

UDK 343 : ISSN 2217-219X

CRIMEN

ČASOPIS ZA KRIVIČNE NAUKE || JOURNAL FOR CRIMINAL JUSTICE



PRAVNI FAKULTET
UNIVERZITETA U BEOGRADU



Institut za uporedno pravo

BEOGRAD 2018 / BROJ 1 / GODINA IX

CRIMEN

ČASOPIS ZA KRIVIČNE NAUKE || JOURNAL FOR CRIMINAL JUSTICE

Izdavači

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

Izdavački savet / Scientific council

Strani članovi / Foreign members:

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

Domaći članovi / Members from Serbia:

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

Redakcija / Editorial board

Glavni i odgovorni urednik / Editor-in-Chief

prof. dr Zoran Stojanović

Urednik / Associate editor

prof. dr Đorđe Ignjatović

Zamenik urednika / Vice editor

prof. dr Igor Vuković

Članovi Redakcije / Editorial board members

dr Jovan Čirić	prof. dr Goran Ilić
dr Slobodan Vuković	prof. dr Nataša Delić
prof. dr Milan Škulić	prof. dr Zoran Ilić
prof. dr Đorđe Đorđević	Miloš R. Janković

Saradnici / Collaborators

dr Ivan Đokić, sekretar Redakcije	dr Vanja Bajović, lektor
-----------------------------------	--------------------------

Nikola Vujičić i Jovana Banović (tehnička priprema priloga)

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

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

Časopis izlazi tri puta godišnje (april, septembar i decembar) / CRIMEN is published three times a year (April, September and December)

ADRESA REDAKCIJE / EDITORIAL ADDRESS:

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

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

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

Priprema: Dosije studio, Beograd

Štampa: JP Službeni glasnik

GODIŠNJA PRETPLATA : 600 RSD; pojedinačan broj 300 RSD /

Annual subscription: 20 €

CRIMEN

ČASOPIS ZA KRIVIČNE NAUKE || JOURNAL FOR CRIMINAL JUSTICE

(IX) 1/2018 str. 1–129

SADRŽAJ

ČLANCI

- Jadwiga Królikowska, Theories of Punishment and the Protection of Social Order by the Criminal Law..... 3
- Momir Milojević, Bosna i Hercegovina za vreme Prvog svetskog rata..... 19
- Milan Škulić, Krivično delo oblube nad nemoćnim licem – normativna konstrukcija, neka sporna pitanja i moguće buduće modifikacije..... 38

PREGLEDNI ČLANCI

- Gordana Krstić, Koncept pritvora u sudskoj praksi..... 71
- Zorana Lazarov, Ispitivanje svedoka kao dokazna radnja i zaštita svedoka u krivičnom postupku..... 103

IZ ISTORIJE KRIVIČNIH NAUKA

- Пројекат и мотиви казненог законика за Краљевину Србију и Пројекат ОКЗ Краљевине Норвешке – Нужна одбрана..... 121

CIP – Каталогизacija u 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– (Beograd : Dosije). – 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

*Jadwiga Królikowska**

THEORIES OF PUNISHMENT AND THE PROTECTION OF SOCIAL ORDER BY THE CRIMINAL LAW

Abstract: The article deals with the issue of the processuality of punishment. The culturally integrated theory reveals criminal punishment as a social phenomenon which consists of successive and specific phases. During each of these phases punishment is implemented, not only in a different system of social conditions and phases which are appropriate for the legal regulations, but with the participation of other social institutions.

Key words: Punishment, judges, culturally integrated studies, criminal law, social order.

1. PUNISHMENT AND THE THEORIES OF PUNISHMENT AND ITS DEFINITIONS

In the academic literature there are many systems of claims about punishment formulated in the conceptual apparatus and about the model of analysis of various disciplines. Most theories indicate the reasons for punishment and the intended goal to be achieved through it in relation to the individual and to the general public. Many of these theories point to such real functions fulfilled by punishment which are neither officially proclaimed nor even assumed as goals. There are also theories that primarily define the characteristics and hallmarks of legal institutions referred to as punishment.

The image of punishment as an action having a social meaning is created by formal procedures for imposing a punishment and the rigours imposed on its execution. These factors distinguish between punishment as an action that consists in an intentional goal oriented at inflicting suffering on people and other social activities. They give it the status of a unique fact which, at the same time, is recognized as indispensable for maintaining the broadly understood social order. The goal assigned to punishment, which is both preventing crime and administering justice, is important and obvious to the general public.

* *j.krolikowska@uw.edu.pl*. University of Warsaw, Institute of Social Prevention and Resocialization
European Centre for Penological Studies Prof. G. Rejman

The application of punishment was explained and justified by arguments that were considered rational in a particular society at a particular stage of its historical development. There were as many justifications given to punishment, as well as reasons assigned to specific types of punishment in the past, as cultural and social systems. They could have the character of a cultural, religious or political imperative, or a more instrumental approach to preventing crime for the future. However, the shape of solutions rationalized by them and the scope of criminalization resulting from these rationalizations, that is the scope of applying punishment to control specific social behaviours, was strongly associated with the current state of a given culture and the sensitivity of the era. This relationship of criminalization with culture and, in particular, the morality of the era, is confirmed by the existence in every human community of the mechanism of attaching social sense to punishment, and explanation which is also its justification. The explanation given to the intentional inflicting of suffering on the perpetrators of violations of law delegates the benefit of the punishment imposed on the perpetrators of crimes to the superior organizational unit. Its security and stability as a structural whole is protected by the actual execution of respect for norms and values constituting the order of society.

Formulating the theory of punishment poses difficulties above all because the institution of criminal punishment assumes various organizational forms. Various types of punishment also have various and often detailed, purposeful, and functional justifications. The term punishment has many ranges and meanings, not only in colloquial language, but also in the specialist languages of various disciplines. The theory and definition of punishment, which is basic in contemporary programmes of sociological and legal research, emerges through a gradual selection of the most appropriate existing theoretical approaches rather than by formulating it from the beginning¹.

2. THE CLASSIC APPROACH TO PUNISHMENT IN POLISH PENOLOGY: BRONISŁAW WRÓBLEWSKI AND JULIUSZ MAKAREWICZ

Concepts of punishment aimed at justifying the application of unpleasantness to the perpetrator of an act recognized in a given society as “reprehensible”, the Polish pre-war penologist Bronisław Wróblewski (1888–1941) called “rationalizations of punishment”². The concept of “rationalization” has since been clarified, but it is still believed that rationalizations arise because: “The developing human mind wants to know why, for what purpose, or on what basis people react against the perpetra-

1 Hempel Carl G., *Fundamentals of natural sciences*, translated by Barbara Stanosz, Wydawnictwa Naukowo-Techniczne (Scientific and Technical Publishers), Warsaw 1968, pp. 125–147.

2 Wróblewski Bronisław, *Penologia. Socjologia kar*, v.1, Skład Główny w Księgarni K. Rutkiego, Wilno, 1926, i particular pp. 184–253; Wróblewski B., Świda W., *Sędziowski wymiar kary w Rzeczypospolitej Polskiej*, Skład Główny J. Zawadzkiego, Wilno 1939r., pp. 38–39; Jarosław Utrat-Milecki, *Racjonalizacja kary (i polityki kryminalnej)*, [in:] *Kulturowe uwarunkowania polityki kryminalnej*, ed. Jarosław Utrat-Milecki, Oficyna Naukowa, Warsaw 2014, pp. 82–87.

tors of specific acts”³. What we will call “rationalization” may express an individual view of one person or group of people on a given phenomenon, but it may also be an element of ideology promoted by the environment of power, which environment legitimizes its own privileged position with such a rationalizing statement. By making the rationalization of the system of punishment and the organization of the punishment apparatus widely known to the public, the authority, at the same time, expresses the justification for norms and values which constitute the foundation of the society in which it itself maintains a privileged position. It confirms its readiness to fulfil its authoritative duties, including functions in the area of inflicting suffering and restricting the freedom of citizens who violate the normative order.

No “rationalization” is an atemporal and absolute explanation and justification for a specific social action, but a characteristic of a phenomenon consistent with current views on reality shared at a given time by a group of recognized authorities. “Rationalization will use premises whose material, in the meaning of content, will dominate in a given period of time and place. If, in the life of a given social group and in a given period, we find a predominance of religious elements, then the rationalization of punishment will go in that direction, along with the development of utilitarianism or metaphysics which these moments will reflect on rationalization”⁴. The adjustment of rationalization of punishment to the leading views of the era makes it a changeable phenomenon, understood only against the background of the assumptions and goals adopted in specific historical conditions.

As in everyday language, also in law the term “punishment” is used with many different meanings. Disciplinary, administrative, and educational punishment, etc. are discussed. In the field of law, criminal punishment is primarily analyzed. The textbook definition of criminal punishment known to Polish law students, states that: “Criminal punishment is a personal unpleasantness borne by the perpetrator as a retribution for a committed crime, expressing condemnation of the act committed by the perpetrator and administered on behalf of the state by the court”⁵. This definition emphasizes the imperative of punishment, which is to be a necessary and sufficient retribution caused by “an earlier culpable, unlawful and socially harmful violation of criminal law norms standardizing crimes”⁶. This statement emphasizes the rationalization of retribution as the main function of punishment in the sphere of its activities related to justice, guarantee, and protection.

The quoted definition gives the impression that in the area of law the phenomenon of punishment has been included in an exhaustive and the only possible way. Meanwhile, the important fact of choosing the axiological and philosophical assumptions that determined its character has been hidden in it. Another choice of assumptions would lead to a different definition. It is precisely

3 Wróblewski B., Świda W., Sędziowski wymiar kary w Rzeczypospolitej Polskiej, Skład Główny J. Zawadzkiego, Wilno 1939., p. 39.

4 Wróblewski B., *Penologja. Socjologja kar*, v.1, Skład Główny w Księgarni K. Rutskiego, Wilno, 1926, p. 185.

5 Gardocki Lech, *Prawo karne*, C.H.Beck, Warsaw 2013, p. 276.

6 Utrat-Milecki Jarosław, *Kara. Teoria i kultura penalna: perspektywa integralno kulturowa*, WUW, Warsaw 2010, p. 42.

these axiological and philosophical assumptions drawn from the world of ideas that should be shown clearly because they have real and serious consequences in the process of differentiating assessments concerning sociological facts related to punishment. These assessments are a potential source for the emergence of various sociological and legal theories on the content, goals, and functions of punishment⁷. A correct and comprehensive theory of punishment has a chance to arise when the discussion about it will, to an extent greater than before, combine the achievements of various disciplines of science, and above all law, sociology and philosophy into the structure of integrated cultural analyses⁸.

In the classical definition of punishment formulated by the Polish professor of criminal law, Juliusz Makarewicz (1872–1955), the basic variables regulating punishment were indicated not only as a legal phenomenon, but in a broader sense, as a social phenomenon. According to Makarewicz, the essence of punishment is “social condemnation expressed openly, externally, unambiguously by the entire social group, either directly (collectively), or by its representative – a performer punishment (like a hangman etc.), or finally, by the injured (directly) the name of the community. While moral condemnation affects only honour (good name), punishment also extends to other goods of the individual: life, freedom, property, the whole body, etc. Punishment in its essence is never compensation for the injured party, even the pecuniary punishment (fine) is transferred to the state coffers, not to the injured party’s pocket, because punishment, being an act of imposed unpleasantness caused by the entire perpetrator’s group is not aimed at compensation of private harm – the matter is left to separate proceedings (civil proceedings or adhesion proceedings within the criminal trial). [...] Punishment is an act of social revenge (in modern societies euphemistically called criminal justice), which presents itself to an offender as an (intended by society) individual pain – it is *malum passionis propter malum actionis* (Grotius). Punishment is essentially a retribution and nothing else. Anything else that actually links or combines with punishment is an irrelevant addition. Undoubtedly, the very fact of punishing and enforcing punishment strengthens the feeling of certainty and protection in society, a citizen of a state feels that crime will not go unpunished.”⁹.

Makarewicz’s definition underlines the role of sociological factors in the shaping of punishment. The evolution of legal norms that define the model of a punish-

- 7 An overview of the most popular criminal law textbooks that should contain current reports from scientific penological research shows that the education of Polish lawyers regarding the theory of punishment is more than modest. Most often, it is limited to less than three pages of text, which selectively report theories going no further than the 19th century! Bibliographic hints given to law students are also out of date and they reward the anecdotal approach to punishment and the theories that describe it. Speaking in the language of P. Cuche, “they mix the history of punishment with the history of penological doctrines”.
- 8 Djordje Ignjatović, *Kriminologija*, 13th edition Pravni Fakultet, University of Beograd, Beograd 2016; Djordje Ignjatović, *Kultura i kriminalitet*, Kultura 2017, pp. 85–111.
- 9 Juliusz Makarewicz, *Prawo karne. Wykład porównawczy z uwzględnieniem prawa obowiązującego w Rzeczypospolitej Polskiej*, Książnica Polska, Lwów-Warsaw 1924, pp. 18–19. More of his views on this subject is to be found in his work *Einführung in die Philosophie des Strafrechts auf entwicklungsgeschichtlicher Grundlage*, Published by Ferdinand Enke, Stuttgart 1906 (Polish translation by KUL, Lublin 2009).

ment system is synchronized with changes in social, cultural and moral patterns. Treating punishment as a universal sociological phenomenon, Makarewicz pointed to the systems of norms and values unique in every culture that define the essence, purpose, and function of punishment. From this perspective, it is obvious that in all circumstances the perpetrator's offence puts him in conflict with his own society, which defines the goals and functions of punishment from the point of view of protecting the values recognized by the people in general¹⁰. According to Makarewicz, imposing punishment on the perpetrator of a crime is not only an elementary act of justice, but above all a fight against a socially dangerous situation of impunity, which questions the axionormative foundations of society.

3. THE CLASSIC DEFINITION OF PUNISHMENT IN THE ANGLO-SAXON CULTURAL CIRCLE

For many researchers into legal phenomena, the question of the essence of punishment has been as important as the questions of its meaning, purpose, and function. Antony Flew (1923–2010) in the middle of the twentieth century undertook to organize this issue from a philosophical perspective¹¹. The discussion around his proposal has continued to date. Recently, his views have been discussed with a wide sociological commentary by Jarosław Utrat-Milecki in his book “Podstawy penologii. Teoria kary”¹². A. Flew analyzed his concept of punishment by saying that “the concept of punishment is not strict” and “as a living concept, derived from a normal social dictionary, it is open”. According to A. Flew's definition, punishment: “Firstly, it is to make something evil to the punished, as it was defined by Thomas Hobbes, or to do unpleasantness. [...] Secondly, the task of unpleasantness must be caused by an earlier committing by the punished of a criminal offence, and thus punishing is causing unpleasantness because of committed crime. Thirdly, punishment is to be imposed on a perpetrator for committing a criminal offence. [...] Fourthly, punishment must be an action taken by people. [...] Fifthly, it must be imposed by a legitimate authority”¹³.

The defining of criminal punishment is not only based on the positive indication of its constitutive features, but also on the elimination of many activities having a structure and a course like punishment, but a different social sense. It is not distinguished by any single factor such as unpleasantness, the adoption of formal rules of influence, or the supervision of authorized structures, but by a whole range of variables that occur together in a specific configuration. Considering the

10 Jadwiga Królikowska, *Co socjologowie mówią o karze i punitivności?*, [in:] *Kara w nauce i kulturze*, ed. Jarosław Utrat-Milecki, Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego, Warsaw 2009.

11 Antony Flew, *The justification of Punishment* (1954) and also *Postscript* (1967), [in:] *The Philosophy of Punishment. A Collection of Papers*, Harry Burrows Acton (ed.), Macmillan-St. Martin's Press, London 1969.

12 Utrat-Milecki Jarosław, *Podstawy penologii. Teoria kary*, Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego, Warsaw 2006, pp. 222–223.

13 Utrat-Milecki Jarosław, *Podstawy penologii. Teoria kary*, Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego, Warsaw 2006, pp. 222–223.

complexity of this issue and striving to formulate an accurate and comprehensive definition, Herbert Lionel Adolphus Hart (1907–1992), in his work “Punishment and Responsibility” published for the first time in 1968, linked the definitional terms of punishment indicated by A. Flew with the idea of John Rawles (1921–2002) presented in the work “Two Concepts of Rules”¹⁴. The terms constituting punishment in its standard version as indicated by A. Flew, H. L.A. supplemented by the terms defining punishment in unusual versions, defined as non-standard. Non-standard understanding of the concept of punishment according to H.L.A. Hart makes it possible to distinguish the following types of punishment:

- “for violation of the rules of law imposed or performed otherwise than through authorized bodies (*decentralized sanctions*);
- for violation of non-legal rules or orders (parental punishment in the family or at school);
- substitute or collective punishment inflicted without prior authorization, support, control, or permission of a member of a social group for acts committed by others;
- inflicted on people who, other than in the previous item, did not commit a crime nor were even suspected of it”¹⁵.

This extension allows spontaneous types of punishment and often one-off behaviours and social actions that escape the rules of morality and have no established legal form as an act, as a rule related to a particular type of behaviour, but which have the meaning of punishment not only from the perspective of the authority that enforces it. but also to the subject suffering it. What is more, the wide impacts which the types exert on the social environment are analogous to the extensive effects of criminal punishment.

Although since the mid-20th century, punishment has been the subject of many important research analyses, their achievements in the field of the research still cannot be considered exhaustive, especially in the case of empirical research conducted with the participation of the social sciences. It is uncertain whether these deficiencies will be quickly made up for, because now the burden of criminological research has been transferred to the problem of crime, perpetrators, guilt, and sacrifice, not to matters related to punishment. Moreover, it can be observed that the theoretical deficiencies in the research field of the essence of punishment, punishing, and impunity are replaced by the analytic exposition of its dramaturgy. In the social space there are more messages depicting the inflicting of punishment (media-related and artistic) than concerning its essence, meaning, and legitimacy. While the performativeness of punishment is dealt with by a large group of people, its essence, purpose, and function are the concern of few people in the world¹⁶. Paying attention to the pure spectacular nature of punishment, while omitting its moral and didactic

14 For more on this subject see Jarosław Utrat-Milecki, *Podstawy penologii...* op. cit. 236 et al.

15 Utrat-Milecki, *Podstawy penologii...* op. cit., p. 236.

16 Michel van de Kerchove, *Quand dire, c'est punir. Essai sur le jugement penal*, Facultes Universitaires Saint-Louis, Bruxelles 2005, p. 5; Mick Mangan, “Reprezentatywny, sceniczny,

thread, is essentially an escape from the most important question about the nature, meaning, and purpose of one of the most important social phenomena.

4. INTEGRAL-CULTURAL EXAMINATION OF CRIMINAL PUNISHMENT

A new perspective in penological research is opened by legal and sociological analyses based on the culture of integration of the methodology and theory of these disciplines. The combination of various research instruments in the course of research and the use of dual substantive control leads to the unveiling of a reality previously known only fragmentarily. The choice of a definition of punishment is the starting point for this research. The definition of all the phenomena referred to as punishment is a difficult matter not only because of its complexity, and cultural and semantic diversity, but also because of the intervention of numerous rationalizations affecting the way it is understood and used¹⁷. It should be taken into account that with such a complex social phenomenon a certain level of ambiguity of this term will persist.

The definition of punishment to which I am currently referring states that: *“Criminal punishment is an intentional condemnation decided by a court on behalf of a political authority and expressed by a legally defined unpleasantness for a perpetrator of a crime”*¹⁸. This definition further says that punishment is: *“complex actions undertaken on the basis of law by authorized bodies, actions that are to satisfy the sense of security, order, and justice of individuals and social groups. Actions that would not be taken in response to a previous crime and would not comprise condemnation expressed legally as a perpetrator’s personal unpleasantness based on a final court judgment, would not be criminal punishment. By definition, punishment is a response to a crime and is in no way related to any rationalization of punishment”*¹⁹.

The same author gives further details on the correct understanding of the sentence and states that “punishment, especially criminal, contains today the following elements: 1) condemnation of human acts (acts and omissions) determined by law with regard to their form and content; 2) assignment, on the basis of law and in the manner prescribed by law, of the condemned act to a punished person; 3) intentionally unpleasant for a punished person; 4) infliction by an independent authority (court) acting by law on behalf of the community; 5) specification in the Act of its forms and principles of inflicting and execution. Criminal punishment is therefore

znaczący, publiczny, zbiorowy” spektakl na szafocie widziany inaczej, [in:] ed. Jarosław Utrat-Milecki, *Kara w nauce i kulturze*, WUW 2009.

- 17 The extended definition of criminal punishment adopted as the basis of the integral-cultural theory of punishment was formulated by Jarosław Utrat-Milecki in his book *Podstawy penologii. Teoria kary*, WUW, Warsaw 2007, pp.78–81.
- 18 Utrat-Milecki Jarosław, *Kara. Teoria i kultura penalna: perspektywa integralno kulturowa*, WUW, Warsaw 2010, p. 43.
- 19 J. Utrat-Milecki, *Kara. Teoria i kultura penalna...*, op. cit. p. 43

a series of actions taken on the basis of universally binding law (*ius cogens*) and within the limits and forms provided for by it.²⁰

The presented definition is of a regulatory nature, organizing the field of penological research. It is not related to any ideologizing rationalization that would justify inflicting unpleasantness or suffering on anyone by any authority. This definition indicates the universal sociological character of punishment, and thus the finding of its sources in the general systemic principles of social life.

Although the very definition of the phenomenon is a difficult starting point for sociological and legal research, it is not the only serious difficulty in implementing the research programme. Implementation of empirical research in closed professional environments, such as legal circles, and in particular in the subgroup of judges, requires the solving of the methodological problem caused by the existence of semantic codes understood only among the members. In general, such a phenomenon or tendency in the attitudes of the respondents is known even before undertaking proper research. Sometimes, there are inclinations to use a certain vocabulary (jargon, slang, dialect, secret prison speech, etc.), and sometimes it is a kind of correctness filter (environmental forms of discretion e.g. code of aristocratic distance and emotional restraint, or extravagance formula included in artists' lifestyles)) defending access to the real meanings of facts and statements. In many cases, there is also a conscious creation of secrets and a leaving of interpretation gaps due to concealment or ambiguity of expression. Intentional confabulation and wanton colourization replacing the truth play a great role in concealing the reality.

Some of the codes result from the situational restrictions of people speaking, others come from habits and professional or environmental obligations, yet others result from upbringing in a specific environment that requires submission to certain styles. Some of them may be overcome by the use of appropriate research and interpretation tools, while others may permanently block access to the relevant content of the researched reality. In every situation, gathering information about their occurrence and meaning enables better preparation of research tools, and then a more correct interpretation of the data. In relation to the professional group of judges, this methodological specificity is raised in various fields (legal language, normocentric perspective of observation and interpretation of phenomena, and professional discretion), primarily due to issues related to the description and interpretation of the world more in the language of law than of social sciences, and a vision of the world divided between that which is of interest to the law and that which remains outside it. Comments on the professional orientation of statements of lawyers, in particular judges, were formulated by Adam Podgórecki in his work "Zjawiska prawne w opinii publicznej". He stated that: "Judges, like most lawyers in general, tend to give answers during interviews that give more information about what it should be like rather than about what it is like. To diagnostic questions, and thus questions aimed at determining what the actual situation is like, the judges basically provide answers on what the situation should

20 Jarosław Utrat-Milecki, *Z dziejów pojęcia kary kryminalnej*, [in:] *Z dziejów afektu penalnego*, ed. Jarosław Utrat-Milecki, Wyd. Oficyna Naukowa, Warsaw 2014, p. 73.

be like. Perhaps this is some normocentric deviation of the legal profession in general”²¹. Therefore, there is a reasonable presumption that in any formal situation created by submitting a sociological research tool to a person representing the legal profession (questionnaires, arranging an interview, informing about observation), this particular change to normative declarations will be introduced. The second special feature of the research into punishment carried out with the participation of lawyers (in particular criminal judges) is to persuade them to a broad reflection on everyday matters, which they constantly assess from the perspective of the law and would like to arrange in a specific manner²². It is understandable that the situation of sociological research creates an opportunity for a hidden inclusion in the utterance of the normative and desirable pattern of the matter, and not for the reporting of the actual state of affairs. A statement may be the involuntary espousing by the respondent of a certain state of affairs, not reporting the reality.

5. THE LEGAL AND SOCIOLOGICAL RESEARCH “KULTURY PENALNE 2012–2014” (PENAL CULTURES 2012–2014)

Against the background of scientific definitions of punishment, those used by lawyers, in particular judges, seem very synthetic. In the study “Penal Cultures. Cultural context of criminal policy and criminal law reforms. The legal-penological, historical, sociological, and cultural (anthropological) analysis of criminal law reforms in Poland against the background of European and world trends” conducted in 2012–2014 at the University of Warsaw, answers to the open question about the definition of punishment brought surprises. From among 160 judges-respondents, as many as 53 (33.13%) did not answer the question at all²³. One of the fuller answers to this question was: “Punishment is a reaction of the state to the perpetrator of a crime expressing disapproval of the act committed by him/her, striving to achieve an educational and repressive goal in relation to the convicted, which should prevent further crimes in the future, both by the perpetrator and other people”. The definition emphasized first of all the legality of proceedings specified by the term punishment and its imposition by the competent state authority and pointed to its educative and repressive character in relation to the perpetrator and society.

Some judges pointed out in their definitions that punishment is “an unpleasantness that is a consequence of criminal activity, the purpose of which is to isolate the perpetrator, prevent further offences, and raise the legal awareness of society”. Thus, the social significance of the isolative function of punishment and its broad impact on the awareness of the general public were emphasized.

21 Podgórecki A., *Zjawiska prawne w opinii publicznej*, Wydawnictwa Prawnicze, Warsaw 1964, p. 205.

22 Podgórecki A., *Zjawiska prawne w opinii publicznej*. Op. cit. pp. 14–20.

23 Some respondents left the space for answers blank, but many respondents crossed the space out, which, according to the researchers, highlighted the respondent’s reluctance to provide an answer.

A certain group of respondents drew attention first of all to the fact that punishment as unpleasantness is to be “adequate to the type of crime, degree of guilt, personal conditions of the perpetrator, and his/her behaviour before and after committing the crime.” These factors taken into account in the procedure of administration of punishment by the judge make up the justice of punishment. The feature of justice was emphasized in many definitions. The statement that punishment is “a fair reaction of the judicial authorities to the committing of a crime or misdemeanour, aimed at achieving preventive and educational goals in relation to the perpetrator and society” can serve as an example. The emphasis on the justice of punishment was also found in the lucid answers of judges that “just retribution”²⁴ is punishment. The parameter of justice was considered by all respondents to be necessary, and at the same time sufficient to distinguish between the referents of punishment.

Some respondents drew attention to the effect of justice of punishment on persons who were injured by crime. They wrote that punishment is the reaction of the justice system “rendering satisfaction to the justified interests and harm of the injured parties”. In such definitions, justice is treated as the most important feature that constitutes punishment.

Although from the perspective of learning it seems important to define punishment, some respondents avoided answering this question. They stated that “the definition is of no practical significance for persons inflicting punishment” or wrote that “the codex definition is correct”. There were also respondents who wrote that “it is difficult to create such a definition. Punishment is a problem too complex to be defined.”

The issue of determining the most important features of punishment is different (Table 1). The judges’ responses in the conducted study were consistent. Out of the fifteen proposed features of punishment assessed on a 9-point scale, the judges considered justice, proportionality to guilt, and inevitability as the most important²⁵. The respondents were not offered any particular meaning to these terms, they were based on their own concept of justice, proportionality to guilt, or severity. Justice was indicated at the highest level of importance by 145 respondents, that is 90.63% of respondents. Proportionality to guilt was indicated at the highest level of importance by 127 respondents, that is 79.38% of respondents. Inevitability of punishment was indicated at the highest level of importance by 126 judges, that is 78.75% of the respondents. Many, 103 respondents, that is 64.38%, considered the effectiveness of punishment and its comprehensibility for the punished at the highest level on the scale.

In the next place, the educational goal of punishment in relation to the perpetrator of the offence was listed by the judges. According to lawyers, it is associated with the indication to the perpetrator of the crime of the applicable norms and values and instruction on the fact that acts which violate the principles of conduct

24 Underlined by the respondent.

25 In the table presented to the respondents, punishment features to choose from are listed in the following order: “just, exemplary, immediate, severe, inevitable, proportionate to guilt, public, painful, effective, shocking the perpetrator, understandable for the punished, understandable to the public, deterrent to the perpetrator, deterrent to potential perpetrators, educational, other?”

in the community are seen, assessed, and punished²⁶. A total of 93 judges, that is 58.13% of the respondents, pointed to the educational goal of punishment as an important individual and preventive function of punishment, putting it at the highest level on the scale of importance.

Table 1. Features of punishment

Features of punishment	Not important 1	2	3	4	Moderately important 5	6	7	8	Very important 9
Just	0	0	0	0	4	2	3	5	145 90.63% no answer 1
Proportional to guilt	0	0	1	0	4	2	10	12	127 79.38% no answer 4
Inevitable	0	0	0	0	5	3	6	17	126 78.75% no answer 3
Effective	1	0	0	2	9	2	17	23	103 64.38% no answer 3
Understandable for the punished	0	1	0	2	18	8	11	16	103 64.38% no answer 1
Educative	1	1	0	1	10	6	22	24	93 58.13% no answer 2
Deterrent for the perpetrator	1	0	0	1	29	7	37	22	89 55.63% no answer 3
Understandable for society	0	1	1	7	23	12	16	15	82 51.25% no answer 3
Immediate	2	1	4	3	29	14	16	22	67 41.88% no answer 2
Deterrent for potential perpetrators	1	0	2	3	32	12	27	22	58 36.25% no answer 3

26 In contrast to the educational function of punishment, the judges used the term resocialization, awareness, interacting, informative or teaching functions.

Features of punishment	Not important 1	2	3	4	Moderately important 5	6	7	8	Very important 9
Exemplary	5	3	6	12	44	20	13	16	37 23.13% no answer 4
Unpleasant	2	4	10	10	47	23	24	6	26 16.25% no answer 8
Shocking the perpetrator	13	9	11	16	47	14	15	13	15 9.38% no answer 7
Public	30	19	27	15	38	4	7	8	4 2.5% no answer 8
Severe	21	13	16	26	51	11	8	5	3 1.88% no answer 6
Other, what? (without scale): proportional to damage; wise and rational; cheaper.									3 1.88%
									N=160

Over half of the judges examined (89 people, 55.63%) stated that punishment should be a deterrent to the perpetrator. Such a direct indication of the educational and deterrent intention of punishment emphasizes that judges are guided primarily by individual and not general prevention. Punishment with the motive of instruction, or restraint, or deterring the perpetrator from committing crimes, is strongly emphasized in the judges' recommendations by including all grades in the range from the "moderately important" level to the "important" level.

This direction of the judges' interpretation of the purpose of punishment by indicating its broader educational features is also maintained in the assessments of the importance of such features as punishment to be "understandable to society", "immediate" and "deterrent to potential perpetrators". For these reasons, 82 (51.25%) judges considered making punishment comprehensible to society as "very important", 67 (41.88%) of judges making it immediate (being a logical consequence of an act) considered it very important, and 58 (36.25%) of the respondents making it a deterrent to potential perpetrators. In the indication of these features, emphasis was gradually shifted to the fulfilment by punishment of the conditions of general prevention.

The judges' opinions also show a somewhat weaker emphasis on the significance of such features of punishment as exemplarity, unpleasantness and the shocking power of punishment to the perpetrator. Although these features were indicated less frequently (they were not "the most important"), the majority of respondents still supported the importance of these parameters at the points of the scale from "moderately important" to "important" with the highest number of votes in the "moderately important" category. In the opinion of the respondents, these factors were not in the foreground but still important. From the comments placed in the margins of the questionnaire by individual respondents, it can be seen that such terms as "exemplary", "painful" and "shocking the perpetrator" are considered imprecise in meaning²⁷.

Against the background of what is an important feature of punishment, features that are considered unimportant are more clearly visible. The public feature of punishment (129, 80.63%) and its severity (117, 73.13%) are unimportant. Most of the respondents gave their vote in the range from unimportant to moderately important.

Among the additional comments of the respondents were statements that punishment should be "proportional to damage", "wise and reasonable", "more cost-effective", but the level of importance of these parameters was not determined on the scale.

Important issues regarding the judges' perception of punishment are revealed by the answer to the question in which the judges had to choose one of four opinions. The respondents were offered the following options: "It is best to punish an act severely at first and prevent subsequent acts", "it is best to treat the first offence gently, but warningly", "every situation is different and you cannot be bound by any rule", "I do not agree with any of these statements". By far the largest group, as many as 135 judges (84.38%), are those who chose the statement that "every situation is different and you cannot be bound by any rule". Judges are, therefore, oriented to assess the perpetrator and the act in individual categories. The emphasis put by the respondents on the individualization of the proceedings with the perpetrator indicates the conviction of the judges that multi-faceted analysis of matters should not undergo any restrictive interpretation, for example regarding predictions of behaviour of the perpetrator.

In the surveyed group, only one person acknowledged that "it is best to punish a wrong deed severely at the beginning and prevent the next ones", and therefore to react preventively in a stern manner. While severe punishment of the first act has no supporters among the respondents, the warning of the perpetrator with a milder punishment is treated as something that can be taken into account when examining specific situations. Nineteen judges (11.88%) were in favour of responding with punishment for a wrong act of the perpetrator, but they think that the first offence should be treated gently, but warningly. This is the opinion that at the beginning you must prevent bad behaviour by admonishing, and strengthening and directing

27 One of the respondents put a question mark in the "exemplary" space and another asked "what is it?" in the space "shocking the perpetrator".

upbringing. The judges expressing such an opinion are inclined to admonish the perpetrator and, above all, to signal to him that his deed has been perceived and described as “punishable” and this is to why the perpetrator has become an object of interest for the justice system. In this situation, impunity of the perpetrator is avoided and at the same time a chance to improve is offered to him/her.

The study showed that there is no conviction in the group of judges that crime prevention should be implemented by radical deterrence, or raising fear with extremely severe punishment. The general question of how judges prevent the build-up of criminal behaviour can be answered that – in the light of their declarations – they are primarily focused on individual analysis of cases and possibly giving the perpetrator a chance to improve by a warning punishment.

6. CONCLUSION

Empirical legal and sociological research conducted into a group of 160 Polish criminal judges shows that from the perspective of judicial punishment, despite subjecting it to strict rules of law, punishment as a real phenomenon and institution of law remains a concept open to various meanings, as was signalled from the perspective of analytic philosophy by Antony Flew. This issue becomes even more complex when we take into account the process of punishment, emphasized in the concept presented by Jarosław Utrat-Milecki. The concept emphasizes that the extent of punishment as a social phenomenon translates in law into successive stages of punishing determined by law. At each of these stages, punishment is implemented in a different pattern of social conditions, first of all, in changing social institutions and corresponding phases of legal regulations.

From the perspective of the penological or criminological analysis of standard definitions of punishment and the related rationalizations of punishment, the standard definitions can at most be the starting point for empirical research on the complexity of punishment. They are to open the way for a more comprehensive understanding of the tasks of individual institutions, the rules of social life, and – in particular – the role that punishment plays in the life of the perpetrator of a crime and of the injured party and people associated with them. It is a simplification to equate the declared rationalization of punishment with the real character of measures awarded and executed, referred to as organizational forms of punishment. The rationalizations assigned to punishment may result from the normative approach to these issues by both theoreticians and practitioners of law. Rationalizations should be subject to a meticulous, critical analysis. Apart from the impact of strictly political and criminal matters on the dynamics and structure of crime, may have wider sociological and anthropological investigations of criminal punishment as an institution and a social phenomenon may be of particular importance. It is in such a broader socio-cultural context that the phenomenon of crime and punishment can be better represented by the very complex relationship that can occur between crime and punishment under specific social and political conditions.

