параграфи 29. (ал. б.) и 161. (ал. 1.) Кривичнога Судскога Поступка имају тај смисао.

И поред тога дејства амнестије веома повољнога за њих, изгледа да краљеубице ипак не желе да им се амнестија да. Амнестија, истина, брише деликат на који је примењена, али она, при свем том, амнестирано дело сматра као кажњиво, као кривицу: иначе би она, амнестија, била непотребна. Међутим, краљеубице не би хтеле да се са њима поступи као са злочинцима којима се даје амнестија из политичких обзира. Они тврде, да су извршили једно лепо и патриотско дело, а таква дела не могу, сигурно, бити предмет амнестије. Амнестија би за њих била знак осуде од стране извршне власти, док су их, по њима, Сенат и Скупштина као народни представници издигли у ранг хероја и првих синова отаџбине. Они не пристају никако да их амнестија лиши оних похвала које им је, веле, одало Народно Представништво.

80. – Краљеубице имају овде да бирају. Ако хоће да буду заштићени од судске истраге, они треба да допусте да им се да амнестија, факат који би их лишио својства људи који су учинили једно добро дело. Или, пак, ако хоће да задрже и даље то својство, онда су приморани да остану у данашњем положају, у коме немају да страхују од судске истраге, не на основу законских прописа, већ на основу тога факта што располажу материалном, физичком, силом у држави (војском), тако да нико није у стању предати их суду. Али, ако једног дана они буду оборени са садашњег положаја свога, они се излажу тада опасности да судовима буду на смрт осуђени. Ето то је тај избор који смо мало час наговорили. Изгледа да краљеубице претпостављају последњи излаз, заједно са евентуалношћу којој он води.

81. – Али има још једна препрека, сасвим друге врсте, која се противи амнестији краљеубица. То је интерес династије која је на влади. Наравно, по члану 50. Устава од 5. Јуна 1903. Краљ није одговоран за декрете које потпише, али овде није реч о законској одговорности; а што се, пак, тиче моралне одговорности, она пада и на Краља као и на његове министре.<sup>46</sup> Следствено и Краљ би био одговоран, с моралнога гледишта, због амнестије коју би дао краљеубицама. Међутим, да ли би било разумно, да он ослободи људе који су убили једнога монарха? Зар не би један такав акат донео штете његовом угледу у породици владалаца?

45 Али то средство се може употребити само пре судске истраге против краљеубица. Заиста, ми знамо да садашњи Устав, који допушта у опште амнестију (чл. 50.), забрањује аболуцију за неполитичке деликте (чл. 51.). Следствено, одлука којом би се краљеубице амнестовале за време истраге била би незаконита и судови је не би могли применити, јер су они обични а не политички преступници.

46 Видети нашу расправу, *Le monarque constitutionnel*, публикувану у *Revue générale du droit*, св. XXVI-II. (1904.).

– *Друго решење.* – Друго би решење било ослободити краљеубице законом. Без сумње и ово решење садржи у себи оба недостатка која смо код претходнога решења констатовали. Али ови су недостатци, у овом случају, мање интензивни. На првом месту, ослобођење законом достојније је и потпуније него ослобођење амнестијом, јер то ослобођење у исто време даје једновремено и Краљ и Народно Представништво, док је амнестија само акат шефа извршне власти. С друге стране, морална одговорност Краљева је увек мања, кад потпише једну одлуку Народнога Представништва него један министарски декрет, зато што Краљ може лакше одбити потпис министру него једној Скупштини који представља народ.

83. – Али ово решење има један врло озбиљан недостатак, недостатак који нисмо нашли код првога решења: оно би било неуставно. Јер, заиста, закон који би ослободио краљеубице повредио би члана 146. (алинеја 3.) Устава. Шта видимо у том пропису? У њему читамо, између осталог, и то: да се законодавна власт не може мешати у надлежност судске и административне власти, то јест у функције извршне власти. Које су атрибуције ове последње власти? Оне се састоје у примењивању закона. У чему се састоји примењивање кривичних закона? У суђењу и осуди криваца. Ако сад законодавна власт ослободи законом оне који су повредили какав пропис Кривичнога Законика, она би тиме зашла у област извршне власти, специјално у област судске власти: то би била она која би на окривљене применила закон који су они повредили. Равнодушно је то: да ли се ова примена састоји у непримењивању. Не применити закон то значи рђаво га применити. То је све.

84. – На другом месту, такав би закон био веома опасан. Њиме би се умањила вредност закона у опште. Кад су закони корисни? Кад се извршују. Кад се закони не би примењивали, то би било као и да их нема. Међутим, ми смо већ видели, у §§ II. и III. ове расправе, шта би било од једнога друштва у коме не би било закона. Законодавна власт која би хтела да један специјалан случај изузме од примене закона, тиме би се, делимично, уништила. Она би, на тај начин, ишла, у неку руку, на своје сопствено упропашћење. У осталом, један закон који, и ако би оставио, иначе, у снази дотичну одредбу Кривичнога Законика, не би дао да се та одредба примени на извесне личности, огрешио би се о један од основних принципа модерне државе: принцип једнакости пред законима како кривичним тако и грађанским. Један такав закон могао би се с пуним правом назвати неморалним.

85. – Судови би, признајемо, морали, на основу друге алиније члана 146. Устава, дати важности закону који би ослобођавао краљеубице. Ми смо већ рекли да српске судије не могу оцењивати уставност закона које примењују. Али, то ништа не смета да један такав закон буде не само једна *inelegantia iuris* већ и једна *inelegantia iuris* која би дефинитивно од Србије начинила земљу без принципа. Факат да краљеубице још нису предате суду, ма како он жалостан био, ипак остаје само један факат који може данас сутра престати. Али да један тако антисоцијалан факат буде консакриран законом, било би фатално по једну државу.

86. – *Закључак.* – Ми се надамо да смо доказали да су дела учињена 29. Маја противна прописима позитивнога права и то прописима Кривичнога Законика, и да се извршиоци тих дела, пошто их изјаве привремене владе и Народнога Представништва од 2. Јуна 1903. нису ослободиле, налазе непрестано под претњом судске истраге. И да би истрагу избегли, они неће да напусте власт. Рекли смо даље, да се њихово ослобођење амнестијом или законом мора одбацити и зашто. Још један други разлог ваља томе додати. Једна европска и цивилизована држава не може, а да не изложи опасности свој сопствени опстанак, одобрити таква дела каква су учињена у Србији 29. Маја 1903.. Укратко, долазимо до ове анормалне и опасне ситуације: једна група људи која је

погазила најосновнија правила Кривичнога Законика остаје некажњена. Али има још нешто горе: ти људи, ако не формално а оно материално, владају. Они који су убили стављени су на врх социалне пирамиде.

