

CRIMEN

ČASOPIS ZA KRIVIČNE NAUKE || JOURNAL FOR CRIMINAL JUSTICE

(V) 1/2014 str. 1–120

SADRŽAJ

ČLANCI

- Kristian Kühl, Pet poglavlja iz nenapisane knjige
o (krivičnom) pravu i moralu 3
- David O. Friedrichs, Kapitalističke banke kao kriminalni preduzetnici
– slučaj Vol strita 18
- Snežana Soković, Uslovni otpust – sporna pitanja
i savremena normativna rešenja 35
- Igor Vuković, Pretpostavljeni pristanak u krivičnom pravu 50
- Saša B. Bovan, Metodski potencijali hermeneutičkog
u razumevanju i primeni načela ne bis in idem 62

PREGLEDNI ČLANCI

- Veljko Delibašić, Pojedina sporna pitanja u vezi sa opojnim drogama
u Krivičnom zakoniku 75
- Olga Tešović, Delo malog značaja i načelo oportuniteta krivičnog gonjenja
– potreba njihovog istovremenog zakonskog regulisanja 89

IZ ISTORIJE KRIVIČNIH NAUKA

- Toma Živanović, O subjektivnom („moralnom“) elementu
u pojmu krivičnog dela 103

PRIKAZI

- Ljupčo Arnaudovski, Aleksandra Gruevska-Drakulevski,
Penologija, I–II (prof. dr Đorđe Ignjatović) 110
- Zoran Stojanović, Krivično pravo. Opšti deo, 20. izdanje
(mr Nenad Stanković) 113

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

Izdavanje ovog časopisa omogućeno je zahvaljujući sredstvima kojima Ministarstvo prosvete
i nauke Republike Srbije finansira Projekat br. 179051.

*Kristian Kühl**

Pravni fakultet, Univerzitet u Tübingenu

PET POGLAVLJA IZ NENAPISANE KNJIGE O (KRIVIČNOM) PRAVU I MORALU**

Apstrakt: U radu se razmatra složeno pitanje odnosa morala i krivičnog prava. U prvom delu rada ukazuje se na neka opšta pitanja tog odnosa. Drugi, obimniji deo rada, bavi se sa pet pitanja tog odnosa. Prvi odeljak sadrži izlaganje o teoremi kategorijalne razlike između legaliteta kao pravnog oblika i moralnosti kao moralne forme. Drugi odeljak se bavi moralnim i pravnim aspektima samoubistva, kao i shodnom problematikom podstrekavanja i pomoći samoubici u ostvarenju njegove namere. U trećem odeljku sledi izlaganje poznatog kriminal-nopolitičkog stava koji zahteva dekriminalizaciju svih delikata koji se ne mogu legitimisati drugačije osim moralnim aspektom. U četvrtom odeljku analiziraju se slučajevi u kojima zakonodavac izričito upućuje na moralna shvatanja, kao onda kada zahteva da delo predstavlja povredu „dobrih običaja“ da bi se zasnovala njegova protivpravnost. Završni, peti odeljak bavi se krivičnopravnim i moralnim aspektima krivičnih dela propuštanja (nečinjenja). Za razliku od tzv. nepravih delikata propuštanja, čija legitimnost se zasniva na činjenici da učinilac mora imati status naročitog garanta, krivična dela kakva je inkriminacija nepružanja pomoći iz § 323c nemačkog Krivičnog zakonika ne poznaju sličan uslov, pa je upitno da li i kako se mogu legitimisati. Autor osnov za legitimnost tu vidi u ljudskoj solidarnosti.

Gljučne reči: krivično pravo, moral, legitimnost, samoubistvo, „dobri običaji“, krivična dela nečinjenja.

I. UVOD I PRISTUP

Knjiga o pravu i moralu iz naslova, budući da tek treba da bude napisana, ne može se naći ni u knjižari ni na internetu. Ta knjiga, ako bismo je zamislili, morala bi imati puno strana i morala bi sadržati izlaganja o pravu i moralu kao dva zasebna regulativna sistema, a isto tako i pregled njihovog odnosa. Već na početku knjige mesto bi morala imati izlaganja o mnogobrojnim razlikama i podudaranjima. Da izvesne veze između prava i morala postoje, proističe već iz okolnosti da i pravo i moral nastoje da uredi ponašanje ljudi. Oba sistema pritom „teže“ da im se prizna određena

* Dr. Dr. Dres. H.c., redovni profesor, kuehl@jura.uni-tuebingen-de

** Osnov za pisanje ovog rada predstavljalo je predavanje koje je autor održao na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu studentima osnovnih studija dana 16. aprila 2013. godine.

opšta obaveznost.¹ U središnjem pogledu, naime onom koji se tiče spoljne ocene radnji i nastoji da do određenih radnji kao naredenih ili zabranjenih dođe odnosno ne dođe, navedena dva sistema, pravo i moral, nalaze se u konkurentskom odnosu. Do podudaranja u tom slučaju dolazi kada se pravo i moral sadržajno, prema naredbama odnosno zabranama koje sadrže, poklapaju. Do razlika između dva sistema dolazi u suprotnom slučaju, kada naredbe ili zabrane dva sistema nisu koherentne. Za pravo se, dalje, može reći da je sistem koji isključivo određuje vidljivo ponašanje ljudi, bez interesa za unutrašnje nastrojenje adresata, dok je moral sistem koji nastoji da odredi i oceni unutrašnje nastrojenje svojih adresata. Na taj način dolazi se do još jedne bitne razlike između prava i morala.

Skiciranje i razumevanje odnosa prava i morala zahteva dosta truda. Tim pre ako se primeti da taj odnos nije statičan, već da je podložan stalnim, delom i spoljnim, promenama.² U društvu u kome postoji tendencija pojačanog državno-pravnog normiranja, domen morala biva iz dana u dan prikraćen. Zamisliv je, mada teže, i obrnuti slučaj, da u određenom društvenom domenu moral sve više određuje ponašanje ljudi i tako deo kolača uzme krivičnom pravu. Prvi scenario ekstenzivnog pravnog normiranja danas je sve češća pojava. No iako trend³ kritičnog umnožavanja krivičnopravne supstance bez sumnje postoji, to ne znači da se krivičnopravni propisi, tako umnoženi, ne mogu sagledavati i iz ugla morala. U takvoj situaciji krivično pravo određuje sadržaj inkriminacija, ali ujedno ima i teret da svoje norme odbrani od eventualne kritike. Kako će krivično pravo reagovati na kritičare do sada je uglavnom zavisilo od toga kako se ta kritika ispoljavala. Svojevremeno su u Nemačkoj oni koji su izabrali građansku neposlušnost kao oblik kritike bili suočeni sa (spornom) reakcijom u vidu krivičnog gonjenja.⁴

Krivičnopravna reakcija na proteste građana je interesantna tema, ali za njeno produbljanje kao i za izlaganje mnogih drugih interesantnih aspekata ovom prilikom nema dovoljno mesta. Lista tema vezanih za pravo, moral i njihov odnos, budući i suviše duga i suviše raznovrsna, ne može se ovde ni izbliza cela iscrpeti. Neophodno je učiniti neki izbor, jer u suprotnom postoji opasnost da se svi aspekti odnosno teme samo prelete. Drugačiji, tematski svestran pristup, bio bi opravdan samo u gore pomenutoj, još nenapisanoj knjizi, koja bi kao monografija mogla da pruži i prostorne pogodnosti koje autoru običnog članka ne stoje na raspolaganju.

U knjizi bi sigurno valjalo naći prostor i smislen sistem za izlaganje mnogobrojnih tema. Običnog čoveka, pa tako i svakog naučnika, lako bi uplašilo već i samo mnoštvo tema i neophodnost da se obrade, a šta bi se tek moglo reći za utisak koji bi ostavio mučan i nezahvalan posao da se sve teme i aspekti stave u odgovarajući sistem? Zadatak je znatno lakši ako je autoru moguće da se, kao ovde, ograniči

- 1 O opštoj obaveznosti up. *Wimmer*, in: *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, vol. 11, 2011, kol. 199–204, s.v. *Universalisierung*.
- 2 Podrobnije *Kühl*, *Freiheitliches Rechtsphilosophie*, 2008, 280; *id.*, in: *Festschrift für Puppe*, 2011, str. 653ff.
- 3 O tendenciji pravnog normiranja vid. *Kühl*, in: *Festschrift für Achenbach*, 2011, str. 251ff.
- 4 Podrobnije *Kühl*, *Strafrecht AT*, 7. izd. 2012, § 8 br. 182 i § 9 br. 109–111a; *Roxin*, *Strafrecht AT I*, 4. izd. 2006, § 16 br. 55 i § 22 br. 130–133.

na pet probranih poglavlja. Neko će reći da je upravo takvo ograničenje nedostatak poduhvata, ali valja reći da je to nužan nedostatak, sa kojim svako ko uopšte želi da o odnosu prava i morala napiše nešto kudikamo korisno mora da se pomiri. Pisac koji se upusti u izlaganja i analizu odnosa prava i morala mora da se podjednako izvešti na dva polja: na pravnom i na filozofskom polju. On mora poznavati ne samo pravo i konkretnu disciplinu (krivično pravo), već mora u određenoj meri biti upoznat i sa moralom ili, naučno formulisano, sa etikom: bar sa njenim principima i kriterijumima. I pored gore naglašene bliske veze između prava i morala, kao dva sistema koja nastoje da uredi ponašanje ljudi, između ta dva sistema postoje i mnogobrojne znatne razlike. Pisac, dakle, koji se interesuje za oba sistema i njihov odnos mora da bude u stanju da neguje izvestan intelektualni raspon, ne bi li mogao oba ta sistema i njihov odnos pravilno da obuhvati. Za filozofa je taj posao teži nego za pravnika. To se može reći i bez naročitog obrazloženja. Svakom krivičaru mnoge su pravne oblasti nepoznanica, pa biće da je onda ispravno reći da je filozofima celo pravo jedna velika nepoznanica. Na kraju valja reći i da se planirani poduhvat lakše može izvesti ako se zauzme određena „distanca“ od pojedinačnog. Inače za pisca postoji opasnost da brzo potone u moru pojedinosti koje čine pravo i moral i ocrtavaju njihov odnos.

Sve u svemu, dobro je kada se reši da se odnosu prava i morala priđe iz oba ugla – kada se iz vida ne izgube ni pravna nauka ni filozofija. To je jedan od glavnih razloga zbog kojih se pisac ovog članka pre mnogo godina nikako nije zadovoljio sadržajem koji je bio ponuđen na „pravnofilozofskom“ smeru u okviru njegovih studija prava. Pravnička je naime filozofija prava posebna vrsta literature za koju na nemačkom postoji i poseban naziv: Juristen-Rechtsphilosophie.⁵ Obim „pravničke“ filozofije prava je u mnogim udžbenicima⁶ neuporedivo veći nego u delima filozofa koji se bave filozofijom prava ili kod etičara.⁷ Osim kvantitativnih razlika valja reći da je kod pravnika i filozofa već i sam početni pristup pravnoj i etičkoj⁸ problematici drugačiji. Filozof nastoji da polazeći od principa prodre do konkretnih sadržaja, dok pravnik obrnuto nastoji da u konkretnim slučajevima pronade relevantne filozofske aspekte. Iz tog ugla i ovaj tekst koji je sad kao članak pred čitaocem sasvim sigurno nosi *prepoznatljiv pečat* pravne nauke.

Sa tih nekoliko reči o preduslovima i ograničenjima u pogledu obrade teme ispunjen je i glavni uslov za obradu pet gore najavljenih „poglavlja“. Pre samih poglavlja članak će sadržati pregled izabranih pet poglavlja, koji osim osnovnoj orijentaciji

5 Up. zbornik „Juristen-Rechtsphilosophie“, ur. Kühl, 2007.

6 Iz pera pravnika postoji veliki broj udžbenika i sistema filozofije prava. Tu je primerice čuvena Radbruhova „Filozofija prava“, koja je danas lako svakom dostupna (u redakciji R. Dreiera i St. Paulsona, 2. izd. 2003; na srpskom u prevodu D. Guteše, Nolit 1980 sa više kasnijih izdanja – p.p.). Ostali poznati autori iz kruga pravnika su, recimo: Helmut Koing (*Coing*, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 5. izd. 1993); Artur Kaufman (*Kaufmann*, Rechtsphilosophie: Eine Einführung in das rechtsphilosophische Denken, 2. izd. 1997); Kurt Zelman (*Seelmann*, Rechtsphilosophie, 5. izd. 2010); Rajnhold Cipelijus (*Zippelius*, Rechtsphilosophie, 6. izd. 2011); i drugi.

7 Izvesni izuzetak bila bi knjiga Matijasa Kaufmana (*Matthias Kaufmann*, Rechtsphilosophie, 1996); up. i *Horster*, Rechtsphilosophie, 2002 (2014).

8 „Rechtsethik (Pravna etika)“ naslov je filozofije prava iz pera Fon der Pfortena (*von der Pforten*, 1. izd. 2001, 2. izd. 2011).

prevashodno služi lakšem prevazilaženju razlike između apstraktnog uvoda o proučavanju i odnosu prava i morala na početku teksta i konkretnih izlaganja u delu koji sledi odnosno pojedinačnim poglavljima. Pregled, osim toga, treba da ukratko utvrdi na koji način sva poglavlja, bez obzira na posebnu problematiku kojom se bave, spadaju u tematski domen odnosa (krivičnog) prava i morala.

Deo koji je označen rimskim II. obuhvata sledeća poglavlja: prvo poglavlje (pod 1) sadržaće apstraktno izlaganje o često precenjenoj – teoremi kategorijalne razlike između legaliteta kao pravnog oblika i moralnosti kao moralne forme. Drugo poglavlje (pod 2) biće zatim konkretno i baviće se moralnim i pravnim aspektima samoubistva, kao i shodnom problematikom podstrekavanja i pomoći samoubici u ostvarenju njegove namere. Pod 3. sledi izlaganje o poznatoj kriminalnopolitičkoj poziciji koja zahteva dekriminalizaciju svih delikata koji se ne mogu legitimisati drugačije osim moralnim aspektom. U četvrtom poglavlju (4) pogled će biti usmeren na one slučajeve u kojima zakonodavac izričito upućuje na moralna shvatanja, kao onda kada zahteva da delo predstavlja povredu „dobrih običaja“ da bi se zasnivala njegova protivpravnost. U završnom, petom poglavlju (5) biće reči o krivičnopravnim i moralnim aspektima propuštanja (nečinjenja). Za razliku od tzv. nepravih delikata propuštanja, za koje se nastoji reći da crpe legitimnost iz činjenice da učinilac mora imati status naročitog garanta, krivična dela kakva je inkriminacija nepružanja pomoći iz § 323c nemačkog Krivičnog zakonika ne poznaju sličan uslov, pa je upitno da li i kako se mogu legitimisati.

II. PET POGLAVLJA O ODNOSU PRAVA I MORALA

1. Kantovo razlikovanje „legalnosti“ i „moralnosti“

Teorema o razlici „legalnosti“ i „moralnosti“⁹ je vrlo popularna, ali to nažalost ne znači da i svako ko je za nju čuo razume njen značaj. Čak bi se moglo reći da je upravo velika popularnost te teoreme uzrok mnogih nesporazuma, budući da je ona mnogima poznata više kao nominalna odrednica, iza koje svako razume neku svoju stvar. Takvom stanju odgovara i činjenica da eventualna zamena „legalnosti“ i „moralnosti“ u raspravi sa razlikom „legalitet“ i „legitimitet“¹⁰ ili razlikom pravnog pozitivizma i prirodnog prava¹¹ lako uvodi veliku zabunu.

Za pravilno sagledavanje stvari neophodno je utvrditi istorijski ispravno polazište, a to je u ovom slučaju Kantova filozofija. Navedena teorema je Kantova i to je sigurno jedan od razloga zbog kojih je tako popularna. U „Metafizici morala (čudoređa)“ iz 1797. godine Kant kaže da su radnje koje su u skladu sa zakonom (pravilom) uvek, bez obzira na motive subjekta, zakonite (legalnost, legalitet, zakonitost) – moralne su,

9 O tome *Kühl*, *Freiheitliches Rechtsphilosophie*, 2008, str. 188, 247 i 275; *id.*, in: *Festschrift für Schapp*, 2010, str. 329ff.; *id.*, in: *Festschrift für Puppe*, 2011, str. 654ff.

10 Up. *Thomas Würtenberger*, *Geschichtliche Grundbegriffe*, vol. 3, 1982, str. 677 ff., s.v. „Legitimität, Legalität“. O razlikovanju legalnosti i moralnosti vid. tamo str. 711 i dalje.

11 O tome *Kühl*, *Freiheitliches Rechtsphilosophie*, 2008, str. 265.

međutim, samo one radnje čiji je motiv u obavezi [dužnosti] iz pravila/zakona kao takvoj (moralnost).¹² U zavisnosti koja reč se izabere može se dakle govoriti o „legalitetu“ i „moralnosti“, o „zakonitosti“ i „moralnosti“; na nemačkom *Legalität und Moralität*, ili *Gesetzmäßigkeit und Sittlichkeit*, sve uvek u istom značenju.

Odlučujuća je dakle posebnost moralnosti da naspram zakonitosti zahteva i postojanje izvesnog živog podsticaja ili motiva (kod Kanta: *Triebfeder*). U pogledu radnje kao čina, sadržajni uslov legaliteta i moralnosti je potpuno jednak. I zakonska i moralna zabrana krađe kao imovinskog delikta štite tuđe pokretne stvari od sasvim istovetnih radnji. Zabrana krađe se, doduše, uglavnom vezuje za krivično pravo, ali izvesno je da je sadrže i mnogi moralni sistemi. Tako u hrišćanskom moralu imamo slučaj da je krađa sasvim izričito zabranjena u Božjim zapovestima („ne ukradi!“). Takva podudaranja između prava i morala uglavnom se ređe ističu, jer znatno više je upadljiva jedna druga jasna razlika: moral nije uperen na izostanak ili izvršenje neke radnje kao čina po sebi već zahteva unutrašnje nastrojenje – kod Kanta: *Triebfeder*, motivi, pokretači, podsticaji, pobude, povodi, vodilje, *elater animi* – i prema datom nastrojenju se ima ocenjivati čin kao moralan ili nemoralan.

Pogrešno bi bilo iz navedenog zaključiti da je sud o moralnosti radnje ograničen samo na unutrašnje pojave, kao što su nastrojenje ili, na starinski Kantov način rečeno, *Triebfeder*, podsticaji. Cilj morala nije samo da postigne ispravno unutarnje nastrojenje. Ispravno nastrojenje otoletvoreno kao puka dobra volja ne čini već za sebe postupak moralnim. Puka dobra volja kao ispravno unutarnje nastrojenje nije dovoljan uslov moralnosti, i ne može biti reči o moralnosti ako se, makar i sa puno dobre volje, učine stvari koje moral zabranjuje. Moralnost zahteva prema tome od subjekta, podjednako kao što to i kriterijum zakonitosti zahteva, da njegovi postupci budu u skladu sa pravilima, dakle upravo *zakoniti*. To je nužan ali ne i dovoljan uslov moralnosti. Osim zakonitosti subjekt mora imati i adekvatno unutrašnje nastrojenje da bi njegov postupak bio moralan.

Sam stav subjekta, njegovo unutrašnje nastrojenje, njegova dobra volja nisu dovoljan kriterijum moralnosti postupka. Neispravan odnosno nemoralan postupak ne postaje moralan dokazom da je postojala dobra volja, da je kod subjekta postojalo odgovarajuće unutrašnje moralno nastrojenje. Moralnost je dakle, isto kao i zakonitost, kriterijum ocene postupka, ali za razliku od ocene zakonitosti ocena moralnosti zavisi od unutrašnjeg odnosa subjekta prema radnji. Ispravna iz ugla moralnosti ne treba da bude samo radnja kao takva, već ispravno mora biti i samo nastrojenje kao izvoriste radnje. Ispravan mora biti podsticaj. Kod Kanta je to često izraženo frazom da subjekt mora delati zbog obaveze [iz dužnosti] („handeln aus Pflicht“). Samo u tom slučaju zakonit postupak je ujedno i moralan. U „Kritici praktičnog uma“ iz 1788. godine Kant je tu razliku odredio tako da treba razlikovati kada neko nešto čini prosto u skladu sa pravilom i kada neko nešto čini neposredno zbog obaveze

12 Nevedno Kantovo delo štampano je kao knj. 6 osnovnog „Akademijnog izdanja“ (*Kant, Die Metaphysik der Sitten*, Akademie-Ausgabe = AA, vol. VI), tamo na str. 219. Prim. prev.: kod srpsko-hrvatskih izdavača postoji prevod D. Guteše (*Kant, Metafizika morala*, Izdavačka knjižarnica Z. Stojanovića 1993), kao i stariji prevod V. Sonnenfelda (*Kant, Metafizika čudoređa*, Veselin Masleša 1967). Postoji i prevod D. Karamana (*Kant, Metafizika čudoređa*, Matica hrvatska 1999).

[iz dužnosti] („aus Pflicht“), odnosno iz poštovanja prema pravilu/zakonu („aus Pflicht, d.i. aus Achtung fürs Gesetz“).¹³ Postupci u skladu sa pravilom su moralni samo onda kada su izvršeni zbog samog mu pravila i obaveze[dužnosti]. Moralni je onaj kome ne treba drugi razlog osim samog morala koji je sadržan u pravilu.

U gore navedenom primeru zabrane krađe, „legalno“ je ponašanje svakog onog ko se – u skladu sa krivičnopravnim propisima – ne odvaži da, kako je prvobitno bio naumio, uzme i prisvoji tuđu pokretnu stvar. Sama činjenica da subjekt, uzmimo, stvar nije ukrao ne zbog obaveze da ne krađe, već iz straha od kazne i krivične reakcije ne umanjuje „legalnost“ njegovog ponašanja. O moralnosti lica iz primera ne može međutim biti ni govora, jer moralnost osim od spoljnog ishoda i poslušnosti ključno zavisi od unutrašnjeg nastrojenja. Pobuda subjekta u slučaju moralnosti moraju biti samo mu pravilo i obaveza kao takva. Taj uslov bio bi ispunjen da je potencijalni učinilac odustao od krađe iz uvidavnosti i zbog poštovanja prema vlasniku i njegovoj imovini.

Teoremi o razlikovanju „legalnosti“ i „moralnosti“ osim navedenog, ne treba pridavati drugi značaj. Tako se, recimo, nikakvi zaključci iz navedene teoreme ne mogu izvesti za trenutno aktuelnu diskusiju u nemačkom krivičnom pravu o motivima učinioća kao kriterijumima za određivanje visine kazne. Svako ko poznaje odredbe nemačkog Krivičnog zakonika lako će uvideti da u nemačkom krivičnom pravu postoje motivi koji negativno utiču na visinu kazne. U tom smislu se u odnosu na druge nemačke krivičnopravne odredbe ističe inkriminacija teškog ubistva u § 211 nemačkog Krivičnog zakonika („Mord“). Biće krivičnog dela teškog ubistva iz § 211 strukturalno se sastoji od svih odlika (običnog) ubistva i od najmanje jednog dodatnog obeležja („Mordmerkmal“). U katalogu dodatnih obeležja, koja su alternativno određena, ima takvih koja opisuju neku spoljnu odliku radnje („svirep“ ili „podmukao način“), ali i onih koji opisuju unutrašnje nastrojenje, pa čak i motive koji bi se lako mogli uporediti sa Kantovim „podsticajima“. Utvrdi li, recimo, sud uz sva obeležja ubistva da je okrivljeni učinio ubistvo iz neke „niske pobude“, uzmimo osвете ili rasizma, onda tehnički gledano nikad nije po sredi obično ubistvo već se uvek radi o teškom ubistvu odnosno „Mord“-u iz § 211 nemačkog Krivičnog zakonika. Razlika je vrlo bitna jer kazna za teško ubistvo iz § 211 jeste uvek doživotno lišenje slobode, dok je za obično ubistvo predviđena kazna lišenja slobode u trajanju do 15 godina. Zakonodavac je dakle na činjenicu da je delo učinjeno *iz niske pobude* nadovezao strožu kaznu. Ali otkud uopšte takvo rešenje, pitaće se čitalac, kada su pobude odnosno razni podsticaji ekskluzivni domen morala i moralnosti?

Bez ispravnog unutrašnjeg nastrojenja nema moralnosti postupka. U našem pređašnjem primeru videli smo međutim da je karakteristično rđavo unutrašnje nastrojenje zakonsko obeležje i time uzeto kao element „legalnosti“.¹⁴ Ispravno je međutim

13 Za Kantovu frazeologiju vid. već njegovo delo „Kritik der praktischen Vernunft“, u osnovnom Akademijinom izdanju: AA, vol. V, str. 81, 115 (p.p.: kod nas u prevodu N. Baste: *Kant*, Kritika praktičkog uma, BIGZ 1979; u prevodu V. Sonnenfelda: *Kant*, Krtika praktičnoga uma, Kultura 1956 i kasnije u redakciji M. Kangrge sa naslovom „Kritika praktičkog uma“); za Kantovu formulaciju vid. i *Höffe* in: *Lexikon der Ethik*, 6. izd. 2002, str. 235; *Kühl*, in: *Ferstschrift für Schapp*, 2010, str. 338.

14 Up. *Engisch*, *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit*, 1971, str. 91; s tim u vezi *Kühl*, *Freiheitliches Rechtsphilosophie*, 2008, str. 191.

u takvim i sličnim primerima naglasiti da problem koji se u njima uočava nema nikakve veze sa konceptom razlikovanja „legalnosti“ i „moralnosti“. Krivično pravo u navedenom i sličnim primerima nije na nedozvoljen način prekoračilo svoje granice i prešlo u sferu morala. Krivično pravo u slučaju inkriminacije teškog ubistva *ne zahteva* valjano unutrašnje nastojanje, već sankcioniše rđavo nastojanje koje je u osnovi iovako – naime drugim propisom – svakako zabranjene radnje ubistva. Da li je i u kojoj meri je odluka zakonodavca da na unutrašnje nastojanje odnosno konkretne niske pobude učinioca nadoveže strožu kaznu legitimna, sasvim je zasebno pitanje koje bi se posebno moralo razmotriti, ali bi se opet lako moglo doći do Kanta. U tom slučaju protiv prihvatanja niskih pobuda kao kriterijuma za pooštavanje kazne moglo bi se istaći da rđavo unutrašnje nastojanje ni na koji način ne kolidira sa slobodom žrtve, kao zaštićenom slobodom svakog subjekta i suštinom prava kod Kanta.¹⁵ Nepravo ubistva iscrpljuje se u celosti u opasnom napadu učinioca na život žrtve.¹⁶ Rđavo nastojanje moglo bi onda samo da povisi stepen – normativno shvaćene – krivice.¹⁷

2. Pravni i moralni aspekti samoubistva

Pravo i moral moguće je razlikovati prema uslovu unutrašnjeg nastojanja, kakav je slučaj kod teoreme o razlici „legalnosti“ i „moralnosti“. Izvesno je, međutim, da između prava i morala postoje i razlike u pogledu spoljnog elementa, u pogledu toga koje se radnje smatraju – bez obzira na unutrašnje nastojanje – ispravnim, a koje ne. Iz mnoštva primera ovde će biti izdvojena problematika samoubistva. Mnoga moralna učenja osuđuju suicid i sadrže njegovu zabranu. U hrišćanskoj etici suicid je zabranjen jer je, tako glasi obrazloženje teologa, Bog stvorio čoveka, te tako čovek primivši život od Boga nema pravo da njime slobodno raspolaže. I Kantova laicistička etika koju je taj pisac razradio u učenju o vrlinama u gore pomenutoj knjizi „Metafizička morala (čudoređa)“, osuđuje suicid i čak kaže da je po sredi „zločin (Verbrechen)“. Kant pod time, dabome, ne misli na ubistvo ili uopšte na neko od krivičnih dela. Iz njegovih izlaganja u učenju o vrlinama, proizlazi da Kant na umu ima moralni zločin. Samoubica svojim činom ne uzima da povredi obavezu koju ima naspram nekog drugog čoveka, već, kako Kant kaže, uzima da povredi prvu obavezu [dužnost] koju ima prema sebi samom kao živom biću („animalisches Wesen“).¹⁸

Krivično pravo u toj materiji stoji na sasvim drugačijem stanovištu. Postoji opšta saglasnost oko toga da je samoubistvo nekažnjivo. Lice koje sebe lišava života time ne čini nijedno krivično delo, suicid kao takav ne može biti predmet krivičnog gonjenja. Taj postulat je međutim istovremeno i predmet zabune. Ako se uzme da samoubica sebi prekraćuje život i da pri tom to ne povređuje slobodu nijednog drugog lica, konsekventno bi bilo uzeti da je u pogledu suicida isključena protivpravost. Barem što

15 Up. *Kant*, Die Metaphysik der Sitten, AA, vol. VI, str. 230.

16 O sadržaju neprava (Unrecht) detaljnije *Kühl*, in: Festschrift für Kühne, 2013, str. 15, 22.

17 Za tu opciju zalaže se *Kelker*, Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht, 2007, str. 614.

18 *Kant*, Die Metaphysik der Sitten, AA, vol. VI, str. 422; up. o tome *Kühl*, Freiheitliches Rechtsphilosophie, 2008, str. 236, 292; *Höffe*, Recht und Moral, in: Neue Hefte für Philosophie 17 (1979), 31.

se tiče krivičnog prava. Tradicionalno je, međutim, suprotan stav nemačkih sudova, gde imamo slučaj da posebno nemački Savezni sud zagovara sasvim drugačije rešenje.

U jednoj odluci tog najvišeg nemačkog suda iz 1954. godine čitamo sasvim izričito da „pravila morala (Sittengesetz)“ najstrože zabranjuju (osuđuju) samoubistvo i to sa razloga što „niko samovlasno ne sme da raspolaže svojim životom, niti da donese odluku da se preda smrti“.¹⁹ Razlog zbog koga se Savezni sud na ovakav način upustio u povezivanja prava i morala leži u nastojanju suda da nađe uporište za kažnjavanje lica koja propuste da osujete poznat im pokušaj samoubistva. Prema stavu suda takva lica se imaju kazniti zbog „nepružanja pomoći (licu u nevolji)“: između obaveze trećih lica da pomognu ljudima u nevolji i volje lica-samoubice da se sebi prekrati život postoji sticaj; želja samoubice da umre je kao oblik volje izraz njegove autonomije, ali je svejedno „moralno rđava“ i kao takva ne može biti razlog koji bi isključio obavezu drugih da priskoče i spreče pokušaj samoubistva. Štaviše, takav stav Saveznog suda vodi postojanju krivičnog dela ubistva propuštanjem (za koje je propisana znatno stroža kazna nego za nepružanje pomoći) ukoliko je reč o licu koje u odnosu na samoubicu ima položaj garanta. Savezni sud ni u jednoj od svojih presuda nije naveo kako je i sa kojim razlozima uzeo da moralni prekor i navodna nemoralnost mogu biti osnov kažnjavanja odnosno kažnjivosti.

Dugo godina stručni krugovi su očekivali da će Savezni sud promeniti kurs i odustati od navedene judikature. Izvesnih naznaka da bi se to moglo desiti bilo je 1984. godine kada je Savezni sud izrazio sumnju u prihvatljivost obrazloženja iz navedene presude iz 1954. godine,²⁰ a pomak je učinjen i 1987. godine, kada je sud u jednoj odluci pokušao da prida veći značaj autonomiji lica-suicidenta i njegove volje.²¹ Nakon tih pozitivnih pomaka, nedavno je međutim u praksi Saveznog suda zabeležen izvestan „povrat“. U jednoj važnoj odluci iz 2011. godine stoji: „pravni poredak samoubistvo vrednuje kao protivpravno“.²² Samoubistvo je, sudeći prema tome, podjednako protivno i pravu i moralu.²³

Za lica koja planiraju da sebi prekrate život naveden stav Saveznog suda nema nikakav neposredan značaj: pokušaj samoubice da sebe liši života nije ni po jednoj koncepciji kažnjiv. Isto važi za pomagače – njihov doprinos je uvek nekažnjiv. No režim za pomagače uskoro bi se mogao promeniti, jer postoje predlozi da se uvede zasebna inkriminacija, koja bi predviđala kažnjivost svakog ko *radi sticanja dobiti* pomaže drugima u samoubistvu.²⁴

19 U zbirci BGHSt vol. 6, str. 147, 153.

20 U zbirci BGHSt vol. 37, str. 367, 375f.

21 Odluka je štampana u časopisu NStZ 1988, 127ff.

22 U zbirci BGHSt vol. 46, str. 279, 258.

23 I o tome vid. *Kühl*, *Freiheitliches Rechtsphilosophie*, 2008, str. 294.

24 Kao primer može se navesti švajcerska organizacija „Dignitas“, koja lica koja žele da sebi prikrate život snabdeva kalijum-cijanidom. O zvaničnom nacrtu i planovima pravne regulacije („Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes gegen gewerbsmäßige Förderung der Selbsttötung“) vid. *Fischer*, *StGB*, 61. izd. 2014, Vor §§ 211–216 br. 18a, gde je naveden i tekst nacrtu § 217 (kod Fischer-a, § 216 br. 1). – O nacrtu iz kruga „Alternativnih nacrtu“ („Alternativ-Entwurf Sterbebegleitung“), vid. *Kühl*, *Freiheitliches Rechtsphilosophie*, 2008, S. 297; za ostale nacrtu up. *Lackner/Kühl*, *StGB*, 28. izd. 2014, Vor § 211 br. 10.

3. Učenje o zaštiti pravnih dobara i njegov značaj za dekriminalizaciju moralnih prestupa

U nauci krivičnog prava razvijena je misao da se legitimnost pojedinačnih inkriminacija može utvrđivati uz pomoć kriterijuma pravnih dobara odnosno zaštite pravnih dobara. Prema tom konceptu legitimni su samo oni propisi koji štite neko pravno dobro.²⁵ Priznata pravna dobra su u prvom redu individualna dobra koja su izričito zagarantovana u nemačkom ustavu – Osnovnom zakonu (život, telesni integritet, svojina u najširem smislu). Otuda su inkriminacije ubistva, telesne povrede i krivična dela protiv imovine načelno legitimni elementi krivičnopravne reakcije. U pogledu ostalih krivičnih dela legitimacija zahteva naročit oprez. Teže je, recimo, u okviru koncepta zaštite pravnih dobara, naći legitimaciju za propise koji štite opšta pravna dobra. U § 316 nemačkog Krivičnog zakonika inkriminisana je vožnja u pijanom stanju. Izvesno je da su i takve i slične inkriminacije legitimne kada u krajnjem ishodu služe zaštiti života i tela ljudi. U navedenom primeru vožnje pod dejstvom opojnih sredstava to svakako jeste slučaj. Isto važi i za krivičnopravne propise kojima se štiti životna sredina, jer cilj tih propisa je da sadašnjim, ali i budućim generacijama, obezbede humane uslove života. Veće teškoće postoje pri pronalaženju legitimacije za krivičnopravnu zaštitu životinja (recimo: inkriminacija mučenja životinja) ili prirodu (recimo: zaštita ugroženih biljnih vrsta), jer kod takvih propisa ne može se kao u gore navedenim slučajevima reći da je u krajnjoj liniji po sredi zaštita čoveka i njegovih interesa.

Pre nekih pedesetak godina učenje o pravnim dobrima imalo je u domenu seksualnih delikata veliki praktični uspeh, koji zaslužuje da se o njemu nešto više kaže. U okviru tadašnje velike nemačke reforme krivičnog prava iz Krivičnog zakonika su eliminisani čisti moralni prestupi, kao što je čuveni § 175 koji je propisivao kažnjivost homoseksualnosti. Kažnjiv je prema § 175 bio protivprirodni blud („Unzucht“) među odraslim muškarcima. Kako takve radnje, ako uzmemo da je odnos dobrovoljan, ne predstavljaju povredu pravnog dobra nijednog od učesnika odnosa, inkriminacija iz § 175 ocenjena je kao puki moralni prestup i navedeno delo je dekriminalizovano. Osim te izmene značajna je i promena naslova odgovarajućeg odeljka u nemačkom Krivičnom zakoniku: prvobitan naziv „Straftaten wider die Sittlichkeit“ promenjen je u „Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung“, na mesto „Krivičnih dela protiv morala“ stavljena su, dakle, „Krivična dela protiv polne slobode“. Apstraktno bi se moglo reći da je katalog „moralnih prestupa“ zamenjen sa katalogom „povreda pravnih dobara“.

Nekoliko decenija posle navedene velike reforme, 2007. godine krivična dela protiv polne slobode opet su se našla u žiži interesovanja stručne javnosti. Te je godine postao poznat slučaj rođenog brata i sestre, koji su se upoznali tek kasnije u životu i, znajući da su brat i sestra, izrodili više dece. Protiv njih je pokrenut krivični postupak i pravosnažno su osuđeni zbog rodoskrvnjenja, koje je kažnjivo po § 173 nemačkog Krivičnog zakonika. Nakon presude brat i sestra su podneli ustavnu žalbu nemačkom Saveznom ustavnom sudu tvrdeći da § 173 nemačkog Krivičnog zakonika nema drugo osim moralnog uporišta i da je kao takav protivustavan. Na stanovištu podnosilaca ustavne žalbe bio je od svih osam sudija samo jedan poznati profesor krivičnog prava koji je svojedobno značajno doprineo razvoju učenja o zaštiti pravnih

25 Up. Kühl, Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das Strafrecht, 2001, str. 34ff.

dobara. Ostale sudije bile su drugačijeg mišljenja, pa je tako Savezni ustavni sud i doneo odluku da je § 173 u saglasnosti sa nemačkim ustavom – Osnovnim zakonom, te da ne postoji relevantna povreda osnovnih prava podnosioca ustavne žalbe.²⁶ Iz obrazloženja se vidi da su odlučujući značaj imale pribavljene ekspertize, iz kojih se prema mišljenju sudijske većine, videlo da je „plauzibilno“ da rodoskrvnjenje može imati štetne posledice po porodicu i njene odnose. Takvo stanovište u pogledu donete odluke nije ubedljivo, jer je zakonodavcu, kako proističe iz odluke, i pored navedene „plauzibilnosti“ dopušteno da po volji iz kataloga krivičnih dela izbriše rodoskrvnjenje. Iskreniji bi zato bio zaključak da § 173 jednostavno ponavlja moralno viđenje.

U pogledu učenja o zaštiti pravnih dobara posebno je šteta što je Savezni ustavni sud prilikom ocene ustavnosti § 173 bez preke potrebe koja bi proisticala iz karaktera slučaja, u navedenoj odluci otvorio front protiv kritičke funkcije celog tog učenja i time naneo nepotrebnu štetu vrlo zaslužnom kriminalnopolitičkom konceptu.²⁷ Umesto učenja o pravnim dobrima, sud smatra da shodnu funkciju ograničenja krivične reakcije treba prepustiti klauzuli srazmernosti (Verhältnismäßigkeitsprüfung, načelo proporcionalnosti), ali valja reći da ta klauzula ni u kom slučaju nije niti pouzdaniji vid legitimacije, niti vodi konkretnijim rešenjima od učenja o zaštiti pravnih dobara.

I zagovornici klauzule opravdanosti u krivičnom pravu dele mišljenje da se zabranom i kažnjavanjem rodoskrvnjenja ne štiti nijedno pravno dobro i da je sledstveno reč o inkriminaciji prema čistom moralnom merilu. Savezni ustavni sud je svoju odluku prevashodno utemeljio na uvidu da je na dohvrat ruke odnosno „plauzibilno“ da rodoskrvnjenje može imati štetne posledice po porodicu i porodični život. Nije li onda Sud mogao bolje i pouzdanije da utvrdi legitimnost inkriminacije analizom porodice i porodičnog života kao pravnog dobra i isticanjem neophodnosti njegove zaštite?

4. Povezujuće između (krivičnog) prava i morala u formi „dobrih običaja“

Do spoja prava i morala u vidu tzv. „dobrih običaja (opšteg morala)“²⁸ dolazi kada država u nekom od propisa kao jedan od elemenata dispozicije predvidi „povredu“ ili „suprotnost dobrim običajima“.²⁹ Takav je slučaj u § 138 nemačkog Građanskog

26 Odluka je dostupna u zbirci Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE), 120, 224, takođe u časopisu NJW 2008, 1137, 1139; Hasemerevo izdvojeno mišljenje dato je na str. 1142 ff. – Odluka je ulgavnom naišla na kritiku: up. Hörnle, NJW 2008, 2085; Roxin StV 2009, 544. Up. o odluci i Kühl, JA 2009, 833, 837; *id.*, in: Festschrift Stöckel, 2010, str. 111, 128; *id.*, in: Festschrift für Maiwald, 2010, str. 433, 447; *id.*, in: Festschrift für Puppe, 2011, str. 665 f.; *id.*, in: Festschrift für Heinz, 2012, Sstr. 766, 767ff.

27 Kühl, in: Festschrift für Heinz, 2012, str. 766, 744.

28 Kakvo-takvo skladno rešenje bila bi fraza o poslovima koji su protivni „zakonu dobrog“ ili „poštenom i dobrom“. No ovde je u *prevodu* namerno zadržan izraz iz našeg važećeg građanskog prava. Up. čl. 10 Zakona o obligacionim odnosima: „Strane u obligacionim odnosima su slobodne, u granicama prinudnih propisa, javnog poretka i dobrih običaja, da svoje odnose uredе po svojoj volji“. Čl. 13 SGZ: „blagonaravlje“. Bogišić u čl. 513, 915 OIZ: „poštenje i blagonaravlje“; „što se god, zbog poštenja i blagonaravlja, bez stida ne može učiniti biva da je, i samo po sebi, kao stvarno nemoguće“. U prvobitnom tekstu Zakona o obligacionim odnosima umesto „u granicama dobrih običaja“, stajalo je: „u granicama socijalističkog morala“. U Prednacrtu Građanskog zakonika, knj. 2, 2009, str. 11: „u granicama morala“. (Prim. prev.)

29 O tome Kühl, Freiheitliches Rechtsphilosophie, 2008, str. 245ff.

zakonika, gde je zakonodavac predvideo da je „ništav“ svaki pravni posao koji je u suprotnosti sa „dobrim običajima“. U krivičnom pravu, koje nas ovde pretežno zanima, imamo primer § 228 nemačkog Krivičnog zakonika u kome je predviđeno da je telesna povreda u slučaju kada postoji saglasnost povređenog protivpravna *samo onda* kada delo i pored saglasnosti povređenog nije u skladu sa dobrim običajima („... nur dann rechtswidrig, wenn die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt.“). Iz rečenog („samo onda“) proizlazi da telesne povrede sa kojima se saglasio povređeni u pravilu nisu protivpravne. Bez obzira da li se (dogmatski posmatrano) pristanku povređenog pripiše dejstvo osnova isključenja protivpravnosti, ili čak isključenja predviđenosti u zakonu važi pravilo: „volenti non fit injuria“ – ko pristaje, njemu se ne čini nikakvo nepravdo. Važan izuzetak sadrži § 216 nemačkog Krivičnog zakonika, gde je, prema logici delikta, predviđeno da će se u slučaju lišenja života na ozbiljan i izričit zahtev ubijenog („Tötung auf Verlangen“³⁰), radnja učinioca uvek smatrati protivpravnom – dakle upravo bez obzira na dobijenu saglasnost lica koje priželjkuje smrt. Jedina je razlika u kvalifikaciji delikta i visini kazne, budući da su u nemačkom Krivičnom zakoniku sva krivična dela podeljena na prestupe, koje zakonodavac načelno blaže kažnjava, i zločine, za koje su načelno predviđene strože kazne. Prema toj podeli ubistvo odnosno lišenje života na zahtev lica je prestup (§ 216), dok su obično i teško ubistvo pravi zločini (§ 212, 211).

Posebnost je dakle inkriminacije telesnih povreda, da je u slučaju saglasnosti povređenih odluka o protivpravnosti, koja načelno pripada pravnoj sferi, prepuštena „dobrim običajima“ kao obliku morala. Glavni je problem tog rešenja što je posve i uvek neizvesno šta su „dobri običaji“. Ne postoji nikakav „kodeks“ takvih „običajia“ u kome bi sud mogao da utvrdi šta je u skladu, a šta je protivno takvim običajima. Sudska praksa je dugo nalazila izlaz u supstituciji „dobrih običajia“ sa frazom da je od značaja kako stvar vidi dobar i pošten svet, da treba suditi prema onom što svi pošteni i pravični ljudi drže i osećaju da je nesporno dobro ponašanje, „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“.³¹ Problem sa tom nemačkom parafrazom nije samo što pomalo prevaziđeno zvuči, već što i uspešno blokira unos empirijskih nalaza u ocenu, budući da sadrži sasvim neodređen filter „svih poštenih i pravičnih ljudi“. Ko je pošten i pravičan stvar je ocene bez koje se ti ljudi sami od sebe ne mogu uočiti i pitati za mišljenje. Izvesno je jedino da iz navedene parafraze proizlazi („svi“!) da ocena ne može počivati na partikularnim stavovima, recimo na stavu sportske zajednice o prihvatljivosti dopingovanja.

Poseban značaj u pogledu klauzule „dobrih običajia“ i institut pristanka povređenog ima nekoliko spektakularnih odluka nemačkog Saveznog suda iz 2007. godine u kojima je sud zauzeo stanovište, da sudovi u odluci ne treba da se upuštaju u opštu, za prilike slučaja nevezanu moralnu ocenu radnji i postupaka.³² U slučaju, uzmimo, sadomazohističkih praktika, sudovi ne treba da se upuštaju u moralisanje i apstraktnu moralnu ocenu sadomazohizma i odgovarajućih ekstremnih polnih radnji. Teže

30 [Up. Lišenje života iz samilosti iz čl. 117 KZ Srbije].

31 Vid. pregled sudske prakse: *Lackner/Kühl*, StGB, 28. izd. 2014, § 228 br. 10.

32 Vid. odluke u zbirci *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen* (BGHSt) vol. 49, str. 34ff., 166ff.; kritički osvrt: *Kühl*, in: *Festschrift für Schroeder*, 2006, str. 519; *id.*, in: *Festschrift für Otto*, 2007, str. 63, 69; *id.*, *Festschrift für Puppe*, 2011, str. 661ff.

je, čini se, prihvatiti da isti princip treba da važi prilikom ocene zajedničkog konzumiranja heroina u grupi narkomana. Ako je takvo uživanje opojnih droga zasebno inkriminisano, a jeste, onda je teško dokučiti zašto bi bila isključena protivpravnost telesnih povreda (sa smrtnim ishodom) koje su nanete u okviru takvih praktika korišćenja narkotika. Nemački Savezni sud je u oba slučaja, i u vezi sa sadističkim polnim radnjama i u vezi sa zajedničkim konzumiranjem heroina, stao na stanovište da protivpravnost radnji koje su bile predmet krivičnog postupka i pored pristanka nije isključena. Pri tome sud nije tvrdio da se radnje i saglasnost protiv „dobrim običajima“ (§ 228 nemačkog Krivičnog zakonika), već je zauzeo stav da su telesne povrede koje sadista nanese mazohisti ili jedan heroinski zavisnik nanese drugom zavisniku time što mu ubrizga heroin i pored pristanka protivpravne jer dovode u opasnost život lica kome se nanosi povreda. U oba slučaja stvar je bila takva da je kod lica kojima su nanete odgovarajuće telesne povrede usled tih povreda nastupila smrt. Reč je dakle bila o telesnim povredama sa smrtnom posledicom. Prihvatimo li međutim da je odlučujuća okolnost protivpravnosti opasnost po život lica koje je dalo saglasnost, a ne nemoralnost odnosno protivnost „dobrim običajima“ onda i zakon valja u tom smeru izmeniti. Za nemački Savezni sud ugrožavanje života je u slučajevima navedene vrste uvek protivno „dobrim običajima“. Nažalost, sud to svoje stanovište nije posebno obrazložio.

5. Kažnjivost propuštanja (nečinjenja) kao pravni i moralni problem

Načelno ne postoji spor oko toga da posebni vidovi propuštanja (nečinjenja) kod kojih se učiniocu može prebaciti mnogo više od proste pasivnosti, naime da je imao mogućnost da promeni tok stvari, mogu biti kažnjivi. Ima međutim autora koji u deliktima propuštanja vide domen krivičnog prava u koji su se umešali goli moralni obziri, i koje bi kao takve spadale u kažnjavanje čudi, misli i unutrašnjeg držanja, a ne radnji („Gesinnungsstrafrecht“).³³ Izvesno je da kažnjivost propuštanja odudara od strukturnih principa krivičnog prava. Krivičnopravni propisi obično imaju strukturu *neminem-ledere*-zabrana – šema koja je dosta stara, ali može se reći da ju je temeljno uobličio Kant. Drži se svoje slobode i kloni se povreda tuđe slobode, koje bi drugi mogao pretrpeti u pogledu života, tela i drugih dobara. Ako država međutim inkriminiše i kažnjava propuštanje to znači da se pojedinci kažnjavaju zato što su ostali u sferi svoje slobode iz koje nisu na račun tuđe slobode izašli kako bi tom drugom u pomoć pritekli.³⁴

To se nekako i može razumeti onda kada između lica kome je potrebna pomoć i onoga koje propušta postoji neka naročita veza, kakav je slučaj sa odnosom između male dece i roditelja. Ako majka pusti da gladno dete umre od gladi njeno ponašanje je u istoj meri krivičnopravno relevantno i zavrednjuje sankciju kao i aktivno ponašanje majke koja svesno nahrani dete zatrovanom kašom. Na tom stanovištu, ne gubeći iz vida razlikovanje prava i morala, stoji i nemački zakonodavac. U § 13 nemačkog Krivičnog zakonika predviđeno je za sva krivična dela čiji opis, kao u slučaju ubistva, prati logiku

33 Naucke, Strafrecht, 5. izd. 1987, str. 288.

34 Podrobnije Kühl, in: Festschrift für Frisch, 2013, str. 785.

aktivne radnje, da će kažnjen biti i onaj „ko propusti da spreči posledicu“ koja je obuhvaćena nekim od – „aktivno“ formulisanih – deliktних činjeničnih skupova „*ako ima pravnu obavezu da se pobrine da (navedena) posledica izostane* (wenn er rechtlich dafür einzustehen hat, dass der Erfolg nicht eintritt)“. Opšti obziri dobrog ponašanja koji, moguće, postoje kao neka moralna obaveza između prijatelja ili ljubavnog para nisu dovoljni da se uzme da postoji i posebna pravna obaveza zaštite i spasavanja tog lica i njegovih dobara.³⁵Nije čak nesporno da li i u kojoj meri postoji pravna obaveza supružnika jednog prema drugom, odnosno da li status garanta proističe iz „činjenice braka“.