BIBLIOGRAPHY

- Flew Anhony, The justification of Punishment (1954) oraz także Postscript (1967), [w:] *The Philosophy of Punishment. A Collection of Papers*, Harry Burrows Acton (red.), Macmillan-St. Martin's Press, London 1969.
- Gardocki Lech, *Prawo karne*, C.H.Beck, Warszawa 2013.
- Garland David, *Punishment and Welfare. A History of Penal Strategies*, Aldershot 1985.
- Garland David, *The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford University Press 2001.
- Hempel Carl, *Philosophy of Natural Science*, Englewood Cliffs, Prentice-Hall 1966.
- Ignjatović Đorđe, Kultura i kriminalitet, *Kultura*, 157/2017.
- Ignjatović Đorđe, *Kriminologija*, 13th ed. UB, Pravni Fakultet Beograd 2016.
- Królikowska Jadwiga, Co socjologowie mówią o karze i punitwności?, in: *Kara w nauce i kulturze*, ed. Jarosław Utrat-Milecki, Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2009.
- Makarewicz Juliusz, *Prawo karne. Wykład porównawczy z uwzględnieniem prawa obowiązującego w Rzeczypospolitej Polskiej*, Książnica Polska, Lwów-Warszawa 1924.
- Nelken David, Comparing Criminal Justice, in: *The Oxford Handbook of Criminology*, 3rd, ed. Mike Maguire, Rod Morgan, Robert Reiner, Oxford-New York, Oxford University Press 2002.
- Nelken David, *Comparative Criminal Justice*, Sage, London 2010.
- Nelken David, White-Collar Crime, in: *The Oxford Handbook of Criminology*, 3rd, ed. Mike Maguire, Rod Morgan, Robert Reiner, Oxford-New York, Oxford University Press 2002.
- Podgórecki Adam, *Zjawiska prawne w opinii publicznej*, Wydawnictwa Prawnicze, Warszawa 1964.
- Utrat-Milecki Jarosław, *Podstawy Penologii. Teoria kary*, Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2006.
- Utrat-Milecki Jarosław, *Kara. Teoria i kultura penalna: perspektywa integralno kulturowa*, WUW, Warszawa 2010,
- Utrat-Milecki Jarosław, Filar Marian, *Kulturowe uwarunkowania polityki kryminalnej*, Oficyna Naukowa, Warszawa 2014.
- Utrat-Milecki Jarosław, Racjonalizacja kary (i polityki kryminalnej), in: *Kulturowe uwarunkowania polityki kryminalnej*, ed. Jarosław Utrat-Milecki, Marian Filar, Oficyna Naukowa, Warszawa 2014.
- Utrat-Milecki Jarosław, Z dziejów pojęcia kary kryminalnej, in: *Z dziejów afektu penalnego*, red. Jarosław Utrat-Milecki, Wyd. Oficyna Naukowa, Warszawa 2014.
- Wróblewski Bronisław, *Penologia. Socjologia kar*, t.1, Skład Główny w Księgarni K. Rutskiego, Wilno, 1926.
- Wróblewski B., Świda W., *Sędziowski wymiar kary w Rzeczypospolitej Polskiej*, Skład Główny J. Zawadzkiego, Wilno 1939 r.

Jadwiga Królikowska

Univerzitet u Varšavi, Institut za društvenu prevenciju i resocijalizaciju
– Evropski centar za penološke studije Prof. G. Rejman

TEORIJE KAŽNJAVANJA I ZAŠTITA DRUŠTVENOG REDA KRIVIČNIM PRAVOM

APSTRAKT

U radu su prikazani rezultati pravnih i socioloških istraživanja na temu kažnjavanja, koja su sprovedena u periodu od 2012. do 2014. godine na Univerzitetu u Varšavi, pod rukovodstvom prof. G. Rejmana iz Evropskog centra za penološke studije. Osnov za istraživanje nalazi se u penološkim istraživanjima koja su Bronisław Wróblewski i Witold Świda obavili u Poljskoj u periodu od 1937. do 1939. godine. Istraživanjem je obuhvaćeno 160 sudija – krivičara, koji su davali odgovore na 81 pitanje iz oblasti kažnjavanja. Sudije su obrazlagale korišćene definicije kažnjavanja, ističući njene najvažnije osobine, ali su dali i svoje mišljenje o novim zakonodavnim rešenjima u Poljskoj. Cilj istraživanja je da se na osnovu dobijenih odgovora, sagleda penološko znanje savremenih sudija.

Polazna tačka istraživanja bila je definicija kažnjavanja koju je formulisao Jarosław Utrat-Milecki, koristeći teorije i metode integrisanih kulturoloških istraživanja koja su sprovedena u oblasti društvenih i pravnih nauka. Kritički je analizirana racionalizacija kojom su određeni specifični ciljevi i opravdanje postojanja kažnjavanja. Istraživanje je pokazalo da na percepciju kažnjavanja, njen smisao i ciljeve, ne utiče samo kriminalna politika države, već i veliki broj socioloških faktora, poput kulture društva i moralne osetljivosti perioda koji posmatramo.

Ključne reči: Kažnjavanje, sudije, kulturalno integrisane studije, krivično pravo, društveni poredak.

UDK 94(497.6)“1914/1918” ; 340.15(497.6)“1914/1918”

ORIGINALNI NAUČNI RAD

Prihvaćeno: 22.3.2018.

Momir Milojević*

Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu

BOSNA I HERCEGOVINA ZA VREME PRVOG SVETSKOG RATA

Apstrakt: Bosna i Hercegovina je ušla u Prvi svetski rat kao deo Austrougarske. Njeni građani su mobilisani i poslani na frontove u Srbiji, Rusiji i Italiji. Iz rata je izašla kao deo druge države. Taj „prelaz „ nije bio bezbolan. Bosna i Hercegovina nije bila poprište ratnih operacija ali je osetila svu težinu rata, naročito deo njenog stanovništva koji je živeo kao pod režimom najsurovije neprijateljske okupacije zbog bezobzirnog pljačkanja i uništavanja imovine, preko hapšenja, internacija i zlostavljanja do masovnih suđenja i ubijanja.

I pored toga veliki doprinos oslobođenju Bosne i Hercegovine su dali prosvetni i kulturni radnici, sveštenici i političari.

Ključne reči: Bosna i Hercegovina, Prvi svetski rat, Austrougarska, vanredno stanje, preki sudovi, veleizdajnički procesi.

„Ako hoćeš da znaš kakva je neka država i njena uprava i kakva im je budućnost gledaj samo da saznaš koliko u toj zemlji ima čestitih i nevinih ljudi po zatvorima a koliko zlikovaca i prestupnika na slobodi. To će ti najbolje kazati.“

(Ivo Andrić, Prokleta avlija)

PRETHODNE NAPOMENE

U razmatranjima o izgradnji i funkcionisanju pravnog sistema u Bosni i Hercegovini se neizbežno postavlja pitanje njenog pravnog položaja. Prošle godine učinjen je napor da se ukaže na njen položaj u XIX i XX veku. U tom vremenskom okviru je bilo nezaobilazno ukazivanje na vezu s Prvim svetskim ratom. Naslov teme je bio ograničen na promene položaja Bosne i Hercegovine sa stanovišta međunarodnog prava što je isključivalo širi osvrt na stanje u Bosni i Hercegovini u

* Redovni profesor, pravni@ius.bg.ac.rs. Radi se o dopunjenom tekstu koji je prvobitno predstavljen na XIII Savetovanju Udruženja pravnika Republike Srpske 8. oktobra 2016. godine i objavljen u časopisu *Pravna riječ*, br. 49/2016, pp. 103–123 kao deo Projekta o pravnom položaju Bosne i Hercegovine. Na ovaj način Redakcija časopisa *Crimen* obeležava 100 godina od Velikog rata.

to vreme.¹ To razdvajanje je bilo opravdano ne samo zbog ograničenog prostora već i sa teorijske tačke gledišta bez obzira na iste činjenice.

Razlozi faktičke prirode pokazuju da se promene u međunarodnim odnosima dešavaju aktima država, njihovom saradnjom ili sukobima, dok promene u državama imaju različite uzroke koji često nemaju veze s događajima u međunarodnim odnosima niti ih izazivaju. Međutim, u stvarnosti nije sasvim tako. Tu vezu između spoljašnjih i unutrašnjih događaja je imao u vidu Stojan Novaković pišući o Prvom srpskom ustanku (1804). Taj događaj, „malen sam po sebi“, je nikao iz spleta događaja i u njih se upleo. I mada nije uticao na te događaje „oni jesu na nj i to veoma silno, za celog trajanja njegovog“. Zato zaključuje: „Dok ne proučimo i ne uhvatimo pomenutu vezu mi ne možemo nikad pojmiti zašto su događaji srpskog pokreta dali rezultat koji je pred nama.“² Novaković kaže da bune nisu uticale na odnose između evropskih država ali su one revnosno gušile svaki pokret jer su u njemu videle početak šireg pokreta. Verovatno je imao u vidu i slučaj Bosne i Hercegovine o čijoj su sudbini odlučivale velike države, naročito od ustanka 1875—1878. Odluke donesene na međunarodnom planu (1878, 1908—1909, 1918) su bile nesporno izazvane zbivanjima u Bosni i Hercegovini. Zbog nje je došlo do rata 1914. koji se pretvorio u svetski rat. U vreme kada se obeležava njegova stogodišnjica mora se ukazati i na zbivanja u Bosni i Hercegovini za vreme tog rata. Na to nas podseća i jedna knjiga objavljena pre 87 godina.³

Dok se ispisuju ovi redovi se navršava sto godina od smrti Petra Kočića (27. avgusta 1916). Iako je umro i sahranjen u Beogradu Kočić je bio ne samo Beograđanin (gde je učio gimnaziju) već više Banjolučanin ne samo zato što je u Banjoj Luci završio osnovnu školu već i po političkom delovanju. Verovao je da će se, po izlasku iz bolnice, oporaviti u svom zavičaju.⁴ S tom verom je otišao na večni počinak da tamo dočeka kraj rata i oslobođenje svoje zemlje. Nije mogao da pomisli da će morati da sačeka još više od dve godine. Kao da je zaboravio reči zapisane u beležnici u tuzlanskom zatvoru: „U ropstvu se rodih, u ropstvu živjeh i u ropstvu, vajme, umrijeh.“⁵ Nije umrlo njegovo književno i političko delo na koje se podsećamo i posle jednog veka.

U godini u kojoj je umro Petar Kočić su se desili mnogi događaji vezani za Bosnu i Hercegovinu, posebno za Banju Luku pa je i to jedan razlog da ih danas pomenemo. Umro je omraženi car Franja Josif a od njegovog naslednika Karla su se očekivale velike promene kako na spoljašnjem tako i na unutrašnjem planu iako je Skupština Jugoslovenskog odbora, održana u Parizu 5/18. decembra 1916. povodom njegovog krunisanja, usvojila izjavu u kojoj se najoštrije kritikuje dotadašnja politika Austrougarske koja je naročito pogodila Bosnu i Hercegovinu. U izjavi se kaže:

- 1 M. Milojević /2015/: Pravni položaj Bosne i Hercegovine u XIX i XX veku, *Pravna riječ* no. 45, str. 163.
- 2 S. Novaković /1954/: *Vaskrs Države srpske*, Beograd, str. 51—52.
- 3 P. Slijepčević/1929/: *Napor Bosne i Hercegovine za oslobođenje i ujedinjenje*, Sarajevo.
- 4 Više o tome u knjigama: V. Ćorović /1928/: „Petar Kočić“, *Spomenica Petra Kočića*, Beograd; B. Čubrilović /1934/: *Petar Kočić i njegovo doba*, Banja Luka – Zagreb.
- 5 Nav. prema: V. Ćorović: *op. cit.*, str. IX

„Taj isti car i kralj (tj. Karlo) još je i protegnuo svoju vlast na obje anektirane zemlje, Bosnu i Hercegovinu“ i nastavlja: „Pod današnjom strahovladom sedam je milijuna Jugoslavena Austrougarske monarhije u položaju da ne može da slobodno govori.“ Zatim se dodaje: „U Karlu I (IV) jugoslovenski narod neće imati zakonitoga vladara već novoga tiranina koji će nastaviti tradicionalnu politiku Habzburgovaca.“⁶ Kako je ta politika sprovedena u Bosni i Hercegovini?

1. UPRAVA U BOSNI I HERCEGOVINI

Aneksijom Bosne i Hercegovine Austrougarska je i formalnopravno dobila određene ruke da u njoj slobodno uvede uređenje po svom nahođenju iako je još za vreme okupacije (1881—1908) u velikoj meri ograničila formalni suverenitet Turske. Austrougarska je „velikodušno“ zatvorila svoje konzulate u Bosni i Hercegovini (koji su joj postali nepotrebni u „sopstvenoj“ državi) ali i konzulate drugih država koji su bili otvoreni njihovim ugovorima s Turskom iako ih je mogla zadržati na snazi.⁷

Pravno stanje u Bosni i Hercegovini je za vreme okupacije bilo neodređeno delom i zato što su neki smatrali da je ona privremena.⁸ Međutim, pravno uređivanje nije bilo moguće jer se Bosna i Hercegovina nije uklapala u dvojni poredak unije nastale 1868. godine. Zato Bosna i Hercegovina nije nikad bila inkorporisana u Austrougarsku i nije bila zastupljena u zajedničkim organima. Kao celina Bosna i Hercegovina nije imala ni svoje organe⁹ već se njome upravljalo iz Beča. Bosna i Hercegovina je bila pod upravom Ministarstva finansija, jedinog zajedničkog ministarstva za unutrašnje poslove, na čijem su se čelu izređali Benjamin Kalaj, Ištvan Burijan i Poljak Leon Bilinski, jedini Sloven na vrhu dvojne monarhije. U Bosni i Hercegovini je bila vojna uprava na čijem su čelu bili generali Marijan Varešanin, Oskar Počorek, bivši pomoćnik načelnika Generalštaba, i Stjepan Sarkotić.

Od trojice ministara finansija najliberalniji je bio Burijan. Na njegovu inicijativu je, 4/17. februara 1910, objavljen Zemaljski ustav (Statut) za Bosnu i Hercegovinu kojim su ustanovljeni Bosansko-hercegovački sabor i Zemaljska vlada. Sabor nije imao velika ovlašćenja jer je zakonodavna vlast ostala u rukama Austrougarske a ona je imenovala i članove Predsedništva Sabora.¹⁰ Ustav je garantovao lična, po-

6 F. Šišić (ed.) /1920/: *Dokumenti o postanku Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca 1914–1919*, Zagreb, dok. 49, str. 82.

7 Poslanik Srbije u Parizu Milenko Vesnić je, 27. juna/ 10. jula 1914, predložio svojoj vladi da se Poenkareova poseta Petrogradu iskoristi da se vaspostavi francuski konzulat u Sarajevu koji je te godine ukinut. Bilo bi dobro da to predloži Rusija, naročito posle „vidovdanskog događaja“. V. Dedijer, Ž. Anić (eds.) /1980/: *Dokumenti o spoljnoj politici Kraljevine Srbije 1903–1914*, knj. VII, sv. 2, 1/14. maj — 21. juli / 4. avgust 1914, Beograd, str. 517. Načelnik u Ministarstvu inostranih dela Slavko Grujić je naložio da se to saopšti Poslanstvu u Petrogradu da tako postupi. *Ibid.* str. 548. Podsećanje je ponovio 30. juna / 13. jula 1914. *Ibid.* dok. 400, str. 542—543.

8 Na to je povremeno podsećala Turska navodeći da je u tajnom dokumentu rečeno da je okupacija privremena.

9 S. Savić /2015/: *Pravni sistem i diskriminacija u Bosni i Hercegovini u vrijeme austrougarske vladavine – in: Pravni sistem i zaštita od diskriminacije*, Zbornik radova, prva sveska, Kosovska Mitrovica, str. 502.

10 Sačinjavali su ga predstavnici muslimana, Srba i Hrvata Safet beg Vašagić, Vojislav Šola (od 1913. Danilo Dimović) i dr Nikola Mandić (od 1914. dr Jozo Sunarić). N. Stojanović /1938/: *Bosna i*

litička i ekonomska prava ali građani Bosne i Hercegovine nisu imali državljanstvo čije je uređivanje bilo u odvojenoj nadležnosti Austrije i Mađarske već su bili „zemaljski pripadnici“¹¹ koje je Austrougarska štitila još za vreme okupacije iako je to trebalo da čini Turska. Konvencijom između Austrougarske i Turske, od 9/21. aprila 1879. je bilo predviđeno da će se o položaju stanovnika Bosne i Hercegovine u drugim državama („koji budu boravili ili putovali van ovih pokrajina“) urediti posebnim sporazumom (čl. 6).¹²

Izgleda da je jedini napredak u odnosu na ranije stanje bio u mogućnosti poslanika da govore u Saboru i u organizaciji uprave i sudova. Profesor Mehmed Begović je hvalio uređenje austrougarskih sudova i njihovo staranje za poštovanje zakonitosti za razliku od turskih sudova.¹³ Moglo je tako biti na papiru u vreme mira ali nam Kočićevi radovi „Jazavac pred sudom“ i „Sudanija“ daju drugačiju sliku tadašnjeg pravosuđa. Na čelu uprave su bili zemaljska vlada i poglavar kao šef uprave, general bez vojnih ovlašćenja. U Bosanskohercegovačkom saboru je bilo kritike zbog njegove male nadležnosti ali je bilo i oportunistička.¹⁴

Nezadovoljstvo je bilo veće u narodu koje je ispoljeno na dan otvaranja Sabora, 2/15. juna 1910. kada je student iz Nevesinja Bogdan Žerajić izvršio (neuspeli) atentat na poglavara Marjana Varešanina. U vezi s tim je Edvard Beneš pisao: „Pozitivni elementi narodnog pokreta“ su tražili „punu ravnopravnost s Nemcima i Mađarima, pravu ustavnost i puno poštovanje njihovih narodnih osećanja i interesa.“¹⁵ Sabor je, 3/16. novembra 1912. izrazio drugačije osećanje naroda deklaracijom kojom je pozdravljena pobjeda Srbije u Prvom balkanskom ratu a Počorek je tražio ovlašćenje da uvede vanredne mere. Novi ministar finansija Bilinski (koji je prethodne godine zamenio Burijana) je, na Počorekov zahtev, smanjio ovlašćenja ministarstva a povećao zemaljskog poglavara da bi ojačao položaj Austrougarske u Bosni i Hercegovini vojnim aktivnostima.

U Bosni i Hercegovini je došlo do velikih pokreta i vojnih manevara uključujući kretanja vojske duž granice sa Srbijom.¹⁶ O tome se pisalo i u novinama ali je poslanik Srbije u Beču Đorđe Simić smatrao da je to zbog stanja u Turskoj (posle rata s Italijom) i „novog stanja na Balkanu.“¹⁷ Dva meseca kasnije Austrougarska je objavila mobilizaciju u Bosni i Hercegovini. Otpравниk poslova u Londonu Slavko Grujić je, telegramom od 14/27. oktobra 1912, javio Ministarstvu inostranih dela u Beogradu da je državnog sekretara britanskog ministarstva inostranih poslo-

Hercegovina pod Austro-Ugarskom upravom, *Srpski narod u XIX veku*, knj. 15, Beograd, p. 132.

11 S. Savić: *op.cit.*, str. 505.

12 M. Stojković (ed.) /1998/: *Balkanski ugovorni odnosi 1876–1996*, I (1876–1918), Beograd, dok. 42, str. 152; Ž. M. Perić /1905/: O pravnom položaju Bosanaca i Hercegovaca u stranim državama, *Branik*, no. 10–11, str. 721–753; no. 12, str. 905–948.

13 Izjava novinaru „Politike“. D. Adamović /1982/: Razgovori sa savremeniciima, Beograd, str. 47. Nav. prema: M. Orlić /1996/: Pravna vrednost Srpskog građanskog zakonika, *Sto pedeset godina od donošenja Srpskog građanskog zakonika (1844–1994)*, SANU, Beograd, str. 374, bel. 7.

14 V. Čorović /1992/: *Odnosi Srbije i Austrougarske u XX veku*, Beograd, str. 361.

15 V. Čorović: *ibid.*, str. 364.

16 Austrougarska je 1908. zahtevala od Srbije da smanji oružane snage.

17 Pismo ministru inostranih dela od 30. jula /12. avgusta 1912. M. Vojvodić (ed.) /1986/: *Dokumenti o spoljnoj politici Kraljevine Srbije 1903–1914*, knj. V, sv. 2, dok. 119, str. 300.

va Nikolsona obavestio o austrougarskoj mobilizaciji u Bosni i Hercegovini koji je „pažljivo pribeležio podatke i iskreno zahvalio“.¹⁸ Stalna napetost u Bosni i Hercegovini je zahtevala nove mere koje su slabile Austrougarsku umesto da je ojačaju i dovodile je do ivice sa koje se prelazi u oružane sukobe kako unutra tako i spolja. To potvrđuje prepiska Bilinskog i Počoreka krajem maja 1913. godine. Austrougarska je sve više primenjivala vojne manevre koji su povećavali zategnutost u odnosima sa stanovništvom umesto da stvore osećaj sigurnosti. Međunarodna zategnutost nije smanjena ni u godini kada je obeležavana 1600. godišnjica Milanskog edikta (1913). Vrhunac zategnutosti je dostignut 15/28. juna 1914. godine.¹⁹

Od atentata do početka rata. — Na vest o atentatu već na Vidovdan su nastali masovni neredi ne samo u Sarajevu nego i širom Bosne i Hercegovine. Organizovane su masovne rušilačke demonstracije i napadi ne samo na Srbe koji su bili politički aktivni već i na srpske trgovačke radnje koje su pljačkane. Vreme od atentata do početka rata je bilo ispunjeno strahom svakog viđenijeg Srbina. Posle predaje ultimatumu Srbiji počelo je zatvaranje po pripremljenim spiskovima i uzimanje talaca.²⁰ Hapšeni su uglavnom nacionalisti i pobornici ideje narodnog jedinstva među kojima i pravoslavni sveštenici.²¹ Srbi iz istočne Bosne su proterivani u Hrvatsku gde je proganjanje Srba podsticano, odnosno prenošeno iz Austrougarske koja je demonstracije smatrala „nesumnjivom državnom potrebom“²² u jednom neverovatnom opsegu bez i najmanjeg obzira na postojeće državne zakone.²³

Demonstracije su održane na dan atentata i u Zagrebu jer je ubijeni prestolonaslednik predstavljen kao neprijatelj Mađara i da bi u borbi protiv njih najveći oslonac mogao naći u Hrvatskoj²⁴ i da će ona osvetiti „hrvatskog prestolonaslednika“²⁵. Kakva će osveta biti videlo se iste večeri kada su razbijeni prozori na Srpskoj banci i sedištu „Novosti“, gađan kamenjem i ciglama Srpski soko a uredništvo „Pokreta“ demolirano. Demonstracije su trajale tri dana, demonstranti su upadali u srpske kuće, radnje i srpsku crkvu a u Saboru su frankovci napravili nered na komemorativnoj sednici.²⁶ Demonstracije su bile i u Đakovu, Petrinji, Slavonskom Brodu i Osijeku.

Gore su bile demonstracije u Sarajevu, održane na poziv gradske uprave građanima i plakativane 28. i 29. juna.²⁷ Svi neredi su se odigrali na očigled policije i

18 M. Vojvodić (ed.): *ibid.*, knj. V, sv. 3, dok. 30, str. 174.

19 O austrougarskoj upravi u Bosni i Hercegovini više: V. Ćorović /1939/: *Političke prilike u Bosni i Hercegovini*, Beograd, str. 44–49; H. Kapidžić /1968/: *Bosna i Hercegovina u vrijeme austrougarske vladavine*, Sarajevo.

20 N. Stojanović: *op .cit.*, str. 156.

21 P. Puzović /2014/: *Stradanje sveštenstva Srpske pravoslavne crkve u Hercegovini tokom Prvog svetskog rata, Prvi svetski rat u kulturi i bibliografiji*, knj. 2, Beograd, str. 14. V. Ćorović /1989/: *Crna knjiga*, str. 52–54.

22 V. Ćorović: *Crna knjiga*, str. 28.

23 V. Ćorović: *ibid.*, str. 27.

24 V. Ćorović: *ibid.*, str. 29. i 31.

25 V. Ćorović: *ibid.*, str. 31.

26 V. Ćorović: *ibid.*, str. 31.

27 V. Ćorović: *ibid.*, str. 33.

vojske koja je pozdravljala demonstrante dok u pijanstvu nisu prešli svaku meru pa su vlasti morale da uvedu opsadno stanje. Ono se ticalo samo Srba i iskorišćeno je za zatvaranje srpskih škola. Demonstracije u Sarajevu i Zagrebu su izazvale demonstracije u Doboju, Maglaju, Travniku, Zenici, Mostaru, Stocu, Konjicu, Tuzli, Brčkom, Zavidoviću, Šamcu, Žepču, Varešu, Tešnju, Bugojnu, Visokom. Pasivnost vojske i policije je pravdana njihovim umorom i nemogućnošću da brzo stignu na svako mesto.²⁸

Tokom jula i avgusta 1914. je doneto više propisa. Zatvorene su srpske škole, zabranjena je upotreba ćirilice, ukinuta su srpska društva, zabranjena srpska zastava, ukinuta srpska slava, zabranjeno je nošenje srpske šajkače i počelo je gonjenje svih koji su imali bilo kakve veze sa Srbijom.²⁹ Kada je austrougarski poslanik napustio Beograd znalo se da će početi rat. Iste noći je u Bosni i Hercegovini počelo hapšenje svih uglednijih Srba i muslimana koji su se družili s njima. Vlasti su u zatvorima „ujedinile, bez razlike, pripadnike svih srpskih stranaka“ osim nekih pojedinaца vojnih obveznika.³⁰

2. BOSNA I HERCEGOVINA U RATU

Rat nije zaobišao Bosnu i Hercegovinu iako je počeo zbog nje. Ratna dejstva nisu vođena u Bosni i Hercegovini, kako se smatralo u bečkim krugovima u maju 1914, već na teritorijama drugih država. Posledice počinjanja rata je osetilo stanovništvo Bosne i Hercegovine. Proglas Franje Josifa o ratu, od 16/29. jula 1914,³¹ je pretvorio i Bosnu i Hercegovinu u uporište terora u vanrednom stanju koje je proglasio Počorek. Austrougarska je u Bosni i Hercegovini povelala rat protiv svojih podanika.³² Proglas je pratilo zavođenje prekih sudova, kazne su krajnje pooštrene (za neka dela je propisana smrtna kazna).

Među stanovnicima je došlo do velikih podela. Jedni su bili mobilisani i poslani na frontove u Srbiji, Rusiji i Italiji. Za borbe u Srbiji su mobilisani uglavnom muslimani jer je napad krenuo iz Bosne pod komandom Počoreka. Nosili su austrijske uniforme a na glavi fesove. Borili su se junački i činili mnoga zla. Mnogi su bili zarobljeni i smešteni u pojedinim gradovima u Srbiji. Zarobljenici jugoslovenskog porekla su stupali u srpsku vojsku³³ a Austrougarska ih je smatrala za izdajnike koji su se dobrovoljno predali. Ostali su se vratili u Bosnu s vojskom koja se povlačila iz Srbije, mnogi kao ranjenici. Isto je bilo s austrougarskim zarobljenicima u Rusiji. Oni su obrazovali dobrovoljačku diviziju (docnije Jugoslovenska divizija) koja se borila u Dobrudži protiv Bugarske. Međunarodnih oružanih sukoba u Bosni je ipak

28 V. Čorović: više na: *ibid.*, str. 27–43.

29 P. Puzović: *op. cit.*, str. 14–15; D. Mastilović /2012/: *Između srpstva i Jugoslavije 1914–1918*, Banja Luka, str. 140.

30 V. Čorović /1939/: *op. cit.*, str. 51.

31 Za tekst vid. M. Stojković: *op. cit.*, dok. 166, str. 424–425.

32 P. Slijepčević /1915/: *Austro-Ugarska protiv svojih podanika*, Niš.

33 Obrazovana su četiri bataljona sa ukupno 33.500 ljudi. V. Stojančević /1985/: *Stvarnost Srbije 1915. godine* – in: *Srbija 1915. godine*, Zbornik radova, str. 15.

bilo. Srpska i crnogorska vojska je, krajem 1914, došla skoro do Sarajeva. Zbog jake austrougarske protivofanzive je bila prinuđena da se povuče.³⁴

Stanovnici koji su ostali u Bosni i Hercegovini su bili podvrgnuti drugim iskušenjima kojih nisu bili pošteđeni ni poslanici u Bosanskohercegovačkom saboru koji je raspušten carevim ukazom od 24. januara / 6. februara 1915. godine kao ni poslanici Hrvatskog sabora čiji je rad bio prekinut. Oni su bili hapšeni kao taoci bez obzira na imunitet.³⁵ Građani su masovno sprovedeni u internaciju u Aradu, Doboju, Teherdorfu, Turonju, Šopronjskom, Nežideru³⁶ u koje su slati kako kriminalci tako i internirci, politički osuđenici i ratni zarobljenici od kojih je većina tamo umrla.³⁷

Osim malobrojnih u austrougarskoj službi ni oni koji su ostali kod svojih kuća nisu bili pošteđeni. Masovno su uzimani kao taoci pod pretnjom represalija ako dođe do napada na pripadnike vojske ili upravnog aparata. Za taoce su smatrani oni koji nisu izvršili krivična dela ali su smatrani politički nepouzdanim ili sumnjivim.³⁸ Oni koji su bili formalno ostavljeni na slobodi su bili izloženi mučenjima, patnjama i bili su ubijani. U tome su se naročito isticali pripadnici domaće „zaštitne čete“ (šuckori), obrazovani za „održavanje reda“, za svojevrsni građanski rat između stanovnika Bosne i Hercegovine.³⁹

Posle vojnih neuspeha u ratu protiv Srbije (krajem 1914) smenjen je komandant i ujedno zemaljski poglavar Bosne i Hercegovine Oskar Počorek. Zamenio ga je Hrvat Stjepan Sarkotić a njegov zamenik je bio takođe Hrvat, advokat dr Nikola Mandić ali ni „domaća“ uprava nije poboljšala položaj stanovnika koji su bili nemilosrdno pljačkani.⁴⁰ U vršenju zločina nije zaostajala ni vojska,⁴¹ naročito prema Srbima vojnim obveznicima iz Bosne i Hercegovine.⁴²

Na posebnom udaru su bili pravoslavni sveštenici iz sve četiri eparhije u Bosni i Hercegovini (banjalučke, dabro-bosanske, zahumsko-hercegovačke i tuzlanske). Kao i ostali građani sveštenici su proganjani, zlostavljani, mučeni, uzimani kao taoci, slati u logore i pred vojne sudove. Preživeli su brzo umirali zbog narušenog zdravlja.⁴³ O tome je mitropolitu crnogorskom Mitrofanu Banu pisao, 28. septem-

34 B. Krizman, B. Hrabak (eds.) /1960/: *Zapisnici sa sednica delegacije Kraljevine SHS na mirovnoj konferenciji u Parizu 1919–1920*, Beograd, str. 367.

35 Predsednik Hrvatskog sabora dr Bogdan Medaković je vezan doveden iz Opatije u Zagreb. V. Čorović /1989/: *op. cit.*, str. 140.

36 V. Čorović /1989/: *ibid.*, str. 65–76, 129–133, 135–137; P. Slijepčević /1929/: *op. cit.*, str. 222–225.

37 Austrougarska je 1916. za izgradnju pruge Višegrad – Mokra Gora preko Šargana koristila ratne zarobljenike koji su nastradali u neuspehom poduhvatu. (Posle rata 1921. vlasti nove države su za isti poduhvat koristile austrougarske zarobljenike, među kojima je bilo stručnjaka, ali do nesreće nije došlo zbog izbora bolje trase.) Potresne podatke o umrlima daje P. Slijepčević /1929/: *ibid.*, str. 391–396. U Nežideru je umrlo 2.200 interniranih, među kojima i stric pisca ovih redova. Procenjeno je (1920) da je u Velikom ratu u Bosni i Hercegovini stradalo oko 400.000 Srba.

38 V. Čorović /1989/: *op. cit.*, str. 45–64.

39 V. Čorović: *ibid.*, str. 17, 46–47.

40 V. Čorović: *ibid.*, str. 167–180.

41 V. Čorović: *ibid.*, str. 17, 77–97.

42 V. Čorović: *ibid.*, str. 99–105.

43 P. Puzović: *op. cit.*, str. 13.

bra 1914, mitropolit pečki Gavrilo Dožić koji je, 2. septembra 1914, došao u Foču s Drinskim odredom.⁴⁴ Mitropoliti sve četiri eparhije su zahtevali od austrougarskih vlasti da se iz zatvora pusti izvestan broj sveštenika da život ne bi bio potpuno paralisano. Pušteno je nekoliko sveštenika za koje su date garantije.⁴⁵

Suđenja. — Već na početku rata su pravila vojnog zakonodavstva protumačena da ne postoje smetnje da se u Bosni i Hercegovini i na okupiranim područjima, naredbom nadležnog komandanta, uvede preki sud kao „zastrašujuća mera“ čije će presude potvrđivati vojni zapovednik. Postupak je pojednostavljen da se, umesto zapisnika, vode kratke beleške („sumarni protokol“).⁴⁶ „Sud se u Bosni i Hercegovini dao potpuno u službu antisrpske politike i dug niz procesa jasno svedoči u kom se duhu raspravljalo i kako se sudilo u njima.“⁴⁷ Odmah posle atentata u Sarajevu Zemaljska vlada je, 9. jula 1914. obavestila političke vlasti da postoji izvesna „nacionalističko-revolucionarna omladinska organizacija“ a 25. jula je saopštila imena nekih đaka i zatražila da im se sudi.⁴⁸ Serija suđenja je mogla da počne. Krenula je od Banjaluke a završila se u Sarajevu.

Među suđenjima Vladimir Ćorović kao najranije navodi suđenje u Banjaluci Stevanu Stojanoviću, 14. oktobra 1914, što je na bakljadi Poćoreku rekao da se zemlja neće prevrnuti ako je poginuo „mali car“.⁴⁹ Usledio je prvi veleizdajnički proces u Sarajevu, 29. septembra / 12. oktobra 1914, protiv učesnika u atentatu na Franju Ferdinanda i Sofiju Hoenberg. Među dvadeset petoricom optuženih bila su četiri Kerovića i dva Čubrilovića. U optužnici se kaže da atentat nije bio samo lična tragedija već politički događaj prvog reda. Motivi su bili idejni a ne lični i zato se delo ne može kvalifikovati kao umorstvo. Atentatori su hteli da onemoguće reorganizaciju Monarhije kako je zamišljao Franja Ferdinand da bi Austrougarska bila jača. U optužbu je unet stav iz ultimatumu Srbiji o velikosrpskoj ideji koja je raširena u svim društvenim slojevima i da je zato poznata svim optuženima iako su sedmorica od njih bili seljaci. Od 25 optuženih oslobođeno je devet a osuđeno 16, od kojih pet na smrt. Dvojici je smrtna kazna zamenjena robijom a nad trojicom je izvršena 3. februara 1915. godine. Za vreme izdržavanja kazne šestorica su umrla, među kojima trojica prvih optuženih (Gavrilo Princip, Trifko Grabež i Nedeljko Čabrinović).⁵⁰

Stjepan Sarkotić je, u Banjaluci 12. februara 1915. rekao banjalučkom mitropolitu Vasiliju da su sveštenici i učitelji glavni krivci koji su zaveli narod⁵¹ a u novinama je javna optužba proširena na lekare i advokate, mlade sudije i činovnike koje nazivaju veleizdajnicima. Oni su „sistematski trovali narod i napravili ga veleizdajnicima i beskućnicima“.⁵² Nije prošlo ni tri nedelje od Sarkotićeve izjave a u Okružnom sudu u Banjaluci je, 3. marta 1915, počelo suđenje grupi od 27 đaka, direktora i dva

44 P. Puzović: *ibid.*, str. 16–17.

45 P. Puzović: *ibid.*, str. 24. Više: P. Slijepčević /1929/: *op. cit.*, str. 229–232.

46 Više: V. Ćorović /1989/: *op. cit.*, str. 107–117.

47 V. Ćorović: *ibid.*, str. 143.

48 V. Ćorović: *ibid.*, str. 147.

49 V. Ćorović: *ibid.*, str. 144.

50 V. Ćorović: *ibid.*, str. 148–150.

51 V. Ćorović: *ibid.*, str. 141.

52 V. Ćorović: *ibid.*, str. 142.

profesora gimnazije, jednog đaka Učiteljske škole, jednog sveštenika i jednog bankarskog činovnika što su, po uputstvima iz Trsta i Ljubljane, hteli da osnuju društvo „Jugoslavija“. Kažnjeni su zatvorom od 14 dana do dve godine a jedan optuženi je oslobođen. Nezadovoljan kaznama poglavar je naredio da se više ne sudi u mestima stanovanja optuženih.⁵³

U skladu s pomenutom naredbom u Sarajevu su, 12. maja 1915, osam učenika i dva građanina iz Mostara, osuđeni zato što su nameravali da osnuju društvo „Srpsko-hrvatska đačka omladina“ koje treba da organizuje koncerte u Bosni i Hercegovini za račun društva „Prosvjeta“.⁵⁴ Sledila su suđenja većem broju učenika. Pred Okružnim sudom u Travniku se, 14. juna 1915, našlo 65 učenika iz Sarajeva i Trebinja. Optuženi su i osuđeni zato što su u Trebinju osnovali filijalu „Srpsko-hrvatske nacionalne omladine“ čiji je cilj bilo kulturno i političko ujedinjenje Južnih Slovena u jednu državu. Optužene su branili advokati Vladimir Andrić i Danilo Dimović.⁵⁵ S „veleizdajom“ je imala veze Staka Bakonjić, sestra osuđenih Čubrilovića. Okružni sud u Sarajevu je osudio 26. juna 1915. što je bratu Branku Čubriloviću pisala da im je brat Veljko obešen kao junak. Za tu „krivicu“ je bila osuđena na dve nedelje zatvora ali je Vrhovni sud, 1. oktobra 1915, kaznu povisio na šest nedelja zbog njenog političkog ponašanja i priznanja da je bila predsednik ženskog antialkoholnog društva „Pobratimstvo“ čije su političke tendencije dobro poznate.⁵⁶ Za sličnu „krivicu“ je Okružni sud u Banjaluci, 16. avgusta 1915, osudio Petra Radakovića jer je na bakljadi Poćoreku u Banjaluci, kada se klicalo „Živio“, izgovorio: „Dolje s njime, lane je kasap bio“.⁵⁷

Mnogo ozbiljnije je bilo suđenje četrdesetorici učenika i trojici profesora gimnazije u Tuzli koje je počelo u Bihaću 13. septembra 1915. godine. Trajalo je do 5. oktobra 1915. zbog optužbe za veze s „Narodnom odbranom“ a neki su optuženi i za dela izvršena na đačkom izletu 7. aprila 1912. godine. Izrečene su stroge kazne (jedan maturant je osuđen na smrt ali je kazna zamenjena za 10 godina robije) a optužene je branio Danilo Dimović.⁵⁸ Bio je to uvod u najveće suđenje u našoj istoriji. I najveći politički događaj u Bosni za vreme rata kako reče Pero Slijepčević⁵⁹ a za Vladimira Čorovića, jednog od optuženih, „najzanimljiviji“.⁶⁰

Državni tužilac je, 3. novembra 1915. pred sudom u Banjaluci optužio za veleizdaju 156 lica, među kojima i tri maloletnika i za sve zatražio smrtnu kaznu. Na dugačkom spisku⁶¹ se našlo 32 trgovca i trgovačkih pomoćnika, 26 seljaka, 19 sveštenika⁶², 14 učitelja, 13 zanatlija, 12 privatnih činovnika, 12 đaka, osam državnih

53 P. Slijepčević /1929/: *op. cit.*, str. 234.

54 V. Čorović /1989/: *op. cit.*, str. 147–148; P. Slijepčević: *ibid.*, str. 234.

55 V. Čorović /1989/: *ibid.*, str. 147–148; P. Slijepčević: *ibid.*, str. 234–235.

56 V. Čorović /1989/: *ibid.*, str. 143–144.

57 V. Čorović /1989/: *ibid.*, str. 144.

58 V. Čorović /1989/: *ibid.*, str. 148; P. Slijepčević /1929/: *op. cit.*, str. 235–236.

59 P. Slijepčević: *ibid.*, str. 236.

60 V. Čorović /1989/: *op. cit.*, str. 150.

61 V. Čorović /1989/: *ibid.*, str. 150–151.

62 H. Hinkovitch /1916/: *Procès politiques contre les Yougoslaves, „Le régime politique d'Autriche-Hongrie en Bosnie-Herzégovine et les procès de haute trahison“*, Annemasse, navodi 44 trgovca i 20 sveštenika, p. 76.