Шта да се ради па да се изиђе из ове ситуације и да се да задовољења и моралу и позитивном праву? Једини је овај излаз: да се краљеубице предаду судовима. Нека се и о њиховом случају чује реч правде, као што се та реч сваки дан чује о много лакшим случајевима. Србија би тако прекинула једну ситуацију која грози њеним најдражим интересима. Краљеубице веле да су 29. Маја убили из патриотизма, али им се не верује. Нека допусте да им се суди – позитивни закони то императивно наређују, – нека врате своју земљу у ред цивилизованих држава, нека је ослободе, својом покорношћу, закону несноснога теснаца у који су је довели, и тек тада могу они рачунати на то да ће свет, најзад, веровати у искреност њиховога тврђења да их је, при убиству Краља Александра, кретала љубав према отаџбини. Али дотле, ми имамо право да сумњамо у њихову добру веру.

SNEŽANA VELJKOVIĆ

## *Hronika sudske medicine u Beogradu*

*(Mesto, uloga i značaj sudske medicine kroz nastanak i razvoj Instituta za sudsku medicinu i povezanost sa Medicinskim fakultetom i Univerzitetom u Beogradu, Istorijat, ljudi i događaji 1863–1923–2008)*

Medicinski fakultet u Beogradu, Beograd, 2009, 492 str.

Medicinski fakultet Univerziteta u Beogradu je objavio 2009. godine knjigu profesorke Snežane Veljković u okviru edicije „Prilozi za istoriju Medicinskog fakulteta u Beogradu i srpske medicine“. Na blizu 500 stranica teksta knjige izneti su i harmonično ukomponovani brojni istorijski podaci o ličnostima i događajima koji su doprineli nastanku i razvoju sudske medicine u Beogradu. Po prvi put su objavljene mnoge fotografije i prikazani značajni dokumenti čime je potvrđen originalni i enciklopedijski karakter ove knjige. U uvodnoj napomeni autorka ističe da je pronalazak, sređivanje i objavljivanje arhivskog materijala namenjen za „sadašnje i neke buduće generacije studenata medicine i lekara“. Imajući u vidu sadržinu tektova, čini nam se da će ova knjiga koristiti i studentima prava, kojima su, istorijski gledano, predavanja iz Sudske medicine (danas: Pravna medicina) bila prevashodno namenjena.

Knjiga *Hronika sudske medicine u Beogradu* je podeljena na XV poglavlja: I. Nastava i rad iz sudske medicine pre osnivanja Medicinskog fakulteta; II. Osnivanje Zavoda za sudsku medicinu; III. Sudskomedicinska služba za vreme Balkanskih ratova i Prvog svetskog rata; IV. Nastava i rad iz sudske medicine u međuratnom periodu; V. Institut za sudsku medicinu za vreme okupacije i Drugog svetskog rata; VI. Nastava sudske medicine u posleratnom periodu; VII. Nastava sudske medicine u periodu šezdesetih; VIII. Nastava sudske medicine u periodu od sedamdesetih do devedesetih; IX. Vannastavne

aktivnosti članova Katedre za sudsku medicinu (do devedesetih); X. Nastava sudske medicine posle devedesetih; XI. Vannastavne aktivnosti Instituta za sudsku medicinu posle devedesetih; XII. Nastava sudske medicine na Pravnom fakultetu; XIII. Razvoj sudske medicine u Vojnoj bolnici; XIV. Nastavnici i saradnici Katedre za sudsku medicinu; XV. Bibliografija.

Iz pregleda sadržine može se uočiti da knjiga obuhvata detaljni prikaz hronike o razvoju sudske medicine u Beogradu. Nije moguće, a nije ni uobičajeno prikazati u potankostima knjigu u celini. Stoga, u osvrtu koji sledi pokušaću da iznesem, pre svega sa aspekta istraživača koji se bavi materijom Krivičnog prava, delić interesantnih i korisnih podataka kojima ova knjiga bogato obiluje.

Uvodni deo knjige posvećen je počecima nastave i rada iz oblasti sudske medicine. Posebnu pažnju zavređuje već sam uvodni paragraf u kojem se navodi da je prvi poznati podatak o lekarskoj odgovornosti na našim prostorima naveden u knjizi *Istorija srpskog vojnog saniteta* iz 1925. godine: „U štatutu grbaljskome, za koji se drži da potiče iz godine 1427, glase propisi o odnosima između lekara i bolesnika ovako: Čl. 102. Koji bolesnik umre ispod ruke lekara, da ga nema kuća mrtvoga ni najmanje krvničiti, nego platiti negu i lekariju. Čl. 103. Da ne bi ranjenik ostavio krv na lekara koji valja da mu reže rane, ili vrti glavu, sudimo da lekar, koji bi se pozvao da liječi, dade u ruku ranjenika britvu, kojom hoće da siječe ranu, a ranjenik onda lekaru, i tim da osvjedoči da

mi je prost njegov život, ako bi umro.“ Ovaj istorijski podatak potvrđuje zašto je nastanak i razvoj sudske medicine direktno vezan upravo za nastanak Pravnog fakulteta. Naime, nastava sudske medicine za studente prava redovno se održavala decenijama pre osnivanja Univerziteta i Medicinskog fakulteta u Beogradu i to u okviru Pravnog odeljka Liceja u Kragujevcu od 1841. godine, a nastavila se 1863. godine formiranjem Pravnog fakulteta Velike škole u Beogradu. Nastava iz sudske medicine, prema članu 8. tadašnjeg Zakona o ustrojstvu Velike škole (Akademije), se odvijala zajedno sa predmetima: rimsko pravo, građanski zakonik, građanski sudski postupak, kriminalni zakonik, kriminalni sudski postupak, trgovački zakon, administrativno pravo, javno pravo Srbije i međunarodno pravo. Prvi nastavnici sudske medicine za pravnike bili su lekari dr Ćim Medović [1815–1883], dr Milan Jovanović – Morski [1834–1896] i dr Milan Jovanović – Batut [1847–1940], a prvi udžbenik sudske medicine predstavljaju umnožena predavanja dr A. Medovića iz 1865. godine pod nazivom *Sudska medicina za pravnike*. To je ujedno bio i prvi udžbenik medicine, bez obzira što je izdat za potrebe Pravnog fakulteta. Pored ovog udžbenika u narednim godinama objavljeni su i drugi stručni udžbenici: *Sudska medicina za sudske, policajne i sanitetske zvaničnike, za advokate i ostale pravnike* (A. Medović, iz 1866. godine), *Manual srpskog lekarstva za pravnike* (M. Jovanović – Morski, iz 1867. godine), *Sanitetska policija prema načelima pravne države*, (A. Medović, iz 1871. godine), *Sudska medicina* (Milan Jovanović – Batut, iz 1896. godine), *Pravilnik za vršenje sudskih sekcija* (Eduard Mihel, iz 1898. godine – na kome i danas počivaju obdukciona tehnika, oblik i struktura obdukcionog zapisnika) i drugi. Pored prikaza razvoja nastave iz sudske medicine autorka, u ovom delu knjige, govori pored ostalog i o prvom sanitetskom zakonu, prvim lekarima, prvoj apoteci, prvoj bolnici, osnivanju toksikološke laboratorije, kao i o prvoj poznatoj obdukciji koja datira iz 1839. godine, a reč je o obdukciji kneza Milana Obrenovića. Ovakav

prikaz otkriva mnogobrojne prioritete kojima je tadašnja Srbija težila u cilju da dostigne tekovine savremenih društava. Primera radi pomenimo da je Srbija već 30. marta 1881. godine donela Zakon o uređenju sanitetske struke i o čuvanju narodnog zdravlja koji je bio jedan o najnaprednijih sanitetskih zakona u to vreme u Evropi.