Kazna koju zakonodavac predviđa za garanta zbog povrede obaveze sprečavanja posledice je načelno ista kao i za „aktivne“ učinioce, ali može na osnovu posebnog propisa biti ublažena. Nasuprot tome, zakonodavac je znatno nižu kaznu predvideo za *svakog* ko, recimo, kada dođe do kakve nesreće ne pruži pomoć. U § 323c nemačkog Krivičnog zakonika za takvog učinioca predviđena je kazna lišenja slobode u trajanju do godinu dana, a sud alternativno može izreći i novčanu kaznu. Adresat (obveznik) pomoći je u slučaju § 323c *svako lice*, a ne samo lice sa posebnim statusom garanta. Za neke takvo rešenje nije opravdano, zato što je u tim slučajevima po sredi propuštanje koje je protivno samo moralu, tj. reč je o kršenju čisto moralne, unutrašnje obaveze bez upada u sferu treće (tuđe) slobode. U SAD postoji samo pet saveznih država u kojima postoji uporediva inkriminacija koja predviđa obavezu svakog lica, pa i onog koje nema poseban status garanta, da pruži pomoć.³⁶ U svim drugim američkim saveznim državama nepružanje pomoći je samo moralni prestup. Lica koja u tim državama ne pruže pomoć ne vrše nikakvo krivično delo, već se drži da zaslužuju isključivo moralan prekor i da su, prema priči o dobrom Samarićaninu koji pomaže neznancu u nevolji, „loši Samarićani“, „bad samaritans“.

Za legitimaciju inkriminacije kakvu sadrži § 323c nemačkog Krivičnog zakonika neophodno je da se kao pojam uvede koncept ljudske solidarnosti („mitmenschliche Solidarität“), koji inače ima marginalnu ulogu u pravnom sistemu. Solidarnost je pravnofilozofski gledano izvorna u istoj onoj meri kao spoljna sloboda, na osnovima koje je izgrađen naš pravni sistem koji se zbog te odlike može odrediti kao liberalan državni poredak. Napori da se u takav poredak ugrade elementi solidarnosti vredni su pohvale samo onda kada se radi o nastojanju da se utemelji liberalan koncept solidarnosti.³⁷ Taj kriterijum valjano ispunjava § 323c, budući da iz njega proističe obaveza pružanja pomoći samo u onoj meri koja je *neophodna* za uspostavljanje narušene slobode (u filozofskom smislu) o kojoj ne može biti govora kod lica, žrtvi nesreće čije telo ili život stoje pred uništenjem odnosno gašenjem. Više od pojedinca zahteva, pak, hrišćansko moralno učenje, koje počiva na ideji ljubavi prema bližnjem: hrišćanski je, recimo, za svakog pojedinca da se nađe i pomogne licu na samrti i kada je smrt tog lica već uveliko izvesna. Pravo takav zahtev pred svoje adresate ne postavlja.

Preveo sa nemačkog: Luka Breneselović

35 Kühl, Strafrecht AT, 7. izd. 2012, § 18 br. 6; *id.*, Festschrift für Herzberg, 2008, str. 177, 179ff, 184f.

36 Vid. za stanje u SAD Kühl, in: Festschrift für Frisch, 2013, str. 790, fn. 29.

37 Kühl, *op. cit.*, str. 788; *id.*, in: Hirsch/Neumann/Seelmann (ur.), Solidarität und Strafrecht, 2013, str. 93ff.

LITERATURA

- Engisch, K. /1971/: *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit*.
Fischer, Th. /2014/: StGB, 61. Aufl.
Höffe, O. /1979/ *Recht und Moral*, in: *Neue Hefte für Philosophie* 17.
Höffe, O. in /2002/: *Lexikon der Ethik*, 6. Aufl.
Kant, I. /1788/: *Kritik der praktischen Vernunft*.
Kelker, B. /2001/: *Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht*.
Kühl, K. /2001/: *Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das Strafrecht*.
Kühl, K. /2006/ in : *Festschrift für Schroeder*.
Kühl, K. /2008/: *Freiheitliches Rechtsphilosophie*.
Kühl, K. /2011/ in: *Festschrift für Puppe*.
Kühl, K. /2012/: *Strafrecht AT*, 7. Aufl.
Kühl, K. /2013/ in: *Festschrift für Frisch*.
Kühl, K. /2013/ in: *Festschrift für Kühne*.
Kühl, K. /2013/ in: *Solidarität und Strafrecht*, hrsg von v Hirsch/Neumann/Seelmann.
Lackner, K., Kühl K. /2014/: *StGB*, 28. Aufl.
Naucke, W. /1987/: *Strafrecht*, 5. Aufl.
Roxin C. /2006/: *Strafrecht AT I*, 4. Aufl.
Seelmann, K. /2010/: *Rechtsphilosophie*, 5. Aufl.
Wimmer /2011/ in: *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, vol. 11.
Württemberg, Th. /1982/: „Legitimität, Legalität“ in: *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. 3.

Kristian Kühl

Dr. Dr. Dres. h.c.

Seniorprofessor

Juristische Fakultät

Universität Tübingen

FÜNF KAPITEL AUS DEM BUCH ÜBER (STRAF-)RECHT UND MORAL

ZUSAMMENFASSUNG

Das in der Überschrift angesprochene „Buch“ über (Straf-)Recht und Moral gibt es nicht. Man könnte sich aber ein solches Buch vorstellen, und zwar als ein „dickes“, in dem die beiden Regelsysteme und ihr Verhältnis zueinander dargestellt werden müssten. Dass es zwischen (Straf-)Recht und Moral Verbindendes gibt, liegt schon deshalb nahe, weil sowohl das (Straf-)Recht als auch die Moral das Verhalten der Menschenregeln wollen und dabei

Allgemeinverbindlichkeit „anstreben“. Soweit es um die Regelung äußeren Verhaltens geht, treten beide Regelsysteme in Konkurrenz. Das kann zu Verbindendem führen, wenn sie dasselbe Verhalten verbieten oder gebieten. Stellen sie unterschiedliche Verhaltensanforderungen auf, so ergibt sich Trennendes. Trennendes ergibt sich aber auch und erst recht, wenn man (Straf-) Recht auf die Regelung des äußeren Verhaltens von Menschen beschränkt, denn dann wäre die innere Einstellung eines Menschen eine Domäne der Moral.

Der Katalog der Themen im Spannungsverhältnis von (Straf-)Recht und Moral ist so groß und vielfältig, dass er im Aufsatz nicht annähernd vollständig abgearbeitet werden kann. Es ist deshalb eine Auswahl der zu behandelnden Aspekte bzw. Themen vorzunehmen, wenn man nicht alles, was man anspricht, nur antippen will.

Die einzelnen Kapitel, die in dieser Arbeit behandelt werden, sind die folgenden. Zuerst (unter 1.) geht es um das auch noch abstrakte Theorem von Legalität und Moralität, das trotz seines Bekanntheitsgrades oft in seiner Aussagekraft und Reichweite überschätzt wird. Unter 2. geht es konkret um die moralische und rechtliche Bewertung der Selbsttötung mit dem Folgeprobleme der Teilnahme an der Selbsttötung. Es folgt unter 3. die Abgrenzung von Straftaten und sog. reinen Moralwidrigkeiten oder genauer: die Ausscheidung von Moralwidrigkeiten aus dem Bereich des legitimen Strafrechts. Unter 4. wird der Blick auf Verbindungen von (Straf-)Recht und Moral gelenkt, soweit sie vom (Straf-)Recht ausdrücklich hergestellt werden; so etwa, wenn auf einen Verstoß gegen die guten Sitten verwiesen wird, um die Rechtswidrigkeit einer Tat zu begründen. Schließlich geht es unter 5. um die strafrechtliche Sonderproblematik des Unterlassens. Während die sog. unechten Unterlassungsdelikte durch die gesetzliche Forderung einer rechtlichen Einstehenspflicht für den Rechtsbereich reklamiert wird, ist die Legitimation sog. echter Unterlassungsdelikte wie der unterlassenen Hilfeleistung nach § 323c StGB als Straftaten umstritten. Für die Begründung der Strafbarkeit benötigt man einen Begriff, der im Rechtssystem nur eine Nebenrolle spielt: die mitmenschliche Solidarität.

Schlüsselwörter: Strafrecht, Moral, Legitimität, Selbsttötung, „guten Sitten“, Unterlassungsdelikte.

UDK 343.53:336.717 ; 339.747(100)

ORIGINALNI NAUČNI RAD

Primljeno: 10. 3. 2014.

David O. Friedrichs*

Univerzitet Skranton, SAD

Univerzitet Zapadne Australije

KAPITALISTIČKE BANKE KAO KRIMINALNI PREDUZETNICI – SLUČAJ VOL STRITA

U ovom članku (namenjenom publici čiji je maternji jezik srpski) koristio sam ideje iz uvodnog poglavlja koje sam napisao za knjigu Suzan Vil, Stivena Hendelmana i Dejvida Brodertona iz 2012. godine, pod nazivom „Kako su izašli na kraj sa tim“¹, a predstavio sam ih i na sednici Američkog kriminološkog društva², zatim na Univerzitetu u Stokholmu³ i Univerzitetu Islanda⁴. Autor iskazuje zahvalnost profesoru Đorđu Ignjatović, za ukazanu mogućnost da ovaj članak bude doprinos časopisu Crimen. On je priredio ovaj tekst za objavljivanje, a student Pravnog fakulteta Olivera Ćirković ga je prevela.

Apstrakt. Ovaj članak bavi se finansijskom krizom kao kriminološkim fenomenom. Iako je finansijska kriza razmatrana iz raznovrsnih uglova, malo analiza potiče od kriminologa. U radu se daje pregled objašnjenja o uzroku ove krize, a zauzet je stav da je treba posmatrati kao oblik kriminaliteta belog okovratnika, tačnije finansijskog kriminaliteta. Autor je upoređivao razbojništvo koje se vrši u okviru banaka sa klasičnim razbojništvom kada su meta učinilaca banke. Posebna pažnja posvećena je jednom slučaju finansijskog kriminaliteta u kome je glavni akter bila prestižna investiciona banka Goldman Saks. Ukazano je i na kriminogene faktore koji utiču na pojavu ovog oblika kriminaliteta belog okovratnika. Autor zaključuje da funkcionisanje finansijske industrije može biti kriminalno, shodno čemu je potrebno preduzeti adekvatne mere u cilju sprečavanja vršenja krivičnih dela.

Ključne reči: finansijska kriza, investicione banke, finansijski kriminalitet, Vol Strit.

UVOD

Sukob koji se odvija između takozvane kapitalističke političke ekonomije i ideologije, sa jedne strane, i socijalističke političke ekonomije i ideologije sa druge, spada među najveća globalna previranja u prethodnih 150 godina. Sa krahom Sovjetskog

* redovni profesor, david.friedrichs@scranton.edu

1 Susan Will, Stephen Handelman and David Brotherton, *How Did They Get Away With It?* (2012)

2 American Society of Criminology

3 Stockholm University (Annual Educational Cruise of the Finnish Economic Crime Investigators)

4 University of Iceland

Saveza 1991. godine i paralelnim razvitkom mnogih istočnoevropskim zemalja, koji je praćen integracijom „slobodnog tržišta“ i „privatizacijom“ u nekada socijalističkim državama, sudeći po nekim komentatorima, ova bitka je završena – kapitalizam je pobedio. Ipak, izgleda da se već na početku 21. veka ponovo susrećemo sa oživljavanjem kritike kapitalističkog modela. Ova kritika je u mnogome inspirisana izrazito stresnom ekonomskom situacijom: recesija, visoka nezaposlenost, stagnacija visine zarade za veći deo populacije, nasuprot povećanju dobiti najbogatijih pripadnika društva (što doprinosi rastućoj nejednakosti), veliki dugovi, slabi izgledi za zapošljavanje mladih i tako dalje. Srbija je kroz svoju istoriju imala iskustva sa oba tipa političke ekonomije, te je iskusila izuzetno ozbiljne posledice tzv. „kriminaliteta belog okovratnika“, ponajviše kroz privatizaciju, koja je bila nužna za sprovođenje zaokreta ka ekonomiji slobodnog tržišta. Namera mi je da se ovim člankom fokusiram na jedan segment kapitalističke političke ekonomije – na banke kao centar finansijskog sektora i da izvedem kritičku kriminološku interpretaciju njihovih aktivnosti. Iako se u ovom članku baziram na američki finansijski sektor, nadam se da će se čitaoci iz Srbije ovde susresti sa analizom korisnom za razumevanje kriminaliteta u finansijskom sektoru svoje države.

FINANSIJSKA KRIZA 2008. GOD.

Globalna ekonomska i finansijska kriza koja je počela 2007. godine, a u jesen 2008. došla do svog izrazitog vrhunca, često je opisivana kao najgora kriza ovog tipa još od Velike depresije koja se desila tridesetih godina prošlog veka. Sunovrat, iliti „*finansijsko rastakanje*“⁵, ima više dimenzija i doprinosi mu niz činilaca, ali možemo reći da se u centru ove katastrofe nalazi tzv. „lažno, prevarno predstavljanje“ prisutno u različitim oblicima i na raznim nivoima.

Analize i komentari o globalnoj krizi prosto su kuljali iz raznih izvora, a naročito su se na naučnoj bazi njome bavili istoričari, ekonomisti, politikolozi, profesori prava i drugi. U bujici raznoraznih komentara i analiza, do danas se ipak nije našao upečatljiv profil ove krize sagledan sa aspekta kriminologa. Dela Grega Baraka (*Kradja nacije*)⁶ i Džona Hejgana (*Ko su kriminalci*)⁷ su, doduše, dva izuzetka vredna promena. Suštinska premisa na kojoj se zasniva ovaj članak je da su upravo kriminolozi kvalifikovani da pruže koristan, pa čak i jedinstven doprinos razumevanju finansijske krize. Oni bi trebalo da su u mogućnosti da na adekvatan način, objedinjujući sve dominantne učesnike, uobliče okvire za održavanje dijaloga o najboljem odgovoru na ovu krizu. Očigledna nam je važnost dolaska do najsmislenijeg odgovora o uzročnicima krize i uticaju raznih aspekata, politike i prakse jer se tako mogu izvesti zaključci o ograničavanju ili sprečavanju neke sledeće, buduće krize.

5 U originalu: „*financial meltdown*“ (prim. prir)

6 Gregg Barak, *Theft of a Nation*, 2012. (deo Barakove argumentacije iz navedene knjige objavljen je pod naslovom Velike finansijske prevare na Volstritu u našem časopisu: *Crimen* n°1 za 2013. – prim prir.)

7 John Hagan, *Who are the Criminals*, 2010.

Specifične namere ovog članka su: prvo, da se finansijska kriza sagleda u kontekstu kriminaliteta. Ukoliko se pokaže da je ova kriza posledica kriminalne delatnosti, i to one koja spada u tzv. „kriminalitet belog okovratnika“, valja ukazati u kom smislu se radi o zločinu i o kojoj formi „kriminaliteta bele kragne“ je reč. Zatim, da odgovori kako treba razumeti povezanost posledica tzv. kriminaliteta na Vol Stritu sa posledicama koje potiču od kriminaliteta na nivou privatnog preduzetništva. Konačno, sagledaćemo finansijsku krizu sa kritičkog aspekta pitajući se kakve vrste različitih pristupa i političkih inicijativa su potrebne ukoliko želimo da minimizujemo mogućnost ponovne finansijske krize katastrofalnih razmera.

U osvit finansijske krize je nastalo mnogo odličnih knjiga kao i bezbroj članaka o objašnjenjima nastanka krize. Pisci ovih dela su u svoje radove uključili i analize visoko cenjenih ekonomista i žurnalista specijalizovanih za oblast finansija. Iako u okviru ovog izlaganja moramo obuhvatiti ključne dimenzije prethodno pomenutih radova, radije bismo da objedinimo, nego da samo dupliramo rezultate i napore prethodnika. Naime, cilj je da se na ekonomsku krizu primeni specifični kriminološki pristup, ukorenjen u kritičkoj kriminologiji i odnosu prema kriminalitetu belog okovratnika. Finansijska kriza i malverzacije koje sa njom povezujemo mogu jedino biti shvaćeni kroz sofisticirano objedinjavanje više različitih akademskih i profesionalnih perspektiva.

Novinari koji se bave „iznošenjem prljavog veša na videlo“ i reporteri-istraživači da li su, zahvaljujući izvorima i specijalnom pristupu koji imaju u praćenju ove oblasti, priličan doprinos razumevanju kriminaliteta lica na visokim pozicijama. Segment medija okrenut finansijskom sektoru nije uvek sa kolektivnom skepsom pristupao ispitivanju tvrdnji datih od strane portparola finansijske „industrije“. Bez obzira na to, kriminolozi koji izučavaju kriminalitet belog okovratnika ne bi trebalo da apologetski pristupaju radu onih novinara koji su oduvek bili u prvom planu kada se radi o otkrivanju prevara u finansijskom svetu. Isto važi i za ostale akademske discipline izvan kriminologije. Ekstremna kompleksnost ovako sofisticiranih zločina izvršenih od strane moćnih institucija i pojedinaca zahteva upravo interdisciplinarni pristup.

Kriminologija je, kroz svoju istoriju do danas nesrazmerno tretirala forme konvencionalnog kriminaliteta, njegove posledice i kontrolu, u odnosu na ovaj sofisticiraniji kriminalitet višeg nivoa. Ubeđenje da su konvencionalni zločin i delinkvencija izvor značajnog socijalnog zla, protiv koga se mora efektivno delovati, zapravo i jeste razlog postojanja same kriminologije. Ipak, oni naučnici koji se fokusiraju na kriminalitet belog okovratnika dugo se drže ubeđenja da, po mnogim standardnim merilima, zlo prouzrokovano ovim zločinima preteže nad onim proisteklim iz njegovih konvencionalnih formi. Nadalje, ovi kriminolozi su uznemireni i zbunjeni činjenicom da je najveći deo pažnje njihovih kolega usmeren na izučavanje formi kriminaliteta koji ostavlja daleko lakše posledice. Ovu situaciju sam i ranije prikazao kao vid „*inverzne hipoteze*“, tj. da je nivo pažnje koju kriminolozi posvećuju različitim oblicima kriminaliteta obrnuto srazmeran stepenu objektivno utvrđenog zla koje taj kriminalitet prouzrokuje⁸. Razume se, ovu hipotezu neko može shvatiti kao hiperbolu, ali je moje uverenje da ona u velikoj meri istinita.

8 D.Friedrichs, 2007.

UZROCI FINANSIJSKE KRIZE I ONI KOJI SU ODGOVORNI

Koga i šta treba kriviti za ovu ekonomsku i finansijsku krizu? Lista odgovora je poprilično dugačka i uključuje Vol Strit, Vašington i privatno preduzetništvo⁹. Najjednostavnije, kolokvijalno rečeno, na Vol Stritu je krivica za skrivene, visoko rizične poduhvate, na Vašingtonu odgovornost za lošu politiku i kiks po pitanju regulative, a privatnim preduzetnicima se na teret može staviti to da su „živeli preko svojih mogućnosti“. Listu institucija i drugih participanata u odgovornosti za finansijsku krizu možemo gotovo beskonačno produžiti. Ona uključuje (premda nije ograničena samo na njih) i ranije predsednike države, šefove kabineta, predlagače zakona, čelnike i osoblje državnih agencija, mnoge entitete sponzorisanе od strane vlade kao i njihove direktore, lobiste finansijskog sektora, investicione banke, agencije za procenjivanje kreditne sposobnosti, osiguravajuće kuće i njihove šefove, izdavaoce hipoteka itd. Korporativni bordovi su, vođeni sukobom interesa, delili negarantovane, prekomerne kompenzacione pakete, previdevši izuzetan rizik takve prakse. „Procenjivači rizika“, čija isključiva odgovornost i jeste da predvide i procene rizike prisutne u bankarskom poslovanju očigledno nisu obavili svoj posao. Advokati su, uz zakonodavca, sudije, savetnike, odigrali ključnu ulogu u izigravanju zakona – prihvatili su opasne inicijative, blokirali tužbe deoničara, a dopuštali da poslovi pod znakom pitanja budu predstavljeni kao legalni.

Povrh nabrojanih, i drugi entiteti mogu biti okrivljeni: od ekonomista visokog nivoa i čelnika raznih fondova, promotera u medijima, trgovaca, vođa država poput Kine ili Islanda, koji su na izvestan način usvojili ili propagirali praksu koja je dovela do krize i finansijskog rastakanja. Viđenje nekih istaknutih bihejvioralnih ekonomista (Akerlof i Šiler)¹⁰ je da je klasični ekonomski model baziran na konceptu „racionalnog čoveka“ zapravo pogrešan i da finansijska kriza mora biti sagledana, između ostalog, kroz „životinjski instinkt“ koji se krije u ljudskim bićima, koji je nezavisan od ekonomskih motivacija, i nagoni ljude da se ponašaju iracionalno. Čini se nepotrebnim dodati da se ovde oslikava često prisutan fundamentalni koncept pohlepe, kao i iluzorni optimizam prisutan kod mnogih ljudi. Uverenost u neograničene potencijale slobodnog tržišta i njegovu sposobnost samoregulisanja je bilo široko rasprostranjeno u prethodnom periodu. Više dimenzija ljudske prirode, psihologija i ideologija doprinele su nastanku generacije koja prihvata špekulacije i prekomeran rizik, a rezultirale neizbežnim – katastrofalnim finansijskim neuspehom i ekonomskim kolapsom.

Imajući u vidu širinu kruga onih kojima pripisujemo krivicu za finansijsku krizu, kako zločin i kriminalitet na odgovarajući način sada izdvojiti? U kontekstu dosadašnje analize, koje od prethodno pobrojanih odgovornih okarakterisati kao kriminalce kojima je mesto iza rešetaka (ako takvih ima)? Da li treba sve finansijske institucije i odgovorne krivično goniti? Naravno, realnost je da gotovo niko od navedenih nije imao nameru da prouzrokuje finansijsku katastrofu, kao i da niko od njih neće biti krivično gonjen. Štaviše, realnost je da ovde postoji kompleksan, širok spektar raznoraznih dugotrajnih aktivnosti praćen različitim namerama nejednake pouzdanosti i ispravnosti.

9 Wall Street je žila kucavica poslovne Amerike, a Washington središte federalne vlasti – prim. prir.

10 Akerlof and Shiller, 2009.

Centralna teza, ipak, je da su struktura finansijskog sistema današnjice, njegova kultura i kolektivni način delovanja u osnovi kriminalni. Zlo koje izvire iz ovog finansijskog sistema je eksponencijalno veće od zla generisanog u sredinama opterećenim konvencionalnim kriminalitetom. U skladu sa ovim, na različitim nivoima valja više ulagati na potpunije i direktnije prepoznavanje i identifikovanje mnogih praksi i politika finansijskog sistema shvaćenih kao ono što oni zapravo, u svojoj suštini, i jesu – zločini na veoma visokom nivou.

Analiza finansijske krize bi trebalo da kao polaznu tačku usvoji ovo prepoznavanje, a potom da se pozabavi moralnim i praktičnim implikacijama ove premise. Pošto smo razmotrili retoričko korišćenje termina *kriminalitet* i *zločin* u vezi sa finansijskom krizom, valja preći na analizu ovih pojmova i *kriminaliteta belog okovratnika*.

FINANSIJSKA KRIZA KAO KRIMINALITET (I TO ONAJ BELOG OKOV RATNIKA) I KAO FINANSIJSKI ZLOČIN

Termin *kriminalitet* se često dovodi u vezu sa aktivnostima pojedinaca ili institucija koji su odigrali centralnu ulogu u stvaranju finansijske krize. Prihvatili su ga u tom smislu ne samo političari i javni komentatori, već i obični građani, pa i karikaturisti.

Iako je sveprisutnost termina *zločin* u modernoj kulturi očevidna, ipak, primetićemo da on može biti shvaćen na više različitih načina¹¹. Kršenje krivičnih zakona je ubedljivo najrasprostranjeniji vid razumevanja ovog termina, a u kontekstu finansijske krize i povezanosti sa kriminalitetom pojavljuju se dve bitne stavke. Prvo, interesi korporativne i finansijske elite su oduvek imali znatan uticaj na to koje aktivnosti bivaju ili ne bivaju definisane kao *zločin* od strane krivičnog zakona, a istorijski gledano, oni su uglavnom imali uspeha u šticeanju nekih očigledno eksploativnih delovanja od inkriminalizacije. Drugo, čak i ako pripadnici ove elite budu sudski gonjeni, suočavamo se sa mnogo ozbiljnijim izazovom tokom samog postupka, jer mnogo je zahtevnije suditi ovakve slučajeve i ovakva dela okarakterisati kao *zločin*, nego to isto učiniti u slučaju konvencionalnih prestupa.

Premda je glavna struja prisutna u kriminologiji, u svrhu izučavanja kriminoloških fenomena, usvojila mahom tzv. legalističku koncepciju *zločina*, ima i onih koji prednost daju njegovim alternativnim shvatanjima. Otac učenja o *kriminalitetu belog okovratnika* Edwin Saterlend¹² obuhvatio je još sredinom prošlog veka u definiciji tog tipa *kriminalne aktivnosti* i kršenje normi građanskog i administrativnog prava, a učestvovao je (sa Polom Tapanom 1947. godine¹³) u slavnoj diskusiji o potrebi proširenja termina *kriminalitet*, tako da se obuhvati i nešto više od pukog kršenja zakonske odredbe. Herman Švedinger i Džulija Švedinger su 1972. godine¹⁴ postavili humanističku koncepciju *zločina*, ukazujući na duboko štetne aktivnosti, kao i da društvo

11 Kauzlarich and Friedrich, 2005.

12 Edwin Sutherland, 1945.

13 Paul Tappan, 1947.

14 Herman Schwedinger and Julia Schwedinger, 1972.

ne sme dopustiti kapitalističkoj državi da preuzme monopol nad određivanjem pojma zločin. I u skorije vreme neki britanski kriminolozi (Hilijard, Pantazis, Tombs i Gordon)¹⁵ zagovarali su isto – da bi trebalo istraživački fokus sa standardnog poimanja termina zločin preneti na odgovarajuću kategoriju tzv. društvenog zla (*social harm*).

Vredno je pomena i uviđanje da kada govorimo o terminu kriminalitet u kontekstu finansijskog rastakanja zapravo mislimo na širok spektar aktivnosti: od očiglednog kršenja postojećih krivičnih zakona i drugih prestupa, do radnji koje zbog svoje izrazite štetnosti treba da budu klasifikovane kao krivična dela, iako to još uvek nisu. Ova situacija se može još šire sagledati, jer postoji i populistička dimenzija zločina, koja se ogleda u tome da pojedinci, u svakodnevnom govoru, kao zločin tretiraju mnoge druge aktivnosti koje smatraju mrskim i kojih se gnušaju.

Stoga, ako je u društvu naširoko prihvaćeno viđenje da je kriminalno delovanje bilo povezano sa finansijskim rastakanjem, razume se da se tad ne misli na „ulični“, konvencionalni kriminalitet (iako se i u ovom slučaju znatan deo te delatnosti takođe odvija u jednoj ulici, na Vol Stritu). Očigledno je da javno mnjenje i profesionalni istraživači ove teme smatraju da je u ovom slučaju reč o kriminalitetu belog okovratnika. Ako je tako, koje forme ovog kriminaliteta su bile zastupljene i na koji način? Kao što smo u prethodnim radovima naveli, dolazak do odgovarajuće definicije pojma kriminaliteta belog okovratnika ima svoju dugu i sadržajnu istoriju (Friedrichs, Gajs, Helmkamp, Bel, Taunzend)¹⁶. Od sedamdesetih godina prošlog veka izdvajaju se dva osnovna tipa ovog kriminaliteta, pod nazivima „korporacijski“ i „kriminalitet poziva“¹⁷. Korporacijski kriminalitet se, najsažetije kazano, definiše kao skup svih onih nelegalnih i štetnih aktivnosti finansijskog tipa koje vrše čelnici i zaposleni u jednoj kompaniji kako bi doprineli ostvarenju njenih poslovnih interesa. Drugi tip, kriminalitet poziva, shvata se kao nelegalna i štetna aktivnost koju je jedno lice preduzelo u sopstvenom interesu, kako bi za sebe ostvarilo korist, dok se nalazilo na određenoj funkciji ili radnom mestu. Oba ova tipa su doprinela nastanku finansijske krize. Kada sam radio na prvom izdanju mog teksta „*Kriminalci kojima se veruje: kriminalitet belog okovratnika u današnjem društvu*“¹⁸, pisanog ranih devedesetih godina, činilo mi se neophodnim da podvučem još jednu činjenicu. Naime, pored ova dva tipa, javljaju se i njima značajni srodnici, hibridi ili marginalne forme kriminaliteta belog okovratnika, koji nisu mogli biti obuhvaćeni prethodnom klasifikacijom, ali moraju biti identifikovani i precizirani. Bar nekoliko ovakvih hibrida imali su značajnu ulogu u finansijskom krah.

Termin *finansijski zločin*, u originalnom izdanju mog navedenog rada, odnosi se na nelegalna delovanja širokih razmera koja prati svet finansija i finansijske institucije. Štaviše, posebno sam naglasio da je razlika ovog zločina u odnosu na korporacijski i kriminalitet poziva što je na kocki daleko veći ulog (jer je zbog isprepletenosti finansijskih mreža u opasnosti integritet čitavog finansijskog sistema)¹⁹. Taj ulog se, koliko znamo, meri stotinama milijardi dolara, ili po nekim pokazateljima čak i daleko višim

15 Hillyard, Pantazis, Tombs and Gordon, 2004.

16 Friedrichs, 2014, 2010; Geis, 2007; Helmkamp, Bell and Townsend, 1996.

17 U originalu „*occupational crime*“ (prim. prir.).

18 Friedrichs, *Trusted Criminals: White Collar Crime in Contemporary Society*, 1996.

19 Friedrichs, 1996.

ciframa (što je mnogo više od onoga što je na kocki kod korporacijskog ili kriminaliteta poziva), u zavisnosti od broja organizacija i pojedinaca koji su uključeni. Iako najteži oblici korporacijskog kriminaliteta mogu izvršiti znatan uticaj na ekonomiju, oni ipak nemaju poražavajuće katastrofalan efekat finansijskog zločina. Takođe, daleko su veći društveno zlo, šteta i stagnacija koji proizlaze iz finansijskog zločina, u poređenju sa drugim tipovima kriminaliteta belog okovratnika, jer je u ove zločine uključena naročito razgranata mreža učesnika, i horizontalno i vertikalno posmatrano. Ako uzmemo da se u zaleđu nekih najznačajnijih finansijskih zločina nalaze finansijske ustanove poput najvećih investicionih banaka, uviđa se da čelni ljudi ovih banaka profitiraju iz ovakve vrste kriminaliteta daleko više nego npr. izvršni korporacijski direktori u korporativnom kriminalitetu. Lično sam zagovornik mišljenja da su upravo finansijski zločini jezgro finansijske krize, a da su ujedno i najkompleksnija forma „kriminaliteta bele kragne“. Njihova kompleksnost vodi paradoksalnoj činjenici da iako ovi zločini nanose najviše društvene štete, njih je najteže precizno definisati i zakonski uspešno regulisati, pravno goniti i o njima presuđivati.

Evidentno je da je određena vrsta kriminaliteta belog okovratnika bila suštinska snaga za razvitak finansijske krize i zato je od velike važnosti da razumemo o kojoj vrsti tačno je reč i po čemu se ona razlikuje od drugih. Razlog za potrebno preciziranje termina leži u poistovećivanju kriminaliteta belog okovratnika sa širokim spektrom nelegalnih i neetičkih aktivnosti, koje laici najčešće imenuju kao proneveru, a mi se ovde bavimo jednim terminom užeg obima. Specifičnosti dimenzija finansijskih zločina i njegove šarenolike posledice su ono što finansijske zločine izdvaja iz gorepomenute mase raznoraznih nelegalnih aktivnosti.

Zadatak koji bi studenti koji se bave izučavanjem ove teme valjalo da uoče je sledeći – da definišu, ili još bolje, da istraže na sistematičan i empirijski način, korisnost povlačenja razlika između termina u ovoj oblasti. Jedino tzv. tipološkim pristupom, tj. preciznim razvrstavanjem atributa zločina iz ove oblasti koji su zajednički za sve forme kriminaliteta belog okovratnika i onih koji čine međusobne distinkcije, možemo doći do sofisticiranog i složenog odgovora na pitanje o vrstama „kriminaliteta bele kragne“. Tipološki pristup je u našem slučaju premisa, neophodno polazište za diskusiju o kriminalitetu belog okovratnika i njegovim vrstama (premda ne poričemo da sve šeme nose određenu arbitrarnost u sebi), ali ne smemo smetnuti sa uma još nešto. Naime, ovaj pristup nekad može voditi i do previđanja određenih dvosmislenosti i kompleksnosti svojstvenih manifestacijama ovakvog kriminaliteta, te je zato potrebno uvek sagledati i širu sliku.

PLJAČKA²⁰ BANKE: SPOLJA I IZNUTRA

Tokom trajanja krize koja je osamdesetih godina prošlog veka zahvatila *Savings & Loan*²¹, kalifornijski senator Bil Kroford (Bill Crawford), koji se bavio regulativom rada banaka, dao je čuveni komentar da je „najbolji način da se opljačka banka,

20 Iako su samo za laike izrazi „pljačka“ i „razbojništvo“ sinonimi, ovde će, zbog konteksta u kome se upotrebljavaju, biti korišćeni upravo u tom smislu (prim. prir.)

21 *Saving & Loan*, američka banka (prim. prev.).

zapravo da se jedna poseduje²². Ova izjava proizašla je iz činjenice da su štete koja je Saving & Loan trpeo od delatnosti svojih vlasnika doprinela stvaranju većih gubitaka, nego što bi bio slučaj da se desilo konvencionalno razbojništvo na štetu banke. S obzirom na to su u nedavnom finansijskom krah centralnu ulogu imale investicione banke, možda je adekvatnije reći da je najlakše banku opljačkati ako njome upravljate. Ovakvu pljačku banke ne vrše razbojnici, nego sama banka, a oštećeni su ne samo njeni klijenti već i investitori i poreski obveznici. Direktori ovakvih velikih banaka (poput Lehman Brothers, Goldman Sachs) se uglavnom poistovećuju sa vlasnicima banaka, a iako poseduju znatan udeo u akcijama, njihov najveći uticaj leži u kontroli i vođenju politike poslovanja banaka. I u ovom slučaju primećujemo da su posledice ovakve „poslovne politike“ donele veće gubitke, nego da su bila izvršena konvencionalna razbojništva prema bankama.

Razbojnički atak na banke je, u laičkoj perspektivi, tipičan i suštinski zločin. Krug onih koji takva dela vrše kreće se od uglađenih profesionalaca, preko oportunističkih kojima se samo ukazala prilika, do očajnika i amatera. Najčešće se ipak radi o tzv. beznadežnim slučajevima, obično nezaposlenim licima, zavisnicima i kockarima, koji uglavnom osvoje „ulov“ od nekoliko stotina do nekoliko hiljada dolara, da bi potom vrlo brzo bili privedeni pravdi i suočeni sa dugom zatvorskom kaznom. Gotovo je sigurno da konvencionalni pljačkaši banaka-povratnici, pre ili kasnije završe iza rešetaka. Uglavnom se radi o individualcima, često čak i nenaoružanim, koji usmenom naredbom ili na neki drugi način (doturanje napismene naredbe šalterskoj radnici na primer) kreću u svoj pohod, a nasilje je retko uključeno (u manje od 5% slučajeva) dok smrtnih ishoda gotovo nema. Tokom nekoliko prethodnih godina, širom SAD je na konvencionalan način u razbojništvima od banaka uzeto ukupno između 25 do 60 miliona dolara. Iako ovo nikako nije beznačajna suma novca, to je ipak mali deo gubitka do kog je dovelo nemarno, a često i kriminalnom namerom vođeno, upravljanje velikim finansijskim institucijama, uključujući investicione banke. Nije nam namera potcenimo štetne posledice konvencionalnih razbojništava u bankama, koje su zasigurno traumatične za lica koja su im prisustvovala, nego da ukažemo na širu sliku u kontekstu ove teme. Na kraju, namera nam je i da osvestimo širu javnost i pravni sistem o potrebi proporcionalnijeg bavljenja ovakvim formama zločina, radi nalaženja adekvatnog rešenja.

POZICIONIRANJE FINANSIJSKIH ZLOČINA I SLUČAJ GOLDMAN SAKSA²³

U dva najnovija izdanja moje knjige *Kriminalci kojima se veruje*, uključio sam i odeljak pod nazivom „Investicione banke: dobročinitelji ili prevaranti visokog nivoa“²⁴. Investicione banke su prestižne i moćne finansijske institucije, na čijem čelu su direktori sa širokim ovlašćenjima i izdašnim naknadama, koji sebe predstavljaju kao centralne figure u razvijanju dobrobiti za kapitalističko društvo, a interes klijenata

22 v. Calavita and Pontell, 1990.

23 Goldman Sachs, američka investiciona banka (prim. prev.).

24 Friedrichs, *Investment banks: Wealth Producers or Large-Scale Fraudsters?*

im je na prvom mestu. Bivši investicioni bankar Filip Ogar je 2005. godine u delu *Pohlepa merkantilista*²⁵ demonstrirao da su investicione banke takoreći izrešetane sukobima interesa, i da prečesto stavljaju svoje interese i profit ispred svega ostalog.

Ove banke se očigledno nalaze u sukobu interesa, jer simultano savetuju i kupce i prodavce tokom raznih transakcija pripajanja. Time se na agresivan način promovise politika pripajanja, čak i onda kada tako dolazi do još većih troškova ili kada iz toga proizlaze još veći gubici. Dok te troškove i gubitke snose investitori, zaposleni i klijenti, bankari sa druge strane ostvaruju ogromne naknade. Lociranjem primamljivih inicijalnih javnih ponuda paketa akcija²⁶ u ruke šefova korporacija, bankari se nadaju da će nagnati ove direktore da (zauzvrat) dobit svojih preduzeća usmere ka investicionim bankarskim kućama.

Mnoge jake investicione banke su bile umešane u korporativne skandale korporacija koje su lažno predstavljale podatke o stanju svojih finansija, kao što su *Enron*, *WorldCom* i druge. Banke su optužene da su prevideli davanja ogromnih, neadekvatnih zajmova ovim korporacijama kao i da su u nekim slučajevima bile i direktan saučesnik u omogućavanju prevarnih prijava za ove zajmove. Između ostalog, banke se terete i za pomaganje oformljavanja kontroverznih i nelegalnih struktura, poput raznih vanbilansnih partnerstava „na crno“. Zaposleni na visokim pozicijama u ovim bankama su bili optuženi i za držanje u zabludi investitora po pitanju izgleda za uspeh poslovnih poduhvata sa telekomunikacionim kompanijama. Takođe, investicione kuće su podbacile i u dužnosti vršenja nadzora nad trgovinskim računima, jer su sa nekih od njih nestale ogromne sume novca.

Mnoge su se investicione banke našle u središtu trenutno aktuelne finansijske krize, ali se ja ovde posebno fokusiram na slučaj investicione banke Goldman Saks, koja je širokim masama bila poznata kao gotovo legendarna američka banka ovog tipa (a možda i na globalnom nivou). Uspeh koji je ova institucija postizala tokom dugog perioda i bogatstvo koje je donela svojim partnerima i zaposlenima smatrali su se fenomenom. Zanimljivo je da je najviši kadar ove banke u tim vremenima imao i prožimajuće prisustvo u vladi SAD (dva prethodna sekretara trezora došli su upravo odavde). Bez obzira na sve navedeno, u prošlih nekoliko godinama, Goldman Saks je na meti istrage sektora Ministarstva pravde za otkrivanje pronevera, a njime se bave i neki organi zaduženi za otkrivanje prevara u građanskopravnom smislu (SEC). Pored raznih nelegalnih aktivnosti koje im se stavljaju na teret, Goldman Saks je optužen i za prodaju paketa CDO²⁷ investitorima čiji je krah bio unapred dizajniran, što je prilično mračna praksa u nelegalnom investiranju. Uporedo sa ovim, došlo je do kraha grčke ekonomije, što je imalo izrazit uticaj i na Evropsku uniju, a Goldman Saks je i u ovoj „velikoj priči“ uzeo udela. Pokazalo se da je Goldman Saks tokom godina kreditiranja Grčke (a tako je i nastao ogroman dug koji je doveo Grčku do fijaska) zaradio više stotina miliona dolara od kamata, dok se pritom, žargonski rečeno, kladio na propast grčke privrede²⁸. Širom SAD, ova investiciona banka je prodavala američkim

25 Philip Augar, *The Greed Merchants*, 2005.

26 IPO – Initial public offering shares

27 Collateralized debt obligations – vrsta kreditnog sredstva (prim. prev.)

28 Schwartz and Dash, 2010.

opštinama i okruzima mnoštvo različitih paketa, visoko kompleksnih finansijskih instrumenata²⁹, koji su posle kolapsa domaćeg tržišta ostavili ogromne gubitke. Usled ovoga, mnoge vitalne državne službe su se suočile sa redukovanjem, a trpeli su i stanovnici ovih opština i okruga jer su se gubici pokrivali delom iz povećanih taksi koje su oni plaćali. Novinar Met Tajbi³⁰ je 2009. godine vrlo ubedljivo ukazao da je Goldman Saks tokom čitavog prošlog veka putem različitih manipulacija na finansijskom tržištu poprilično profitirao, jer je bio saučesnik u podizanju cena gasa, povećanju stopa potrošačkih kredita, „pojedenim“ penzionim fondovima, masovnim otpuštanjima i drugima osetnijim troškovima i gubicima koje su podneli obični građani.

Prema ovoj analizi, Goldman Saks je bio umešan u tzv. investicionu piramidu propasti³¹, koju je sprovodio ubeđivanjem običnih investitora da ulažu u projekte za koje se znalo da su defektni i da će im se vrednost znatno negativno izmeniti u budućnosti. Napušteno je tradicionalno „vođstvo i nadzor“, zarad prakse ubrzane prodaje deonica u novoosnovanim kompanijama, za koje se znalo da nemaju dobre izgleda za prosperitet. Ovo je obuhvatalo i manipulisanje cenama deonica, kao i praksu nuđenja akcija direktorima korporacija po izuzetno niskim cenama, radi obećanja budućeg zajedničkog poslovanja. Poslovanje poput ovog dovelo je do nastanka tzv. internet mehura, koji je izvukao oko pet milijardi dolara dobiti od investiranja. Kazne sa kojima su se firme poput Goldman Saksa suočile zbog kriminalnog poslovanja bile su toliko niske u poređenju sa profitom koje su ostvarile, da se slobodno može reći da nisu ispunile svoju svrhu.

Prema novinaru Tajbiju, Goldman Saks je imao i centralnu ulogu u manipulacijama na tržištu nafte, što je vodilo enormnom porastu cena gasa na benzinskim stanicama, iako za to nije bilo konkretnih razloga poput smanjenja zaliha ili povećane potražnje. Od 1991. godine Goldman Saks je vršio i ozbiljna investiranja na tržištu proizvodnje hrane, praćena malverzacijama, ne obazirući se na činjenicu da je oko milijardu ljudi širom sveta bilo pogođeno glađu³². U periodu između 2005. i 2008. cene hrane širom sveta porasle su do 80%, što je predstavljalo veliki teret na milione američkih domaćinstava. Tvrdnje o udelu krivice Goldman Saksa u finansijskoj krizi su aktuelne i posle više od 5 godina od vrhunca krize, koji nas je zadesio u jesen 2008. Štaviše, Libija je tužila Goldman Saks u januaru 2014. zbog gubitka većeg od milijardu dolara, koji je pretrpela usled složenih trgovinskih transakcija preduzetih po saveštima ove investicione banke³³. Čelnici libijskog vrhovnog fonda tvrde da je Goldman Saks propustio dužnost da ih na odgovarajući način informiše o svim rizicima koji su vezani za ovakve transakcije. Sa druge strane, od ovog posla, investiciona banka je zaradila oko 350 miliona dolara. Tokom januara je i znatan broj Danaca izrazio neslaganje sa otvorenom namerom Goldman Saksa da stekne jedan veliki posed na teritoriji Danske koji je pod državnim upravljanjem, jer kod njih postoji jako uverenje da se zapravo samo radi o načinu za izbegavanje plaćanja poreza. Bez obzira na gotovo

29 SIV – Structured investment vehicles

30 Met Taibbi, 2009.

31 Orig. „investment pyramid“ or „pump-and-dump“ scheme.

32 Kaufman, 2010

33 Anderson, 2014; Norris, 2014.

beskonačnu listu optužbi za nelegalno i nemarno poslovanje sa kojom se suočava, Goldman Saks je nastavio da svojim direktorima i zaposlenima isplaćuje ogromne kompenzacije koje se mere milijardama dolara, a takođe i dalje ostvaruje prihode zahvaljujući kontaktima na visokim pozicijama u vladi. Ejbrams³⁴ navodi da je godišnja kompenzacija (za 2013. godinu) koju je primio viši izvršni direktor Goldman Saks, Lojd Blankfajn (Lloyd Blankfein), iznosila 23 miliona dolara. Istoriju Goldman Saks je uglavnom obeležio izuzetno visok kredibilitet, kao i visok nivo poverenja investitora. Uprkos određenim unutrašnjim reformama i filantropskim aktivnostima visokog profila kojima se Goldman Saks od nastanka finansijske krize bavi, ipak se čini da se suština funkcionisanja ove investicione banke nije promenila. Ako je kritika koju smo gore istakli generalno tačna, nema sumnje da onda ovakvo poslovanje treba proglasiti vidom organizovanog kriminaliteta. Ukoliko se neke od ključnih aktivnosti koje je Goldman Saks tokom godina vršio pokažu u bilo kakvom smislu kao prevarne, onda one moraju i sa zakonske strane biti tako okarakterisane – kao zločin.

KRIMINOGENI ČINIOCI KOJI SU DOVELI DO GLOBALNE FINANSIJSKE KRIZE

Ukoliko hoćemo da umanjimo šanse za ponavljanje finansijskog rastakanja iz 2008. godine, koje je nastupilo usled globalne finansijske krize, neophodno je da uočimo uslove koji su direktno doprineli nastanku krize, a zatim politiku potrebnu da bi se sa ovim faktorima nosili. U kontekstu kriminološkog okvira koji smo ovde postavili, neophodno je identifikovati kriminogene faktore. U širem smislu, to su oni uslovi koji promovišu kriminalne aktivnosti. Napominjemo, shvatanje zločina proširujemo izvan njegovog striktnog određenja kao kršenja krivičnih zakona kako bismo obuhvatili sve evidentno štetne aktivnosti koje često ostaju izvan domašaja krivičnih normi (usled direktnog ili posrednog uticaja moćnih i privilegovanih slojeva društva).

Mnoge od ponuđenih ili selektivno primenjenih finansijskih odredbi implicitno (ako ne i eksplicitno) potvrđuju postojanje kriminogene dimenzije u aktivnostima svojstvenim finansijskom svetu. Kriminogeni uslovi koji pogoduju finansijskoj krizi uključuju finansijske organizacije koje važe za „isuviše jake da bi pale“ ili koje su međusobno do te mere povezane raznim konstrukcijama, da im to omogućava da se bez bojazni kockaju finansijskim strukturama. Takođe, ovde spadaju i nepristojno visoke kompenzacije i bonusi za izvršne direktore, preterana usklađivanja investicija, inovativni kompleksni i preterano rizični finansijski instrumenti, sukob interesa kod entiteta koji bi trebalo da su zaduženi za vršenje neke vrste nadzora nad aktivnostima finansijskih institucija (kao što su nadzorni odbor, agencije za kreditno rangiranje...).

Spoznaja da se vlada oseća obavezanom da iz ovakvog stanja „iščupa“ finansijske institucije i korporacije smatrane „previše jakim da bi pale“, i da nije podstakla nikakvo značajnije sankcionisanje prethodno pomenutih kriminoloških uslova, dovela je do stvaranja tzv. moralnog hazarda. Ovo je, slobodno se može reći, podsticaj za finansijske institucije i njihove glavne ljude da nastave sa praksom preuzimanja

previsokog rizika i isplaćivanja velikih bonusa, iako mogu nastupiti katastrofalne posledice po ekonomiju. Njihov „dobitak“ na vagi daleko preteže nad gubicima, a troškovi kraha na kraju budu prebačeni na teret neke treće strane. Među ostalim kriminološkim uslovima za koje se smatra da vode do finansijskog rastakanja su: slab i neefikasan regulatorni sistem, unutrašnja korumpiranost političkog sistema u kome bogate finansijske institucije i korporacije imaju previše uticaja, kao i fundamentalističko zastupanje teorije slobodnog tržišta. Zagovornici ovakvog fundamentalizma predlažu, kao najefikasniji i najproduktivniji model ekonomije, gotovo potpunu, ako ne apsolutnu nespupatanost tržišta regulativama. Argument koji ovde zastupamo jeste da se kolektivno moramo fokusirati na uslove koji podstiču poslovanje u kome se u bilo kom smislu oslikavaju odlike kriminaliteta. Druga bitna stavka je da valja specifikovati delovanja koja mogu biti inkriminalizovana. Takođe, treba ukazati na dobre i loše strane njihove eventualne inkriminalizacije.

PREOBRAŽAJNA JAVNA POLITIKA I BESPOGOVORNO OZNAČAVANJE NEKIH PRAKSI FINANSIJSKE INDUSTRIJE KAO ZLOČINA

Postignut je široko prihvaćen konsenzus da finansijska kriza zahteva efikasan odgovor u vidu odgovarajuće politike. Postavlja se pitanje na kakvu se politiku misli. Pristupi se razlikuju u tome da li treba pristupiti rastućoj reformativnoj politici ili favorizovati transformativnu politiku celog sistema. Ova druga zaista je pogodna kao odgovor na krizu, zbog potrebe za inkriminalizacijom specifičnih aktivnosti koje su se našle u centru finansijskog kraha.

Istorija razvoja krivičnog prava propraćena je neproporcionalno raspodeljenom pažnjom na neke minorne forme kriminaliteta, nauštrb onih formi koje izazivaju mnogo opasnije štetne posledice, a koje krivični zakoni gotovo legitimizuju (da ne kažemo podržavaju). Trend inkriminalizacije minornih prestupa primetio je Vilijam Čejmbliš³⁵ još 1976. godine, a u svojoj zanimljivoj analizi povezo je zakone protiv skitnje koji su bili česti u prošlosti sa davnim XIV vekom i epidemijom kuge. Naime, „crna smrt“ je dovela do masovne smrtnosti među stanovništvom, što je ondašnju zemljoposedičku elitu suočilo sa strahom od kraha njihovih imanja, koje više nije imao ko da obrađuje. Oni su, svojim uticajem, inicirali donošenje zakona o zabrani skitnje, čime je osigurano prisustvo jeftine radne snage, a oni koji bi odbili da rade su plaćali kazne. Iako su u vremenu današnjice ovakvi zakoni retkost, ponegde se beskućnici i dalje terete za prosjačenje, skitnju i slično. Možemo navesti i još neke primere inkriminalizacije sitnijih zločina, recimo poput zloupotrebe marihuane...