činovnika, šest gostioničara, pet profesora, dva lekara, dva inženjera, dve dame i jedan advokat (Stevan Moljević).⁶³ Među optuženima je bilo mnogo poznatih ličnosti iz javnog života (Vasilj Grdić, Branko Čubrilović, Vojislav Kecmanović, Kosta Krajšumović, Vaso Medan, Jefto Dučić, Vladimir Ćorović, Vojislav Besarović, Atanasije Šola, Stevan Moljević, Dušan Subotić) a branili su ih takođe poznati Danilo Dimović, Vladimir Andrić i Josip Soukal. Suđenje, ipak, nije obavljeno u zamišljenom sastavu jer je za vreme istrage umro jedan osumnjičeni (Kosta Jevtić), u toku suđenja su umrla četvorica optuženih (Jovo Pavlović, Jakov Erić, Risto Barnjaković i Dragoljub Kesić), jednom optuženom (Miću Mićoviću) je zbog bolesti suđenje izdvojeno a protiv jednog optuženog (Božidara Tomića) je postupak obustavljen jer je mesec dana pre toga za veleizdaju u Bihaću osuđen na 13 godina robije.⁶⁴ Suđenje u Banjaluci je završeno 16. marta 1916. a presuda je izrečena na Veliku subotu, 22. aprila 1916. godine. Od 150 optuženih osuđeno je 97 (16 na smrt i 81 na robiju od tri do 20 godina) a 53 je oslobođeno zbog nedostatka dokaza. U postupku po žalbama Vrhovni sud je nekima kaznu smanjio a nekima povećao.⁶⁵

Nijedno suđenje do tada nije dobilo publicitet u međunarodnoj javnosti kao ovo, ne samo zbog broja optuženih već i zbog optužbe koja je imala političko obrazloženje. Listovi iz savezničkih i neutralnih zemalja su početkom novembra 1915. javljali da će 5. novembra početi veliko suđenje u Banjaluci⁶⁶ ističući da je reč o 156 nevinih ljudi.⁶⁷ Samo suđenje je detalj u sklopu ratne politike Austrougarske o čemu se mogu naći mnogi neoborivi dokazi u radovima profesora Rajsja.⁶⁸ Verovatno je to bio razlog dugog rešavanja o žalbama i neizvršavanja smrtnih kazni. Razumljivo je što je Vladimir Ćorović tom suđenju posvetio najveću pažnju ne samo zato što je bio lično zainteresovan već zbog mnogih nedostataka u postupku o kojima se može napisati posebna knjiga.⁶⁹ Ne upuštajući se u pojedinosti, mora se pomenuti da je u optužnici i presudi Ćoroviću kao otežavajuća okolnost navedena ženidba u Beogradu sa „sestrom poznatog Jovana Skerlića“.⁷⁰

Osuđenima na smrt je pomogla promena na austrougarskom prestolu a još više zahtevi za stranu intervenciju. Iz Sarajeva je, preko papskog nuncija u Beču, upućena molba papi. Srpska vlada i bosanskohercegovački emigranti su se obratili Interparlamentarnoj uniji. Intervenisali su i Svetsko udruženje žena, papa i španski kralj Alfons XIII koji se lično obratio caru Karlu. Izgleda da je to odlučilo da austrij-

63 V. Ćorović /1989/: *op. cit.*, str. 151. Hinković navodi četiri advokata i četiri žene, p. 76. Drugačije u nepotpisanom tekstu o banjalučkom procesu, str. 3.

64 P. Slijepčević: *op. cit.*, str. 236.

65 Npr. Vladimiru Ćoroviću je kazna od pet godina povećana na osam godina robije.

66 *Le Procès de Banialouka*, „Le régime politique d'Autriche-Hongrie...“, pp. 3–8.

67 *Ibid.*, p. 5.

68 *Ibid.*, p. 7. Rajs je imao nameru da o Banjalučkom procesu govori na Međunarodnoj konferenciji o narodnostima u Lozani (1916). Tekst govora navodi Z. Levental /1984/: *Švajcarac na Kajmakčalanu*, Beograd, p. 106. U Americi je objavljena knjiga „Banjalučki proces“, Njujork, 1916 (ime pisca pseudonim: Milan Toplica).

69 V. Ćorović /1989/: *op. cit.*, str. 150–161, 162–164.

70 V. Ćorović /1989/: *ibid.*, str. 155.

ski car i mađarski kralj pomiluje osuđene na smrt.⁷¹ U protestu Narodnom vijeću Slovenaca, Hrvata i Srba (novembra 1918) Stjepan Sarkotić tvrdi da je „svih 20 na smrt osuđenih opomilovano bilo“ na njegov predlog i njegovim posredovanjem.⁷² Ćorović nije hteo da se osvrće na pojedinačne tvrdnje ističući da se ne radi o pojedincima već o čitavom sistemu.⁷³

Da je reč o sistemu potvrdilo je suđenje pred Okružnim sudom u Sarajevu, od 23. oktobra do 6. decembra 1916. protiv 37 lica kao i nastavak Banjalučkog procesa na osnovu istog optužnog materijala. Branilac je bio Vladimir Andrić. Na smrt su osuđena trojica (kasnije izmenjeno na robiju) a 16 na kazne zatvora od jedne do 10 godina dok je 16 oslobođeno.⁷⁴ Među osuđenima je bio Mićo Mičić koji je optužen u Banjaluci ali mu nije suđeno zbog bolesti. U Sarajevu je osuđen na 10 godina robije. Na suđenju koje je počelo 14/27. februara 1917. urednik „Bosanske vile“ Nikola Kašiković je osuđen na 10 godina tamnice a godinu dana kasnije, 12. januara 1918, su osuđeni njegova supruga Stoja i sin Predrag (na smrt pa pomilovan na 10 godina).⁷⁵ Seriju velikih veleizdajničkih procesa zaključuje suđenje protiv 31 optuženog koje je počelo u Sarajevu 5/18. septembra 1917. kao treća dopuna Banjalučkog procesa. Na smrt je osuđen (pa pomilovan) Radomir Novaković, 11 je osuđeno od jedne i po do 10 godina a ostali su oslobođeni među kojima i dr Savo Ljubibratić.⁷⁶ Bilo je još mnogo suđenja pojedincima koje je teško nabrojati. Tužilac na banjalučkom procesu je, u izboru karakterističnih političkih osuda, naveo 60 banjalučkog okružnog suda, 40 tuzlanskog, 20 mostarskog, 13 travničkog, osam sarajevskog i sedam bihačkog.⁷⁷ Oni kojima nije suđeno su živeli teško i bili su svesno i sistematski iscrpljivani.⁷⁸

Kada se sve ima u vidu može se zaključiti da su stradanja stanovnika Bosne i Hercegovine za vreme Prvog svetskog rata bila daleko veća nego drugih zaraćenih a neokupiranih država. Dok je stanovništvo okupiranih država stradalo od osionih okupatora dotle su stanovnici Bosne i Hercegovine stradali od „sopstvene“ države. To je jedinstveni primer države koja je otvorila dva fronta: jedan prema neprijateljskoj državi a drugi prema jednoj svojoj pokrajini ili većini stanovnika te pokrajine. Stvarni gubici su prikrivani popisom stanovništva u kome je deo ljudskih gubitaka pokriven priraštajem.⁷⁹

Političke prilike. — U takvim okolnostima se ne može govoriti o političkom životu u neokupiranoj Bosni i Hercegovini. Od donošenja ustava (1910) do početka rata mogao je postojati privid političkog života oličenog u postojanju Bosansko-her-

71 V. Ćorović /1989/: *ibid.*, str. 161; P. Slijepčević: *op. cit.*, str. 239. Ukaz od 26. marta 1917. godine. Jedna ulica u Banjaluci nosi ime Alfonsa XIII.

72 V. Ćorović /1989/: *ibid.*, str. 23.

73 V. Ćorović /1989/: *ibid.*, str. 26.

74 V. Ćorović /1989/: *ibid.*, str. 161–162. Jedan je umro u zatvoru pre suđenja. U tekstu P. Slijepčevića: *op. cit.*, str. 240, razlike su u prezimenima (Ranković-Rankić, Mićović-Mićić).

75 V. Ćorović /1989/: *ibid.*, str. 162.

76 V. Ćorović /1989/: *ibid.*, str. 162; P. Slijepčević /1929/: *op. cit.*, str. 240.

77 P. Slijepčević: *ibid.*, str. 240.

78 V. Ćorović /1989/: *op. cit.*, str. 167–179.

79 Za podatak videti: P. Slijepčević /1929/: *op. cit.*, str. 241.

cegovačkog sabora i političkih stranaka. Početkom 1915. Sabor je raspušten a članovi političkih stranaka i poslanici su hapšeni, internirani ili osuđeni.⁸⁰ U Bosni i Hercegovini nije bilo nikakvog političkog života jer je bila velika stega pa su ljudi morali da žive povučeno. Malobrojni političari su uspeli da napuste Bosnu i Hercegovinu dok su vojni obveznici s vojskom otišli na ruski ili italijanski front i tamo prešli na drugu stranu. U Italiji i Francuskoj su osnovali Jugoslovenski odbor koji se zalagao za politiku suprotnu onoj koja je zastupana u Bosni i Hercegovini i drugim krajevima Austrougarske. Iz Bosne i Hercegovine su u Jugoslovenskom odboru bili advokati Dušan Vasiljević, dr Nikola Stojanović i dr Milan Srškić. Danilo Dimović, koji je ostao u Bosni i Hercegovini, je bio izabran za člana Hrvatskog sabora na listi hrvatsko-srpske koalicije.

Posle promene na austrougarskom prestolu i potpisivanja Krfske deklaracije⁸¹ i u Bosni i Hercegovini je delimično oslabila stega i javili su se predlozi o reformama i budućem državnom uređenju ali više kao podrška predlozima o stvaranju države Jugoslovena u okviru Austrougarske⁸² kojoj su se pridružili i Hrvati iz Bosne i Hercegovine,⁸³ bosanskohercegovački katolici⁸⁴, Hrvati⁸⁵ i franjevci iz Bosne i Hercegovine⁸⁶ dok se muslimanski političari nisu izjašnjavali.⁸⁷ Austrougarski političari su ulagali krajnje napore da izbegnu najgore. U dogovoru s Karlom Tisa je boravio Hrvatskoj, Dalmaciji i Bosni da bi se upoznao sa raspoloženjem naroda i agitovao za rešenje u skladu sa željama Mađara nadajući se da je bosansko stanovništvo samo protiv Austrije kako se verovalo pre aneksije Bosne i Hercegovine. Naišao je svuda na odbijanje a u Sarajevu mu je, 7/20. septembra 1918. predat memorandum velike grupe političara koji Ćorović smatra za neku vrstu rezimea svoje knjige.⁸⁸ Vrlo odmereno se počinje pohvalom stanja pre rata da bi se prešlo na suđenja i amnestije i zaključuje: „U kratkim crtama izneli smo patnje, muke, poniženja što ih je narod u Bosni i Hercegovini pretrpio a podnosi ih još i danas. Ovo je samo bleđa slika naših prilika.“⁸⁹ Iz obzira prema Tisi nije pomenuto odvajanje od Austrougarske i zahtev za nezavisnom državom ali je naglašeno da se ne mogu izjasniti dok žive u ropstvu i bez prava na samoopredeljenje. Tisa je bio nezadovoljan i, kako kaže Ćorović, „izgubio prisebnost“, udarao rukom o sto i pretio da će Mađarska, i ako izgubi, imati snage da ih smrvi... Prisutni su mu okrenuli leđa i izašli iz sobe.⁹⁰

80 Npr. na najvećem procesu u Banjaluci (1915–1916) su osuđeni Vasilj Grđić (prvi optuženi), Atanasije Šola, prota Kosta Božić, dr Vojislav Besarović, Matija Popović, dr Jovan Simić i dr Tugomir Alaupović. Na drugim procesima su osuđeni Gligorije Jeftanović i Šćepan Grđić a jedno vreme je bio zatvoren Vojislav Šola. V. Ćorović /1939/: *op. cit.*, str. 51.

81 Dušan Vasiljević je bio član delegacije Jugoslovenskog odbora koja je sa vladom Srbije, 7/20. jula 1917. potpisala Krfsku deklaraciju.

82 F. Šišić: *op. cit.*, dok 59, str. 94.

83 Deklaracija od 13/26. novembra 1917. objavljena u Sarajevu. F. Šišić: *ibid.*, dok 62, str. 104–105.

84 Izjava od 3/17. novembra 1917. F. Šišić: *ibid.*, dok 81, str. 104.

85 F. Šišić: *ibid.*, dok. 62, str. 104–105.

86 F. Šišić: *ibid.*, dok. 65 i 66, str. 107–108.

87 V. Ćorović /1939/: *op. cit.*, str. 54.

88 V. Ćorović /1989/: *op. cit.*, str. 16.

89 V. Ćorović /1989/: *ibid.*, str. 19.

90 V. Ćorović /1939/: *op. cit.*, str. 55; Vid. takođe: H. Kapidžić /1972/: Položaj Bosne i Hercegovine za vrijeme austrougarske uprave, *Pregled*, br. 2, str. 193–195.

Nastavak političke drame se odvijao van Bosne i Hercegovine ali ne bez veze s njom. Na sastanku grupe političara u Zagrebu, kome su prisustvovali i političari iz Bosne i Hercegovine, 23. septembra / 6. oktobra 1918. je obrazovano Narodno vijeće Slovenaca, Hrvata i Srba kao njihovo „političko predstavništvo“ na područjima pod upravom Austrougarske⁹¹ koje je, 6/19. oktobra 1918, objavilo da preuzima u svoje ruke vođenje narodne politike⁹² a 16/29. oktobra se proglasilo za državu⁹³ koja obuhvata i Bosnu i Hercegovinu.

Narodno vijeće je obrazovalo pokrajinska narodna veća za Hrvatsku, Slavoniju, Bosnu i Hercegovinu, Dalmaciju i Vojvodinu. Glavni odbor Narodnog vijeća za Bosnu i Hercegovinu je održao više sednica. Iz zapisnika sednice od 11/24. oktobra 1918. se vidi da je raspravljano o izdavanju proglašenja narodu, odlaganju manifestacija, oslobađanju političkih osuđenika i o organizaciji Narodnog vijeća.⁹⁴ Na sednici od 16/29. oktobra je raspravljano o proglašenju nezavisnosti Jugoslavije, pozivu Antanti da pošalje trupe, o obezbeđenju hrane i o obustavljanju izvoza hrane iz Bosne i Hercegovine.⁹⁵ Dva dana kasnije, 18/31. oktobra, je rešavano o konstituisanju Narodnog vijeća i o sastavu narodne vlade Bosne i Hercegovine.⁹⁶ Pošto je sutradan, 19. oktobra 1. novembra 1918., Stjepan Sarkotić s članovima Zemaljske vlade u Zagrebu predao vlast Narodnom vijeću, ono je istoga dana prihvatilo predlog Glavnog odbora NV za Bosnu i Hercegovinu i imenovalo vladu Bosne i Hercegovine. Za predsednika vlade je postavljen Atanasije Šola a poverenici su za unutrašnje poslove Jozo Sunarić, za pravosuđe Danilo Dimović, za zanatstvo, trgovinu, poštu i telegraf Mehmed Spaho, za poljoprivredu i rudarstvo Vojislav Jelavić, za javne radove i železnice Savo Jelić, za zdravlje dr Uroš Krulj, za prosvetu i bogoštovlje dr Tugomir Alaupović i za ishranu Stevo Žakula. Mesto poverenika za socijalno staranje je rezervisano za socijalno-demokratsku stranku. Za predsednika Vrhovnog suda je imenovan dr Halibeg Hrasnica.⁹⁷

Glavni odbor NV je, na sednici od 21. oktobra / 3. novembra, raspravljao o podeli hleba na železničkim stanicama, o čuvanju spomenika Ferdinandu, proglašenju prekog suda u Doboju i organizovanju Narodne garde.⁹⁸ Na sednici Glavnog odbora NV od 22. oktobra / 4. novembra, je raspravljano o isplatama iz Austrougarske banke, rekviziciji žita i šećera i ponovo o izvozu robe.⁹⁹ Vlada Bosne i Hercego-

91 Iz Bosne i Hercegovine su bili Kosta Kujundžić, Gligorije M. Jeftanović, dr Jozo Sunarić, Vojislav Šola, fra Ljubomir Galić, Šćepan Grdić, dr Luka Čabrajić, dr Savo Ljubibratić, Vjekoslav Jelavić, dr Milan Jojkić, dr Tugomir Alaupović, dr Vladimir Ćorović, Hamid Svrzo, fra Didak Buntić, Maksim Ćurković, dr Mehmed Spaho, prota Dušan Pecmanović (Kecmanović?), dr Vojislav Besarović, zastupnici Bosanskog sabora Pero Stokanović, Danilo Dimović, dr Halid beg Hrasnica, Simo Eraković i Đuro Džamonja. F. Šišić: *op. cit.*, dok. 104, str. 172.

92 F. Šišić: *ibid.*, dok. 109, str. 180.

93 F. Šišić: *ibid.*, dok. 121, str. 211.

94 D. Janković, B. Krizman (eds.) /1964/: *Grada o stvaranju jugoslovenske države* (I-I — 20-XII 1918), II, dok.321, str. 383—384.

95 D. Janković, B. Krizman (eds): *ibid.*, dok. 342, str. 418.

96 D. Janković, B. Krizman (eds): *ibid.*, dok. 358, str. 432.

97 F. Šišić: *op. cit.*, dok. 132, str. 218.

98 D. Janković, B. Krizman (eds): *op. cit.*, dok. 396, str. 471—472.

99 D. Janković, B. Krizman (eds): *ibid.*, dok. 405, str. 480—481.

vine, koja je počela da radi 21. oktobra / 3. novembra se pridružila, 23. oktobra / 5. novembra, protestima vlada Hrvatske, Slavonije i Dalmacije savezničkim vladama zbog italijanskog zaposedanja jugoslovenskih teritorija.¹⁰⁰ Vlada je, 27. oktobra / 9. novembra, razmatrala Sarkotićevu žalbu zbog „hapšenja“ u Slavonskom Brodu na putu za Beč.¹⁰¹

3. UMESTO EPILOGA

Dva dana posle austrougarske predaje vlasti u Bosni i Hercegovini je, 21. oktobra/3. novembra, u Padovi potpisan ugovor o primirju između glavnih savezničkih i udruženih država i Austrije kojim je previđeno povlačenje austrougarske vojske na južnu granicu Austrije, tj. znatno severnije od Bosne i Hercegovine. Od narednog dana (4. novembra) napuštene teritorije su mogle da zaposednu savezničke vojske, tj. i srpska vojska. Srpska vlada je izjavila da je zadatak vojske ograničen na održavanje reda i mira pod kontrolom bosanske vlade. Time je, posle više vekova, Bosna i Hercegovina dobila sopstvenu upravu.

Ugovori o primirju s Austrijom i Mađarskom (od 13. novembra 1918) su stvorili privremeno stanje koje je trajalo do 18. novembra/1. decembra 1918. kada je proglašena zajednička država Srba, Hrvata i Slovenaca u čijem se sastavu našla i Bosna i Hercegovina. Taj položaj je potvrđen ugovorima o miru s Austrijom, potpisanim u Sen Žermenu 10. septembra 1919 (čl. 27, t. 4) i Mađarskom, potpisanim u Trianonu 21. maja/4. juna 1920 (čl. 27, t. 2). Austrija je priznala Državu Srba, Hrvata i Slovenaca (čl. 46. Senžermenskog ugovora), njene granice (čl. 89) i odredbe mirovnih ugovora (čl. 90). Isto je učinila i Mađarska (čl. 41, 74, st. 2. Trianonskog ugovora).

Stanovnici teritorija koje su bile sastavni deo Austrougarske su postali državljani država koje su na njima stekle suverenu vlast (čl. 70. Senžermenskog i čl. 61. Trianonskog ugovora) a izuzetno je preddviđena mogućnost opcije za državljanstvo Austrije i Mađarske ili, zbog razlike u pogledu vere ili jezika na delovima teritorija koji su bili u sastavu Austrougarske, za državljanstvo Države Srba, Hrvata i Slovenaca, Italije, Čehoslovačke, Poljske ili Rumunije. Oni ne mogu da budu uznemiravani ili proganjani zbog političkog delovanja od 28. jula 1914. do priznanja suverenosti na tim teritorijama Austrougarske (čl. 92. Senžermenskog i čl. 76. Trianonskog ugovora).

Ova opšta abolicija za političko delovanje ne isključuje krivičnu odgovornost za dela protiv zakona i običaja rata koja se nazivaju jednim imenom ratni zločini. Na taj način su ratnim zločinima nazvana i dela učinjena protiv stanovnika sopstvene države od strane njenih državljana, dakle ne u međunarodnim oružanim sukobima kao pripadnici oružanih snaga različitih država. U ovom slučaju oni su to postali tek posle rata kada su se našli u različitim državama (a ne u vreme kada su izvršili

100 D. Janković, B. Krizman (eds): *ibid.*, dok. 411, str. 485. F. Šišić: *op. cit.*, dok. 142, str. 224–230. Protest dalmatinske vlade u dok. 140, str. 227–228. Protest Narodnog vijeća u dok. 146, str. 231–232.

101 D. Janković, B. Krizman (eds): *ibid.*, dok. 456, str. 536–640. Za tekst vid. V. Ćorović /1989/: *op. cit.*, str. 21–26.

krivična dela). Države na čijim se teritorijama nalaze lica optužena za krivična dela mogu da im sude i da ih kažnjavaju po svojim zakonima čak i ako je protiv njih pokrenut postupak u Austriji ili Mađarskoj ili u nekoj savezničkoj državi (čl. 172, st. 1. Senžermenskog i čl. 157, st. 2. Trianonskog ugovora). Austrija i Mađarska su se obavezale da izruče takva lica državama koje to zahtevaju (st. 2. navedenih ugovora).

Ove odredbe su unete u ugovore o miru na predlog Komisije za ratnu odgovornost i kažnjavanje Konferencije mira, odnosno njenog člana Slobodana Jovanovića koji je, na ličnu inicijativu, za to pridobio delegate Grčke i Rumunije. Komisija je smatrala da nije samo Nemačka prekršila pravila međunarodnog prava pa su takve odredbe unete u ugovore o miru sa svim neprijateljskim državama. U ugovorima sa Austrijom i Mađarskom je predviđeno da odredbe koje se odnose na te države važe i za države koje su dobile teritorije koje su pripadale Austrougarskoj ako se na njihovim teritorijama nalaze lica optužena za dela protiv ratnih zakona i običaja (čl. 276. Senžermenskog i čl. 160. Trianonskog ugovora). Ako su u pitanju njihovi državljani vlada će preduzeti potrebne mere za njihovo gonjenje i kažnjavanje na zahtev zainteresovane države i u sporazumu sa njom (čl. 176, st. 2. Senžermenskog i čl. 160, st. 2. Trianonskog ugovora). Tako su Država SHS, Rumunija, Čehoslovačka, Poljska i Italija dobile pravo da sude tim licima za zločine učinjene protiv bilo koje države.¹⁰²

Izvršiocima krivičnih dela protiv državljana više savezničkih i udruženih država sudiće zajednički vojni sudovi sastavljeni od sudija vojnih sudova zainteresovanih država (čl. 174, st. 2. Senžermenskog i čl. 158, st. 2. Trianonskog ugovora). Začetak ideje o zajedničkom kažnjavanju za krivična dela koja nemaju određeno geografsko opredeljenje koja je ostvarena u Nirnbergu 1945–1946. godine.

Ugovor o miru sa Turskom, potpisan u Sevru 29. jula/10. avgusta 1920, je sadržao slične odredbe. Povrh toga Turska je bila dužna da savezničkim i udruženim državama izruči lica koja one smatraju odgovornim za masakre (pokolje) koji su izvršeni na celoj teritoriji koja je bila sastavni deo Turske carevine od 1. avgusta 1914. godine (čl. 230, st. 1). Savezničke i udružene države su zadržale pravo da obrazuju sud za suđenje optuženima a turska vlada je dužna da prizna taj sud (čl. 230, st. 2). Ako Društvo naroda obrazuje sud nadležan da sudi za navedene masakre savezničke i udružene države zadržavaju pravo da pomenute optužene predaju tom sudu a turska vlada se obavezuje da prizna taj sud (čl. 230, st. 3). Bio je to pokušaj da se obrazuje međunarodni sud za suđenje zločina protiv čovečnosti i genocida.¹⁰³ Reč je bila o masovnom ubijanju Jermena koje je počelo još u drugoj polovini XIX veka što je dovelo do njihovog iseljavanja i prelaska u tadašnje susedne države Grčku i Srbiju. Već od 1885. se beleže jermenske porodice u Beogradu, Valjevu, Kraljevu, Čačku i drugim gradovima gde su našli novi smeštaj.¹⁰⁴

102 A. N. Trajinin /1948/: *Krivična odgovornost hitlerovaca*, Beograd, str. 14. i sled.: M. Radojković /1973/: *Međunarodna zajednica i krivična odgovornost u doba oružanog sukoba* – in: *Zbornik Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja*, no. 2, str. 147.

103 J. Graven /1970/: *Le difficile progrès du règne de la justice et de la paix internationales par le droit. Des origines à la Société des Nations*, René Cassin *amicorum discipulorumque liber II*, Paris, pp. 521–522.

104 G. Otašević /2018/: *Ljudi kojima je – ić bilo spasenje*, Politika, 9. april, str. 23.

Ugovori o miru odmah zatim predviđaju građansku (materijalnu) odgovornost Austrije i Mađarske (pod nazivom „reparacije“). One priznaju da su odgovorne za sve gubitke i štete koje su pretrpele savezničke i udružene vlade i njihovi državljani zbog rata koji im je „nametnut napadom“ Austrije i Mađarske i njihovih saveznika (Bugarske i Turske) (čl. 177. Senžermenskog ugovora i čl. 161. Trianonskog ugovora). Austrija i Mađarska su se obavezale da nadokande štetu učinjenu za vreme rata građanskom stanovništvu savezničkih i udruženih država i njihovim dobrima (čl. 178, st. 2. Senžermenskog i čl. 162, st. 2. Trianonskog ugovora). Reč je o šteti nanetoj личности ili životu građana ili lica koja su oni izdržavali ratnim dejstvima kao što su bombardovanja i drugi napadi kao i posledice tih dejstava, štete pričinjene svirepim postupanjem, nasiljem ili rđavim postupanjem (podrazumevajući povrede života ili zdravlja prilikom hapšenja, deportacije, interniranja ili evakuacije, napuštanja na moru ili prinudnog rada na bilo kom mestu), štete učinjene na teritoriji Austrije i Mađarske ili na okupiranoj teritoriji zbog povrede zdravlja, radne sposobnosti ili časti ili bilo kakvog rđavog postupanja s ratnim zarobljenicima.

Pravila navedena u ovim ugovorima su se u velikoj meri odnosila na stanovnike Bosne i Hercegovine bilo da su izvršioi krivičnih dela i drugih povreda građana bilo njihove žrtve. Potpuno u skladu sa položajem Bosne i Hercegovine u Velikom ratu. Dalji sled događaja i pitanje primene izloženih pravila prelazi okvire naše teme.

ZAKLJUČAK

Bosna i Hercegovina je učestvovala u Prvom svetskom ratu iako nije bila država. Učestvovala je na poseban način kao deo jedne zaraćene strane, formalnopravno kao drugi delovi velike Austrougarske, naseljeni većinom stanovništvom slovenskog porekla. Međutim, za razliku od njih, podnela je daleko veći teret rata i dala danak u krvi. Razloge za to treba tražiti kako u specifičnom etničkom sastavu stanovništva Bosne i Hercegovine tako i u njenom geografskom položaju u središtu Balkanskog poluostrva prema kome su postojali različiti interesi velikih država u raspletu „Istocnog pitanja“. Zbog Bosne i Hercegovine je izbio rat koji se ubrzo pretvorio u svetski požar. Rat je započela Austrougarska ali su svi znali da je njegov pokretač bila Nemačka koja je Austrougarsku podržavala do kraja i bila nezadovoljna zbog njenog samostalnog traženja mira. Zato nije bilo slučajno da je prvi ugovor o miru zaključen s Nemačkom iako je ona poslednja potpisala primirje.

U slučaju Austrougarske najviše je problema bilo oko određivanja kako njenih granica tako i granica brojnih novih država. U jednoj od tih država se našla Bosna i Hercegovina.

U samoj Austrougarskoj je trajao tihi rat između Austrije i Mađarske. One su obe upravljale Bosnom i Hercegovinom zajedničkim zakonodavstvom koje je bilo nedovoljno za potpuno uređenje uprave. Zato se Bosna i Hercegovina našla u spletu kombinacija oko preuređenja dvojne monarhije. U nemogućnosti da dođe do kompromisa između pristalica dvojnog i trojnog uređenja Austrija je koristila vanredno stanje da ojača svoj položaj daleko više nego u drugim pokrajinama van Austrije i Mađarske. Ni u jednoj pokrajini Austrougarske nije bilo toliko nasilja, zločina i

sudjenja kao u Bosni i Hercegovini. Takva strogost je mogla da onemogući javni a posebno politički život ali je ukupni efekat bio suprotan jer se time nije mogla povećati naklonost stanovništva i njegova spremnost da brani „svoju državu“. Naprotiv. Mađari su, krajem rata, pokušali da to iskoriste za sebe ali je bilo prekasno. Kada je stega malo olabavljena osetila se politička živost i želja da se ostvari ono što su u prethodnom veku postigli Nemci, Italijani i Rumuni. Početkom XX veka taj proces je nastavljen u srednjoj i jugoistočnoj Evropi. Nažalost, uvek posle ratova i mnogo ljudske krvi.

Nedosledno ili nepotpuno ispunjavanje ugovora o miru, naročito u pogledu najodgovornijih za kršenje osnovnih pravila međunarodnog prava, je imalo svoje posledice na istom području u Bosni i Hercegovini, četvrt veka kasnije.¹⁰⁵ Nisu izostali koncentracioni logori, preki sudovi, gonjenja sveštenika i masovne seobe stanovništva. I pored toga još ne postoji sveobuhvatan pregled zbivanja, tek se pojavljuju dokumenti i opisi pojedinosti od kojih treba napraviti mozaik. I opet su se zbog selektivne i naštimovane pravde, krajem prošlog veka, dogodila nova krvoprolića sa isto tako lošim mehanizmima za primenu prava.

Danas, sto godina posle istorijskih događaja, stojimo mirno i odajemo počast kako onima koji su svojim životima tako i onima koji su svojim delovanjem doprinieli ostvarenju načela samoopredeljenja i njegovom pretvaranju u jedno od osnovnih načela međunarodnog prava ravnopravnih država i naroda. Stojimo i razmišljamo o poukama iz prošlosti, odlučni da branimo svoje tekovine od savremenih pokušaja tehnološkog i svakog drugog potčinjavanja ili porobljavanja.

LITERATURA

- Čubrilović B. /1934/: *Petar Kočić i njegovo doba*, Banja Luka – Zagreb.
- Čulinović F. /1970/: *Okupatorska podjela Jugoslaviiije*, Beograd.
- Ćorović V. /1928/; „Petar Kočić“, *Spomenica Petra Kočića*, Beograd.
- Ćorović V. /1939/: *Političke prilike u Bosni I Hercegovini*, Beograd.
- Ćorović V. /1989/: *Crna knjiga*, Beograd.
- Ćorović V. /1992/: *Odnosi Srbije i Austrougarske u XX veku*, Beograd.
- Dedijer V., Anić Ž. (eds.) /1980/: *Dokumenti o spoljnoj politici Kraljevine Srbije 1903–1914*, knj. VII, sv. 2, Beograd.
- Graven J. /1970/: *Le difficile progrès du règne de la justice et de la paix internationales par le droit. Des origines à la Société des Nations*, René Cassin *amicorum discipulorumque liber II*, Paris.
- Hinkovitch H. /1916/: *Procès politiques contre les Yougoslaves*, „Le régime politique d'Autriche-Hongrie en Bosnie-Herzégovine et les procès de haute trahison“, Annemasse.
- Janković D, Krizman B. (eds.) /1964/: *Grada o stvaranju jugoslovenske države (I-I — 20-XII 1918)*.
- Kapidžić H. /1968/: *Bosna i Hercegovina u vrijeme austrougarske vladavine*, Sarajevo.

¹⁰⁵ F. Čulinović /1970/: *Okupatorska podjela Jugoslaviiije*, Beograd; B. Petranović /1983/: *Revolucija i kontrarevolucija u Jugoslaviji (1941–1945)*, knj. I, Beograd; Đ. Slijepčević /1991/: *Istorija sprske pravoslavne crkve za vreme Drugog svetskog rata i posle njega*, Beograd.

- Kapidžić H. /1972/: Položaj Bosne i Hercegovine za vrijeme austrougarske uprave, *Pregled*, no. 2.
- Krizman B., Hrabak B. (eds.) /1960/: *Zapisnici sa sednica delegacije Kraljevine SHS na mirovnoj konferenciji u Parizu 1919–1920*, Beograd.
- Levental Z. /1984/: *Švajcarac na Kajmakčalanu*, Beograd.
- Mastilović D. /2012/: *Između srpstva i Jugoslavije 1914–1918*, Banja Luka.
- Milojević M. /2015/: Pravni položaj Bosne i Hercegovine u XIX i XX veku, *Pravna riječ*, no. 45.
- Novaković S. /1954/: *Vaskrs Države srpske*, Beograd.
- Orlić M. /1996/: Pravna vrednost Srpskog građanskog zakonika, *Sto pedeset godina od donošenja Srpskog građanskog zakonika (1844–1994)*, Beograd, bel. 7.
- Otašević G. /2018/: Ljudi kojima je – ić bilo spasenje, *Politika*, 9. April.
- Perić Ž. M. /1905/: O pravnom položaju Bosanaca i Hercegovaca u stranim državama, *Branic*, no. 10–11, no. 12.
- Petranović B. /1983/: *Revolucija i kontrarevolucija u Jugoslaviji (1941–1945)*, knj. I, Beograd.
- Puzović P. /2014/: Stradanje sveštenstva Srpske pravoslavne crkve u Hercegovini tokom Prvog svetskog rata, *Prvi svetski rat u kulturi i bibliografiji*, knj. 2, Beograd.
- Radojković M. /1973/: Međunarodna zajednica i krivična odgovornost u doba oružanog sukoba – in: *Zbornik Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja*, no. 2.
- Savić S. /2015/: Pravni sistem i diskriminacija u Bosni i Hercegovini u vrijeme austrougarske vladavine, „*Pravni sistem i zaštita od diskriminacije*“, Zbornik radova, prva sveska, Kosovska Mitrovica.
- Slijepčević Đ. /1991/: *Istorija srpske pravoslavne crkve za vreme Drugog svetskog rata i posle njega*, Beograd.
- Slijepčević P. /1929/: Bosna i Hercegovina u svetskom ratu, *Napor Bosne i Hercegovine za oslobođenje i ujedinjenje*, Sarajevo.
- Slijepčević P. /1915/: *Austro-Ugarska protiv svojih podanika*, Niš.
- Stojančević V. /1985/: Stvarnost Srbije 1915. godine – in: *Srbija 1915. godine*, Zbornik radova.
- Stojković M. (ed.) /1998/: *Balkanski ugovorni odnosi 1876–1996*, I (1876–1918), Beograd, dok. 42.
- Stojanović N. /1938/: Bosna i Hercegovina pod Austro-Ugarskom upravom, *Srpski narod u XIX veku*, knj. 15, Beograd.
- Šišić F. (ed.) /1920/: *Dokumenti o postanku Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca 1914–1919*, Zagreb.
- Trajnin A. N. /1948/: *Krivična odgovornost hitlerovaca*, Beograd.
- Vojvodić M. (ed.) /1986/: *Dokumenti o spoljnoj politici Kraljevine Srbije 1903–1914*, knj. V, sv. 2.