Drugi deo knjige posvećen je prikazu događaja koji su sledili osnivanju Zavoda za sudsku medicinu. Naime, njegovo osnivanje vezano je za rad dva lekara prosekture Opšte državne bolnice u Beogradu – dr Eduarda Mihela i dr Milovana Milovanovića. Posebnu pažnju autorka posvećuje pravnoj regulativi tog doba uz citiranje mnogih zakonskih odredbi kojima su bila propisana pravila sanitetske struke. Ipak, Balkanski ratovi i Prvi svetski rat, prikazani u trećem delu knjige, su bitno uticali da proces osnivanja Zavoda bude otežan. Takođe, nastava je na Univerzitetu u Beogradu, u čijem sastavu su i dalje bili Filozofski, Pravni i Tehnički fakultet, bila obustavljena u periodu od 1913. do 1919. godine.

Autorka se u četvrtom poglavlju vraća temi nastave i rada iz sudske medicine. Ovaj put početak nastave iz sudske medicine, u periodu posle Prvog i do početka Drugog svetskog rata, vezan je za razvoj Medicinskog fakulteta u Beogradu (osnovan 1920. godine), a nadovezuje se na obdukcioni rad prosekture Opšte državne bolnice. 25. jun 1923. godine obeležava zvanični početak rada Sudskomedicinskog zavoda u Beogradu kada je osnovana Katedra za sudsku medicinu na Medicinskom fakultetu. Upravnik i osnivač Zavoda bio je dr Milovan Milovanović po kome danas Institut za sudsku medicinu nosi naziv. Zavod je raspolagao izuzetno bogatom stručnom bibliotekom i, kako ističe autorka, apsolutno svom sudskomedicinskom literaturom iz evropskih univerzitetskih centara od kraja XIX veka do kraja četvrtre decenije XX veka. Prof. dr M. Milovanović je bio i prvi profesor sudske medicine na Medicinskom fakultetu u Beogradu, ali i honorarni profesor na Pravnom fakultetu. Od letnjeg semestra školske 1936/37. godine prof. dr M. Milovanović predaje kao honorarni profesor



posebno sudsku medicinu „za doktorande krivično pravne grupe“, dok je nastavu za studente prava obavljao Miodrag Bučić kao honorarni nastavnik na Pravnom fakultetu. Posebna pažnja se u ovom poglavlju posvećuje pristupnom predavanju profesora Milovanovića iz 1924. godine održano za studente medicine, a koje je kasnije i objavljeno u vodećem pravnom časopisu *Arhiv za pravne i društvene nauke* pod nazivom *Značaj sudske medicine*. Citirajući pojedine delove ovog članka autorka ističe da ovaj rad „predstavlja autentičan prikaz zdravstvenog, zakonodavnog i pravosudnog sistema u Srbiji u prvoj trećini dvadesetog veka, polja na kojima će profesor Milovanović udariti temelje sudskomedicinskog rada.“ Najznačajniji udžbenici sudske medicine iz ovog perioda predstavljaju: *Sudska medicina, opšti deo, udžbenik za medicinare i pravnike* napisan i objavljen u dva dela 1926. i 1931. godine i *Sudsko-medicinsko veštačenje* iz 1938. godine. Autor oba udžbenika je bio prof. dr M. Milovanović.

U sledeća dva poglavlja pažnja se poklanja položaju i radu Instituta za sudsku medicinu za vreme i nakon prestanka Drugog svetskog rata. Originalnim prikazom obdukcionih zapisnika za svaku ratnu godinu autorka oslikava vreme okupacije u Beogradu. Primećuje se da je zabeležen veliki broj smrtnih slučajeva ne samo kao posledica rata nego i političkih promena koje su se istovremeno odigravale u zemlji. Kako je za vreme okupacije nastava na Medicinskom fakultetu bila obustavljena, Sudskomedicinski zavod je od 1941. do 1944. godine radio uglavnom u okviru prosekture Opšte državne bolnice, da bi od 1945. godine ponovo nastavio sa radom u okviru Medicinskog fakulteta. Naredne, 1946. godine izabran je drugi nastavnik za predmet sudska medicina dr Julijana Bogičević kao docent na Katedri za sudsku medicinu koja zajedno sa Rusomirom Đorđevićem (predavač), i tri asistenta Milenkom Oprijanom, Momčilom Vasilićem i Dobrivojem Jokanovićem obavlja nastavu iz sudske medicine u posleratnom periodu. Univerzitet u Novom Sadu osnovan je 1960. godine, a na predlog Instituta specijalista

sudske medicine dr Miroslav Šovljanski je postavljen za profesora na novonastalom Medicinskom fakultetu. U ovom delu knjige posebnu pažnju nam je privukao naslov *Jedan slučaj iz sudskomedicinske prakse* u kome se opisuje slučaj trostrukog ubistva kao „sam po sebi redak i neobičan na našim prostorima“ ističe autor.

Sedmi deo knjige analizira nastavne aktivnosti iz sudske medicine u periodu šesdesetih godina XX veka. Posebnu pažnju zavređuje problem trovanja u ovom periodu. Prema zvaničnim podacima za samo tri godine (1958–1961) zabeležena su smrtna trovanja organofosfatima, zatim nesmrtna trovanja u menzama, industrijskim pogonima i poljoprivrednim dobrima, dok su u porastu bila samoubilačka trovanja. Posebno je interesantno da je trend porasta trovanjem bio isti u svim republikama tadašnje Federativne Narodne Republike Jugoslavije. U pogledu sudskomedicinskog veštačenja vredno je pomena da je od 1949/1950. godine Sudskomedicinski odbor Medicinskog fakulteta postalo redovno arbitražno telo trećestepenog sudskomedicinskog veštačenja, a da je zbog velikog broja predmeta iz oblasti sudske psihijatrije od 1966. godine podeljen u dve komisije: Sudskomedicinski odbor i Sudskopsihijatrijski odbor. Odbor je radio prema Zakonu o krivičnom postupku.