Danas moramo prepoznati kriminogene faktore koji su ostavili štetne posledice i doprineli nastanku krize i izvršiti njihovu inkriminalizaciju na što širem nivou. U skorijoj prošlosti inkriminalizovali smo zagađenje životne sredine, štetno i nebezbedno radno okruženje, distribuciju raznih štetnih proizvoda, premda je

35 William J. Chambliss, 1976.

sve to još na početnom nivou. Istinski efektivan odgovor na finansijsku krizu mora biti veoma direktan i beskompromisan po pitanju kriminalnog karaktera finansijske industrije kakva danas postoji i kriminogenih uslova prisutnih u njenom poslovanju.

Struja koja zagovara reforme umesto transformacija, navodi na prvom mestu kao argument strah od određenih neželjenih negativnih posledica koje mogu proisteći iz inicijative za inkriminalizacijom. Opet, kada akteri javne politike daju inicijativu za odgovore na određene konvencionalne zločine (ili kada govorimo o inkriminalizaciji pojava iz tog domena), susrećemo se sa neznatnom zabrinutošću oko ovakvih neželjenih posledica. Naprotiv, čini se da uvođenje u zakonodavstvo novih odredbi o uličnom kriminalitetu, trgovini drogom i seksualnim zločinima (naročito onih upravljenih protiv maloletnika) nailazi na toliko odobravanje javnosti, da se gotovo može smatrati popularnom politikom. Ipak, ovakve mere su u nedavnom periodu dovele do ekspanzije zavodske populacije i enormnog uvećanja broja lica koja su pod nadzorom krivičnog sistema države.

U slučaju inicijativa usmerenih na sankcionisanje štetnih politika poslovanja velikih korporacija i finansijskih ustanova, briga o negativnim posledicama je preovladavajuća, a podstaknuta je mahom jakim finansijskim izvorima i političkim uticajem ovih entiteta. Nema sumnje da će u slučaju primene ovakvih, transformativnih odredbi u zakonodavstvo doći do velikih troškova, i to pre svega oslikanih u smanjenju profita jakih finansijskih institucija. Ovaj direktan „trošak“ prepoznaju i sofisticirani zagovornici transformativne politike, iako su svesni i ostalih mogućih troškova i nenameravanih posledica. Bez obzira na to, fundamentalno stanovište ove struje je vrlo jednostavno: troškovi koji proizlaze iz propuštanja usvajanja i oživotvorenja ove politike (koje će snositi društvo u celini kao i širok krug lica koji obuhvata poreske obveznike, radnike, investitore i druge), zasigurno su viši od njenih bilo kakvih negativnih ili neželjenih posledica.

Mere finansijske reforme koje je 2010. godine usvojio Kongres su nesvršishodne, ograničenog dometa i tehničke prirode. Zasigurno je postojala potreba za donošenjem izvesnog broja tih mera, a neke će možda imati i koristan efekat. Ipak, istorija takvih reformi pokazuje da one obično vremenom budu izigrane, „potopljene“ i selektivno primenjivane, jer regulatorne agencije se oduvek suočavaju sa dugotrajnim problemom „hvatanja u zamku“. One su, naime, virtualno kontrolisane i „uhvaćene u zamku“ od strane industrije koju bi trebalo da regulišu, te stoga jedino transformativna politika može imati dugoročniji efekat. Takvu je politiku vodila Ruzveltova administracija tridesetih godina prošlog veka (uključivala je donošenje odgovarajućih zakonskih akata i osnivanje adekvatnih komisija)³⁶ i zaista je imala efekta u sledećih nekoliko decenija. Potom je Reganova konzervativna kontrarevolucija, propraćena slabljenjem komisija ustanovljenih u Ruzveltovo vreme i donošenjem određenih zakona, dovela do slabljenja sistema kontrole kome je Ruzvelt postavio temelje svojom politikom „Nove pogodbe“ (New Deal). Trend ponovne deregulacije u ovoj oblasti nastavile su da neguju i potonje predsedničke administracije, poput one Bila Klintonu i Džordža Buša.

36 Glass-Steagall Act, 1933 ; SEC – Securities and Exchange Commission

ZAKLJUČNA POSMATRANJA

U svetu rastuće međuzavisnosti i neodrživosti izvora, arhitektura kojom se odlikuje trenutni sistem finansija (na visokom nivou) jednostavno nije održiva. U budućnosti, štetni efekti ove arhitekture biće progresivno naglašeni i praćeni raznim katastrofalnim posledicama. Direktno loše posledice koje su u vezi sa ovim su opštepoznate: milioni izgubljenih domova, radnih mesta, ušteđevina, kao i razarajući efekti na psihičko i mentalno blagostanje miliona ljudi. U ovom tekstu nismo u mogućnosti (jer moramo se držati teme) da istražimo i one još ozbiljnije događaje koje se javljaju kao posledica svega ovoga, pri čemu mislimo na dramatičan rast nejednake raspodele dobitka i prihoda, činjenicu da taj dobitak uglavnom nije legitimno zarađen kao i mnogostruke loše efekte na samo društvo i njegove građane suočene sa sve izraženijom socioekonomskom nejednakošću. Najuže rečeno, suštinski argument ovog članka bio je da ukoliko ne prepoznamo kriminalnu prirodu trenutnih finansijskih struktura u našem društvu i ako ne počnemo da je tretiramo kao kriminalnu, samo dugotrajni ciklusi finansijskih kriza su naša sudbina. Ovi ciklusi praćeni su ogromnim i poražavajućim gubicima ispoljenim na širokom krugu lica, dok oni koji se nalaze na vrhu finansijskog sistema uglavnom izvuku profit.

Ova analiza se ipak ne zanosi iluzijom da će u skorijem periodu biti realizovano formalno označavanje aktivnosti koje su srž finansijske industrije kao kriminaliteta. Radije smatramo da će ono što je ovde izneseno, u cilju prepoznavanja ovih aktivnosti kao kriminalne delatnosti, biti dobra polazna tačka za transformativnu politiku koja će minimizovati šanse za ponovno finansijsko rastakanje u budućnosti. Za ostvarenje ovih ciljeva potrebna je i kolektivna transformativna svest o prirodi zločina. Idealno rešenje za razumevanje ove prirode je usvajanje stanovišta koje na proporcionalan način raspodeljuje društvenu pažnju na kriminalne delatnosti, prema identifikovanom zlu koje iz njih proizlazi. Podsećamo, mnoge aktivnosti koje izazivaju (u neku ruku gledano) umerenije i slabije posledice, tretirane su sa mnogo više pažnje, dok one sa daleko razornijim efektima dobijaju mnogo manje mesta u regulativi ili se selektivno zakonski uređuju.

Ne bežimo od priznanja da je poziv na radikalnu izmenu naše svesti o prirodi zločina i traženje adekvatnog odgovora na njega prilično ambiciozan projekat. Mnogi insistiraju na tome da je on čak sa praktične strane nemoguć. Bez obzira na mogućnost (ne)realizacije, ovaj projekat u svakom slučaju mora biti u centru dijaloga koji se vodi o celokupnom finansijskom sistemu i zlu koje izvire iz njega.

Prevela sa engleskog: Olivera Ćirković

LITERATURA

- Abrams, Rachel. 2014. "Goldman Gives Chief \$14.7 Million Stock Bonus." *New York Times* (January 21): B6.
- Akerlof, George, and Robert J. Shiller. 2009. *Animal Spirits: How Human Psychology Drives the Economy, and Why It Matters for Global Capitalism*. Princeton, N.J.: Princeton University Press.

- Anderson, Jenny. 2014. "Libyan Investment Fund Sues Goldman Over Loss." *New York Times* (January 31): B7.
- Augar, Philip. 2005. *The Greed Merchants*. London: Penguin.
- Barak, Gregg. 2012. *Theft of a Nation*. Lanham, MD: Rowman & Littlefield.
- Calavita, Kitty, and Henry N. Pontell. 1990. "'Heads I Win, Tails You Lose': Deregulation, Crime, and Crisis in the Savings and Loan Industry." *Crime & Delinquency* 3:309–41.
- Chambliss, William J. 1976. "The State and Criminal Law." In *Whose Law, What Order?*, edited by William J. Chambliss and Milton Mankoff, 66–106. New York: Wiley.
- Friedrichs, David O. 1996. *Trusted Criminals: White Collar Crime in Contemporary Society*. Belmont, Calif.: Wadsworth.
- . 2007. "Transnational Crime and Global Criminology: Definitional, Typological, and Contextual Conundrums." *Social Justice* 34:4–18.
- . 2010a. "Mortgage Origination Fraud and the Global Economic Crisis: Incremental Versus Transformative Policy Initiatives." *Criminology & Public Policy* 9:627–32.
- . 2010b. *Trusted Criminals: White Collar Crime in Contemporary Society*. 4th ed. Belmont, Calif.: Wadsworth/Cengage Learning.
- . 2014. *Transcending the Conventional Definition of Crime: Toward a Twenty-First Century Criminology*. Invited Presidential Panel Presentation, American Society of Criminology Website (https://asc41.com/Annual_Meeting/2013/Presidential%20Papers/Friedrichs,%20David.pdf)
- Gandel, Stephen. 2010a. "The Case Against Goldman Sachs." *Time*, May 3, 30–37.
- . 2010b. "How Goldman Trashed a Town." *Time*, July 5, 32–33.
- Geis, Gilbert. 2007. *White-Collar and Corporate Crime*. Upper Saddle River, N.J.: Pearson.
- Hagan, John. 2010. *Who Are the Criminals? The Politics of Crime Policy from the Age of Roosevelt to the Age of Reagan*. Princeton, N.J.: Princeton University Press.
- Hakim, Danny. 2014. "Goldman Deal Threatens Danish Government." *New York Times* (January 31): B7.
- Helmkamp, James, Richard Ball, and Kitty Townsend, eds. 1996. *Definitional Dilemma: Can and Should There Be a Universal Definition of White-Collar Crime?* Morgantown, W.Va.: National White Collar Crime Center.
- Hillyard, Paddy, Christina Pantazis, Steve Tombs, and Dave Gordon, eds. 2004. *Beyond Criminology: Taking Harm Seriously*. London: Pluto Press.
- Kauzlarich, David, and David O. Friedrichs. (2005). "Crime, Definitions of." In *Encyclopedia of Criminology*, edited by Richard A. Wright and J. Mitchell Miller, 1:273–75. New York: Routledge.
- Kaufman, Frederick. 2010. "The Food Bubble." *Harper's Magazine*, July, 27–34.
- McCluskey, John D. 2009. "Robbery." In *21st Century Criminology: A Reference Handbook*, edited by J. Mitchell Miller, 507–14. Los Angeles: Sage.
- Norris, Floyd. 2014. "Libyan Says Goldman Didn't Explain Options." *New York Times* (January 31): B7.
- Sale, Hillary A. 2004. "Banks: The Forgotten Partners in Fraud." *University of Cincinnati Law Review* 73:139–77.

- Schwartz, Nelson D., and Eric Dash. 2010. "Banks Bet Greek Defaults on Debt They Helped Hide." *New York Times*, February 25.
- Schwendinger, Herman, and Julia Schwendinger. 1972. "The Continuing Debate on the Legalistic Approach to the Definition of Crime." *Issues in Criminology* 7 (1): 71–81.
- Sutherland, Edwin H. 1945. "Is 'White-Collar Crime' Crime?" *American Sociological Review* 10:132–39.
- Taibbi, Matt. 2009. "The Great American Bubble Machine." *Rolling Stone*, July 9–23, 52–61, 98–101.
- . 2010. "The Feds vs. Goldman." *Rolling Stone*, May 13, 40–41.
- Tappan, Paul. 1947. "Who Is the Criminal?" *American Sociological Review* 12:96–102.
- Weisel, Deborah Lamm. 2007. *Bank Robbery*. Washington, D.C.: U.S. Department of Justice, Office of Community Oriented Policing Services.
- Will, Susan, Stephen Handelman and David Brotherton, eds. 2012. *How They Got Away With It: The Financial Crisis and White Collar Criminals*. New York: Columbia University Press.

David O. Friedrichs

University of Scranton

University of Western Australia

CAPITALIST BANKS AS CRIMINAL ENTERPRISES: THE CASE OF WALL STREET

SUMMARY

This article addresses the financial crisis of 2008 as a criminological phenomenon. Analysis of and commentary on the global economic crisis has poured forth from a wide range of sources, and in the academic realm, in particular, from historians, economists, political scientists, law professors and many others. Overall, to date, criminology and criminal justice have not had an especially high profile in the avalanche of analysis and commentary. The specific objectives of this article are as follows: First, to address the financial crisis as crime in conceptual terms. If crime – and, more specifically, white-collar crime – played a central role in this crisis, in what sense of the term "crime" was this the case, and what form of white-collar crime was involved? Second, to address the financial crisis as crime in contextual terms: How should the consequences of crime that occurs within the Wall Street context be understood in relation to the consequences of crime that occurs within the Main Street context? And third, to address the financial crisis as crime in critical terms: what kinds of transformative perspective and policy initiatives are needed if we are to minimize the chances of a future financial crisis on a catastrophic level? The article reviews different attributions of blame for the financial crisis, but then argues for viewing it as reflecting a form of white collar crime, namely finance crime. The term *finance crime* was adopted in the original edition of my text for "large-scale illegality that occurs in the world of finance and financial institutions". More specifically, I noted that such crime stands apart from corporate and occupational crime insofar as "... vastly larger financial stakes are involved...

[it is intertwined with] financial networks... [and it] threatens the integrity of the economic system itself.” Bank robbery from within banks is compared with conventional forms of bank robbery. The claim is made that the losses caused by these investment banking executives vastly exceeded the losses involved in conventional bank robberies.

The crimes of Goldman Sachs, an especially prestigious investment bank, are addressed. The criminogenic conditions generating finance crime are identified. They include financial organizations that are either “too big to fail” or are too interconnected to challenge without harming financial structures. They also include exorbitant executive compensation and bonuses; excessive leveraging in relation to investments; “innovative”, complex and excessively risky financial products or instruments; pervasive conflicts of interest involving entities that supposedly provide some form of oversight of the activities of financial institutions, including boards of directors, auditing firms, and credit rating agencies; weak or ineffective regulatory system, an inherently corrupt political system where wealthy financial institutions and corporations have far too much influence and, more broadly, “free market” fundamentalism. The author concludes with a call for recognizing finance industry practices as crime, and for transformative policies to address them.

Key words: financial crisis, investment banks, finance crime, Wall Street.

*Snežana Soković**

Pravni fakultet, Univerzitet u Kragujevcu

USLOVNI OTPUST – SPORNA PITANJA I SAVREMENA NORMATIVNA REŠENJA

Apstrakt: Savremene tendencije u kaznenoj politici, široka primena zatvaranja i fenomen duževremenog rasta zatvoreničke populacije, nameću potrebu preispitivanja svrhe uslovnog otpusta, odnosno ukazuju na novu interpretaciju funkcije uslovnog otpusta. Uprkos bogatom i dugom iskustvu praktične primene različitih formi uslovnog otpusta, održavaju se i dileme, i konceptijske i normativne prirode, u pogledu modela uslovnog otpuštanja, u pogledu načina odlučivanja i telu nadležnom da odlučuje o uslovnom otpustu, o relevantnom vremenskom periodu izdržane kazne, uslovima pod kojima se vrši uslovno otpuštanje, opravdanosti supervizije osuđenog lica na uslovnom otpustu, kao i oblicima potrebne supervizije, o sadržini obaveza i zabrana koje eventualno treba postaviti uslovno otpuštenom osuđenom licu. Slične dileme u pogledu ovog pravnog instituta prate i praksu uslovnog otpusta u Srbiji, uprkos više od 140 godina kontinuirane primene uslovnog otpuštanja osuđenih lica. Posebno naglašen aktuelni interes za problematiku uslovnog otpusta u domaćim uslovima posledica je, kako višegodišnje preopterećenosti zatvorskih kapaciteta, tako i novih zakonskih odredbi o uslovnom otpustu. Pregled spornih pitanja i njihovo tumačenje u aktuelnim uslovima treba da doprinese razumevanju postojećih dilema i nalaženju funkcionalnih rešenja za praktičnu primenu relevantnih zakonskih odredbi.

Ključne reči: uslovni otpust, kazna zatvora, modeli uslovnog otpusta, supervizija.

1. AKTUELNOST USLOVNOG OTPUSTA

Iako uslovno otpuštanje osuđenih lica predstavlja opšte prihvaćeni institut sa dugom tradicijom, brojna sporna pitanja i polemike i dalje prate i zakonodavna rešenja i praksu uslovnog otpuštanja. Uporedo sa zahtevima za širom primenom uslovnog otpusta, opstaje i argumentacija o opravdanosti ukidanja ranijeg uslovnog otpuštanja (nelogičan, kontraproduktivan, nepravedan u odnosu na žrtvu krivičnog dela, potencijalno ugrožava sigurnost građana). Uprkos bogatom i dugom iskustvu praktične primene različitih formi uslovnog otpusta, održavaju se i dileme, i konceptijske i normativne prirode, u pogledu modela uslovnog otpuštanja, u pogledu načina odlučivanja i telu nadležnom da odlučuje o uslovnom otpustu, o relevantnom vremenskom

* redovni profesor, ssnezana@jura.kg.ac.rs

periodu izdržane kazne, uslovima pod kojima se vrši uslovno otpuštanje, opravdano sti supervizije osuđenog lica na uslovnom otpustu, kao i oblicima potrebne supervizije, o sadržini obaveza i zabrana koje eventualno treba postaviti uslovno otpuštenom osuđenom licu. Pri tome, savremene tendencije u kaznenoj politici,¹ široka primena zatvaranja i fenomen duževremenog rasta zatvoreničke populacije, nameću potrebu preispitivanja svrhe uslovnog otpusta, odnosno ukazuju na novu interpretaciju funkcije uslovnog otpusta.

Slične dileme u pogledu ovog pravnog instituta prate i praksu uslovnog otpusta u Srbiji, uprkos više od 140 godina kontinuirane primene uslovnog otpuštanja osuđenih lica. Posebno naglašen aktuelni interes za problematiku uslovnog otpusta u domaćim uslovima posledica je, kako višegodišnje preopterećenosti zatvorskih kapaciteta, tako i novih zakonskih odredbi o uslovnom otpustu. Pregled spornih pitanja i njihovo tumačenje u aktuelnim uslovima treba da doprinese razumevanju postojećih dilema i nalaženju funkcionalnih rešenja za praktičnu primenu relevantnih zakonskih odredbi.

2. SPORNA PITANJA

Pravno-tehnički naizgled jednostavan pravni institut, uslovni otpust u praktičnoj primeni, posebno u praktičnom ishodu u relativno dužem vremenskom periodu, pokazuje izuzetnu kompleksnost. Zbog svoje čvrste funkcionalne povezanosti sa kaznom zatvora, a time i sa krupnim pitanjima koncepta kažnjavanja, svrhe kažnjavanja, kaznene politike, uslovni otpust zadržavajući istu normativnu formu, često značajno menja svoju svrhu, a posledično tome menja i svoj uticaj na ostvarenje svrhe kažnjavanja i ishoda kaznene politike. Stoga se i sporna pitanja koja prate institut uslovnog otpusta gotovo od samog uvođenja u krivično-pravni sistem, uvek iznova postavljaju, ali u različitom kontekstu, a shodno tome i sa potrebom za novim aktuelnim tumačenjem.

2.1. *Pravna priroda uslovnog otpusta*

Činjenica da je uslovni otpust nastao i da se razvijao kao rezultat penološke pragmatičnosti, dugo je uticala i na tumačenje njegove pravne prirode.

Nastajanje i šira primena uslovnog otpusta vezuje se za sisteme izvršenja kazne zatvora koji nastaju u prvoj polovini devetnaestog veka i u kojima uslovi i dužina boravka u zatvoru zavise od ponašanja osuđenika tokom izdržavanja kazne zatvora, pa zatvorenik svojim dobrim vladanjem i radom, može uticati i na ranije otpuštanje. Održivost ove ideja najpre je pokazao poznati Makonokijev bodovni sistem, a potom je isti koncept razrađen i implementiran u irski progresivni sistem izdržavanja kazne zatvora, u kome uslovni otpust predstavlja za osuđenika najpoželjniju poslednju fazu izdržavanja kazne zatvora, dok se započinjanje stvarne

1 S. Soković /2011/: Savremene globalne tendencije u kontroli kriminaliteta (karakteristike, perspektive i osvrt na domaće prilike), *Crimen*, 2, 169–282.

primene formalnog uslovnog otpusta, nekoliko decenija kasnije, vezuje za kazneno popravni zavod Elmira u državi Njujork.²

Kasnije razvijanje različitih oblika uslovnog otpuštanja, u dužem periodu je bilo više posledica penološke prakse, a manje rezultat krivično-pravnih koncepcija kazne i kažnjavanja. Otuda je dugo vremena vladalo shvatanje da je uslovni otpust isključivo penološki institut koji predstavlja fazu u izvršenju kazne zatvora.

Sa preciznijim definisanjem krivičnopravnog sistema razvilo se shvatanje da uslovni otpust prevazilazi penološku funkciju i da ima prevashodno krivičnopravnu dimenziju jer zapravo suspenduje kaznu utvrđenu sudskom odlukom. Tvrdnja da se tokom uslovnog otpusta kao faze u izvršenju, kazna zatvora izvršava na slobodi je vidno protivurečna, a i nelogična jer je suština uslovnog otpuštanja neizvršavanje preostalog dela kazne. Samo ukoliko dođe do opoziva uslovnog otpusta, preostali deo kazne će se izvršiti, ali tada se vreme provedeno na uslovnom otpustu ne uračunava u izdržanu kaznu, jer je uslovnim otpuštanjem kazna samo suspendovana, a ne i izvršena u posebnom modalitetu.

Opređeljivanje pravne prirode uslovnog otpusta nije samo dogmatsko pitanje, nego predstavlja konceptualno teorijsku osnovu koja neposredno opredeljuje i konkretno normativno definisanje ovog instituta, odnosno rešavanje pitanja nadležnih subjekata za odlučivanje o uslovnom otpustu, procedure odlučivanja, i slično. Kako ima pristalica i jednog i drugog shvatanja pravne prirode uslovnog otpusta, opstaju i razlike u shvatanjima o tome kako zakonski treba regulisati uslovni otpust.

2.2. Svrha uslovnog otpusta

Nezavisno od toga kako se opredeljuje pravna priroda uslovnog otpusta, uslovni otpust je objektivno funkcionalno vezan za kaznu zatvora, tako da generalni koncept kažnjavanja, ali i kaznena politika, bitno utiču i na funkcionalnost instituta uslovnog otpusta.

Uslovni otpust i nastaje u periodu kada retribucija kao koncept kažnjavanja ustupa mestu rehabilitaciji. Retributivni pristup (*punitur quia peccatum est*, odmazda za izvršeno krivično delo kao zadovoljenje iracionalne pravde) zasnovan na fenomenu zastrašivanja, ili na konceptu izolacije prestupnika, isključuje uslovni otpust.³ Rehabilitativni pristup kažnjavanju, kaznom (izborom kazne i načinom izvršenja), nastoji da razvije kapacitete prestupnika koji će ga ubuduće sprečavati da vrši krivična dela, i u primeni uslovnog otpuštanja vidi značajno sredstvo za postizanje takvih ciljeva. Kasnije sumnje u delotvornost rehabilitacionih programa, razvijanje programa reintegracije, utilitarističke orijentacije, kao i savremeni restorativni, ali i neoretributivni koncepti, iznova su preispitali i redefinisali i svrhu i koncept uslovnog otpuštanja osuđenih lica.⁴

2 *The Oxford History of the Prison, The Practise of Punishment in Western Society*, ed. N. Morris, D. J. Rotman /1995/, New York, Oxford, p. 174,175; T.R.Clear, G. F.Cole/2003/: *American Corrections*, Belmont, p. 48–53.

3 S. Livingston, T. Owen/1995/: *Prison Law, Text and Materials*, p. 243.

4 T. R. Clear, G. F. Cole: *op.cit.* p. 57.

Svrhu uslovnog otpusta u fazi njegovog nastanka u devetnaestom veku opredelila je penološka pragmatičnost, uslovno otpuštanje bilo je nagrada za zatvorenike dobrog vladanja, primenjivalo se retko i prevashodno kod zatvorenika osuđenih na duge zatvorske kazne.⁵ Početkom dvadesetog veka uslovni otpust postaje delotvorno sredstvo rehabilitacije i reintegracije prestupnika, poseban način individualizacije kazne, i praktični modeli primene uslovnog otpusta razvijaju se u tom pravcu sve do sedamdesetih godina prošlog veka, kada preispitivanje programa rehabilitacije dovodi do konstatacije njihove nedelotvornosti („nothing works“) i opšteg zaključka da ni supervizija uslovnog otpusta nije funkcionalna, čime se argumentuje novo preispitivanje opravdanosti ovog instituta i opravdava restriktivniji pristup, kako u primeni tako i u normativnom regulisanju.⁶

Primena naučno-tehnoloških sredstava poslednjih decenija prošlog veka tehnički je unapredila, a sadržinski promenila oblike kontrole i nadzora primenjive u sferi kažnjavanja i nadziranja. Nove tehnologije i prenošenje socijalnih i kulturoloških promena ovog vremena (društvo rizika)⁷ u legalne okvire formalne reakcije na kriminalitet doveli su do nastajanja „nove penologije“.⁸ Predmet interesovanja nove penologije nije pojedinac nego grupe prestupnika, tipovi i obim kriminalnog ponašanja. Zadatak nove penologije jeste da upravlja prestupništvom, a ne da rehabilituje prestupnike, umesto tretmana prestupnika javlja se menadžment. Nova penologija je manje zainteresovana za dijagnozu i tretman individualnog učinioca krivičnog dela, a više za identifikaciju, klasifikaciju i upravljanje prestupničkim grupama razvrstanim prema stepenu rizika njihovog ponašanja u odnosu na normirani poredak. Ona nema aspiracija da rehabilituje i reintegriše, već da upravlja rizikom budućeg kriminalnog ponašanja, pre svega kroz različite modalitete zatvaranje prestupnika. Podstiče se izvođenje „evidence based practise“, rehabilitacionih i reintegracionih programa čiji se učinak može meriti povoljnim ishodima, pre svega, u pogledu smanjenja recidivizma i povećanja sigurnosti u zajednici. Uslovni otpust postaje deo menadžmenta rizika i sredstvo upravljanja zatvoreničkom populacijom.⁹

Period kaznenog populizma, koji je na snazi od devedesetih godina prošlog veka, karakteriše uspostavljanje novih strategija kontrole kriminaliteta, značajan krivično-pravni ekspanzionizam, oštريا kaznena politika, jačanje i širenje formalne kontrole, dalji razvoj tehnika nove penologije.¹⁰ Najznačajnija konsekvencija nove prakse kontrole kriminaliteta jeste veliko povećanje kvote osuđenih na kaznu zatvora, stalni rast

5 G. Larry Mays, L. Thomas Winfree, Jr. /2002/: *Contemporary Corrections*, Stamford, p. 216.

6 J. Petersilia /1999/: Parole and Prisoner Reentry in the United States, *Crime and Justice*, Vol. 26, Prisons, pp. 479–529.

7 E. Gidens /2007/: *Sociologija*; Ekonomski fakultet, Beograd; p. 231; D. Garland /1996/: The Limits of the Sovereign State: Strategies of Crime Control in Contemporary Society, *British Journal of Criminology*, Vol. 36, pp. 445–71; A. Giddens /1990/: *The Consequences of Modernity*, London; prema: K. S. Williams /2008/: *Textbook on Criminology*, Oxford, p. 585.

8 S. Soković /2011/: Nova penologija – karakteristike i perspektive, *Pravni. život*, knj. 547, br. 9, pp. 823–836.

9 G. Robinson /1999/: Risk Mangment and Rehabilitation in the Probation Service: Collision and Collusion; *The Howard Journal*, Vol. 38 No. 4, pp. 421.

10 S. Soković /2012/: Savremeni kazneni populizam: uzroci, odlike i posledice. *Pravna riječ*, 9/33, pp. 263–277.

zatvoreničke populacije i trajna preopterećenost zatvorskih kapaciteta.¹¹ U takvom kontekstu uslovni otpust značajno transformiše svoju svrhu i postaje pre svega način za rasterećenje prenaseljenih zatvora (back door strategy).¹²

2.3. Modeli uslovnog otpusta

Različiti normativni modeli uslovnog otpuštanja osuđenih lica posledica su različitih pravno-teorijski koncepcija i prilagođeni su ciljevima koji se žele ostvariti primenom uslovnog otpusta. U osnovi se razlikuju modeli ranijeg otpuštanja, modeli uslovnog otpuštanja, kao i mešoviti modeli.¹³

Ranije otpuštanje, ili raniji (prevremeni) otpust, podrazumeva otpuštanje osuđenih lica nakon određenog perioda izdržavanja kazne zatvora pre isteka ukupnog trajanja izrečene kazne, automatski protekom vremena ili fakultativno, nakon odluke nadležnog organa. Strogo uzevši, ranije otpuštanje nije forma uslovnog otpusta, ali je po svrsi, formi i posledicama vrlo blisko uslovnom otpustu. Za razliku od uslovnog otpusta, najčešće se odnosi na manji deo neizdržane kazne, podrazumeva jednostavniju proceduru i uglavnom je u nadležnosti zatvorske administracije, može, a i ne mora biti predviđena mogućnost opoziva u slučaju da osuđenik u periodu neizdržane kazne učini novo krivično delo.

Uslovno otpuštanje ili uslovni otpust, podrazumeva otpuštanje na slobodu, ukoliko su ispunjeni predviđeni uslovi, osuđenika koji je izdržao deo kazne u kazneno-popravnom zavodu, pre nego što je izdržao kaznu u punom trajanju, pod uslovom da do isteka vremena za koje je izrečena kazna ne izvrši novo krivično delo. U periodu uslovnog otpusta osuđenik je najčešće pod nadzorom nadležnog državnog organa za uslovni otpust, a u slučaju novog krivičnog dela i/ili nepoštovanja drugih pravila uslovnog otpuštanja, uslovni otpust se opoziva a osuđenik se vraća u kaznenu ustanovu na izdržavanje ostatka kazne. Uslovno otpuštanje može biti obavezno ili fakultativno. U prvom slučaju konstatovanje ispunjenosti predviđenih uslova od strane nadležnog organa znači i njegovo otpuštanje, dok je u drugom slučaju, s obzirom na vrstu i/ili težinu krivičnog dela, ili s obzirom na izdržani deo kazne, sledi odluka nadležnog organa u okviru koje je odobranje uslovnog otpusta fakultativnog karaktera.

-
- 11 F. E. Zimring /2011/: Imprisonment Rates and the New Politics of Criminal Punishment, *Punishment & Society*, Vol.3(1), pp. 161–166; D. Garland/2005/: The Meaning of Mass Imprisonment, *Punishment & Society*, Vol.3(1), pp. 5–7; J. Austin, T. Fabelo /2004/: *The Diminishing Returns of Increased Incarceration*, A Blueprint to Improve Public Safety and Reduce Costs, The JFA Institut, Washington D. C.
- 12 Najopštije rečeno, savremeni pristupi smanjenju zatvorske prenaseljenosti usmereni su na smanjenje ulaska u zatvor (front door strategy) širom primenom alternativnih mera i sankcija, kao i na smanjenje dužine boravka u zatvoru (back door strategy) kroz programe ranijeg otpuštanja. A. Gulazzi, C. Mancuso, A. Mangiaracina/2012/: “Back door sentencing” in Italy: comon reasons and main consequence for the recall of prisoners, *European Journal of Probation*, Vol. 4. No 1, pp. 73–84; B. Weaver, C. Tata, M. Munro, M. Barry /2012/: The Faillure of Recall to prison: Early Release, Front-Door and Back-Door Sentencing i the Revolving prison Door in Scotland, *European Journal of Probation*, Vol. 4. No 1, pp. 99–111.
- 13 P. V. Tournier /2004/: Systems of Conditional Release (Parol) in the Member States of the Council of Europe, between the principle of equality and individualization, pragmatism; *New French Journal of Criminology*, Penal fild, Vol.1; J. Petersilia /1999/: Parole and Prisoner Reentry in the United States, *Crime and Justice*, Vol. 26, pp. 479–529; T. R. Clear, G. F. Cole: *op. cit.* pp. 379.

Prednost fakultativnih, diskrecionih modela jeste okvirni kriterijum koji omogućava sveobuhvatan, temeljan i individualizovan pristup u odlučivanju na osnovu relevantnih informacija, mogućnost pripremanja osuđenika za uslovno otpuštanje tokom celog perioda izdržavanja kazne, zatim veća motivacija osuđenika za programe postupanja usled neizvesnosti odobravanja uslovnog otpusta, kao i visoka verovatnoća da će uslovno biti otpušteni samo oni osuđenici koji po izlasku neće ugrožavati sigurnost zajednice u koju odlaze. Međutim, nedostatak preciznijih kriterijuma može da znači i nejednako postupanje i proizvoljnost u proceni, a neizvesnost u pogledu odobravanja uslovnog otpusta može da oteža izvođenje rehabilitacionih programa zbog umanjene motivacije kao i da oteža realizaciju pripreme za uslovno otpuštanje. Diskrecioni modeli su zastupljeni u većini evropskih kontinentalnih zemalja, Kanadi, Australiji i delu SAD.

Obavezni, mandatorni modeli uslovnog otpuštanja nastaju i razvijaju se u SAD, zatim Engleskoj i Velsu i temelje se na jasnim, eksplicitnim kriterijumima za donošenje odluke, omogućavaju ujednačenu praksu nezavisno od toga ko odlučuje, uslovno otpuštanje direktno vezuju za dobro ponašanje tokom boravka u zatvoru i poštovanje zatvorskih pravila i time efikasno kontrolišu zatvoreničku populaciju. S obzirom na poznate i jednostavne kriterijume, zatvorenici je jasno šta se od njih očekuje i mogu tome da prilagode svoje ponašanje. Ovi modeli su, nakon, otpuštanja najčešće praćeni i programima postupne integracije. Nedostatak mandatornih modela jeste ograničena individualizacija prilikom odlučivanja o otpustu, zanemarivanje značaja uključivanja osuđenika u programe postupanja tokom kazne, neuočavanje razlike između dobrog vladanja kao stvarne promene u ponašanju i stavovima, i „instrumentalnog dobrog vladanja“ samo radi što ranijeg napuštanja zavoda. Programi supervizije nakon otpuštanja uglavnom su usmereni na nadzor i kontrolu, manje na podršku i pomoć.¹⁴

Modeli automatskog otpuštanja se najređe primenjuju. Podrazumevaju vrlo eksplicitne kriterijume i ujednačenost primene kriterijuma nezavisno o tome ko donosi odluku. Zatvorenici tačno znaju koliko vremena će provesti u zatvoru, a sigurnost u unapred poznat datum otpuštanja doprinosi stabilnosti u ponašanju tokom izdržavanja kazne zatvora. Većini zatvorenika su dostupni programi postupnog prelaza iz zatvorskog života u život na slobodi. Mane ovog modela nalaze se u činjenici da sudovi uz automatsko otpuštanje izriču duže zatvorske kazne, individualizovan pristup konkretnom osuđeniku je vrlo ograničen, a izvesnost datuma otpuštanja kod nekih osuđenika smanjuje motivaciju za učešće u rehabilitacionim programima i za dobro vladanje. S obzirom da zbog automatizma otpuštanja ne postoji mogućnost dokazivanja rizika otpuštanja ukoliko nema očiglednih eksplicitno navedenih kontraindikacija jednobrazno predviđenih za sve osuđenike, povećan je i rizik novog prestupništva po otpuštanju i narušavanja sigurnosti u zajednici u koju se osuđeni vraća.

Opredeljivanje za određeni model najčešće je rukovođeno razlozima pragmatizma, a ne traganjem za konceptualno najpotpunijim modelom ili za modelom čija

14 M. Maguire, P. Raynor /1997/: The Revival of Throughcare: Retic and Reality in Automatic Conditional Release, *British Journal of Criminology*, Vol. 37/1, pp. 1–14.

je efikasnost potvrđena praksom. Izbor modela uglavnom u najvećoj meri zavisi od toga šta treba da bude prevashodna svrha ranijeg, odnosno uslovnog otpuštanja. Na primer, model fakultativnog ranijeg otpusta najčešće ima svrhu nagrade za dobro vladanje, fakultativno uslovno otpuštanje najbliže je ciljevima rahabilitacije, automatsko ranije otpuštanje, kao i obavezno uslovno otpuštanje pogoduju potrebama rasterećenja zatvorskih kapaciteta.¹⁵

S obzirom na to da izvršenje kazne zatvora prate velika (često i nerealna i protivurečna) očekivanja, kao i s obzirom na vrlo kompleksne potrebe samih kaznenih sistema, uglavnom se koriste mešoviti modeli, kada se u okviru istog sistema predviđa i ranije i uslovno otpuštanje u različitim formama, zbog čega se često gube jasne granice između različitih modela. Razgraničenje uslova pod kojima se primenjuju pojedini modeli otpusta može se opredeliti vrstom i težinom krivičnog dela, ili dužinom izdržanog dela kazne. Relativno često se kombinuje diskrecioni, fakultativni uslovni otpust za duge kazne zatvora i obavezni uslovni otpust za kraće kazne.

2.4. *Pretpostavke i uslovi*

Uslovno otpuštanje po definiciji podrazumeva ispunjenost određenih uslova. Gotovo u svim modelima uslovnog otpuštanja pretpostavke formalne prirode se odnose na deo kazne koji osuđena lica moraju izdržati pre uslovnog opuštanja, a materijalne pretpostavke se tiču kvaliteta vladanja osuđenika u toku izdržavanja kazne i na tome zasnovane procene o ispunjenosti svrhe kažnjavanja. Najčešće se u relativnom iznosu utvrđuje deo kazne koji se mora izdržati, na primer, jedna trećina, polovina ili dve trećine, pri čemu opredeljivanje obaveznog dela jeste izbor diktiran pragmatičnim razlozima (kaznena politika, preopterećenost zatvora) a ne posledica argumentacije zasnovane na empirijski utvrđenoj opravdanosti. Moguće je i uporedo utvrđivanje obaveznog minimalnog dela izdržane kazne (na primer, šest meseci).

Dobro vladanje osuđenika u toku izdržanog dela kazne kao uslov materijalnog karaktera, treba da ukazuje da se osuđenik popravio u meri koja čini osnovanim uverenje da će se na slobodi dobro vladati, a posebno da neće vršiti krivična dela. Procena se vrši na osnovu ponašanja u zavodu, ispunjavanja radnih i drugih obaveza, i treba da ukaže da je kod osuđenika postignuta svrha kažnjavanja. Radi što preciznijeg definisanja ove pretpostavke, često se postavljaju i kontraindikacije (na primer: izricanje težih disciplinskih mera, bekstvo ili pokušaj bekstva).

15 Pojavu da se model uslovnog otpuštanja prilagođava i menja shodno potrebama sistema kažnjavanja pokazuju i statistike uslovnog otpusta. Tako, statistički podaci o korišćenju uslovnog otpusta u SAD pokazuju da rast broja zatvorenika korelira rast primene obaveznih formi uslovnog otpusta i pad primene fakultativnih formi uslovnog otpusta. Praktično to znači da uslovno otpuštanje menja svrhu, više postaje način rasterećenja zatvorskih kapaciteta a manje sredstvo rahabilitacije, pa se shodno tome menja i model uslovnog otpuštanja koji se najčešće koristi. J. Petersilia /1999/: Parole and Prisoner Reentry in the United States, *Crime and Justice*, Vol. 6, pp. 479–529; Pri tome treba imati u vidu da su SAD država sa najvećom kvotom osuđenih lica, i sa najizrazitijim rastom atvoreničke populacije (sa nešto preko 4% svetske populacije imaju nepunih 25% svetske zatvoreničke populacije). S. Soković /2012/: Penitensijarne statistike: mera kriminaliteta i/ili više od toga, *Evidentiranje kriminaliteta: iskustvo iz sveta i Srbija*, (Vesna Nikolić-Ristanović, ed.) Beograd, p. 85–104.

U praksi mogu da nastupe problemi u vezi sa procenom ispunjenosti materijalne pretpostavke zbog nedovoljno preciznog kriterijuma koji ostavlja prostor za arbitrnost i nejednako postupanje. U novije vreme ocena ove pretpostavke se svodi na metod procene rizika (vršenja novog krivičnog dela) posebnim instrumentom (upitnikom) čiji se rezultati mogu kvantifikovati i automatski obrađivati, što treba da isključi svaku subjektivnost i proizvoljnost.¹⁶ Ostaje otvoreno pitanje mogućeg gubljenja suštinskog materijalnog kvaliteta ove pretpostavke u automatskom svođenju njenih vrednosti samo na cifre.

Drugo sporno pitanje odnosi se na potrebu prevazilaženja određenih protivurečnosti u određivanju subjekta nadležnog za ovu procenu. Naime, za procenu ispunjenosti svrhe kažnjavanja nadležan je sud, ali se procena ostvarenosti svrhe kažnjavanja vrši na osnovu ponašanja u kazneno-popravnoj ustanovi u pogledu koga neposredan uvid ima nadležna služba zavoda a ne sud. To znači da će za kvalitet odluke o ispunjenosti materijalne pretpostavke uslovnog otpusta zavisiti i od toga kako su postavljeni standardi izveštavanja suda, i od kvaliteta ostvarene komunikacije između suda i zavodskih službi.

2.5. Odlučivanje o uslovnom otpustu

U okviru postojećih modela uslovnog otpuštanja organ nadležan za odlučivanje o uslovnom otpustu jeste sud ili posebno telo (komisija) sastavljena od stane organa uprave, odnosno ministarstva pravde, u koju ulaze predstavnici pravosuđa, kaznenopravnih zavoda i stručnjaci iz oblasti penološke problematike. Iako to nije pravilo, u većini evropskih zemalja o uslovnom otpustu odlučuju sudovi, opšti (Austrija) ili specijalizovani (Nemačka, Italija, Francuska, Belgija, Španija), dok odbori za uslovni otpust odlučuju u Kanadi, delu SAD, Engleskoj i Velsu, Australiji.¹⁷

Uslovni otpust nije krivična sankcija nego mera (community measure)¹⁸ koja je funkcionalno povezana sa krivičnom sankcijom (kaznom zatvora), što znači da odluku o uslovnom otpustu može doneti i sud, i administrativni organ. S obzirom da je pitanje pravne prirode uslovnog otpusta, koje direktno utiče i na određivanje subjekta nadležnih za odlučivanje o uslovnom otpustu, sporno, postoje i različita shvatanja o tome ko treba da odlučuje o uslovnom otpuštanju.

Ukoliko se uslovni otpust shvata kao krivično-pravni institut kojim se pod određenim uslovima suspenduje sudska odluka, jedino logično rešenje u pogledu organa nadležnog za odlučivanje jeste sud, jer se jedna sudska odluka može menjati samo drugom sudskom odlukom a ne aktom organa uprave. Dodatni argument nalazi se i u činjenici da je po svojoj suštini odluka o uslovnom otpustu odluka o ispunjenosti svrhe kažnjavanja u konkretnom slučaju, a organ nadležan za pitanje ostvarenosti svrhe kažnjavanja jeste upravo sud.

16 G. Larry Mays, L. Thomas Winfree, Jr. /2002/: *op. cit.* p. 217.

17 P. V. Tournier /2004/: *op. cit.* p. 22.

18 U tom smislu: *Recommendation Rec (2000)22 on improving the implementation of the European rules on community sanctions and measures*, Council of Europe; *Recommendation Rec (2003)22 on Conditional Release (Parole)*.

U penološkom pristupu uslovni otpust jeste prevashodno penološko pitanje i predstavlja modalitet, odnosno posebnu fazu izdržavanja kazne zatvora. Razlozi zbog kojih o uslovnom otpustu treba da odlučuje posebna komisija nalaze se u činjenici da je uslovno otpuštanje deo penološke faze, pa odlučivanje suda o uslovnom otpustu predstavlja „ponovno suđenje“ u istoj stvari koje je nedopustivo sa aspekta osnovnih pravnih standarda. Osim toga, s obzirom da je osnov odluke o uslovnom otpustu kvalitet vladanja osuđenog lica u kazneno-popravnim zavodu u toku izdržanog dela kazne (na osnovu koga se ceni i da li je ostvarena svrha kažnjavanja), u koji sud nikako nema neposredan uvid, a nije ni dovoljno kvalifikovan za takvu procenu, opravdano je da o tome odlučuje organ, u okviru koga deo članova ima potrebne stručne, nepravne kompetencije, kao i mogućnost neposrednog uvida u ponašanje osuđenika.

Osim opšteg pitanja određivanja pravne prirode, različiti modeli uslovnog otpusta daju dodatne argumente za sud ili administrativni organ kao subjekat odlučivanja o uslovnom otpustu. Generalno, u okviru diskrecionih modela koji zahtevaju procenu ispunjenosti određenih pretpostavki, posebno ostvarenosti svrhe kažnjavanja u svakom konkretnom slučaju, o uslovnom otpustu treba da odlučuje sud, dok se odlučivanje o nekim formama obaveznog otpuštanja (tamo gde postoje automatski rokovi za uslovni otpust nakon potka određenog dela kazne ili se otpust nakon određenog oka automatski odobrava ukoliko nema kontraindikacija) eventualno može staviti u nadležnost administrativnih organa.

2.6. Nadzor u toku uslovnog otpusta

Uslovno otpuštanje uglavnom podrazumeva i neki oblik supervizije otpuštenih lica i posebne programe uključivanja u zajednicu koji se izvode u okviru probacionih servisa.¹⁹ Intenzivna supervizija uslovnog otpusta podrazumeva prevashodno kontrolu i nadzor, kao i veliki broj obaveza i zabrana za osuđenika i česte kontakte probacionih službi tokom kojih se proverava poštovanje svih nametnutih pravila uslovnog otpusta (SAD; Engleska i Vels). Minimalna supervizija namenjena je prestupnicima koji ne predstavljaju rizik za zajednicu i obično podrazumeva telefonske ili mejl kontakte jednom mesečno ili ređe.²⁰ U okvirima rehabilitacione i reintegracione supervizije licu na uslovnom otpustu su dostupni programi i tretmani usmereni na uspešnu integraciju i podrška radi prevencije novog prestupništva (Nemačka, Finska). Kombinovani oblici obuhvataju i nadzor i potrebne programe i usluge (Kanada, Australija). Probacione službe su različito organizovane i sprovode nadzor i superviziju uslovno otpuštenih lica na različite načine. Postoje i vrlo različita rešenja u pogledu uslova i načina opoziva uslovnog otpusta s obzirom na utvrđene obaveze i zabrane. Vrlo retko se osuđena lica uslovno otpuštaju bez ikakvog nadzora i to po pravilu u okviru diskrecionog modela uslovnog otpuštanja, jer se veruje da je procena suda u pogledu opravdanosti uslovnog otpuštanja temeljna, individualizovana, objektivna, i stoga pouzdana, pa dodatni nadzor nije

19 T. R. Clear, G. F. Cole /2003/: *op. cit.* p. 399.

20 G. Larry Mays, L. Thomas Winfree, Jr. /2002/: *op. cit.* p. 217.

potreban. I dok diskrecioni uslovni otpust prate programi postupne integracije, pomoći i podrške uz niži nivo kontrole i nadzora, kod mandatornih i automatskih modela supervizija je intenzivna i prevashodno usmerena na nadziranje i kontrolu uslovno otpuštenog lica. Strogu superviziju prate česta kršenja nametnutih pravila, posledično i veći broj opoziva uslovnog otpusta.²¹

3. USLOVNI OTPUST U DOMAĆEM PRAVU

3.1. Razvoj

Po ugledu na progresivni sistem izvršenja kazne zatvora, uslovni otpust se u Srbiju uvodi 1869. godine Zakonom o uslovnom otpuštanju krivaca iz kaznitelnih zavedenja, samo dvanaest godina pošto je prvi put formalno uveden u Engleskoj, i znatno ranije u odnosu na mnoge evropske zemlje. Mada je kritikovan kao instrument slabljenja krivične presude, i mada su uslovi za opoziv postavljeni veoma široko („ako bi otpušteni učinio kakvo god, ma i najmanje kazneno delo ili se bar moglo opravdano sumnjati da ga je on morao učiniti, i niko drugi“) beleži se da je u periodu 1883–1885. uslovni otpust bio dodeljen u 784 slučaja, sa opozivom u samo 12 slučajeva.²² Zakonom o izvršavanju kazni lišenja slobode iz 1929. godine uveden je irski progresivni sistem,²³ koji uslovni otpust predviđa kao četvrtu fazu izvršenja zatvorske kazne, do koje je dolazio manji broj osuđenih lica, svega jedna četvrtina ili petina od ukupnog broja zatvorenika.²⁴ Nakon Drugog svetskog rata uslovi izdržavanja kazne zatvora su se postepeno menjali uvećavanjem obima prava i pogodnosti, i humanizovanjem postupanja prema zatvorenicima. Pored diskrecionog uslovnog otpuštanja (nakon polovine izdržane kazne i „zavisno od ponašanja i postignutog stepena prevaspitanja“) odlukom komisije za uslovni otpust pri republičkom organu uprave, Zakonom o izvršenju krivičnih sankcija od 1961. godine uvodi se i jedna forma fakultativnog automatskog uslovnog otpusta mesec dana pre isteka kazne, pod uslovom da je osuđenik izdržao tri četvrtine kazne i da se dobro vladao, o kome odlučuje upravnik zavoda. Procenat uslovno otpuštenih lica je rastao iz godine u godinu, od 21,2% 1954. godine, 43% 1960. godine, do 52,6% 1972. godine.²⁵

Nadležnost za donošenje konačne odluke o uslovnom otpustu se menja 2001. godine i prenosi sa komisije za uslovni otpust pri Ministarstvu pravde na sudove koji su doneli odluku o kazni zatvora u prvom stepenu. Zakonom o izvršenju krivičnih

21 N. Padfield, Sh. Maruna /2006/: The revolving door at the prison gate: Exploring the dramatic increase in recalls to prison, *Criminology and Criminal Justice*, Vol. 3, pp. 329–352; N. Padfeld /2012/: Recalling conditionally released prisoners in England and Wales, *European Journal of Probation*, Vol. 4/1, pp. 34–45.