Momir Milojević

BOSNIA AND HERZEGOVINA DURING THE FIRST WORLD WAR

SUMMARY

Bosnia and Herzegovina has entered in The First World War as the part od Austro-Hungary. Their citizens were mobilized and sent to the fronts in Serbia, Russia and Italy due to participate in the war. When the First World War has ended, Bosnia and Herzegovina became a part of completely different country. That kind of „transit“ wasn't easy. Bosnia and Herzegovina was not in the middle of the war operations, but felt all the weight of the war, especially a part of their civilian population that lived under the conditions of threatening and hostile occupation starting from robbing and destroying another's property, over the unlawful depriving of freedom and detention, treatment, to the massive unfair trials and murders.

And beside all of that, a great and significantly contribute to the liberation of Bosnia and Herzegovina has been given by the teachers and cultural workers, priests and politicians.

Key words: Bosnia and Herzegovina, The First World War, Austro-Hungary, state of emergency, courts-martial, high treason proceedings.

Milan Škulic*

Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu

KRIVIČNO DELO OBLJUBE NAD NEMOĆNIM LICEM – NORMATIVNA KONSTRUKCIJA, NEKA SPORNA PITANJA I MOGUĆE BUDUĆE MODIFIKACIJE

Apstrakt: U radu se objašnjavaju pojam i osnovni elementi normativne konstrukcije krivičnog dela obljuje nad nemoćnim licem, kao jednog od krivičnih dela protiv polne slobode u Krivičnom zakoniku Srbije. Detaljno se analiziraju osnovni oblik i teži oblici obljuje nad nemoćnim licem, mogući oblik krivice kada se radi o ovom krivičnom delu, kao i sva druga bitna obeležja obljuje nad nemoćnim licem u kontekstu pozitivnog krivičnopravnog rešenja. Autor posebnu pažnju poklanja objašnjenju odnosa silovanja kao osnovnog krivičnog dela protiv polne slobode i obljuje nad nemoćnim licem. Posebno se analizira kada može postojati sticaj između silovanja i obljuje nad nemoćnim licem. U tekstu se zaključuje da ako se silovanje u našem krivičnom zakonodavstvu nekim budućim novelama definiše tako da obuhvati ne samo prinudnu obljubu ili prinudni sa njom izjednačen čin, već svaku takvu radnju protivno volji pasivnog subjekta (što je zahtev sadržan u Istanbulskoj konvenciji) to će svakako dovesti i do potrebe za odgovarajućim redefinisanjem inkriminacije obljuje nad nemoćnim licem, a ovaj zaključak je propraćen i konkretnim predlozima u *de lege ferenda* smislu.

Ključne reči: obljava nad nemoćnim licem, krivična dela protiv polne slobode, silovanje, Krivični zakonik, Istanbulska konvencija.

1. UVODNA RAZMATRANJA

Smatra se da je „dugo vremena, centralno pitanje kod krivičnih dela protiv polne slobode (za koja se obično koristi i termin seksualni delikti), bilo kako ih zakonom regulisati, odnosno gde postaviti granicu između dozvoljenog i kriminalnog.“¹ Ovaj problem je očigledno veoma aktuelan i kada se radi o krivičnom zakonodavstvu Srbije, koje već niz poslednjih godina i inače ispoljava izrazitu „dinamičnost“, za šta ipak nema uvek potpunog opravdanja. Naime, bez obzira što načelno nije sporno da se krivično zakonodavstvo, radi prilagođavanja važnim društvenim promenama,

* redovni profesor i sudija Ustavnog suda Srbije, *skulic@ius.bg.ac.rs*

1 Z. Stojanović /2009/: *Krivično pravo*, „CID“, Podgorica, str. 442.

potrebi reagovanja na nove oblike kriminaliteta i sl., mora s vremena na vreme, a nekada i prilično često, u određenoj meri modifikovati, (pre)velike i radikalne promene krivičnog zakonodavstva, a naročito „suviše učestale modifikacije“, ipak nisu poželjne.

Veliki broj „novih“ odredbi sadržanih u novelama Krivičnog zakonika iz novembra 2016. godine, odnosi se na neka potpuno nova krivična dela u sferi zaštite polne slobode, poput polnog uznemiravanja,² kao i još neka krivična dela suštinski povezana sa krivičnim delima protiv polne slobode, koja su naravno, proistekla iz dejstva Istanbulske konvencije, gde spadaju sakaćenje ženskih polnih organa i prinudno zaključenje braka. Te promene za sada nisu obuhvatile krivično delo obljube nad nemoćnim licem, ali će promene i u odnosu na to krivično delo svakako biti neophodne kada naše krivično zakonodavstvo u sferi krivičnih dela protiv polne slobode bude potpuno/potpunije usklađeno sa zahtevima iz Istanbulske konvencije, što se pre svega odnosi, na inkriminisanje „nedobrovoljne obljube/sa obljubom izjednačenog čina, što se u pravno-tehničkom smislu može postići bilo posebnim krivičnim delim, bilo formulisanjem takve inkriminacije kao oblika (osnovnog ili posebnog), krivičnog dela silovanja.

2. POJAM I ZAKONSKI NAZIV KRIVIČNOG DELA OBLJUBE NAD NEMOĆNIM LICEM

Krivično delo obljube nad nemoćnim licem (član 179. KZ Srbije), sastoji se u izvršenju obljube ili sa njom izjednačenog čina, tako što se iskorišćava duševno oboljenje, zaostali duševni razvoj, druga duševna poremećenost, nemoć ili kakvo dugo stanje pasivnog subjekta, usled kojeg ono nije sposobno za otpor.

Zakonski naslov krivičnog dela, propisanog u članu 179. Krivičnog zakonika (*obljuba nad nemoćnim licem*), nije sasvim adekvatan i on je na neki način „zaostao“ i potekao iz vremena kada je i silovanje bilo definisano isključivo kao „prinudna obljuba“, a u sada važećem krivičnom zakonodavstvu Srbije se i kod silovanja, ali i kod ovog krivičnog dela, što je isto i u pogledu drugih krivičnih dela čiji je osnovni sadržaj nekada bila isključivo *obljuba* (poput obljube sa detetom i obljube zloupotrebom položaja),³ može raditi kako o obljudi, tako i o činu koji je sa obljubom izjednačen.⁴

2 U našoj krivičnopravnoj literaturi se i inače, posebno obraća pažnja na objašnjenje kriminalno-političkih „motiva“ zakonodavca kada se radi o ovom krivičnom delu, uz isticanje da se „pod seksualnim uznemiravanjem generalno podrazumeva neželjeno ponašanje sa seksualnom konotacijom vezano za pol, koje vređa dostojanstvo drugoga“. I. Đokić /2017/: *Kriminalnopolitička opravdanost inkriminisanja polnog uznemiravanja u Republici Srbiji*, zajedničko izdanje Crimen-a i Revije za kriminologiju i krivično pravo, broj 2–3/2017, Beograd, str. 543.

3 Naravno, ni obljuba (prema nekadašnjem zakonskom rešenju), kao ni sa obljubom izjednačeni čin (prema sada važećem rešenju Krivičnog zakonika iz 2006. godine), sami po sebi ne mogu biti radnja izvršenja ovog krivičnog dela, niti njegov jedini sadržaj u pogledu samog akta (radnje), pa zato i govorimo o „osnovnom sadržaju“ inkriminacije, već je potrebno da se takva radnja ostvaruje zahvaljujući nekoj drugoj radnji, poput primene sile ili kvalifikovane pretnje (prinuda), kod silovanja ili korišćenja određenih posebnih okolnosti u pogledu izvršioca krivičnog dela, kao

Naime, u zakonskom nazivu se navodi samo *obljuba*, ali ne i *sa obljubom izjednačeni čin*, iako sada (što je u neposrednoj vezi i sa promjenjenom zakonskom koncepcijom u odnosu na silovanje kao osnovno krivično delo protiv polne slobode), postoje dve moguće varijante radnje izvršenja ovog krivično dela; jedna je *obljuba*, a druga je *sa njom izjednačen čin*, pri čemu se ne koristi prinuda (jer bi tada postojalo silovanje), već se iskorišćava odgovarajuće stanje *nemoći* pasivnog subjekta krivičnog dela.

Treba naravno, imati u vidu da je naslov krivičnog dela u ovom slučaju (član 179. KZ), ipak kao i inače, jedno u osnovi pravno-tehničko pitanje, što znači da se u naslovu navodi samo „obljuba“ a ne i „sa obljubom izjednačeni čin“, jer tako naslov s jedne strane, nije predugačak, dok se s druge strane, *obljuba* i inače češće dešava u praksi, a time se konačno i naravno, ne redukuje radnja izvršenja, koja je samom zakonskom opisu inkriminacije definisana alternativno, kao *obljuba* ili sa njom izjednačen čin.

Pored toga, u zakonskom nazivu inkriminacije iz člana 179. Krivičnog zakonika, se kao pasivni subjekt ovog krivičnog dela, navodi samo „nemoćno lice“, iako se u samom zakonskom opisu krivičnog dela *obljube* nad nemoćnim licem, kao pasivni subjekt nabrajaju i određene kategorije koje nisu nemoćna lica u klasičnom smislu i značenju tog termina. Ipak, treba smatrati da je u ovom pogledu zakonski naziv iz člana 179. Krivičnog zakonika, sasvim adekvatan, ne samo zbog pravno-tehničke potrebe za adekvatnom upotrebom određene kraće i uopštene formulacije, već i stoga, što iz samog zakonskog opisa ovog krivičnog dela, proizlazi da u pogledu svake kategorije lica koja mogu biti pasivni subjekt ovog krivično dela, mora postojati osnovna osobenost, a to je da se lice nalazi u odgovarajućem stanju usled kojeg nije sposoban za pružanje otpora, što drugim rečima objašnjeno, znači da se radi o licu koje je u „nemoćnom stanju“, odnosno pasivni subjekt je *nemoćno lice*.

3. OSNOVNI SEGMENTI NORMATIVNE KONSTRUKCIJE OBLJUBE NAD NEMOĆNIM LICEM

Krivično delo *obljube* nad nemoćnim licem ima jedan *osnovni oblik* i *dva kvalifikovana oblika*, koja postoje kada je krivično delo alternativno učinjeno:

- 1) pod određenim posebnim okolnostima koje imaju kvalifikatorni karakter,
- 2) u odnosu na određene posebne starosne kategorije pasivnih subjekata što krivično delo čine težim, ili

kada je u pitanju *obljuba* zloupotrebom položaja, korišćenja posebnog stanja (*nemoći/nesposobnosti za otpor*) pasivnog subjekta itd.

- 4 S druge strane, ovo je i inače sasvim uobičajeno, jer i nekada dok je u našem zakonodavstvu decenijama važila klasična definicija silovanja, te u vreme postojanja i posebnog krivičnog dela protivprirodnog bluda (član 105. nekadašnjeg KZ Srbije), koje je u osnovi obuhvatalo prinudno izvršenje radnji koje sada, tj. prema važećem KZ-u Srbije (član 178. stav 1), spadaju u silovanje (*drugi sa obljubom izjednačeni čin*), ovo krivično delo je imalo isti zakonski naslov – *obljuba* nad nemoćnim licem, iako je u zakonskom opisu krivičnog dela, osim *obljube*, u radnju izvršenja, spadao i protivprirodni blud.

- 3) ukoliko su izvršenjem osnovnog oblika obljube nad nemoćnim licem, prouzrokovane određene teže posledice koje imaju kvalifikatorni karakter.

3.1. Osnovni oblik obljube nad nemoćnim licem

Dva su bitna elementa osnovnog oblika krivičnog dela obljube nad nemoćnim licem . To su:

- 1) *radnja izvršenja*, koja se definiše kao spoj jedne specifične „latentne“ radnje (iskorišćavanje stanja nemoći) i zahvaljujući tome, alternativnog ostvarenja obljube ili sa njom izjednačenog čina, te
- 2) *pasivni subjekt*, koji se nalazi u određenom posebnom stanju usled kojeg nije sposoban za pružanje otpora.

3.2. Radnja izvršenja krivičnog dela obljube nad nemoćnim licem

Radnja izvršenja krivičnog dela obljube nad nemoćnim licem je propisana alternativno kao: 1) obljava ili 2) sa obljubom izjednačeni čin, do čega dolazi iskorišćavanjem posebnog stanja pasivnog subjekta, usled kojeg on nije sposoban za otpor. Obljebu ili sa obljubom izjednačeni čin, treba posmatrati isto kao što se to čini i kad je u pitanju silovanje, koje predstavlja osnovno krivično delo protiv polne slobode.⁵

Iako na prvi pogled deluje kao da su radnja izvršenja obljube nad nemoćnim licem samo i isključivo određene alternativno propisane aktivnosti – obljava ili sa obljubom izjednačeni čin, koje su preduzete u odnosu na lice koje se smatra nesposobnim za otpor, predstavljaju radnje izvršenja krivičnog dela obljube nad nemoćnim licem, same te radnje, po sebi nisu dovoljne, već je potrebno da postoji radnja *iskorišćavanja* određenog stanja nemoći pasivnog subjekta, zahvaljujući čemu učinilac u odnosu na pasivnog subjekta vrši obljubu ili sa njom izjednačeni čin.

Samo „iskorišćavanje“ stanja nemoći u kojem se nalazi pasivni subjekt, ipak nije tipična radnja, već predstavlja neku vrstu „latentne radnje“, jer je ono u stvari, donekle implicitno sadržano u samoj obljubi ili sa njom izjednačenom činu u odnosu na lice koje se nalazi u stanju usled kojeg nije sposobno za otpor, a koje izvršilac i iskorišćava za vršenje obljube ili sa njom izjednačenog čina u odnosu na pasivnog subjekta u takvom stanju. Na tragu ovog shvatanja je i stav po kojem „sam pojam iskorišćavanja treba shvatiti kao *objektivnu*, odnosno unutrašnju vezu između obljube ili neke druge polne radnje, sa uslovima u kojima se ona događa“, kao što je „na primer, besvesno stanje pasivnog subjekta“.⁶

5 M. Škulić /2017/: *Krivično delo silovanja u krivičnom pravu Srbije – aktuelne izmene, neka sporna pitanja i moguće buduće modifikacije*, posebno izdanje časopisa „Crimen“ i „Revija za kriminologiju i krivično pravo, (posvećeno prof. dr Zoranu Stojanoviću), br. 2–3/2017, Beograd, str. 411–414.

6 M. Babić i I. Marković /2013/: *Krivično pravo – posebni dio*, Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci, Banja Luka, str. 141.

Moglo bi se poći i od toga da iskorišćavanje u stvari, uopšte nije radnja učinioca, već da se radi isključivo o radnjama obljuje ili sa njom izjednačenog čina u odnosu na lice koje se nalazi u određenom stanju nemoći. Ovo tumačenje bi se zasnivalo na činjenici da obljava ili sa njom izjednačen čin proizlaze iz stanja nesposobnosti za otpor u kojem se nalazi pasivni subjekat, a pri tom, sam izvršilac nije nekom svojom *prethodnom radnjom* (na primer, onesveščavanjem udarcem u glavu ili davanjem nekog psihoaktivno sredstva i sl.), pasivnog subjekta doveo u stanje „nemoći“, jer bi se tada radilo o silovanju. U takvom slučaju bi radnje izvršioca kojima je pasivni subjekat doveden u stanje nesposobnosti za pružanje otpora, bile smatrane primenjenom silom, kao vidom prinude, što je bitno obeležje krivičnog dela silovanja. Stoga bi obljava ili sa njom izjednačeni čin do čega je došlo u takvim okolnostima, predstavljale prinudne seksualne aktivnosti, odnosno radilo bi se o silovanju, a ne o obljudi nad nemoćnim licem.

Međutim, treba imati u vidu i da sam zakonodavac striktno navodi *iskorišćavanje* kao bitno obeležje krivičnog dela obljuje nad nemoćnim licem, tj. ne ograničava se na obljudu ili sa obljudom izjednačen čin u odnosu na lice koje se nalazi u odgovarajućem stanju koje ga čini nesposobnim za otpor, već posebno zahteva da se takvo stanje od strane učinioca *iskorišćava*, pa to predstavlja osnovni argument da se i samo takvo „iskorišćavanje“ smatra posebnom vrstom radnje izvršioca ovog krivičnog dela, koja po logici stvari, ima izvestan „latentni karakter“. Zbog toga se takva radnja i može smatrati specifičnom *latentnom radnjom* izvršenja krivičnog dela, koja pored toga ima i *inkluzivan karakter*, jer je sadržinski neodvojiva od odgovarajućeg stanja pasivnog subjekta, kao suštinske karakteristike krivičnog dela obljuje na nemoćnim licem.

Latentni, ali i *inkluzivni* karakter iskorišćavanja kao radnje izvršenja obljuje nad nemoćnim licem proizlazi iz nemogućnosti da se samo iskorišćavanje odvoji od obljuje ili sa obljudom izjednačenog čina koji se vrše u odnosu na pasivnog subjekta koji je nesposoban za otpor. Iskorišćavanje je praktično neposredno „sadržano“ u obljudi ili sa njom izjednačenom činu u odnosu na pasivnog subjekta koji je nesposoban za pružanje otpora, ali pri tom i obrnuto, radnje obljuje ili sa njom izjednačenog čina, čak ni u odnosu na pasivnog subjekta koji je inače, nesposoban za otpor, same po sebi neće predstavljati radnju izvršenja krivičnog dela obljuje nad nemoćnim licem, ukoliko izvršilac nije prilikom vršenja takve radnje/tih radnji, *iskoristio* stanje u kojem se nalazi pasivni subjekat. Na ovome se suštinski temelji stav da je i samo iskorišćavanje stanja pasivnog subjekta, specifična „latentna“ radnja izvršenja krivičnog dela obljuje nad nemoćnim licem.

Kako su iskorišćavanje stanja nemoći i sama obljava, ili sa njom izjednačeni čin ostvaruju u isto vreme i praktično prepliću, radi se o aktivnostima koje su funkcionalno povezane i logički neodvojive na neki mehanički način, a samo iskorišćavanje nije toliko očigledno kao neka posebna (izolovana) aktivnost, već ona neposredno proizlazi iz stanja pasivnog subjekta u pogledu kojeg učinilac ostvaruje obljudu ili sa njom izjednačen čin. Stoga se iskorišćavanje posebnog stanja nemoći pasivnog subjekta, kao što je prethodno donekle već objašnjeno, ovde i označava kao specifična i *latentna radnja* zahvaljujući kojoj se ostvaruju obljava ili sa obljudom izjednačeni čin.

Inače, u pravno-tehničkom smislu bilo bi moguće da se ovo krivično delo definiše i bez navođenja „iskorišćavanja“ stanja pasivnog subjekta kao posebne radnje, već da se samo koristi formulacija koja bi podrazumevala obljubu ili sa njom izjednačen čin u odnosu na lice koje se nalazi u stanju nemoći.⁷ Ovo međutim ne bi bilo adekvatno, pa ni suštinski potpuno legitimno, jer bi se svelo na apsolutnu zabranu seksualnih odnosa sa određenim kategorijama lica, kao što su duševno bolesna lica, osobe zaostale u duševnom razvoju, lica koja su na drugi način duševno poremećena, odnosno mentalno deficitarna i uopšte osobe koje su u određenom nemoćnom stanju, čak i onda kada ta lica (naravno, u granicama svojih mentalnih kapaciteta kada se radi o duševno bolesnim osobama i sl.), pristaju na seksualni odnos.

Iz ovoga i proizlazi da, bez obzira na formulaciju u članu 179. stav 1. KZ-a, u kojoj se samo navodi „nesposobnost za otpor pasivnog subjekta“, ovde se i sada (bez obzira što još uvek važi klasična definicija silovanja kao prinudne, a ne nedobrovoljne obljube/sa obljubom izjednačenog čina), suštinski radi o obljubi ili sa njom izjednačenom činu protivno volji nemoćnog lica ili u odnosu na nemoćno lice koje zbog stanja u kojem se nalazi, uopšte nije sposobno da izrazi svoju slobodnu volju. Stoga i mora postojati *iskorišćavanje* stanja nemoći u kojem se pasivni subjekt nalazi, jer ako takvog iskorišćavanja realno nema, onda pod određenim uslovima, neće ni postojati ovo krivično delo, bez obzira što se lice u pogledu kojeg je izvršena obljuba ili sa obljubom izjednačen čin, nalazilo u određenom stanju propisanom u članu 179. stav 1. KZ-a (duševno oboljenje, zaostali duševni razvoj itd.), ali je i pored toga, to lice, imalo dovoljan mentalni kapacitet da se može smatrati sposobnim za relevantan pristanak na obljubu ili sa njom izjednačen čin.

Naravno, stvar je fakticiteta (*questio facti*) u praksi, uzimanje u obzir svih relevantnih okolnosti, prilikom procene da li je postojalo krivično-pravno relevantno iskorišćavanje odgovarajućeg stanja lica sa kojim se ostvario seksualni odnos, tj. obljuba ili sa njom izjednačen čin. U praksi ovo nekada može biti neposredno skopčano i sa sličnim stanjem samog učinioca, kao na primer, kada se radi o seksualnim odnosima ljudi koji su duševno bolesni, zaostali u duševnom razvoju i sl. Tada je po pravilu, nemoguće smatrati da se radi o nekakvom „uzajamnom i obostranom iskorišćavanju“ stanja u kojem se nalaze kako aktivni, tako i pasivni akter takvog seksualnog odnosa.

Na temelju svega prethodno objašnjenog, jasno je da je osnovna karakteristika krivičnog dela obljube nad nemoćnim licem „vezana za pasivni subjekt“, a iz čega proizlazi da se u ovoj situaciji radi o tome da „pasivni subjekt, iako nije primenjena prinuda, ne pristaje na te akte“,⁸ odnosno ne saglašava se sa obljubom ili sa obljubom izjednačenim činom.

7 Inače, ovakvo normativno rešenje je prisutno u nekim uporednim krivičnopravnim zakonodavstvima, kao što je to na primer, slučaj u nekim državama SAD. Više o tome: T. J. Gardner and V. Manian /1980/: *Criminal Law – Principles, Cases and Readings*, „West Publishing Company“, Second Edition, St.Paul, New York, Los Angeles, San Francisco, str. 435–436.

8 Z. Stojanović /2018/: *Komentar Krivičnog zakonika*, sedmo izmenjeno izdanje, „Službeni glasnik“, Beograd, str. 574.

3.3. Osnovne karakteristike pasivnog subjekta obljube nad nemoćnim licem

Nepristajanje pasivnog subjekta na obljubu ili sa njom izjednačen čin, kada se radi o krivičnom delu obljube nad nemoćnim licem (član 179. KZ), se ne temelji na primenjenoj prinudi prema pasivnom subjektu,⁹ već se zasniva na stanju u kojem se nalazi, a koje učinilac ovog krivičnog dela iskorišćava, te zahvaljujući tome ostvaruje obljubu ili sa obljubom izjednačen čin u odnosu na pasivnog subjekta. Radi se o sledećim alternativno (opciono) propisanim stanjima: 1) duševno oboljenje, 2) zaostali duševni razvoj, 3) druga duševna poremećenost, 4) nemoć ili 5) kakvo drugo stanje tog lica usled kojeg pasivni subjekt ovog krivičnog dela nije sposoban za pružanje otpora.

S obzirom na vrstu stanja nesposobnosti za otpor/nemoći, u kojem se nalazi pasivni subjekt, moguće je, kada se radi o krivičnom delu obljube nad nemoćnim licem (član 179. KZ), razlikovati i nekoliko osnovnih kategorija pasivnog subjekta ovog krivičnog dela: 1) duševno bolesno lice, 2) lice zaostalo u duševnom razvoju, 3) duševno poremećeno lice, 4) nemoćno lice, te 5) lice koje se nalazi u kakvom drugom stanju usled kojeg nije sposobno za otpor, što predstavlja neku vrstu „opšte formulacije“ i „generalne klauzule“.

Nesposobnost za otpor pasivnog subjekta usled određenog stanja u kojem se nalazi, predstavlja *ključnu osobenost* krivičnog dela obljube nad nemoćnim licem. Takva karakteristika ovog krivičnog dela je suštinski u neposrednoj vezi sa „klasičnom“ definicijom silovanja u krivičnom zakonodavstvu Srbije, kao *prinudne obljube* ili *prinudnog sa obljubom izjednačenog čina* (član 178. stav 1. KZ).

Osnovni *ratio legis* normativne konstrukcije krivičnog dela obljube nad nemoćnim licem, se svodi na nesposobnost za otpor pasivnog subjekta, što je učinjeno korelativno sa zakonskom definicijom silovanja kao prinudne obljube, ili prinudnog sa obljubom izjednačenog čina. Dakle, kako se u pogledu silovanja, striktno zahteva da do obljube ili sa obljubom izjednačenog čina dođe upotrebom sile ili pretnje da će se neposredno napasti na život ili telo pasivnog subjekta, to podrazumeva da je *pasivni subjekt silovanja sposoban za otpor*. Samo tada, a u kontekstu sada važećeg zakonskog rešenja u odnosu na silovanje (prinudna obljava/prinudni sa obljubom izjednačeni čin), je radi ostvarivanja obljube ili sa njom izjednačenog čina, potrebno koristiti prinudu u odnosu na pasivnog subjekta sposobnog za otpor.

Obrnuto, kada se radi o licu koje je nesposobno za otpor usled stanja u kojem se nalazi, a u koje nije doveden nekom radnjom samog izvršioca, obljava ili sa njom izjednačen čin se mogu ostvariti i bez prinude, već samim iskorišćavanjem stanja u kojem se takav pasivni subjekt nalazi. Kao što ćemo to detaljnije objašnjavati u daljem tekstu, čini se da u o određenim okolnostima ipak nije nemoguće da lice nesposobno za otpor bude silovano, mada to u kontekstu sadašnje zakonske formulacije u članu 179. stav 1., ipak teorijski nije nesporno.

9 Ovo je tako, jer je pasivni subjekat i inače, nesposoban za pružanje otpora, stoga što se nalazi u specifičnom stanju „nemoći“.

U stvari, kada se radi o obljubi nad nemoćnim licem, zakonodavac implicitno ipak pretpostavlja postojanje nepristajanja pasivnog subjekta na seksualni odnos, kada se radi o licu koje se nalazi u određenom posebnom fizičkom stanju nemoći/nesposobnosti za otpor, a kada su u pitanju duševno bolesna lica ili privremeno poremećena lica, kao i lica koja se nalaze u posebnom stanju nemoći (usled npr. teške alkoholisanosti, odnosno uticaja drugih psihoaktivnih supstanci), njihova volja i ako se izrazi u formi pristajanja nema potrebnu pravnu relevantnost, zbog čega se seksualni odnos sa njima u takvom stanju, svodi na posebnu vrstu zloupotrebe.

Drugim rečima objašnjeno, zakonodavac implicitno negira mogućnost izražavanja slobodne volje od strane određenih lica, jer ona zbog uzrasta (potpuno *objektivni/apsolutni kriterijum*) ili stanja u kojem se nalaze (*relativni kriterijum podložan proceni* u svakom konkretnom slučaju), ne poseduju neophodan psihički kapacitet.

Kada je reč o krivičnom delu obljube nad detetom, tu se radi o apsolutnoj neoborivoj zakonskoj pretpostavci da osoba tog starosnog uzrasta ne može svojom slobodnom voljom pristati na seksualni odnos,¹⁰ a ukoliko su u pitanju određene kategorije lica u posebnom psihičkom stanju (neka duševno bolesna lica, lica koja su u relevantnom stepenu zaostala u duševnom razvoju itd.), a koja imaju navršenih četrnaest godina, tada se pod određenim uslovima, može raditi o osobama koje se smatraju nesposobnim za otpor u kontekstu zakonske formulacije iz člana 179. stav 1. KZ-a.¹¹ U svakom konkretnom slučaju neophodna je pomoć lekara veštaka prilikom utvrđivanja da li je oštećeni „bio u takvom stanju koje se odlikovalo pasivnošću i nemoćnošću, te je usled toga bio lišen mogućnosti pravog i zdravog razmišljanja i zaključivanja“.¹² Na činjenici da postoji takva očigledna zloupotreba tuđeg teškog stanja temelji se u suštini i osnovni *ratio legis* ove inkriminacije, te njena odgovarajuća moralna komponenta.

Sva stanja iz člana 179. stav 1. KZ, (duševno obolenje, zaostali duševni razvoj itd.), navedena su u *egsempli causa* smislu, jer se potom navodi da u obzir alternativno dolazi i kakvo drugo stanje usled kojeg lice nije sposobno za otpor.

10 M. Škulić /2002/: *Maloletnici kao učinioci i kao žrtve krivičnih dela*, „Dosije“, Beograd, str. 437–438.

11 Ovde je od značaja i veoma interesantno i originalno teorijsko shvatanje D. Atanckovića, koji u okviru svoje doktrinarne podele krivičnih dela protiv dostojanstva ličnosti i morala (raniji zakonski naziv relevantne glave Krivičnog zakona Srbije), posebno razlikuje između ostalog, *krivična dela protiv slobode odlučivanja u polnom životu*, među koja svrstava krivična dela *iskorišćavanja stanja nesposobnosti za otpor*, gde to stanje deli na: 1) stanje psihofizičke nesposobnosti za pružanje otpora i 2) stanje čisto psihičke nesposobnosti za otpor. Krivično delo obljube nad nemoćnim licem se, prema ovoj teorijskoj sistematici D. Atanackovića, svrstava u kategoriju *stanja psihofizičke nesposobnosti za pružanje otpora*, dok u drugu kategoriju „čisto psihičke nesposobnosti za otpor“, spadaju krivična dela „obljube ili protivprirodnog bluda sa licem koje nije navršilo četrnaest godina“ (sadašnje krivično delo obljube sa detetom) i krivično delo obljube ili protivprirodnog bluda zloupotrebom položaja“ (sadašnje krivično delo obljube zloupotrebom položaja“). D. Atanacković /1981/: *Krivično pravo – posebni deo*, treće izmenjeno i dopunjeno izdanje, „Privredna štampa“, Beograd, str. 268.

12 Z. Stojanović, (*Komentar*), *op. cit.*, str. 100.

3.3.1. Osnovne teorijske kategorije stanja pasivnog subjekta koje ga čini nesposobnim za otpor

Stanja pasivnog subjekta navedena u članu 179. stav 1. KZ-a, koja se svode na nesposobnost pasivnog subjekta za otpor, mogu da se teorijski podele na dva osnovna načina, a prema svakom od tih načina na *dve osnovne kategorije*:

Prema kriterijumu trajanja/trajnosti stanja nesposobnosti za otpor pasivnog subjekta, postoje dve osnovne vrste takvih stanja:

1. to mogu da budu ona stanja koja su po pravilu, *permanentna*, što znači da i inače, konstantno postoje kod lica koje postaje pasivni subjekt krivičnog dela obljuje nad nemoćnim licem, ili
2. može se raditi o stanjima koja su „temporalna“, odnosno postoje samo *privremeno* i u određenom vremenskom momentu, koji svakako mora obuhvatati *vreme izvršenja krivičnog dela*, kada izvršilac baš u tom momentu koristi takvo stanje pasivnog subjekta i nad njim vrši krivično delo, tako što ostvaruje obljudu ili sa njom izjednačen čin.

Permanentna stanja su, na primer, stanje duševne bolesti koje je urođeno kod pasivnog subjekta, trajnog je karaktera ili se u dužem vremenskom periodu pasivni subjekt nalazi u takvom stanju. To može da bude i neka fizička bolest, poput nekih oblika mišićne distrofije, paralize tela, odnosno pojedinih delova tela i sl., što pasivnog subjekta permanentno čini nesposobnim za otpor. U ovom smislu se pod „permanentnošću“ stanja pasivnog subjekta podrazumeva da takvo stanje (nemoći/nesposobnosti za otpor), kod njega postoji pre izvršenja krivičnog dela, u toku izvršenja krivičnog dela, te i nakon što je nad njim izvršeno krivično delo obljudu nad nemoćnim licem.

Pasivni subjekt može biti i samo u privremenom stanju nemoći, kada je bitno da to stanje postoji baš u vreme izvršenja krivičnog dela obljudu nad nemoćnim licem u odnosu na njega. Do toga može doći kako usled određenih privremenih duševnih poremećaja, tako i kada se radi o posebnim psihičkim stanjima, poput potpune paralisnosti strahom osoba koje su u posebnom duševnom stanju u određenim okolnostima ili se može raditi o stanju nesvesti, odnosno teškoj alkoholisanosti, kao i kada je pasivni subjekt pod uticajem određenih psihoaktivnih supstanci, koje ga „otupljuju“, parališu, onemoćavaju itd.

Onda kada se obljudu ili sa njom izjednačen čin ostvaruje u odnosu na lice koje nije sposobno za otpor usled stanja u kojem se nalazi (duševna bolest, duševna zaostalost itd.), te baš zato što učinilac *koristi* to stanje, neće se raditi o silovanju, već o krivičnom delu obljudu nad nemoćnim licem.¹³

13 Naravno, ako je sam izvršilac pasivnog subjekta umišljajno doveo u stanje nesposobnosti za otpor (na primer, davanjem nekih psihoaktivnih supstanci), onda bi se takva radnja izvršioca, smatrala primenjenom silom, kao krivičnopravno relevantnim vidom prinude, te ukoliko bi potom, izvršilac, nad takvim pasivnim subjektom (kojeg je sam „onesposobio“, tj. učinio nesposobnim za otpor), izvršio obljudu ili sa njom izjednačen čin, radilo bi se o silovanju, a ne o obljudi nad nemoćnim licem.

Prema uzročnom karakteru stanja iz kojeg proizlazi nesposobnost za otpor pasivnog subjekta, odnosno prema etiološkom kriterijumu, takva stanja mogu da se podele na *dve osnovne vrste*:

1. stanja koja se zasnivaju na određenim poremećajima/nedostacima psihičkih funkcija pasivnog subjekta, odnosno određenim biološko-etiološkim osnovima, gde spadaju 1) duševno oboljenje, 2) zaostali duševni razvoj, te 3) druga duševna poremećenost, kao i
2. stanja koja mogu biti uzrokovana određenim fizičkim nedostacima pasivnog subjekta, gde spadaju „opšte zakonske formulacije“, kao što su nemoć ili kakvo drugo stanje tog lica usled kojeg pasivni subjekt ovog krivičnog dela nije sposoban za pružanje otpora.

Kada je reč o određenim poremećajima psihičkih funkcija pasivnog subjekta, u našoj krivičnopravnoj teoriji se uobičajeno objašnjava da takve „izraze“ treba tumačiti u skladu sa odredbama Krivičnog zakon(ik)a, koje se odnose na „trajnu ili privremenu duševnu bolest i privremenu duševnu poremećenost, kao biološke osnove neuračunljivosti, odnosno bitno smanjene uračunljivosti.“¹⁴ Treći oblik koji se odnosi na biološko-etiološke osnove svodi se na relevantno umanjeno psihičkih kapaciteta, a to je mentalna zaostalost, odnosno zaostali duševni razvoj, nekada nije postojao striktno propisan u našem zakonodavstvu, te je tek naknadno uveden, a njega takođe treba tumačiti u skladu sa identičnim osnovom neuračunljivosti, i bitno smanjene uračunljivosti.

Stanje nesposobnosti za otpor vršenju obljube, odnosno sa njom izjednačenog čina, ipak „nije identično sa stanjem neuračunljivosti za vršenje krivičnih dela“, jer se „uračunljivost uvek procenjuje u odnosu na konkretno krivično delo, pa stoga jedno lice može da bude nesposobno za otpor“ (u smislu krivičnog dela obljube nad nemoćnim licem), a da bude uračunljivo, iako u bitno smanjenom stepenu za izvršenje određenog krivičnog dela, i obrnuto potpuna neuračunljivost za izvršenje određenog krivičnog dela, ne mora istovremeno značiti i nesposobnost za pružanje otpora“ u kontekstu krivičnog dela obljube nad nemoćnim licem.¹⁵

Sudska praksa je, kada su u pitanju psihičke smetnje pasivnog subjekta, sklona da formuliše odgovarajuću kombinacija faktora iz kojih proizlazi da se konkretno lice može smatrati nemoćnim licem u smislu člana 179. KZ-a. Tako se konstatuje da „usled zaostalog duševnog razvoja oštećene i njene emocionalne nezrelosti koja odgovara stepenu njene duševne zaostalosti, zatim njenog nekritičkog prihvatanja tuđih stavova i telesne slabosti i nemoći, te postojanja alkoholisanosti, kod nje je prouzrokovana psihofizička nemoć, usled koje oštećena nije bila u mogućnosti da pruži otpor“. Sud u ovom primeru takođe konstatuje da usled svih prethodno spomenutih faktora, oštećena nije mogla da pruži „ni psihički otpor koji podrazumeva procenu situacije¹⁶, izbegavanje situacije“, kao i da nije mogla da

14 Grupa autora (red. N. Srzentić), deo koji je pisao B. Kraus /1981/: *Komentar Krivičnih zakona SR Srbije, SAP Vojvodine i SAP Kosova*, „Savremena administracija“, Beograd, str. 325.