Nastava sudske medicine i vannastavne aktivnosti Katedre za sudsku medicinu u periodu od sedamdesetih do devedesetih su centralne teme osmog i devetog poglavlja knjige. Autorka svojim jasnim i zanimljivim stilom prikazuje kako se dalje odvijala organizacija nastave i promene kolektiva na Institutu za sudsku medicinu, zatim govori o početku nastave sudske medicine u Kragujevcu od 1985. godine, Statutu Medicinskog fakulteta iz 1987. godine i o svim drugim pitanjima značajnim za život Instituta u ovom periodu. Za čitaoca će svakako posebno biti interesantni slučajevi iz prakse kojima autorka upotpunjuje sliku ove etape u razvoju sudske medicine. Autorka objašnjava utvrđivanje neimovinske štete ili materijalne naknade za bol u slučaju trovanja hranom

devedeset četvero radnika u jednom restoranu na Novom Beogradu. Zatim, navode se poznati primeri iz prakse tog vremena kao što je ubistvo turskog ambasadora 1983. godine, avionska nesreća nad Zagrebom 1976. godine i rudarska nesreća kod Tuzle iz 1990. godine.

Devedesete godine su obeležile jedan od najburnijih istorijskih perioda za našu državu i naš narod. Ratna dešavanja iz tog perioda ostavila su dubok trag i posledice u našem društvu, a samim tim i na razvoj sudske medicine. U desetom poglavlju autorka se bavi pre svega pitanjima odvijanja nastave na Katedri za sudsku medicinu devedesetih godina, da bi u jedanaestom poglavlju prikazala originalne obdukcione izveštaje u preko trideset najinteresantnijih i najintigrantnijih slučajeva koji su obeležili ovaj vremenski period: otvaranje hercegovačkih jama, smrt novinarka Dade Vujasinović, ubistvo policajca, Oluja u Hrvatskoj, smrt demonstranta Predraga Starčevića, Selo Glodani – septembar 1998, selo Račak – januar 1999, NATO bombardovanje Beograda, smrt novinara Slavka Ćuruvije, nestanak i pronalazak Ivana Stambolića, slučaj „Ibarska magistrala“, ubistvo premijera 2003, itd. Vredno je pomena i hvala da su na poziv Jugoslovenskog komiteta za prikupljanje podataka o izvršenim zločinima protiv čovečnosti i međunarodnog prava pozvani sudskomedicinski veštaci sa Instituta za sudsku medicinu u Beogradu kako bi izvršili preglede zarobljenika iz muslimanskih i hrvatskih logora na teritoriji Bosne i Hercegovine. Pregled 92 logoraša, kao jedan deo ovih ispitivanja, urađenih u toku 1994. i 1995 godine predstavljao je jedini stručni medicinski izveštaj, dokumentovan, sudskomedicinski i statistički obrađen koji je potvrdio postojanje torture u logorima. Ovaj dokument je postao zvanični dokument Ujedinjenih nacija u vidu aneksa pod nazivom *Torture in the camps for Serbs in the former Bosnia and Herzegovina – forensic, medical and psychiatric aspects*. Međusobne stručne veze i komunikacije sudskih lekara bivše Jugoslavije bile su bitno poremećene ratnim dešavanjima što

je dovelo do prestanka rada Udruženja za sudsku medicinu Jugoslavije. Ipak, vrlo brzo nakon prestanka ratnih sukoba ponovo je osnovano Udruženje za sudsku medicinu Jugoslavije, kada su članovi udruženja postali sudski lekari Srbije i Crne Gore, a već 1997. godine organizovan je prvi međunarodni skup u Herceg Novom. Na skupu su prisustvovali sudski medicinari iz Beograda dr Dušan Dunjić i dr Mirjana Miković iz Beograda, dr Vujadin Otašević iz Niša, dr Naum Gutevski iz Skoplja, dr Miodrag Šoć iz Podgorice i dr Miloš Tasić iz Novog Sada (autorka je verovatno omaškom stavila Niš, str. 340). Glavna tema kongresa je bila *Strelne rane*.

U dvanaestom poglavlju autorka se vraća pomenutoj istorijskoj vezi između Pravnog fakulteta i sudske medicine. Ovaj deo rada prati celokupni razvoj predmeta Sudska medicina na Pravnom fakultetu, od osnivanja Pravnog odeluka Liceja u Kragujevcu 1841. godine do današnjih dana. Autorka navodi hronološki podatke o svim profesorima sudske medicine na Pravnom fakultetu u Beogradu, dr Aćim Medović, dr Milan Jovanović – Morski, dr Milan Jovanović – Batut, prof. dr Milovan Milovanović, prof. dr Dušan Jeftić, prof. dr Mihajlo Lukić, prof. dr Jovan Marić, prof. dr Slobodan Kovačević, prof. dr Đorđe Alimpijević i prof. dr Slobodan Savić. Interesantno je pomenuti da nema pouzdanih podataka da li je i ko predavao neposredno posle Drugog svetskog rata sudsku medicinu na Pravnom fakultetu. Pravna medicina je prema trenutno važećem Nastavnom planu i programu osnovnih studija na Pravnom fakultetu u Beogradu jednosemestralni predmet u pravosudnoj nastavnoj grupi i sastoji se iz dva dela: sudska medicina i sudska psihijatrija.

Trinaesti deo knjige prikazuje još jednu dimenziju u razvoju sudske medicine, odnosno sudsku medicinu za vojne lekare. Poglavlje je, kao i prethodna, bogato ilustrovano brojnim fotografijama i originalnim prikazima značajnih dokumenata. Podaci o prvim vojnim bolnicama, prvom udžbeniku sudske medicine za vojne lekare,

izgradnji vojne bolnice, osnivanju Vojno-medicinske akademije 1949. godine kao i osnivanje Zavoda za patologiju i sudsku medicinu samo su neka od tema kojim se posvećuje pažnja u ovom poglavlju.

Najzad, četrnaesti deo knjige sadrži biografske podatke o nastavnicima i saradnicima Katedre za sudsku medicinu, a u završnom petnaestom poglavlju autorka navodi bibliografiju svih objavljenih radova članova Katedre za sudsku medicinu u periodu od školske 1948/49. godine do 2007/2008. godine.

Posao prikazivanja hronologije o razvoju sudske medicine u Beogradu predstavlja plod velikih napora i poduhvat vredan hvale. Knjiga izuzetno bogate sadržine, ilustrovana originalnim prikazima značajnih dokumenata, publikacija i fotografija prikazuje ne samo fakuletski život *stricto sensu* nego i van-nastavne aktivnosti i društvene prilike koje su se odrazile i na razvoj sudske medicine u Beogradu.

Mr Jelena Jovičić

## STUART HENRY, MARK M. LANIER

### *What is crime?*

Rowman & Littlefield, USA, 2001, 258 str.