22 M. Pavlović /2007/: Slabost krivične presude u Srbiji krajem XIX i početkom XX veka, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 55/2, pp. 86–97.

23 Ignjatović, Đ. /2010/: *Kriminologija*, Beograd, p. 225.

24 Z. Ilić, G. Jovanić /2011/: *Zatvor i/ili sloboda pod nadzorom*, Beograd, p. 217.

25 M. Milutinović /1981/: *Penologija*, Beograd, p. 309–311.

sankcija iz 2005. godine, ukida se fakultativni automatski otpust odlukom upravnika zavoda, ali se istovremeno uvodi prevremeno otpuštanje, o kome odlučuje direktor Uprave za izvršenje zavodskih sankcija na predlog upravnika zavoda, najranije tri meseca pre isteka kazne, pod uslovom da je osuđenik izdržao devet desetina kazne, da se dobro vladao i da nije dobio uslovni otpust.

U narednom periodu (2009. godine) izmenama u materijalnom krivičnom zakonodavstvu dolazi do restriktivnijeg normiranja uslovnog otpusta, zahteva se, uz dobro vladanje i popravljajanje, izdržane dve trećine kazne, s tim što se osuđenik koji je pokušao bekstvo ili je pobjegao iz zavoda u toku izdržavanja kazne ne može uslovno otpustiti. Posledično zakonskim rešenjima iz 2009. godine, uslovno otpuštanje se sve ređe primenjuje u praksi, svega nešto preko jedne četvrtine podnetih molbi rezultira odlukom suda o dodeljivanju uslovnog otpusta.²⁶ Istovremeno konstantni rast zatvoreničke populacije (od 6238 zatvorenika 2002. godine do 11094 zatvorenika 2011.)²⁷ stvara veliku preopterećenost zatvorskih kapaciteta (vodeću u Evropi sa 157,9% preopterećenosti).²⁸

3.2. Novo zakonsko rešenje i perspektive

Poslednjim izmenama Krivičnog zakonika (2012. godine) uvode se značajne novine u pogledu uslovnog otpusta. Za pretežan broj krivičnih dela predviđa se obavezni, mandatorni uslovni otpust umesto fakultativnog, diskrecionog ukoliko su ispunjeni uslovi predviđeni zakonom. Fakultativni uslovni otpust zadržan je ukoliko se radi o kazni zatvora od 30 do 40 godina, kazni za krivična dela protiv čovečnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom, zatim za krivična dela protiv polne slobode, krivično delo nasilja u porodici, krivično delo neovlašćene proizvodnje i stavljanja u promet opojnih droga, krivična dela protiv ustavnog uređenja i bezbednosti Srbije, krivično delo primanja mita i krivično delo davanja mita. Uslovni otpust je fakultativan i za osuđena lica za koja su postupci vođeni prema Zakonu o organizaciji nadležnosti državnih organa u suzbijanju organizovanog kriminala, korupcije i drugih teških krivičnih dela, kao i za lica koja su više od tri puta pravosnažno osuđena na bezuslovnu kaznu zatvora.

Normirani modeli uslovnog otpusta prilagođeni su svrsi i ciljevima koje treba da ispuni primena ove mere. Svrha uslovnog otpusta se različito određuje, kao sredstvo uspešne resocijalizacije, nagrada za dobro vladanje, podstrek i stimulacija za aktivno učešće u tretmanu, način za doslednu primenu individualizacije kazne, kao mogućnost za korekciju izrečene kazne, nagrada za uloženi napor u pravcu samopromene.²⁹ Sa druge strane, evidentno je da uslovni otpust uporedo predstavlja i sredstvo

26 Z. Ilić, G. Jovanić /2011/: *op. cit.* p. 222.

27 Godišnji izveštaji o radu Uprave za izvršenje krivičnih sankcija R Srbije, 2002–2011.

28 Aebi, M. F. Delgrande, N. (2011): *SPACE I(2009)*, Council of Europe Annual Penal Statistics; Strasbourg, 22 March 2011, PC-CP (2011)3.

29 R. Kupčević-Mladenović /1972/: *Osnovi penologije*, Sarajevo, p. 196; *Komentar Krivičnih zakona, /1981/:* (N. Srzentić, ed), Beograd, p. 24–25; M. Milutinović /1981/: *Penologija*, Beograd, p. 311; Slobodanka Konstantinović-Vilić, M. Kostić /2011/: *Penologija*, Niš, p. 268; Z. Ilić, G. Jovanić /2011/: *op. cit.* p. 215.

koje disciplinuje osuđenike i doprinosi njihovom uzdržavanju od narušavanja reda u kaznenim ustanovama, posebno s obzirom na dugo prisutan model automatskog uslovnog otpusta po odluci upravnika, odnosno prevremenog otpuštanja. Osim toga, u vezi s uslovnim otpustom, u domaćim uslovima, uvek se, od početka primene pa do danas, računa i na efekat rasterećenja preopterećenih zatvorskih kapaciteta.³⁰ Novouvedeni model obaveznog uslovnog otpusta treba da promeni do sada zastupljenu praksu neopravdano restriktivne primene uslovnog otpuštanja a istovremeno da doprinese rešenju problema prenaseljenih zatvora.

Mada u domaćoj penološkoj teoriji i praksi ima pristalica penološkog tumačenja pravne prirode uslovnog otpusta i zagovornika posebne komisije kao organa nadležnog za odlučivanja, postojeća rešenja su u skladu sa predviđenim modelima uslovnog otpuštanja i evropskom praksom. Međutim, podatak o značajnoj nekompatibilnosti procene ispunjenosti materijalnih pretpostavki za dodelu uslovnog otpusta između penalnih ustanova i nadležnih sudova,³¹ faktički značajno sužene mogućnosti dobijanja uslovnog otpusta kod kratkih kazni zatvora usled relativno dugog trajanja sudskog postupka u kome se odlučuje o uslovnom otpustu (koje ne rešava ni primena prevremenog otpuštanja) ukazuju na sadržinske probleme odlučivanja o uslovnom otpustu. Neujednačenost kriterijuma procene ispunjenosti potrebnih uslova i deklaratorni i formalizovan pristup proceni često dobro ponašanje izjednačava sa popravljanjem i postignutom svrhom kažnjavanja, čime se uslovni otpust lišava sadržine i svodi na sredstvo za održavanja discipline i kontrolu ponašanja u zatvorima. S obzirom da se za pretežan broj krivičnih dela uvodi obavezan uslovni otpust, i da je i kod diskrecionog uslovnog otpuštanja procena ispunjenosti uslova često samo deklaratorna, kao i da većini uslovno otpuštenih lica potrebna je pomoć i podrška socijalne i psihološke prirode, i kada neme potrebe za kontrolom i nadzorom, nameće se i pitanje supervizije, nadzora, pomoći i kontrole uslovno otpuštenih lica, do sada potpuno zanemareno. Budući Zakon o probaciji u izvršenju vanzavodskih sankcija i mera³² treba da odgovori ovim potrebama i uspostavi i organizuje probacionu službu u Srbiji, pri čemu se posebno normira i nadzor nad izvršenjem mera određenih uz uslovni otpust.

4. ZAKLJUČAK

Sistem uslovnog otpuštanja u Srbiji u ovom trenutku, osim ostvarenja rehabilitacionih i reintegracionih ciljeva kao primarnih, treba značajno da doprinese i rasterećenju zatvorskih kapaciteta. Istovremeno potrebno je i da se praksa uslovnog otpuštanja „uravnoteži“, s obzirom na neopravdano restriktivno odlučivanje o uslovnom otpustu poslednjih godina. Očekivanje da primena uslovnog otpusta istovremeno

30 M. Pavlović /2007/: *op. cit.* pp. 86–97; Z. Stojanović, D. Kolarić /2012/: Nova rešenja u krivičnom zakoniku Srbije, *Bezbednost*, LIV/3, pp. 7–33; Z. Stojanović/2013/: *Krivično pravo, opšti deo*, 303–305.

31 Istraživanja pokazuju da u preko 25% slučajeva sud donosi negativnu odluku uprkos pozitivnom predlogu penalne ustanove. Z. Ilić, G. Jovanić /2011/: *op. cit.* p. 226.

32 <http://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>, septembar, 2013.

doprinosi različitim ciljevima, i uspešnoj rehabilitaciji i reintegraciji osuđenih lica i rasterećenju zatvorskih kapaciteta, nije nužno protivurečno, ali je ostvarivo jedino ako je uslovni otpust jedan segment celovitog i koherentnog sistema izvršenja krivičnih sankcija. U protivnom, smanjivanje zatvoreničke populacije uslovnim otpuštanjem potiskuje rehabilitativne ciljeve uslovnog otpuštanja, i samo prividno i privremeno pokazuje pozitivne efekte.

Novouvedeni model obaveznog uslovnog otpusta za najveći broj krivičnih dela, uz zadržani model fakultativnog otpusta za jasno utvrđene situacije (i zadržanu mogućnost prevremenog otpuštanja u ZIKS-u) podoban je da odgovori postavljenim ciljevima. Mera u kojoj će se postavljeni ciljevi ostvariti zavisi od kvaliteta procesa potrebnih za donošenje odluke, kao i od kvaliteta probacionih aktivnosti nakon uslovnog otpuštanja. Neophodno je određeno standardizovanje procesa odlučivanja o opravdanosti uslovnog otpuštanja, i to je jednako važno, ako ne i važnije od toga koji je subjekat nadležan za odlučivanje. U protivnom uslovni otpust postaje samo sredstvo za disciplinovanje zatvorenika i kao takav ne doprinosi rehabilitaciji, zatvora rasterećuje samo privremeno, jer se iza formalnog popravljavanja krije pretvaranje do izlaska na slobodu i vrlo brzo nova krivična dela na slobodi. Uz to, obaveznost uslovnog otpusta povećava mogućnost da se uslovno otpuste i takva lica, čime se ugrožava i sigurnost zajednice u koju se osuđeni vraća. Pažljivim izborom obaveza i oblika kontrole koje će svojom odlukom sud nametnuti uslovno otpuštenom osuđeniku, kao i efikasna probaciona služba koja će pratiti njihovo ispunjenje, mogu se kontrolisati i rizici koje nosi uslovna sloboda.

LITERATURA

- Aebi, M. F. Delgrande, N. (2011), *SPACE I(2009), Council of Europe Annual Penal Statistics;*, Strrasbourg, PC-CP (2011)3.
- Austin, J., Fabelo, T. /2004/: *The Diminishing Returns of Increased Incarceration, A Blueprint to Improve Public Safety and Reduce Costs*, The JFA Institut, Washington D.C.
- Clear, T.R., Cole, G. F. /2003/: *American Corrections*, Belmont.
- Garland, D. /2005/: The Meaning of Mass Imprisonment, *Punishment & Society*, Vol. 3 (1).
- Garland, D. /1996/: The Limits of the Sovereign State: Strategies of Crime Control in Contemporary Society, *British Journal of Criminology*, Vol. 36.
- Gidens, E. /2007/: *Sociologija*; Ekonomski fakultet Beograd.
- Gulazzi, A., Mancuso, C., Mangiaracina, A. /2012/: “Back door sentencing” in Italy: comon reasons and main consequence for the recall of prisoners, *European Journal of Probation*, Vol. 4. No 1.
- Ignjatović, Đ. /2010/: *Kriminologija*, Beograd.
- Ilić, Z. Jovanić, G. /2011/: *Zatvor i/ili sloboda pod nadzorom*, Beograd.
- Komentar Krivičnih zakona*, /1981/, (N. Srzentić, ed), Beograd.
- Konstantinović-Vilić, S., Kostić, M, /2011/: *Penologija*, Niš.
- Kupčević-Mladenović, R. /1972/: *Osnovi penologije*, Sarajevo;

- Larry Mays, G., Thomas Winfree, L. Jr. /2002/: *Contemporary Corrections*, Stamford.
- Livingston, S. Owen, T. /1995/: *Prison Law, Text and Materials*.
- Maguire, M. Raynor, P. /1997/: The Revival of Throughcare: Retic and Reality in Automatic Conditional Release, *British Journal of Criminology*, Vol. 37/1.
- Milutinović, M. /1981/: *Penologija*, Beograd.
- Padfield, N. Maruna, Sh. /2006/: The revolving door at the prison gate: Exploring the dramatic increase in recalls to prison, *Criminology and Criminal Justice*, Vol. 3.
- Padfeld, N. /2012/: Recolling conditionally released prisoners in England and Wales, *European Journal of Probation*, Vol. 4/1.
- Pavlović M. /2007/: Slabost krivične presude u Srbiji krajem XIX i početkom XX veka, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 55/2.
- Petersilia, J. /1999/: Parole and Prisoner Reentry in the United States, *Crime and Justice*, Vol. 26.
- Recommendation Rec (2000)22* on improving the implementation of the European rules on community sanctions and measures, Council of Europe.
- Recommendation Rec (2003)22* on Condidional Release (Parole).
- Robinson, G. /1999/: Risk Mangment and Rehabilitation in the Probation Service: Collision and Collusion; *The Howard Journal*, Vol. 38 No. 4.
- Soković, S. /2012/: Penitensijarne statistike: mera kriminaliteta i/ili više od toga, *Evidentiranje kriminaliteta: iskustvo iz sveta i Srbija*, (Vesna Nikolić-Ristanović, ed) Beograd.
- Soković, S. /2012/: Savremeni kazneni populizam: uzroci, odlike i posledice. *Pravna riječ*, 9/33.
- Soković, S. /2011/: Savremene globalne tendencije u kontroli kriminaliteta (karakteristike, perspektive i osvrt na domaće prilike), *Crimen*, 2/2011.
- Soković, S. /2011/: Nova penologija – karakteristike i perspektive, *Pravni život*, knj. 547, br. 9.
- Stojanović, Z. /2013/: *Krivično pravo*, opšti deo, Beograd.
- Stojanović, Z. Kolarić, D. /2012/: Nova rešenja u krivičnom zakoniku R Srbije, *Bezbednost*, LIV/3.
- The Oxford History of the Prison, The Practise of Punishment in Western Society*, ed. N. Morris, D. J. Rotman/1995/, New York, Oxford.
- Tournier, P. V. /2004/: Systems of Conditional Release (Parol) in the Member States of the Council of Europe, between the principle of equality and individualization, pragmatism; *New French Journal of Criminology*, Penal fild, Vol.1.
- Zimring, F. E. /2011/: Imprisonment Rates and the New Politics of Criminal Punishment, *Punishment & Society*, Vol. 3(1).
- Weaver, B., Tata, C, Munro, M, Barry, M. /2012/: The Faillure of Recall to prison: Early Release, Front-Door and Back-Door Sentencing i the Revolving prison Door in Scotland, *European Journal of Probation*, Vol. 4. No 1.
- Williams, K. S. /2008/: *Textbook on Criminology*, Oxford.

Snežana Soković, Ph. D.

Faculty of Law, University of Kragujevac

CONDITIONAL RELEASE – DISPUTABLE QUESTIONS AND MODERN NORMATIVE SOLUTIONS

SUMMARY

Modern tendencies in penal policy, the wide use of imprisonment and the phenomenon of the longtime growth of prison population impose the need to reassess the purpose of conditional release, i.e. to show the new interpretation of the conditional release function. In spite of the rich and long-lasting experience of the practical use of different forms of conditional release, dilemmas are being maintained, both conceptual and normative, regarding the models of conditional release, the method of the decision-making and the body authorized to decide about conditional release, the relevant period of the served sentence, the conditions needed for conditional release, the validity of the supervision of the sentenced person on conditional release, as well as the forms of the necessary supervision, the content of the obligations and prohibitions that should possibly be posed to the sentenced person on conditional release. Similar dilemmas regarding this legal institute are following the practice of conditional release in the Republic of Serbia, despite more than 140 years of continuous use of conditional release. Especially emphasized current interest for the conditional release problems in domestic conditions is the consequence of the perennial overburdening of prison capacities as well as the new legal provisions about conditional release. The review of disputable questions and their interpretation in current conditions should contribute to the understanding of the existing dilemmas and finding the functional solutions for practical use of the relevant legal provisions.

Key words: conditional release, prison capacities, supervision, sentenced person.

Igor Vuković*

Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu

PRETPOSTAVLJENI PRISTANAK U KRIVIČNOM PRAVU

Apstrakt: Za razliku od pristanka povređenog, koji se u srpskoj literaturi smatra osnovom isključenja protivpravnosti, pretpostavljeni pristanak se u našim udžbenicima krivičnog prava ne razmatra kao osnov opravdanja. Ovaj institut počiva na ideji da u pojedinim slučajevima ne zaslužuje da bude krivično delo ono ponašanje koje se čini bez izjavljenog pristanka titulara dobra, ili zato što se čini u njegovom interesu, ili zato što se odnosi na bagatelna dobra. Uslov je da se pristanak titulara mogao očekivati. Pretpostavljeni pristanak je uobičajen u sferi medicinskog lečenja, gde je neretko neophodna intervencija u odnosu na nesvesnog pacijenta. Nasuprot vladajućem shvatanju u stranoj literaturi, autor zastupa stanovište da pretpostavljeni pristanak ne zaslužuje svoje samostalno mesto u sistemu krivičnog dela, s obzirom na njegovo preplitanje sa institutom krajnje nužde.

Ključne reči: pretpostavljeni pristanak, krajnja nužda, nezvano vršenje tuđih poslova, medicinski zahvati.

Pored pristanka povređenog, koji u uobičajenom pregledu osnova isključenja protivpravnosti krivičnog dela ima svoje nesporno mesto, neretko se kao osnov isključenja protivpravnosti pominje i pretpostavljeni pristanak kao samostalan osnov opravdanja. Pretpostavljeni pristanak počiva na sledećem objašnjenju. Iako titular dobra nije dao svoj prethodni pristanak koji bi isključio protivpravost učiniočevog nedela, protivpravost je isključena ako saglasnost prema okolnostima nije ni bilo moguće pravovremeno pribaviti, jer je titular pravnog dobra (odnosno njegov zakonski zastupnik) bio faktički *nedostupan*. Uslov je da se objektivnim vrednovanjem svih okolnosti u momentu vršenja dela takav pristanak sa sigurnošću mogao očekivati.¹ Ako jedno lice provali u susedni stan kako bi u njemu ugasilo požar, narušavanje nepovredivosti stana koje čini u cilju umanjenja opasnosti što preti imovini komšije ostvaruje obeležja čl. 139 Krivičnog zakonika (lice obija vrata bez ovlašćenja vlasnika),²

* vanredni profesor, igorvu@ius.bg.ac.rs. Ovaj članak je nastao kao rezultat rada na Projektu br. 179051 „Kaznena reakcija u Srbiji kao ključni element pravne države“, koji finansira Ministarstvo nauke Republike Srbije.

1 H.-H. Jescheck, T. Weigend /1996/: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin, 5. Auflage, s. 385.
2 Krivični zakonik („Službeni glasnik RS“, br. 85/2005, 88/2005 – ispr., 107/2005 – ispr., 72/2009, 111/2009 i 121/2012) – u daljem tekstu KZ.

ali se na planu protivpravnosti njegovo činjenje može opravdati pozivanjem na pretpostavljeni pristanak vlasnika. Ipak, slično navedenom primeru, okolnosti u kojima bi ovaj institut mogao da ostvaruje krivičnopravna dejstva neretko se prepliću sa institutom krajnje nužde (čl. 20 KZ). Zaista, protivpravnost narušavanja nepovredivosti stana mogla bi se opravdati pozivanjem na to da je imovini drugog pretela neposredna neskrivljena opasnost koja se drugačije nije mogla otkloniti, a pri tom učinjeno zlo (oštećena vrata) daleko nadmašuju ostvareni rezultati intervencije (vrednost spasenih dobara). U svakom slučaju, zaključci o odnosu ova dva instituta nesumnjivo određuju domašaj pretpostavljenog pristanka prema našem pravu.

Pretpostavljeni pristanak po pravilu nije zakonski regulisan u uporednom zakonodavstvu, već se uobičajeno ističe da je reč o osnovu koji krivičnopravna dejstva ostvaruje na temelju *običajnog prava*.³ Za razliku od strane krivičnopravne doktrine, u dosadašnjoj srpskoj i jugoslovenskoj literaturi pretpostavljeni pristanak je retko izdvajan kao naročit osnov isključenja protivpravnosti,⁴ tako da je njegovo mesto u našem sistemu krivičnog prava oduvek bilo nejasno. Istovremeno, ovaj institut zasluži bliža razmatranja zbog njegovog naročitog praktičnog značaja u sferi lekarskih intervencija, s obzirom da je prema našim postojećim propisima preduzimanje medicinskog zahvata bez uvažavanja volje pacijenta u određenim okolnostima ipak moguće. Otuda bi zaključak da ovi propisi počivaju na ideji uvažavanja pretpostavljene volje pacijenta u ishodu vodio utemeljenju pretpostavljenog pristanka, bar kao posebnog zakonskog osnova opravdanja.

Uobičajeno se razlikuju dve grupe slučajeva pretpostavljenog pristanka: u interesu pogođenog i u interesu nekog drugog lica (ili čak učinioca).⁵ Kolizija interesa *samog povređenog*, koja se rešava zahvatom trećeg lica u njegova dobra nalikuje poslovodstvu bez naloga iz građanskog prava. Opravdanje ovde počiva na ideji da je zahvat u pravnu sferu drugog dopušten s obzirom da umešač radi u interesu oštećenog. Delo provalnika u tuđ stan u uslovima požara (iz našeg početnog primera) – nesumnjivo ide vlasniku stana u korist. Ovde se i ne radi o napadu na dobro titulara već o svake pohvale vrednoj pomoći.⁶ Kažnjavanje u datim okolnostima bilo bi međutim u izuzetku naročitog osnova opravdanja teško izbežno, jer naknadni pristanak ne može da isključi protivpravnost ponašanja, konvalidirajući prethodno

3 T. Fischer /2011/: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München, 58. Auflage, s. 273; B. Heinrich /2010/: *Strafrecht – Allgemeiner Teil I. Grundlagen der Strafbarkeit, Aufbau der Straftat beim Vollendungs- und Versuchsdelikt*, Stuttgart, 2. Auflage, s. 198. To nije smetnja, jer je danas vladajuće shvatanje da važenje načela zakonitosti nije povređeno ako se u korist učinioca konstituiše osnov isključenja protivpravnosti koji nije izričito propisan krivičnim zakonom.

4 Vid. npr. F. Bačić /1986/: *Krivično pravo. Opći dio*, Zagreb, 3. izdanje, str. 229, I. Marković /2011/: *Pristanak povređenog u krivičnom pravu*, u: *Kaznena reakcija u Srbiji* (prir. Đ. Ignjatović), Beograd, str. 292.

5 T. Lenckner /2001/, u: A. Schönke, H. Schröder (Hrsg.) et al., *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München, 26. Auflage, s. 566. Ovo razlikovanje se čini i u našoj literaturi (vid. I. Marković, *op. cit.*, str. 292). Treba imati u vidu da ovo razlikovanje ne vodi drugačijim pravnim pretpostavkama ili dejstvima navedenih podvrsta.

6 R. von Hippel /1929/: „Die Bedeutung der Geschäftsführung ohne Auftrag im Strafrecht“, u: *Die Reichgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben. Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgericht. Fünfter Band*, Berlin – Leipzig, s. 2.

ostvareno krivično nepravdo. Naime, opšte je prihvaćeno da pristanak povređenog kao osnov isključenja protivpravnosti mora biti obnarodovan pre vršenja delikta, kako bi ostvarivao krivičnopravna dejstva.⁷ To ovde izostaje, jer titular ne saopštava svoj stav o zahvatu u njegovo dobro, pa preostaje da se ili ispune pretpostavke krajnje nužde (ako je postojalo stanje neposredne opasnosti po dobra titulara) ili da se učinilac kazni. Situacije kolizije interesa samog povređenog najveću primenu imaju u sferi medicinskih zahvata.

U drugoj konstelaciji, zahvat u tuđa dobra opravdan je i ukoliko se delo ne čini u interesu oštećenog već samog učinioca ili nekog trećeg lica. Iako oštećeni ovde nema neki naročiti upleteni interes (osim razumljivog očekivanja da u uživanju svojih dobara ne bude uznemiravan), smatra se da i ovde može biti isključena protivpravnost povrede ili ugrožavanja njegovih dobara, ukoliko se njegova saglasnost sa uplitanjem drugoga može pretpostaviti. S obzirom da su ove situacije osetljivije od onih u kojima se radi u interesu povređenog, u praksi se one redovno tiču bagatelnih škoda dobara ili podrazumevaju odnose između bliskih lica. Tako, ako deca u rodnoj godini sa komšijskog imanja oberu nešto voća, sitna krađa koju čine može se opravdati pretpostavljenom saglasnošću vlasnika voćnjaka, kao što se osnovano može očekivati da prijatelj neće imati ništa protiv da se pozajmi njegov parkirani bicikl kako bi se na vreme stiglo na voz. U sličnim situacijama pozivanje na krajnju nuždu neretko nije moguće jer izostaje uslov „istovremene opasnosti“ iz čl. 20 KZ. A opet, kažnjavanje onoga ko uzdajući se u prijateljstvo čini kakvo neznatno nepravdo na štetu bližnjeg smatra se kriminalno-politički krajnje sumnjivim i „praktično nesprovodivim“.⁸

1. MESTO PRETPOSTAVLJENOG PRISTANKA U SISTEMU KRIVIČNOG DELA

Prema skoro jedinstveno prihvaćenom gledištu u stranoj literaturi, pretpostavljeni pristanak predstavlja osnov isključenja protivpravnosti. Čak i oni autori koji pristanak povređenog smatraju osnovom koji isključuje biće dela,⁹ pretpostavljeni pristanak smatraju osnovom isključenja protivpravnosti, jer ovde između pretpostavljene i stvarne volje pasivnog subjekta postoji mogući konflikt, koji se ne može razrešiti na nivou zakonskog opisa. Kako učinilac deluje bez pribavljene saglasnosti oštećenog, on postupa deliktno, nezavisno od toga što osnovano veruje da oštećeni vršenju dela nije protivan. Čak i ukoliko se ispostavi da je njegova procena

7 Ako bude izjavljen u toku vršenja delikta može da isključi samo odgovornost za dovršeno delo, ali ne i za pokušaj.

8 Tako C. Roxin /2006/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München, 4. Auflage, s. 829. Slično i F. Bačić, *op. cit.*, str. 230.

9 Vid. U. Kindhäuser /2009/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Baden-Baden, 4. Auflage, s. 164; C. Roxin: *op. cit.*, s. 822. Ovom učenju ne možemo na ovom mestu posvetiti dužnu pažnju. Prema ovom shvatanju objekat krivičnopravne zaštite se u izvesnom smislu personalizuje, te u slučaju pristanka titulara dobra sa njegovom povredom ili ugrožavanjem ponašanje nije deliktno već od samog početka, a ne tek na planu protivpravnosti. Već sama činjenica da je najveći broj delikata kažnjiv nezavisno od stava pasivnog subjekta pokazuje da je ovo shvatanje teško primenjivo na sva krivična dela.

bila pogrešna, učinjeno nepravo ostaje opravdano, ako je utvrđeno da je učiniočeva prognoza volje titulara dobra počivala na objektivnim parametrima.¹⁰

Sporno eventualno može biti da li bi i ovde slično pristanku povređenog trebalo napraviti paralelu između pretpostavljenog pristanka koji isključuje biće dela i pretpostavljenog pristanka koji deluje na terenu protivpravnosti.¹¹ Prema jednom manjinskom gledištu i ovde bi kod delikata kod kojih već zakonski opis podrazumeva delanje protivno volji pasivnog subjekta – pretpostavljeni pristanak isključio već predviđenost dela u zakonu.¹² Tako u pomenutom primeru provale u susedni stan ne bi bilo ostvareno već biće krivičnog dela narušavanja nepovredivosti stana. Iako sam zakonski opis zahteva da se radnja prodiranja vrši neovlašćeno (vid. čl. 139 KZ), uzimanje u obzir i pretpostavljenog pristanka ovde bi onda podrazumevalo ne samo izričito ili konkludentno izjavljenu, već i pretpostavljenu volju. Ipak, ovo shvatanje ne možemo prihvatiti, jer iako pristanak ne mora biti spolja manifestovan, prethodna saglasnost titulara mora predstavljati činjenicu, s obzirom da obeležja bića dela podrazumevaju realno a ne hipotetičko događanje.¹³ Do kakvih mogućih nesporeduma bi slično tumačenje moglo dovesti možemo videti na primeru krivičnog dela obljube nad nemoćnim licem, gde bi u svakom slučaju seksualnog odnosa sa npr. teško alkoholisanim licem učinilac mogao da tvrdi da je žrtva saglasna sa odnosom. Iako se sličan argument ne može isključiti ni ukoliko se pretpostavljeni pristanak tumači kao osnov isključenja protivpravnosti,¹⁴ generalno preventivno nije prihvatljivo da se vršenje seksualnog odnosa sa nesvesnim licem, bez prethodnog razjašnjenja njegove stvarne volje – *ab initio* ne razume kao kršenje krivičnopravne norme. Upravo suprotno, činjenica da je kod mnogih delikata zakonodavac izričito uneo vršenje dela protivno volji pasivnog subjekta kao obeležje zakonskog opisa govori u prilog snažnog kriminalno-političkog interesa da se pitanje volje titulara razjasni pre preduzimanja inkriminisanog ponašanja.

2. USLOVI PRETPOSTAVLJENOG PRISTANKA

Načelno, svi uslovi koji važe za pristanak povređenog važe i za pretpostavljeni pristanak, osim činjenice da ovde nedostaje izjava kojom se titular pravnog dobra saglašava sa zahvatom. I ovde, otuda, oštećeni mora imati sposobnost za davanje pristanka, kao što se i ovde mora raditi o dostupibilnom pravnom dobru.¹⁵ Ključno obeležje pretpostavljenog pristanka je postojanje nepremostivih prepreka zbog kojih nije moguće pravovremeno dobiti izričito odobravanje vršenja dela od strane

10 T. Lenckner, *op. cit.*, s. 567; H. Müller-Dietz /1989/: *Mutmaßliche Einwilligung und Operationserweiterung*, *Juristische Schulung*, № 4, s. 282.

11 Kao što je poznato, kod nekih delikata volja titulara utiče već na ostvarenost obeležja bića dela (kod npr. silovanja), dok kog drugih delikata saglašavanje titulara isključuje tek protivpravnost dela (vid. npr. Z. Stojanović /2012/: *Krivično pravo. Opšti deo*, Beograd, 19. izdanje, str. 137).

12 T. Fischer: *op. cit.*, s. 273; B. Heinrich: *op. cit.*, s. 202.

13 S pravom R. Rengier /2010/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München, 2. Auflage, s. 208.

14 Ljubavnici su npr. supružnici, a supruga je već u nekoliko prethodnih navrata dopuštala da suprug ima odnose sa njom, nakon što bi popila nekoliko tableta za spavanje snažnog dejstva.

15 B. Heinrich: *op. cit.*, s. 199.

povređenog.¹⁶ Tako se može raditi o njegovoj nesvesti, odsustvu ili nekom drugom stanju ili okolnosti, usled koje je titular dobra faktički *nedostupan*, pa se ne može pribaviti njegovo mišljenje. Propuštanje da se pristanak pribavi i pored nepostojanja smetnji isključuje mogućnost pozivanja na opravdanje po osnovu pretpostavljenog pristanka.¹⁷ Istovremeno, nije prihvatljivo dopustiti isključenje protivpravnosti na temelju pretpostavljenog pristanka ako odlučivanje dopušta odlaganje bez rizika po interese oštećenog.¹⁸ Tako, prema jednoj odluci iz strane sudske prakse, s pravom nije isključena protivpravnost sterilizacije učinjene tokom porođaja carskim rezom, na temelju procenjenog rizika da bi život žene mogao da ugrozi neki budući porođaj. Kako između aktuelnog i nekog kasnijeg porođaja sledi odgovarajući vremenski period u kojem je moguće utvrditi stvarnu volju žene, izostalo stanje nužde ne opravdava propuštanje da se mišljenje žene na valjan način pribavi.¹⁹ To uostalom potvrđuje i Zakon o pravima pacijenata, koji u čl. 18 st. 4 propisuje da ako se tokom operativnog zahvata pojavi potreba za njegovim proširenjem, koje se nije moglo pretpostaviti, proširenje operativnog zahvata može se obaviti samo ako je na osnovu procene doktora (medicine odnosno stomatologije) koji preduzima taj zahvat – on neodložno potreban. Ako se odlučivanje može odložiti, izostaje neophodna pretpostavka za preduzimanje zahvata.

Na koncu, neophodno je da se u vreme dela prema objektivnoj oceni svih okolnosti pristanak može sa sigurnošću očekivati. U oceni ovih okolnosti neophodno je uzeti u obzir svaki interes oštećenog – njegove želje, potrebe, vrednosne predstave i tsl.,²⁰ naročito na temelju njegovih ranijih usmenih ili pisanih izjava.²¹ Od značaja su i njegovi moralni i religiozni nazori. Pretpostavljeni pristanak ne polazi od objektivne vrednosti kolidirajućih dobara i interesa, već od *suda o verovatnoći* šta predstavlja stvarnu volju nosioca dobra u trenutku dela.²² Cilj je hipotetičko ustanovljenje onoga što odgovara stvarnoj volji povređenog. Njegova pretpostavljena volja ima prednost čak i kada prema objektivnim merilima deluje neuobičajeno ili nerazumno.²³ Tek ako konkretni pokazatelji ove stvarne volje izostanu, može se preći na druga merila njenog utvrđivanja.

16 U. Kindhäuser: *op. cit.*, s. 164.

17 Vid. npr. K. Kühl /2008/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München, 6. Auflage, s. 286–287. Ove situacije, naročito aktuelne u lecarskoj praksi, razmatraju se u okviru tzv. *hipotetičkog pristanka*. Ovde lekar ne pribavlja pristanak za preduzimanje medicinske mere iako je to prema okolnostima mogao da učini, a tek se nakon zahvata ispostavlja da bi takav pristanak pacijent dao, da je pristanak bio tražen.

18 Slično H. Frister /2009/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München, 4. Auflage, s. 186; C. Roxin: *op. cit.*, s. 827.

19 Isto važi i u slučaju drugih operativnih zahvata. Uvek kada je prema okolnostima moguće pribaviti stvarnu saglasnost pasivnog subjekta – nije moguće pozivanje na pretpostavljenu saglasnost. Lekar koji bez posledica po zdravlje pacijenta može da pričeka njegovo buđenje iz nesvestice ne može ga operisati pozivajući se na pretpostavljeni pristanak.

20 B. Heinrich: *op. cit.*, s. 199; U. Kindhäuser: *op. cit.*, s. 165; I. Marković, *op. cit.*, str. 292.

21 H. Frister: *op. cit.*, s. 186; J. Wessels, W. Beulke /2011/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Heidelberg, 41. Auflage, s. 140.

22 J. Wessels, W. Beulke: *op. cit.*, s. 139.

23 H. Schlehofer /2003/, u: B. von Heintschel-Heinegg (Hrsg.) *et al.*, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 1*, München, s. 1218.

Tu prema pojedinim autorima u obzir dolaze i kriterijumi nezvanog vršenja tuđih poslova odnosno krajnje nužde.²⁴ Naročito je starija doktrina preporučivala analognu primenu pravila o poslovdstvu bez naloga (vid. čl. 220-228 Zakona o obligacionim odnosima).²⁵ To nije prihvatljivo jer se u krivičnom pravu upoređivanje ne vrši isključivo između imovinskih vrednosti. Slična zadržka se uobičajeno čini i u odnosu na pravila krajnje nužde (čl. 20 KZ). Tako isključenje protivpravnosti zbog pretpostavljenog pristanka ne bi moralo otpasti već zbog toga što je zlo koje je oštećenom učinjeno premašivalo koristi od takvog zahvata. Primaran ostaje kriterijum stvarne volje povređenog, čak i ukoliko ona protivreči zdravom razumu i objektivnim kriterijumima. Razume se, do ovog odstupanja će u praksi doći samo izuzetno. Poređenje zala utvrđivanjem pretežnog interesa, kako smo već konstatovali, došlo bi u obzir tek ukoliko hipotetička volja pasivnog subjekta nije bila utvrđiva na drugi način.²⁶ Tu onda na scenu stupaju vrednovanja karakteristična za krajnju nuždu,²⁷ iako formalno podvođenje pod ovaj osnov isključenja protivpravnosti nekada neće moći biti direktno moguće zbog izostanka uslova neposredne opasnosti (vid. čl. 20 KZ).

U svakom slučaju, ukoliko je oštećeni svoju volju već izjavio u određenom pravcu, bilo izričito bilo prećutno,²⁸ bilo za bilo protiv zahvata u njegova dobra – više se ne radi o institutu pretpostavljenog već o postojanju ili izostanku stvarnog pristanka. Ako je učiniocu poznato da komšija neće ni pod kojim razlogom da ga vidi u svom stanu, on se ne može pozvati na njegov pretpostavljeni pristanak. Dakle, pretpostavljeni pristanak svagda je *supsidijaran* u odnosu na institut pristanka povređenog.²⁹ Svaka izjavljena volja pasivnog subjekta primarna je u odnosu na hipotetičku volju pretpostavljenog pristanka. Tek ako ova volja nije poznata – može se preći na ispitivanje uslovâ pretpostavljenog pristanka. Otuda bi bilo neprihvatljivo da se pravo titulara da sam odluči o sudbini vlastitog pravnog dobra (tamo gde je takvo raspolaganje uopšte moguće) zaobiđe, tako što bi se njegovo odricanje od pravnog dobra na temelju ovog instituta pretpostavilo, umesto da se on sam pita o tome.

24 U. Kindhäuser: *op. cit.*, s. 165.

25 Zakon o obligacionim odnosima („Službeni list SFRJ“, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, „Službeni list SRJ“, br. 31/93 i „Službeni list SCG“, br. 1/2003 – Ustavna povelja) – u daljem tekstu ZOO. Ova pravila se po mnogo čemu poklapaju sa krivičnopravnim vrednovanjima. Tako je pri vršenju tuđeg posla poslovođa bez naloga dužan da se rukovodi „stvarnim ili verovatnim namerama i potrebama onoga čiji je posao“ (čl. 222 st. 1 ZOO).

26 H.-U. Paeffgen /2005/, u: U. Kindhäuser, U. Neumann, H.-U. Paeffgen (Hrsg.) *et al.*, *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch. Band 1*, Baden-Baden, 2. Auflage, s. 1065.

27 H. Otto /2004/: *Einwilligung, mutmaßliche, gemutmaßte und hypothetische Einwilligung*, *Juristische Ausbildung*, № 10, s. 682.

28 Neke situacije prećutne stvarne saglasnosti nije lako razlikovati od pretpostavljene hipotetičke saglasnosti. Tako ostavljanje novca za novine u kiosku u slučaju trenutnog odsustva prodavca ili otvaranje pića u samoposluzi u samoj radnji od strane žednog kupca ne podrazumeva pretpostavljenu već aktuelnu saglasnost na temelju uobičajenog poslovanja (slično i C. Roxin: *op. cit.*, s. 827, suprotno B. Heinrich: *op. cit.*, s. 201, koji slične primere smatra konstelacijama pretpostavljenog pristanka).

29 K. Kühl, *op. cit.*, s. 286; H. Müller-Dietz, *op. cit.*, s. 282; R. Rengier, *op. cit.*, s. 210; C. Roxin: *op. cit.*, s. 826; H. Schlehofer, *op. cit.*, s. 1217.

Nije jednostavno postavljanje čvrstih merila kada bi to pretpostavljeni pristanak mogao da isključi protivpravnost. Pojedini autori razvijaju različite kriterijume vrednovanja u zavisnosti od prirode ugroženih dobara. Tako Roxin (*Roxin*) pravi razliku da li se radi o stvarnim, ličnim ili egzistencijalnim dobrima. Ako se radi o imovinskim dobrima, učinilac bi se mogao pozvati na pretpostavljeni pristanak uvek kada polazi od pretežnog interesa oštećenog, a nema neposredno saznanje da je volja ovoga drugačija. Ako se pak radi o dobrima koja nije lako odmeriti, a dotiču lične naklonosti oštećenog (ubija se teško povređeni pas, iako zbog naročitog emocionalnog odnosa nije sigurno da li bi njegov vlasnik više voleo da mu se skrate muke ili da se pokuša operativni zahvat), učinilac, obrnuto, ne sme poći od pretpostavljenog pristanka, osim ukoliko, izuzetno, naročite okolnosti govore upravo u prilog takvoj odluci. Načelno, isto pravilo bi važilo i ako se ne radi u interesu oštećenog.³⁰ Jedino ako bi se radilo o životu i smrti pasivnog subjekta (npr. dilema između amputacije uda ili smrti), može se opravdano poći od toga da bi nesvesni povređeni odabrao život.³¹ To bi čak važilo i ako bi postojale snažne indicije da bi povređeni doneo suprotnu odluku (član je sekte koja zastupa slične stavove ili je nekada u prisustvu najbližih izjavio da bi pre bio mrtav nego bogalj).³² Zbog neprikosnovenosti života (čl. 24 st. 1 Ustava) i realne mogućnosti da se u odnosu na tako egzistencijalna pitanja u odsutnom momentu promeni stav, prihvatljivije je ovde dopustiti opravdanje i spasiti život bez krivične odgovornosti.³³ U svakom slučaju, oštećeni će kasnije biti u prilici da svoju drugačiju odluku u svakom momentu sprovede u delo svojim odgovornim samoubistvom.

Vrednovanje da li se saglasnost mogla pretpostaviti vrši se prema vladajućem shvatanju u vreme dela i iz perspektive samog učinioca (*ex ante*).³⁴ Kriterijum je *subjektivan*. Odlučna je hipotetička volja koja se mogla spoznati u datom momentu. Ako se ispostavi da je prognoza da pristanak postoji bila pogrešna, delo učinioca ostaje opravdano ako bi i druga lica, u poziciji učinioca i sa njegovim znanjima i iskustvom, takođe imala predstavu da bi saglasnost sigurno

30 Otuda će deca moći da ooberu voće samo ako se komšija tome nije protivio ranijih godina, kao što će i pozajmljivanje bicikla podrazumevati da su prijatelji prethodno u raznim sličnim situacijama bili jedan drugom pri ruci.

31 C. Roxin: *op. cit.*, s. 830–832.

32 C. Roxin: *ibid.*, s. 832.

33 Uostalom, na ovoj liniji je i Zakon o pravima pacijenata („Službeni glasnik RS“, br. 45/2013, u daljem tekstu ZPP), koji u čl. 18 propisuje da se nad pacijentom koji je bez svesti, ili iz drugih razloga nije u stanju da saopšti svoj pristanak – hitna medicinska mera može preduzeti i bez njegove saglasnosti. Iako pacijent ima pravo da odredi lice, koje bi u slučaju njegove nesposobnosti donošenja odluke o pristanku moglo da u njegovo ime da pristanak (čl. 16 st. 5 ZPP), ne mislimo da ovo pravo podrazumeva uskraćivanje pristanka od strane zastupnika i u slučaju da nesposobnost nije nepovratna, naročito ne u smislu odlučivanja o meri koja bi pacijenta održala u životu. Otuda je lekarski zahvat koji održava pacijenta u životu uvek opravdan, ako sam pacijent nije neposredno, u smislu čl. 17 ZPP, odbio medicinsku meru koja spasava njegov život. Međutim, tada već nismo na terenu pretpostavljenog pristanka, već njegovog izjavljenog uskraćivanja (suprotno B. Heinrich: *op. cit.*, s. 198, 200, koji dopušta da je i u slučaju operacije koja bi spasila život moguć „nerazuman“ pretpostavljeni pristanak).

34 B. Heinrich: *op. cit.*, s. 200; U. Kindhäuser: *op. cit.*, s. 166; T. Lenckner, *op. cit.*, s. 567; R. Rengier, *op. cit.*, s. 208.

bila data.³⁵ Suprotno stanovište polazi od kriterijuma *ex post*.³⁶ Ovaj kriterijum je objektivn. Odlučno je naime da li je oštećeni odista u momentu dela bio saglasan sa njegovim vršenjem, nezavisno od predstave trećih lica i samog učinioaca. Ako to nije slučaj, protivpravnost dela ne može se ispraviti unošenjem pogrešne prognoze u objektivnu stranu osnova opravdanja; delo ostaje protivpravno, a učiniočevo kažnjavanje eventualno može otpasti na planu stvarne zablude o okolnosti koja bi delo učinila dozvoljenim.³⁷

Na subjektivnom planu učinilac mora da bude svestan svih objektivnih karakteristika pretpostavljenog pristanka. On mora da ima svest da radi saglasno pretpostavljenoj volji nosioca pravnog dobra.³⁸ Ako učinilac postupi imajući pogrešnu predstavu da su u konkretnom slučaju ispunjene stvarne pretpostavke ovog osnova isključenja protivpravnosti, pre svih da bi titular pravnog dobra bio saglasan sa zahvatom u njegova dobra, postojaće stvarna zabluda o okolnosti koja bi njegovo delo učinila dozvoljenim (čl. 28 KZ), koja isključuje njegov umišljaj, ali ne i nehat ako je nehat kažnjiv. Treba međutim biti oprezan u razgraničenju sa pravnom zabludom. I u slučaju činjeničnog stanja kakvog osnova isključenja protivpravnosti u literaturi se naime čini razlikovanje deskriptivnih i normativnih okolnosti, kao kod razlikovanja obeležja bića dela. Ako učinilac pozajmi bez pitanja komšijin bicikl kako bi na vreme stigao na voz, nerazumno očekujući da ovaj neće imati ništa protiv, njegova pogrešna predstava ne dotiče stvarne okolnosti pretpostavljenog pristanka, već same granice pristanka. Otuda će postojati samo otklonjiva indirektna pravna zabluda sa dejstvom mogućeg ublažavanja kazne (čl. 29 st. 3 KZ).³⁹ Iako ovo razlikovanje nije zasnovano na dovoljno preciznim kriterijumima, šira primena pravne umesto stvarne zablude smatra se kriminalno-politički poželjnijom, kako bi se izbegle pravne praznine u kažnjavanju, s obzirom da primena stvarne zablude isključuje odgovornost za umišljajno delo.⁴⁰

3. PRETPOSTAVLJENI PRISTANAK U NAŠEM PRAVU

Na koncu naših razmatranja o pretpostavljenom pristanku, neophodno je ponovo se osvrnuti na mesto koje ovaj institut treba da ima u našem krivičnom pravu. Od dve pomenute konstelacije pretpostavljenog pristanka – postupanja u interesu povređenog ili u interesu drugog lica – samo u prvom slučaju postoje ubedljivi kriminalno-politički razlozi da se pretpostavljena volja titulara dobra uvaži. Ovde međutim treba biti oprezan. Ovaj osećaj je snažan prevashodno u slučaju da šteta koje pretila dobrima titulara nadmašuje štetu koja se vršenjem dela ostvaruje, a to su zapravo situacije

35 J. Wessels, W. Beulke, *op. cit.*, s. 141.

36 H. Frister: *op. cit.*, s. 186.

37 H. Frister: *ibid.*

38 K. Kühl, *op. cit.*, s. 287; G. Stratenwerth, L. Kuhlen /2011/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat*, München, 6. Auflage, s. 125.

39 Slično C. Roxin: *op. cit.*, s. 835. Primer stvarne zablude bi ovde predstavljala eventualna pogrešna predstava da se komšija ne nalazi u kući i da zbog toga nije bilo moguće pribaviti njegovu saglasnost.

40 Vid. H. Müller-Dietz, *op. cit.*, s. 285.

krajnje nužde (amputacija uda nesvesnog ranjenika kako bi se spasao njegov život). U suprotnom smeru, kada isključujemo protivpravnost na temelju pretpostavljene volje titulara, a gde učinjena šteta, obrnuto, nadmašuje koristi na dobrima titulara (nepreduzimanje amputacije uda nesvesnog teško povređenog pacijenta i dopuštanje njegove smrti, jer je ovaj nekada ranije izjavio „da tako nikada ne bi živeo“), stvari više ne stoje tako jasno. Ne samo što se ovde čini nešto suprotno temeljnoj ideji isključenja protivpravnosti (vrednovanje upletenih interesa koje u ishodu vodi žrtvovanju vrednijeg dobra), već se to čini na temelju hipotetičke volje titulara dobra. Otuda ne vidimo dovoljan razlog da pretpostavljeni pristanak, zasnovan na neodređenoj volji titulara dobra zameni jasne objektivne kriterijume krajnje nužde,⁴¹ uvek kada su ispunjene pretpostavke iz čl. 20 KZ.

S druge strane, neophodno je uvažiti i naše pozitivne propise, u kojima pretpostavljeni pristanak u uslovima medicinskih zahvata ima svoje mesto.⁴² Slične situacije reguliše naime srpski Zakon o pravima pacijenata.⁴³ Prema čl. 18 st. 1 ovog zakona nad pacijentom koji je bez svesti, ili iz drugih razloga nije u stanju da saopšti svoj pristanak, hitna medicinska mera može se preduzeti i bez njegovog pristanka (o čemu će se obavestiti članovi uže porodice, uvek kada je to moguće). Ako zakonski zastupnik deteta, odnosno pacijenta lišenog poslovne sposobnosti nije dostupan ili odbija predloženu hitnu medicinsku meru, hitna medicinska mera može se preduzeti, ako je to u najboljem interesu pacijenta (čl. 18 st. 3 ZPP). Očigledno je, dakle, da *ratio* ove odredbe počiva na ideji pretpostavljenog pristanka, iako se preduzimanje hitne medicinske mere redovno poklapa sa stanjem neposredne opasnosti, koja se prema našem pravu opravdava institutom krajnje nužde, u vidu svojevrstne pomoći u nuždi. To otvara pitanje potrebe da se slične konstelacije uopšte razmatraju izvan okvira krajnje nužde, i na koncu opravdanosti izdvajanja pretpostavljenog pristanka kao samostalnog osnova opravdanja.

Prema vladajućem stanovištu u literaturi, pretpostavljeni pristanak se u odnosu na krajnju nuždu razlikuje po tome što ovde izostaje objektivno odmeravanje upletenih interesa.⁴⁴ Poređenje zala, o kojem govori odredba čl. 20 KZ, uvek polazi od objektivne procene da li je u nuždi učinjeno zlo veće ili manje od zla koje je pretilo. Kod pretpostavljenog pristanka, međutim, za opravdanje dela nije od značaja šta je objektivno odgovaralo interesima oštećenog, već šta je on prema okolnostima hipotetički mogao da želi. Objektivni interes oštećenog samo je jedna od indicija njegove pretpostavljene volje. S druge strane, stanje krajnje nužde redovno podrazumeva stanje neposredne opasnosti, što kod pretpostavljenog

41 Ovde ostavljamo po strani temeljni nedostatak ovog instituta prema srpskom pravu, činjenicu da krajnja nužda isključuje protivpravnost i u slučaju jednake vrednosti dobara. Ne može pravni poredak da prizna da neko ima pravo da liši drugoga života kako bi spasao svoj život. Ovaj konflikt može se razrešiti tek na planu krivice.