15 *Ibid.*, str. 325–326.

16 Ovde u stvari, sud implicitno pod *psihičkim otporom*, očigledno podrazumeva striktno verbalno opiranje seksualnom odnosu, odnosno *nepristanak na obljubu ili sa njom izjednačen čin*, iz

„prozre namere drugih“, a „fizički otpor je mogla da pruži u smislu da odgurne nekog ili slično, ali sve je to bilo beznačajno i minimalno“.¹⁷

3.3.1.1. Stanja nemoći/nesposobnosti za otpor pasivnog subjekta obljube nad nemoćnim licem, propisana odredbama Krivičnog zakonika

U članu 179. stav 1. KZ-a se sledeća stanja pasivnog subjekta, alternativno propisuju kao stanja usled kojih kod njega ne postoji sposobnost za otpor:

- 1) duševno oboljenje,
- 2) zaostali duševni razvoj,
- 3) druga duševna poremećenost,
- 4) nemoć ili
- 5) kakvo drugo stanje tog lica usled kojeg pasivni subjekt ovog krivičnog dela nije sposoban za pružanje otpora.

3.3.1.1.1. Duševno oboljenje pasivnog subjekta

Kao i ostali biološko-etnološki osnovi stanja koje pasivnog subjekta čini nesposobnim za otpor i duševno oboljenje pasivnog subjekta treba primarno tumačiti u skladu sa pravilima Krivičnog zakonika koja se odnose na veoma sličan, odnosno skoro identičan biološko-etnološki osnov neuračunljivosti. Za razliku od odredbe člana 23. stav 2. KZ, u kojoj se govori o „trajnoj ili privremenoj duševnoj bolesti“, u članu 179. stav 1. KZ-a se navodi samo „duševno oboljenje“, koje takođe po logici stvari, može biti trajnog ili privremenog karaktera. Izrazi „duševna bolest“ iz člana 23. stav 2. KZ-a i „duševno oboljenje“ (član 179. stav 1 KZ-a), su praktično *sinonimi*.

Mogu postojati različite vrste duševnih bolesti koja pasivnog subjekta čini nesposobnim za otpor, ali se po pravilu radi o duševnim oboljenjima koje bitno „pasiviziraju“ i „otupljuju“ pasivnog subjekta, značajno mu slabe volju i životnu vitalnost, ili ga čine toliko nekoordinisanim, da nije sposoban za smišljen, usmeren i uopšte efikasan otpor i sl. Tu bi na primer, mogla spadati teška depresija i uopšte psiho-patološka stanja koja se manifestuju relevantnim gubitkom životne energije, značajnim umanjnjem opšte vitalnosti i sl.

Samo u nekim slučajevima se može raditi i o duševnim oboljenjima koje se kod pasivnog subjekta ispoljavaju kao posebno euforično stanje, kao kada su u pitanju

čega praktično proizlazi da se pod nesposobnošću za pružanje otpora (i bez obzira na sadašnje zakonsko rešenje koje je „korelativno“ definisanju silovanja kao prinudne obljube/prinudnog sa obljubom izjednačenog čina“), u sudskoj praksi, a tako je i u delu naše krivičnopravne teorije (što je objašnjeno u prethodnom tekstu), velika pažnja prilikom definisanja konkretne osobe kao nemoćnog lica u smislu člana 179 stav 1. KZ-a, poklanja nesposobnosti pasivnog subjekta da svojom slobodnom voljom pristane na obljubu ili sa njom izjednačen čin, što je naravno i po logici stvari, posebno tipično za lica koja imaju ozbiljne mentalne smetnje, ili su u stanju teške alkoholisanosti, pod dejstvom opojnih droga i sl., kao i kada se radi o kombinaciji relevantnih faktora, što je slučaj u presudi čiji se pojedini delovi ovde citiraju.

17 Prvostepena presuda Višeg suda u Novom Pazaru, K.br. 9/17, od 7. 7. 2017. godine, potvrđena u pogledu oglašavanja krivim odnosno postojanja krivice optuženih, a preinačena u odnosu na izrečenu kaznu, drugostepenom presudom Apelacionog suda u Kragujevcu – Kž.1.-1013/17 od 17. 10. 2017. godine. (neobjavljena sudska praksa, pribavljena u Ustavnom sudu Srbije).

mentalne bolesti koje se odlikuju nastupanjem manije. Takvi bolesnici su naprotiv, za razliku od ljudi obolelih od teške depresije i uopšte, od mentalnih bolesnika sa značajno umanjenim „voljnim kapacitetima“, uglavnom puni energije, ali kada je ona kod njih pogrešno usmerena, ili kada ih manično ponašanje preterano fizički iscrpi i sl, i takvi mentalni bolesnici (realno retko u praksi), mogu biti u kategoriji lica nesposobnih za otpor u smislu člana 179. stav 1 KZ-a.

Takođe postoje duševne bolesti koje u stvari, praktično ne dovode do realne fizičke nesposobnosti za otpor pasivnog subjekta, ali bolesnik ima takav poremećaj nagona koji ne može da kontroliše te se stoga smatra nemoćnim licem. U stvari se ovo svodi na nemogućnost slobodno voljnog pristanka na seksualni odnos, što je donekle suprotno kako klasičnoj definiciji silovanja (prinudna obljuba/prinudni sa obljubom izjednačeni čin), tako i silovanju korelativno delu – obljubi nad nemoćnim licem, koje formalno-pravno podrazumeva nesposobnost pružanja otpora, a ne nesposobnost slobodnog izražavanja pristanka/nepristanka na obljubu ili sa njom izjednačeni čin. Tako se u jednoj presudi Vrhovnog suda Srbije konstatuje: „Psihijatrijskim veštačenjem je utvrđeno da je oštećena zbog duševne bolesti šizofrenije, bila psihički nemoćno lice i da se njena psihička nemoć ogleda u pojačanom seksualnom nagonu koji nije mogla da kontroliše i usmerava, niti je bila u mogućnosti da pruži otpor licu koje želi da sa njom stupi u polni odnos. Ovaj pojačani seksualni nagon kod oštećene u vreme kritičnog događaja po mišljenju veštaka psihijatra bio je posledica sumanutih ideja o seksualnoj privlačnosti i oštećena ga nije mogla kontrolisati, bez obzira što sam polni odnos za nju nije predstavljao doživljaj zadovoljstva“.¹⁸

Uvek je od ključne važnosti da usled duševnog oboljenja pasivni subjekt nije sposoban za otpor, što je ipak *questio facti*, koji se mora rešavati u kontekstu svih relevantnih okolnosti konkretnog slučaja, ali je načelno i prema iskustvima iz prakse, takvo stanje duševno bolesnog lica, posebno karakteristično za duševna oboljenja usled kojih je pasivni subjekt na izvestan način „umrtvljen“ i paralisiran, što je naročito upadljivo kod onih duševnih bolesti koje se ogledaju u stanju „stupora“, tj. potpune fizičke ukočenosti duševnih bolesnika.

3.3.1.1.2. Zaostali duševni razvoj pasivnog subjekta

Kao što je prethodno objašnjeno, treći oblik koji se odnosi na biološko-etiološke osnove, svodi se na relevantno umanjenje bitnih psihičkih kapaciteta, a to je zaostali duševni razvoj, nekada nije postojao striktno propisan u našem zakonodavstvu, ali se i tada smatralo da mentalna zaostalost svakako može biti relevantna prilikom definisanja „nemoćnog lica“, te da se relevantan zaostali duševni razvoj može podvesti, pod „drugom stanje, usled kojeg lice nije sposobno za otpor“.¹⁹

Zaostali duševni razvoj pasivnog subjekta mora postojati u određenom ozbiljnijem stepenu. Nije opravdano da se lica koja su duševno zaostala u relativno blagoj formi, odnosno malom stepenu, apriorno tretiraju kao nemoćne osobe, jer

18 Presuda Vrhovnog suda Srbije Kž.1.1367/88 od 30. septembra 1989. godine. Izvor: <https://sirius.rs/cyr/praksa/wLObJQ>, dostupno 20. marta 2018. u 16.35.

19 Grupa autora (red. N.Srzentić), deo koji je pisao B Kraus, (*Komentar*), op. cit., str. 325.

kod takvih lica, s obzirom na stepen inteligencije koju poseduju, po pravilu ipak postoji očuvana sposobnost posedovanja i izražavanja slobodne volje u pogledu (ne)pristajanja na seksualni odnos.

Samo se lica koja su teže mentalno retardirana mogu smatrati nemoćnim osobama, mada se u svakom konkretnom slučaju svakako mora utvrditi stepen njihove duševne zaostalosti, te konkretna uzročna veza između niskog stepena inteligencije i nesposobnosti pasivnog subjekta da svojom slobodnom voljom pristane na obljudu ili sa njom izjednačeni čin. Stoga, lica zaostala u duševnom razvoju, samo eventualno treba smatrati nemoćnim licima u smislu inkriminacije iz člana 179. stav 1. KZ, što u svakom pojedinačnom slučaju predstavlja *questio facti*. To pitanje se u konkretnim situacijama mora rešavati na temelju odgovarajućih stručnih veštačenja, ali i u sklopu svih drugih dokaza, odnosno relevantnih indikacija koje objašnjavaju na koji način takvo lice funkcioniše u životu, te kako se ispoljava njegova duševna zaostalost, a na bazi čega je i moguće zaključiti da li je u pitanju osoba koja se smatra nemoćnom, odnosno lice koje zbog svog stanja nije bilo u prilici da pruža otpor.

3.3.1.1.3. Druga duševna poremećenost pasivnog subjekta

I kod izraza „druga duševna poremećenost“, kada se radi o pasivnom subjektu obljudbe nad nemoćnim licem, treba u osnovi poći od zakonske koncepcije koja je sadržana u biološko-etiološkim osnovama neuračunljivosti/bitno smanjene uračunljivosti (član 23. stav 2. KZ), s tim da ovde, za razliku od zakonskog rešenja koje se odnosi na neuračunljivost, dolaze u obzir kako privremena, tako i trajna duševna poremećenost, te duševna poremećenost uopšte, a ne samo „kakva druga teža duševna poremećenost“.

Kada je reč o privremenoj duševnoj poremećenosti prema u krivičnom pravu uobičajenim kriterijumima koji se odnose na formulaciju iz člana 23. stav 2. KZ-a, tu se radi ređe o nekim normalnim stanjima, kao što su iscrpljenost, pospanost itd., a češće o nekim patološkim stanjima, koja su prolaznog, privremenog karaktera, poput jakih afekata, intoksikacije usled uzimanja alkohola ili droga, prolaznih poremećaja svesti izazvanih nekim organskim bolestima i dr.²⁰

Formulacija „druga teža duševna poremećenost“, sadržana u članu 23. stav 2. KZ-a je „dosta neodređena“, a „jasno je da tu spadaju one forme duševne poremećenosti, koje se ne mogu podvesti pod prethodne tri u zakonu izričito navedene forme, kao i da se mora raditi o težem obliku duševne poremećenosti“, gde bi se na primer, „mogle svrstati psihopatije, duševne poremećenosti usled povrede mozga, teške neuroze, teški poremećaji nagona, neke posledice hroničnog alkoholizma i dr., a u praksi će ovaj biološki osnov pre doći u obzir da bude primenjen kod bitno smanjene uračunljivosti, nego kod neuračunljivosti“.²¹

Kada određena *druga duševna poremećenost* može biti smatrana faktorom koji dovodi do stanja nesposobnosti za otpor pasivnog subjekta (ili što je češće, utiče na njegovu nesposobnost voljnog prihvatanja obljudbe/sa obljudom izjednačenog

20 Z. Stojanović, (Komentar), *op. cit.*, str. 129.

21 *Ibidem*.

čina), predstavlja *questio facti*, koji se u praksi po logici stvari, rešava primarno na temelju nalaza i mišljenja veštaka određene struke, a to je u ovom slučaju pre svega, psihijatar. Kao što je prethodno objašnjeno, ovde u obzir dolaze po pravilu, teži oblici duševne poremećenosti (što je slično zakonskom rešenju iz člana 23. stav 2 KZ-a), kako privremenog, tako i trajnog karaktera, što predstavlja razliku u odnosu na zakonsku formulaciju iz člana 23. stav 2. KZ-a. Teško je zamisliti da poremećaj ličnosti, odnosno psihopatija bude ovakav osnov, a neki oblici teških neuroza, kao i teških poremećaja nagona, bi u odgovarajućim životnim okolnostima mogli da dovedu i do nesposobnosti lica (bolesnika/duševno poremećene osobe), za otpor u smislu zakonske formulacije iz člana 179. stav 1. Krivičnog zakonika.

3.3.1.1.4. Nemoć pasivnog subjekta

Sušтина nesposobnosti za otpor pasivnog subjekta i jeste u njegovoj *nemoći*, što se jasno ogleda već u samom zakonskom nazivu krivičnog dela iz člana 179. Krivičnog zakonika.

Po pravilu, stanje nemoći pasivnog subjekta proizlazi iz nekog od drugih striktno u Zakoniku navedenih osnova, poput prethodno objašnjene primera sa stanjem „stupora“ ili nekom vrstom paralisnosti i oduzetosti lica koje boluje od nekih vrsta duševnih bolesti ili se u nekim okolnostima nalaze u posebnom patološkom duševnom stanju, naročito kada se radi o ljudima koji pate od raznovrsnih teških *fobija*, poput nekontrolisanih napada panike zbog patološkog straha od otvorenog prostora, ili obrnuto teških oblika klaustrofobije i sl.

Nemoć može nastupiti u određenim okolnostima i kod psihički i fizički, inače potpuno zdravih lica, što bi na primer, mogao biti slučaj nastupanja stanja nemoći usled nekog ogromnog prethodnog fizičkog napora i potpune iscrpljenosti i iznemoglosti pasivnog subjekta, ili usled paralisnosti strahom i sl.

3.3.1.1.5. Kakvo drugo stanje usled kojeg pasivni subjekt nije sposoban za pružanje otpora?

Izraz „kakvo drugo stanje usled kojeg pasivni subjekt nije sposoban za pružanje otpora, predstavlja veoma široku formulaciju, donekle i „kaučuk“ karaktera, koja omogućava da se svaka druga moguća vrsta „nemoći“ pasivnog subjekta, koja u konkretnom slučaju ima dovoljan stepen relevantnosti i ozbiljnosti, podvede pod stanje njegove nesposobnosti za otpor, u smislu zakonske formulacije iz člana 179. stav 1. KZ-a.

Pasivni subjekt može biti u stanju nesposobnosti za pružanje otpora i usled prethodnih radnji izvršilaca nekog drugog krivičnog dela, bilo druge inkriminacije protiv polne slobode, bilo nekog potpuno drugog krivičnog dela.

Na primer, pasivni subjekt koji je već silovan od strane više izvršilaca, se usled toga, a posebno usled svog prethodnog otpora, preživljenim povredama, prethodno primenjenoj sili i sl., nalazi u stanju potpune iscrpljenosti i „nemoći“, što ga čini nesposobnim za otpor, pa se naredne obljube ili sa njima izjednačeni činovi, više ne svode na silovanje (teži oblik ovog krivičnog dela – silovanje od strane više lica – član stav KZ-a), već se tada radi o obljubi nad nemoćnim licem. U ovom primeru, koji

se inače, često navodi u literaturi i komentarima sudske prakse,²² radi se o prethodno izvršenom krivičnom delu protiv polne slobode (osnovno krivično delo te vrste – silovanje), a do donekle slične situacije, može doći i usled prethodnog izvršenja nekog drugog krivičnog dela, tj. neke inkriminacije koja uopšte ne spada u seksualna krivična dela. Na primer, izvršioc razbojništva, ostavljaju žrtvu nakon izvršenog krivičnog dela, vezanu u stanu, gde je tu zatiče lice koje nad pasivnim subjektom koji se nalazi u stanju nesposobnosti za otpor, jer je vezan, vrši obljubu ili sa njom izjednačeni čin.

Drugo stanje nesposobnosti za otpor može nastupiti i nezavisno od bilo kojeg krivičnog dela, tj. kao posledica nekog slučaja ili više sile. Na primer, pasivni subjekt se sam i slučajno, zaglavi na spravi za vežbanje u teretani u položaju koji omogućava obljubu ili sa obljubom izjednačen čin u odnosu na njega, pa to iskoristi izvršilac koji u tim okolnostima ostvari obljubu ili sa njom izjednačen čin u odnosu na lice nesposobno za otpor.

3.4. Teži oblici obljube nad nemoćnim licem

Krivično delo obljube nad nemoćnim licem ima *dva kvalifikovana oblika*, koja postoje kada je krivično delo opciono učinjeno: 1) pod određenim posebnim okolnostima koje imaju kvalifikatorni karakter, 2) u odnosu na određene posebne starosne kategorije pasivnih subjekata što krivično delo čine težim, ili 3) ukoliko su izvršenjem osnovnog oblika obljube nad nemoćnim licem, prouzrokovane određene teže posledice koje imaju kvalifikatorni karakter.

Prvi teži oblik obljube nad nemoćnim licem (član 179. stav 2. KZ), postoji kada su u odnosu na osnovni oblik ovog krivičnog dela, ispoljene odgovarajuće kvalifikatorne okolnosti, koje se dele na *četiri kategorije*. 1) nastupanje određene teže posledice, 2) način izvršenja krivičnog dela, 3) saizvršilaštvo, te 4) uzrast pasivnog subjekta obljube nad nemoćnim licem.

Teža posledica izvršenja osnovnog oblika ovog krivičnog dela, usled čega postoji teži oblik obljube nad nemoćnim licem, alternativno može da bude: 1) nastupanje teške telesne povrede pasivnog subjekta ili 2) ako je delo imalo za posledicu trudnoću.

Način izvršenja osnovnog oblika obljube nad nemoćnim licem predstavlja posebnu kvalifikatornu okolnost – ukoliko je delo izvršeno na naročito svirep ili naročito ponižavajući način.

Posebnu kvalifikatornu okolnost predstavlja izvršenje obljube nad nemoćnim licem u saizvršilaštvu, što znači kada delo izvrši više lica.

Posebnu kvalifikatornu okolnost predstavlja i odgovarajuće posebno „svojestvo“ (uzrast) pasivnog subjekta obljube nad nemoćnim licem, tj. kada se radi o pasivnom subjektu koji je u vreme izvršenja dela navršio četrnaest godina, a još nema osamnaest (član 112. stav 9. KZ) – ukoliko je delo učinjeno prema maloletniku.

Drugi teži oblik krivičnog dela obljube nad nemoćnim licem je najteži oblik ovog krivičnog dela i on alternativno postoji (član 179. stav 3. KZ-a):

22 Z. Stojanović /2008/: *Krivično pravo*, „CID“, Podgorica, str. 454.

- 1) ako je usled izvršenja osnovnog oblika ovog krivičnog dela ili njegovog prvog težeg oblika, nastupila smrt lica prema kojem je delo izvršeno (teža/najteža posledica kao kvalifikatorna okolnost) ili
- 2) ako je delo učinjeno prema detetu, što znači prema pasivnom subjektu koji u vreme izvršenja krivičnog dela, nije imao navršenih četrnaest godina života (uzrast pasivnog subjekta obljube nad nemoćnim licem kao kvalifikatorna okolnost).

Kako su kvalifikatorne okolnosti obljube nad nemoćnim licem, koje osnovni oblik ovog krivičnog dela „kvalifikuju“ da postane teži ili najteži oblik, suštinski iste ili veoma slično formulisane, kao u pogledu težih oblika silovanja, koje je osnovno krivično delo protiv polne slobode, uobičajeni rezoni jezičko-logičkog i normativnog tumačenja tih okolnosti, teorijski stavovi, kao i stavovi sudske prakse, koji se odnose na teže oblike silovanja, važe i u odnosu na teže oblike obljube nad nemoćnim licem.²³

4. PROBLEM RAZGRANIČENJA OSNOVNOG OBLIKA OBLJUBE NAD NEMOĆNIM LICEM I (NAJ)TEŽEG OBLIKA OVOG KRIVIČNOG DELA, KADA JE NJEGOV PASIVNI SUBJEKT DETE

U teoriji se smatra da kod oblika iz člana 179. stav 3., „kada je u pitanju dete, postoje teškoće u pogledu razgraničenja sa osnovnim oblikom ovog krivičnog dela“²⁴ Ovde se u stvari, ipak ni ne radi „o teškoćama“, već o jednoj logičkoj kontradikciji, koja se veoma teško može rešiti čisto „dogmatsko-normativnim rezonovanjem“, već se moraju donekle uzeti u obzir i određeni kriminalno-politički razlozi.

Naime, samim tim što je zakonodavac izvršenje obljube nad nemoćnim licem inkriminisao kao (naj)teži oblik ovog krivičnog dela (jedna od dve alternativno propisane kvalifikatorne okolnosti), on tako implicitno utvrđuje da se praktično nikada ne mogu poistovetiti dete i nemoćno lice, odnosno lice nesposobno za otpor, što znači da dete nikada ne spada u kategoriju iz člana 179. stav 1 KZ.

Iz ovoga bi proizišlo da će se dete svakako smatrati pasivnim subjektom najtežeg oblika obljube nad nemoćnim licem (član 179. stav 3. KZ), kada se ne radi o drugom krivičnom delu protiv polne slobode, čiji je pasivni subjekt dete, što znači da moraju kumulativno postojati dve osnovne situacije

- 1) Ne smeju biti ispunjena bitna obeležja drugog krivičnog dela protiv polne slobode čiji je pasivni subjekt dete, a koje suštinski podrazumeva *nekon-sensualnu obljubu* ili *nekon-sensualni sa obljubom izjednačeni čin*, što znači da se ne radi o nekom od druga dva relevantna krivična dela protiv polne slobode, u čije radnje izvršenja spadaju prinudna obljuba ili sa njom izjed-

23 Ovo se detaljnije objašnjava u delu knjige posvećenom težim oblicima silovanja. Više o tome: M. Škulić (*Silovanje...*), *op. cit.*, str. 418 – 422.

24 Z. Stojanović (*Komentar*), *op.cit.*, str. 577.

načeni čin, ili obljava/sa njom izjednačeni čin zlostupotrebom položaja, čiji pasivni subjekt, takođe može biti dete, a tu spadaju:

- *silovanje* (član 178. stav 4. KZ), što znači da se radi o detetu koje je zbog svog uzrasta ili u kombinaciji sa uzrastom i drugim okolnostima iz člana 179. stav 1. KZ, *potpuno nesposobno za otpor*, te se samim tim, podrazumeva i da takvo dete ne pristaje na obljudu, pa u odnosu na dete nije primenjena sila, niti pretnja da će se neposredno napasti na njegov život ili život njemu bliskog lica, niti se radi o tzv. ucenjivačkom/iznuđivačkom silovanju deteta (član 178. stav 2. KZ), te stoga ne može biti reči o silovanju deteta, kao najtežem obliku krivičnog dela silovanja (član 178. stav 4. KZ),
 - *obljava zlostupotrebom položaja* (član 181. stav 3. KZ), što znači da nije u pitanju krivično delo koje se sastoji u izvršenju obljudbe ili sa njom izjednačenog čina prema detetu od strane nastavnika, vaspitača, staroca, usvojioca, roditelja, očuha, maćehe ili drugog lica koje zlostupotrebom svog položaja ili ovlašćenja izvrši obljudbu ili sa njom izjednačeni čin sa detetom koje mu je povereno radi učenja, vaspitanja, staranja ili nege.
- 2) Ne sme biti u pitanju drugo krivično delo protiv polne slobode koje podrazumeva konsensualnu obljudbu ili konsensualni sa obljudbom izjednačeni čin u odnosu na dete, što je moguće samo ako je dete na temelju svog uzrasta, dostignute zrelosti i drugih relevantnih okolnosti, sposobno da relevantno izrazi svoju volju, tako da se ne radi o krivičnom delu obljudbe sa detetom (član 180. KZ), jer se *dete nije saglasilo sa obljudbom ili činom koji je sa obljudbom izjednačen*.

To praktično znači da u kontekstu pojma lica nesposobnog za otpor (član 179. stav 1 KZ), te uslova pod kojima postoje druga relevantna krivična dela protiv polne slobode (čl. 178, 180. i 181. KZ), samim tim što zakonodavac, dete svrstava u kategoriju „posebnog pasivnog subjekta“ iz člana 179. stav 3 KZ-a, on implicitno, ali prilično jasno (čak i ako to nije zaista bila „želja“ zakonodavca, te bez obzira što je to možda teorijski sporno), potpuno isključuje mogućnost da dete uopšte i bude pasivni subjekt osnovnog oblika obljudbe nad nemoćnim licem (član 179. stav 1. KZ).

Iz ovoga proizlazi i da će se svakako raditi o najtežem obliku obljudbe nad nemoćnim licem, onda (*uvek*), kada je pasivni subjekt dete, a pri tom, ne postoji neko drugo (*konkurentno*) krivično delo protiv polne slobode, izvršeno prema detetu, koje bi primarno postojalo, te eventualno, potpuno konsumiralo obljudbu nad detetom kao „nemoćnim licem“.

Dakle, čini se da ovde u stvari, onda kada je dete pasivni subjekt krivičnog dela protiv polne slobode koje podrazumeva obljudbu/sa njom izjednačeni čin, ni ne može postojati osnovni oblik krivičnog dela obljudbe nad nemoćnim licem (član 179. stav 1. KZ), čija je žrtva dete, već će se tada uvek (osim kada se radi o silovanju, obljudbi sa detetom ili obljudbi zlostupotrebom položaja – što je moguće pod prethod-

no navedenim uslovima), uvek raditi o težem obliku obljube nad nemoćnim licem iz člana 179. stav 3. KZ.²⁵

5. STICAJ KVALIFIKATORNIH OKOLNOSTI

Kada postoji *sticaj kvalifikatornih okolnosti*, ali tako da je bar jedna od njih dovoljna za konkretan teži, odnosno najteži oblik obljube nad nemoćnim licem, postojaće samo taj jedan (naj)teži oblik ovog krivičnog dela. Tada se radi o prividnom sticaju po osnovu *alternativiteta*, ali samo kada se radi o otežavajućim okolnostima koje su alternativno formulisane za isti teži oblik krivičnog dela. Takav će slučaj na primer da bude, ukoliko je obljuba nad nemoćnim licem izvršena od strane više lica, a pri tom je nastupila teška telesna povreda pasivnog subjekta,²⁶ kada će postojati samo jedan teži oblik obljube nad nemoćnim licem iz člana 179. stav 2. KZ-a.

Obrnuto, ako je obljuba nad nemoćnim licem izvršena uz neku otežavajuću okolnost koja konstituiše najteži oblik ovog krivičnog dela (član 179. stav 3. KZ-a), na primer, pasivni subjekt je dete, a istovremeno postoji i otežavajuća okolnost propisana za teži oblik iz člana 179. stav 2. KZ-a (na primer, krivično delo je izvršeno na naročito svirep ili naročito ponižavajući način), tada najteži oblik konsumira teži oblik, te postoji samo najteži oblik obljube nad nemoćnim licem (član 179. stav 3. KZ-a).

6. OBLIK KRIVICE KOD OBLJUBE NAD NEMOĆNIM LICEM

Oblik krivice izvršioca (a to može da bude lice bilo kojeg pola), je u pogledu osnovnih oblika ovog krivičnog dela samo umišljaj, koji treba da obuhvati saznanje izvršioca u pogledu zdravstvenog stanja nemoćnog lica, odnosno drugog stanja pasivnog subjekta, usled kojeg to lice nije bilo sposobno za otpor. Izvršilac mora biti svestan da je pasivni subjekat lice koje nije sposobno za otpor.

Ukoliko je izvršilac imao pogrešnu predstavu da se pasivni subjekt ne nalazi u takvom stanju, usled kojeg nije sposoban za otpor, to se pitanje rešava prema opštim krivičnopravnim pravilima koja se odnose na stvarnu zabludu.²⁷ U pogledu svesti i

25 Pitanje je koliko je ovo opravdano u striktno normativnom smislu, pa donekle i u kriminalno-političkom pogledu, ali je veoma teško navedenu situaciju, odnosno moguću „konkurenciju“ osnovnog i težeg oblika obljube nad nemoćnim licem, te u kontekstu „konkurencije“ drugih krivičnih dela protiv polne slobode čiji pasivni subjekt može biti dete, a koje se sastoji u obljubi ili sa obljubom izjednačenom činu, rešiti/tumačiti na drugi način.

26 Naravno, do nastupanja teže posledice, koja je sama po sebi, tj. inače, bitno obeležje drugog krivičnog dela (u ovom slučaju krivično delo teške telesne povrede), mora da dođe usled nehata izvršioca, jer bi se u suprotnom (ako se takva teža posledica može pripisati umišljaju izvršioca), radilo o sticaju teške telesne povrede i osnovnog oblika obljube nad nemoćnim licem.

27 U ovom slučaju se radi o zabludi u pogledu nekih stvarnih obeležja *bića krivičnog dela*. Ovakva zabluda (*Tatbestandsirrtum*) postoji prema shvatanju nemačke krivičnopravne teorije (*die Irrtumslehre*) kada „neko prilikom činjenja krivičnog dela, nije svestan nekog zakonskog

volje izvršioca naša sudska praksa uglavnom prihvata da je dovoljno da je učinilac svestan mogućnosti da se radi o nemoćnom licu, te da pristaje da iskoristi takvo stanje pasivnog subjekta, radi izvršenja obljube ili sa njom izjednačenog čina. Dakle, sama obljuba ili sa njom izjednačen čin su umišljajne radnje i u pogledu njih po logici stvari, izvršilac uvek ima direktan umišljaj, ali kada se radi o iskorišćavanju stanja nesposobnosti za otpor, dovoljno je da izvršilac u pogledu toga (što se svodi na postojanje/nepostojanje svesti da je pasivni subjekt lice koje je nesposobno za pružanje otpora), postupa sa eventualnim umišljajem. Tako se u jednoj odluci Vrhovnog suda Srbije konstatuje: „Učinilac krivičnog dela obljube nad nemoćnim licem je krivično odgovoran i kada nije siguran da lice prema kome preduzima delo, usled psihičke nemoći nije u stanju da izrazi svoju volju u pogledu vršenja polnog odnosa,²⁸ ali je svestan te mogućnosti i uprkos tome, izvršio je obljubu“.²⁹

Kod težih oblika krivičnog dela obljube nad nemoćnim licem, kod kojih je kvalifikatorna okolnost nastupela teža posledica, izvršilac treba da u odnosu na tu posledicu postupi nehatno.

Kada je reč o težim oblicima kod kojih je kvalifikatorna okolnost *uzrast žrtve/pasivnog subjekta* (maloletnik ili dete), odnosno izvršenje dela od strane više lica (*sticaj izvršilaca*), kao i posebno težak način izvršenja obljube nad nemoćnim licem, što se svodi na vršenje krivičnog dela na naročito svirep ili naročito ponižavajući način, učinilac mora da bude svestan tih stvarnih obeležja, koja konstituišu teže oblik krivičnog dela.

7. ODNOS ZAKONSKE KONCEPCIJE SILOVANJA KAO PRINUDNE OBLJUBE/SA OBLJUBOM IZJEDNAČENOG ČINA I ZAKONSKE KONCEPCIJE OBLJUBE NAD NEMOĆNIM LICEM

S obzirom na koncepciju silovanja kao osnovnog krivičnog dela protiv polne slobode, gde se u inkriminaciji ne spominje „stanje volje“ pasivnog subjekta, odnosno nepostojanje pristanka na obljubu ili sa njom izjednačen čin, što se u

činjeničnog obeležja (*gesetzlichen Tatbestand*) koje pripada krivičnom delu.“ Više o tome: J. Wessels /1996/: *Strafrecht – Allgemeiner Teil – Die Straftat und ihr Aufbau*, 26. neubearbeitete Auflage, „C.F. Müller Verlag“, Heidelberg, str. 121–122; U teoriji se ističe da je stvarna zabluda „pogrešna predstava o nekom zakonskom činjeničnom obeležju krivičnog dela, te da lice koje tako postupa ne čini delo umišljajno, tako da se takvom „greškom“ isključuje intelektualni element umišljaja“. C. Roxin /1997/: *Strafrecht – Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen Aufbau der Verbrechenlehre*, 3. Auflage, „C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung“, München, str. 405.

28 Ova odluka je interesantna i stoga se što se u njoj pre svega, striktno govori o „nesposobnosti izražavanja volje“, a ne o „nesposobnosti za otpor“, pri čemu se u stvari, te „dve vrste nesposobnosti“ po svom delovanju izjednačavaju, a što je donekle nespojivo sa i tada (u vreme klasične definicije silovanja), kao i sada u kontekstu važećeg Krivičnog zakonika, važeće definicije silovanja kao neke vrste „korelativnog“ krivičnog dela u odnosu na obljubu nad nemoćnim licem, shodno čemu silovanje nije definisano kao obljuba ili sa njom izjednačen čin protivno volji pasivnog subjekta, već kao prinudna obljuba ili prinudni sa obljubom izjednačeni čin.

29 Presuda Vrhovnog suda Srbije Kž.1.1367/88 od 30. septembra 1989. godine. Izvor: <https://sirius.rs/cy/praksa/wLObJQ>, dostupno 20. marta 2018. u 16.35.

stvari, na implicitan način pretpostavlja, samim tim što je primenjena prinuda u cilju realizacije obljube ili sa njom izjednačenog čina,³⁰ i u inkriminaciji iz člana 179. stav 1. KZ-a, se navodi samo „nesposobnost za otpor“, a uopšte se ne spominje (ne)pristanak pasivnog subjekta na obljudu ili sa njom izjednačen čin.

Ukoliko bi u budućnosti u krivičnom zakonodavstvu Srbije došlo do promene koncepcije silovanja, tako što bi silovanje postojalo kada se obljudba ili sa njom izjednačen čin, ostvari bez saglasnosti/pristanka pasivnog subjekta, tj. uprkos njegovom izričitom protivljenju, odnosno protivno njegovoj volji,³¹ onda bi u pravno-tehničkom, ali i suštinskom smislu, bile potrebne određene promene i u zakonskom opisu krivičnog dela obljube nad nemoćnim licem. Tada više ne bi bilo adekvatno korišćenje formulacije koja ukazuje da se radi o licu koje usled svog stanja *nije sposobno za otpor*, već bi bilo potrebno ukazati da je u pitanju lice koje usled stanja u kojem se nalazi *nije sposobno da slobodno i svojom voljom pristane na obljudu ili sa njom izjednačen čin*, odnosno bila bi adekvatna neka slična formulacija (što je stvar pravne tehnike), čija je suština da pasivni subjekt nema sposobnost slobodnog odlučivanja/pristanka na relevantni seksualni akt, tj. obljudu ili sa obljudom izjednačen čin.

Naravno, ako bi „nedobrovoljni seksualni odnos“, odnosno obljudba ili sa njom izjednačen čin, bili definisani kao posebno krivično delo,³² odnosno specifična varijanta „silovanja“, a ne kao osnovni oblik silovanja, tada bi jedan od težih oblika silovanja, morao da postoji ako je do obljube ili sa njom izjednačenog čina, došlo

30 Ovdje treba imati u vidu da iz zakonske formulacije koju naš zakonodavac koristi u članu 178. stav 1. KZ-a, proizlazi da bi silovanje u krivičnopravnom smislu postojalo i u slučaju da je prema pasivnom subjektu upotrebljena prinuda (sila ili kvalifikovana pretnja), radi izvršenja obljube ili sa njom izjednačenog čina, iako on, tj. pasivni subjekt inače, pristaje na obljudu ili sa njom izjednačen čin. Do ovoga primarno može doći kada učinilac pogrešno smatra da pasivni subjekt ne pristaje na obljudu ili sa njom izjednačen čin, pa u cilju da ostvari obljudu ili sa obljudom izjednačen čin, primenjuje prinudu. Takva situacija nekada može da nastane i kada se radi o slučajevima mazohizma (mada bi se tada, po pravilu, radilo o isključenju protivpravnosti, usled pristanka povređenog), što se takođe, detaljnije objašnjava u delu teksta koji se odnosi na silovanje. Naravno, ne samo što bi ovakvi slučajevi, u praksi ipak morali biti ekstremno retki, već bi se u praksi verovatno u najvećem broju takvih slučajeva, ispoljila nemogućnost dokazivanja takvog silovanja, a naročito zato što oštećeni/pasivni subjekt („žrtva“), s obzirom da je u stvari, pristao na obljudu ili sa njom izjednačen čin, po pravilu, ne bi ni smatrao da je „zaista“ silovan, odnosno realno ne bi imao „interesa“ da krivično delo prijavljuje, ili da se u krivičnom postupku pojavljuje kao svedok/oštećeni.