Određenje pojma zločina predstavlja važno kriminološko pitanje. Od njega u velikoj meri zavisi i usvajanje teorijske perspektive jednog kriminologa<sup>1</sup>. Tako npr. pripadnici psiholoških i bioloških orijentacija zločin poistovećuju sa bolešću duše i tela dok sledbenici Durkheima i Sutherlanda, pripadnici „čikaške škole“ i marksistički orijentisani autori a posebno „novi“, „radikalni kriminolozi“ shvataju zločin kao izraz društvene dezorganizacije.<sup>2</sup> Dominantno usvojene orijentacije u kriminološkoj literaturi u pogledu definisanja zločina su konsensualni pristup, potom konfliktni pristup i naposljetku integrativna perspektiva.

Zastupnici prvog gledišta smatraju da postoji saglasnost većine članova zajednice u pogledu ponašanja koja treba da budu predviđena kao zločin. Osim principa legitimiteta, koje podupire ovo shvatanje, zločinom se može označiti samo ono ponašanje koje poznaje krivični zakon čime je istovremeno prihvaćeno i načelo legaliteta. Pored konsenzusa i principa zakonitosti, zločin se po ovom shvatanju poistovećuje sa društvenom štetnošću odnosno sa onim ponašanjima kojima se, kako je to Durkheim isticao, „povređuju snažna kolektivna shvatanja i osećanja“.<sup>3</sup> Prigovori koji se upućuju ovoj orijentaciji odnose na kulturnu i istorijsku relativnost krivičnih dela kao i na neodređenost pojma društvene štetnosti. Takođe, konsensualnom pristupu se zamera da ne uzima u obzir političke činioce koji daju doprinos oblikovanju pravnih normi zbog čega

one ne predstavljaju uvek odraz postignutog sporazuma u društvu.

Konfliktni pristup društvo posmatra kao zajednicu različitih grupa koje su međusobno suprotstavljene. One koje imaju političku moć koriste pravni sistem kako bi poboljšale svoj ekonomski i društveni položaj. Zločin je po ovom gledištu politički koncept, dizajniran da zaštiti pozicije navedenih grupa. Shodno tome, „pravi“ zločini podrazumevaju sledeća ponašanja: kršenje ljudskih prava, nebezbednost na radu, zagađenje životne sredine, policijsku brutalnost, neadekvatne mogućnosti za zaposlenje, obrazovanje, učestvovanje u političkom odlučivanju, stvaranje monopola itd<sup>4</sup>.

Naposletku, integrativni pristup podrazumeva objedinjavanje različitih gledišta umesto insistiranja na jednom elementu. Prvi zastupnik ovog pristupa bio je John Hagan sa idejom o piramidi zločina<sup>5</sup> što su potom detaljnije kroz koncept o prizmi zločina razradili urednici knjige „Šta je zločin?“.

Stuart Henry je profesor kriminologije na Fakultetu za javne poslove Državnog univerziteta u San Dijegu. Intersovanja ovog autora obuhvataju kriminološke teorije, kriminalitet belog okovratnika, nasilje u školama i devijantno ponašanje. Autor je knjige *Socijalne devijacije* (2009) a koautor i urednih brojnih publikacija. Mark Lanier je profesor i šef Katedre za krivične nauke Fakulteta društvenih nauka Univerziteta u Alabami. Njegova naučna interesovanja usmerena su posebno ka trgovini ljudima,

1 L.Siegel /2010/: *Criminology*, USA, 16.

2 Đ.Ignjatović /2011/: *Kriminologija*, Beograd, 23.

3 Đ.Ignjatović /2009/: *Teorije u kriminologiji*, Beograd, 233.

4 L.Siegel, op.cit., 17.

5 E.McLaughlin, J.Muncie /2001/: *The Sage Dictionary of Criminology*, London, 59-61.

sociokulturnom kontekstu opojnih droga i epidemiološkoj kriminologiji, orijentaciji koja objedinjuje saznanja krivičnih nauka i epidemiologije, jedne oblasti nauke o javnom zdravlju. Navedena disciplina zločin posmatra kao vrstu bolesti pojedinca i društva što je posebno istaknuto kod krivičnih dela povezanih sa korišćenjem opojnih droga i alkohola, zatim kod trgovine ljudima ali i kod nekih penoloških pitanja kao što je starenje i oboljevanje osuđeničke populacije.

Knjiga „*Šta je zločin?*“ je zbornik radova istaknutih autora koji zločin definišu iz različitih perspektiva. Podeljena je u tri celine: 1) klasični pristup, 2) novi pravci i 3) integrativna orijentacija.

Prvi predstavnik klasičnog shvatanja je rad „*Priroda zločina*“ čiji su autori J. Michael i J. Adler. Njihovo opredeljenje za shvatanje zločina kao isključivo pravne kategorije rukovođeno je praktičnim razlozima. Naime, za razliku od mišljenja po kojima je zločin definisan kao nemoralno ili antisocijalno ponašanje, pravna definicija znači preciznost i izvesnost što je neophodno u naučnim istraživanjima koja moraju biti zasnovana na jasno definisanim pojmovima. Eventualna neslaganja koja mogu proizaći iz pravnog koncepta odnose se samo na pitanja kvalifikacije jednog ponašanja koje ponekad, zbog nedovoljne preciznosti pravne norme, može biti podvedeno pod više krivičnih dela. Takođe, da bismo jedno lice mogli da označimo kao prestupnika, nužno je da ono bude osuđeno u krivičnom postupku. Navedeno naravno ne znači da su svi osuđenici i kriminalci ili da su svi kriminalci i osuđeni već da je reagovanje organa formalne socijalne kontrole jedini siguran način u izdavanju lica koja su učinila krivično delo od onih koja to nisu uradila. Autori se takođe bave i pitanjem definisanja ponašanja koja treba predvideti kao krivično delo. Polazeći od utilitarističke svrhe krivičnog prava, ponašanja kojima se povređuju društveni interesi zaslužuju da budu određena kao krivična dela. Prvi korak podrazumeva klasifikaciju navedenih interesa (poput života i telesnog integriteta, opšte sigurnosti, sigurnosti institucija itd.) a drugi

se sastoji u izdavanju samo onih ponašanja koja zbog svojih karakteristika i posledica po navedene društvene interese treba predvideti u krivičnom zakonu.