42 Teško bi se naime mogao negirati krivičnopravni značaj pretpostavljenog pristanka kao osnova isključenja protivpravnosti, ako bi se na temelju tumačenja aktuelnih propisa ovi izjasnili u pravcu njegovog šireg prihvatanja. Tada se, štaviše, i ne bi više radilo o običajnom već o zakonskom osnovu opravdanja.

43 Prava pacijenta do donošenja ovog zakona bila se regulisana Zakonom o zdravstvenoj zaštiti.

44 C. Roxin: *op. cit.*, s. 823.

pristanaka može i izostati. Ako se ove dve osobenosti uporede sa odredbama ZPP-a, možemo zaključiti da se isključenje protivpravnosti po osnovu hitne medicinske mere, i u uslovima nesvesnog stanja pacijenta ili drugog stanja zbog kojeg njegovu saglasnost nije moguće pribaviti, pre može podvesti pod institut krajnje nužde. Stanje hitnosti medicinske mere upravo podrazumeva stanje nužde odnosno neposredne opasnosti za život ili telo pacijenta koje zahteva neodložno postupanje. Osim toga, ako „najbolji interes pacijenta“ može nadjačati čak i protivljenje zakonskog zastupnika deteta ili pacijenta lišenog poslovne sposobnosti, onda postupanje u ovom interesu tim pre usmerava delatnost lekara u uslovima nesvesti pacijenta.⁴⁵ Otuda objektivni kriterijumi krajnje nužde u svakom slučaju prema zakonskoj intenciji zaslužuju prednost u odnosu na vrednovanje želja pacijenta, od kojih polazi institut pretpostavljenog pristanaka.⁴⁶

Iako pretpostavljeni pristanak u interesu drugog lica takođe ima izvesno kriminalno-političko opravdanje, njegovo šire prihvatanje opterećuje bojazan da se ovaj institut može zloupotrebiti,⁴⁷ jer se ovde u interese titulara potencijalno upliću i interesi učinioca. Otuda nije slučajno što se situacije njegovog šireg prihvatanja svode na konstelacije bagatelnog kriminaliteta i/ili odnosa među bliskim licima. U mnogim situacijama, gde bi ovaj osnov opravdanja dolazio u obzir, zakonodavac je, polazeći od bliskog odnosa učinioca i oštećenog, krivično gonjenje prepustio privatnoj inicijativi.⁴⁸ Tamo, pak, gde se ova diskrepancija između kriminalno-političke potrebe i okolnosti slučaja ne bi mogla razrešiti na terenu procesnog prava, od nesigurnih pretpostavki pretpostavljenog pristanaka poželjnijim nam se čine okviri dela malog značaja kao osnova isključenja protivpravnosti (čl. 18 KZ). Ovaj institut, iako i sam opterećen mnogim nepoznicama, okrenut je rešavanju upravo bagatelnog kriminaliteta, a prema propisanim uslovima može da uvaži i druge privilegujuće okolnosti konkretnog slučaja (srodstvo, poznanstvo, uobičajeno postupanje itd.).⁴⁹ Iz svih iznetih razloga, čini nam se da naša teorija krivičnog prava osnovano odbacuje samostalno mesto pretpostavljenog pristanaka kao osnova isključenja protivpravnosti.

45 U našoj literaturi se vršenje medicinskih zahvata i inače ne temelji na ideji pristanaka povređenog, već njihove društvene korisnosti (vid. npr. B. Čejović /1967/: Pristanak povređenog kao osnov isključenja protivpravnosti, *Pravni život*, № 2, str. 24; Lj. Lazarević /2011/: *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, 2. izdanje, str. 474; M. Vražalić /1955/: Krivičnopravni značaj pristanaka na lecarsku operaciju, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, № 4, str. 440).

46 Prema do sada važećim odredbama, nad pacijentom koji je bez svesti, ili koji iz drugih razloga nije bio u stanju da saopšti svoj pristanak, hitna medicinska mera mogla se takođe preduzeti bez njegove formalne saglasnosti. Međutim, ako se nije radilo o hitnoj meri, a pacijent je bio bez svesti ili iz drugih razloga nije bio u stanju da saopšti svoj pristanak, medicinska mera mogla se ipak preduzeti nad njim na temelju konzilijarnog nalaza (raniji čl. 34 Zakona o zdravstvenoj zaštiti). Ova odredba ranijeg čl. 34 st. 2 ZZZ mogla se tumačiti i u pravcu priznavanja instituta pretpostavljenog pristanaka, ali to više nije slučaj.

47 Tako I. Marković, *op. cit.*, str. 293.

48 Vid. npr. čl. 222 KZ.

49 Tek u uslovima poželjnog isključivanja dela malog značaja kao osnova isključenja krivičnog dela u našem pravu, ova podvrsta pretpostavljenog pristanaka mogla bi, iako i tada opterećena iznetim primedbama, uz preciznije definisanje njenih pretpostavki zadobiti nešto šire priznanje. Ipak, i tada nam se čini da bi rešavanje bagatelnog kriminaliteta preko drugih instituta materijalnog i procesnog krivičnog prava bilo primerenije rešenje.

Gde god je to moguće, treba poći od pouzdanih kriterijuma krajnje nužde kao osnova isključenja protivpravnosti. Tamo pak gde se osnovano može pretpostaviti da titular dobra ne bi imao ništa protiv zahvata u njegove interese, a gde primena čl. 20 KZ ne bi bila moguća, treba iskoristiti okvire instituta dela malog značaja.

LITERATURA

- Bačić F. /1986/: *Krivično pravo. Opći dio*, Zagreb, 3. izdanje.
- Čejović B. /1967/: Pristanak povređenog kao osnov isključenja protivpravnosti, *Pravni život*, № 2.
- Fischer T. /2011/: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München, 58. Auflage.
- Frister H. /2009/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München, 4. Auflage.
- Heinrich B. /2010/: *Strafrecht – Allgemeiner Teil I. Grundlagen der Strafbarkeit, Aufbau der Straftat beim Vollendungs- und Versuchsdelikt*, Stuttgart, 2. Auflage.
- Hippel R. von /1929/: „Die Bedeutung der Geschäftsführung ohne Auftrag im Strafrecht“, u: *Die Reichgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben. Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgericht. Fünfter Band*, Berlin – Leipzig.
- Jeschek H.-H., Weigend T. /1996/: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin, 5. Auflage.
- Kindhäuser U. /2009/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Baden-Baden, 4. Auflage.
- Kühl K. /2008/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München, 6. Auflage.
- Lazarević Lj. /2011/: *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, 2. izdanje.
- Lenckner T. /2001/, u: A. Schönke, H. Schröder (Hrsg.) et al., *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München, 26. Auflage.
- Marković I. /2011/: Pristanak povređenog u krivičnom pravu, u: *Kaznena reakcija u Srbiji* (prir. Đ. Ignjatović), Beograd.
- Müller-Dietz H. /1989/: Mutmaßliche Einwilligung und Operationserweiterung, *Juristische Schulung*, № 4.
- Otto H. /2004/: Einwilligung, mutmaßliche, gemutmaßte und hypothetische Einwilligung, *Juristische Ausbildung*, № 10.
- Paeffgen H.-U. /2005/, u: U. Kindhäuser, U. Neumann, H.-U. Paeffgen (Hrsg.) et al., *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch. Band 1*, Baden-Baden, 2. Auflage.
- Rengier R. /2010/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München, 2. Auflage.
- Roxin C. /2006/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München, 4. Auflage.
- Schlehofer H. /2003/, u: B. von Heintschel-Heinegg (Hrsg.) et al., *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 1*, München.
- Stojanović Z. /2012/: *Krivično pravo. Opšti deo*, Beograd, 19. izdanje.
- Stratenwerth G., Kuhlen L. /2011/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat*, München, 6. Auflage.
- Vražalić M. /1955/: Krivičnopravni značaj pristanka na lekarsku operaciju, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, № 4.
- Wessels J., Beulke W. /2011/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Heidelberg, 41. Auflage.

Igor Vuković

Faculty of Law, University of Belgrade

PRESUMED CONSENT IN CRIMINAL LAW

SUMMARY

Unlike the actual consent of the victim, which is in Serbian literature considered as a ground for excluding unlawfulness of a crime, in our textbooks of criminal law presumed consent is not usually considered as an independent ground of justification. This institute is based on the hypothetical will of the victim, on the idea that in some cases, although the holder of the good didn't actually consent, act which endangers some of his goods does not deserve to be considered a crime, either because it appears to be in the holder's interest, or because it represents an insignificant value to the holder. The requirement is that the perpetrator could have expected that the holder of the good, if asked, would consent. Presumed consent is common in the field of medical treatment, where an unconscious patient is often in dire need of immediate medical intervention. Contrary to the prevailing theory, the author argues that the presumed consent does not deserve its own place in the structure of crime, given its overlap with the institute of necessity.

Key words: Presumed Consent, Necessity, *Negotiorum gestio*, Medical Treatment

Saša B. Bovan*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

METODSKI POTENCIJALI HERMENEUTIČKOG PRAGMATIZMA U RAZUMEVANJU I PRIMENI NAČELA NE BIS IN IDEM

Apstrakt: U radu se razmatraju saznajne mogućnosti hermeneutičkog pragmatizma u razrešavanju kontroverzi vezanih za primenu načela *ne bis in idem*. U krajnjoj liniji, ovaj rad je pokušaj da se pronađe srednje rešenje između hermeneutičkog realizma, koji dolazi do izražaja u poslednjim presudama Evropskog suda za ljudska prava na ovu temu, i hermeneutičkog relativizma, izraženog u delu pravne teorije i praksi sudova u SAD, gde se zapravo konfrontiraju dva ključna načela pravnog poretka: pravna sigurnost i pravičnost. Srednje rešenje za koje se zalažemo u ovom slučaju predstavlja pokušaj relativizacije načela *ne bis in idem* u situacijama kada se postavi dilema dvostrukog suđenja, ali relativizacije koja će uspeti da izbegne zamke arbitrarnosti u ovoj oblasti. U suštini, ovaj pristup polazi od hipoteze da ocenu istovetnosti kažnjivog dela treba vršiti ne samo polazeći od činjeničnog stanja već i sa stanovišta vrednosti koje se štite u konkretnom slučaju.

Kumulativnost kriterijuma ocene istovetnosti dela nije posebna novina ovog pristupa. Drugi bitan momenat zapravo je odgovarajući pokušaj teorijskog opravdanja ovog pristupa. Taj pokušaj se fokusira na jedno realističko shvatanje teleološkog metoda po formuli „vaganje interesa na osnovu vaganja činjenica“ što omogućava formulisanje modela primene principa *ne bis in idem* u gore izloženom smislu.

Ključne reči: hermeneutički pragmatizam, ne bis in idem, Evropski sud za ljudska prava, istovetnost dela, pravna sigurnost, pravičnost.

1. UVODNE NAPOMENE

Načelo *ne bis in idem*, odveć je poznato, predstavlja jedno od temeljnih načela krivičnoprocesnog zakonodavstva,¹ koje se svrstava u red principa krivičnog gonjenja, zajedno sa načelom akuzatornosti, legaliteta i oportuniteta krivičnog postupka.²

* redovni profesor, bovan@ius.bg.ac.rs

1 Među najranijim istorijskim zapisima koji pominju načelo *ne bis in idem* spada Demostenov govor protiv Leptina iz 356. godine p. n. e.

2 M. Škulić /2012/: *Krivično procesno pravo*, Beograd, p. 43–58. U starijoj literaturi iz ove oblasti načelo *ne bis in idem* se svrstava u principe krivičnoprocesnih subjekata. Vid: Z. Jekić /1998/: *Krivično procesno pravo*, Beograd, p. 39.

U našem Zakoniku o krivičnom postupku ovo načelo je izloženo u čl. 4, u jednoj standardnoj formulaciji gde se kaže da niko ne može biti gonjen za delo za koje je odlukom suda pravnosnažno oslobođen ili osuđen ili za koje je optužba pravnosnažno odbijena ili je postupak pravnosnažno obustavljen. Preciznije, načelo *ne bis in idem* govori o tome da se istom licu ne može suditi dva puta za isto krivično delo.

Načelo *ne bi in idem* ima relativno a ne apsolutno dejstvo. Prvo, u tom smislu što se mogu pobijati pravnosnažne sudske odluke kada je to u korist okrivljenog. Drugo, u određenim slučajevima, povodom vanrednog pravnog leka, može se ponovo voditi krivični postupak protiv nekog lica za isto krivično delo (na primer, ulaganje zahteva za zaštitu zakonitosti), s tim što u takvim slučajevima, kada je vanredni pravni lek podignut na štetu okrivljenog i kada se utvrdi da je osnovan, odluka suda ima deklaratorno dejstvo (utvrđujuća presuda – čl. 493. Zakonika o krivičnom postupku).

U našem krivičnoprocesnom zakonodavstvu ovo načelo je šire koncipirano nego u većini drugih pravnih sistema, kao i u odnosu na međunarodna krivičnoprocesna dokumenta. Naime, većinski pristup podrazumeva uže shvatanje načela *ne bis in idem*, kada se zabrana ponovnog pokretanja postupka vezuje za pravnosnažnu meritornu presudu (oslobađajuću ili osuđujuću), dok naše zakonodavstvo predviđa dejstvo ovog načela i u odnosu na odbijajuću presudu, kao i na rešenje o obustavi krivičnog postupka.³

Načelo *ne bis in idem* nosi u sebi jednu teorijsku kontroverzu, odnosno sukob između dva ključna principa pravnog poretka: principa pravne sigurnosti i principa pravičnosti (u krivičnoprocesnom smislu principa materijalne istine).⁴ Upravo je deklaratorna (utvrđujuća) sudska presuda u slučaju podnošenja zahteva za zaštitu zakonitosti, kada je taj vanredni pravni lek podignut protiv okrivljenog i kada se utvrdi njegova osnovanost, najubedljiviji dokaz sukoba principa pravne sigurnosti i pravičnosti i prevage ovog prvog principa pravnog poretka u ovom slučaju, s obzirom da konstatacija o tome da postoji povreda zakona ne dira u pravnosnažnost osporene sudske odluke. U istom pravcu, može da posluži kao primer tzv. *Engel test*, konstruisan povodom slučaja *Engel and others v. the Netherlands* (Presuda No. 5100/71-5370/72 od 8.6.1976. godine),⁵ u praksi Evropskog suda za ljudska prava, čija je funkcija formulisanje kriterijuma ocene istovetnosti

3 M. Škulić: *op. cit.*, p.57.

4 Suprotno kod M. Škulića koji smatra da ovo načelo u sebi ujedinjuje pravnu sigurnost i pravičnost kao najšire principe pravnog regulisanja: M. Škulić: *Ibid.*, p. 56. U udžbeniku Z. Jekić, kada se govori o razlikama u tumačenju ovog načela, njegova primena se uopšte ne posmatra sa stanovišta ključnih vrednosti pravnog poretka: Z. Jekić: *op. cit.*, p. 42. I u drugim našim relevantnim udžbenicima iz krivičnog procesnog prava posle II Svetskog rata, načelo *ne bis in idem* dovodi se u vezu samo sa principom pravne sigurnosti: D. Dimitrijević /1975/: *Krivično procesno pravo*, Beograd, p. 89, D. Dimitrijević, M. Stefanović-Zlatić, Đ. Lazin /1990/: *Krivično procesno pravo*, Beograd, p. 81, M. Grubač /1995/: *Krivično procesno pravo*, Beograd, p. 134, S. Bejatović /2003/: *Krivično procesno pravo*, Beograd, 148.

5 *Engel and others v. Netherlands*, <http://hudoc/echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx?i=001-57479>, 1.11.2013.

kažnjivog događaja, gde takođe dolazi do izražaja napetost između pravne sigurnosti i pravde kao ključnih vrednosti pravnog poretka.⁶

Primena načela *ne bis in idem* dolazi u obzir u slučajevima kada se prepliću krivično delo i drugo kažnjivo delo (na primer prekršaji, disciplinski ili privredni prestup), kada se prepliću dva krivična dela sa stanovišta svog zakonskog ili činjeničnog opisa, u slučaju produženog krivičnog dela, u slučaju blanketnih krivičnih dela, ili u slučaju kada se za isto delo sudi učiniocu u dve različite države. Prvi slučaj, koji je najčešći u praksi, posledica je činjenice da policija, istovremeno, povodom istog događaja, podnosi protiv jednog lica krivičnu i prekršajnu prijavu. To su najčešće situacije kada dolazi do preplitanja krivičnog dela Nasilničkog ponašanja iz čl. 344. st. 1. Krivičnog zakonika i prekršaja iz čl. 6. st. 1. Zakona o javnom redu i miru. Preplitanje u izloženom smislu još više dolazi do izražaja između krivičnog dela Ugrožavanja sigurnosti iz čl. 138. st. 1. Krivičnog zakonika i prekršaja iz čl. 6. st. 2. Zakona o javnom redu i miru, ili između krivičnog dela Poreske utaje iz čl. 229. Krivičnog zakonika i prekršaja iz čl. 177, 178. i 178a Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji. Do preplitanja može doći, mada izuzetno retko, kada se prepliću dva krivična dela, pored ostalog jer sudovi umeju da prepoznaju istovetnost vrednosti koje se štite (prividni idealni sticaj).⁷ Do preplitanja dva krivična dela može doći na primer između krivičnog dela Nasilničkog ponašanja i krivičnog dela Zlostavljanja i mučenja iz čl. 137. st. 1. istog propisa. Kod blanketnih krivičnih dela, dešava se da odgovarajući prekršaj predstavlja dispoziciju nekog blanketnog krivičnog dela, kojom se bliže određuje biće takvog dela, ali kada se može, u isto vreme, podneti i krivična i prekršajna prijava. Na primer, do takvog preplitanja može doći između krivičnog dela Zagađenje životne sredine iz čl. 260. Krivičnog zakonika i privrednog prestupa iz čl. 116. Zakona o zaštiti životne sredine i prekršaja iz čl. 117. i 117a istog propisa. Kada se radi o produženom krivičnom delu (prividni realni sticaj),⁸ koje se kvalifikuje kao jedno jedinstveno krivično delo, primenjuje se načelo *ne bis in idem*. Međutim, postavlja se pitanje kolizije čl. 61. st. 6. Zakonika o krivičnom postupku sa načelom *ne bis in idem*, s obzirom da se krivično delo koje nije obuhvaćeno produženim krivičnim delom u pravnosnažnoj sudskoj presudi smatra posebnim krivičnim delom, itd.

Dominantni model primene načela *ne bis in idem*, gde se favorizuje princip pravne sigurnosti, samo je, po nama, još jedan dokaz kako u pravnoj praksi i dalje caruje topos logičko – mehaničke funkcije pravosuđa.⁹ U ovom radu se postupa

6 Kriterijumi su: klasifikacija norme u domaćem pravu; priroda inkriminisane radnje; svrha kazne; priroda i strogost kazne. Videti kod: N. Mole, C. Harby /2006/: The right to a fair trial, A guide to the implementation of Article 6. of the European Convention on Human Rights, *Human rights handbooks* No. 3, Strasbourg, pp. 16.

7 Detaljnije kod: Z. Stojanović /2013/: *Krivično pravo (opšti deo)*, Beograd, p. 244–247.

8 Z. Stojanović: *Ibid.*, p. 249–256.

9 U tom smislu ubedljivo kod: R. Ogorek /1986/: *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Frankfurt/Main, p. 366. O tome kako se suština nekih drugih temeljnih pravnih načela, na primer sudijske nezavisnosti, posmatra pre svega sa stanovišta mehaničke jurisprudencije (zakonskog pozitivizma), kod: Zoran Pokrovac, Sudačka neovisnost, postulat vezanosti zakonom i slobodnopravni pokret /1992/: *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu*, No 4, pp. 595–613. O tome kako se princip akuzatornosti teorijski i praktički artikulisao pod uticajem

upravo suprotno. Polazeći sa pozicija stvaralačke jurisprudencije, ovde se izlaže model relativizacije principa *ne bis in idem* čija je suština u pokušaju osnaženja načela pravičnosti na uštrb pravne sigurnosti, u situacijama kada se postavi pitanje o mogućnosti dvostrukog suđenja, ali tako da se ne otvore vrata sudijskoj arbitrarnosti. Model relativizacije principa *ne bis in idem* koji se predlaže testira se na pitanju ocene istovetnosti (identičnosti, istosti) kažnjivog dela, kada se predlaže jedan kumulativni kriterijum koji obuhvata ocenu istovetnosti kako polazeći od činjeničnog stanja nekog slučaja, tako i polazeći od vrednosti koje treba zaštititi u konkretnoj situaciji. Čini nam se, što ćemo pokušati da dokažemo u nastavku rada, da sudska praksa luta između ovih kriterijuma polazeći sa pozicija njihove isključivosti a ne komplementarnosti. Isto tako, smatramo da tek jednim specifičnim shvatanjem teleološkog metoda (čija je suština između ostalog u kompleksnom shvatanju strukture male premise i posmatranju juridičkog zaključivanja kao induktivnog postupka) možemo da formulišemo jedan kumulativni model ocene istovetnosti kažnjivog dela, model koji će biti i operativan u tom smislu da na skladan način uspostavlja odnos, tj. omogućava prožimanje postojećih kriterijuma ocene istovetnosti.

2. KRITERIJUMI OCENE ISTOVETNOSTI DELA U PRAKSI EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA (ECTHR)

Načelo *ne bis in idem* regulisano je čl. 4. st.1 Protokola VII Saveta Evrope iz 1984. godine, koji je postao sastavni deo Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Može se reći da institut *ne bis in idem* predstavlja segment prava na pravično suđenje (čl. 6. Konvencije), a u ovom dokumentu je formulisan u restriktivnom obliku, jer ne predviđa, kao u našem pravu, zabranu ponovnog suđenja i u slučaju odbijajuće presude ili rešenja o prekidu krivičnog postupka (niko ne može biti suđen ili kažnjen dvaput u istoj stvari). Polazeći od pravnog stava u slučaju *Baragiola v. Switzerland* (Presuda No. 17626/90 od 21.10.1993. godine), načelo *ne bis in idem* se primenjuje samo kada je nekome dva puta suđeno za istovetno delo pred sudovima jedne države. Drugim rečima, primena ovog principa ne obuhvata slučajeve kada se nekom licu sudi dva puta za isto delo pred sudovima različitih zemalja.¹⁰

U radu se primena principa *ne bis in idem* posmatra sa stanovišta prakse Evropskog suda za ljudska prava stoga što se u odlukama ovog suda mogu jasno uočiti

škole mehaničke jurisprudencije kod: Saša Bovan /2013/ Metodska svest – *conditio sine qua non* digniteta pravničke profesije, *Pravni život*, No. 12, pp. 639–654.

10 Ovde dolazi do izražaja prevaga načela teritorijalnosti u odnosu na načelo *ne bis in idem*. Isključive načela *ne bis in idem* tada, obično se ublažava tako što se domaćem državljaninu osuđenom u inostranstvu za domicilno krivično delo, prilikom ponovnog suđenja, uračunava kazna koju mu je izrekao strani sud za isto krivično delo. Obično se tada, na primer u Hrvatskoj, traži i dozvola javnog tužioca za ovakvo postupanje. Za pravnu praksu u Hrvatskoj u ovoj oblasti kod: Ana Garačić, Marija Grgić, *Ne bis in idem*, http://vsrh.hr/CustomPages/Static/HRV/files/AGaracic_Ne-Bis-In-Idem_Opatija_Zagreb_2008pdf, 29. oktobra 2013.

sve dileme vezane za prirodu i funkcionisanje pomenutog principa, pre svega dileme koje se odnose na formulisanja kriterijuma ocene istovetnosti. U tom smislu, praksa Evropskog suda za ljudska prava pokazuje izvesna lutanja i neujednačenosti. Naime, u predmetu *Gradinger v. Austria* (presuda No. 15963/90. od 23.10.1995. godine),¹¹ podnosilac predstavke Evropskom sudu za ljudska prava osuđena je pred sudom svoje države za krivično delo izazivanja saobraćajne nesreće sa smrtnim ishodom. U tom postupku uopšte nije uzeta u obzir, kao otežavajuća okolnost, činjenica da je lice odgovorno za izazivanje saobraćajne nezgode vozilo pod dejstvom alkohola. Nakon pravnosnažne sudske odluke, sproveden je i prekršajni postupak kada je licu već osuđenom po osnovu istog činjeničnog stanja izrečena i kazna za vožnju u pripitom stanju. ECtHR je zaključio da je ovde povređeno načelo *ne bi in idem* jer prekršaj predstavlja samo jedan aspekt krivičnog dela i jer su obe odluke zasnovane na istom činjeničnom stanju (istom ponašanju).¹²

Međutim, u jednom drugom, sličnom slučaju, koji se takođe odnosio na saobraćajnu problematiku – *Oliviera v. Switzerland* (Presuda No. 84/1997/868/1080. od 30.07.1998. godine),¹³ Evropski sud menja svoj stav. U ovom slučaju, podnosilac prijave je prvo bila osuđena u prekršajnom postupku zbog neprilagođene brzine, a potom je osuđena za krivično delo izazivanja saobraćajne nesreće u kojoj je drugo lice zadobilo teške telesne povrede. Ovde je ECtHR zaključio da nema povrede načela *ne bi in idem*, iako su, na osnovu istog činjenično stanja vođena dva različita postupka. Delikatnost ovog slučaja jeste u tome što je ECtHR ovde posmatrao problematiku sa stanovišta idealnog sticaja, a ne stanovišta primene načela *ne bis in idem*,¹⁴ iako se nije radilo o istovremenom suđenju za više krivičnih dela izvršenih jednom radnjom, već o različitim pravnim postupcima koji su zasnovani na istom činjeničnom stanju. Nekonkizistentnost ove odluke jeste u tome što ECtHR samo na osnovu činjenice da je u ovom predmetu manja kazna absorbovana većom opravdava vođenje različitih postupaka za različita dela, zasnovanih na istom istorijskom događaju,¹⁵ odnosno problem je u tome se načelom *ne bis in idem* štiti pravna sigurnost, a pitanje uračunavanja kazne je sasvim druga tema.

Međutim, ovaj slučaj je važan stoga što se kao kriterijum ocene za primenu odnosno povredu načela *ne bis in idem* ne uzima samo činjenično stanje kao početni kriterijum ocene istovetnosti dela, već i vrednosti koje se štite, kao završni kriterijum ocene istovetnosti. Naime, ECtHR je u svojoj odluci konstatovao da je nadležnost upravnog organa koji je odlučivao u ovom slučaju po prekršaju bila ograničena, odnosno da se ne proteže na sve aspekte kriminalnog događaja.¹⁶ To drugim rečima znači da je Sud ustanovio da nisu samo činjenice slučaja kriterijum

11 *Gradinger v. Austria*, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx?i=001-57958>, od 1.11.2013.

12 *Gradinger v. Austria*, pasus 55.

13 *Oliviera v. Switzerland*, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx?i=001-5334>, od 1.11.2013. godine.

14 *Oliviera v. Switzerland*, pasus 26.

15 *Oliviera v. Switzerland: Ibid.*, pasus 27.

16 *Oliviera v. Switzerland: Ibid.*, paragraf 23.

za ocenu istovetnosti, nego i vrednosti koje se štite, s obzirom da u konkretnom predmetu različiti aspekti istog događaja podrazumevaju drugačiju pravnu kvalifikaciju, odnosno zaštitu različitih pravnih vrednosti.

Izložena dva slučaja koja su se našla pred ECtHR, a povodom dileme da li je bilo povrede načela *ne bis in idem*, ukazuju, kako nam se čini, da procena o kršenju ovog principa mora da počiva na jednom kumulativnom kriterijumu koji podrazumeva identičnost činjeničnog stanja, kao početni kriterijum ocene istovetnosti dela, i odgovor na pitanje da li se u dva različita pravna postupka povodom istog događaja možda štite različite pravne vrednosti, kao završni kriterijum ocene istovetnosti dela. Po gledištu koje će biti izloženo u sledećem odeljku, ova druga situacija isključivala bi primenu načela *ne bis in idem*, odnosno omogućavala da se nekome sudi dva puta povodom istog kriminalnog događaja.

Međutim, treba istaći da je u sledeće dve, i ključne odluke ECtHR na temu povrede načela *ne bis in idem*, zauzeto jedno monističko gledište koje znači povraćaj na pristup zauzet u predmetu *Gradinger v. Austria*, gde se predviđa samo identičnost događaja (ponašanja, činjeničnog stanja) kao kriterijum primene, tj. ocene o povredi ovog načela. Radi se o slučaju *Zolotukhin v. Rusia* (presuda No. 14939/03 od 10.02.2009. godine),¹⁷ kada je ECtHR lapidarno zaključio da se čl. 4. protokola 7. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda mora razumeti kao zabrana krivičnog gonjenja ili suđenja za drugo delo uvek kada to proizilazi iz identičnih činjenica ili činjenica koje su suštinski iste.¹⁸

Ovaj pristup tematici primene načela *ne bis in idem* potvrđen je i u sledećoj presudi ECtHR u predmetu *Maresti v. Croatia* (presuda No. 55759/07 od 25.09.2009. godine).¹⁹ Međutim, ta presuda je izazvala oštra osporavanja sa stanovišta jednog hermeneutičkog relativizma, upravo na temu tenzije između principa pravne sigurnosti i pravičnosti. Suština ove perspektive je u pokušaju relativizacije i ograničavanja primene načela *ne bis in idem* kada je to u interesu pravičnosti. Činjenično, radi se o predmetu gde je lice osuđeno u prekršajnom postupku zbog naročito drskog i nepristojnog ponašanja na javnom mestu. Međutim, istom licu je nakon toka suđeno i u krivičnom postupku za nanošenje teških telesnih povreda povodom istog događaja. ECtHR je ustanovio da se ovde radi o povredi načela *ne bis in idem*, čime je dotični praktično amnestiran za teško krivično delo izvršeno na naročito drzak i bezobziran način i kažnjen prekršajno na samo 40 dana zatvora u prekršajnom postupku.

Slučaj *Maresti v. Croatia*, kako sme već istakli, ukazuje da primena načela *ne bis in idem* u sebi skriva tenziju između principa pravne sigurnosti i pravičnosti, i da na drugačiji način treba formulisati kriterijume njegove primene. O tome se govori u sledećem odeljku ovog rada.

17 *Zolotukhin v. Rusia*, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx?i=001-91222>, od 1.11.2013. U radu ovog sudskog veća učestvovao je i Dragoljub Popović, bivši profesor Pravnog fakulteta u Beogradu.

18 *Zolotukhin v. Rusia*, pasus 82.

19 *Maresti v. Croatia*, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx?i=001-93260>, od 1.11.2012.

3. KRITERIJUM OCENE ISTOVETNOSTI DELA POSMATRANO SA STANOVIŠTA HERMENEUTIČKOG RELATIVIZMA

U delu pravne teorije i sudskoj praksi u SAD zauzeto je stanovište da problematiku primene načela *ne bis in idem* treba sagledavati sa jednog kompleksnijeg stanovišta. B. Zupančić, inače sudija EctHR, izuzetno se kritički odnosi prema praksi ovog Suda, u toj meri da smatra kako doktrina *ne bis in idem* vodi u logički ćorsokak.²⁰ Njegova teorijska pozicija u odnosu na ovo pitanje tipičan je primer hermeneutičkog relativizma s obzirom da polazi od toga da činjenice nesumnjivo određuju kvalifikaciju slučaja, ali da sa druge strane, i pravna kvalifikacija određuje ugao posmatranja činjenica, odnosno „predodređuje selektivnu apercepciju (zapažanje) činjenica“.²¹ Zupančić se u ovom pravcu poziva na filozofski relativizam (perspektivizam), počev od Kanta i njegovog stava da stvarnost ne postoji objektivno, kao takva, već samo onako kako je mi doživljavamo.²²

U razradi ovog pristupa, a primenjeno na oblast jurističke hermeneutike i funkcionisanja principa *ne bis in idem*, Zupančić ističe da putem pravne kvalifikacije u jednom postupku, sud može videti kao relevantnu, jednu specifičnu kombinaciju činjenica. Međutim, u drugom postupku, povodom istog istorijskog događaja ali kroz drugačiju pravnu kvalifikaciju, te činjenice, ili neke druge na koje sud nije obratio pažnju u prvom postupku, mogu dobiti sasvim drugi smisao ili baciti novo svetlo na isti događaj, čime se opravdava derogiranje principa *ne bis in idem*.²³ To u konačnici znači, da princip *ne bis in idem*, kako tvrdimo i u ovom radu, treba posmatrati ne samo sa stanovišta šireg pravnog načela pravne sigurnosti, već i pravde (pravičnosti), odnosno da je moguća i opravdana relaticizacija ovog principa koji treba primenjivati u jednoj mekšoj a ne striktnoj varijanti.

Izloženi pristup problematici *ne bis in idem* Zupančić brani pozivanjem na pravnu praksu u SAD, odnosno ukazivanjem na rešenja ovog pitanja iz Modela krivičnog zakonika SAD iz 1962. godine, koji je sačinio Američki pravni institut u Filadelfiji (Pensilvanija). Test identičnosti događaja koji se ovde primenjuje proističe iz pitanja: da li svaka druga (nova) pravna kvalifikacija zahteva dokaz (činjenice) koji druga ne traži, što bi podrazumevalo i različite svrhe koje se ostvaruju različitim postupcima.²⁴

Polazeći od argumentacije kojom se u Modelu krivičnog zakonika SAD opravdava dvostruko suđenje, i ukazujući na slučajeve iz sudske prakse u SAD, gde je taj oblik primene načela *ne bis in idem* operativan, Zupančić izvlači zaključak da je u interesu društva u celini da se kazne različite povrede zakona izvršene jednim identičnim

20 B. M. Zupančić /2011/: *Ne bis in idem* (zabrana ponovnog suđenja za isto delo), *Crimen*, No 2, pp. 171.

21 B. Zupančić: *Ibid.*, pp. 171.

22 B. Zupančić: *Ibid.*, p. 173.

23 B. Zupančić: *Ibid.*, p. 172.

24 B. Zupančić: *Ibid.*, p. 174.

događajem, tj. „ako se različitim inkriminacijama želi sprečiti potpuno drugačije zlo ili šteta, drugo gonjenje za isti događaj nije zabranjeno“.²⁵

Ove situacije su naročito moguće i opravdane kada se prvo vodi prekršajni postupak a nakon toga krivični, kada se u ovom drugom postupku u širem opsegu i drugačijem kontekstu (zaštita drugih vrednosti) posmatra identični događaj.²⁶ Međutim, Zupančić daje ubedljiv primer koji opravdava vođenje drugog postupka (u njegovom primeru disciplinskog) nakon krivičnog. Radi se o slučaju Z. Sovaka, sudije Vrhovnog suda Češke Republike. Protiv ovog sudije je 2008. godine pokrenut krivični postupak zbog plagijata (kršenja autorskih prava). Postupak je okončan poravnanjem gde je dotični sudija isplatio određenu sumu novca oštećenima. Protiv istog je pokrenut disciplinski postupak koji je obustavljen jer je Vrhovni Sud ČR ocenio da vođenje disciplinskog postupka u ovom slučaju predstavlja povredu načela *ne bis in idem*. Komentarišući ovaj slučaj, Zupančić ispravno primećuje da novčano obeštećenje oštećene strane u ovom slučaju nema karakter materijalne oslobađajuće presude (suštinskog oslobođenja) u korist sudije Z. Sovaka. Međutim, kaže dalje B. Zupančić, čak i da je krivični sud oslobodio sudiju Sovaka zbog nedostatka dokaza koji bi vodili izvan osnovane sumnje, njegova nevinost u okvirima krivičnog prava ne bi sprečavala da tužioc i u parnici traže naknadu štete. Isto tako, naglašava Zupančić, zabrana ponovnog suđenja se ne bi primenjivala ni u disciplinskom postupku.²⁷

Osnovni razlog koji opravdava vođenje disciplinskog postupka kao drugog postupka u ovom slučaju jeste to što iz identičnog ponašanja proističu različite pravne svrhe. Drugim rečima, kako ukazuje Zupančić, svrha disciplinskog postupka protiv sudije Sovaka potpuno je drugačija od svrhe krivičnog gonjenja zbog kršenja autorskih prava, odnosno različite svrhe kažnjavanja proističu iz različitog moralnog standarda koji se primenjuje u konkretnom slučaju. Naime, moralni standard koji se primenjuje u krivičnom pravu u ovom slučaju je niži nego onaj koji važi za sudiju, pogotovo ako se radi o sudiji Vrhovnog suda jedne države. Stoga, zaključuje Zupančić, očigledno je nelogično smatrati da je okončanjem krivičnog postupka po osnovu poravnanja između privatnih stranaka onemogućeno gonjenje u disciplinskom postupku.²⁸

Na kraju, interesuje nas kako je moguće dublje teorijsko opravdanje ovog pristupa, pristupa koji relativizuje primenu principa *ne bis in idem*, odnosno zagovara mogućnost dvostrukog suđenja na osnovu istog ponašanja.

25 B. Zupančić: *Ibid.*, p. 175.

26 Što se tiče paralelnog vođenja prekršajnog i krivičnog postupka, naš raniji Zakon o prekršajima iz 2005. godine (Sl. glasnik RS, br. 101/2005, 116/2008, 111/2009) sadržao je efikasno rešenje (član 213) kojim je predviđena mogućnost prekida prekršajnog postupka u slučajevima kada je povodom istog događaja pokrenut krivični postupak.

27 B. Zupančić: *op. cit.*, p. 177.

28 B. Zupančić: *Ibid.*, p. 178.

4. PRELIVANJE HERMENEUTIČKOG RELATIVIZMA KA HERMENEUTIČKOM PRAGMATIZMU/SOCIOLOGIZMU U PROBLEMATICI NE BIS IN IDEM

Opet polazimo od Zupančiča. On smatra da primena teleološkog tumačenja pruža pogodan teorijski osnov za ovu praksu.²⁹ Međutim, ovaj autor nije posebno razradio model teorijskog objašnjenja i opravdanja pristupa čija je suština u relativizaciji načela *ne bis in idem*, relativizaciji koja na ravni ove problematike treba da uspostavi ravnotežu između širih principa pravne sigurnosti i pravičnosti.

Treba istaći da pozivanje na teleološko tumačenje (objektivno-teleološko tumačenje) podrazumeva pitanje o kojem modelu ovog tumačenja se radi. Naime, može se reći da se teleološko tumačenja u literaturi ispoljava kroz najmanje dva modela. Prvi je Larencov, idealistički model teleološkog metoda po kome se suština ovog tumačenja ispoljava u traganju za normativnim smislom zakona (*Der normative Gesetzesinn*).³⁰ Ova koncepcija je idealistička stoga što se volja zakona procenjuje sa jednog prirodnopravnog stanovišta. Otkrivanje normativnog smisla zakona zapravo je traganje za svrhama prava (*Zweck des Rechts*), za objektivnim i imanentnim vrednostima na kojim se temelji svaki pravni poredak.³¹ Te vrednosti same po sebi nisu pravne norme, nego osnov izvođenja opštih pravnih normi sadržanih u zakonima.³² Te vrednosti, zapravo opšti pravni principi se mogu uobličavati na razne načine putem zakona, ali ipak, njihov specifičan smisao ostaje konstantan (*Nur ihr spezifischer Sinngehalt ist konstant*).³³

Ova verzija teleološkog tumačenja najmanje je pogodna za promišljanje principa *ne bis in idem* na način na koji se to radi u ovom radu. Naime, ovde pretil opasnost da se prenebregnu činjenice (isto ponašanje) kao početni kriterijum ocene istovetnosti dela, s obzirom da se svrhe kažnjavanja u konkretnom slučaju izvode sa prirodnopravnog stanovišta. S obzirom da su svrhe zakona uvek relativno neodređene ili slične, praktična posledica ovog pristupa može biti prevelika arbitrarnost u odlučivanju koja bi razvrgla svaki smisao principa *ne bis in idem*, gde bi stradali i pravda i pravna sigurnost, s obzirom na to da traganje za ciljevima nije čvrsto utemeljeno na činjenicama nekog slučaja. Naime, tek brižljivom obradom činjenica možemo steći pouzdan sud o tome koje se vrednosti štite u konkretnom slučaju i odrediti se prema primeni načela *ne bis in idem*. Ova varijanta teleološkog metoda pak, sklona je da previdi ovu okolnost što može dovesti do toga da se relativizacija principa *ne bis in idem* izvrigne u arbitrarnost.

Model kumulativne ocene istovetnosti dela koji je ovde konstruisan – kao pokušaj relativizacije načela *ne bis in idem* u pravcu uspostavljanja ravnoteže između principa pravne sigurnosti i pravičnosti u ovoj oblasti – počiva na formuli „vaganje interesa na temelju vaganja činjenica“. Ovde se zapravo radi o jednoj realističkoj varijanti objektivno-teleološkog tumačenja koja je, čini nam se, najpogodnija formula za primenu principa *ne bis in idem* u obliku koji se predlaže u našem radu.

29 B. Zupančič: *Ibid.*, p. 174.

30 K. Larenc /1960/: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin-Göttingen-Heildeberg, p. 237.

31 K. Larenz: *Ibid.*, p. 239.

32 K. Larenz: *Ibid.*, p. 239–240.

33 K. Larenz: *Ibid.*, p. 256.

Realistička varijanta objektivno-teleološkog metoda na kojoj se ovde insistira jasno je artikulisana kod F. Bidlinskog u definiciji gde se kaže da je objektivno-teleološko tumačenje „otkrivanje relevantne sadržine zakona tako što se stručno i sa dužnom pažnjom ocenjuje objavljeni tekst u kontekstu sadašnjih odnosa“.³⁴ Kraj citirane definicije pokazuje o čemu se ovde zapravo radi. Realni društveni odnosi, posmatrani kroz činjenice nekog konkretnog slučaja, ili u širem socijalnom kontekstu, najpogodniji su način traganja za ciljevima koje treba ostvariti: ili u slučaju kada su ti ciljevi zastareli (funkcionalna promena), ili kada ih je potrebno precizirati, ili kada treba rešiti sukob između ciljeva, ili kada treba vršiti izbor između alternativnih ciljeva, ili kao u slučaju primene načela *ne bis in idem*, kada treba proceniti da li različite svrhe (vrednosti, interesi) koje treba ostvariti pružaju osnovu za suđenje u dva različita postupka na osnovu istog činjeničnog stanja.³⁵

F. Bidlinski neprestano ukazuje na dijalektiku činjeničnog i vrednosnog aspekta tumačenja prava. Na primer, kada se radi o tumačenju u naročito kompleksnim slučajevima, on govori o vaganju principa kao objektivno-teleološkom tumačenju višeg stepena,³⁶ pri čemu treba biti svestan, kako ističe Bidlinski, da su u takvim slučajevima svi sporni pravni problemi „već na nivou činjeničnog stanja višestruko diferencirani i kompleksni“.³⁷

Međutim, problem odnosa bitka i trebanja jedno je od fundamentalnih pitanja pravne teorije i pravne hermeneutike, tako da ne čini neko veliko otkriće onaj ko kaže da ovaj spor dolazi do izražaja i u primeni načela *ne bis in idem*.³⁸ Naše ukazivanje na antinomiju bitak/trebanje, a povodom primene načela *ne bis in idem*, ide u pravcu ukazivanja na značaj male premise za razumevanje ove problematike. Opet, ukazivanje na značaj male premise jurističkog zaključka zapravo je pokušaj formulisanja jednog specifičnog shvatanja strukture male premise i prevazilaženja antinomije bitak/trebanje koje svoje prednosti ispoljava i u odnosu na problem primene načela *ne bis in idem*.

Ovo gledište strukturu male premise ne posmatra samo kroz utvrđivanje činjenica i njihovu kvalifikaciju, već i kroz objašnjenje činjenica koje se umeće između ove dve misaone operacije. Objašnjenje činjenica naročito dolazi do izražaja u kompleksnim slučajevima, na primer kada treba primeniti načelo *ne bis in idem*, ili kada se sudi za krivična dela gde najviše dolazi do izražaja potreba da se činjenični sklop nekog slučaja brižljivo razmotri sa stanovišta svoje determinističke strukture (na primer kada se odlučuje da li

34 F. Bidlinski /2011/: *Pravna metodologija*, Podgorica, p. 31–32.

35 Tragove ovog, ovde nazvanog realističko shvatanje teleološkog metoda pronalazimo i kod drugih autora, na primer kod R. Cipelijusa koji volju zakona vezuje za pravno-političke predstave o pravdi koje je zajedničko za veći broj ljudi: R. Zippelius /2003/: *Juristische Methodenlehre*, München, p. 21–22. Slično postupa i I. Puppe, koja kaže da izraz „objektivni cilj zakona“ treba shvatiti kao antropomorfizam, jer ciljeve mogu imati samo ljudi vođeni nekim interesima ali ne i tekstovi zakona: I. Puppe /2011/: *Kleine Schule des juristischen Denkens*, Göttingen, p. 95. U starijoj literaturi iz jurističke hermeneutike slično kod: K. Engisch 71956/ *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart, p. 95–96.

36 F. Bidlinski: op. cit., p. 60.

37 F. Bidlinski: *Ibid.*, p. 61.

38 Iscrpan pregled raznih gledišta na ovu temu kod: N. Visković /1981/: *Pojam prava*, Split, p. 64–70. Među autorima koji su naročito uporno, praktično u svim aspektima svog opusa ukazivali na ovu problematiku, ističe se A. Kaufman. Na primer, videti: A. Kaufman /1998/: *Pravo i razumevanje prava*, Beograd–Valjevo, p.46–47, 51, 58–60, 90, 161, itd.

će se slučaj kvalifikovati kao nužna odbrana, kao prekoračenje nužne odbrane, ili ubistvo na mah). Tada se objašnjenje činjenica mora sprovesti po logici jedne kauzalne (sociološke) analize kada treba pažljivo identifikovati deterministički kontekst slučaja i potom oceniti relativni deterministički značaj pojedinih činilaca (događaja) tog konteksta.

Ovaj pristup posložnjava formulu „vaganje interesa polazeći od vaganja činjenica“, gotovo uvek, a naročito kada se vaganje interesa i činjenica pojavljuju kao kumulativni kriterijum za ocenu istovetnosti dela (vrednosti koje se štite), odnosno kada treba doneti odluku o primeni načela *ne bis in idem*, ili dopustiti drugo gonjenje iako se radi o istom događaju. S obzirom na izraziti aksiološki aspekt ovog postupka, može se reći da je jedno ovakvo tumačenje, kao osnov za primenu načela *ne bis in idem*, možda bolje nazvati pragmatičkim nego teleološkim tumačenjem.³⁹ Međutim, kako ovaj postupak zahteva i poseban tretman činjeničnih pitanja, i to generalno, a ne samo u slučajevima *ne bis in idem*, primena teleološkog metoda se odvija u obliku jedne kauzalne analize, tako da ovaj metod slobodno možemo nazvati sociološkim metodom u primeni prava.⁴⁰ Suština ovog pristupa je u u uspostavljanju čvršće veze između činjenica i pravne kvalifikacije, i u stavu da pravna kvalifikacija nije postupak logičke supsumcije, već induktivni postupak, kada polazeći od skrupuloznog objašnjenja činjenica (a ne samo njihovog utvrđivanja), tragamo za vrednostima koje treba ostvariti. U slučaju primene načela *ne bis in idem*, ova formula bi omogućila da se sa više pouzdanja može utvrditi koje se sve vrednosti štite u konkretnoj situaciji, što bi garantovalo da se preduzimanje drugog gonjenja povodom istog kriminalnog događaja neće izvrnuti u arbitrnost, kada bi stradali i pravičnost i pravna sigurnost.

Inspiraciju za pristup koji je izložen u radu pronašli smo pre svega u radovima H. Kantoroviča, koji je prisnu vezu sociologije i pravne dogmatike izrazio sledećim rečima: „Dogmatika bez sociologije je prazna, sociologija bez dogmatike je slepa.“⁴¹ On govori zapravo o tome kako se tumačenje i primena prava ispoljavaju kao sociološka analiza koja se preliva u aksiološku analizu, da bi ovaj postupak, tek na kraju, čak naknadno i nebitno za suštinu pravnog rasuđivanja, dobio silogističku formu.⁴² Ovaj pristup se oslanja i na sva druga gledišta i autore koji ukazuju na značaj činjeničnih pitanja za izricanje pravde.⁴³ No, o tome nekom drugom prilikom.

39 Alf Ros se i inače zalaže za jednu ovakvu terminološku inverziju, jer je tumačenje uvek integracija mnogostrukih vrednovanja: A. Ros /1996/: *Pravo i pravda*, Podgorica, p. 173.

40 Detaljnije u našoj monografiji: Saša B. Bovan /2013/: *Slučaj tumačenja kao utemeljenje hermeneutičkog postupka*, Beograd, p. 65–77.

41 Herman Kantorovič /2006/: *Borba za pravnu nauku*, Beograd, p. 109.

42 U starijoj literaturi iz jurističke hermeneutike ovaj pristup je zastupao i H. Vustendorfer. Pomalo zaboravljen, upravo zbog jeretičkog pristupa, tj. pokušaja sociologizacije pravne hermeneutike, on je skovao sintagmu „sociološka dogmatika“: Hans Wüstendorfer /1915–1916/: *Zur Hermeneutik der soziologischen Rechtsfindungstheorie*, *Archiv für Rechts und Wirtschaftsphilosophie*, No. 9, pp. 435.

43 Od autora koji se ističu u tom smislu upućujemo pre svega na B. Rittersa koji upozorava i naglašava da u postupku primene prava na 10% pravnih pitanja dolazi 90% činjeničnih pitanja: B. Rütters /1999/: *Rechtstheorie*, München, p. 377. Pregled shvatanja koja ističu značaj činjeničnih pitanja za pravno rasuđivanje kod: Arne Upmeier /2004/: *Der Sachverhalt im juristischen Streit – in: Der juristische Streit. Recht zwischen Rhetorik, Argumentation und Dogmatik* (G. Kreuzbauer, S. Augeneder, hrsg.), Stuttgart, pp. 124–133.