31 U ovom su pogledu moguće različite formulacije, a suština je da pasivni subjekat ne pristaje na obljudu/sa obljudom izjednačen čin, što se detaljnije objašnjava u prethodnim izlaganjima koja se odnose na krivično delo silovanja, a posebno u odnosu na jednu specifičnu *novelu* (novo krivično delo protiv polne slobode, koje bi se svelo na obljudu ili sa njom izjednačen čin do čega dolazi bez prinude, ali i bez izričite saglasnosti pasivnog subjekta), od koje je u međuvremenu srpski zakonodavac odustao, a koja je inače, bila planirana na temelju relevantnih odredbi Istanbulske konvencije.

32 Ovakvo rešenje (što se detaljnije objašnjava u prethodnom delu teksta u kojem se analizira krivično delo silovanja), bilo je sadržano u poslednjem Nacrtu Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika Srbije (novele iz novembra 2016. godine), ali je u međuvremenu zakonodavac od takve novele odustao, što se sve detaljnije objašnjava u delu teksta posvećenom krivičnom delu silovanja.

usled prinude.³³ Iz ovoga proizlazi i da bi tada bilo potrebno da se u zakonskom opisu krivičnog dela obljube nad nemoćnim licem ispolje određene „paralelne formulacije“. To znači da bi bilo potrebno da se zadrži formulacija o „stanju tog lica usled kojeg ono nije sposobno za otpor“, ali da se pored toga alternativno propiše i mogućnost da se radi o „stanju pasivnog subjekta usled kojeg on nije sposoban da se slobodnom voljom izjasni o (ne)pristajanju na obljubu ili sa njom izjednačeni čin“.

8. ODNOS SILOVANJA I OBLJUBE NAD NEMOĆNIM LICEM

Kada je reč o odnosu krivičnih dela silovanja i obljube nad nemoćnim licem, bitne su *dve osnovne situacije*:

- 1) slučaj kada izvršilac u odnosu na pasivnog subjekta koji se inače, nalazi u stanju nesposobnosti za otpor, primenjuje prinudu karakterističnu za silovanje,³⁴ što znači. silu ili pretnju da će neposredno napasti na život ili telo pasivnog subjekta ili njemu bliskog lica; te
- 2) slučaj kada je izvršilac svojim radnjama sam doveo pasivnog subjekta u stanje nesposobnosti za otpor, pri čemu su ovde krivičnopravno relevantne *dve osnovne varijante*:
 - a) kada izvršilac umišljajno svojom aktivnošću pasivnog subjekta dovodi u stanje nesposobnosti za otpor i
 - b) kada izvršilac pasivnog subjekta bez umišljaja (što ovde znači bilo iz nehata, bilo slučajem), nekom sopstvenom aktivnošću dovodi u stanje nesposobnosti za pružanje otpora.

U prvoj osnovnoj situaciji će se najčešće raditi o krivičnom delu silovanja, ali nekada može biti u pitanju i obljuba nad nemoćnim licem, što zavisi od konkretnih okolnosti koje se mogu ili ne mogu podvesti pod bitna obeležja jednog ili drugog od ovih krivičnih dela protiv polne slobode. U drugoj osnovnoj situaciji će u prvoj varijanti biti u pitanju krivično delo silovanja, dok će se u drugoj raditi o obljubi nad nemoćnim licem.

Činjenica da je pasivni subjekat bio u stanju „nemoći“ u smislu člana 179. stav 1. KZ-a, a da je uprkos tome ili nezavisno od toga, u odnosu na njega ipak bila upo-

33 Ovakvo pravno-tehničko rešenje, koje je inače, veoma logično sa stanovišta klasičnih dogmatsko-normativnih kriterijuma, iako donekle zvuči nelogično jer osnovni oblik silovanja postaje obljuba ili sa njom izjednačen čin, a do čega ne dolazi „silom“, tj. obljuba ili sa njom izjednačeni čin se realizuju *bez prinude* (ali *protivno volji pasivnog subjekta*), je inače, skorašnjim novelama prihvaćeno u Krivičnom zakoniku Nemačke.

34 Primena prinude je u ovom slučaju *nepotrebna*, jer izvršilac, s obzirom da je pasivni subjekat lice nesposobno za otpor i bez prinude, može da ostvari obljubu ili sa njom izjednačeni čin, što ipak, zavisno od konkretnih okolnosti, koje su od značaja za pravnu kvalifikaciju krivičnog dela, odnosno odnose se na (ne)postojanje jednog ili drugog od ovih krivičnih dela protiv polne slobode, ne znači da se i tada ne radi, odnosno da se ne može raditi o prinudnoj obljubi ili prinudnom činu koji je sa obljubom izjednačen, tj. silovanju, a ne o obljubi nad nemoćnim licem.

trebljena prinuda, te tako izvršena obljudba ili sa njom izjednačen čin, bi nezavisno od toga da li se radi o silovanju ili obljudbi nad nemoćnim licem, u konkretnom slučaju, svakako bila ili mogla biti cenjena kao posebna otežavajuća okolnost.

8.1. *Prva osnovna situacija koja se tiče odnosa silovanja i obljudbe nad nemoćnim licem*

Ukoliko bi učinilac u odnosu na pasivnog subjekta koji se nalazi u stanju usled kojeg nije sposoban za otpor (zbog duševnog oboljenja, zaostalog duševnog razvoja itd.), primenio prinudu, tj. ispoljio silu ili pretnju da će neposredno napasti na život ili telo pasivnog subjekta ili njemu bliskog lica, te tako izvršio obljudbu ili sa njom izjednačeni čin u odnosu na takvog pasivnog subjekta, određeno krivično delo protiv polne slobode svakako postoji, ali od konkretnih okolnosti zavisi koje će krivično delo biti u pitanju. Tada će u nekim situacijama postojati krivično delo silovanja iz člana 178. KZ-a, ne obljudba nad nemoćnim licem propisana u članu 179. KZ-a, dok će u drugim situacijama ipak biti u pitanju obljudba nad nemoćnim licem.

To znači da se u prvoj osnovnoj situaciji koju prethodno teorijski navodimo može raditi o:

- 1) silovanju koje konsumira obljudbu nad nemoćnim licem ili
- 2) samo obljudbi nad nemoćnim licem.

Kod ove prve osnovne situacije suština je u proceni da li izvršilac iskorišćava ili ne iskorišćava stanje u kojem se nalazi pasivni subjekt, te da li je do obljudbe ili sa njom izjednačenog čina došlo isključivo usled iskorišćavanja stanja nesposobnosti za otpor pasivnog subjekta.

Moguće je po pravilu, razlikovati *dva osnovna slučaja*; jedan kada izvršila pogrešno smatra da bez prinude ne može ostvariti obljudbu ili sa njom izjednačeni čin i drugi, kada izvršilac zna da se radi o nemoćnom licu, odnosno osobi koja je nesposobna za otpor, pa uprkos tome, iz određenih razloga, poput sadističkih motiva, primenjuje prinudu i u odnosu na takvog pasivnog subjekta.

U oba ova slučaja će postojati obljudba nad nemoćnim licem, a ne silovanje, ukoliko izvršilac obljudbu ili sa njom izjednačen čin ostvaruje, tako što *iskorišćava stanje* nesposobnosti za otpor pasivnog subjekta, što znači da do obljudbe/sa obljudbom izjednačenog čina ne dolazi usled primenjene prinude. Tada je prinuda neka vrsta „dodatne aktivnosti“ izvršioca, ali ona ne predstavlja *sredstvo* kojim se izvršilac služi da bi ostvario obljudbu ili sa njom izjednačen čin, te je u stvari, „nepotrebna“ radi izvršenja obljudbe ili sa njom izjednačenog čina. Prinuda je suvišna u ovoj situaciji, jer izvršilac obljudbu ili sa njom izjednačen čin realizuje, tako što iskorišćava stanje koje pasivnog subjekta čini nesposobnim za otpor, a ne tako što prinudom pasivnog subjekta primorava na obljudbu/sa obljudbom izjednačen čin. To znači i da prinuda u ovom slučaju uopšte nije u funkciji obljudbe ili sa njom izjednačenog čina, već služi nekim drugim porivima izvršioca, što naravno, može imati značaj posebne otežavajuće okolnosti.

Radiće se o obljudi nad nemoćnim licem, a ne o silovanju, onda kada izvršilac *iskorišćava stanje* pasivnog subjekta usled kojeg nije sposoban za otpor, čega je izvršilac svestan, a prinudu primenjuje iz nekih drugih motiva, a ne da bi zahvaljujući njoj ostvario obljudu ili sa njom izjednačen čin, jer i inače, te radnje može da izvrši s obzirom da se radi o licu koje nije sposobno za otpor. U ovom slučaju se realno ne može govoriti o *primoravanju* pasivnog subjekta na obljudu ili sa obljudom izjednačeni čin jer nikakva prinuda nije potrebna, pošto se radi o pasivnom subjektu koji je nesposoban za otpor, a izvršilac je toga svestan, te se stoga neće raditi o silovanju, već o krivičnom delu obljudbe nad nemoćnim licem, a primena prinude (iz drugih motiva izvršioca, a ne radi primoravanja pasivnog subjekta na obljudu/sa obljudom izjednačeni čin), bi se svakako, tretirala kao otežavajuća okolnost u konkretnom slučaju.

Biće u pitanju silovanje, a ne obljudba nad nemoćnim licem, ukoliko izvršilac *primenjujući prinudu*, vrši obljudu ili sa njom izjednačen čin, ali pri tom, uopšte *ne iskorišćava stanje* nesposobnosti za otpor u kojem se nalazi pasivni subjekt, te vrši prinudnu obljudu ili sa njom izjednačeni čin, potpuno nezavisno od stanja „nemoć“ pasivnog subjekta.

Naime, obljudba ili sa njom izjednačeni čin, ipak *moгу suštinski biti prinudni*, čak i onda kada prinuda u konkretnim okolnostima, uopšte realno nije bila potrebna radi realizacije obljudbe ili sa obljudom izjednačenog čina. U takvom slučaju ipak postoji silovanje, a ne obljudba nad nemoćnim licem. Na primer, izvršilac vezuje pasivnog subjekta, koji je inače, lice nesposobno za otpor i tako nad vezanim pasivnim subjektom ostvaruje obljudu ili sa njom izjednačen čin. U prilog ovom tumačenju govore i kriminalno-politički razlozi, jer nije logično da nesporno primenjena prinuda na obljudu ili sa njom izjednačeni čin, ne bude tretirana kao klasično/najklasičnije i tradicionalno krivično delo protiv polne slobode, a to je silovanje.

Kao što je prethodno već objašnjeno, u praksi je verovatno teško zamislivo da se radi o licu potpuno nesposobnom za otpor u odnosu na koje izvršilac primenjuje prinudu da bi tako ostvario obljudu ili sa njom izjednačeni čin, a češće bi po logici stvari, bilo da je u pitanju lice koje je samo donekle nesposobno za otpor, odnosno ne može zbog stanja u kojem se nalazi da pruži potpun i efikasan otpor, a onda i tu dodatno smanjenu ili osujećenu mogućnost otpora, izvršilac „slama“ ili potpuno eliminiše, korišćenjem prinude. U takvom slučaju se, naravno, svakako radi o silovanju, a takva situacija je u praksi i (naj)očiglednija. Naime, tada prinuda sa staništa izvršioca ima i svojevrstan svrsishodan karakter, te se bar delimično nalazi u funkciji realizacije obljudbe/sa obljudom izjednačenog čina, jer pasivni subjekt u ovom slučaju ipak ima sposobnost za otpor u odgovarajućem relevantnom stepenu.

Dakle, iako načelno smatramo da su prinudna obljudba ili sa obljudom izjednačeni čin, tj. silovanje, mogući pod određenim uslovima (kao u prethodno navedenom primeru) i kada se radi o licu koje je potpuno nesposobno za otpor, u praksi bi ovo svakako primarno bio slučaj, onda kada ipak ne postoji neka apsolutna nesposobnost pasivnog subjekta za otpor, već je on zbog stanja u kojem se nalazi, samo

bitno osujećen u svojim mogućnostima otpora. To inače, najčešće i jeste slučaj u praksi, kada je u pitanju primena prinude u odnosu na lice koje je u stanju „bitne, ali ne i apsolutne osujećenosti mogućnosti otpora“.³⁵

U ovoj situaciji silovanje s jedne strane, konsumira obljudu nad nemoćnim licem, u delu ove inkriminacije koji se odnosi na radnju izvršenja – obljudba ili sa njom izjednačeni čin, a s druge strane, ne samo što su u ovom slučaju ispunjena sva bitna obeležja krivičnog dela silovanja, već nisu ni inače, u potpunosti ostvarena bitna obeležja inkriminacije obljuje nad nemoćnim licem, s obzirom da učinilac uopšte *aktivno ne iskorišćava* stanje u kojem se pasivni subjekat nalazi, a usled kojeg nije sposoban za otpor, već primenjujući prinudu vrši obljudu ili sa njom izjednačeni čin. Praktično, izvršilac uopšte ne koristi stanje nesposobnosti za otpor pasivnog subjekta, da bi zahvaljujući takvom stanju pasivnog subjekta ostvario obljudu ili sa njom izjednačeni čin, već primenjuje prinudu i tako vrši obljudu ili sa njom izjednačeni čin, čime ostvaruje bitne elemente krivičnog dela silovanja.

Ovde čak i nije od značaja za postojanje silovanja da li izvršilac primenjuje prinudu, pogrešno smatrajući da je ona neophodna da bi izvršio obljudu ili sa njom izjednačeni čin, tj. kada izvršilac uopšte nije svestan da se radi o pasivnom subjektu koji nije sposoban za otpor ili je toga svestan, ali iz određenih sopstvenih motiva, poput sadizma, nesposobnosti da se na drugi način seksualno uzbudi, dodatne patološke seksualne stimulacije itd., primenjuje prinudu, mada „za tim u stvari, nije bilo potrebe“. U obe ove situacije će postojati krivično delo silovanja, a ne obljudba nad nemoćnim licem, ukoliko izvršilac *ne iskorišćava stanje pasivnog subjekta*, a *primenjuje prinudu* prema njemu, te tako vrši obljudu ili sa njom izjednačeni čin. Motivi izvršioca u drugoj situaciji, odnosno primena prinude u odnosu na nemoćno lice i onda kada je izvršilac svestan da se radi o licu koje je nesposobno za otpor, bi pri tom, mogli biti tretirani kao otežavajuća okolnost u konkretnom slučaju.

U ovom slučaju bi se zavisno od konkretnih okolnosti, moglo raditi i o težem obliku silovanja (član 178. stav 3. KZ-a), a naročito ako je u pitanju maloletno lice ili je delo izvršeno na naročito ponižavajući način (što je posebno moguće s obzirom na stanje u kojem se pasivni subjekat nalazi), a mogao bi biti u pitanju i teži oblik silovanja iz člana 178. stav 4. KZ-a, ako se radi o detetu kao pasivnom subjektu ovog krivičnog dela.

Naravno i kada se radi o težim oblicima silovanja u ovim situacijama, neophodno je da učinilac primenjujući prinudu, tj. zahvaljujući sili ili pretnji da će neposredno napasti na život ili telo pasivnog subjekta, u pogledu kojeg inače, postoji odgovarajuće stanje (duševno oboljenje zaostali duševni razvoj itd.), u odnosu na njega ostvari obljudu ili sa njom izjednačeni čin.

To znači da ukoliko postoji kombinacija bitnih faktora, odnosno *sredstava/nadžina realizovanja prinude* (sila ili kvalifikovana pretnja) i *relevantnog stanja nemo-*

35 To zaista najčešće i jeste slučaj, a sam izvršilac po pravilu, ne mora ni da bude svestan u kojem stepenu je pasivni subjekt, zaista realno (ne)sposoban za otpor, pa tako na primer, u primeru koji se navodi u osnovnom tekstu, a koji se odnosi na lice u nesvesti, nije izvesno koliko će gubitak svesti da traje, te da li će i u kojoj meri pasivni subjekt, koji je došao svesti, tada biti sposoban za otpor, da li će otpor ispoljiti, u kojoj meri bi to moglo biti efikasno i sl.

či pasivnog subjekta (duševno oboljenje, zaostali duševni razvoj itd.), koji učiniocu omogućavaju obljudu ili sa njome izjednačeni čin, tako da on koristi prinudu u tom cilju, ali u isto vreme i *kombinovano*, iskorišćava i stanje nesposobnosti za otpor pasivnog subjekta (u smislu člana 179. stav 1. KZ-a), tada će se takođe, raditi o krivičnom delu silovanja (član 178. KZ), a ne o obljudi nad nemoćnim licem (član 179. KZ).

Čak i kada je učinilac primenio prinudu, pogrešno smatrajući da samo tako može ostvariti obljudu ili sa njom izjednačeni čin u odnosu na pasivnog subjekta, u pogledu kojeg prinuda uopšte i nije bila potrebna, jer se nalazio u stanju nesposobnosti pružanja otpora, postojaće krivično delo silovanja, jer su i tada ostvarena sva bitna obeležja inkriminacije iz člana 178. stav 1. Krivičnog zakonika. Naime, tada se radi o prinudnoj obljudi ili sa njom izjednačenom činu, jer postoji *sticaj i prinude i odgovarajuće seksualne radnje* kod učinioca (obljuba ili sa obljudom izjednačeni čin), kao što se to i prema zakonskom opisu, zahteva za postojanje inkriminacije iz člana 178. KZ-a, bez obzira što u ovom slučaju, prinuda uopšte i nije bila potrebna da bi se realizovala obljuba ili sa njom izjednačeni čin. Takođe, kako u takvoj situaciji učinilac uopšte i nema svest da ostvaruje obljudu ili sa obljudom izjednačeni čin u odnosu na nemoćno lice, odnosno pasivnog subjekta koji usled duševnog oboljenja, zaostalog duševnog razvoja itd., nije u stanju koje ga čini sposobnim za otpor, već pogrešno veruje da vrši prinudnu obljudu/sa obljudom izjednačeni čin, ne može se smatrati da takav učinilac uopšte i iskorišćava takvo stanje „nemoći“, tj. nesposobnosti za otpor pasivnog subjekta, već se tada radi o učiniocu koji vrši prinudnu obljudu ili sa njom izjednačeni čin, što znači da će u ovakvom slučaju biti u pitanju krivično delo silovanja, a ne obljudi nad nemoćnim licem. Naravno, i već spominjani kriminalno-politički razlozi idu u prilog ovakvom tumačenju.

Silovanje će postojati u ovakvoj situaciji, jer su ispunjena sva bitna obeležja ovog krivičnog dela – izvršilac primenjuje silu ili pretnju da će neposredno napasti na život ili telo pasivnog subjekta, ili njemu bliskog lica, te vrši obljudu ili sa njom izjednačen čin.

Naravno, ovde treba imati u vidu da pretnja kao oblik prinude, po pravilu nema krivičnopravno relevantni značaj kada se radi o pasivnom subjektu nesposobnom za otpor, kao na primer, kada je reč o toliko mentalno zaostalom licu da ono uopšte ne shvata značaj konkretne pretnje ili ukoliko se pretnja upućuje licu koje je i inače, u potpuno nesvesnom stanju. To znači da bi se prinuda u ovoj prvoj situaciji koja se tiče odnosa između silovanja i obljudi nad nemoćnim licem, po pravilu, ispoljavala kao sila, poput prethodno navedenog primera, vezivanja pasivnog subjekta.

8.2. *Druga osnovna situacija koja se tiče odnosa silovanja i obljudi nad nemoćnim licem*

Ukoliko je sam izvršilac pasivnog subjekta umišljajno doveo u stanje nesposobnosti za otpor, tako što mu je na primer, davao neke psihoaktivne supstanci,

odnosno opojne droge,³⁶ ili to učinio na neki drugi relevantan način,³⁷ onda bi se takva „prethodna“ radnja izvršioca, smatrala primenjenom silom, kao vidom prinude, te ako bi potom, izvršilac nad takvim pasivnim subjektom (kojeg je sam „učinio nesposobnim za otpor“), izvršio obljubu ili sa njom izjednačen čin, radilo bi se o silovanju, a ne o obljubi nad nemoćnim licem.

Potrebno je da izvršilac prinudu primenjuje umišljajno, jer i inače, silovanje, kao i druga krivična dela protiv polne slobode, mogu biti samo umišljajna,³⁸ kada je reč o njihovom subjektivnom aspektu, odnosno mogućem obliku krivice. To u ovom primeru znači da je izvršilac sa umišljajem primenio određeno sredstvo kojim pasivnog subjekta „onesposobio“, tj. učinio nesposobnim za otpor, te potom u odnosu na njega izvršio obljubu ili sa njom izjednačeni čin.

Ukoliko je izvršilac pasivnog subjekta nekom svojom aktivnošću doveo u stanje nesposobnosti za otpor, ali to nije učinio umišljajno, što bi na primer, bilo moguće ako bi mu iz nehata dao neko psihoaktivno sredstvo koje ga čini nesposobnim za otpor ili je to čak učinio potpuno slučajno, te potom pasivnog subjekta „u stanju nemoći“, obljubio ili nad njim izvršio drugi sa obljubom izjednačeni čin, tada se neće raditi o silovanju. Ne može postojati silovanje u ovoj situaciji, jer prinuda (sila kao

- 36 Primenu određenih psihoaktivnih u odnosu na pasivnog subjekta silovanja od strane izvršioca, koji time sebi sa umišljajem omogućava izvršenje obljube ili sa njome izjednačenog čina u odnosu na pasivnog subjekta, treba smatrati *vidom sile*, što je u krivičnopravnom smislu oblik prinude. Kada je reč o primeni takvih sredstava u kontekstu krivičnog dela obljube nad nemoćnim licem, onda za razliku od njihove primene kod silovanja (kao vid prinude, odnosno sile), u obzir dolaze samo ona psihoaktivna sredstva koja pasivnog subjekta „onesposobljavaju“, tj. čine ga *nesposobnim za otpor*, tako što ga uspavljaju, parališu itd, a ne i psihoaktivna sredstva koja deluju afrodisijajčki, tj. snažno/neizdrživo seksualno stimulišu lice kojem se daju. Takva sredstva mogu da se koriste od strane izvršioca kao vid prinude, kada se radi o krivičnom delu silovanja, ali ona ne mogu da budu način dovođenja pasivnog subjekta u stanje nesposobnosti za otpor, što je jedno od bitnih obeležja krivičnog dela obljube nad nemoćnim licem.
- 37 Nije lako pronaći neke primere takvog „drugog načina“ činjenja pasivnog subjekta nesposobnim za otpor, osim primene određenih psihoaktivnih supstanci, a moglo bi se na primer (što se naravno, legitimno može navoditi u teorijskom smislu, ali je to u praksi ipak ekstremno retko, ali je ikada i zabeleženo), raditi o primeni hipnoze, kojom se pasivni subjekt „otupljuje“, parališe i sl., odnosno čini nesposobnim za otpor.
- 38 Interesantno je da se u važećem Zakoniku o krivičnom postupku, implicitno „tvrdi“ da *ipak postoje* i neka krivična dela protiv polne slobode koja se mogu izvršiti iz nehata. Tako se u članu 141. stav 2. tačka 2. Zakonika o krivičnom postupku, navodi da u odluci o izricanju krivične sankcije koja se sastoji u lišenju slobode, prvostepeni sud može po službenoj dužnosti odrediti da se uzorak za forenzičko-genetičku analizu, između ostalog, uzme i od – „okrivljenog koji je oglašen krivim za umišljajno krivično delo protiv polne slobode“ (*sic*). Kada ovde kao uslov navodi da se mora raditi o *umišljajnom krivičnom delu protiv polne slobode*, zakonodavac pravi grubu i skoro neverovatnu *laičku grešku*, jer su krivična dela protiv polne slobode u srpskom krivičnom zakonodavstvu po definiciji *isključivo umišljajna*. Na primer, kada je reč o najtipičnijem (klasičnom) krivičnom delu protiv polne slobode, *nemoguće je zamisliti silovanje koje bi se izvršilo iz nehata*, bar ne u kontekstu pozitivnog krivičnog zakonodavstva Srbije. Uporedi: M. Škulić /2017/: *Krivično procesno pravo*, deseto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2017., str. 242. Više o tome i: M. Škulić i G. Ilić /2012/: *Novi Zakonik o krivičnom postupku Srbije – jedan korak napred, dva koraka nazad*, Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije, Pravni fakultet u Beogradu i Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, Adresa za preuzimanje teksta sa sajta: <http://www.uts.org.rs/images/stories/061212.novi.zakonik.o.krivicnom.postupku.pdf>.

jedan od njenih oblika), nije primenjena umišljajno od strane izvršioca. To znači da izvršilac, kada se radi o nesvesnom nehatu ili slučaju, uopšte nije svestan da pasivnog subjekta svojom radnjom dovodi u stanje nesposobnosti za otpor (intelektualni element), kada kod njega, po logici stvari, ne može postojati ni voluntativni element umišljaja, ili je toga svestan, ako postupa sa svesnim nehatom, ali olako drži da do nesposobnosti za otpor pasivnog subjekta neće doći ili će to moći da spreči, što znači da ni tada, nema relevantnog voluntativnog elementa umišljaja.

To znači da čak i da je izvršilac postupio sa svesnim nehatom u pogledu dovođenja pasivnog subjekta u stanje nesposobnosti za otpor, tako što mu je na primer, dao određenu opojnu drogu ili alkoholno piće u nekoj većoj količini, svestan da će to dovesti ili bi moglo dovesti do „onesposobljavanja“ tog lica, ali bez htenja/pristanja na to, neće se raditi o prinudi kao elementu silovanja, jer i nju, kao naravno i obljudu ili sa njom izjednačeni čin (što praktično „u zbiru“ čini silovanje), izvršilac mora primeniti umišljajno, pa bi i u ovakvom slučaju postojalo krivično delo obljudbe nad nemoćnim licem.

Naravno, u obe ove prethodno objašnjene situacije, kada izvršilac pasivnog subjekta svojom radnjom čini nesposobnim za otpor, ali to ne čini umišljajno, zbog čega se ne radi o silovanju, za postojanje obljudbe nad nemoćnim licem, mora postojati određeni neophodni subjektivni element. To znači da je neophodno da kod izvršioca u odnosu na tako izvršenu obljudbu ili sa obljudbom izjednačeni čin, postoji odgovarajući oblik krivice, a to je umišljaj, što je i inače, neophodno u pogledu svih krivičnih dela protiv polne slobode. Izvršilac naravno, mora biti svestan i da obljudbu/sa obljudbom izjednačeni čin vrši u odnosu na lice koje je nesposobno za otpor, te da to čini protiv volje pasivnog subjekta, kada se radi o pasivnom subjektu koji s obzirom na stanje u kojem se nalazi, može imati relevantnu volju.

8.3. *Mogućnost/nemogućnost sticaja između silovanja i obljudbe nad nemoćnim licem*

Silovanje i obljudba nad nemoćnim licem nikada ne mogu biti u *idealnom sticaju*, jer kada se radi o jednoj obljudbi ili jednom sa obljudbom izjednačenom činu, bilo da je reč o prinudnoj obljudbi ili prinudnom sa obljudbom izjednačenom činu ili kada je u pitanju jedna obljudba ili sa njom izjednačen čin do čega dolazi iskorišćavanjem stanja nesposobnosti za otpor pasivnog subjekta, svakako postoji ili jedno ili drugo krivično delo protiv polne slobode, što znači, jedno silovanje ili jedna obljudba nad nemoćnim licem.³⁹ Kao što je prethodno već objašnjeno, u nekim situacijama silovanje konsumira obljudbu nad nemoćnim licem, pa bi se tada radilo o prividnom idealnom sticaju, po osnovu konsumpcije. U našoj teoriji se i inače, smatra da silovanje konsumira i neka druga krivična dela poput lake telesne povrede,⁴⁰ mada se to stanovište inače, više zasniva na nekim uobičajenim praktičnim razlozima i rezonima, nego na čisto normativno-dogmatskom kriterijumu.⁴¹

39 Uporedi: Z. Stojanović, M. Škulić i V. Delibašić /2018/: *Osnovi krivičnog i krivičnog procesnog prava*, Advokatska komora Srbije, Beograd, str. 168.

40 Đ. Lazin /1982/: *Prividni idealni sticaj krivičnih dela*, „Privredna štampa“, Beograd, str. 143–144.

41 Naime, čini se da je u najvećem broju slučajeva ipak moguć sticaj između lake telesne povrede i silovanja, što je posebno jasno (tada i nema izuzetka) ukoliko se prinuda ispoljavala u

Silovanje i obljava nad nemoćnim licem po pravilu, ne mogu biti ni u *realnom sticaju*, tako što bi u istoj ili vremenski bitno povezanoj situaciji, isti izvršilac izvršio oba ova krivična dela prema istom pasivnom subjektu. To znači da će se zavisno od konkretnih okolnosti koje se odnose na bitna obeležja jednog ili drugog od ovih krivičnih dela protiv polne slobode, u praksi skoro uvek, ali ipak ne i isključivo, postojati bilo silovanje, bilo obljava nad nemoćnim licem.

Realni sticaj između silovanja i obljube nad nemoćnim licem, je ipak moguće zamisliti u određenim veoma specifičnim situacijama, što bi po logici stvari, svaka-ko moralo/moglo biti ekstremno retko u praksi.

Naime, ako se pasivni subjekat krivičnog dela nalazi u određenom permanentnom stanju nesposobnosti za otpor,⁴² onda će se raditi o krivičnom delu obljube nad nemoćnim licem, ako izvršilac iskoristi takvo stanje pasivnog subjekta, pa u odnosu na njega izvrši obljudu ili sa njom izjednačen čin. Ukoliko je u odnosu na takvog subjekta izvršilac primenio silu ili kvalifikovanu pretnju (pretnju da će napasti na život tog lica ili njemu bliskog lica),⁴³ te ostvario prinudnu obljudu ili sa obljudom izjednačen čin, onda samo pod određenim uslovima (detaljno objašnjenim u prethodnom tekstu),⁴⁴ može biti reč o krivičnom delu silovanja, a ne o obljudi nad nemoćnim licem, bez obzira što se pasivni subjekat inače nalazi u stanju nesposobnosti za otpor.⁴⁵

Međutim, kada je u pitanju pasivni subjekt koji inače, nije u permanentnom/konstantom i nepromenljivom stanju nesposobnosti za otpor, već je on samo u određenom privremenom stanju koje ga onemogućava u potencijalnom otporu, moguće je zamisliti i da u odnosu na njega učinilac izvrši u sticaju, kako obljudu nad nemoćnim licem, tako i silovanje.

kvalifikovanoj pretnji, koja dakle, ne obuhvata primenu direktne sile, pa samim tim ne može biti ispoljena ni u bilo kakvoj povredi. Po pravilu se međutim, ne preduzima krivično gonjenje i za silovanje i za laku telesnu povredu nanetu prilikom izvršenja silovanja. U većini slučajeva bi se to moglo smatrati rezonovanjem da postoji prividni sticaj po osnovu inkluzije, ali smo mi mišljenja da je tada u stvari reč o postupanju po principu oportuniteta koji je faktičke prirode, a u praksi je ovde naravno, od posebnog značaja i to što se za laku telesnu povredu goni po privatnoj tužbi, a teško je zamisliti da bi se oštećeni krivičnim delom silovanja, još „dodatno“ upuštao i u krivično gonjenje podnošenjem svoje privatne tužbe, kada i inače za daleko teže i oficijelno krivično delo, krivično goni javni tužilac. Više o tome: M. Škulić, (*Silovanje...*), *op. cit.*, str. 402–403.

- 42 U prethodnom delu teksta je objašnjena *teorijska podela* stanja nesposobnosti za otpor pasivnog subjekta prema kriterijumu *trajanja/trajnosti stanja* nesposobnosti za pružanje otpora, a po kojem se takva stanja dele na permanentna (konstantna) i povremena (vremenski ograničena i „temporalna“) stanja te vrste, što je ovde, tj. prilikom analize odnosa silovanja i obljube nad nemoćnim licem, od posebnog značaja.
- 43 Ovde u obzir, kao i inače, kada se prinuda kod silovanja ispoljava u obliku pretnje, dolazi u obzir i tzv. ucenjačko/iznuđivačko silovanje, tj. pretnja izvršioca da će se za pasivnog subjekta ili njemu blisko lice otkriti nešto što bi škodilo njegovoj časti ili ugledu („ucena“ pasivnog subjekta), ili pretnja drugim teškim zlom („*iznuda*“ u odnosu na pasivnog subjekta).
- 44 Ovo teorijski ipak nije sasvim nesporno, te mogu se isticati i određeni teorijski kontraargumenti, mada se takvo tumačenje ipak čini ispravnim, a ono je svakako očigledno opravdano iz kriminalno-političkih razloga.
- 45 U delu teksta koji se tiče odnosa krivičnih dela silovanja i obljube nad nemoćnim licem, detaljnije se objašnjavaju uslovi pod kojima je moguća ovakva pravna kvalifikacija.

Sticaj između silovanja i obljube nad nemoćnim licem je moguć kada su kumulativno ispunjena *tri uslova*:

- 1) mora postojati *više obljuba ili sa obljubom izjednačeni činova*, koje isti izvršilac vrši u odnosu na *istog pasivnog subjekta*, te uz postojanje i odgovarajućeg vremenskog razmaka između takvih relevantnih seksualnih radnji, odnosno više obljuba ili sa obljubom izjednačenih činova,
- 2) neophodno je da postoji *relevantna promena stanja pasivnog subjekta*, tako da je on u vreme izvršenja jedne obljube/sa obljubom izjednačenog čina, bio sposoban za pružanje otpora, dok u vreme izvršenja druge obljube ili sa njom izjednačenog čina od strane istog izvršioca, pasivni subjekat, nije bio sposoban za pružanje otpora, ili je obrnuto pasivni subjekat prvo bio sposoban za pružanje otpora, a kasnije je ta sposobnost nestala, te
- 3) potrebno je da *nesposobnost pasivnog subjekta za pružanje otpora, nije nastupila usled delovanja izvršioca*, tj. da se ne može smatrati primenjenom silom od strane izvršioca, ili ishodom sile koju je primenio izvršilac.

Ovo se može ilustrovati određenim primerima, koji se odnose na dve osnovne situacije:

- 1) kada je pasivni subjekat *prvo bio sposoban za otpor*, a *potom* je tu sposobnost, potpuno nezavisno od delovanja izvršioca, pasivni subjekat izgubio i
- 2) kada je pasivni subjekat *prvo bio nesposoban za otpor* (takođe, potpuno nezavisno od delovanja izvršioca), a *nakon toga*, je pasivni subjekat povratio/zadobio sposobnost pružanja otpora.

Na primer, izvršilac primeni prinudu i izvrši obljubu ili sa njom izjednačen čin u odnosu na pasivnog subjekta, koji je inače bio sposoban za otpor, a potom kada je pasivni subjekat bio u nesvesti (do čega nije došlo usled delovanja izvršioca, već potpuno nezavisno od njega, na primer, usled epileptičnog napada), što znači da je pasivni subjekat nesposoban za otpor, izvršilac iskoristi takvo stanje pasivnog subjekta, te bez ikakve prinude u odnosu na njega izvrši (ponovo) obljubu ili sa obljubom izjednačeni čin. U ovom primeru je pasivni subjekat, prvo bio u stanju koje ga čini sposobnim za otpor, a potom se našao u stanju nesposobnosti za otpor, tj. tek kasnije nakon prve obljube ili sa njom izjednačenog čina, uz primenu prinude (silovanje), pasivni subjekat gubi sposobnost za otpor, te je u vreme izvršenja druge obljube/sa obljubom izjednačenog čina on u (promenjenom) statusu lica koje nije sposobno za otpor, te stoga tada postoji obljuba nad nemoćnim licem.

Obrnuto u odnosu na prethodni primer, moguće je da se pasivni subjekat nalazi u stanju teže alkoholisanosti ili je pod uticajem opojnih droga i sl., te usled toga nije sposoban za otpor, pa takvo stanje pasivnog subjekta iskoristi izvršilac i u odnosu na njega izvrši obljubu ili sa njom izjednačen čin, ostvarujući tako bitna obeležja krivičnog dela obljube nad nemoćnim licem. Potom se pasivni subjekat „osposobljuje“ za otpor, tj. trezni se ili prestaje/umanjuje se dejstvo alkoholisanosti i sl., te tada izvršilac ponovo vrši obljubu/sa obljubom izjednačeni čin, ali pri tom,

ovog puta u odnosu na pasivnog subjekta koji je sada sposoban za otpor, izvršilac primenjuje prinudu, što znači da tada postoji krivično delo silovanja.