U sledećem radu čiji je autor P. Tappan argumenti u prilog klasičnom, pravnom, konceptu zločina izlažu se na primeru kriminaliteta belog okovratnika na koji je sredinom XX veka ukazao Edwin Sutherland. Prvobitna definicija ovog tipa kriminaliteta odnosila se samo na kršenje normi krivičnog prava u oblasti privrednog poslovanja od strane ljudi na višim društvenim položajima. Kasnije proširenje ove definicije obuhvatilo je i ponašanja kojima se krše bilo koje pravne norme što je predmet kritike autora ovog članka. Termini kao što su „nepošteno“, „povreda“, „diskriminacija“ a koje u objašnjenju kriminaliteta belog okovratnika koriste sociolozi ne mogu adekvatno napraviti razliku između zločina i ponašanja koja to nisu. Takođe, nije opravdano kriminalcem označiti lice koje nije učinilo krivično delo. Naprotiv, ovaj autor je mišljenja da je učinilac krivičnog dela samo lice koje je osuđeno i da u naučnim istraživanjima treba koristiti podatke o osuđenim a ne o optuženim ili prijavljenim licima kako bi se poštovala pretpostavka nevinosti.

Autori sledećeg rada u okviru klasičnog pristupa H. i J. Schwendinger ukazuju na značaj debate o tome da li zločinom treba smatrati samo ponašanje predviđeno u krivičnom zakonu, kao što je tvrdio Tappan, ili i ona društveno štetna ponašanja koja su zbog različitih činilaca ostala van granica krivičnopravnih normi. Pravna definicija zločina je zanimljiva formulacija koja objedinjuje normativne, nominalne i operacionalne elemente. Međutim, ako bismo ove elemente razdvojili došli bismo do zaključka da su oni neadekvatni u naučnom smislu. Npr., operacionalna pravna definicija zasniva se na preciznosti kategorija, što njeni zastupnici ističu kao značajnu prednost nad ostalim shvatanjima zločina. Ipak, takva operacionalizacija istraživačima ne nudi ništa više od konceptualnih kategorija kao što su razbojništvo, silovanje, krađa itd. Upotreba statističkih podataka o ovim kategorijama trpi kritike

jer ne predstavlja pouzdan način merenja kriminalnog ponašanja. Legalističke definicije zločina su po pravilu nominalne. Njihovi autori izdvajaju određenu etičku karakteristiku zločina ili se ograničavaju na razmatranje odnosa zločin-sankcija. Iako ima mišljenja da se ovde radi o realnim ili kauzalnim definicijama, zapravo su u pitanju nominalne definicije. Jer, ponašanje koje je zakonom definisano kao zločin postojalo je pre procesa inkriminalizacije. Ponašanje se prema tome može smatrati determinantom zakona a ne obratno. No, da li su pravne pravne definicije i realne odnosno kauzalne definicije? Analiza efekata organa krivičnog progona nametnula je kao imperativ razlikovanje između osuđenih kriminalaca i onih koji su izbegli izricanje krivične sankcije. No, u konstrukciji realnih definicija zločina nije neophodno korišćenje pojma sankcije. Kako u operacionalnim, tako i u realnim definicijama sankcija nije nužan element. Može se govoriti o svojevrsnom odnosu između prestupnika i države ali svakako je da postoje situacije u kojima ne dolazi do njihove primene (npr., kod oportuniteta krivičnog gonjenja). Kritikujući stavove o potrebi definisanja zločina kroz element društvene štetnosti, jer neka ponašanja mogu biti zabranjena zakonom a da pri tome nisu i društveno štetna i obratno, autori se zalažu za alternativnu koncepciju – krivična dela su ponašanja kojima se povređuju ljudska prava. Iako je sigurno da se veliki broj krivičnih dela pokapa sa ovom kategorijom, delikti bez žrtve i krivična dela koja se odnose na konzumiranje određenih supstanci ostaju van predloženog rešenja. Autori završavaju tekst zaključkom koji uvodi u drugu celinu ove knjige po kome kriminolozi treba da usvoje realnu a ne nominalnu definiciju zločina. U tom smislu, društveni sistem a ne karakteristike pojedinaca predstavlja kriminogeni faktor. Ako je sistem takav da ljudima uskraćuje ili povređuje osnovna prava, kao što su u SAD milionima crnaca uskraćeni humani uslovi života i rada, ako imperijalni ratovi, rasizam i seksizam dovode do kršenja tih prava, mogu se po mišljenju ovih autora okarakterisati kao zločin.

Umesto okrenutosti ka zločinu što je karakterisalo klasičan pristup, noviji pravci centar interesovanja usmeravaju ka ponašanju prestupnika. Pitanje koje se postavlja nije više „Zašto bi neko to učinio?“ već „Šta je prouzrokovalo takvo ponašanje?“ Tako npr. autori R. Surette i C. Otto glavnu ulogu u definisanju zločina pripisiju medijima. Oni ukazuju da prvo postoje zločini koji su istovremeno i društveno neprihvatljiva ponašanja poput ubistva, silovanja, krađe. Sa druge strane, postoje i zločini koji su predviđeni zakonom ali koji se ne smatraju društveno neprihvatljivim. Npr., u SAD konzumiranje marihuane u nemedicinske svrhe predstavlja krivično delo što nije slučaj sa nekim drugim krivičnim zakonodavstvima. Konačno, postoje i ona ponašanja koja su devijantna ali nisu određena kao krivična dela. Interesovanje autora ovog članka usmereno je na migracije ponašanja iz poslednja dva primera. U tom procesu de- i inkriminalizacije ključnu ulogu imaju mediji od čijeg izveštavanja zavisi da li je neko krivično delo „značajno vidljivo“ ili pak „zaklonjeno“ usled nedostatka medijske pažnje. Da bi se bolje razumela navedena konstatacija, autori polaze od teorijske perspektive društvenog konstrukcionizma. Ona podrazumeva da ljudi stiču saznanja iz ličnog iskustva, kroz interakcije sa važnim ljudima iz svoje sredine, kroz učesće u društvenim grupama i institucijama i putem izveštavanja masovnih medija. Društveni konstrukcionizam ne znači dovođenje u pitanje fizičke realnosti već fokusiranje na ljudske odnose i kako oni utiču na percipiranje stvarnosti. Objašnjavajući faze medijskog izveštavanja kojima se utiče na stvaranje veće vidljivosti zločina, autori analiziraju kako mediji učestvuju u konstrukciji realnosti. Kao primere oni navode uticaj medija na poimanje nasilja na putevima kao novi društveni fenomen, potom na paniku u pogledu serijskih ubistva u SAD tokom 80-ih godina prošlog veka zbog čega je u javnosti stvorena predstava o nasilju između nepoznatih lica kao načinu života a takođe su zbog medijskog uticaja vozači pod uticajem alkohola okarakterisani kao „alkoholisane ubice“ i najveći društveni problem.