LITERATURA

- Bejatović S. /2003/: *Krivično procesno pravo*, Beograd .
- Bidliniski F. /2011/: *Pravna metodologija*, Podgorica.
- Bovan S. B. /2013/: *Slučaj tumačenja kao utemeljenje hermeneutičkog postupka*, Beograd.
- Bovan S. /2013/: *Metodska svest – conditio sine qua non digniteta pravničke profesije, Pravni život*, No. 12.
- Dimitrijević D. /1975/: *Krivično procesno pravo*, Beograd.
- Dimitrijević D, Stefanović-Zlatic M, Lazin Đ. /1990/: *Krivično procesno pravo*, Beograd.
- Garačić A, Grgić Marija, Ne bis in idem, http://vsrh.hr/CustomPages/Static/HRV/files/AGaracic_Ne-Bis-In-Idem_Opatija_Zagreb_2008pdf, 29. oktobra 2013.
- Grubač M. /1995/: *Krivično procesno pravo*, Beograd.
- Engisch K. /1956/ *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart.
- Jekić Z. /1998/: *Krivično procesno pravo*, Beograd.
- Kantorović H./2006/: *Borba za pravnu nauku*, Beograd.
- Kaufman A. /1998/: *Pravo i razumevanje prava*, Beograd – Valjevo.
- Larenc K. /1960/: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin-Göttingen-Heildeberg.
- Mole N, Harby C. /2006/: The right to a fair trial, A guide to the implementation of Article 6. of the European Convention on Human Rights, *Human rights handbooks* No. 3, Strasbourg.
- Ogorek R. /1986/: *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Frankfurt/Main.
- Pokrovac Z. /1992/: Sudačka neovisnost, postulat vezanosti zakonom i slobodnopravni pokret *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu*, No 4.
- Puppe I. /2011/ *Kleine Schule des juristischen Denkens*, Göttingen.
- Ros A. /1996/: *Pravo i pravda*, Podgorica.
- Stojanović Z. /2013/: *Krivično pravo (opšti deo)*, Beograd.
- Škulić /2012/: *Krivično procesno pravo*, Beograd.
- Upmeier A. /2004/: Der Sachverhalt im juristischen Streit – in: *Der juristische Streit. Recht zwischen Rhetorik, Argumentation und Dogmatik* (G. Kreuzbauer, S. Augeneder, hrsg.), Stuttgart.
- Visković N. /1981/: *Pojam prava*, Split.
- Wüstendörfer H. /1915–1916/: Zur Hermeneutik der soziologischen Rechtsfindungstheorie, *Archiv für Rechts und Wirtschaftsphilosophie*, No. 9.
- B. Rüthers /1999/: *Rechtstheorie*, München.
- Zippelius R. /2003/: *Juristische Methodenlehre*, München.
- Zupančić B. M. /2011/: Ne bis in idem (zabrana ponovnog suđenja za isto delo), *Crimen*, No 2.

Saša B. Bovan

Law Faculty, University of Belgrade

METHODICAL POTENTIAL OF HERMENEUTICS
PRAGMATISM IN UNDERSTANDING AND IMPLEMENTATION
OF THE NE BIS IN IDEM PRINCIPLE

SUMMARY

The work examines the methodical potential of hermeneutics pragmatism in solving the controversy linked to implementation of the ne bis in idem principle. The key part of the paper is focused at forming adequate criteria for evaluating the similarities of the punishable deed, in situations of application of the principle “evaluating the interests based on evaluating facts”. Thence, a stance based on hermeneutics relativism is to be taken, which has as a consequence a certain relativisation of the principle ne bis in idem with a view of establishing a fitting balance between the principles of legal security and fairness. The work discusses in which way the hermeneutics relativism spills over into hermeneutics pragmatism / sociology and what are the benefits of that approach for deliberation of the issue of ne bis in idem.

Key words: hermeneutics pragmatism, ne bis in idem, similarity of deed, legal security, fairness.

*Dr Veljko Delibašić**

POJEDINA SPORNA PITANJA U VEZI SA OPOJNIM DROGAMA U KRIVIČNOM ZAKONIKU

Apstrakt: U radu se ukazuje na potrebu preciznog definisanja pojma opojnih droga, kao i na pojedine probleme koji su bili prisutni zbog neusklađenosti Krivičnog zakonika i Zakona o psihoaktivnim kontrolisanim supstancama, pri čemu se dozvoljava mogućnost da se u narednim izmenama Krivičnog zakonika termin opojne droge zameni terminom psihoaktivne kontrolisane supstance. Istovremeno se analizira i jedan broj problema koji se odnose na krivična dela čijim propisivanjem se suzbijaju zloupotrebe opojnih droga, uz predlog kako se uočeni problemi mogu rešiti u praksi. Pri tome se zauzima stav da bi bilo bolje neovlašćeno držanje opojnih droga propisati kao prekršaj, a ne kao krivično delo.

Ključne reči: opojne droge, neovlašćena proizvodnja droga, držanje opojnih droga, omogućavanje uživanja droga.

1. UVOD

Proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga danas su u celom svetu stavljeni pod kontrolu država i međunarodne zajednice, a ograničeni su na količine potrebne u medicinske i naučne svrhe. Delatnosti koje izlaze iz ovih okvira sankcionisane su kao krivična dela, tako da se, kada su u pitanju opojne droge, sprovodi oštra i opšteprihvaćena prohibicija, čiji je cilj prvenstveno zaštita zdravlja ljudi. Imajući u vidu česte izmene zakona u Srbiji, postoji potreba preciznog definisanja pojma opojnih droga, koji može biti različit u zavisnosti od vremena o kojem se govori i zakona koji su u tom trenutku bili na snazi, od čega zavisi postojanje krivičnih dela koja su blanketnog karaktera a čijim propisivanjem se suzbijaju zloupotrebe opojnih droga.

Krivična dela neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga (član 246. KZ), neovlašćeno držanje opojnih droga (član 246a KZ) i omogućavanje uživanja opojnih droga (član 247. KZ), zbog svojih osnovnih krivičnopravnih karakteristika, kao i ogromnog društvenog značaja koji proizilazi iz efikasnosti njihovog suzbijanja, uvek izazivaju veliku pažnju, kako stručne, tako i opšte javnosti. Kada su u pitanju ova krivična dela, uočava se veći broj problema, a na pojedine je potrebno skrenuti posebnu pažnju. S tim uvezi ukazuje se potreba da se predlože i rešenja kojima bi se uočeni problemi rešili ili makar u dobroj meri smanjili.

* Advokat iz Beograda, veljkodelibasic@open.telekom.rs

2. POJAM OPOJNIH DROGA

Krivični zakonik¹ određuje (član 112. stav 15) da se opojnim drogama smatraju supstance i preparati koji su zakonom i drugim propisom zasnovanim na zakonu proglašeni za opojne droge i ostale psihoaktivne kontrolisane supstance.² Istovremeno, Zakon o psihoaktivnim kontrolisanim supstancama³ propisuje (član 2. stav 2) da su psihoaktivne kontrolisane supstance: 1) opojne droge, odnosno narkotici; 2) psihotropne supstance; 3) proizvodi biološkog porekla koji imaju psihoaktivno dejstvo; 4) druge psihoaktivne kontrolisane supstance. Zbog načina na koji je zakonodavac odredio šta se smatra opojnim drogama u jednom, a šta psihoaktivnim kontrolisanim supstancama u drugom zakonu, u ovom slučaju reči „ostale“ i „druge“ nisu sinonimi. Iz toga dalje proizilazi da je zakonodavac navodeći „opojne droge“ (član 112. stav 15. Krivičnog zakonika) i „psihoaktivne kontrolisane supstance“ (član 2. stav 2. Zakona o psihoaktivnim kontrolisanim supstancama) upotrebio različite, a istoznačne izraze, pa se pojavljuje potreba da se to ispravi, tako što bi se upotrebio jedan ili drugi izraz. Prednost bi trebalo dati izrazu psihoaktivne kontrolisane supstance⁴, a u tom slučaju izostala bi potreba da se u Krivičnom zakoniku određuje značenje izraza opojne droge, odnosno došlo bi do brisanja člana 112. stav 15, dok bi se istovremeno promenili nazivi i sadržina krivičnih dela čijim propisivanjem se suzbijaju zloupotrebe opojnih droga, pa bi član 246. nosio naziv neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet psihoaktivnih kontrolisanih supstanci, član 246a neovlašćeno držanje psihoaktivnih kontrolisanih supstanci, dok bi se delo iz člana 247. zvalo omogućavanje uživanja psihoaktivnih kontrolisanih supstanci. Pri tome, imajući u vidu trenutno važeće zakone, treba reći da se ovde sada radi o problemu terminološke, a ne suštinske prirode.

U daljem tekstu Zakon o psihoaktivnim kontrolisanim supstancama precizira pojedine izraze, pa tako određuje (član 3. tačka 1) da je opojna droga svaka supstanca biološkog, odnosno sintetičkog porekla koja se nalazi na Spisku psihoaktivnih kontrolisanih supstanci, u skladu sa Jedinstvenom konvencijom o opojnim drogama, odnosno supstanca koja deluje primarno na centralni nervni sistem smanjujući osećaj bola, izazivajući pospanost ili budnost, halucinacije, smetnje u motornim funkcijama, kao i druge patološke ili funkcionalne promene centralnog nervnog sistema. Pod psihotropnim supstancama se podrazumeva (član 3. tačka 2) svaka supstanca biološkog, odnosno sintetičkog porekla koja se nalazi na Spisku, u skladu sa Konvencijom o psihotropnim supstancama, odnosno supstanca koja deluje primarno na centralni nervni sistem i menja moždane funkcije, zbog čega se menjaju percepcija, raspoloženje, svest i ponašanje.

1 „Službeni glasnik RS“, broj 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09 i 121/12.

2 Treba imati u vidu činjenicu da su se opojne droge, do izmena i dopuna Krivičnog zakonika iz decembra 2012. definisale kao supstance i preparati koji su propisima zasnovanim na zakonu proglašeni za opojne droge.

3 Ovaj zakon je stupio na snagu 4. januara 2011, „Službeni glasnik RS“, broj 99/10.

4 Razloge zbog čega termin „opojne droge“ nije sasvim adekvatan videti: D. Radulović /2008/: „Prístup proučavanju društvene kontrole droga II: dekonstrukcija problema – upotreba droga u naučnom diskursu“, *Sociologija*, broj 3, Beograd, str. 239.

Kada je reč o pojmu opojnih droga, u praksi se pojavio ozbiljan problem, koji nije bio terminološke, već suštinske prirode. Naime, postavlja se pitanje da li je od 4. januara 2011. do 1. januara 2013, došlo do delimične dekriminalizacije, imajući u vidu činjenicu da su se, do tog perioda, krivičnopravno sankcionisale zloupotrebe koje su se odnosile na opojne droge, ali i na psihotropne supstance. Pri tome se mora imati u vidu činjenica da su do 4. januara 2011, krivična dela koja se odnose na zloupotrebe opojnih droga obuhvatala one supstance koje su bile proglašene za opojne droge. Zakon o proizvodnji i prometu opojnih droga (član 2), propisivao je da se pod opojnim drogama smatraju supstance prirodnog ili sintetičkog porekla čijom se upotrebom mogu stvoriti stanja zavisnosti koja mogu da izazovu oštećenja zdravlja ili na drugi način ugroze ljudski integritet u fizičkom, psihičkom ili socijalnom smislu, kao i da se pod opojnim drogama smatraju psihotropne supstance. Dakle, prema ovom zakonu, pored opojnih droga, pod tim pojmom su se podrazumevale i psihotropne supstance, i to nije sporno. Međutim, od 4. januara 2011, Zakon o psihoaktivnim kontrolisanim supstancama, čijim stupanjem na snagu je prestao da važi Zakon o proizvodnji i prometu opojnih droga, iz pojma opojne droge izdvaja psihotropne supstance, odnosno precizno definiše opojne droge i psihotropne supstance kao dve posebne i odvojene kategorije, precizirajući da se opojne droge odnose samo na supstance koje se nalaze na Spisku u skladu sa Jedinstvenom konvencijom o opojnim drogama iz 1961. godine, dok se pod psihotropnim supstancama podrazumevaju samo one supstance koje se nalaze na Spisku u skladu sa Konvencijom o psihotropnim supstancama iz 1971. godine. Iz ovoga proizilazi da je potpuno nesporno da su od ovog datuma u pitanju dve različite kategorije supstanci obuhvaćene različitim pojmovima. Uvažavajući načelo zakonitosti u krivičnom pravu, blanketni karakter ovih krivičnih dela i same odredbe Zakona o psihoaktivnim kontrolisanim supstancama, argumentovano bi se mogao braniti stav da je donošenjem ovog zakona, u spornom periodu, došlo do krivičnopravne dekriminalizacije zloupotreba koje se odnose na psihotropne supstance.⁵

Stav da je od 4. januara 2011. do 1. januara 2013, praktično, došlo do delimične dekriminalizacije zauzima i Apelacioni sud u Beogradu, koji u svom rešenju, posle objašnjenja da je prestao da važi Zakon o proizvodnji i prometu opojnih droga a da je na snagu stupio Zakon o psihoaktivnim kontrolisanim supstancama, konstatuje da „krivično delo neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga iz člana 246. stav 1. Krivičnog zakonika postoji samo ako je predmet dela opojna droga, a ne i psihotropna supstanca“.⁶

Iako ovaj stav nije sporan u značajno većem delu sudske prakse, treba reći da su se pojavila i drugačija mišljenja. S tim u vezi interesantna je teza koja se zastupa u jednoj odluci Apelacionog suda u Beogradu, prema kojoj se pod biće krivičnog dela nedozvoljena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga iz člana 246. Krivičnog zakonika podvode i psihotropne supstance.⁷ U toj odluci se ne spori činjenica da se

5 V. Delibašić /2013/: *Suzbijanje zloupotreba opojnih droga sa stanovišta krivičnog prava*, doktorska disertacija, Beograd, str. 34–35.

6 Rešenje Apelacionog suda u Beogradu Kž broj 5528/2011 od 27. decembra 2011. godine.

7 Odluka se odnosi na sporni period od 4. januara 2011. do 1. januara 2013. godine.

striktnom primenom Krivičnog zakonika i Zakona o psihoaktivnim kontrolisanim supstancama pod biće ovog krivičnog dela, u spornom periodu, ne mogu podvesti psihotropne supstance. Ipak, pozivajući se na Ustav Republike Srbije,⁸ sud u ovoj odluci objašnjava da se to može učiniti neposrednom primenom Konvencije o psihotropnim supstancama iz 1971. godine i Konvencije Organizacije ujedinjenih nacija protiv nezakonitog prometa opojnih droga i psihotropnih supstanci iz 1988. godine.⁹ Međutim, ovakav stav je potpuno neprihvatljiv jer navedene konvencije ne propisuju biće krivičnog dela, već samo nameću obavezu državama potpisnicama da to urade. Dalje, potpuno je nejasno kako bi trebalo da glasi biće tog krivičnog dela koje bi se „formiralo“ neposrednom primenom pomenutih konvencija i koja bi se sankcija primenila za takvo krivično delo. Drugim rečima, takav postupak na najgrublji način vređa najvažnije načelo krivičnog prava, načelo zakonitosti.¹⁰

U svakom slučaju ovakva situacija bila je nedopustiva za naš krivičnopravni sistem, ne samo zbog toga što to nije imalo opravdanja sa kriminalno-političkog stanovišta, već i zbog toga što su se time kršile međunarodne obaveze koje je naša država preuzela potpisivanjem i ratifikovanjem Konvencije o psihotropnim supstancama iz 1971. godine i Konvencije Organizacije ujedinjenih nacija protiv nezakonitog prometa opojnih droga i psihotropnih supstanci iz 1988. godine. Pri tome, treba imati u vidu i činjenicu da neke psihotropne supstance imaju znatno teže posledice po zdravlje ljudi ukoliko se uzimaju van medicinskog tretmana nego opojne droge. Svakako, u pitanju je bio ozbiljan propust zakonodavca koji se morao ispraviti. Zbog toga je dobro što je Zakonom o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika¹¹ izmenjen član 112. stav 15. Krivičnog zakonika, tako da on sada glasi da se opojnim drogama smatraju supstance i preparati koji su zakonom i drugim propisom zasnovanim na zakonu proglašeni za opojne droge i ostale psihoaktivne kontrolisane supstance. S tim u vezi, uopšte nema dileme da se pod pojmom ostale psihoaktivne kontrolisane supstance podrazumevaju: a) psihotropne supstance; b) proizvodi biološkog porekla koji imaju psihoaktivno dejstvo i v) druge psihoaktivne kontrolisane supstance.

Zbog problema koji su stvorenu usled neusklađenosti Krivičnog zakonika i Zakona o psihoaktivnim kontrolisanim supstancama u spornom periodu, ne bi se mogla prihvatiti definicija opojnih droga Delićeve, koja navodi da se opojnim drogama smatraju supstance i preparati koji su zakonom i drugim propisom zasnovanim na zakonu proglašeni za opojne droge i druge¹² zabranjene psihoaktivne kontrolisane supstance.¹³ Ova definicija nije adekvatna, prvo, zato što je u suprotnosti sa definicijom koju daje

8 Ustav Republike Srbije (član 16. stav 2) propisuje da su opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i potvrđeni međunarodni ugovori sastavni deo pravnog poretka Republike Srbije i da se neposredno primenjuju.

9 Rešenje Apelacionog suda u Beogradu, Posebno odeljenje, Kž2 Po1 broj 318/12 od 24. jula 2012. godine.

10 Ova odluka je osporena i trenutno se nalazi pred Ustavnim sudom Republike Srbije.

11 „Službeni glasnik RS“ broj 121/12.

12 Krivični zakonik (član 112. stav 15) navodi „ostale“, što u ovom slučaju nije sinonim, na šta se ukazalo na početku rada.

13 Z. Stojanović, N. Delić /2013/:*Krivično pravo posebni deo*, Beograd, str. 199.

Krivični zakonik¹⁴, a drugo, zato što takva definicija ne obuhvata psihotropne supstance i proizvode biološkog porekla koji imaju psihoaktivno dejstvo, što nema nikakvo kriminalno-političko opravdanje, a time bi bile i grubo povređene međunarodne obaveze koje je naša zemlja preuzela potpisivanjem većeg broja međunarodnih ugovora iz ove oblasti. Naime, Zakon o psihoaktivnim kontrolisanim supstancama (član 2. stav 2) propisuje da su psihoaktivne kontrolisane supstance: 1) opojne droge; 2) psihotropne supstance; 3) proizvodi biološkog porekla koji imaju psihoaktivno dejstvo i 4) druge psihoaktivne kontrolisane supstance, što dalje znači da se definicija opojnih droga, koju navodi Delićeva, odnosi na tač. 1. i 4. citiranog člana, a da su tač. 2. i 3, odnosno psihotropne supstance i proizvodi biološkog porekla koji imaju psihoaktivno dejstvo izostavljeni iz pojma opojne droge.

3. NEOVLAŠĆENA PROIZVODNJA I STAVLJANJE U PROMET OPOJNIH DROGA

Osnovni oblik krivičnog dela neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga (član 246. stav 1. KZ) sadrži veći broj alternativno propisanih radnji izvršenja. Kao radnju izvršenja zakon predviđa neovlašćenu proizvodnju, preradu, prodaju ili nuđenje na prodaju opojnih droga. Istovremeno, radnja izvršenja može se sastojati i u neovlašćenoj kupovini, držanju ili prenosu radi prodaje, odnosno u posredovanju u neovlašćenoj prodaji ili kupovini opojne droge. Takođe, radnja izvršenja osnovnog oblika predstavlja i svaki drugi način na koji se neovlašćeno stavlja u promet supstanca ili preparati koji su proglašeni za opojne droge. Suštinski, ovako navedene radnje izvršenja mogu se svrstati u dve osnovne grupe: 1) radnje izvršenja koje su proizvodnog karaktera i 2) radnje izvršenja koje se odnose na promet opojnih droga.¹⁵

Ako bi isto lice učinilo više radnji izvršenja, npr. nakon što neovlašćeno proizvede opojne droge, neovlašćeno ih prenosi radi prodaje, zatim ih nudi na prodaju i na kraju ih neovlašćeno proda, ono bi izvršilo samo jedno krivično delo neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga, dok bi činjenica da je učinjeno više radnji izvršenja mogla da se uzme u obzir kao otežavajuća okolnost prilikom odmeravanja kazne. U tom slučaju, reč je o prividnom sticaju krivičnih dela po osnovu alternativiteta.¹⁶

Pod proizvodnjom opojne droge podrazumeva se proces stvaranja opojne droge koji može biti različit u zavisnosti od toga da li je reč o prirodnim ili veštačkim drogama, a taj proces zavisi i od vrste droge o kojoj je reč. U stvari, proizvodnja opojne droge predstavlja njeno stvaranje iz određene materije, odnosno sirovine, koja može

14 Takva definicija se kratko vreme nalazila u radnoj verziji Predloga zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika, ali je blagovremeno zamenjena, tako da se u Zakonu o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika iz 2012. nalazi adekvatna definicija, čime su izbegnuti problemi koji su bili u praksi u spornom periodu, na koje se ukazuje i u ovom radu.

15 V. Delibašić /2010/: „Krivično delo neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga iz člana 246. Krivičnog zakonika“, *Branič*, broj 3–4, Beograd, str. 83.

16 V. Delibašić /2013/: *Suzbijanje zloupotreba opojnih droga sa stanovišta krivičnog prava*, doktorska disertacija, Beograd, str. 220.

biti prirodnog ili sintetičkog porekla, ili kombinovanog prirodno-sintetičkog porekla. Bitno je da ta supstanca sama po sebi nema svojstva opojne droge. Prerada opojne droge obuhvata dalju doradu materije odnosno sirovine koja već ima svojstvo opojne droge, ali se to svojstvo procesom prerade pojačava, odnosno modifikuje. U tom slučaju supstanca koja predstavlja opojnu drogu dobija drugi oblik, odnosno agregatno stanje, kada se, npr. od droge koja je u obliku praška prave tablete ili se od droge u tečnom stanju dobija droga u čvrstom stanju. Opojna droga može se prerađivati i na drugi način, kada se odgovarajućim prerađivačkim postupkom i primenom određenih tehnologija, obezbeđuju modifikovana svojstva prvobitne droge.¹⁷

Ovde je važno navesti da se promena agregatnog stanja opojne droge do koje dolazi prilikom neposrednog konzumiranja opojne droge ne smatra preradom opojne droge koja bi se podvodila pod radnju izvršenja ovog krivičnog dela. Naime, može se dogoditi da lice koje želi da konzumira opojnu drogu, npr. heroin, koji se nalazi u obliku praha, zagrevanjem topi ovu opojnu drogu i pretvara je u tečno stanje što mu omogućava da je ubrizga u venu ili da, prilikom upotrebe kreka, prah zagreva kako bi se pretvorio u gasovito stanje radi udisanja. U ovim situacijama promena agregatnog stanja opojne droge ne bi se smatrala preradom opojne droge, već procesom konzumiranja što se ne bi podvodilo pod radnju izvršenja ovog krivičnog dela.¹⁸

U sudskoj praksi poseban značaj ima radnja držanje opojne droge radi prodaje. Držanje je faktička vlast na stvari, u ovom slučaju opojne droge, pa nije od značaja čija je opojna droga, odnosno ko je njen stvarni vlasnik. Ovde se javlja problem razgraničenja sa krivičnim delom neovlašćeno držanje opojnih droga, a još je ozbiljniji problem razgraničenja sa slučajevima koji uopšte nisu obuhvaćeni kriminalnom zonom. Naime, reč je o držanju opojne droge koja nije namenjena prodaji. Iako je to često izgovor koji se koristi u odbrani okrivljenih s ciljem izbegavanja odgovornosti, ne može se osporiti da zaista postoje i takvi slučajevi kada neko drži opojnu drogu ne radi prodaje, već iz nekog drugog razloga. Ne bi bilo opravdano da se pođe od pretpostavke da se opojne droge u većoj količini uvek drže radi prodaje iako se takva tendencija nazire u našoj sudskoj praksi.¹⁹

Odgovor na pitanje da li se opojna droga držala za prodaju ili ličnu upotrebu zavisi od ocene svih okolnosti konkretnog slučaja. Kao kriterijumi koji mogu poslužiti za utvrđivanje ove činjenice mogu koristiti, pored količine, i vrsta opojne droge koja je predmet krivičnog dela, mesto pronalaska opojne droge, izgled okoline gde je droga sakrivena, ličnost učinioca krivičnog dela, a posebno njegova eventualna osuđivost za ovo ili neko srodno krivično delo, zatim okolnost da li je u pitanju zavisnik od opojne droge i slično. Značajan kriterijum jeste i odgovor na pitanje koliko je određene vrste opojne droge potrebno prosečnom konzumentu te droge za nekoliko dana.²⁰

Jedan od kriterijuma može biti i način na koji je droga upakovana. Pri tome, sudska praksa, po pravilu, ovaj kriterijum pogrešno koristi, naročito kada je u pitanju manja količina opojne droge, koja je gotovo uvek upakovana u manje paketiće. Tada

17 M. Škulić /2003/:*Organizovani kriminalitet*, Beograd, str. 146–147.

18 V. Delibašić, *op. cit.*, 221.

19 Z. Stojanović /2012/:*Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, str. 713–714.

20 *Ibid.*, str. 718.

sudovi ovaj kriterijum koriste krajnje nekritično. Obično se činjenica da je opojna droga upakovana u manje paketiće uzima kao dokaz da je ona pripremljena za dalju prodaju. To apsolutno nije tačno, jer se prilikom takvih tvrdnji zaboravlja činjenica da je i taj držalac kupio drogu upakovanu u manje paketiće, jer se male količine droge mogu kupiti samo u manjim paketićima. Stoga, ovaj kriterijum mora da se primenjuje sa mnogo više opreza i u vezi sa drugim navedenim kriterijumima.²¹

Stav da se ne može samo na osnovu načina na koji je upakovana opojna droga izvesti zaključak o nameri nekog lica da je prodaje, posebno kada je to lice zavisnik od konzumiranja opojnih droga, a u pitanju je relativno mala količina opojne droge, zauzima i Vrhovni sud Srbije u svojoj presudi Kž I broj 2176/05 od 28. novembra 2005. godine.²²

Stavljanje u promet opojne droge razmenom postojaće u slučaju da se vlasnik droge obaveže da pravo svojine na opojnim drogama prenese na saugovarača i da mu u tu svrhu preda opojnu drogu, dok se saugovarač obavezuje da na vlasnika droge prenese pravo svojine na nekoj stvari i da mu je u tu svrhu preda. Stvar koju predaje saugovarač može biti pokretna ili nepokretna, može biti neka druga vrsta droge, ili droga iste vrste ali različitog porekla, odnosno kvaliteta. Prilikom razmene opojne droge za nepokretnu stvar bilo bi neophodno sklopiti i fiktivni ugovor o prenosu vlasništva na nepokretnoj stvari, kada bi se, po pravilu, sklapao ugovor o prodaji ili poklonu nepokretne stvari, s obzirom na to da u ugovoru o razmeni ne bi mogla da se navede opojna droga i da se takav ugovor overi pred sudom, što je uslov za prenos vlasništva na nepokretnostima.²³

Potreba da se razmena droge za nepokretnu stvar kamuflira fiktivnim ugovorom o prodaji ili poklonu nepokretnosti nije razlog da se prihvati stav koji zastupa Marinković, prema kojem se kod razmene za opojnu drogu prima samo druga pokretna stvar.²⁴ Ovakav stav je neprihvatljiv tim pre što Zakon o obligacionim odnosima (član 552. stav 1) propisuje da se ugovorom o razmeni svaki ugovarač obavezuje prema svom saugovaraču da prenese na njega svojinu neke stvari i da mu je u tu svrhu preda, odnosno (stav 2) da predmet razmene mogu biti i druga prenosiva prava. Dakle, razmena se ni sa čim ne ograničava samo na pokretne stvari, nego se dozvoljava da to budu i nepokretne stvari. Naravno, kada je u pitanju krivično delo neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga, pod razmenom se podrazumeva faktička radnja, a ne pravna radnja koja je regulisana Zakonom o obligacionim odnosima. Ono što je ovde bitno jeste da se za opojnu drogu ne može razmeniti novac jer u tom slučaju nije reč o razmeni nego o prodaji opojne droge. Međutim, ovaj oblik krivičnog dela postojaće i u situaciji kada se opojnom drogom plaćaju usluge, npr. kada se opojnom drogom plaćaju usluge prostitucije, što u praksi nije retka pojava.²⁵

21 V. Delibašić, *op. cit.*, str. 227.

22 G. Stanojčić /2010/: *Krivični zakonik sa sudskom praksom, registrom pojmova i tabelarnim prikazom krivičnih dela*, Beograd, str. 111.

23 V. Delibašić /2010/: „Krivično delo neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga iz člana 246. Krivičnog zakonika“, *Branich*, broj 3–4, Beograd, str. 87.

24 D. Marinković /2003/: *Krivičnopravni i kriminalistički aspekti sprečavanja zloupotreba opojnih droga*, magistarski rad, Beograd, str. 102.

25 V. Delibašić /2013/: *Suzbijanje zloupotreba opojnih droga sa stanovišta krivičnog prava*, doktorska disertacija, Beograd, str. 232.

Iz kriminalno-političkih razloga, kao i iz konkretnih razloga lakšeg dokazivanja ovog krivičnog dela propisano je da se učinilac kako osnovnog oblika krivičnog dela neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga, a tako i njegovih težih oblika, kao i onaj učinilac koji vrši lakši oblik koji se svodi na neovlašćeno uzgajanje određenih biljaka, može osloboditi od kazne ako otkrije od koga nabavlja opojnu drogu (stav 5). Nelogično je i besmisleno što se ovde svrstava i lice koje uzgaja biljke koje predstavljaju sirovinsku bazu za proizvodnju opojne droge, odnosno koje same sadrže opojnu drogu, jer to lice ni po zakonskoj definiciji ne nabavlja drogu, već uzgaja odgovarajuće biljke, što znači da on ne može ni u kom slučaju otkriti od koga drogu nabavlja, već bi jedino, eventualno, mogao otkriti za koga proizvodi sirovine, odnosno uzgaja odgovarajuće biljke ili kome je svoje biljke, odnosno iz njih dobijene produkte prodao, od koga je nabavio seme biljke i tome slično.²⁶

Pri tome treba imati u vidu da je sudska praksa zauzela ispravan stav da se učinilac može osloboditi od kazne samo ako otkrije od koga nabavlja opojnu drogu, a ne i zbog potpunog priznanja izvršenog krivičnog dela i ukazivanja na saizvršioce u izvršenju tog konkretnog dela.²⁷

I pored činjenice da je ovakvo rešenje u velikoj meri zastupljeno i u uporednom pravu, da je zasad dalo zadovoljavajuće rezultate i da u praksi nije zabeleženo da ga sudovi zloupotrebljavaju, ima onih koji ga žestoko kritikuju. Tako Petrović, nakon što konstatuje „uvođenje jednog specijalnog instituta oslobođenje od krivične odgovornosti“, navodi da njegova primena „u najmanju ruku, ne ostvaruje perspektivu pravednosti i srazmernosti celokupne situacije“.²⁸ Citirana autorka pogrešno konstatuje da je uveden „specijalni institut oslobođenje od krivične odgovornosti“, jer takav specijalni institut u našem krivičnom zakonodavstvu ne postoji. Naime, stavom 5. predviđena je samo mogućnost da se učinilac krivičnog dela iz prva četiri stava koji otkrije od koga nabavlja opojnu drogu oslobodi od kazne. Znači, sud nakon što takvog učinioca oglasi krivim, dakle krivično odgovornim za učinjeno krivično delo, može ali i ne mora osloboditi od kazne. Pri tome, sudu stoji na raspolaganju mogućnost, da ukoliko takvog učinioca ipak ne oslobodi od kazne, izrekne kaznu u rasponu koji je predviđen za konkretan oblik krivičnog dela ili da kaznu ublaži ispod propisanog minimuma, odnosno da mu izrekne blažu vrstu kazne. Istovremeno, time što je zakonodavac dozvolio mogućnost da se učinilac oslobodi od kazne, nije sprečio sud da u konkretnom slučaju odmeri kaznu koja će biti i pravedna i srazmerna konkretnom slučaju. Svakako, navedeni prigovori ovom rešenju pokazuju se kao neosnovani i nepotrebni.²⁹

26 M. Škulić /2011/: „Modifikacije krivičnog zakonodavstva Srbije u vreme ekonomske krize – neke greške u srpskom KZ-u i katastrofalno loša koncepcija Nacrta zakonika o krivičnom postupku Srbije, Zaštita ljudskih prava i sloboda u vreme ekonomske krize, Udruženje za međunarodno krivično pravo, Beograd, str. 131–132.

27 Presuda Višeg suda u Nišu K broj 5/11 od 30. marta 2011. i presuda Apelacionog suda u Nišu Kž broj 1369/11 od 18. oktobra 2011. godine.

28 D. Petrović /2010/: „Upotreba opojnih droga, nove dimenzije“, *Pravni život*, broj 9, tom I, Beograd, str. 81.

29 V. Delibašić, *op. cit.*, str. 258–259.

4. NEOVLAŠĆENO DRŽANJE OPOJNIH DROGA

Krivično delo neovlašćeno držanje opojnih droga vrši onaj ko neovlašćeno drži u manjoj količini za sopstvenu upotrebu supstance ili preparate koji su proglašeni opojnim drogama (član 246a stav 1. KZ). Zakonodavac izričito zahteva za postojanje krivičnog dela da se radi o manjoj količini opojnih droga.

S tim u vezi, ne može se prihvatiti mišljenje Delićeve da su poslednje izmene krivičnog dela neovlašćeno držanje opojnih droga izvršene donošenjem Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika 2012. i da je tom prilikom odredba precizirana utoliko što se za postojanje krivičnog dela više ne zahteva da je u pitanju manja količina opojne droge.³⁰ Naime, ovim zakonom se uopšte nije menjalo krivično delo neovlašćeno držanje opojnih droga, a poslednje izmene i dopune koje se odnose na ovo krivično delo bile su 2009. godine.³¹ Da li se za postojanje krivičnog dela zahteva da je u pitanju manja količina opojne droge je važno pitanje, od čijeg odgovora zavisi o kojem krivičnom delu je reč, a sudska praksa mu poklanja posebnu pažnju.³²

Kada je u pitanju krivično delo neovlašćeno držanje opojnih droga, postoji čitav niz spornih pitanja. Prvo, zakonodavac nije propisao šta se podrazumeva pod pojmom manja količina opojne droge, pa će na to pitanje morati da odgovori sudska praksa. Istovremeno, postavlja se pitanje da li krivično delo postoji ukoliko se ne radi o manjoj količini opojne droge, odnosno ako je u pitanju veća količina. Jezičkim tumačenjem dolazi se do zaključka da u tom slučaju uopšte i nije reč o krivičnom delu. Tek ukoliko bi se dokazalo da se opojna droga u većoj količini drži radi prodaje može se govoriti o krivičnom delu iz člana 246. Krivičnog zakonika. Time se ništa nije dobilo jer je reč o krivičnom delu iz člana 246. Krivičnog zakonika i u slučaju kada je u pitanju manja količina opojne droge ako se ona drži radi prodaje, a cilj držanja opet mora da se dokaže.³³

Dakle, ukoliko neko drži veću količinu opojne droge za ličnu upotrebu on ne vrši ovo krivično delo, jer nije ostvaren uslov da je u pitanju manja količina, niti bilo koje drugo krivično delo. Treba imati u vidu činjenicu da je sasvim moguće i da se u praksi dešava da neko nabavi veću količinu opojne droge radi lične upotrebe i da pri tome i ne pomišlja da opojnu drogu bilo kome prodaje. Ovakva nabavka je, po pravilu, motivisana prvo nižom cenom koja se dobija na tržištu prilikom kupovine veće količine opojne droge, a drugo željom kupca da se što je moguće ređe sreće sa ljudima koji se bave prodajom opojnih droga.³⁴

Jedno od mogućih rešenja ovog problema bilo bi da se posedovanje manje količine opojne droge za sopstvenu upotrebu propiše kao osnovni oblik ovog krivičnog

30 Z. Stojanović, N. Delić, *op. cit.*, str. 202.

31 Videti: „Službeni glasnik RS“ broj 121 od 24. decembra 2012. i „Službeni glasnik RS“ broj 72 od 3. septembra 2009. godine.

32 Videti: presude Apelacionog suda u Beogradu Kž 294/2010 od 4.3.2010, Kž 5477/10 od 13.9.2011, Kž 6956/10 od 22.2.2011, Kž 4719/10 od 18.2.2011. i Višeg suda u Smederevu K 122/10 od 30.4.2010, K 53/10 od 31.5.2010, K 141/10 od 2.7.2010.

33 V. Delibašić, *op. cit.*, str. 274.

34 *Ibid.*

dela, dok bi se posjedovanje veće količine opojne droge za sopstvenu upotrebu predvidelo kao kvalifikovani oblik krivičnog dela.³⁵ Ipak treba reći da bi najbolje rešenje bilo da se neovlašćeno držanje opojnih droga propiše kao prekršaj a ne kao krivično delo.³⁶

Treba navesti da kod ovog krivičnog dela u većini slučajeva postoji mogućnost primene instituta delo malog značaja. Zakonodavac je propisivanjem uslova za primenu ovog instituta odredio da se on može primeniti na krivična dela za koja je propisana kazna zatvora do pet godina ili novčana kazna, tako da ne bi smelo da bude sporno da li je moguća njegova primena kod krivičnog dela neovlašćeno držanje opojnih droga.

Ipak, u teoriji je zastupljen i stav o neprimenjivosti instituta delo malog značaja, kod ovog krivičnog dela, prema kojem primena ovog instituta ne bi bila moguća pre svega zbog njegove prirode, odnosno objekta zaštite. Razlog koji se posebno navodi u prilog ovom stavu jeste okolnost da delo malog značaja pored svoje neosporno značajne uloge u krivičnom pravu ima i jedan nedostatak koji se sastoji u tome što se primenom ovog instituta sudskom odlukom oslobađa svake odgovornosti lice koje je ostvarilo krivično delo u objektivno-subjektivnom smislu, što znači da izostaje i bilo kakav vid društvene osude iako je krivično delo učinjeno. Iz toga se izvodi zaključak da bi delo malog značaja, kao osnov koji isključuje postojanje krivičnog dela, trebalo primenjivati samo u slučajevima kada se na osnovu datih objektivnih i subjektivnih okolnosti nedvosmisleno može zaključiti da bilo kakav vid društvenog prekora ne bi bio opravdan, a što prema ovom stavu nije slučaj kod ovog krivičnog dela. Stoga se zauzima stav da bi, kada je reč o manjoj količini opojnih droga, adekvatnije bilo reagovati nekim drugim instrumentima, poput uslovne osude ili sudske opomene koje uključuju i odgovarajući vid društvenog prekora.³⁷

Međutim, s obzirom na to da zakonodavac nije isključio primenu instituta delo malog značaja kod krivičnih dela protiv zdravlja ljudi, ovakav stav je neprihvatljiv. Da li su ispunjeni uslovi za primenu ovog instituta ili ne u svakom konkretnom slučaju faktičko je pitanje i nije prihvatljivo da se jedan opšti institut *a priori* isključuje kod bilo koje grupe krivičnih dela, pa je to slučaj i ovde.³⁸

5. OMOGUĆAVANJE UŽIVANJA OPOJNIH DROGA

Radnja osnovnog oblika krivičnog dela omogućavanje uživanja opojnih droga (član 247 KZ) propisana je alternativno i podrazumeva različite načine ostvarivanja ovog oblika krivičnog dela. Učinilac je svako ono lice koje navodi drugoga na uživanje opojne droge ili mu daje opojnu drogu da je uživa on ili drugo lice ili stavi na raspolaganje prostorije radi uživanja opojne droge ili na drugi način omogućuje

35 U Krivičnom zakonu Slovačke (član 171) postoji takvo rešenje. Videti: V. Delibašić, *op. cit.*, str. 154–156.

36 Takvo rešenje postoji, npr. u Crnoj Gori i Hrvatskoj.

37 N. Deliđ /2011/: „Krivičnopravni aspekt zloupotrebe opojnih droga“, *Kaznena reakcija u Srbiji*, Beograd, str. 189.

38 V. Delibašić, *op. cit.*, str. 287.

drugom da uživa opojnu drogu. S tim u vezi treba ukazati na mogućnost da isto lice izvrši više različitih radnji izvršenja, kada se postavlja pitanje da li je u pitanju jedno ili više krivičnih dela. Po pravilu, tada će se raditi o jednom krivičnom delu, a činjenica da je izvršeno više radnji uzimaće se u obzir kao otežavajuća okolnost prilikom odmeravanja kazne. Tako npr., ukoliko isto lice prvo navodi nekoga da uživa opojnu drogu, pa mu zatim da opojnu drogu i ustupi mu prostorije radi uživanja opojne droge, a zatim mu pomaže prilikom ubrizgavanja droge u venu čini samo jedno krivično delo omogućavanje uživanja opojne droge, jer je reč o prividnom sticaju po osnovu alternativiteta.³⁹

Kriminalno-politički posmatrano dubiozno je inkriminisanje stavljanje na raspolaganje prostorija radi uživanja opojne droge, jer se postavlja pitanje da li to zaista vodi sprečavanju upotrebe opojnih droga, ili još više ugrožava zdravlje i život onih koji koriste drogu. Naime, upravo zbog toga se koriste prostorije koje su nehigijenske, skrivene i u kojima nema uslova da se pozove lekarska pomoć (tavani, podrumi stambenih zgrada i slično) što je u nekim slučajevima izazvalo smrt korisnika opojnih droga. Zbog toga, u praksi bi ovaj oblik trebalo restriktivno tumačiti. On postoji samo kada je prostorija stavljena na raspolaganje isključivo radi uživanja opojne droge. Primera radi, ne može se smatrati da je stan stavljen na raspolaganje radi uživanja opojne droge u situaciji kada vlasnik stana živi u vanbračnoj zajednici sa korisnikom opojne droge i zajednički koriste stan. Moglo bi biti sporno da li ovaj oblik radnje izvršenja krivičnog dela postoji kada je reč o javnom lokalu, odnosno prostoriji čije je korišćenje u određene svrhe u načelu dozvoljeno neodređenom krugu lica, kao što su bioskop, koncertna sala, restoran i slično. Takođe, postavlja se i pitanje da li postoji obaveza vlasnika, odnosno ovlašćenog lica da utvrđuje da li neko koristi prostoriju i za uživanje opojnih droga, a ne samo u svrhu kojoj je prostorija namenjena. Na to pitanje treba negativno odgovoriti. Samo u slučaju kada se prostorija stavi na raspolaganje nekom licu isključivo radi uživanja opojne droge uz postojanje umišljaja u pogledu te okolnosti, moglo bi postojati ovo krivično delo.⁴⁰

Treba reći da je od 2009. do 1. januara 2013. kod ovog krivičnog dela bilo prisutno krajnje dubiozno rešenje o nekažnjavanju zdravstvenih radnika, koje nije imalo nikakvo kriminalno-političko opravdanje. S tim u vezi, ne može se prihvatiti mišljenje Delićeve da je i dalje „odredbom stava 4. predviđeno da se za delo iz stava 1. i 2. ovog člana neće kazniti zdravstveni radnik koji u okviru pružanja medicinske pomoći omogućava upotrebu droge“,⁴¹ jer je izmenama i dopunama izvršenim u decembru 2012. izbrisana ova odredba, što je svakako dobro.

Naime, veoma je teško zamisliti da bi zdravstveni radnik mogao da u regularnom postupku lečenja, odnosno pružanja medicinske pomoći, pacijenta navodi na uživanje opojnih droga ili mu opojnu drogu daje, odnosno izvrši bilo koju drugu radnju koja spada u alternativno propisane radnje izvršenja osnovnog oblika krivičnog

39 V. Delibašić /2012/: „Zaštita ličnosti od omogućavanja uživanja opojnih droga“, *Pravni život*, broj 9. tom I, Beograd, str. 862.

40 Z. Stojanović /2006/: *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, str. 578.

41 Z. Stojanović, N. Delić, *op. cit.*, str. 206.

dela omogućavanje uživanja opojnih droga. Postoje brojni lekovi koji po svojim farmaceutskim obeležjima u sadržinskom smislu predstavljaju opojne droge, odnosno prouzrokuju istovetan ili veoma sličan efekat kao i opojne droge, ali ti preparati nisu sami po sebi opojne droge, već predstavljaju regularne lekove, odnosno medicinske supstance.⁴²

S obzirom na to da zdravstveni radnik u postupku pružanja medicinske pomoći može da koristi, prepisuje i daje isključivo regularne lekove i druga sredstva zvanične, odnosno na odgovarajući način verifikovane medicine, postavlja se pitanje kako bi on, i zašto, uopšte bio u prilici da umesto takvih sredstava pacijenta navede da koristi ili mu omogući korišćenje opojne droge. Nameće se i pitanje, ako zdravstveni radnik tako nešto i učini, zašto bi ga trebalo poštediti kažnjavanja, odnosno koji je razlog da tako nešto ne bude krivično delo. Pojavljuje se kao sporno i pitanje da li su time zdravstveni radnici bili motivisali da u postupku pružanja medicinske pomoći, umesto odgovarajućih lekova i drugih sredstava lečenja i pružanja zdravstvene pomoći, koriste opojne droge.⁴³

Posebno je bilo dubiozno što se predviđala nekažnjivost čak i težeg oblika krivičnog dela omogućavanje uživanja opojnih droga, kada je reč o zdravstvenom radniku koji je taj oblik krivičnog dela učinio, tako što je u okviru pružanja medicinske pomoći omogućio uživanje opojnih droga. Dakle, zdravstveni radnik, koji je u okviru pružanja medicinske pomoći, maloletnom licu omogućavao upotrebu opojne droge nije se kažnjavao, odnosno ako je to radio prema više lica ni tada praktično nije postojalo krivično delo takvog zdravstvenog radnika. Isto je važno i ako je radnja zdravstvenog radnika kojom je izvršen osnovni oblik krivičnog dela omogućavanje uživanja opojnih droga izazvala naročito teške posledice. U pitanju je bila potpuno besmislena i krajnje nehumana norma.⁴⁴

6. ZAKLJUČAK

Jedna od osnovnih odlika, zajednička za sva tri krivična dela čijim se propisivanjem suzbijaju zloupotrebe opojnih droga, jeste njihov blanketni karakter. U samom biću ovih krivičnih dela ne navodi se eksplicitno da su u pitanju blanketne norme, ali taj karakter proizilazi iz nužnosti da radnje budu učinjene neovlašćeno da bi se mogle podvesti pod neko od bića ovih krivičnih dela, a kada su te radnje preduzete ovlašćeno, a kada neovlašćeno, određuje se Zakonom o psihoaktivnim kontrolisanim supstancama. Blanketni karakter ovih krivičnih dela proizilazi i iz sledeće zajedničke karakteristike, a to je objekt radnje, koji je kod sva tri krivična dela određen kao opojna droga.

Zbog načina na koji je zakonodavac odredio šta se smatra opojnim drogama u Krivičnom zakoniku (član 112. stav 15) a šta psihoaktivnim kontrolisanim supstancama u Zakonu o psihoaktivnim kontrolisanim supstancama (član 2. stav 2.), dolazi

42 Đ. Ignjatović, M. Škulić /2010/: *Организовани криминалитет*, Београд, стр. 212.

43 *Ibid.*

44 *Ibid.*

se do zaključka da je zakonodavac navodeći termin „opojne droge“ u jednom, a „psihoaktivne kontrolisane supstance“ u drugom zakonu, upotrebio različite, a istoznačne izraze, pa se pojavljuje potreba da se to ispravi, tako što bi se upotrebio jedan ili drugi izraz. Prednost bi trebalo dati izrazu psihoaktivne kontrolisane supstance, a u tom slučaju izostala bi potreba da se u Krivičnom zakoniku određuje značenje izraza opojne droge, odnosno došlo bi do brisanja člana 112. stav 15, dok bi se istovremeno promenili nazivi i sadržina krivičnih dela čijim propisivanjem se suzbijaju zloupotrebe opojnih droga.

Pored toga, kada su u pitanju ova krivična dela, uočava se veći broj problema koji se u jednom delu mogu rešiti boljim propisivanjem samih krivičnih dela. Problemi, na koje se u radu ukazuje, mogu se rešiti, ili u dobroj meri umanjiti, ujednačenom sudskom praksom, dok bi na neka sporna pitanja odgovor trebala da da nauka. S tim u vezi, kao prihvatljivo rešenje, koje već postoji, npr. u Crnoj Gori i Hrvatskoj, bilo bi da se neovlašćeno držanje opojnih droga, umesto kao krivično delo, propiše kao prekršaj.

LITERATURA

- D. Ignjatović, M. Škulić /2010/: *Организовани криминалијетей*, Beograd.
- D. Marinković /2003/: *Krivičnopravni i kriminalistički aspekti sprečavanja zloupotreba opojnih droga*, magistarski rad, Beograd.
- D. Petrović /2010/: „Upotreba opojnih droga, nove dimenzije“, *Pravni život*, broj 9, tom I, Beograd.
- D. Radulović /2008/: „Pristup proučavanju društvene kontrole droga II: dekonstrukcija problema – upotreba droga u naučnom diskursu“, *Sociologija*, broj 3, Beograd.
- G. Stanojčić /2010/: *Krivični zakonik sa sudskom praksom, registrom pojmova i tabelarnim prikazom krivičnih dela*, Beograd.
- M. Škulić /2003/: *Organizovani kriminalitet*, Beograd.
- M. Škulić /2011/: „Modifikacije krivičnog zakonodavstva Srbije u vreme ekonomske krize – neke greške u srpskom KZ-u i katastrofalno loša koncepcija Nacrta zakonika o krivičnom postupku Srbije, Zaštita ljudskih prava i sloboda u vreme ekonomske krize, Udruženje za međunarodno krivično pravo, Beograd.
- N. Delić /2011/: „Krivičnopravni aspekt zloupotrebe opojnih droga“, *Kaznena reakcija u Srbiji*, Beograd.
- V. Delibašić /2010/: „Krivično delo neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga iz člana 246. Krivičnog zakonika“, *Branič*, broj 3–4, Beograd.
- V. Delibašić /2012/: „Zaštita ličnosti od omogućavanja uživanja opojnih droga“, *Pravni život*, broj 9. tom I, Beograd.
- V. Delibašić /2013/: *Suzbijanje zloupotreba opojnih droga sa stanovišta krivičnog prava*, doktorska disertacija, Beograd.
- Z. Stojanović /2006/: *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd.
- Z. Stojanović /2012/: *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd.
- Z. Stojanović, N. Delić /2013/: *Krivično pravo posebni deo*, Beograd.