Inače, ove prethodno objašnjene obe moguće varijante realnog sticaja između silovanja i obljuje nad nemoćnim licem, podrazumevaju „smenu ova dva krivična dela“ u odnosu na pasivnog subjekta „u promenjenom stanju (ne)sposobnosti za otpor“. To znači da se u odnosu na pasivnog subjekta, pod određenim uslovima, prvo vrši silovanje, pa potom obljava nad nemoćnim licem ili obrnuto, prvo silovanje, pa zatim, obljava nad nemoćnim licem, tako da se na taj način „kombinuju ova dva krivična dela protiv polne slobode“, što ne treba poistovećivati sa slučajem *prethodnog pristanka* pasivnog učesnika seksualne radnje, tj. obljuje ili sa obljubom izjednačenog čina. Tu se može raditi o privremenoj duševnoj poremećenosti, izazvanoj „delatnostima same žrtve“ (poput teškog opijanja ili uzimanja opojnih droga), kada „neće postojati obljava nad nemoćnim licem, ako je pristanak na obljubu dat pre dovođenja u stanje privremene duševne poremećenosti, a obljava je izvršena dok se žensko lice nalazilo u ovom stanju“.⁴⁶

9. ZAKLJUČAK

Obljava nad nemoćnim licem je jedno od „tradicionalnih“ krivičnih dela protiv polne slobode u krivičnom zakonodavstvu Srbije, koje je na suštinski istovetan način postojalo decenijama u našem zakonodavstvu, a promena koncepcije silovanja u pozitivnom Krivičnom zakoniku, koja se svela na alternativno definisane radnje izvršenja, te omogućavanje da, kako aktivni akter, tj. izvršilac, tako i pasivni subjekat ovog krivičnog dela, budu bilo muškog, bilo ženskog pola, je naravno, prihvaćena na odgovarajući način i u zakonskoj koncepciji obljuje nad nemoćnim licem.

Ako se silovanje u našem krivičnom zakonodavstvu nekim budućim novelama definiše tako da obuhvati ne samo prinudnu obljubu ili prinudni sa njom izjednačen čin, već svaku takvu radnju protivno volji pasivnog subjekta (što je zahtev sadržan u Istanbulske konvenciji),⁴⁷ to će svakako dovesti i do potrebe za odgovarajućim redefinisanjem inkriminacije obljuje nad nemoćnim licem, tako što će se pasivni subjekt definisati alternativno:

- 1) bilo kao lice koje je nesposobno za otpor (kao što je to i sada u članu 179. stav 1. KZ),

46 LJ. Lazarević /2010/: *Krivično pravo – posebni deo*, 10. izmenjeno izdanje, „Savremena administracija“, Beograd, str. 222.. Citirani autor (LJ. Lazarević), u kontekstu ranije važećeg zakonskog rešenja (kada je autor i pisao), govori o pristanku „na obljubu“, te samo o „ženskom licu“ kao pasivnom subjektu/žrtvi obljuje nad nemoćnim licem, a treba imati u vidu da prema sada važećem Krivičnom zakoniku u obzir dolazi kako obljava, tako i sa njom izjednačeni čin, dok pasivni subjekt (kao i izvršilac), može biti kako žensko lice, tako i lice muškog pola.

47 Ovde nije od značaja da li će se raditi o novoj/modifikovanoj definiciji silovanja, tako što će se ovakva inkriminacija svesti na jedan poseban oblik krivičnog dela silovanja ili će se raditi o novom posebnom krivičnom delu protiv polne slobode. To pitanje je relevantno samo u pravno-tehničkom smislu i sa stanovišta zakonske sistematike, ali ne i suštinski sa stanovišta zahteva iz Istanbulske konvencije, koji se u ovom pogledu svode na inkriminisanje svakog vida nedobrovoljnog seksualnog čina.

- 2) bilo kao lice koje zbog stanja u kojem se nalazi, ne može da izrazi svoje nepristajanje na obljubu ili sa njom izjednačen čin.

I sada, što znači već u kontekstu važećeg zakonskog rešenja u članu 179. KZ-a, bez obzira što se u zakonskom opisu krivičnog dela obljube nad nemoćnim licem, pasivni subjekt definiše samo kao lice koje nije sposobno za otpor (što se u suštini čini „korelativno“ važećoj zakonskoj definiciji silovanja kao prinudne obljube/prinudnog sa obljubom izjednačenog čina), u delu krivičnopravne teorije, kao i u sudskoj praksi, najčešće se prihvata da je suštinska osobenost obljube nad nemoćnim licem u mnogim situacijama u praksi, da pasivni subjekt koji je u stanju nesposobnosti za otpor, zbog stanja u kojem se nalazi, nije u mogućnosti da izrazi relevantan pristanak na obljubu ili sa obljubom izjednačeni čin, odnosno *ne pristaje* na obljubu ili sa njom izjednačen čin.

Iz ovoga proizlazi da kod nas već dugo, kako krivičnopravna teorija, tako i sudska praksa, donekle „idu ispred“ zakonskog rešenja, kada se radi o odnosu silovanja (definisanog u Krivičnom zakoniku kao prinudna obljuba/sa obljubom izjednačeni čina i obljube nad nemoćnim licem, odnosno nesposobnosti pasivnog subjekta tog krivičnog dela da svojom slobodnom voljom izrazi (ne)saglašavanje sa obljubom ili sa njom izjednačenim činom.

LITERATURA

- Atanacković, D., *Krivično pravo – posebni deo*, treće izmenjeno i dopunjeno izdanje, „Privredna štampa“, Beograd, 1981.
- Babić, M. i Marković, I., *Krivično pravo – posebni dio*, Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci, Banja Luka, 2013.
- Wessels J., *Strafrecht – Allgemeiner Teil – Die Straftat und ihr Aufbau*, 26. neubearbeitete Auflage, „C.F. Müller Verlag“, Heidelberg, 1996.
- Gardner, T.J. and Manian, V., *Criminal Law – Principles, Cases and Readings*, „West Publishing Company“, Second Edition, St. Paul, New York, Los Angeles, San Francisco, 1980.
- Grupa autora (red. N. Srzentić), deo koji je pisao B Kraus, *Komentar Krivičnih zakona SR Srbije, SAP Vojvodine i SAP Kosova*, „Savremena administracija“, Beograd, 1981.
- Đokić, I., *Kriminalnopolitička opravdanost inkriminisanja polnog uznemiravanja u Republici Srbiji*, zajedničko izdanje Crimen-a i Revije za kriminologiju i krivično pravo, broj 2–3/2017, Beograd, 2017.
- Lazarević, LJ., *Krivično pravo – posebni deo*, 10. izmenjeno izdanje, „Savremena administracija“, Beograd, 2010.
- Lazin, Đ., *Prividni idealni sticaj krivičnih dela*, „Privredna štampa“, Beograd, 1982.
- Roxin, C., *Strafrecht – Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre*, 3. Auflage, „C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung“, München, 1997.
- Stojanović Z., *Krivično pravo*, „CID“, Podgorica, 2008.
- Stojanović, Z., *Komentar Krivičnog zakonika*, sedmo izmenjeno izdanje, „Službeni glasnik“, Beograd, 2018.
- Stojanović Z. i Perić, O., *Krivično pravo – posebni deo*, 14. izdanje, „Pravna knjiga“, Beograd, 2011.

- Stojanović, Z. i Delić, N., *Krivično pravo – posebni deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i „Pravna knjiga“, Beograd, 2013.
- Stojanović, Z., Škulić, M., i Delibašić, V., *Osnovi krivičnog i krivičnog procesnog prava*, Advokatska komora Srbije, Beograd, 2018.
- Škulić, M., *Maloletnici kao učinioci i kao žrtve krivičnih dela*, „Dosije“, Beograd, 2002.
- Škulić, M. i Ilić, G., *Novi Zakonik o krivičnom postupku Srbije – jedan korak napred, dva koraka nazad*, Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije, Pravni fakultet u Beogradu i Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2012. Adresa za preuzimanje teksta sa sajta: <http://www.uts.org.rs/images/stories/061212.novi.zakonik.o.krivicnom.postupku.pdf>.
- Škulić, M., *Krivično procesno pravo*, deseto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2017.
- Škulić, M., *Krivično delo silovanja u krivičnom pravu Srbije – aktuelne izmene, neka sporna pitanja i moguće buduće modifikacije*, posebno izdanje časopisa „Crimem „ i „Revija za kriminologiju i krivično pravo, (posvećeno prof. dr Zoranu Stojanoviću), br. 2–3/2017, Beograd, 2017.

Milan Škulić

Faculty of Law, University of Belgrade
Judge in the Constitutional Court of Serbia

THE CRIMINAL OFFENSE OF A SEXUAL INTERCOURSE WITH A HELPLESS PERSON – NORMATIVE CONSTRUCTION, SOME DISCUTABLE QUESTIONS AND POSSIBLE FUTURE MODIFICATIONS

Summary

In the paper are explained the concept and basic elements of the normative construction of the criminal offense of Sexual intercourse with a helpless person, as one of the criminal offenses against sexual freedom in the Serbian Criminal Code. There are in the text analyzes in detail the basic form and the more severe forms of the sexual intercourse with a helpless Person, the possible form of guilt (*mens rea*), when it comes to this criminal act, as well as all other important features of the sexual intercourse with a helpless person in the context of a positive criminal justice solution.

The author explains especially the relationship between the two sexual crimes: the rape as the basic criminal offense against sexual freedom and the sexual intercourse with a helpless person. It is especially analyzed when there can be a joinder of criminal offenses, connected to the relations between the criminal offence of a rape and the sexual intercourse with a helpless person.

In the article there is a conclusion that if the criminal offence of a rape in the Serbian criminal legislation would be defined in some future novelties, so as to cover not only compulsory sexual actions, but any such (sexually) act, perpetrated a contrary to the will of the passive subject (which is the request contained in the Istanbul Convention), this

will certainly also leads to the need for a proper redefinition of the incrimination of the sexual intercourse with a helpless person, and this conclusion is accompanied by concrete proposals in *de lege ferenda* sense.

Key words: Sexual Intercourse with a Helpless Person, Criminal Offenses against Sexual Freedom, Rape, Criminal Code, Istanbul Convention.

PREGLEDNI ČLANCI

UDK 343.126.1(497.11) ; 341.231.14

Prihvaćeno: 20.9.2017.

*Gordana Krstić**

KONCEPT PRITVORA U SUDSKOJ PRAKSI

Abstrakt: U ovom radu analiziran je ustavnopravni i krivičnopravni pojam pritvora, određivanje, trajanje i primena pritvora u praksi redovnih sudova, Ustavnog suda Republike Srbije i Evropskog suda za ljudska prava. Kao jedan od pojavnih oblika lišenja slobode, pored zadržavanja osumnjičenog u predistražnom postupku, osude na kaznu zatvora u krivičnom i prekršajnom postupku, ili izricanja mere bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi, pritvor je krajnje sredstvo za obezbeđenje prisustva okrivljenog i nesmetano vođenje krivičnog postupka. Njegovim određivanjem otvara se latentna opasnost od povrede pretpostavke nevinosti, što zahteva hitno i obazrivo postupanje nadležnih organa, poštovanje striktnih pravila o zaštiti prava pritvorenika i svođenje pritvora na najkraće vreme. Rad takođe sadrži elaboraciju tendencije učestalog određivanja pritvora, alternativne mere i pregled lica na koje se ne primenjuje opšti režim stavljanja u pritvor.

Ključne reči: pritvor, lišenje slobode, pritvorenik, alternativne mere, imunitet

1. UVOD

Lična prava, kao posebna kategorija građanskih prava, jemče pojedincu pravo na život, nepovredivost fizičkog i psihičkog integriteta, zabranu ropstva, položaja sličnog ropstvu i prinudnog rada, pravo na slobodu i bezbednost, slobodu kretanja, nepovredivost stana i tajnosti pisama i drugih sredstava opštenja, zaštitu podataka o ličnosti, slobodu misli, savesti i veroispovesti, slobodu mišljenja i izražavanja, slobodu izražavanja nacionalne pripadnosti i slobodu naučnog i umetničkog stvaranja (čl. 24–27, 39–43, 46–47 i 73 Ustava¹). Pošto se njima štiti privatni domen i lična sloboda čoveka primarno u odnosu na sudsku i upravnu vlast, u katalogu ljudskih prava zauzimaju prioritarno mesto.

Među nabrojanim pravima i slobodama posebno se izdvajaju lična sloboda i pravo na bezbednost, koji u određenim slučajevima mogu biti u koliziji sa fundamentalnim ingerencijama organa javne vlasti kada treba preventivno delovati i suzbiti nezakonite kriminalne radnje delinkvenata. Prevaga se na osnovu ustava,

* Tužilački pomoćnik u Tužilaštvu za organizovani kriminal u Republici Srbiji, *grkrstic@gmail.com*. Stavovi izneti u radu predstavljaju lični stav autorke, a ne državnog organa u kom je zaposlena.

1 Ustav Republike Srbije, „Službeni glasnik RS“ br. 98/06.

međunarodnih ugovora i zakona priznaje intervenciji državnih organa putem *lišenja slobode lica*, kojem se, dok je u takvom statusu, garantuje poštovanje ličnosti i osnovnih prava u krivičnom ili drugom kaznenom postupku. Važnost utemeljenja propozicija za proveru zakonitosti i opravdanosti u postupku lišavanja slobode prepoznate su još u 15. veku, a akt pod nazivom *Habeas Corpus Amendments Act*,² donet 1679. godine u Engleskoj detaljno je uredio ova pitanja i postao nezaobilazna garancija za zaštitu prava lica lišenog slobode. Ugrađen je u tač. 9 čl. 1 Ustava SAD iz 1787. godine, kao i u čl. 7 Deklaracije o pravima čoveka i građanina iz 1789. godine.³

Jedan od pojavnih oblika lišenja slobode u krivičnom postupku jeste *određivanje pritvora osumnjičenom* za kojeg postoji osnovana sumnja da je učinio krivično delo za koje se goni po službenoj dužnosti. Zbog ograničenja lične slobode i zadiranja u bezbednost lica na osnovu sudskih akata, pritvor je u Republici Srbiji regulisan i ustavnim i zakonskim normama i ujedno je tačka vezivanja između ustavnog i krivičnog prava.

2. USTAVNO REGULISANJE PRITVORA

Ustav Republike Srbije, u drugom delu „Ljudska i manjinska prava i slobode“, u drugom odeljku „Ljudska prava i slobode“ (čl. 164 i čl. 165 Ustava) među garancijama privatne ličnosti čoveka i građanina reguliše određivanje i trajanje pritvora i naknadu štete za neosnovano ili nezakonito pritvaranje.

Za razliku od lišenja slobode, koje implicira svako postupanje kojim se uskraćuje sloboda kretanja i lična bezbednost i koje ima za posledicu kratkotrajno smeštanje lica u zavodsku ustanovu, uz jemčenje pratećih obaveza državnih organa prema takvom licu u smislu čovečnog postupanja sa uvažavanjem njegove ličnosti, zabrane svakog nasilja i iznuđivanja iskaza od lica lišenog slobode (čl. 28 i 29 Ustava), pritvor je stroža mera, koja se manifestuje preventivnim ograničavanjem slobode osumnjičenom za koga postoji osnovana sumnja da je učinio krivično delo.⁴ U načinu propisivanja prava pritvorenog lica dominira *princip pozitivnih obaveza države*, koja ima aktivnu ulogu da osigura poštovanje tri grupe prava (čl. 30–31 Ustava):

- *prvu grupu u vezi sa inicijalnim činom pritvaranja*, kada se zahteva da nadležan sud donese rešenje o određivanju pritvora (ako je pritvaranje neophodno radi vođenja krivičnog postupka; ako osumnjičeni nije saslušan prilikom donošenja odluke o pritvoru ili ako odluka o pritvoru nije izvršena neposredno po donošenju, pritvoreno lice mora u roku od 48 sati od lišenja slobode biti izvedeno pred nadležni sud, koji potom odlučuje o pritvoru; pismeno i obrazloženo rešenje suda o pritvoru se uručuje prit-

2 U prevodu: „Zakon za bolje osiguranje slobode podanika i za zabranu prekomorskog zatvora“.

3 S. Beljanski /2001/: *Međunarodni pravni standardi o krivičnom postupku*, Beograd, str. 67–68.

4 R. Marković /2005/: *Ustavno pravo i političke institucije*, Beograd, str. 591.

- voreniku najkasnije 12 časova od pritvaranja, a odluku o žalbi na pritvor donosi sud i dostavlja pritvoreniku u roku od 48 časova),
- *drugu grupu u vezi sa trajanjem pritvora*, kada je osumnjičeni već u režimu pritvora u zavodu zatvorenog tipa (obaveza svodenja pritvora na najkraće neophodno vreme, imajući u vidu razloge; trajanje pritvora određenog odlukom prvostepenog sudau istrazi ograničeno je na najduže tri meseca, a viši sud ga može produžiti na još tri meseca; ako do isteka tog roka ne bude podignuta optužnica, osumnjičeni mora biti pušten na slobodu; posle podizanja optužnice trajanje pritvora sud svodi na najkraće neophodno vreme; pritvorenik se pušta da se brani sa slobode čim prestanu razlozi zbog kojih je pritvor bio određen) i
 - *treću grupu*, koja jemči pravo na naknadu štete onome ko je bez osnova ili nezakonito lišen slobode, pritvoren ili osuđen za krivično delo.

Analogno navedenom, ustavne odredbe koje uređuju materiju pritvora jesu načelno generalne i apstraktne, ali su i elementarne i jezgrovite i ne ostavljaju previše manevarskog prostora zakonodavcu za njihovu konkretizaciju, niti nadležnim državnim organima za implementaciju. Od ovog pravila i uopšte od standardne dikcije ustavnog normiranja postoje izuzeci, karakteristični za odredbe o dužini trajanja zadržavanja, roku za uručivanje rešenja o određivanju pritvora osumnjičenom i maksimalnom trajanju pritvora, koje su detaljističke i opširne s jedne strane. Ipak, s druge strane, time se nedvosmisleno potkrepljuje hitno i strogo obazrivo postupanje u pritvorskim predmetima, naglašava efikasnost ostvarivanja prava pritvorenog lica, i princip obaveznosti i odgovornosti uz isključivanje svakog potencijalnog vida diskrecije i arbitrnosti.

3. ODREĐENJE PRITVORA U KRIVIČNOM PRAVU

Pritvor je oblik lišenja slobode okrivljenog u toku krivičnog postupka, koji se određuje i produžava radi ostvarenja procesnih ciljeva. Po svojoj pravnoj prirodi, nije kazna, nego prinudna fakultativna mera za obezbeđenje prisustva okrivljenog i nesmetano vođenje krivičnog postupka. U isključivu stvarnu nadležnost suda spada određivanje, produžavanje i ukidanje pritvora i to se nije promenilo ni proširivanjem kruga ovlašćenja javnog tužioca na sprovođenje istrage,⁵ koji je u toj fazi krivičnog postupka autonomni donosilac odluke o krivičnom gonjenju i preduzimanju dokaznih radnji. Razlozi za pritvor, kao skup pretpostavki čije ispunjenje procenjuje sud u svakom konkretnom slučaju, čine srž zakonskih odredbi o pritvoru i njihovo propisivanje je inherentno legislativnoj aktivnosti, a ne ustavnoj.

5 Zakonik o krivičnom postupku, „Službeni glasnik RS“ br. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13, 55/14, stupio je na snagu 6. oktobra 2011, a primenjuje se od 15. januara. 2012. u postupcima za krivična dela za koja je posebnim zakonom određeno da postupa javno tužilaštvo posebne nadležnosti, odnosno Tužilaštvo za organizovani kriminal i Tužilaštvo za ratne zločine, dok se u u postupcima u kojima postupaju tužilaštva redovne nadležnosti (osnovna, javna, viša i apelaciona javna tužilaštva) primenjuje od 01. oktobra 2013.

3.1. Razlozi za pritvor

Prilikom odlučivanja o pritvoru sud ceni ispunjenost opštih i posebnih uslova predviđenih Zakonikom o krivičnom postupku (*u daljem tekstu: ZKP*). Opšti uslovi su identični onima kod drugih alternativnih mera za obezbeđenje prisustva okrivljenog⁶ i ogledaju se u vođenju računa o neophodnosti, adekvatnosti i srazmernosti primene konkretne mere. To u stvari nameće obavezu organu postupka (sudu, ali i javnom tužiocu koji predlaže pritvor) da pazi da se ne određuje teža mera ako se ista svrha može postići blažom merom,⁷ a kada prestanu razlozi zbog kojih je određena, da bude ukinuta po službenoj dužnosti i zamenjena blažom merom.

Posebni uslovi za određivanje pritvora predstavljaju procesne razloge koji moraju biti ispunjeni i koji su takve težine da neposredno ukazuju na zakonitost, legitimnost i neophodnost ograničenja slobode kretanja okrivljenog. S tim u vezi, pritvor se može primeniti samo protiv lica za koje postoji *osnovana sumnja* da je učinilo krivično delo. Ovo je viši stepen sumnje od onog koji je potreban da bi protiv određenog lica bio vođen predistražni postupak, bila podneta krivična prijava, određeno zadržavanje ili pokrenuta istraga, jer se za ove procesne situacije zahteva *osnov sumnje*, odnosno skup posrednih argumenata koji inkriminišu osumnjičenog. Kod pritvora je važno da egzistiraju činjenice koje direktno dokazima, koji su do tada mogli biti pribavljeni, terete osumnjičenog uz kumulativno ispunjenje jednog ili više sledećih razloga za pritvor.⁸

1. *Opasnost od bekstva*, prvi razlog za pritvor, je kompleksan jer obuhvata nekoliko procesnih situacija, za koje važi diferencijalni pravni režim za određivanje i trajanje pritvora. Prvenstveno, kada organ postupka alternativnim načinima i blažim merama, kao što su poziv i dovođenje, nije uspeo da obezbedi uručenje poziva osumnjičenom radi saslušanja, zbog toga što je npr. osumnjičeni nepoznat na adresi, na kojoj ima prijavljeno prebivalište ili boravište, ili nije ustanovljen njegov identitet i istovetnost sa licem protiv koga je podneta krivična prijava, takvom osumnjičenom može biti određen pritvor. Rešenje o pritvoru zasniva se na izveštaju nadležne policijske stanice o tome da npr. osumnjičeni ne stanuje na prijavljenoj adresi duži period, da nije poznat predsedniku stanara zgrade, niti komšijama, da se ne nalazi na spisku stanara itd. Takav, kao i svaki drugi policijski izveštaj nema dokaznu snagu prilikom donošenja presude u krivičnom postupku, ali je za odluku o pritvoru relevantan i merodavan.⁹ Ipak, po pronalasku i utvrđivanju istovetnosti osumnjičenog, pritvor se ukida i to jasno ukazuje da je domašaj ovog razloga restriktivan u pogledu njegovog trajanja. Dalje, ukoliko je osumnjičeni saslušan, ali se u međuvre-

6 Npr. poziv, dovođenje, zabrana prilaženja, sastajanja ili komuniciranja sa određenim licem i posećivanja određenih mesta, zabrana napuštanja boravišta, jemstvo i zabrana napuštanja stana predviđeni čl. 188 st. 1 ZKP.

7 Stav sudske prakse da nesposobnost okrivljenog da učestvuje u krivičnom postupku zbog teške bolesti predstavlja osnov za ukidanje pritvora zauzet je u rešenju Višeg suda u Novom Sadu Kv.br.1141/11 od 18.08.2011. godine.

8 S. Bejatović, M. Škulić, G. Ilić /2013/: *Priručnik za primenu Zakonika o krivičnom postupku*, Beograd, str. 154.

9 Rešenje Apelacionog suda u Beogradu Kž.2.Po1.br.32/11 od 14.02.2011. godine i rešenje Višeg suda u Beogradu – Posebnog odeljenja Kv.Po1.br.25/11 od 21.01.2011. godine.

menu pre završetka istrage javi potreba za ponovnim saslušanjem zbog npr. proširenja istrage, a na poziv organa postupka se ne odaziva, bilo iz razloga što je nepoznat na adresi koju je prijavio na prvom saslušanju ili je poziv primio, a izostanak nije opravdao, sve ove okolnosti ukazuju da se krije ili da očigledno izbegava da dođe na zakazano saslušanje, i tada osumnjičeni može biti stavljen u pritvor. Zatvoreni tretman prema njemu traje dok ne dostavi pouzdanu adresu, ne položi jemstvo, ili dok sud ne odredi meru zabrane napuštanja boravišta ili stana. U toku glavnog pretresa sud ima ovlašćenje da odredi pritvor pod uslovom da optuženi očigledno izbegava da dođe na glavni pretres uprkos svesti i znanju o tome da se protiv njega vodi krivični postupak i da je dužan da se odaziva pozivima za glavni pretres. *Očigledno izbegavanje* je pravni standard koji zavisi od okolnosti konkretnog slučaja, a sud se prilikom odlučivanja rukovodi i objektivnim merilima i ciljem prava. Opravdano je odrediti pritvor optuženom po ovom osnovu kada dva puta nije pristupio na glavni pretres, iako je oba puta bio uredno pozvan, a svoje izostanke nije opravdao, niti je naredba o njegovom dovođenju mogla da bude uspešno izvršena jer ne stanuje na adresi koju je prijavio sudu i na kojoj živi njegova majka, iako je pre toga bio saslušan u svojstvu okrivljenog i bio upozoren na dužnost odazivanja svim pozivima suda i prijavljivanja sudu svake promene adrese i posledice propuštanja. Njegov izostanak ne opravdava ni okolnost da je na dan zakazanog glavnog pretresa imao lekarski pregled, jer je okrivljeni bio u obavezi da sud blagovremeno obavesti o nemogućnosti prisustvovanja glavnom pretresu.¹⁰ Kako je cilj stavljanja u pritvor optuženog sprečavanje opstrukcije postupka i efikasno i promptno suđenje, po ovom osnovu pritvor maksimalno može trajati do objavljivanja presude. Takođe, prvi razlog za pritvor proteže se i na druge okolnosti koje ukazuju na opasnost od bekstva okrivljenog, tj. da bi mogao da pobegne, sakrije se, ode u nepoznato mesto ili u inostranstvo i tako postane nedostupan organima gonjenja. Konkretizacija te odredbe ostvarena je kroz jurisprudenciju sudova, premda se radi i o najčešćem razlogu za pritvor, koji *exempli causa* može postojati kad okrivljeni ima dvojno državljanstvo, kad iz načina izvršenja krivičnog dela proizlazi da je imao česte kontakte sa licima van teritorije domaće države, kad su prilikom pretresanja kod njega pronađene lažne ili preinačene putne isprave itd, kada nema porodicu, stalno zaposlenje, niti druge obaveze koje bi ga trajnije vezivale za određeno mesto i koje bi nesumnjivo ukazivale da je ono centar njegovih životnih i profesionalnih aktivnosti.¹¹

2. *Koluzionarna opasnost*¹² je drugi razlog za pritvor i manifestuje se kroz bojazan da će okrivljeni uticati na involvirana lica, koja bi ga mogla teretiti, ili inače zatrti tragove učinjenog krivičnog dela. Može se razložiti na dva dela. Prvi, koji podra-

10 Rešenje Višeg suda u Novom Sadu, Kž.2.br.240/14 od 19. 8. 2014, http://bilten.osns.rs/presuda/pretraga?Presuda%5Bgrupa_id%5D=1&Presuda%5BkljucnaRec%5D=%D0%BF%D1%80%D0%B8%D1%82%D0%B2%D0%BE%D1%80&Presuda%5Bmesec%5D=0&Presuda%5Bgodina%5D=0&yt0=%D0%9F%D1%80%D0%B5%D1%82%D1%80%D0%B0%D0%B3%D0%B0 [11.02.2017].

11 O drugim slučajevima opasnosti od bekstva u jurisprudenciji sudova Republike Srbije videti G. Ilić, M. Majić, S. Beljanski, A. Trešnjev /2012/: *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Beograd, str. 455–459.

12 B. Zlatarić, M. Damaška /1966/: *Rječnik krivičnog prava i postupka*, Zagreb, str. 132 – lat. *colludere* – potajno se sporazumevati.

zumeva da se okrivljenom pritvor aktivira zbog postojanja ozbiljne pretnje da boravkom na slobodi upropasti, sakrije, promeni ili podmetne lažne predmete koji su bili upotrebljeni za izvršenje krivičnog dela ili su nastali izvršenjem krivičnog dela, a nisu pronađeni prilikom pretresanja i lišenja slobode. Drugi, koji se temelji na osobitim okolnostima da će se okrivljeni konfrontirati sa svedokom, saučesnikom ili pomagačem, da će prema nekom od njih primeniti silu ili pretnju, ili im učiniti ili obećati poklon ili drugu korist kako ga ne bi kompromitovali svojim iskazom. U proceni ovih elemenata dominantno mesto zauzima bliskost okrivljenog sa svedocima, status ili njegovo svojstvo, npr. kod krivičnog dela zloupotreba službenog položaja iz čl. 359 Krivičnog zakonika¹³ svedočiti mogu lica koja su zaposlena u državnom organu u kom je šef okrivljeni, te su subordinirana u odnosu na njega, ili kod krivičnog dela razbojništvo iz čl. 206 KZ kad je učinjeno u grupi, gde jedan okrivljeni može uticati na saizvršioce ili pomagače da daju iskaz tako da pogoduju jedan drugome itd. U predlogu za određivanje ili produženje pritvora važno je taksativno nabrojati svedoke čije ispitivanje je neophodno za razjašnjenje činjeničnog stanja i argumentovati okolnosti na koje će se izjašnjavati u svojim iskazima. Fundamentalna svrha drugog osnova jeste objektivno i delotvorno prikupljanje dokaza, efikasno sprovođenje dokaznih radnji i zaštita očevidaca na samom početku istrage. To evidentno proizlazi i iz ograničenja u pogledu trajanja pritvora, koji mora biti ukinut čim se obezbede dokazi zbog kojih je pritvor određen, tačnije ispitivanjem svih svedoka, saslušanjem svih saučesnika i prikriivača. Osim toga, materijalni dokazi najčešće bivaju prikupljeni na samom početku istrage, koja kako odmiče tako proporcionalno slabi i dejstvo ovog pritvorskog osnova, koje prestaje nakon što svedoci budu ispitani.¹⁴

3. *Iteracijska opasnost*,¹⁵ treći pritvorski razlog, je rizik od ponavljanja krivičnog dela od strane okrivljenog. U praksi se ceni na osnovu niza objektivnih okolnosti, kao što su: činjenica da je okrivljeni specijalni povratnik, odnosno da postoji osnovana sumnja da je učinio istovrsno, odnosno srodno krivično delo za koje je već bio osuđen, da je zavistan od upotrebe psihoaktivnih supstanci, a da nije bio podvrgnut lečenju ili da je lečenje odbio kod krivičnog dela neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga iz čl. 246 KZ, da je od okrivljenog oduzeta veća količina predmeta koji su bili namenjeni ili upotrebljeni za izvršenja krivičnog dela falsifikovanje isprava iz čl. 355 KZ, nedozvoljena proizvodnja, držanje, nošenje i promet oružja i eksplozivnih materija iz čl. 348 KZ, falsifikovanje novca iz čl. 223 KZ, ili falsifikovanje i zloupotreba platnih kartica iz čl. 225 KZ. Ove okolnosti treba da imaju karakter osobitih u smislu da lična svojstva osumnjičenog, njegov način života, odnos sa oštećenima, brojnost preduzetih radnji koje čine konstrukciju produženog krivičnog dela upućuju na logičan zaključak da će okrivljeni boravkom na slobodi u kratkom periodu ponovo učiniti krivično delo. Izveštaj iz kaznene evidencije o osuđivanosti okrivljenog *ipso facto* nije dovoljan, već je nužno da budu obrazlože-

13 Krivični zakonik – KZ, „Službeni glasnik RS“ br. 85/2005, 88/2005 – ispr., 107/2005 – ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 i 94/2016.

14 M. Macovei /2002/: *The right to liberty and security of the person: A guide to the implementation of Article 5 of the European Convention on Human Rights*, Human rights handbooks No.5, str. 31.

15 B. Zlatarić, M. Damaška, *ibid*, str .108 – lat. *iterare* – ponavljanje.

ni i drugi elementi koji kategorički potvrđuju bojazan od recidivizma i u sadejstvu proizvode efekat osobitih okolnosti. Takođe, osnovana sumnja da je osumnjičeni izvršio krivično delo nasilje u porodici iz grupe krivičnih dela protiv braka i porodice, da je reč o licu koje je po svojoj izjavi konzumiralo drogu i alkohol, nije razlog za produženje pritvora na osnovu čl. 211 st. 1 tač. 3. ZKP, imajući u vidu da razlozi za produženje pritvora po navedenom zakonskom osnovu više ukazuju na apstraktnu opasnost od vršenja krivičnog dela od strane osumnjičenog.¹⁶ Osim toga, u odnosu na okrivljenog protiv koga se vodi krivični postupak zbog krivičnog dela protiv službene dužnosti i za koga je zbog stavljanja u pritvor poslodavac doneo odluku o udaljenju sa rada, može se smatrati da je ovaj treći razlog za pritvor otpao, zato što je okrivljeni privremeno izgubio svojstvo službenog lica, koje je *condicio sine qua non* za ponovno vršenje istog krivičnog dela.¹⁷ Predmet ocene potrepljenosti ovog razloga za pritvor može biti i sklonost okrivljenog da vrši teža krivična dela npr. zbog njegovog mentalnog zdravlja. Naravno, ako je mentalno zdravlje okrivljenog loše, moguće je da nije sposoban za boravak u pritvoru, te da mu je potrebno omogućiti lečenje i pružiti adekvatnu terapiju. Naročito dobri razlozi za određivanje pritvora postojeće ako je okrivljeni i posle pokretanja postupka protiv njega učinio ozbiljnije krivično delo.¹⁸

4. Četvrti razlog za pritvor obuhvata tri uslova, koji kumulativno moraju biti ispunjeni da bi osumnjičenom po tom osnovu bio određen pritvor: prvi se odnosi na težinu krivičnog dela, drugi podrazumeva uznemirenje javnosti do kog je došlo usled načina izvršenja i težine posledica krivičnog dela, i treći da je uznemirenje javnosti takvog intenziteta da može ugroziti nesmetano i pravično vođenje krivičnog postupka. Prvi uslov je objektivan i alternativno postavljen, premda se zahteva da se postupak vodi za krivično delo za koje je zaprećena kazna zatvora preko limita od deset godina, ili preko pet godina ukoliko je sa elementima nasilja, ili ako je doneta osuđujuća prvostepena presuda, kojom je okrivljeni osuđen na kaznu zatvora od pet godina ili težu kaznu. Uznemirenje javnosti je pravni standard, koji je bio propisan i ZKP iz 1977. godine.¹⁹ Pored ocene načina izvršenja i težine posledice izolovano od kvalifikatornih okolnosti krivičnog dela, u postupku ispitivanja zakonskih uslova za pritvor sud treba da odmeri potencijalnu meru uticaja uznemirenja

16 Rešenje Višeg suda u Požarevcu 3.Kž.br.121/15 od 23.04.2015.

17 Krivično delo primanje mita neposredno je povezano sa svojstvom službenog lica, odnosno njegovim službenim ovlašćenjima i sa vršenjem službenih radnji, a udaljenjem okrivljenog sa posla i sledstvenim prestankom radnog odnosa, opasnost od ponavljanja krivičnog dela ostala je u sferi potpune apstrakcije (Odluka Ustavnog suda Už.br.1067/2011 od 18.07.2012. godine).

18 N. Kovačević, Ž. Marković, N. Nikolić /2014/: *Pritvor – ultima ratio?*, Beograd, str. 35.

19 Zakonik o krivičnom postupku, „Službeni list SFRJ“ br. 4/77, 36/77, 14/85, 26/86, 74/87, 57/89, 3/90, „Službeni list SRJ“ br. 27/92, 24/94, (21/99, 44/99), 71/00, 13/01. Ovo je ujedno i poslednji procesni zakonik koji je propisivao *obavezno određivanje pritvora* licu za koje postoji osnovana sumnja da je učinilo krivično delo za koje je u zakonu propisana smrtna kazna, a nije postojala zakonska mogućnost izricanja blaže kazne, a fakultativni razlozi su bili: opasnost od bekstva, rizik od uništenja tragova krivičnog dela i uticaja na svedoke, saučesnike ili prikriivače, opasnost od ponavljanja krivičnog dela, ili ako je u pitanju krivično delo za koje se po zakonu može izreći kazna deset godina zatvora ili teža kazna, a usled načina izvršenja, posledica ili drugih okolnosti došlo je ili je moglo da dođe do takvog uznemirenja građana da je radi nesmetanog vođenja krivičnog postupka ili bezbednosti ljudi neophodno određivanje pritvora.

javnosti na tok krivičnog postupka. Nije jasno kojim kriterijumima bi sud pri tome trebalo da se rukovodi, da li postoji uzmemirenje javnosti, da li bi trebalo sud da sprovede anketu, vanprocesno istraživanje?²⁰ Zbog neprecizne i paušalne zakonske formulacije četvrti razlog za pritvor trpi ozbiljne kritike u kontekstu determinisanja pojma javnosti, odnosno da li je to svetska, opšta javnost, ili je čine građani pokrajine, određenog područja ili mesta, kao i modaliteta odražavanja na rad suda kao nezavisnog državnog organa. Premda da je reč o dopunskom elementu za produženje pritvora, uznemirenje javnosti je korektivne prirode i sud ga po pravilu restriktivno tumači i primenjuje kod najtežih krivičnih dela uperenih protiv života i tela, sloboda i prava čoveka i građanina, polnih sloboda i protiv braka i porodice, tako što interpretira uzrast, pokretnost, fizičku snagu žrtve, tj. oštećenog, mesto izvršenja krivičnog dela, pobude, patnje koje se nanose žrtvi, postupanje sa žrtvom nakon učinjenog krivičnog dela, sakrivanje tragova i odnos sredine prema deliktu i svojstva sredine.