D. Milovanovic i S. Henry razvili su konstitutivnu definiciju zločina. Kritikujući shvatanja koja žrtve vide samo u pojedincima a ne i u grupama i društvenim kategorijama, autori drugačije definišu pojam povrede koja se nanosi zločinom. Štetno ponašanje se po njima sastoji ili u redukciji ili u represiji. Prva vrsta štetnog ponašanja odvija se u slučaju oduzimanja neke od ključnih vrednosti (ljudska prava, telesni i psihički integritet, materijalna pozicija, rasa, etničko poreklo, društveni položaj itd.). Tako npr. u savremenim zapadno-demokratskim društvima ekonomska dimenzija redukovanja kao štetnog ponašanja uključuje krađu imovine, biološka telesno povređivanje a društvena zločine mržnje. Navedene vrednosti uskraćuju se od strane onih koji imaju političku nadmoćnost. Represija postoji u slučaju onemogućavanja pojedinca ili grupa u ostvarivanju željene pozicije. Zločin se od strane ovih autora posmatra kao negacija ljudskosti a žrtva kao ne-čovjek. Zločin predstavlja realizaciju moći a zakon je njegov izvor jer omogućava opstanak odnosa u društvu koji potom nanose zlo.

Prvi predstavnici integrativnog pristupa su S. Greer i J. Hagan. Kritikujući različite definicije zločina, počev od Tappanovog legalističkog pristupa, preko Sutherlendovog pojma „antisocijalnog ponašanja“, Sellinovog kros-kulturnog pristupa, do statističkog, interakcionističkog i utopijskog gledišta, navedeni autori grade konstrukciju piramide zločina. Piramida ima tri dimenzije. Prva se odnosi na stepen saglasnosti u društvu u pogledu ponašanja koja su zločini. Druga dimenzija odnosi se na ozbiljnost društvenog odgovora koji se može kretati u granicama od javne egzekucije do učtivog izbegavanja. Naposljetku, treća dimenzija je društvena procena štetnosti zločina. S obzirom na navedene dimenzije može se praviti razlika između ozbiljnih zločina (vrh piramide koji objedinjuje visok stepen saglasnosti u društvu, ozbiljnu društvenu reakciju i značajno štetno ponašanje), devijantnih ponašanja koja će retko biti označena kao zločin i ponašanja koja variraju između ove dve krajnosti. Zločini u pogledu kojih postoji visok stepen saglasnosti

u društvu obično se nazivaju *mala in se* dok se termin *mala prohibita* odnosi na krivična dela koja su predmet neslaganja u jednom društvu. Autori kao primer konfliktnih zločina navode korišćenje opojnih droga i alkohola, politička krivična dela, lakša imovinska krivična dela. Za razliku od zločina, postoje i devijantna ponašanja koja su po ovim autorima razvrstana u dve kategorije: socijalne devijacije i socijalna skretanja. Najčešći oblici prve grupe su maloletnička delinkvencija, kršenje pravila poziva/profesija i interpersonalno psihičko uznemiravanje. Kako autori zapažaju, sudovi za maloletnike „tretiraju“ a ne kažnjavaju ovu grupu prestupnika, organizacije otpuštaju ili suspenduju zaposlene koji krše pravila dok psihijatri štite privatnost svojih „pacijenata“. Razlika u odnosu na kriminalce može se zapaziti u izostanku stigme kod nabrajanih oblika socijalnih devijacija. Socijalna skretanja podrazumevaju minorne forme devijantnog ponašanja koja vrlo retko podležu procesu inkriminalizacije. No, kako Greer i Hagan ističu, granicu između zločina, devijacije i skretanja je teško povući. Nedostaci ovog gledišta odnose se na pitanje saglasnosti u jednom društvu imajući u vidu da uvek postoje grupe koje ili nisu učestvovala u donošenju odluke ili imaju drugačiji stav. Takođe, u pogledu određenih krivičnih dela piramida zločina pokazuje znake manjkavosti. U pitanju su krivična dela protiv čovečnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom a autori kao primer navode genocid. Ova krivična dela sa jedne strane prouzrokuju znatnu štetu ali u pogledu njih je teško postići saglasnost dok reakcija često u potpunosti izostaje.

Autori poslednjeg članka su istovremeno i urednici knjige. Njihovo integrativno gledište naslanja se na prethodnu koncepciju o piramidi zločina. Pored njenih već pomenutih nedostataka, Henry i Lanier ističu i sledeće: kod piramide zločina zapostavljena je vidljivost zločina, tj. svest javnosti o zločinu. Sva krivična dela prouzrokuju štetu ali kod pojedinih, poput kriminaliteta belog okovratnika, žrtve tek posle dužeg vremena shvate da su viktimizovane; takođe, u koncepciji o piramidi zločina zanemareno

je da zločin može imati više žrtava što utiče na stepen njegove štetnosti kao što je to npr. slučaj sa terorizmom; dalje odgovor na izvršeni zločin zavisi kako od vrste krivičnog dela tako i od učinioca – odgovor organa krivičnog progona biće potpun za dela siromašnih (krađa, razbojništvo) za razliku od krivičnih dela učinjenih od strane ljudi na visokim društvenim položajima. Kako bi se uklonili navedeni nedostaci, autori predlažu redizajniranu piramidu koja je u njihovoj koncepciji dvodimenzionalna i naziva se prizma zločina. Gornja piramida predstavlja vidljive zločine, poput krađa, razbojništava, silovanja, ubistva dok donju piramidu čine krivična dela učinilaca na visokim društvenim položajima. Svoj integrativni pristup definiciji zločina Henry i Lenier prezentuju na primeru školskog nasilja. Ovaj oblik nasilja po pravilu se odnosi na psihičko ili fizičko nasilje između učenika i nastavnika ili između samih učenika. No, integrativni pristup podrazumeva posmatranje školskog nasilja na više nivoa. Pored navedenog, autori ističu i sledeće: školski odbor – roditelji; zajednica – roditelji, škola; državna i nacionalna obrazovna politika – škole; politika suzbijanja maloletničke delinkvencije – učenici; odnos medija i popularne kulture prema učenicima; državna politika po pitanju opojnih droga i oružja – učenici. Samo ako se uzmu u obzir i navedene okolnosti, odnosno širi kontekst školskog nasilja može se

razumeti ovaj fenomen što već ulazi u pitanja etiologije kriminaliteta.

Definisanje pojma zločina predstavlja značajnu kriminološku ali i krivičnopravnu temu. Različiti teorijski pristupi pokazuju da je u kriminologiji izjednačavanje zločina sa krivičnim delom, kako ga razume krivični zakonodavac, samo jedan od brojnih pogleda na navedenu problematiku. Značaj ideja kojima se zločin posmatra sa sociološkog, interakcionističkog ili integrativnog aspekta ne ogleđa se samo u doprinosenju razvoja kriminološke misli već ima i praktične posledice. Ukazivanje da bi zločinom trebalo označiti i društveno štetna ponašanja ljudi na visokim položajima ili sve oblike ponašanja nosilaca političke moći kojima se krše ljudska prava, predstavljaju dobre primere za to. Iako je sigurno da će zbog načela zakonitosti kao i zbog preciznosti u naučnim istraživanjima o kriminalitetu biti prihvaćena pre svega klasična, legalistička orijentacija, prigovori koji su joj u radovima ove knjige upućeni kao i argumenti kojima se potkrepljuju suprotna gledišta ne treba zanemariti. Shodno navedenom, knjiga „Šta je zločin?“ predstavlja značajnu kolekciju radova najistaknutijih autora koji su pažnju posvetili jednom od ključnih pitanja za sve krivične nauke zbog čega je i nezaobilazna literatura za sve one koji se njima bave.