Veljko Delibašić, PhD

Lawyer from Belgrade

SOME OF THE DISPUTABLE QUESTIONS REGARDING NARCOTIC DRUGS IN CRIMINAL CODE

SUMMARY

It is ascertained in the work that the criminal acts prescribed to surpress the abuse of narcotic drugs have blanket character, and it is for that reason extremely important to correctly define the concept of narcotic drugs. According to Criminal Code (act 112. paragraph 15) by narcotic drugs are considered substances and preparations announced by law and other regulation based on law, as narcotic drugs and controlled psychoactive substances. Given that the Code about controlled psychoactive substances prescribes that the controlled psychoactive substances are narcotic drugs, psychotropic substances, products of biological origin which have psychoactive effect and other controlled psychoactive substances, it is obvious that these definitions are a pleonasm, therefore the work allows the possibility that in the Criminal Code instead of the term narcotic drugs the term controlled psychoactive substances is introduced. While evaluating if it should be done, it stands out that the following fact should be considered. We use the term narcotic drugs in criminal law traditionally in a different way, as well as that this term is used in all other countries, while the term controlled psychoactive substances has a rather medical character, which is all in favour of keeping the term narcotic drugs in the Criminal Code. Following this part the work points out some of the problems related to criminal acts unauthorised production and selling narcotic drugs (act 246. CC), unauthorised keeping of narcotic drugs (act 246a CC) and enabling enjoying narcotic drugs (act 247. CC), with stating the ways of solving noticed problems in practice.

Keywords: narcotic drugs, unauthorised production drugs, keeping of narcotic drugs, enabling enjoying drugs.

Olga Tešović*

DELO MALOG ZNAČAJA I NAČELO OPORTUNITETA KRIVIČNOG GONJENJA

– Potreba njihovog istovremenog zakonskog regulisanja –

Apstrakt: Delo malog značaja kao jedan od osnova isključenja postojanja krivičnog dela predviđen je u članu 18. Krivičnog zakonika Republike Srbije, te je tako i sa novim zakonikom nastavljena tradicija rešavanja problema sitnog kriminaliteta kroz materijalnopravnu odredbu, a što je i do tada bio slučaj sa institutom neznatne društvene opasnosti. S druge strane, procesno-pravnim odredbama već od 2001. godine u našem pravnom sistemu ozakonjeno je načelo oportuniteta krivičnog gonjenja čija se primena kasnijim izmenama Zakonika o krivičnom postupku, a potom i donošenjem novog Zakonika, sve više širila, s tim da je navedeno načelo široko uvedeno i u postupku prema maloletnicima.

Imajući u vidu činjenicu da sada uporedo sa materijalno-pravnim institutom koji rešava slučajeve bagatelnog kriminaliteta u pravnom sistemu naše zemlje postoji razvijeni procesno-pravni mehanizam u vidu postupanja javnog tužioca po načelu oportuniteta, a koji ima istovetnu svrhu, autor postavlja pitanje neophodnosti paralelnog postojanja navedene dve ustanove. Da li je neka od njih suvišna? Koji se od navedenih instituta u praksi uspešnije primenjuje i da li iziskuje dodatnu primenu drugog?

Ključne reči: Delo malog značaja – Načelo oportuniteta krivičnog gonjenja – Sitni kriminalitet – Krivično materijalno i procesno pravo

1. UVODNE NAPOMENE

U našem ranijem krivičnom zakonodavstvu kao jedan od opštih osnova isključenja postojanja krivičnog dela, a po ugledu na sovjetsko krivično pravo, bio je predviđen institut neznatne društvene opasnosti. To je bila jedna od posledica materijalno-formalnog određenja pojma krivičnog dela, s obzirom na činjenicu da je kao jedan od obaveznih opštih elemenata krivičnog dela bila predviđena društvena opasnost kao materijalni pojam. Osnovna funkcija odredbe iz čl. 8 st. 2 KZJ, kojom je definisan institut neznatne društvene opasnosti, bila je korektivna i to u smislu eliminisanja iz kruga krivičnim zakonom zabranjenih ponašanja, onih koja prema svom realnom značaju tom krugu ne pripadaju.¹

* Sudija Osnovnog suda u Požegi i student doktorskih studija Pravnog fakulteta u Beogradu, otolga-tes@gmail.com

1 Radulović Lj. /1991/: „Neznatna društvena opasnost – jedan od zakonskih osnova koji isključuje postojanje krivičnog dela“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, Beograd, br. 4, str. 408.

U skladu sa usvojenim formalnim objektivno-subjektivnim opštim pojmom krivičnog dela u kome je izostavljena društvena opasnost iz strukture tog pojma, Krivičnim zakonikom Republike Srbije je ukinuta neznatna društvena opasnost, ali je istovremeno zamenjena drugim materijalnopравnim institutom – delom malog značaja (član 18.), čija je svrha u suštini istovetna – odustajanje od krivičnopravne intervencije za bagatelna, zanemarljiva ostvarenja bića krivičnog dela. Naime, uprkos tome što je u novom krivičnom zakonodavstvu usvojena jedna potpuno nova koncepcija opšteg pojma krivičnog dela zasnovana isključivo na formalnim elementima, ostalo se pri shvatanju da je potrebno postojanje predmetnog materijalnopравnog instituta čija primena isključuje postojanje krivičnog dela. U pogledu pravne prirode navedenog instituta, mada to nije sasvim jasno kao kod nužne odbrane i krajnje nužde, može se braniti stav da je i ovde reč o osnovu koji isključuje protivpravnost (u materijalnom smislu)²

S druge strane, u našem krivičnoprocesnom zakonodavstvu predviđeno je u više modaliteta načelo oportuniteta krivičnog gonjenja koje predstavlja opozit načelu legaliteta kao jednom od osnovnih principa našeg krivičnog postupka i postupanja javnog tužioca. Naime, javni tužilac ima kako u krivičnom postupku prema punoletnim licima kada su u pitanju lakša krivična dela (skraćeni postupak), tako i u postupku prema maloletnicima, mogućnost da ne pokrene postupak za krivično delo za koje se goni po službenoj dužnosti, iako su inače ispunjeni svi potrebni zakonski uslovi, što se u osnovi svodi na njegovu procenu u konkretnom slučaju (razlozi celishodnosti krivičnog gonjenja, zatim uslovljeni oportunitet, kao i institut stvarnog kajanja).

Postavlja se pitanje potrebe koegzistencije navedena dva pravna instituta, materijalnog i procesnog, jer se slični efekti postižu njihovom primenom, a njihovo dejstvo se odnosi na krivična dela koja su zaprečena lakšom kaznom. Da li je neophodno da postoje oba instituta? U čemu je ekskluzivnost svakog od njih i koji od njih se u praksi pokazuje efikasnijim, što bi, eventualno, isključilo primenu onog drugog? Cilj ovog rada je da odgovori na navedena pitanja.

2. DELO MALOG ZNAČAJA (U NAŠEM I STRANOM PRAVU)

Odredbom člana 18. stav 1. Krivičnog zakonika propisano je da nije krivično delo ono delo koje, iako sadrži obeležja krivičnog dela, predstavlja delo malog značaja. U stavu 2. ovog člana zahteva se kumulativno ostvarivanje tri uslova za isključenje krivičnog dela po ovom osnovu: da je stepen krivice učinioca nizak, da su štetne posledice odsutne ili da su neznatne i da opšta svrha krivičnih sankcija ne zahteva izricanje krivične sankcije. Najzad, u stavu 3. je predviđeno da se odredbe st. 1 i 2. ovog člana mogu primeniti na krivična dela za koja je propisana kazna zatvora do pet godina (do izmena KZ-a iz 2009. godine bilo je predviđeno do tri godine) ili novčana kazna.

² Stojanović Z. /2012/: *Krivično pravo – opšti deo*, Beograd, str. 125.

Iz napred navedenog proizilazi da je delo malog značaja objektivno-subjektivna kategorija, što znači da su za ocenu njegovog postojanja relevantne okolnosti koje su vezane kako za delo, tako i za učinioca, odnosno delo mora biti bagatelno kako u objektivnom, tako i u subjektivnom smislu.³

Prvi uslov koji se sastoji u niskom stepenu krivice učinioca predstavlja uslov koji je zapravo „izveden iz odredbe člana 54. stav 1. Krivičnog zakonika Srbije u kome su data opšta pravila o odmeravanju kazne, te gde je prva okolnost *stepen krivice učinioca krivičnog dela*, a ona može imati karakter olakšavajuće ili otežavajuće okolnosti. S obzirom na način na koji je zakonodavac ovu okolnost formulisao kao prvi uslov za primenu instituta delo malog značaja, jasno je da je potrebno da je u konkretnom slučaju reč o olakšavajućoj okolnosti.“⁴

Naime, krivica kao jedini subjektivni element opšteg pojma krivičnog dela se može stepenovati, te se nizak njen stepen za potrebe instituta dela malog značaja može pre svega manifestovati kod oblika krivice, odnosno taj nizak stepen postoji najčešće kod nehatnih, a ređe kod umišljajnih krivičnih dela, s tim da se u okviru svakog od navedenih oblika krivice opet može stepenovati, u zavisnosti od inteziteta svesti i volje kod umišljaja, odnosno stepena nepažnje kod nehata.⁵ Što se uračunljivosti tiče, sposobnost učinioca da shvati značaj svoga dela i da upravlja svojim postupcima može biti oslabljena i tako uticati na kvantitativno nijansiranje krivice, kao kod bitno smanjene uračunljivosti, dok kod svesti o protivpravnosti dela nizak stepen može postojati u slučaju otklonjive pravne zablude gde je mogućnost i dužnost da se ima znanje o zabranjenosti dela bila na izuzetno niskom nivou što opravdava primenu ovog materijalnopravnog instituta.

Međutim, navedeni prvi uslov nije ograničen samo na zakonske elemente krivice i procenu njihovog inteziteta u konkretnom slučaju, već je potrebno voditi računa i o drugim okolnostima subjektivne prirode, ali i o objektivnim okolnostima ako se na osnovu njih može posredno zaključiti o jačini prekora koji se učiniocu može uputiti.⁶ „Na stepen krivične odgovornosti mogu da utiču i subjektivne okolnosti koje ne ulaze u uračunljivost i vinost kao što su starosno doba učinioca, njegovo obrazovanje, vaspitanje, psihička labilnost, moralne karakteristike njegove ličnosti, okolnosti da je delo izvršeno iz straha, ispoljena drskost i bezobzirnost pri izvršenju dela i sl.“⁷

Kako je za primenu člana 18. Krivičnog zakonika potrebno zapravo uzeti u obzir sve kako subjektivne, tako i objektivne okolnosti koje ukazuju na bagatelni kriminalni sadržaj krivičnog dela, to pojedini autori zbog navedenog konstatuju da ovaj prvi uslov, i pored toga što je načelno problematičan, više podseća na procesnopravni pojam celishodnosti, odnosno pojam oportuniteta krivičnog gonjenja nego na materijalnopravni pojam.⁸

3 Stojanović Z. /2012/: *Ibid.*, str. 126.

4 Delić N. /2009/: *Nova rešenja opštih instituta u Krivičnom zakoniku Srbije*, Beograd, str.38.

5 Delić N. /2009/: *Ibid.*, str. 38.

6 Đokić I. /2009/: *Delo malog značaja*, magistarski rad, Beograd, str. 91.

7 Srzentić N., Stajić A., Lazarević Lj. /2001/: *Krivično pravo – opšti deo*, Beograd, str. 344.

8 Vidi: Pihler S. /2005/: *Novelne opštih ustanova u krivičnom zakonodavstvu Srbije, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, Novi Sad, br. 3, str. 48–49.

Drugi postavljeni uslov tiče se štetnosti posledica krivičnog dela, odnosno odsutnosti ili neznatnosti istih i taj uslov je postavljen na istovetan način kao i ranije kod ustanove neznatne društvene opasnosti. Naime, za utvrđivanje ovog uslova u prvom planu je škodljivi učinak ostvarenog neprava tj. ne radi se o posledici koja predstavlja obeležje bića krivičnog dela čiju ostvarenost treba prethodno konstatovati da bi se uopšte govorilo o dovršenom delu. U pitanju je ocena štetnog efekta učinjenog dela u odnosu na zaštićeno dobro i pasivnog subjekta.⁹

Inače, navedeni uslov je alternativno postavljen tako da ako je posledica dela nastupila (posledična krivična dela) ona, imajući u vidu okolnosti slučaja, mora biti neznatna, a uslov je takođe ispunjen i ako konkretna posledica uopšte ne nastupi (delatna krivična dela, zatim pokušaj ili krivična dela koja za posledicu imaju apstraktnu opasnost).

Treći uslov da opšta svrha krivičnih sankcija ne zahteva izricanje krivične sankcije je prilično uopšteno formulisan i u velikoj meri njegova ispunjenost u konkretnom slučaju zavisi od procene suda. Naime, opšta svrha krivičnih sankcija je propisana članom 4. stav 2. Krivičnog zakonika Republike Srbije kao suzbijanje dela kojima se povređuju ili ugrožavaju vrednosti zaštićene krivičnim zakonodavstvom. Iz ovoga se vidi da je opšta svrha krivičnih sankcija istovetna sa osnovnim ciljem krivičnog prava, a to je da se putem generalne i specijalne prevencije suzbijaju ona dela kojima se povređuju ili ugrožavaju određene vrednosti tj. da se pruži krivičnopravna zaštita osnovnim dobrima u društvu.¹⁰

Izvesno je da je zakonodavac formulacijom ovog poslednjeg uslova omogućio sudu da u sferu relevantnih okolnosti uvrsti i one koje se ne mogu podvesti pod strukturu opšteg pojma krivičnog dela, te da u tom smislu ovaj uslov pre podseća na krivičnoprocesno načelo oportuniteta krivičnog gonjenja, nego na materijalnu pretpostavku pravne figure dela malog značaja.¹¹ Dakle, iako se čini da ovaj uslov ne bi trebalo da bude sporan i da formulacija stava 1. člana 18. Krivičnog zakonika Srbije nedvosmisleno ukazuje na to da je delo malog značaja osnov koji isključuje protivpravnost krivičnog dela, propisivanje ovog trećeg uslova upućuje na zaključak da je intencija zakonodavca bila i da delo malog značaja tretira još i kao posebnu pojavnu formu krivičnog dela u njegovom totalitetu, obuhvatajući u takvom pojmu sve objektivne i subjektivne okolnosti, tj. kako one koje se odnose na samo delo, tako i one koje se odnose na krivicu, ali i sve druge okolnosti koje utiču na kažnjavanje.¹²

Jedna od novina koju je uveo Krivični zakonik kod dela malog značaja, a u poređenju sa ranijim institutom neznatne društvene opasnosti, jeste vezivanje primene navedenog instituta samo za određena lakša krivična dela, odnosno, kako je to bilo propisano, samo u odnosu na krivična dela za koja je propisana kazna zatvora do tri godine ili novčana kazna. Dakle, samo ona krivična dela koja su in abstracto od strane zakonodavca procenjena kao lakša krivična dela, mogu u konkretnom sluča-

9 Đokić I. /2009/: *Op.cit.*, str. 94–95

10 Delić N. /2009/: *Op.cit.*, str. 39.

11 Đokić I. /2009/: *Op.cit.*, str. 103.

12 Delić N. /2009/: *Op.cit.*, str. 39.

ju dobiti vid bagatelnog, sa krivičnog pravnog aspekta, zanemarljivog ponašanja iako ispunjavaju sva bitna obeležja krivičnog dela.¹³ Time je bio i ostvaren cilj ovog instituta – da se omogući selekcija krivičnog gonjenja u sferi tzv. bagatelnog kriminaliteta vezivanjem za propisanu kaznu, a ne da se omogućava arbitrarnost kao kod ranije postojeće neznatne društvene opasnosti gde takva granica nije bila propisana, a što je dovodilo do njene primene i kod težih krivičnih dela. Međutim, ZID KZ iz 2009. godine proširuje mogućnosti primene ovog instituta i na krivična dela za koje je propisana kazna zatvora do pet godina (ili novčana kazna), što predstavlja korak unazad ka prevaziđenom institutu neznatne društvene opasnosti.¹⁴

Imajući u vidu navedenu zakonsku formulaciju dela malog značaja, proizilazi da je reč pravnom institutu čija primena isključuje postojanje krivičnog dela u konkretnom slučaju, odnosno isključena je sama protivpravnost postupanja kao obavezni element opšteg pojma krivičnog dela. Međutim, kako pojedini autori to primećuju, primena ovog osnova je u suštini fakultativne prirode i podložna je oceni celishodnosti.¹⁵

Uporednopravno posmatrano rešavanje problema bagatelnog kriminaliteta se u većini zemalja rešava na planu krivičnog procesnog prava, a znatno ređe u oblasti materijalnog krivičnog prava kao neznatna društvena opasnost, odnosno delo malog značaja. Naime, prvi put je ovakva ideja, u čijoj je pozadini pokušaj ostvarivanja zahteva za ograničavanjem krivičnog prava prinude, normativno izražena u sovjetskom krivičnom pravu da bi docnije poslužila kao uzor nomotvorcima gotovo svih socijalističkih zemalja, te da je praktično jedini izuzetak od navedenog predstavljalo krivično zakonodavstvo Austrije koje je bilo jedina nesocijalistička zemlja koja je konkretnom odredbom § 42 Krivičnog zakonika materijalnopravno regulisala navedenu problematiku.¹⁶

Međutim, u novom austrijskom krivičnom zakonodavstvu ova materija je sada regulisana odredbom procesnog karaktera, što je isto učinjeno i reformom materije krivičnog prava u Sloveniji 2008. godine, kao i u Crnoj Gori 2010. godine, tako da je i kod njih napuštena koncepcija regulisanja ustanove dela malog značaja u materijalnom krivičnom zakonodavstvu. Kao primeri takve prakse ostala su zakonodavstva ostalih zemalja koje su bile u sastavu bivše SFRJ (npr. Republike Hrvatske – čl. 33. Krivičnog zakona (beznačajno delo), Krivični zakon Republike Srpske – čl.7. st.2. Krivičnog zakona (djelo malog značaja), Republike Makedonije – čl.8 Krivičnog zakonika (delo malog značaja), kao i krivično zakonodavstvo Ruske federacije, Ukrajine, Gruzije, Jermenije, Azerbejdžana, Kazahstana, Moldavije, ali i Rumunije, Bugarske, Poljske i Češke.

Dakle, u duhu tradicije, dobar deo bivših socijalističkih zemalja zadržao je u svom materijalnom krivičnom pravu institut dela malog značaja, ali po pravilu bitno

13 Stojanović Z. /2012/: *Komentar Krivičnog zakonika*, četvrto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, str. 100.

14 Stojanović Z. /2012/: *Krivično pravo – opšti deo*, *Op.cit.*, str. 127.

15 Lazarević Lj. /2011/: *Komentar Krivičnog zakonika*, drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, str. 90.

16 Đokić I. /2009/: *Op.cit.*, str. 51.

modifikujući zakonske uslove njegove primene u skladu sa promenjenom koncepcijom načelne prirode koja se odnosi pre svega na drugačije poimanje strukture opšteg pojma krivičnog dela.¹⁷

3. NAČELO OPORTUNITETA (U NAŠEM I STRANOM PRAVU)

Kao opozit i zakonski izuzetak u odnosu na osnovno načelo krivičnog gonjenja u našem pozitivnom pravu – načelo legaliteta, predviđeno je načelo oportuniteta po kome se „gonjenje ne mora obavezno preduzeti iako su ispunjeni svi traženi uslovi koji proizilaze iz načela legaliteta, već se shodno proceni svrsishodnosti krivičnog gonjenja u određenom slučaju, gonjenje može ili ne mora preduzeti, pri čemu je kriterijum za negonjenje u nekim nacionalnim (uporednim) krivičnim postupcima povezan sa, na primer, visokim troškovima postupka ili se zasniva na nekim svojstvima optuženog.¹⁸

Među brojnim razlozima koji opravdavaju primenu načela oportuniteta krivičnog gonjenja poseban značaj ima njegov doprinos većoj ekonomičnosti, ubrzanju i pojednostavljenju rada krivičnog pravosuđa, te veći stepen stručnog angažovanja sudova kod složenijih slučajeva, kao i i nepostojnje kriminalno-političkih razloga za krivično gonjenje u pojedinim slučajevima gde postoji izrazita nesrazmera između propisane krivične sankcije i stepena konkretne opasnosti kriminalnog slučaja.¹⁹

U našem krivičnoprocesnom pravu načelo oportuniteta važi bez ikakvih ograničenja u pogledu krivičnih dela koja se gone po privatnoj tužbi, jer je privatnom tužiocu ostavljeno u potpunosti na slobodnu volju da li će preduzeti krivično gonjenje u zakonskom roku. S druge strane, u pogledu krivičnih dela koja se gone po službenoj dužnosti javni tužilac može da postupi u skladu sa pomenutim načelom u dva postupka – prema maloletnicima i prema punoletnim licima.

U postupku prema maloletnicima javni tužilac za maloletnike može odlučiti da ne zahteva pokretanje krivičnog postupka za krivična dela za koja je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do pet godina iako postoje dokazi iz kojih proizilazi osnovana sumnja da je maloletnik učinio krivično delo, ako smatra da ne bi bilo celishodno da se prema maloletniku vodi postupak, s obzirom na prirodu krivičnog dela i okolnosti pod kojima je učinjeno, raniji život maloletnika i njegova lična svojstva (čl.58. ZOMUKD). Takođe, javni tužilac za maloletnike može u situaciji kada se maloletnik nalazi na izdržavanju kazne ili vaspitne mere, da ne zahteva pokretanje krivičnog postupka za drugo krivično delo maloletnika, ako s obzirom na težinu tog krivičnog dela, kao i na kaznu, odnosno vaspitnu meru koja se izvršava, ne bi imalo svrhe vođenje postupka i izricanje krivične sankcije za to delo (čl.58. st.3. ZOMUKD).

17 Đokić I. /2009/: *Ibid.*, str.51.

18 Škulić M. /2011/: *Krivično procesno pravo*, Beograd, str.50

19 Vidi: Bejatović D. /2007/: *Načelo oportuniteta krivičnog gonjenja*, seminarski rad, Beograd, str. 21.

Pored ova dva slučaja navedeni ZOMUKD u odnosu na maloletnike predviđa i tzv. uslovljeni oportunitet ako su u pitanju krivična dela za koje je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do pet godina, po kojem javni tužilac za maloletnike može odluku o nepokretanju postupka (ili podnošenje predloga da se postupak obustavi ukoliko je već započet) usloviti pristankom maloletnika i njegovih roditelja, usvojioca ili staraoca, kao i spremnošću maloletnika da prihvati i ispuni jedan ili više vaspitnih naloga, u koje spadaju: 1) poravnanje sa oštećenim (potreban je i pristanak oštećenog), 2) redovno pohađanje škole ili redovno odlaženje na posao, 3) uključivanje bez naknade u rad humanitarnih organizacija ili poslove socijalnog, lokalnog ili ekološkog sadržaja, 4) podvrgavanje odgovarajućem ispitivanju i odvikavanju od zavisnosti izazvane upotrebom alkoholnih pića ili opojnih droga, 5) uključivanje u pojedinačni ili grupni tretman u odgovarajućoj zdravstvenoj ustanovi ili savetovalištu.

U postupku prema punoletnim licima izuzetak od primene načela legaliteta oficijelnog krivičnog gonjenja predstavlja, prvo, slučaj uslovljenog oportuniteta, po kome kada su u pitanju krivična dela za koja je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do pet godina, javni tužilac može u predistražnom postupku odložiti krivično gonjenje, ukoliko osumnjičeni prihvati jednu ili više od Zakonikom o krivičnom postupku predviđenih mera: 1. da otkloni štetnu posledicu nastalu izvršenjem krivičnog dela ili da naknadi pričinjenu štetu, 2. da plati određeni novčani iznos u korist humanitarne organizacije, fonda ili javne ustanove, 3. da obavi određeni društvenokorisni ili humanitarni rad, 4. da ispuni dospеле obaveze izdržavanja, 5. da se podvrgne odvikavanju od alkohola ili opojnih droga, 6. da se podvrgne psihosocijalnom tretmanu radi otklanjanja uzroka nasilnog ponašanja, 7. da izvrši obavezu ustanovljenu pravnosnažnom odlukom suda, odnosno poštuje ograničenje utvrđeno pravnosnažnom sudskom odlukom (član 283. stav 1. ZKP).²⁰

U još jednom slučaju postoji mogućnost primene načela oportuniteta krivičnog gonjenja u postupku prema punoletnim licima, a to je slučaj kada javni tužilac može odbaciti krivičnu prijavu ukoliko se radi o krivičnom delu za koje je predviđena novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine, a osumnjičeni izrazi stvarno kajanje, te spreči nastupanje štete ili je štetu u potpunosti već nadoknadio, tako da, prema okolnostima slučaja, javni tužilac oceni da izricanje krivične sankcije u datom slučaju ne bi bilo pravično (član 284. stav 3. ZKP). U pitanju je, dakle, princip oportuniteta iz razloga pravičnosti, koji se praksi naziva „čist“ ili „pravi“ oportunitet.

U svakom od navedenih slučajeva postupanja javnog tužioca po načelu oportuniteta, oštećeni nema pravo da nakon dobijanja obaveštenja o odbačaju krivične prijave

20 Prema ranije važećem Zakoniku o krivičnom postupku („Službeni list SRJ“, br. 70/2001 i 68/2002 i „Službeni glasnik Republike Srbije“, br. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005 – dr. zakon, 49/2007, 20/2009 – dr. zakon, 72/2009 i 76/2010) uslovljeni oportunitet je bio na sličan način regulisan odredbama člana 236., s tim da je za krivična dela za koja je propisana kazna zatvora preko tri godine, a do pet godina za odlaganje krivičnog gonjenja, kao dodatni neophodan uslov, zahtevano odobrenje vanraspravnog veća suda, dok je za mere opisane pod tačkama 2. i 3. bila neophodna saglasnost oštećenog. Novim Zakonikom je u većoj meri uprošćena primena navedenog načela.

podnese prigovor, u roku od osam dana, neposredno višem javnom tužiocu, jer je predviđeno da se odredba člana 51. stav 2. ZKP neće u ovim slučajevima primenjivati.

Imajući u vidu navedeno, novim Zakonikom o krivičnom postupku („Službeni glasnik Republike Srbije“, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013 i 45/2013), a koji je počeo u svim krivičnim postupcima da se primenjuje od 1. oktobra 2013. godine, na skoro identičan način sa ranijim Zakonikom regulisano je postupanje javnog tužioca po načelu oportuniteta krivičnog gonjenja, samo sada u svetlu novoformirane tužilačke istrage gde, dakle, nije potrebno odobrenje suda ni u kom obliku. Međutim, jedna od bitnih razlika u ovom pogledu jeste i ta da više nije predviđeno uslovljeno odustajanje javnog tužioca od već započetog krivičnog gonjenja, kako je to ranije moglo sve do završetka glavnog pretresa,²¹ već je ova opcija za javnog tužioca ostala samo toku predistražnih radnji. Imajući u vidu doktrinarnu kritiku upućene uslovljenom odustajanju od optužbe u toku glavnog pretresa, kao i činjenicu da je empirijsko istraživanje pokazalo da se od svih zakonikom propisanih oblika oportuniteta ovaj najređe koristio u pravosudnoj praksi, ukidanje ovog vida načela oportuniteta se pokazuje kao opravdano.²²

Kada se osvrne na uporednopravno regulisanje, većina zakonodavstava tretira problematiku bagatelnog kriminaliteta na terenu krivičnog procesnog prava, a tipičan primer za to su zemlje koje pripadaju anglosaksonskom pravnom krugu – SAD, Engleska i Vels, kod kojih javni tužilac ima veoma široku slobodu u pogledu odluke da li će da preduzme krivično gonjenje ili ne, mada i među navedenim sistemima postoje značajne razlike u pogledu same organizacije i delovanja javnih tužilaštava, kao i postupanja policije koja u ovom pogledu ima značajna ovlašćenja. Takođe i japansko krivično zakonodavstvo, koje je u posleratnom periodu izgrađivano pod snažnim uticajem anglo-američkog prava, poznaje princip oportuniteta u radu javnog tužilaštva.²³

Kada su u pitanju zemlje koje pripadaju evropsko-kontinentalnoj pravnoj tradiciji veliki je njihov broj koje predviđaju navedeno diskreciono postupanje javnog tužioca u slučaju krivičnih dela zaprečenih blažom kaznom, odnosno regulišu delovanje po načelu oportuniteta (npr. Francuska, Danska, Holandija). U nemačkom krivičnom procesnom pravu, kao i u našem, proklamovano je kao osnovno procesno pravilo načelo legaliteta krivičnog gonjenja, dok je načelo oportuniteta predviđeno kao izuzetak. Međutim, načelo oportuniteta, ipak, s obzirom na široke zakonske mogućnosti primene i prisutnosti u praksi, sve više gubi na karakteru izuzetka, o čemu najviše svedoči činjenica da se u preko 25% svih krivičnih slučajeva primenjuje ovo načelo,

21 Izmenama i dopunama ranije važećeg Zakonika o krivičnom postupku iz 2009. godine bila je uvedena potpuno nova zakonska mogućnost po kojem je bilo predviđeno i uslovljeno odustajanje javnog tužioca od započetog krivičnog gonjenja sve do samog završetka glavnog pretresa, s tim da je za krivična dela zaprečena kaznom zatvora do tri godine bila potrebna saglasnost suda pred kojim se vodi glavni pretres, dok je za krivična dela za koje je propisana kazna zatvora preko tri, a do pet godina zatvora bilo potrebno odobrenje vanraspravnog veća.

22 Bejatović S., Đurđić V., Škulić M., Ilić G., Kiurski J., Matić M., Lazić R., Nenadić S., Trninić V. /2012/: „Primena načela oportuniteta u praksi – izazovi i preporuke“, Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije, Beograd, str. 145.

23 Đokić I. /2009/: *Op.cit.*, str. 61.

a kod krivičnih dela iz korpusa „lakšeg i sitnog kriminaliteta“ koji se u nemačkom pravu označavaju prestupima, pomenuti procenat se kreće i preko 50 %.²⁴

Postupanje po principu oportuniteta krivičnog gonjenja je još češće u uporednom maloletničkom krivičnom pravu. U novijoj nemačkoj krivičnoprocenoj teoriji ovakvo postupanje se po pravilu označava kao jedan vid diverzionog postupanja, pri čemu se „diverzija“ i ovde ispoljava kao jedan oblik skretanja u odnosu na uobičajeno postupanje, ali ne u vidu primene posebnih sankcija ili mera tretmana, već prestankom krivičnog gonjenja, čime se maloletnik isključuje iz krivične procedure.²⁵

4. ODNOS OVIH PRAVNIH INSTITUTA I POTREBA NJIHOVOG ISTOVREMENOG ZAKONSKOG REGULISANJA

Materijalnopravni institut delo malog značaja i krivičnoproceno načelo delovanja javnog tužioca po oportunitetu vezuje u suštini ista svrha – rešavanje slučajeva sitnog, bagatelnog kriminaliteta od strane pravosudnih organa. Međutim, zakonski uslovi za primenu navedenih ustanova materijalnog i procesnog krivičnog prava su različiti, kao i njihova pravna priroda, što i dovodi do pitanja da li je potrebno njihovo uporedno postojanje i da li neki od navedenih instituta zaslužuje prevagu u odnosu na drugi.

U većini stranih zakonodavstava selekcija relevantnih ponašanja u oblasti sitnog kriminaliteta vrši se na nivou krivičnog procesnog prava, kroz primenu načela oportuniteta krivičnog gonjenja, pa se i na taj način izbegavaju problemi materijalnopravnog pristupa ovoj problematici, jer se u tom slučaju ne dira u pitanje postojanja krivičnog dela, već ovlašćeni tužilac nepodnošenjem odgovarajućeg optužnog akta iz razloga celishodnosti sprečava da se o takvoj stvari raspravlja u krivičnom postupku.²⁶

Naime, „krivični zakon, koji za konstrukciju pojma krivičnog dela ne zahteva društvenu opasnost, ne poznaje ni osnove po kojima se isključuje postojanje krivičnog dela zbog neznatne društvene opasnosti, pa se krivičnim delom smatra i radnja sasvim malog značaja kojom je ostvarena neznatna štetna posledica ili štetne posledice uopšte nije bilo, ako je protivpravna i u zakonu predviđena kao krivično delo. Ta dela, iako formalno krivična dela, nema nikakvog smisla uključivati u krivični postupak. Njihova eliminacija se postiže uvođenjem procesnog principa oportuniteta, koji ovlašćuje javnog tužioca da u tim slučajevima ne pokrene krivični postupak.“²⁷

Međutim, postoje i zakonodavstva, poput našeg, koja pored procesnopravnog mehanizma odstranjivanja sitnog kriminaliteta pomoću različitih vidova načela

24 Bejatović S. /2009/: „Načelo oportuniteta krivičnog gonjenja u nemačkom krivičnom procesnom pravu“, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, Beograd, br. 1, str. 20.

25 Više o tome: Škulić M. /2011/: *Maloletničko krivično pravo*, Beograd, str. 155–162.

26 Đokić I. /2009/: *Op.cit.*, str. 125.

27 Grubač M. /1988/: Načelo legaliteta u krivičnom procesnom pravu, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, Beograd, br. 3, str. 78.

oportuniteta uređuju uporedo i materijalnopравни institut delo malog značaja, te kod njih dolazi do komplementarne primene navedenih ustanova. Čak se ranije od strane nekih autora i neopravdano davala prednost institutu dela malog značaja, odnosno neznatne društvene opasnosti zasnivajući navedeno na tvrdnji da je „postojanje krivičnog dela pitanje materijalnog, a ne procesnog krivičnog prava“, kao i da je „rešavanje ovog pitanja putem krivične procedure primenom načela oportuniteta nepravilan način, jer vodi proizvoljnosti i mogućnosti zloupotrebe od strane ovlašćenih za gonjenje.“²⁸

Na neprihvatljivost navedenog stanovišta ukazuje ne samo činjenica da je nedopustivo apriorno ispoljavanje sumnje u zakonitost i valjanost rada bilo kog državnog organa²⁹, već i okolnost da je kod nas načelo oportuniteta u postupanju javnog tužioca u velikom procentu zaživelo u praksi i zadobilo veoma pozitivne reakcije od strane stručne javnosti, posebno imajući u vidu da je navedeno u skladu sa pozitivnom praksom većine zemalja kako anglosaksonske, tako i evropsko-kontinentalne pravne tradicije, i da se pokazuje kao zaista adekvatan način ubrzanja i pojednostavljenja rada pravosudnih organa u slučaju bagatelnog kriminaliteta. Strah od eventualne arbitrarnosti u postupanju javnog tužioca jedino se uspešno može eliminisati adekvatnim izborom istih na pomenutu javnu funkciju, kao i kroz kontrolu rada od strane zakonski ustanovljenih institucija (kod nas od strane viših tužilaštava i Republičkog javnog tužilaštva, kao i od strane Državnog veća tužilaca).

Kada se vratimo na materijalnopравни institut delo malog značaja ne možemo jednostavno ostaviti po strani okolnost da navedeni institut ima i jedan, uslovno rečeno, „nedostatak“ koji se sastoji u tome što se primenom instituta dela malog značaja sudskom odlukom oslobađa svake odgovornosti lice koje je, ipak, ostvarilo obeležja bića krivičnog dela i koje je krivo za to delo, što znači da u takvom slučaju izostaje bilo kakav vid društvene osude iako je krivično delo učinjeno.³⁰ Ovo se opravdava činjenicom da je zakonskom formulacijom propisano da je u slučaju dela malog značaja isključeno postojanje samog krivičnog dela, bez obzira na formalno ostvarene elemente, s obzirom na odsustvo minimalnog stepena materijalne krivičnopravne protivpravnosti koju procenjuje sud. Drugim rečima, ova pravna figura ima ulogu filtera koji iz kriminalne zone treba da isključi beznačajna ostvarenja zakonskog opisa, tj. radnje u odnosu na koje je krivično sankcionisanje (pa i samo ispoljavanje socijalno – etičkog prekora) bez ikakvog realnog utemeljenja.³¹

Postavlja se pitanje da li je uopšte potrebna navedena materijalnoppravna konstrukcija proizašla iz ranije ustanove neznatne društvene opasnosti i davno prevaziđene koncepcije o obaveznom postojanju same društvene opasnosti u opštem pojmu krivičnog dela, i to u sistemu gde javni tužilac postupajući po načelu oportuniteta, kako u postupku prema punoletnim licima, tako i u postupku prema maloletnicima, u skladu sa zakonskim uslovima, optira da li će u slučaju bagatelnog kriminaliteta

28 Srzentić N., Stajić A., Lazarević Lj. /2001/: *Op.cit.*, str. 139.

29 Đokić I. /2009/: *Op.cit.*, str. 143.

30 Delić N. /2009/: *Op.cit.*, str. 41.

31 Đokić I. /2009/: *Op.cit.*, str. 143.

uopšte započeti krivično gonjenje vodeći računa o celishodnosti istog. Takođe, ne deluje kao ubedljiva tvrdnja nekih autora da načelo oportuniteta na neki način dopunjuje primenu materijalnopravne ustanove dela malog značaja, pozivajući se na činjenicu da okolnosti nastale nakon izvršenja dela, pre svega ponašanje učinioca koje se sastoji u svojevrsnoj reparaciji oštećenom (vraćanje oduzete, popravka oštećene stvari, naknada štete i sl.) ne mogu uticati na primenu navedenog osnova isključenja krivičnog dela.³²

Postupanje javnog tužioca po načelu oportuniteta krivičnog gonjenja ni u kom slučaju ne može imati dopunjujući karakter institutu delo malog značaja, s obzirom na sve širi spektar delovanja tužioca po navedenom načelu (uslovljeni oportunitet i oportunitet iz razloga pravičnosti), tako da mali značaj dela nije jedini uslov i jedini način za oportunitetno postupanje u krivičnom postupku. S druge strane, okolnosti koje se sastoje u izvesnoj reparaciji oštećenom utiču i na primenu navedene materijalnopravne ustanove, i to prilikom procene ispunjenosti trećeg zakonskog uslova da opšta svrha krivičnih sankcija ne zahteva izricanje krivične sankcije koji je uopšteno formulisan i zahteva kako postojanje objektivnih i subjektivnih okolnosti samog dela, tako i postojanje svih drugih okolnosti koje utiču na kažnjavanje, a među kojima je i odnos prema žrtvi krivičnog dela.

Iz navedenog je primetno da se materijalnopravna ustanova delo malog značaja i procesnopravno načelo oportuniteta u velikoj meri poklapaju, posebno imajući u vidu treći postavljeni uslov kod dela malog značaja koji je široko postavljen i u velikoj meri zavisi od procene celishodnosti gonjenja, a što je u suštini zadatak javnog tužioca kada oportunitetno postupaju. Isticanje da ustanova delo malog značaja ima širu mogućnost primene u odnosu na princip oportuniteta, jer se navedeno načelo ne primenjuje u odnosu na krivična dela koja se gone po privatnoj tužbi, nije sasvim tačno, jer oportunitetno postupanje nije rezervisano samo za javnog tužioca. Ono suštinski karakteriše i delovanje samog privatnog tužioca koji sasvim slobodno (za razliku od javnog tužioca) optira da li da započne krivični postupak ili ne, odnosno da li da u toku postupka odustane od istog.

Uzimajući u obzir navedeno, ne vidi se potreba za uporednim postojanjem navedenog materijalnopravnog i procesnopravnog instituta. Naime, njihova komplementarna primena pokazuje se kao suvišna, a posebno imajući u vidu činjenicu da se u velikom obimu javni tužioci i njihovi zamenici koriste navedenim načelom oportuniteta, da imaju zakonsku ustanovljenu obavezu procene celishodnosti vođenja postupka u slučaju sitnog kriminaliteta, odnosno krivičnih dela koja su manjeg značaja, kao i okolnost da se navedeni materijalnopravni institut sve manje u praksi od strane sudova koristi, s obzirom da se prethodno od strane tužilaštava u velikom broju slučajeva izvršila neophodna filtrizacija bagatelnih slučajeva.

Takođe, naša krivičnopravna teorija sve više ide u pravcu savremenih tendencija koje ukazuju da se pitanja krivičnih dela koja su manjeg značaja, odnosno koja su bagatelna i u objektivnom, i u subjektivnom smislu, rešavaju pre svega krivično-procesnim instrumentima, a ne već zastarelim materijalnopravnim institutima delo

32 Vidi: Đokić I. /2009/: *Op.cit.*, str. 145.

malog značaja/neznatna društvena opasnost koja su nastala pod uticajem sovjetske pravne misli i napuštene koncepcije o društvenoj opasnosti kao obaveznom materijalnom elementu pojma krivičnog dela.³³

5. ZAVRŠNE NAPOMENE

Analizom materijalnopravnog instituta dela malog značaja i procesnog načela oportuniteta krivičnog gonjenja, te njihovim upoređivanjem dolazi se do zaključka da je njihova svrha u biti istovetna – racionalno i efikasno rešavanje krivičnih slučajeva sa minimalnom količinom neprava u sebi. Razlika je u načinu rešavanja: kod prvog akcenat je na odsustvu jednog od obaveznih elemenata opšteg pojma krivičnog dela – njegove protivpravnosti (mada ne njegove suštinske protivpravnosti), dok je kod drugog reč o proceni javnog tužioca da u konkretnom slučaju nema onog stepena neprava koji bi zahtevao ulaženje u krivični postupak, odnosno dalji ostanak u njemu i donošenje osuđujuće presude.

S obzirom na uporednopravnu praksu koja akcenat stavlja na krivičnoprocesno rešavanje slučajeva koji su manjeg krivičnog značaja, kao i imajući u vidu poslednjih godina kod nas vrlo široku primenu načela oportuniteta krivičnog gonjenja od strane javnih tužilaca, posebno kada je u pitanju uslovljeno odlaganje krivičnog gonjenja pre podnošenja optužbe³⁴, nameće se zaključak o neminovnosti odustanka od materijalnopravnog regulisanja pitanja dela malog značaja i prepuštanja u celosti ove problematike procesnoj proceni javnog tužioca o celishodnosti gonjenja u navedenom slučaju.

Uporedno postojanje navedena dva instituta pokazuje se kao suvišno, a posebno imajući u vidu problematičnost pravne prirode dela malog značaja kao osnova koji isključuje postojanje krivičnog dela, odnosno njegove protivpravnosti gledajući sa stanovišta krivične norme, ali ne i društva u celini (takovo ponašanje ostaje suštinski protivpravno bez obzira na njegov mali krivičnopravni značaj). Takođe, u teoriji se ističe da je delo malog značaja institut koji naša sudska praksa nedovoljno koristi i jedva da obavlja funkciju zbog koje i postoji, a to je da rastereti krivično pravosuđe od bagatelnog kriminaliteta.³⁵ Iz navedenog proizilazi zaključak da je, u cilju izbegavanja različitih tumačenja suštine pomenutog materijalnopravnog instituta, najcelishodnije pribеći rešavanju problematike bagatelnog kriminaliteta na krivičnoprocesnom terenu, kroz načelo oportuniteta krivičnog gonjenja, a koje je u punom zamahu kako u svetu, tako i kod nas.

33 „Inače su, kao teorijski model za rešavanje problema bagatelnog kriminaliteta, prihvatljivija rešenja na planu krivičnoprocesnog prava (načelo oportuniteta krivičnog gonjenja), jer se time izbegavaju neka sporna pitanja vezana za pravnu prirodu instituta dela malog značaja (on je osnov isključenja krivične, ali ne i protivpravnosti uopšte).“ Stojanović Z. /2005/: *Tendencije u savremenoj nauci krivičnog prava i neka pitanja našeg materijalnog krivičnog zakonodavstva*, *Nove tendencije u savremenoj nauci krivičnog prava i naše krivično zakonodavstvo*, Zlatibor/Beograd, str. 23.

34 Postavlja se pitanje da li pomenuto načelo ima kod nas u skraćenom postupku uopšte rang izuzetka, ili se pretvara u pravilo po kojem postupaju javni tužioci i njihovi zamenici (slično kao u nemačkom krivičnoprocesnom pravu).

35 „Delo malog značaja može voditi arbitrnosti i slabiti načelo zakonitosti“ – Stojanović Z. /2012/: *Kaznena politika u Srbiji: Sukob zakonodavca i sudske prakse, Kaznena reakcija u Srbiji, II deo*, ed. Crimen, Beograd, str. 12.

LITERATURA

- Bejatović D. /2007/: *Načelo oportuniteta krivičnog gonjenja*, seminarski rad, Beograd.
- Bejatović S. /2009/: Načelo oportuniteta krivičnog gonjenja u nemačkom krivičnom procesnom pravu, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, Beograd, br. 1, str. 19–38.
- Bejatović S., Đurđić V., Škulić M., Ilić G., Kiurski J., Lazić R., Nenadić S., Trninić V. /2012/: „*Primena načela oportuniteta u praksi – izazovi i preporuke*“, Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije, Beograd.
- Grubač M. /1988/: Načelo legaliteta u krivičnom procesnom pravu, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, Beograd, br. 3, str. 75–88.
- Grubač M. /2006/: *Krivično procesno pravo*, Beograd.
- Delić N. /2006/: Neznatna društvena opasnost i delo malog značaja, *Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom EU – prilozi projektu 2005.*, Beograd, str. 365–383.
- Delić N. /2009/: *Nova rešenja opštih instituta u Krivičnom zakoniku Srbije*, Beograd.
- Đokić I. /2009/: *Delo malog značaja*, magistarski rad, Beograd.
- Lazarević Lj. /2011/: *Komentar Krivičnog zakonika*, drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd.
- Pihler S. /2005/: Novele opštih ustanova u krivičnom zakonodavstvu Srbije, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, Novi Sad, br. 3, str. 41–58.
- Radulović Lj./1991/: „Neznatna društvena opasnost – jedan od zakonskih osnova koji isključuje postojanje krivičnog dela“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, Beograd, br. 1991/4, str. 408–416.
- Srzentić N., Stajić A., Lazarević Lj. /2001/: *Krivično pravo – opšti deo*, Beograd.
- Stojanović Z. /2005/: Tendencije u savremenoj nauci krivičnog prava i neka pitanja našeg materijalnog krivičnog zakonodavstva, *Nove tendencije u savremenoj nauci krivičnog prava i naše krivično zakonodavstvo*, Zlatibor/Beograd, str. 11–40.
- Stojanović Z. /2012./, Kaznena politika u Srbiji: Sukob zakonodavca i sudske prakse, *Kaznena reakcija u Srbiji, II deo*, ed. Crimen, Beograd, str. 1–17.
- Stojanović Z. /2012/: *Komentar Krivičnog zakonika*, četvrto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd.
- Stojanović Z. /2012/: *Krivično pravo – opšti deo*, devetnaesto izdanje, Beograd.
- Škulić M. /2011/: *Krivično procesno pravo*, Beograd.
- Škulić M. /2011/: *Maloletničko krivično pravo*, Beograd.
- . Krivični zakonik Republike Srbije (KZ), „Službeni glasnik Republike Srbije“, br. 85/2005 od 6. oktobra 2005. godine.
- . Zakon o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika, „Službeni glasnik Republike Srbije“ br. 72/2009, od 2. septembra 2009. godine.
- . Zakonik o krivičnom postupku (ZKP), „Službeni glasnik Republike Srbije“, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013 i 45/2013.
- . Zakonik o krivičnom postupku, „Službeni list SRJ“, br. 70/2001 i 68/2002 i „Službeni glasnik Republike Srbije“, br. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005 – dr. zakon, 49/2007, 20/2009 – dr. zakon, 72/2009 i 76/2010.
- . Zakon o maloletnim učinocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica (ZOMUKD), „Službeni glasnik Republike Srbije“, br. 85/2005 od 6. oktobra 2005. godine.

Olga Tešović

PhD student at the Faculty of Law in Belgrade
and judge in the Primary court in Požega

AN ACT OF MINOR SIGNIFICANCE AND THE PRINCIPLE OF OPPORTUNITY OF CRIMINAL PROSECUTION

SUMMARY

An act of minor significance as one of the grounds for excluding the existence of the offence is regulated by the Article 18 the Criminal Code of Serbia and in that way new Criminal Code continues the tradition of solving problems of petty crime through substantive provision which was previously the case with the institute of insignificant social endangerment. On the other hand, already since 2001, procedural provisions are established in our legal system the principle of opportunity of criminal prosecution whose application with subsequent amendments of the Criminal Procedure and, after that, the adoption of the new Code of Criminal Procedure increasingly more widespread. Above principle has been widely introduced in proceedings against juveniles.

Bearing into account the fact that along with the substantive institute that solves cases of petty crime in the legal system of our country is developed procedural mechanism in the form of a public prosecutor handling the principle of opportunity, which has the same purpose, the author raises the question of the necessity of coexistence of these two institutions. Did any of them redundant? Which of the following institutes are more successful in practical application and whether it needs further implementation of the other institute?

Key words: An act of minor significance – The principle of opportunity of criminal prosecution – Petty crime – Criminal law and procedure

IZ ISTORIJE KRIVIČNIH NAUKA

Članak profesora Tome Živanovića koji je objavljen pre više od jednog veka (1909) ponovo se objavljuje u ovom broju časopisa Crimen zato što u njemu autor prvi put zastupa svoju poznatu triparticiju. On je kasnije svoj tripartitni sistem dosledno sproveo u čitavom Krivičnom pravu, smatrajući da ga je opravdano primeniti i u nekim drugim naukama. Sam Živanović više puta je ukazivao na značaj ovog svog rada ističući da je u njemu prvi put postavio svoj tripartitni (trodeobni) sistem izdvajajući, pored krivičnog dela i kazne, krivca kao treći osnovni i samostalni krivičnopravni pojam (vid. npr. njegovu knjigu *Osnovni problemi krivičnog prava*, Beograd, 1930, str. 1 i 10). Bez obzira što triparticija više nema svoje pristalice, ona je svojevremeno predstavljala originalan pristup sistemu Opšteg dela krivičnog prava i kao takva zaslužuje da joj se i danas pokloni određena pažnja. Iako ona danas nije prihvaćena i rasprava o njoj kao i o objektivnom pojmu krivičnog dela (kao logične konsekvence usvajanja triparticije) nije aktuelna, ona je postala značajna tekovina istorije srpske krivičnopravne misli. Zato Redakcija smatra da je korisno da našoj naučnoj i stručnoj javnosti omogući da na ovaj način lakše dođe do teksta Živanovićeve rasprave u kojoj su udareni temelji sistemu koji je on kasnije u svim svojim radovima dosledno sproveo i razvio.

Redakcija

О СУБЈЕКТИВНОМ („МОРАЛНОМ“) ЕЛЕМЕНТУ У ПОЈМУ КРИВИЧНОГ ДЕЛА *

Пошто произвођење извесне последице нема важности за Кривично Право, ако се ником не може приписати у виност, изгледа, да се виност мора сматрати као један елеменат крив. дела. изгледа дакле, да појам крив. дела мора садржавати поред *објективних* и *субјективних* елементе. и заиста, ово је општа теорија о крив. делу.

Субјективни моменти су психички односи извршиоца крив. дела 1° са његовом радњом и 2° са последицом ове радње. Општа теорија их није издвојила тако, да обоје сачињавају засебне елементе, елементе *субјективних* на супрот елементима *објективних*. Напротив она сматра други однос као један елеменат *кривичног дела*, а први као један елеменат *радње*, дакле једног *елемента* крив. дела. Она поступа на тај начин *несистемајски*.

Психолошки однос извршиоца крив. дела са последицом његове радње сачињава т.зв. *виносћ* („*culpabilité*“ „*Schuld*“). Ова се сматра као *субјективни* („морални“) елеменат („*subjektiver Tatbestand*“, „*élément moral*“) крив. дела. Дело извршиоцево ма да кажњиво *in abstracto*, је према томе индиферентно за Крив. Право, ако нема виности. Немачки писци то тврде изрично и увек.¹ Према *v. Liszt*-у н. пр. кривично дело је „*die mit Strafe bedrohte, schuldhafte, rechtswidrige Handlung*“. То је мишљење и француских писаца,²

* Архив за правне и друштвене науке, књига осма, 1909; стр. 376-384. Иста расправа објављена је и на француском језику [„*De l'élément subjectif („moral“) dans la notion du délit*“] у *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 1909. стр. 257.

- 1 *Temme*, Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts (1855), § 35; *Schütze*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 2. изд. (1874), § 30, стр. 87; *Hälschner*, Das gemeine deutsche Strafrecht, књ. I (1881), § 76; *Loening*, Grundriss zu Vorlesungen über deutsches Strafrecht (1885), § 16; *Merkel*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts (1889), § 8; *Janka*, Das österreichische Strafrecht, изд. 3. (1894), § 26; *Finger*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, књ. I (1904), § 22, стр. 114; *Birkmeyer*, Das Strafrecht (Enzyklopedie der Rechtswissenschaften, изд. 2), 1904, стр. 1038, § 6; *Olshausen*, Kommentar zum Strafgesetzbuch des deutschen Reiches, изд. 7, I (1905), 4 Abschn, n. 2 и 5; *Beling*, Grundzüge des Strafrechts (1905), § 6. 2. I, и Die Lehre vom Verbrechen (1906), стр. 7; *Thomsen*, Das deutsche Strafrecht, књ. I (1906), § 20 1; *Binding*, Grundriss des deutschen Strafrechts, изд. 7 (1907), § 1. VI; *Meyer-Allfeld*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, изд. 6. (1907), § 20. 5; *v. Liszt*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 16 и 17 изд. (1908), § 26. I. 2; *Frank*, Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, изд. 5-7 (1908), стр. 10. I; *Stooss*, Lehrbuch des österreichischen Strafrechts (1908), стр. 69.
- 2 *Rossi-Hélie*, Traité de Droit pénal, 2. изд, књ. I (1855), стр. 249; *Lainé*, Traité élémentaire de Droit criminel, књ. I (1879), n. 94 и 124; *Tissot*, Le Droit pénal, 2. изд, књ. I (1879), стр. 11; *Haus*, Principes généraux du Droit pénal belge, 3. изд, књ. I (1879), n. 280; *Ortolan-Dejardin*, Eléments du Droit pénal, изд. 5, књ. I (1886), n. 218 и 219; *Chauveau et Hélie-Villey*, Théorie du Code pénal, изд. 6, књ. I (1887), n. 20, 347 и 364; *Blanche*, Études pratiques sur le Code pénal, изд. 2, књ. I (1888), n. 4; *Villey*, Précis d'un Cours de Droit criminel, изд. 5, књ. I (1891), стр. 87; *Molinier-Vidal*, Traité théorique et pratique de Droit pénal, књ. II (1894), стр. 33; *Boitard-Mesnard*, Leçons de Droit criminel, изд. 2 (1898), n. 56; *Garraud*, Traité de Droit pénal français, изд. 2. (1898),

али, као што ће се видети, они се противрече у теорији о саучешћу. „Пошто су вели *Garraud* (Précis, loc. cit.), две ствари потребне за постојање крив. дела: *чињење* или *нечињење* предвиђено и кажњиво по закону, *виносћ* извршиоца, коме се они имају приписати, разумљиво је, да се битни елементи крив. дела налазе и у кажњивој радњи и у личности онога, који ју је извршио“... Руски³ и италијански⁴ писци сматрају виност такође као један елемент крив. дела.

Психички однос извршиоца са његовом радњом састоји се у *хоћењу* („*Wollen*“, „*volition*“) ове радње. Нема радње према општој теорији, ако телесни покрет (или пропуштање таквог покрета) није *хоћен* или *проузрокован вољом*.⁵ Овај елемент радње је изрично наглашен од немачких писаца. „Радња је, вели *v. Liszt* (op. cit, § 28), хотично проузроковање једне промене у спољњем свету“. Што се тиче француских писаца, *Garraud* је обратио пажњу на овај елемент радње. „Према позитивном Крив. Праву, вели он (Précis, n. 114), кривично се одговара само за последице *вољне* радње...“.

Ова општа теорија је погрешна. Кривично дело треба да се схвати *чистио објективно*. Све што је субјективне природе, треба да се избаци из његовог појма. Потпуно је дакле без значаја за појам крив. дела, да ли је радња хотења и проузрокована вољом извршиоцем, и да ли је овај вин и у опште кривично одговоран. Овако схватање је једино *логичко*. Оно је сем тога саобразно *вулгарном* појму крив. дела. Каже се н. пр., да је А... убио Б..., ма да је А... неурачунљив, т. ј. његово дело се ипак сматра као кривично дело.

Да би наука, противно логичком и вулгарном схватању могла унети субјективне моменте у појам крив. дела, требало би да потребе Крив. Права императивно то налажу. Ми ћемо доказати, да не само такве потребе не постоје, већ напротив да је општа теорија у опреци са позитивним Крив. Правом, и да она мора бити осуђена и с гледишта чисто теоријског.

I

Општа теорија о појму крив. дела је у супротности са позитивним правом пре свега у теорији о саучешћу.

De lege lata радње подстрекавања и помагања, или, према извесним законодавствима, само последња, не сматрају се као узроци последице, и према томе нису довољни за материјалну урачунљивост. Зато се захтева за кажњивост саучесника, да је дело виновниково *крив. дело*. Пошто пак ово не постоји према општој теорији, кад виновник није вин или у опште урачунљив, његови саучесници неће доследно моћи

књ. I, n. 20 и 227, и Précis de Droit criminel, изд. 9 (1907), бр. 64; *Prins*, Science pénale et Droit positif (1899), n. 193; *Garçon*, Code pénal annoté (1901-1906), art. 1, n. 67; *Vidal*, Cours de Droit criminel, изд. 3. (1906), n. 65.

3 В. *Тајаницеф*, Уголовное Право, изд. 2, књ. I (1902), бр. 94.

4 *V. Carrara*, Programma de Corso di Diritto criminale, изд. 6, књ. I (1886), § 431 („Il delitto si compone di due elementi-elemento *fisico* (moto del corpo, atti esterni) senza del quale la infrazione della legge non è possibile-elemento *morale* (disegno criminoso, interzione) senza di cui la materiale violazione del diritto è un accidentale infortunio“).

5 В. *Givanovitch*, Du principe de causalité efficiente et de son application en Droit pénal, књ. I (1908), стр. 14 и сл.

бити кажњени! Ево какав је абсурд резултат ове теорије. Очеvidно је према томе, да је она противна позитивном законодавству.

У место да траже узрок овог апсурда у свом појму крив. дела, и доследно да овај промене, немачки писци сматрају тај појам као једну непобитну догму, и покушали су, да избегну онај апсурдни резултат истога помоћу једне фикције, признате као бесмислене: помоћу т. зв. *прекидања узрочне везе*. Због једва битне разлике у мишљењима о законској теорији о узроку, конструисане су две теорије о овом тобожњем прекидању узрочне везе.

Писци, који сматрају као узрок последице само радњу извршења (*Ausführungshandlung, acte d' exécution*⁶) или још и подстрекавање,⁷ тврде, да је узрочни однос између ове радње и последице прекинут тиме што извршилац није вин. Због тога, кажу они, радње саучешћа мора тада да се сматрају као *узроци* последице, и према томе саучесници као *извршиоци*. То су т. зв. *извршиоци посредни, интелектуални или фиктивни*.

Према извесним писцима је напротив теорија о узрочној једнакости свих услова усвојена од немачког казненог законика.⁸ Да би пак објаснили, зашто се подстрекач и помагач ипак сматрају као прости *саучесници*, они тврде, да се узрочна веза између радња подстрекавања и помагања и последице прекида радњом извршења, када је извршилац *вин*.⁹ Према томе кад овај није вин, узрочни однос се одржава, и зато се тада подстрекач и помагач мора да сматрају као *посредни извршиоци* крив. дела.

Ови су писци конструисали, дакле, теорију о прекидању узрочне везе, да би објаснили, зашто се подстрекавање и помагање *не сматрају* као *узроци*. На против први су то учинили, да би објаснили, зашто се ове радње *мора да сматрају* као *узроци*, кад извршилац није вин. Али обоје имају у виду исти циљ: да докажу да подстрекач и помагач мора да буду кажњени, ма да извршилац није вин, т. ј. ма да његово дело није *кривично дело*.

Тобожње прекидање узрочне везе је по себи једна бесмислица, призната и од самих оних, који су га конструисали. И заиста како би се могло оправдати, да је једна *објективна* чињеница као узрочни однос прекинута одн. васпостављена једном *субјективном* чињеницом, као што су то одсуство виности или виност (2-га теорија о прекидању)?! Тиме се поставља једна фикција, која није допуштена у Крив. Праву, нарочито кад је у питању један од његових основних проблема. Најзад, она би се и могла трпети ради отклањања тешкоће, која се појављује, кад виновник није вин, ако би постојање ове тешкоће било неизбежно. Али, као што се је видело, она се не појављује, кад се крив. дело схвати објективно. Кажњивост саучесника је тада независна од виности извршиоца, јер дело овога је кривично дело, и кад он није вин.

Француски писци тврде за случај, кад виновник није вин, да се саучесници ипак мора да казне као *саучесници*. „Ко је год учествовао у једном делу, каже¹⁰ *Garraud*, квалификованом као злочин или преступ, на начин одређен законом, као виновник или као саучесник, навлачи казну прописану законом против онога, који би био извршилац крив. дела. Али пошто је виност индивидуална, и пошто је судија мора да испитује

6 В. нарочито *Birkmeyer, Die Lehre von der Teilnahme* (1890), § 68.

7 В. *Binding, Grundriss des deutschen Strafrechts*, § 67.

8 В. *v. Liszt*, *op. cit.*, § 2929. IV.

9 В. *v. Liszt*, *loc. cit.*

10 В. *op. cit.*, бр. 288. и *Traité du Droit pénal français*, 2. изд. (1898), књ. II, бр. 697.

in concreto за сваког суделовача, некажњивост једнога не може да користи другима, кад је њен узрок једна околност, која не одузима делу карактер *крив. дела*. Према томе кад злочин или преступ буде био извршен од више лица, једно ће моћи да буде кажњено, ма да друго не; и ако су од више суделовача једни *извршиоци*, а други *саучесници*, некажњивост првих неће спречити осуду других, и обрнуто“. Исто се тако изражавају и остали писци француски.¹¹

Као што се види, француски писци противрече свом појму кривичног дела, да би доказали, да се саучесници морају казнити као *саучесници*, и кад извршилац није вин. Виност је према њима један елемент крив. дела, па ипак тврде да у оном случају постоји *кривично дело* – услов¹² за кажњивост саучесника!

Општа теорија о крив. делу ће бити у противности са теоријом о саучешћу и *de lege ferenda*, ако се радње саучесника не сматрају као узроци последице, а они се ипак казне за последицу. Из тога излази, да ова општа теорија не би била у супротности са теоријом о саучешћу, ако би се саучесници казнили не за последицу, чији је узрок радња извршења, већ за њихове сопствене радње (теорија о *саучешћу као засебном крив. делу* *théorie de la comlicité-délict distinct* – предложена од *Nicoladoni*-а, на међународном конгресу за Крив. Право у *Linz*-у, за подстрекаче и помагаче,¹³ и од *Фојницика* за једну врсту помагача).¹⁴ Исто ће тако бити, ако се све радње суделовања сматрају као *узроци* и доследно (противно субјективној теорији *v. Buri*-а) сви суделовачи као извршиоци, у наслону на теорију о узрочној еквиваленцији свих услова, као што то чини *норвешки* казн. законик. Али се чак и у овим двама случајима објективни појам крив. дела мора претпостављати општем појму истога са гледишта чисто теоријског, јер се он прилагођава свима разним теоријама о узроку и саучешћу. На тај начин он је једини општи научни појам крив. дела, т. ј. независтан од разлика у појединостима.

II

*Кривично дело*¹⁵ је општи израз за *злочине*, *йресџује* и *исџује*. Иступи се одликују тиме, што се извршилац казни, и ако није вин, и ако је дакле он радио *bonna fide*. „Разгледајући прописе казн. законика, каже *Garraud* (*Précis*, n. 53), опажа се, да једна кривична дела имају виност за свој елемент: друга постају, и поред *bonna fides* виновникове, *йросџим исџујом* забранама или прописима законским“. Има такође крив. дела, која су по законској казни злочини или преступи, а по својој природи иступи, и за које је према томе виновник кажњив и поред своје *bonna fides* (т. зв. *исџујини* – *contraventionnels* – злочини и преступи).¹⁶

Поред иступа, где се виност у опште не захтева, има крив. дела, која су по својој природи и зак. казни, злочини и поред *bonna fides*. То су кривична дела позната у

11 *V. Garçon*, op. cit, n. 116; *Vidal*, op. cit, n. 413; *Laborde*, op. cit, n. 562, и т. д.

12 В. н. пр. *Garreaud*, *Précis*, бр. 276: „Il ne suffit pas d'avoir participé à une infraction quelconque pour être puni comme complice, il faut avoir participé à une infraction qualifiée crime ou délit“. Од немачких писаца в. *Birkmeyer*, op. cit, § 69.

13 *V. Bulletin de l' Union internat. de Dr. pénal*, 1895, стр. 306 с.с.

14 *Die strafrechtliche Doktrin der Teilnahme (Zeitschrift f. d. ges. Strafrechtswissenschaft)*, 1882, стр. 57 с. с.

15 Израз уобичајен у нас, али би било боље употребити једну реч, на име *злочин*, као што Немци кажу *werbrechen*, или Французи *délit*.

16 *V. Garreaud*, *Précis*, бр. 53. в.

немачкој књижевности под именом „*кривична дела квалифицирана својом последицом*“ („*Die durch den Erfolg qualifizierten Delikte*“). „Тежа казна се овде прописује, вели *v. Liszt (Lehrbuch, § 36. III. 3.)*, и ако у односу на тежу последицу не постоји ни умишљај ни нехат код виновника“. Таква су н. пр. крив. дела из §§ 160. и 177. нашег казн. зак, из чл. 309. ал. 2-4. француског и из §§ 118. и 178. немачког.

Као што се види, има кривичних дела, чији се извршилац казни, и ако није вин. Ово би пак било немогуће, кад се крив. дело схвати у смислу опште теорије. Постојање ових крив. дела је тако нов доказ њене погрешности.

III

Репресивна функција државна врши се, наравно, против *кривичне индивидуалности*, а не против *крив. дела*. Ово се узима у обзир, само у колико је оно спољна манифестација, и према томе критеријум интензитета индивидуалности. Ово важи за класичну криминалистичку школу исто тако као и за модерну, јер ми абстрахујемо разлику њихову односно схватања индивидуалности.

Али да би се онако могао да формулише предмет репресије, потребно је, да се кривично дело схвати *објективно*. Јер кад се одреди појам крив. дела у смислу опште теорије, из тога излази: да је кривично дело *своја сојсџивена манифестација* и да је оно *једини њредмеј репресије*. На име оно је тада своја сопствена манифестација, пошто његови објект. елементи („*Objektiver Tatbestand*“) манифестују његов субјект. елемент: индивидуалност, према томе њега самога. Оно је пак једини објект репресије, пошто стварни предмет исте јесте један од његових елемената: индивидуалност, према томе оно само.

Општа теорија је на тај начин погрешна и са гледишта стварног предмета репресивне функције државне.

IV

Кад се крив. дело схвати објективно, његова ће дефиниција гласити – ако се узме дефиниција *v. Liszt*-а – не као што он каже: крив. дело је „*die mit Strafe bedrohte schuldhafte rechtswidrige Handlung*“, већ: кривично дело је „*die mit Strafe bedrohte rechtswidrige Handlung*“. Што се субјективних момената тиче, они ће тада заузети своје право место у систему Крив. Права: они ће састављати *елементџе њојма кривца* (био овај схваћен у смислу класичне или модерне школе) а не *кривичној дела*.¹⁷ На тај начин биће трију *основних* проблема Крив. Права: *кривично дело, кривац и казна*, за чију примену су претпоставке два прва. То је у осталом једна стварна чињеница данашњег Крив. Права, и према томе се противречи овом стварном стању ствари, кад се каже, да су крив. дело и казна једини *основни* појмови Крив. Права (н. пр. *v. Liszt, Lehrbuch, § 1. I: „Verbrechen und Strafe sind demnach die beiden Grundbegriffe des Strafrechts“*) – противречност, чији је узрок погрешан појам крив. дела, и које је на тај начин један нов аргуменат против овог појма.

¹⁷ О т. зв. појму кривичног дела, названом „симптоматични појам(!)“ говорићемо у засебној расправи.

Наше схватање појма крив. дела је нарочито једино оправдано схватање, кад је у питању модерна криминалистичка наука. Ова школа не схвата индивидуалност кривичну *in abstracto*, већ је сматра као резултат разних околности, и на основу тога захтева, да се води рачун више о кривцу него о крив. делу или чак искључиво о првоне. Она раздваја на тај начин потпуно крив. дело и кривца. Овај није више једно апстрактно биће. Према томе противречи се основном принципу класичне, кад се тврди, да појам крив. дела обухвата субјект. моменте и, доследно, да има само два основна проблема Крив. Права.

Берлин.

Dr. Тома Живановић.

LJUPČO ARNAUDOVSKI,
ALEKSANDRA GRUEVSKA-DRAKULEVSKI,
Penologija (I–II)

Praven Fakultet „Justinian Prvi“, Skopje, 2013, 510 + 450 str.

Doajen kriminoloških nauka na neka-
dašnjim jugoslovenskim prostorima profesor
Ljupčo Arnaudovski već decenijama prou-
čava pitanja u vezi sa izvršenjem krivičnih
sankcija i do sada su kao plod tog angažo-
vanja, pored mnoštva referata na naučnim
skupovima, članaka i priloga u zbornicima,
nastale zapažene knjige: *Penologija* (Skopje,
1988), *Zatvoreničko opšestvo* (koautorski rad
sa kolegincicom Čačevom, Skopje, 2000) i
Zakon za izvršavanje na sankcije (kaoutor-
ski rad sa kolegincicom Gruevskom, Skopje,
2011). Kao neka vrsta krune bavljenja nave-
denom materijom, nedavno je, opet u sarad-
nji sa docentom Gruevskom izašlo dvotomo
kapitalno delo *Penologija* u kome se na skoro
hiljadu stranica izlaže materija penologije
u širem smislu: u prvom se obrađuju opšta
pitanja nauke o izvršenju krivičnih sankcija,
dok se u drugom izlaže o izvršnom kazne-
nom pravu Republike Makedonije.

Prvi deo započinje opštim izlaganjem
koji nosi naziv Mesto i uloga penologije kao
nauke i prakse u savremenoj državi i sadr-
ži objašnjenje značaja kazne i kažnjavanja u
našem vremenu, kao i pogled na penologiju
kao „nauku o primeni prinude koje društvo
odobrava“. Na ova izlaganja naslanja se deo
pod nazivom Uvod u penologiju. Tu se prvo
autori bave ukazivanjem na potrebu izučava-
nja penologije kao nauke i njenim značajem
za društvo. Oni prihvataju u novijoj literaturi
rašireno shvatanje po kome je penologija nau-
čna disciplina iz grupe kriminoloških nau-
ka koja proučava krivične sankcije i njihovo
izvršenje. Krivične sankcije, predstavljaju
„prinudna sredstva za suzbijanje kriminalne

aktivnosti koja na osnovu krivičnog zakona
primenjuje krivični sud u krivičnom postup-
ku učinocima krivičnih dela“ (str. 35). Unu-
trašnja diferencijacija krivičnopravnih nauka
i konstituisanje penologije kao samostalne nau-
čne discipline je druga celina o kojoj se ovde
izlaže, a osnovne teorije o kazni i kažnjavanju
(apsolutne, relativne i mešovite) treća.

Glava I Pojam i predmet penologije tre-
tira pitanja razvoja shvatanja o pojmu peno-
logije, određivanje njenog predmeta (određu-
je se u širem smislu, „ne samo kao izučavanje
sistema sankcija i njihovog izvršenja, nego i
ukupnih pravnih, krivičnopravnih, socijalnih
i političkih odnosa koji nastaju u vezi sa prim-
enom represije od strane države povodom
izvršenog krivičnog dela“ – str. 84) i odnosom
penologije sa drugim naukama koje se zani-
maju za kriminalitet. U Glavi II izlaže se o
metodima u penologiji. Autori ih dele na: me-
tode za izučavanje ličnosti prestupnika; one
koji proučavaju pojedinačan slučaj; klinički
metod; metode za ispitivanje osuđeničke po-
pulacije (posmatranje, eksperiment, upoređi-
vanje, anketa, intervju i merenje); i statističke
metode i postupke.

Sledeća, Glava III nosi naziv Istorijski
razvoj i oblici društvene reakcije na krimina-
litet i penološka misao. U izlaganju je vreme
posle nastanka države podeljeno na slede-
će faze kaznene reakcije: period stradanja i
zastrašivanja; humanistički period; period
individualizacije kazne (antropološko-po-
zitivistička, sociološka škola, neoklasična)
i savremena penološka misao koju karakte-
riše polazni stav da je resocijalizacija svrha
kažnjavanja.

Glava IV posvećena je nastanku kazne zatvora kao krivične sankcije, Glava V raznim modelima penitencijarnih sistema (ćeljski i progresivni), a Glava VI problemima izvršenja kazne zatvora u savremenoj penologiji. Tu se izlažu njene osnovne karakteristike, kritike ali i pozitivne strane. Kao njene prednosti se ističu: mogućnost javljanja u mnoštvu modaliteta, što omogućava njenu čestu primenu; ova kazna stvara široke mogućnosti za tretman osuđenih lica, za organizovanje njihove egzistencije u skladu sa uslovima života na slobodi; pruža mogućnosti za disciplinovanje ljudi; ona je jedina zamena za smrtnu kaznu; njena priroda je takva da se može humanizovati i liberalizovati. Najzad, kazna zatvora sama za sebe nije kriminogeni faktor, ali to može postati u zavisnosti od uslova i načina njenog izvršenja. Izlaganje u ovoj Glavi obogaćeno je prikazom statističkih podataka koji se odnose na Republiku Makedoniju. Oni pokazuju da kazne zatvora u periodu 2007-2011. čine 55% od ukupnog broja izrečenih krivičnih sankcija. Među njima dominiraju kazne do jedne godine (65% – od toga 38% su kraće od šest meseci), a ako im se dodaju kazne do dve godine, proizlazi da se u 85% slučajeva ova sankcija izriče na period kraći od 48 meseci. Kazne duže od 10 godina čine 0,8% od ukupnog broja (od toga kazni doživotnog zatvora bilo je u navedenom periodu ukupno 14 ili 0,1%).

Metodi i oblici tretmana u izvršenju krivičnih sankcija i resocijalizacija naslov je Glave VII. Tu se prvo određuje pojam tretmana (autori se opredeljuju za užu odredbu da ovde spadaju „samo oni metodi, mere, sredstva i načini postupanja sa osuđenim licem tokom i posle izvršenja krivične sankcije, koji su usmereni na njegovu resocijalizaciju“ – str. 309). Sve ovakve postupke oni dele na metode individualnog i grupnog tretmana i metode korekcije. Oblici tretmana osuđenih lica dele se na opšte (radna terapija; moralno-pedagoški uticaj; organizovanje slobodnog vremena; osuđenička samouprava; grupna psihoterapija i savetovanje; i nagrađivanje i kažnjavanje) i posebne (tu spadaju tretmani: osuđenih na kratke kazne zatvora;

maloletnika; i postpenalni). Najzad, posebno se izlaže o efikasnosti resocijalizacije i tretmana osuđenih lica i ukazuje na naučne i praktične probleme utvrđivanja delotvornosti ovih zahvata.

Glave VIII i IX bave se formalnim i neformalnim sistemom u kaznenim ustanovama. U prvoj se ukazuje na normativni sistem, režim u penitencijarnim ustanovama, njihovu kategorizaciju, personal i arhitekturu. U sledećoj Glavi pažnja se posvećuje osuđeničkoj zajednici, njenim bitnim karakteristikama i odnosu sa formalnim sistemom. U tom sklopu, autori se posebno fokusiraju na posledice zatvaranja (deprivacije), načine prilagođavanja prestupnika, njihove stavove i konflikte.

Poslednja Glava u Prvom delu posvećena je kratkom istorijatu izvršenja krivičnih sankcija u Makedoniji. Ona predstavlja dobar uvod u Deo drugi koji nosi naziv Izvršno kazneno pravo u Republici Makedoniji. U njemu se daje naučni i praktični komentar Zakona o izvršenju sankcija (ZIS) koji je donet 2006, a noveliran 2010. Njegova sistematika je dosta slična većini zakona koji su doneti na nekadašnjem južnoslovenskom prostoru, ali ima i crte originalnosti jer na primer sadrži posebnu Glavu XVIII „Izvršenje alternativnih mera“ gde se svrstavaju uslovna osuda, uslovna osuda sa zaštitnim nadzorom, uslovni prekid krivičnog postupka, opštekoristan rad, sudska opomena i kućno zatvaranje. Odredbe Zakona i podzakonskih akata su detaljno analizirane, a naročito njihova saglasnost sa međunarodnim izvorima krivičnog izvršnog prava.

Ono što je za nas od posebnog značaja je da je ZIS jedinstven kodeks u kome su sadržane sve zakonske odredbe iz ove materije. U Makedoniji je i materija izvršenja krivičnih sankcija prema maloletnicima ostala u jedinstvenom zakonu iako ta Republika ima poseban Zakon o maloletničkoj pravdi. Takođe, ne postoji bilo kakav poseban zakon o izvršenju kazne zatvora za dela organizovanog ili kog drugog tipa kriminaliteta. Makedonija nema takav zakon iako je u toj Republici poslednjih decenija bilo više

dogadaja koji bi dali povoda za reagovanje usvajanjem „paničnog zakonodavstva“. Podsetimo, terorističkim aktom pokušano je ubistvo Predsednika Republike, izvršena je oružana pobuna, a po težini organizovanih oblika kriminaliteta ona ne predstavlja izuzetak u odnosu na države u okruženju. ZIS takođe reguliše i izvršenje krivičnih sankcija izrečenih pravnim licima. Makedonsko zakonodavstvo se, sa punim pravom, opredelilo za jedinstven zakon o izvršenje krivičnih sankcija i to rešenje je mnogo racionalnije od onog kome su pribegli naši zakonopisci koji ne samo da prepisuju rešenje iz jedne zapadne republike bivše Jugoslavije (čije zakonske tekstove ne treba prevoditi), nego nam i takva rešenja predstavljaju kao jedino moguća.

Vratimo se sada na završnu ocenu dela čiju sadržinu smo ovde ukratko prikazali. Bez preterivanja se može reći da se radi o kapitalnom radu čija vrednost prevazilazi granice zemlje u kojoj je nastalo. U njemu

se vidi redak spoj teorijskog promišljanja sa izvanrednim osećajem za praktično. Teško je naći bilo koje pitanje koje se odnosi na kazneni sistem i izvršenje sankcija koje nije obrađeno. Pri tome, autori su koristili obimnu literaturu na više stranih jezika čiji popis je impresivan. Da su ostali samo na tome, radilo bi se o izuzetnom delu. Ali, oni su učinili dodatni napor i u drugoj knjizi dali kritički prikaz nacionalnog krivičnog izvršnog zakonodavstva koji su započeli u komentaru ZIS koji su objavljenom 2011. Tako su praktičarima i svima koji se interesuju za ovu oblast, a ne samo studentima Pravnog fakulteta koji je Penologiju (I-II) objavio, dali pouzdani vodič kroz ovu materiju koja ni u njihovoj Republici, kao uostalom ni u ostalim bivšim socijalističkim državama, još nije izborila status koji zaslužuje.

Prof. dr Đorđe Ignjatović
Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu

ZORAN STOJANOVIĆ,
Krivično pravo – opšti deo, dvadeseto izdanje

Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu
Beograd, 2013, str. 423

Krajem septembra 2013. god. iz štampe je, u izdanju Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu i Pravne knjige, izašlo jubilarno 20. izdanje udžbenika *Krivično pravo Opšti deo* našeg istaknutog stručnjaka prof. dr Zorana Stojanovića. Od trenutka objavljivanja prvog izdanja udžbenika izvršene su brojne izmene krivičnog zakonodavstva. Knjiga koja je pisana konciznim, jasnim i lepim stilom i koja je postala neizostavni udžbenik na mnogim pravnim fakultetima u zemlji uvek je pratila te izmene, pa je tako i ovo izdanje usklađeno sa poslednjim izmenama Krivičnog zakonika koje se odnose na Opšti deo („Službeni glasnik RS, br. 121/12 od 24. decembra 2012. god).

Dvadeseto izdanje nije promenilo raniju sistematiku udžbenika. Autor se dosta dosledno drži svoje jasne i jednostavne, ali čvrste teorijske koncepcije, kao i svojih jasnih stavova. Udžbenik detaljno i jednostavno obrađuje pojedine krivičnopravne institute, kako didaktički tako i naučno. Osnovna odlika ove knjige je ta što je prilagođen, kako studentima koji tek stižu početna znanja iz materije krivičnog prava, tako i studentima poslediplomskih studija. Autor takođe koristi u izvesnoj meri i kritički pristup prilikom objašnjenja definicija pojedinih krivičnopravnih pojmova. Prof. Stojanović u knjizi posebnu pažnju poklanja i onom što se smatra tradicionalnim, ali izlaže i savremene stavove uz osvrt na noviju domaću i stranu literaturu.

Knjiga se sastoji iz tri velike celine. Prvi deo knjige podeljen je na tri osnovna poglavlja

u kojima se čitaocu na početku pruža uvid u materiju krivičnog prava. Naime, autor na početku naročitu pažnju posvećuje pojmu krivičnog prava, krivičnom zakonodavstvu kao i mestu krivičnog prava u pravnom sistemu. Takođe, na ovom mestu obrađuje se i odnos krivičnog prava i morala, međunarodno krivično pravo i međunarodni krivični sud, kao i osnovna načela krivičnog prava (načelo legaliteta, legitimnosti, načelo krivice, humanosti i pravednosti i srazmernosti). Autor pruža poseban osvrt na pojavu i razvoj krivičnog prava, izvore krivičnog prava, kao i na pojam, vrste i metode tumačenja u krivičnom pravu. Posebna pažnja posvećena je i nauci krivičnog prava i njenom odnosu sa drugim naukama, počev od njenog nastanka, preko pojedinih škola, sve do mogućeg razvoja krivičnog prava u budućnosti. U prvom delu knjige autor objašnjava i pojam krivičnopravne zaštite, tj. krivično pravo u materijalnom smislu, sa posebnim osvrtom na legitimnost krivičnog prava i granice krivičnopravne zaštite. Posebno se obrađuje i vremensko i prostorno važenje krivičnog zakonodavstva.

Predmet drugog dela knjige je krivično delo. Na početku ovog dela knjige, prof. Stojanović objašnjava pojam krivičnog dela, određujući opšti pojam krivičnog dela, kao i međusobni odnos pojedinih elemenata opšteg pojma krivičnog dela. Kao i u ranijim izdanjima, autor se dosledno drži svoje jasne naučne koncepcije, prikazujući sve pojedine elemente opšteg pojma krivičnog dela. Detaljno se obrađuju pojam, funkcija i vrste radnje krivičnog dela. Pored toga,

autor objašnjava i predviđenost u zakonu kao opšti element krivičnog dela, gde se detaljno prikazuje biće i elementi bića krivičnog dela, radnja izvršenja, posledica i uzročna veza (uzročnost). Autor naročitu pažnju posvećuje uslovima kažnjivosti, tj. objektivnim uslovima inkriminacije i ličnim osnovima isključenja kažnjivosti, kao i subjektu i objektu krivičnog dela. Naravno, autor kao i u ranijim izdanjima, obrađuje i društvenu opasnost kao materijalnu stranu predviđenosti u zakonu, gde ukazuje na njenu funkciju, odnos sa zaštitnim objektom i njeno mesto u materiji krivičnog prava. Dalje se obrađuje protivpravnost kao treći opšti element krivičnog dela, uz detaljan prikaz osnova isključenja protivpravnosti (delo malog značaja, nužna odbrana, krajnja nužda i osnovi isključenja protivpravnosti koji nisu predviđeni krivičnim zakonom). Autor posebno razmatra i institut krivice, kao četvrtog opšteg elementa krivičnog dela, dajući detaljan prikaz teorija krivice, oblika (stepena) krivice, kao i osnova isključenja krivice, kao i posebne slučajeve odgovornosti u krivičnom pravu (*actiones liberae in causa*, odgovornost za krivična dela kvalifikovana težom posledicom i dr.). Kao posebna novina u našem krivičnom zakonodavstvu obrađena je i odgovornost pravnog lica za krivična dela. U nastavku drugog dela knjige, prof. Stojanović prikazuje oblike i način ostvarivanja krivičnog dela (pripreme radnje i pokušaj, vreme i mesto izvršenja krivičnog dela, kao i deobu krivičnih dela). Na samom kraju drugog dela knjige, autor detaljno obrađuje pojam i vrste sticaja krivičnih dela kao i ostvarenje krivičnog dela od strane više učinilaca (saučesništvo).

Predmet trećeg dela knjige prof. Stojanovića su krivične sankcije. Na početku se pažnja posvećuje opštem pojmu krivičnih sankcija, kao i vrsti krivičnih sankcija. Autor u nastavku objašnjava pojedinačno svaku vrstu krivičnih sankcija, pružajući prikaz pojedinih vrsta krivičnih sankcija. Detaljno su prikazane kazne (kazna zatvora, novčana kazna, rad u javnom interesu i oduzimanje vozačke dozvole) kao i pitanja koja se tiču odmeravanja kazne (pojam i vrste, olakšavajuće

i otežavajuće okolnosti, ublažavanje kazne i oslobođenje od kazne, povrat, odmeravanje kazne za krivična dela učinjena u sticaju, odmeravanje kazne osuđenom licu i računanje pritvora i ranije kazne). Autor dalje prikazuje mere upozorenja (uslovnu osudu i sudsku opomenu), mere bezbednosti, ali i posebnu krivičnopravnu meru oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim delom. U nastavku se obrađuju pravne posledice osude i to nastupanje, vrste i njihov početak i trajanje. Posebna pažnja posvećena je i rehabilitaciji i davanju podataka iz kaznene evidencije, a naročito pojmu i dometima rehabilitacije. Dalje sledi prikaz amnestije i pomilovanja, kao i pojam zastarelosti krivičnog gonjenja i zastarelosti izvršenja krivičnih sankcija. Na samom kraju trećeg dela udžbenika, prof. Stojanović obrađuje krivične sankcije prema maloletnicima, u okviru koga se prikazuje krivičnopravni status maloletnih učinilaca i sankcije za maloletnike u našem krivičnom pravu (vaspitne mere, maloletnički zatvor i uslovni otpust maloletnih učinilaca). Izvesna pažnja posvećena je i primeni vaspitnih mera na punoletna lica koja su izvršila krivično delo kao maloletnici i primeni vaspitnih mera na mlađe punoletne učinioce krivičnih dela. Na samom kraju autor daje spisak literature i registar pojmova radi lakšeg pronalaženja pojedinih pojmova u knjizi.

Osim toga 20. izdanje je u značajnoj meri dopunjeno novim tekstom, pošto su mnoga pitanja, uz uzimanje u obzir aktuelne domaće i strane literature, detaljnije obrađena, kako bi se omogućilo da se i oni koji već u dobroj meri vladaju materijom krivičnog prava upoznaju sa najnovijim rezultatima savremene krivičnopravne misli. Kod izvesnog broja pitanja došlo je radi lakše preglednosti do podele materije na nekoliko manjih celina (uzročna veza, umišljaj, produženo krivično delo i sl), dok su druga pitanja obogaćena eksplikativnim fusnotama kao i dodatnim tekstom kojim se dalje približava određeni aspekt odnosne materije. Tako je, nasuprot u nemačkoj doktrini vladajućem stavu o trostepenoj strukturi krivičnog dela koje obuhvata zakonska obeležja dela, protivpravnost i krivicu, dodatnim

argumentima opravdan stav da radnju i dalje treba zadržati u sistemu krivičnog dela kao prvi element, jer ona „postoji pre i nezavisno od elementa predviđenosti u zakonu“. Prenosnije radnje u predviđenost u zakonu svelo bi je samo na jedno od bitnih obeležja bića krivičnog dela, usled čega bi radnja izgubila svoju opštost. U okviru instituta nužne odbrane autor skeptično gleda na sve prisutnije nastojanje, izraženo pre svega u stranoj literaturi, kao i delu naše sudske prakse, da se nužnoj odbrani iz socijalnih i etičkih obzira postave dodatne granice, izražavajući stav da „osim tradicionalnog slučaja velike nesrazmere između napadačevog dobra i dobra napadnutog, tumačenje uslova da je odbrana bila neophodno potrebna ne može se širiti i na neka druga ograničenja a da se ne pređu zakonski okviri koje KZ postavlja kod nužne odbrane“. Dodatno je pojašnjena i argumentacija za jednak krivičnopravni značaj stvarne zablude o biću krivičnog dela i stvarne zablude o razlozima isključenja protivpravnosti. Poznato je da naš KZ jednako tretira ove dve vrste zablude, iako postoje određeni problemi na planu opravdanja za takvo dejstvo stvarne zablude o okolnostima koje delo čine dozvoljenim, jer učinilac u tom slučaju ima umišljaj u odnosu na obeležja bića krivičnog dela. Iako ova vrsta zablude ima izvesne sličnosti sa pravnom zabludom, autor zaključuje da je ona „ipak bliža stvarnoj zabludi zato što su predmet zablude činjenice, a ne pravo“, dalje objašnjavajući ovu problematiku u nemačkoj teoriji, koja je razvila niz učenja o krivičnopravnom dejstvu zablude o razlozima isključenja protivpravnosti, s obzirom na činjenicu da nemački KZ ne reguliše ovu vrstu na način kako je to učinjeno u našem krivičnom pravu. Bliže su objašnjene i okolnosti koje onemogućavaju ili otežavaju izvršenje krivičnog dela u kontekstu instituta dobrog odustanka, kao što je dopunjeno i izlaganje kod odgovornosti za krivična dela kvalifikovana težom posledicom. Pored još dodatnih napomena i dopune pojedinih pitanja, koje pažljivom čitaocu koji je upoznat sa ranijim izdanjima, neće promaći, posebno se izdvaja proširen komentar materije koja

se odnosi na situacije posrednog izvršilaštva. Iako KZ ne reguliše ovaj institut postoje slučajevi koji bi bili prihvatljivi i za naše krivično pravo i koji bi se mogli podvesti pod ovu pravnu figuru. U odnosu na slučaj kada učinilac ostvaruje obeležja bića krivičnog dela posredstvom drugog lica primenom neodoljive sile, autor menja dosadašnji stav da je reč o situaciji posrednog izvršilaštva, priklanjajući se, uz bogatu i ubedljivu argumentaciju, u međuvremenu vladajućem stavu da „u tom slučaju radnju izvršenja preduzima u stvari lice koje primenjuje apsolutnu silu, tako da bi ga ipak trebalo smatrati neposrednim, a ne posrednim izvršiocom“. Ipak, pored svih teorijskih proširenja osnovnog teksta, upadljiva je jedna razlika na planu sistematike u odnosu na ranija izdanja udžbenika, koje su posledica još ranije zauzete stava autora da se problematika posledice i uzročne veze ne razmatra na nivou radnje kao nosećeg elementa u pojmu krivičnog dela, već u okviru bića krivičnog dela, gde nesporno pripadaju. Takođe, značajno je prošireno i razmatranje krivičnih dela nečinjenja, koja su i pored istaknute ograde samog autora da im tu nije u potpunosti prirodno mesto (kada je reč o nepravim krivičnim delima nečinjenja), preseljena u biće krivičnog dela. Dok prava krivična dela nečinjenja, koja podrazumevaju kršenje krivičnopravne zapovesti da se preduzme određena aktivna radnja, i koja može učiniti načelno svako ko se nađe u situaciji koju obuhvata biće krivičnog dela, ne stvaraju neke posebne probleme, nepravna krivična dela nečinjenja, i pored zakonske odredbe (čl. 15 st. 2 KZ) koja predviđa osnov njihovog postojanja, brojnim spornim pitanjima otvaraju jedno od najsloženijih područja na planu krivičnopravne dogmatike. Posebno je dopunjena materija koja se tiče osnova koji uspostavljaju poziciju garanta, jer je pored tradicionalnog, formalnog pristupa, kome je data izvesna prednost, pažnja poklonjena i tzv. funkcionalnom pristupu, novijem učenju koje polazi „od funkcije koju treba da obavi lice koje ima položaj garanta“ i koji „bi mogao značajno da doprinese konkretizaciji garantne obaveze i njene sadržine u konkretnom slučaju“.

Udžbenik je u potpunosti zadovoljio sva očekivanja od pravnog pisca koji je autor ili koautor 12 knjiga (devet u zemlji i tri u inostranstvu) od čega 5 monografija, 3 komentara u više izdanja, 3 udžbenika u više izdanja i 1 priručnika, kao i preko 200 članaka, referata i saopštenja na naučnim i stručnim skupovima u zemlji i inostranstvu, uključujući i učešće u naučno-istraživačkim projektima. Napomenućemo i da se autor u navedenim radovima, osim temama iz oblasti krivičnog prava (opšti i posebni deo), bavio i pitanjima iz oblasti kriminalne politike, reforme krivičnog zakonodavstva, uporednog i međunarodnog krivičnog prava, kao i pitanjima iz oblasti filozofije i sociologije i istorije krivičnog prava. Pored toga prof. Stojanović je učestvovao i na velikom broju međunarodnih kongresa sa referatima i kao predsedavajući, a bio je i predavač na brojnim seminarima i okruglim stolovima u funkciji edukacije u pravosuđu u Republici Srbiji i Republici Crnoj Gori. Sve to nam govori da je pred nama knjiga autora nesumnjivo velikog stručnog i naučnog kredibiliteta.

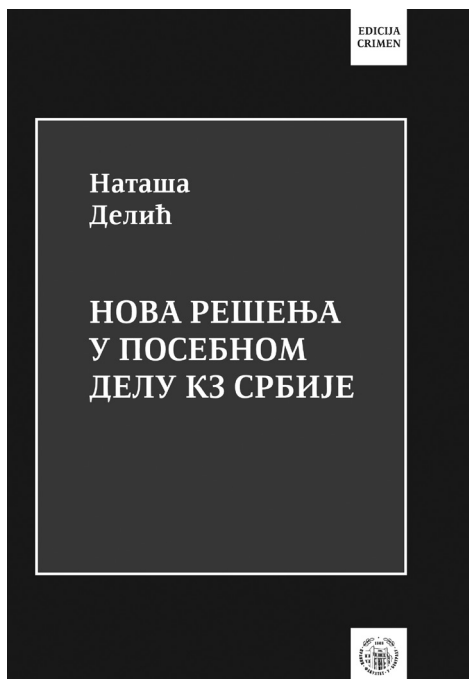
Ovo delo prof. Stojanovića je izuzetno značajno za proučavanje krivičnog materijalnog

prava. Knjiga ne samo da postiže svoju osnovnu namenu, da studentima pruži jasan putokaz kroz materiju krivičnog prava, već jedinstvenim naučnim pristupom obrađuje pojedina teorijska pitanja važna za razvoj nauke krivičnog prava. Udžbenik je, osim studentima redovnih studija, koristan i studentima master i doktorskih studija. Knjiga detaljno prikazuje celokupan sistem opšteg dela krivičnog prava uz jedinstven i jednostavan teorijski koncept.

Knjigu karakteriše veoma jasan stil i jezik, koji su vešto odmereni i pristupačni, kako dugogodišnjim praktičarima i teoretičarima u ovoj pravnoj oblasti, tako i čitaocu koji tek ulazi u materiju krivičnog prava. Na kraju se može slobodno zaključiti da je pred nama još jedno izuzetno delo prof. Zorana Stojanovića koje je neizostavno u svakoj ozbiljnoj krivičnopravnoj bibliografiji stručne i naučne javnosti.

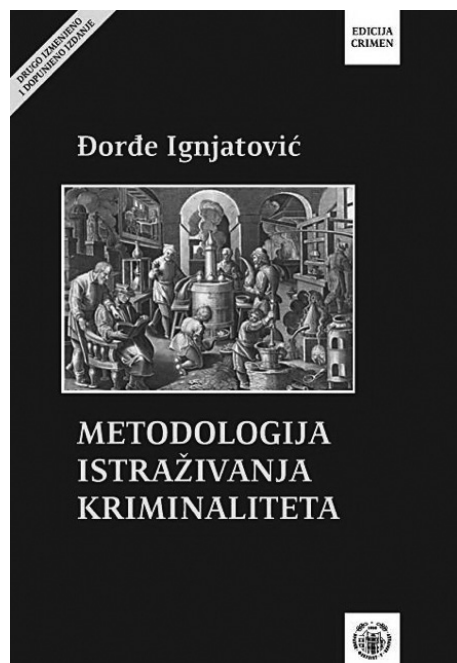
mr Nenad Stanković
Viši sudijski saradnik,
Osnovni sud u Paraćinu

NOVO U EDICIJI *CRIMEN*

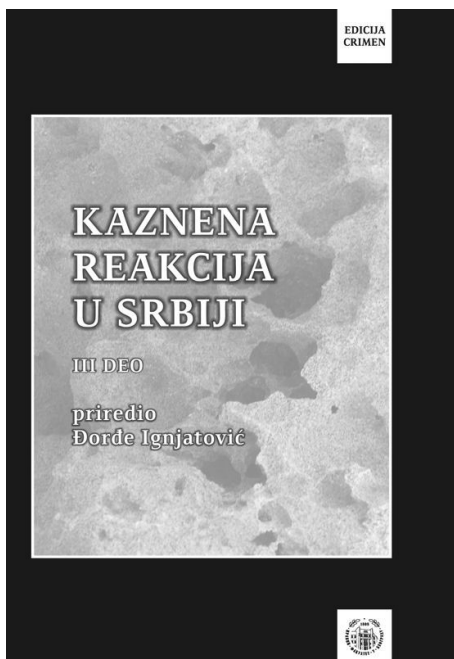


Edicija CRIMEN • Knjiga 26

Edicija CRIMEN • Knjiga 06
(2. izmenjeno i dopunjeno izdanje)

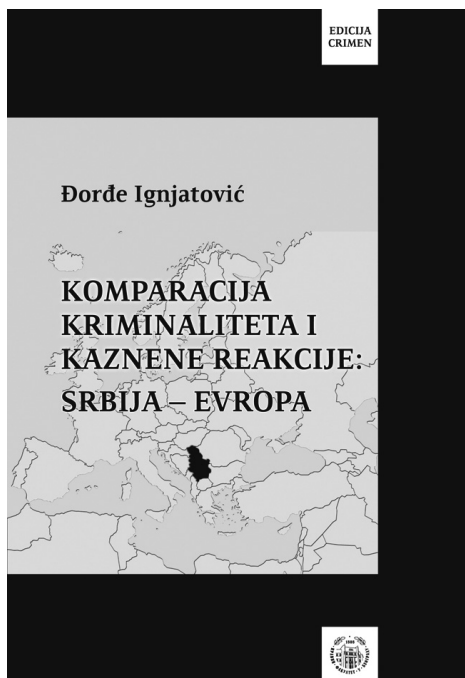


EDICIJA *CRIMEN*

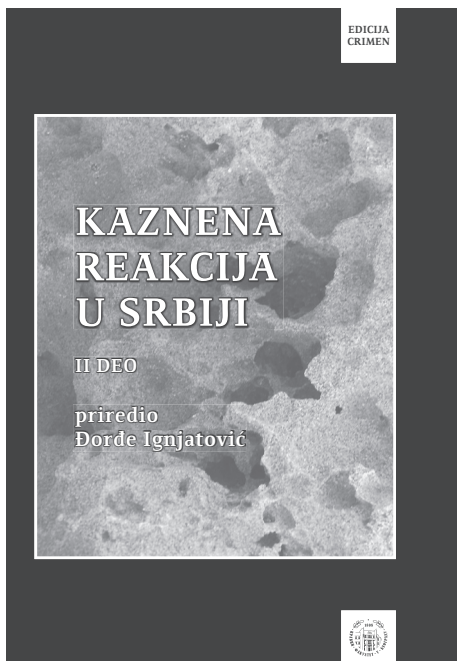


Edicija CRIMEN • Knjiga 25

Edicija CRIMEN • Knjiga 24

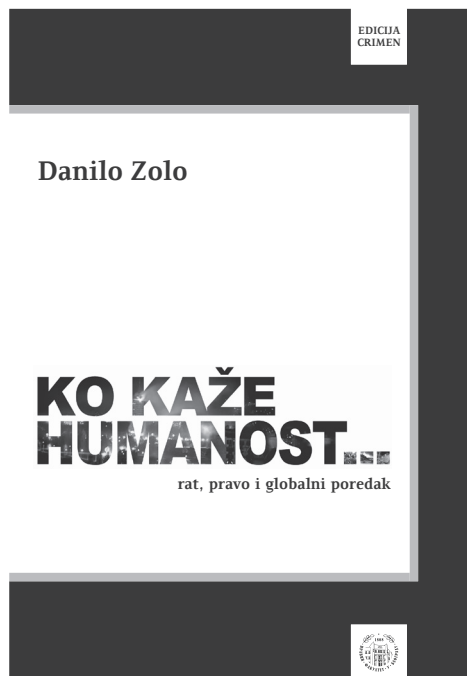


EDICIJA CRIMEN



Edicija CRIMEN • Knjiga 23

Edicija CRIMEN • Knjiga 22



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 odštampalog 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, 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