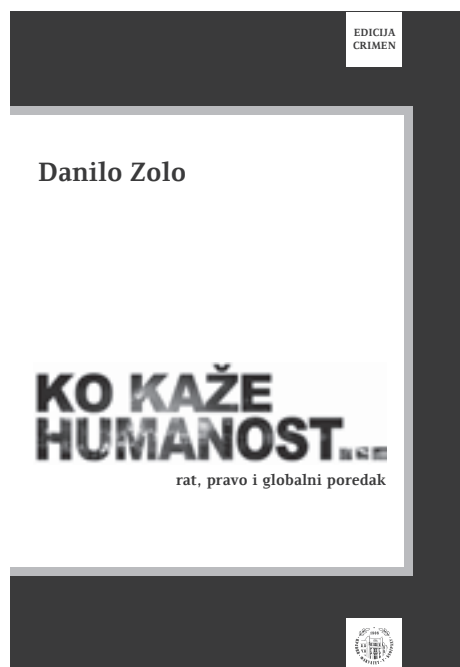
Natalija Lukić

## NOVO U EDICIJI *CRIMEN*

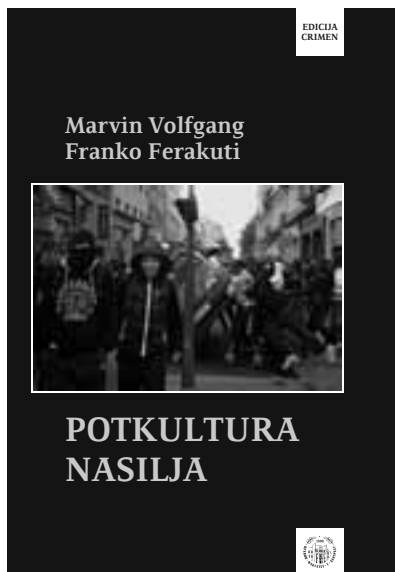


Edicija *CRIMEN* • Knjiga 23

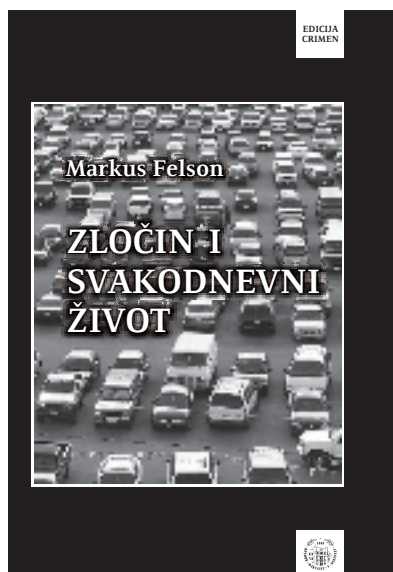
Edicija *CRIMEN* • Knjiga 22



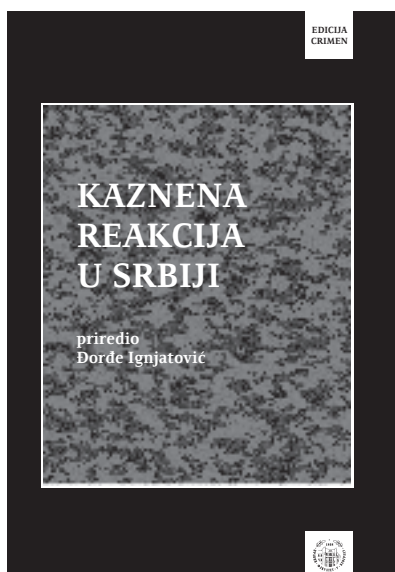
## EDICIJA CRIMEN



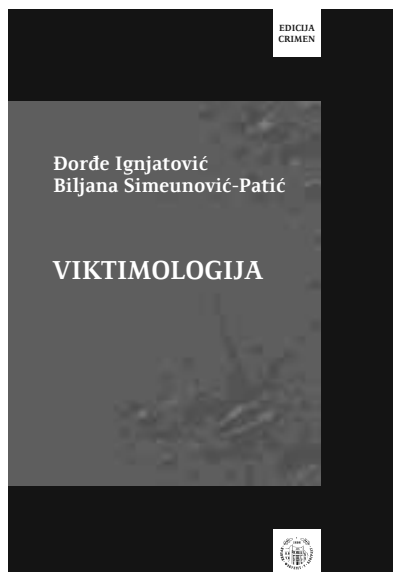
Edicija CRIMEN • Knjiga 21



Edicija CRIMEN • Knjiga 20



Edicija CRIMEN • Knjiga 19



Edicija CRIMEN • Knjiga 18

## 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° 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](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](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

(III) 2/2012 pp. 133–296

## CONTENTS

### ARTICLES

- Danilo Zolo, Il tramonto della democrazia nell'era della globalizzazione . . . . . 135
- Stefano Ruggeri, Investigative powers affecting fundamental rights  
and principles for a fair transnational procedure in criminal matters.  
A proposal of mutual integration in the multicultural EU area . . . . . 147
- Branislav Ristivojević, Negative trends in criminal policy in the substantive  
criminal law of Serbia since the adoption of the Penal Code:  
thorough legislator determination or an incident . . . . . 170
- Nedeljko Jovančević, Position der Hauptbeteiligten im Strafverfahren  
in der neuen StPO 2011 . . . . . 191
- Emir Ćorović, Constroversial types of disciplinary punishment of children:  
based on exclusion of unlawfulness of a criminal act or violence  
against children? . . . . . 211

### PRACTICE OF THE ECHR

- Slavoljub Carić, Experiences of the Republic of Serbia concerning  
violations of human rights in criminal cases, discussed by the  
European Court of Human Rights . . . . . 223

### COMPARATIVE VIEW ON THE ENFORCEMENT OF CRIMINAL SANCTIONS

- Veljko Delibašić, Informal prison system in Brazil . . . . . 233

### FROM THE HISTORY OF CRIMINAL JUSTICE

- Živojin Perić, On Amnesty in Serbian Criminal Law Concerning  
the Judicial Responsibility of Conspirators . . . . . 251

### REVIEWS

- Snežana Veljković, Chronicles of Legal Medicine in Belgrade . . . . . 283
- Stuart Henry, Mark M. Lanier, What is crime? . . . . . 288

ISSN 2217-219X