3.2. Odlučivanje i trajanje pritvora

Hitnost postupanja u pritvorskom predmetu nalaže prioritarnu obradu i preduzimanje procesnih radnji i te obaveze se od strane nadležnih organa i poštuju. Svođenje pritvora na najkraće neophodno vreme jeste glavni princip kod odlučivanja o ovoj rigoroznoj meri. Trajanje pritvora u istrazi je i zakonom vremenski ograničeno na šest meseci.

O određivanju, produženju ili ukidanju pritvora odlučuje *rešenjem* sudija za prethodni postupak ili veće nadležnog suda u zavisnosti od faze krivičnog postupka. Sudija za prethodni postupak može u istrazi da odredi pritvor na predlog javnog tužioca nakon saslušanja okrivljenog isključivo u pogledu postojanja zakonskih razloga za pritvor. Diskutabilna je zakonska mogućnost da se to ročište može održati u odsustvu javnog tužioca i branioca i konstituisanje dužnosti urednog pozivanja ovih učesnika od strane suda, budući da je predlog javnog tužioca inicijalni akt za odlučivanje o pritvoru, te je važno da osim pismenog akta razloge za pritvor i usmeno obrazloži. Posebno je sporna opciona obaveza branioca da prisustvuje ročištu za pritvor u slučajevima obavezne odbrane okrivljenog. Iako sud *ex officio* vodi računa o razlozima za pritvor i stara se da ta mera bude *ultima ratio*, odnosno da se ne određuje ako se ista procesna svrha može postići na drugi način, branilac je taj koji treba da pokuša da ospori argumente u predlogu za pritvor, predloži blažu meru umesto pritvora i osigura okrivljenom efektivno zastupanje.

Izuzetno, pritvor može biti na snazi iako okrivljeni nije prethodno saslušan ako se krije ili nije moguće ustanoviti njegovu istovetnost. Rešenje o određivanju pritvora se predaje okrivljenom u času hapšenja, a najkasnije u roku od 12 časova od pritvaranja (čl. 213 st. 3 ZKP). Protiv tog rešenja okrivljeni i branilac mogu izjaviti žalbu vanpretresnom veću suda u roku od tri dana. Žalba nema suspenzivno dejstvo. Vanpretresno veće u postupku instancione kontrole u roku od 48 sati (čl. 214

20 M. Škuljić /2013a/: Novi zakonik o krivičnom postupku – Očekivanja od primene, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, Beograd, str. 17–18.

st. 4 ZKP) može odbiti žalbu ili ukinuti pritvor ukoliko smatra da ne postoje zakonski razlozi za pritvor. Osim toga, kada ustanovi da jedan ili više zakonskih razloga po kojima je određen ili produžen pritvor nisu osnovani, preinačiće prvostepeno rešenje i navesti koji se razlozi otklanjaju. Po isteku 30 dana u roku od tri meseca sudija za prethodni postupak dužan je da po službenoj dužnosti preispita egzistiranje razloga za pritvor i bez predloga javnog tužioca za produženje pritvora, odnosno predloga branioca za ukidanje pritvora.²¹ Nakon isteka tri meseca vanpretresno veće neposredno višeg suda stvarno je nadležno da donese odluku po predlogu javnog tužioca za produženje pritvora o ostavljanju na snazi pritvora za još maksimalno tri meseca iz važnih razloga, što je faktičko pitanje,²² ili njegovom ukidanju. Kuriozitet je s tim u vezi da veće neposredno višeg suda npr. ako je složena istraga, može da produži pritvor za tri meseca, a sudija za prethodni postupak taj pritvor može ukinuti usled činjenice da su ispitani svi svedoci kod razloga iz čl. 211 st.1 tač. 2 ZKP. U slučaju da u roku od 6 meseci javni tužilac ne donese naredbu o završetku istrage, jer iz objektivnih razloga istraga nije mogla biti dovršena, u obavezi je da podnese predlog za zamenu pritvora merom zabrane napuštanja stana (čl. 208 ZKP) uz mogućnost da zahteva i kontrolu primene mere elektronskog nadzora i izricanje zabrane korišćenja fiksnog, mobilnog telefona i internet (čl. 190 ZKP), pod uslovom da i dalje postoje razlozi za pritvor, jer će u suprotnom istekom roka pritvor osumnjičenom biti ukinut. *Posle predaje optužnice* sudu isključivo pretresno ili vanpretresno veće kontroliše pravnu ocenu kumulativne ispunjenosti razloga za određivanje ili produženje pritvora. Vanpretresno veće odlučuje o pritvoru u fazi potvrđivanja optužnice, kao i u toku glavnog pretresa kada ne postoji saglasnost stranaka da se pritvor ukine. Periodičnu proveru zakonskih razloga veće vrši *ex officio* na svakih 30 dana do potvrđivanja optužnice, odnosno 60 dana nakon toga do donošenja prvostepene presude, ili upućivanja optuženog na izdržavanje krivične sankcije.

Sudbina pritvora nakon izricanja prvostepene presude zavisi od njene vrste. Pritvor će uvek biti ukinut rešenjem veća i biće naređeno da se optuženi pusti na slobodu ukoliko je doneta oslobađajuća, odbijajuća presuda, ali i osuđujuća, kojom je osuđen na novčanu kaznu, kaznu rada u javnom interesu, kaznu oduzimanja vozačke dozvole, ili mu je izrečena sudska opomena ili uslovna osuda, ili je zbog uračunavanja pritvora u kaznu zatvora, tu kaznu već izdržao, ili je rešenjem optužba odbačena (čl. 425a st. 2 i čl. 416 st. 1 tač. 2 i tač. 3 ZKP). Veće je dužno da pribavi mišljenje javnog tužioca koji je podneo optužni akt, ako se rešenje o određivanju ili ukidanju pritvora temelji na razlozima, kao što su opasnost od bekstva ili opasnost od ponavljanja krivičnog dela. Posebno rešenje veće donosi i u postupku preispitivanja razloga za pritvor iz čl. 211 st. 1 tač. 4 ZKP prema optuženom nakon izricanja osude na efektivnu kaznu zatvora od pet godina ili težu kaznu. Pritvor može trajati

21 Protiv rešenja veća neposredno višeg suda kojim je, u fazi istrage, odbijen predlog javnog tužioca za produženje pritvora u smislu čl. 215 st. 2 ZKP, žalba nije dozvoljena (Pravno shvatanje usvojeno na sednici Krivičnog odeljenja Apelacionog suda u Beogradu održanoj 4. 2. 2014. godine – <http://www.bg.ap.sud.rs/cr/articles/sudska-praksa/pravna-shvatanja-stavovi-i-zakljucci-apelacionog-suda-u-beogradu/krivicno-odeljenje/> [25.12.2017].

22 M. Škuljić /2013b/: *Osnovne novine u krivičnom procesnom pravu Srbije – novi Zakonik o krivičnom postupku iz 2011. godine*, Beograd, str. 34.

do upućivanja optuženog, odnosno osuđenog u zavod za izvršenje krivičnih sankcija, a najduže dok ne istekne vreme trajanja kazne izrečene u prvostepenoj presudi (čl. 425a st. 6 u vezi st. 1–5 ZKP).

Takođe, postavlja se pitanje opravdanosti pritvora u slučaju kad je isto lice već na izdržavanju kazne ili u pritvoru po rešenju drugog suda u drugom postupku. Ove okolnosti nisu smetnja za sud pred kojim se vodi novi krivični postupak da donese rešenje o pritvoru, koje će biti izvršeno nakon što okrivljeni izdrži kaznu zatvora na koju je osuđen ili ukidanjem pritvora u postupku koji je ranije pokrenut.

3.3. Posebne vrste pritvora

3.3.1. Pritvor u skraćenom postupku

U skraćenom postupku, kao sumarnoj procesnoj formi,²³ moguće je odrediti pritvor protiv osumnjičenog za kojeg postoji osnovana sumnja da je učinio krivično delo za koje je zaprećena novčana kazna ili kazna zatvora do 8 godina. Ovo je i važan procesni momenat jer od donošenja rešenja o određivanju pritvora pre podnošenja optužnog predloga u skraćenom postupku krivični postupak se smatra pokrenutim (čl. 7 st. 1 tač. 3 ZKP). Opasnost od bekstva, koluziona i iteracijska opasnost su identično postavljene kao kod pritvora u redovnom postupku, a četvrti razlog za pritvor korespondira vrsti postupka i težini krivičnog dela i manifestuje se kroz zahtev o izricanju kazne zatvora od pet godina ili teže kazne i opravdanosti zbog posebno teških okolnosti krivičnog dela (čl. 498 st. 1 ZKP). Tokom sprovođenja dokaznih radnji od strane javnog tužioca pritvor može trajati najduže 30 dana, a izuzetno ukoliko se postupak vodi za krivično delo za koje se može izreći kazna zatvora od pet godina ili teža kazna, pritvor na obrazloženi predlog javnog tužioca može biti produžen za još 30 dana, radi prikupljanja dokaza. Nakon podnošenja optužnog predloga, pritvor može trajati do donošenja prvostepene presude, odnosno upućivanja optuženog na izdržavanje kazne zatvora, a veće je dužno na svakih 30 dana da preispita da li su razlozi za pritvor i dalje prisutni ili su izgubili na značaju.

3.3.2. Maloletnički pritvor

U odnosu na punoletne učinioce pritvor je izuzetna mera, koja se primenjuje kada alternativnim načinima nije obezbeđeno prisustvo okrivljenog u krivičnom postupku, a prema maloletnicima pritvor je mera sa naglašenim *ultima ratio* karakterom,²⁴ zbog razvoja njihove ličnosti i štetnosti izolovanja iz sredine u kojoj je živeo i smeštaja u zavod. Što se zakonskih razloga za pritvor tiče, Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica (čl. 67 st. 1 ZMUKPZML²⁵) upućuje na odredbu čl. 142 st. 2 prethodno važećeg ZKP,²⁶ koji

23 M. Škulić /2013c/: Odnos načela istine i pojednostavljenih formi krivičnog postupka, *Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima, regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni* (I. Jovanović, M. Stanisavljević, ur.), str. 78–83.

24 M. Škulić /2011/: *Maloletničko krivično pravo*, Beograd, str. 130.

25 Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica, „Službeni glasnik RS“ br. 85/05.

26 Zakonik o krivičnom postupku, „Službeni list SRJ“ br. 70/01, 68/02, „Službeni glasnik RS“ br. 58/04, 85/05, 115/05, 46/06, 49/07, 122/08, 20/09, 72/09, 76/10.

uređuje u stvari trajanje pritvora određenog zbog nemogućnosti utvrđivanja istovetnosti lica, ukidanje kad su obezbeđeni dokazi i trajanje pritvora kad je određen protiv optuženog koji očigledno izbegava da dođe na glavni pretres. U tom važnom segmentu postoji neusklađenost propisa i iako se ZKP shodno primenjuje i na krivični postupak protiv maloletnih lica, razlozi za pritvor prema maloletnicima bi trebalo taksativno da budu navedeni u posebnoj zakonu da bi se izbegle nejasnoće i suvišna tumačenja. Ovo prevashodno i zato što sudija za maloletnike prilikom donošenja rešenja o stavljanju u pritvor treba da ima u vidu da se svrha pritvora nije mogla postići merom privremenog smeštanja maloletnika u prihvatilište, vaspitnu ili sličnu ustanovu, stavljanjem pod nadzor organa starateljstva ili smeštanja u drugu porodicu (čl. 66 ZMUKPZML). Dakle, u postupku ispitivanja razloga za pritvor insistira se na sveobuhvatnoj analizi relevantnih okolnosti, a posebno ličnosti maloletnika, stepena poremećaja ponašanja, težine krivičnog dela i posledica. Ranije izrečene vaspitne mere prema maloletniku mogu biti valjan razlog za pritvor, posebno ako nisu na adekvatan način realizovane, npr. maloletnik nije ispunio posebne obaveze da se uključi u tretman u zdravstvenoj ustanovi (čl. 14 st. 2 tač. 8 ZMUKPZML), zato što je najpre samovoljno prekinuo da dolazi na terapije, a potom odbio dva puta lečenje.²⁷ Pritvor u pripremnom postupku traje najduže mesec dana, a rešenjem veća za maloletnike može se produžiti za još mesec dana. Nakon podnošenja predloga za izricanje krivične sankcije rok držanja osumnjičenog u pritvoru zavisi od toga da li se odnosi na starijeg maloletnika, protiv koga može trajati najduže do šest meseci, tj. mlađeg maloletnika, koji u pritvoru može biti zadržan maksimalno četiri meseca (čl. 67 st. 3–5 ZMUKPZML). Od izricanja vaspitne mere upućivanja u vaspitno-popravni dom i od osude na kaznu maloletničkog zatvora dužina pritvora redukovana je na šest meseci. Drugostepena kontrola osnovanosti pritvora od strane veća za maloletnika vrši se u intervalima od trideset dana.

3.3.3. Ekstradicioni pritvor

Ekstradicioni pritvor je posebna vrsta pritvora koji se određuje na osnovu zamolnice strane države, kojom se traži izručenje okrivljenog koji nije državljanin domaće države.²⁸ Mogu se razlikovati dve situacije u zavisnosti od toga da li je strana država podnela zamolnicu ili nije.

Razlozi za pritvor inherentni su vrsti postupka pružanja međunarodne pravne pomoći u krivičnim stvarima i ogledaju se ili u opasnosti od sakrivanja ili bekstva lica čije se izručenje zahteva s ciljem ometanja postupka odlučivanja o zamolnici

27 Rešenje Višeg suda u Valjevu Kvm.br.11/15 od 18.06.2015. i rešenje Apelacionog suda u Beogradu Kžm2. br. 7/15 od 30.06.2015. godine.

28 Bilateralnim ugovorima je moguće predvideti i izručenje sopstvenih državljana, te tako prema čl.7a Zakona o potvrđivanju Ugovora između Republike Srbije i Crne Gore o izručenju, „Službeni glasnik RS“ br. 1/10, sa izmenama i dopunama, „Službeni glasnik RS“ br. 1/11, dozvoljeno je izručenje sopstvenih državljana s ciljem krivičnog gonjenja ako su ispunjeni uslovi propisani ugovorom samo za krivična dela organizovanog kriminala, protiv čovečnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom, korupcije i pranja novca, za koja je prema pravu obe države ugovornice propisana kazna zatvora u trajanju od četiri godine ili teža kazna, odnosno mera koja podrazumeva lišenje slobode, kao i za ostala teška krivična dela, odnosno teške oblike krivičnih dela, za koja je propisana kazna zatvora u trajanju od najmanje pet godina ili teža kazna, odnosno mera koja podrazumeva lišenje slobode.

ili sprovođenja izručenja ili u bojazni od ometanja prikupljanja dokaza u postupku izručenja ili u krivičnom postupku pred sudom države molilje (čl. 22 ZMPPKS²⁹). O određivanju pritvora odlučuje sudija za prethodni postupak zamoljene države nakon saslušanja okrivljenog³⁰ i pribavljanja mišljenja ministra nadležnog za pravosuđe o pretpostavkama za ekstradiciju. Pritvor je fakultativni i njegovo trajanje je ograničeno jednim faktičkim maksimalnim rokom, koji mora biti u okvirima posebnog formalnog maksimalnog roka.³¹ Naime, prema licu *može* biti primenjena ova najteža mera procesne prinude do izvršenja odluke o izručenju, a najduže godinu dana od dana pritvaranja (čl. 22 st. 1 i st. 2 ZMPPKS). Po isteku svaka dva meseca od pravosnažnosti rešenja o pritvoru sud po službenoj dužnosti ispituje da li postoje razlozi za produženje ili ukidanje pritvora ili zamenu pritvora blažom merom.

U hitnim slučajevima nadležni organ države molilje može da podnese zahtev za pritvaranje (čl. 24 ZMPPKS) pre podnošenja zamolnice, koja za predmet ima izručenje okrivljenog ili osuđenog lica. Po pronalasku lica na osnovu tog zahteva ili raspisane međunarodne poternice³² (čl. 24 st. 4 ZMPPKS), policija lice lišava slobode i bez odlaganja sprovodi sudiji za prethodni postupak. On prvo utvrđuje istovetnost lica i poučava ga o pravima (čl. 20 st. 1 tač.1–4 ZMPPKS), a zatim zakazuje njegovo saslušanje, kom obavezno prisustvuju branilac i javni tužilac. Nakon toga sudija *može* doneti odluku o pritvoru. Iako je reč u konkretnom slučaju o zahtevu strane države, sudija neće bezuslovno i obavezno doneti rešenje o određivanju pritvora, posebno ako iz priloga uz zahtev ili međunarodnu poternicu nije moguće utvrditi ispunjenost pretpostavki za izručenje (čl. 7 i čl. 16 ZMPPKS). S tim u vezi, pritvor se ukida ako nadležni organ države molilje ne podnese zamolnicu u roku od 18 dana od pritvaranja, odnosno u roku od 40 dana ako je traženo produženje roka,³³ ili ako prestanu razlozi za pritvor (čl. 26 st. 3 ZMPPKS).

Pored izručenja, drugi oblik pravne pomoći kod kog je dozvoljeno odrediti pritvor jeste preuzimanje krivičnog gonjenja od strane javnog tužioca za krivično delo koje spada u nadležnost suda države molilje. Međutim, ovde je pritvor dozvoljen samo na osnovu zahteva za pritvaranje pre podnošenja zamolnice (čl. 48 ZMPPKS), koji se podnosi javnom tužiocu, a o pritvoru odlučuje sudija za prethodni postupak na isti način kao u postupku izručenja.

3.3.4. Pritvor pred Međunarodnim krivičnim sudom za bivšu Jugoslaviju

Krivičnoprocesni sistem utemeljen na tradicijama anglo-saksonskog i kontinentalnog prava opredeljivao je i specifično regulisanje pritvora protiv okrivljenih za koje se vodio postupak pred *ad hoc* Međunarodnim krivičnim sudom za bivšu

29 Zakon o međunarodnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima, „Službeni glasnik RS“ br. 20/09.

30 Zakon o međunarodnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima koristi termin istražni sudija zbog neusklađenosti tog propisa sa Zakonikom o krivičnom postupku.

31 M. Škulić /2015/: *Krivično procesno pravo*, Beograd, str. 515.

32 U skladu sa načelom reciprociteta države raspisana međunarodna poternica tretira se kao zahtev za pritvaranje.

33 Ovo je u skladu i sa obavezama koja je Republika Srbija preuzela po čl. 16 st. 4 Evropske konvencije o ekstradiciji, „Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori“ br. 12/10.

Jugoslaviju. Od dovođenja u sedište suda pritvor je bio obavezan, a određivao ga je dežurni sudija na zahtev tužioca ako je posle njegovog izlaganja o dokazima smatrao da je tzv. *privremeni pritvor* neophodna mera kako bi se sprečilo bekstvo osumnjičenog, povreda ili zastrašivanje žrtve ili svedoka ili uništavanje dokaza ili je iz drugih razloga neophodan za sprovođenje istrage.³⁴ Maksimalno u istrazi je trajao 90 dana. Po potvrđivanju optužnice *pritvor* je mogao trajati *neograničeno*,³⁵ a ukidan je na osnovu naloga veća za puštanje na slobodu i mogao je biti supstituisan bilo kojim merama koje je veće smatralo primerenim, uključujući polaganje kaucije ili poštovanje uslova da bi se osiguralo prisustvo optuženog na suđenju i zaštita drugih osoba.³⁶

4. ALTERNATIVNE MERE PRITVORU

Alternativne mere su vrste obaveza koje se nameću okrivljenom, radi ostvarivanja procesnog cilja efikasnog vođenja krivičnog postupka. Čak i u situaciji kada postoje razlozi za pritvor, sud može da proceni da nije nužno staviti okrivljenog pod zatvoren režim zavodske ustanove i sledstveno tome odredi drugu meru ili da u kasnijoj fazi supstituiše pritvor njome. Kada predlog za određivanje alternativnih mera stave okrivljeni ili njegov branilac, sud pre donošenja rešenja predlog dostavlja javnom tužiocu radi davanja mišljenja. Poseban stav u rešenju suda je upozorenje okrivljenom da će prema njemu biti određena teža mera kao posledica kršenja ustanovljenih zabrana. To su:

1. zabrana prilaženja, sastajanja ili komuniciranja sa određenim licem i posećivanja određenih mesta (čl. 197 ZKP),
2. zabrana napuštanja boravišta (čl. 199 ZKP),
3. jemstvo (čl. 202 ZKP),
4. zabrana napuštanja stana (čl. 208 ZKP).

Zabrana prilaženja, sastajanja ili komuniciranja sa određenim licem i posećivanja određenih mesta nalaže se kad postoje okolnosti da bi okrivljeni mogao ometati postupak uticanjem na oštećenog, svedoka, saučesnike ili prikriivače ili usled rizika od ponavljanja krivičnog dela. Iako kontrolu primene mere vrši policija, nesporno je da je njeno sprovođenje otežano. Sprečavanje kontakta između okrivljenog i svedoka ili saučesnika u širem smislu i izvršenja novog krivičnog dela temelji se na sudskom rešenju u formalnom smislu. S obzirom na različite kanale savremenih komunikacija, njihovo samo evidentiranje, a potom i zabranjivanje je komplikovano i

34 Pravilo 40 bis Pravilnika o postupku i dokazima Međunarodnog suda za krivično gonjenje osoba odgovornih za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava učinjenih na teritoriji bivše Jugoslavije 1991. godine, http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Rules_procedure_evidence/IT032Rev50_bcs.pdf [25.2.2017].

35 Z. Stojanović /2006/: *Međunarodno krivično pravo*, Beograd, str. 181–182.

36 Pravilo 65 bis Pravilnika o postupku i dokazima Međunarodnog suda za krivično gonjenje osoba odgovornih za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava učinjenih na teritoriji bivše Jugoslavije 1991. godine, http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Rules_procedure_evidence/IT032Rev50_bcs.pdf [25.2.2017].

skopčano sa nizom objektivnih smetnji. U praksi se ova mera najčešće određuje kad su ključni svedoci u postupku ispitani, te kad su osnovi za njeno određivanje usled proteka vremena izgubili na intenzitetu.

Zabrana napuštanja boravišta zasniiva se na opasnosti od bekstva i može se protezati na grad u kome okrivljeni ima prebivalište ili celokupnu teritoriju Republike Srbije u zavisnosti od vrste krivičnog dela, pribavljene imovinskopravne koristi, čvrstine veza okrivljenog sa inostranstvom itd. Uz nju, sud može kumulativno odrediti okrivljenom da posećuje određena mesta, naložiti mu da se povremeno javlja sudu ili područnoj policijskoj upravi ili mu oduzeti putnu ispravu ili vozačku dozvolu. Poslednja dopunska mera može biti i samostalna kada se postupak vodi za krivično delo u vezi sa čijim izvršenjem ili pripremanjem je korišćeno motorno vozilo ili umišljajnog krivičnog dela ugrožavanja javnog saobraćaja (čl. 201 st.1 ZKP). S tim u vezi, zbog preciznosti, umesto termina „ugrožavanja javnog saobraćaja“ ovde bi trebalo korigovati zakonski tekst i staviti termin „protiv bezbednosti javnog saobraćaja“, koji tako jasno obuhvata sva krivična dela čiji je zaštitni objekat saobraćaj, a posebno teško delo protiv bezbednosti javnog saobraćaja, kod kog su posledice znatno teže u odnosu na krivično delo ugrožavanje javnog saobraćaja i koje se češće vrši sa eventualnim umišljajem.

Polaganje jemstva od strane okrivljenog ili trećeg lica dolazi u obzir kad okrivljeni treba da bude stavljen u pritvor ili je već u pritvoru zbog opasnosti od bekstva ili zbog težine krivičnog dela i dodatnih elemenata vezanih za uznemirenje javnosti. Vrhunac je da jemstvo može supstituisati pritvor i onda kada je određen zbog uznemirenja javnosti, jer je nejasno, odnosno ne može se racionalno objasniti, kako je moguće da se javnost koja je prethodno bila toliko uznemirena krivičnim delom, odjednom „smiruje“, kada se da jemstvo?³⁷ Nezavisno od toga, a s obzirom na to da ova mera pogađa pokretnu ili nepokretnu imovinu okrivljenog ili njemu bliskog lica uz pretnju njenog oduzimanja povredom obećanja o neskrivanju i napuštanja boravišta bez odobrenja suda, stepen njene efikasnosti je veoma visok.

Mera koja podrazumeva kao i pritvor ograničenje lične slobode jeste *zabrana napuštanja stana*, a razlika se prevashodno ogleda u prostorijama gde se sprovodi. Sud može zabraniti okrivljenom da bez njegovog odobrenja napusti stan, osim radi hitne medicinske intervencije ili izbegavanja ili sprečavanja ozbiljne opasnosti po život ili zdravlje ljudi, odnosno imovinu većeg obima, ukoliko u odnosu na njega postoji opasnost od bekstva, rizik od recidivizma ili razlozi iz čl. 211 st. 1 tač. 4 ZKP. Kontrola poštovanja ove mere vrši se primenom elektronskog nadzora postavljanjem uređaja za lociranje okrivljenog na zglob ruke ili noge i može se istovremeno isključiti mogućnost upotrebe fiksnog ili mobilnog telefona i interneta. Postavlja se pitanje da li se zabranom napuštanja stana relativizuje, minimizira ili suzbija rizik od ponavljanja krivičnog dela, posebno kad je okrivljeni organizator organizovane kriminalne grupe, koji izdaje naloge za vršenje krivičnih dela i vrlo često ima dobre kontakte i van državnih granica, te sa posebnom rezervom u pogledu ličnosti okrivljenog, njegovih aktivnosti i autoriteta u kriminalnoj sredini treba postupati kada se pritvor supstituiše ovom merom.

37 M. Škulić /2013a/: *op. cit.*, str. 17–18.

Izuzev jemstva, opravdanost ostalih alternativnih mera sud ispituje na svaka tri meseca, a najduže mogu trajati do pravnosnažnosti presude, odnosno do upućivanja okrivljenog na izdržavanje kazne. To je ujedno i procesni momenat za ukidanje jemstva. Ipak, ceneći zakonske razloge za pružanje jemstva, periodična provera celishodnosti ove mere bila bi preporučljiva, jer podrazumeva zadiranje u imovinska prava okrivljenog, odnosno njemu bliskih trećih lica.

5. POSLEDICE PRITVORA I TRETMAN PREMA PRITVORENICIMA

Za razliku od okrivljenog koji se brani sa slobode za pritvorenika važe posebna pravila u domenu položaja, tretmana i obaveza nadležnih organa u toku krivičnog postupka i po njegovom završetku.³⁸

Prvenstveno okrivljenom, koji se nalazi u pritvoru, garantovan je *pravni integritet ličnosti*, koji podrazumeva posebna prava u krivičnom postupku i u zavodu za primenu ove striktno mere. Odbrana je obavezna, te od lišenja slobode do pravnosnažnosti rešenja o ukidanju mere okrivljeni mora imati branioca (čl. 74 st. 1 tač. 3 ZKP), i ukoliko nema izabranog advokata, organ postupka će mu rešenjem postaviti branioca po službenoj dužnosti (čl. 300 st. 1 ZKP), koji će prisustvovati njegovom saslušanju i preduzimanju dokaznim radnjama. Isti status kao i pritvoreno lice ima osumnjičeni koji je zadržan i onaj kome je zabranjeno da napušta stan (čl. 2 st. 1 tač. 23 ZKP). Takođe, okrivljeni ima pravo da ništa ne izjavi, uskrati odgovor na pojedino pitanje, slobodno iznese svoju odbranu, prizna ili ne prizna krivicu i da neposredno pre prvog saslušanja pročita krivičnu prijavu, zapisnik o uviđaju i nalaz i mišljenje veštaka (čl. 68 st. 1 tač. 2–4 i 6 ZKP), a u tom delu je izjednačen po statusu sa svim drugim okrivljenima.

Nadležni organi sa naročitom hitnošću postupaju u pritvorskim predmetima, preispituju rešenja o pritvoru u zakonom propisanim rokovima, vode računa o pravima okrivljenog u krivičnom postupku, u kraćim rokovima zakazuju sprovođenje dokaznih radnji u istrazi i glavne pretese. To važi kako kada se u pritvoru nalazi jedan okrivljeni, tako i kad ih je više, a nisu svi u pritvoru, te i

38 Valjalo bi napomenuti i da se položaj pritvorenika razlikuje i od položaja osuđenika, koji u potpunosti u pogledu prava i obaveza podleže Zakonu o izvršenju krivičnih sankcija, „Službeni glasnik RS“ br. 55/14, i nad kojim se sprovodi individualni program postupanja s ciljem resocijalizacije i reintegracije u društvenu sredinu. Često se s tim u vezi postavlja pitanje efekta uračunavanja pritvora u kaznu zatvora kod primene uslovnog otpusta. Iako je npr. osuđeni 2/3 kazne izdržao u pritvoru i time ispunio objektivni formalni uslov neophodan za uslovno otpuštanje u pogledu dužine izdržane kazne, u svakom konkretnom slučaju sud bi trebalo da ceni i subjektivne uslove koji se tiču pre svega vladanja osuđenog za vreme izdržavanja kazne zatvora, izvršenje radnih i drugih svrsishodnih obaveza, procenjeni stepen rizika, uspešnost ostvarivanja ciljeva u izvršavanju programa postupanja i druge okolnosti koje bi ukazivale da li je kazna uticala na osuđenog da se ubuduće na slobodi dobro vlada. Okolnost da se okrivljeni za vreme trajanja mere pritvora ponašao u skladu sa Pravilnikom o kućnom redu, da nije bio disciplinski kažnjavan i da ranije nije bio osuđivan, ne ukazuju na postignutu svrhu kažnjavanja. Da bi se donela pravilna i zakonita odluka potrebno je da okrivljeni stupi na izdržavanje kazne bez obzira na ostatak kazne.

saokrivljeni redovno dolaze na glavne pretese i njihovo odlaganje zbog nedolaska stranaka je retka pojava. Osim zagarantovane procesne discipline, bitna pravna posledica pritvora ogleda se u njegovom uračunavanju u izrečenu kaznu zatvora, novčanu kaznu i kaznu rada u javnom interesu, čime se poistovećuje sa merom zabrane napuštanja stana (čl. 63 KZ), koja je ipak blaža mera.

U toku pritvora okrivljeni ima pravo na *zaštitu fizičkog integriteta i dostojanstva*, a ograničenja prava su dozvoljena pod uslovom da su potrebna da se spreči bekstvo, podstrekavanje drugih lica da unište, sakriju, izmene ili falsifikuju dokaze ili tragove krivičnog dela i neposredne ili posredne kontakte pritvorenika usmerene na uticanje na svedoke, saučesnike ili prikrivače (čl. 217 st. 2 ZKP). Među garantovanim pravima pritvorenika su *inter alia*, i pravo na dostavljanje stručnih publikacija i štampe, pravo na prepisku sa licima van zavoda pod nadzorom sudije za prethodni postupak, pravo na posete bliskih srodnika pod nadzorom, pravo na nesmetanu posetu branioca, Zaštitnika građana, Komisije za kontrolu izvršenja krivičnih sankcija Narodne skupštine i sudije za izvršenje krivičnih sankcija.³⁹ Pritvorenik podleže i disciplinskom kažnjavanju (čl. 242 ZIKS) i može mu zbog povrede pravila reda i bezbednosti biti izrečena disciplinska kazna – ograničenje poseta, koje se jedino ne odnosi na branioca (čl. 221 st. 1 ZKP⁴⁰). Za maloletnika koji je u pritvoru važe posebna pravila, koja se odnose na odvojeni smeštaj u odnosu na punoletne pritvorenike i ne bi trebalo praktikovati naglašene intenzivnije vaspitne programe, koji inače ne bi mogli biti imanentni ni u odnosu na istog maloletnika kada je na slobodi, kao ni bilo kakve „rehabilitacione tretmane“, koji su po logici stvari namenjeni učinicima krivičnih dela.⁴¹

Adekvatan tretman prema pritvorenicima u pritvorskim jedinicama je od strateškog značaja za funkcionisanje pravne države.⁴² Status i stanje pritvorenika i postupanje od strane Uprave za izvršenje krivičnih sankcija u skladu sa standardima Evropskog komiteta za sprečavanje mučenja i nečovečnih ili ponižavajućih kazni ili postupaka⁴³ podrazumeva kvalitetne uslove života, dovoljne smeštajne kapacite-

39 Pitanja vezana za izvršenje mere pritvora, upućivanje u zavode za izvršenje krivičnih sankcija, prijem pritvorenika, njegova druga prava, kao npr. na zdravstvenu zaštitu itd. Uređena su Zakonom o izvršenju krivičnih sankcija i podzakonskim aktima – Pravilnikom o izvršenju mere pritvora, „Službeni glasnik RS“ br. 132/14, Pravilnikom o organizaciji, radu i postupanju sa pritvorenicima u Posebnoj pritvorskoj jedinici, „Službeni glasnik RS“ br. 81/05, Pravilnikom o upućivanju osuđenih, prekršajno kažnenih i pritvorenih lica u zavode za izvršenje krivičnih sankcija, „Službeni glasnik RS“ br. 31/15, Pravilnikom o kućnom redu kazneno-popravnih zavoda i okružnih zatvora, „Službeni glasnik RS“ br. 110/14, 79/16, Pravilnikom o kućnom redu vaspitno-popravnog doma, „Službeni glasnik RS“ br. 71/06.

40 S tim u vezi je i pitanje isplate troškova branioca na ime razgovora sa licem lišenim slobode u zavodu, jer ni zakonom, ni podzakonskim aktom nije propisan maksimalan broj poseta branioca u toku jednog meseca, prilikom donošenja odluke o nagradi i nužnim izdacima branioca u svakom konkretnom slučaju treba ceniti sledeće pokazatelje: složenosti predmeta, broj krivičnih dela, vrstu i obim dokaznog materijala, zdravstveno stanje pritvorenika itd.

41 M. Škuljić /2011/: *op. cit.*, str. 137–139.

42 To potkrepljuje i činjenica da je Republika Srbija usvojila Strategiju razvoja sistema izvršenja krivičnih sankcija u Republici Srbiji do 2020. godine, „Službeni glasnik RS“ br.114/13, čija je vizija zaštita društva od kriminaliteta humanim izvršenjem kazni i prevencijom povrata.

43 Ovaj komitet je ustanovljen Konvencijom Saveta Evrope o sprečavanju mučenja i nečovečnih ili ponižavajućih postupaka i kažnjavanja, „Službeni glasnik SCG – Međunarodni ugovori“ br. 9/03.

te, raznovrsnu ishranu, lekarsku negu, zakonit rat zaposlenih u zavodima i njihovu kompetentnost. U tim segmentima u periodu od 2010. godine do 2016. u Republici Srbiji je učinjen pomak i postepeno se poboljšavaju infrastrukturni i higijenski uslovi za boravak u ćelijama i omogućava pritvorenima da obavljaju svrsishodnu delatnost u toku dana uz nadzor zavodskog kadra. Prenaseljenost u kazneno-popravnim zavodima i dalje nije zanemarljiva i njen uzrok tesno je povezan neselektivnom primenom pritvora sa oscilacijama⁴⁴, i potrebno je nastaviti sa preduzimanjem mera za proširenje smeštaja i pravilno razvrstavanje različitih kategorija pritvorenih lica, za jačanje bezbednosti i sprečavanje ostvarivanja nedozvoljenih kontakata između pritvorenika i edukaciju zaposlenih u zavodima, radi maksimalne eliminacije torture.⁴⁵

Usled izveštavanja od strane medija, davanja izjava javnih funkcionera o određivanju pritvora osumnjičenom i upoznavanja javnosti sa načinom izvršenja krivičnih dela osumnjičeni trpi negativne posledice.⁴⁶ Time se markira na samom početku krivičnog postupka i agresivnim publicitetom direktno se narušava preuzmocija nevinosti, što se kasnije odražava i na suđenje. Iako se praksa pravosudnih organa unapređuje u tom pogledu da javni tužilac pritvor predlaže kad ne dolazi u obzir primena alternativnih mera, uvreženo je stanovište da je pritvor najsigurnija mera za obezbeđenje prisustva okrivljenog i uspešno vođenje krivičnog postupka. Učestalo određivanje i dugo trajanje pritvora predstavljaju glavne razloge preopterećenosti penalnih institucija,⁴⁷ a što povećava rizik od šikaniranja, torture i ponižavajućeg postupanja prema pritvorenim licima zbog ograničenih smeštajnih kapaciteta⁴⁸ i dovodi u pitanje očuvanje bezbednosnih uslova u zavodskim ustanovama.

Na duži rok povreda prava lica lišenih slobode projektuje se na obavezu države da nadoknadi štetu, koju su pretrpeli zbog neosnovanog lišenja slobode⁴⁹ pokre-

44 Đ. Đorđević /2015/: Preopterećenost zakonskih kapaciteta i moguća rešenja ovog problema, *Strani pravni život*, str. 76–78.

45 Detaljniji pregled stanja u zavodskim ustanovama i položaju pritvorenika dat je u izveštaju za Vladu Republike Srbije o poseti Evropskog komiteta za sprečavanje mučenja i nečovečnog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja od 6. novembra 2015, http://www.ljudskaprava.gov.rs/sites/default/files/dokument_file/izvestaj_vladi_republike_srbije_o_poseti_evropskog_komiteta_za_sprecavanje_mucenja.pdf [22.02.2017], i posebnom izveštaju Zaštitnika građana o poseti Kazneno-popravnim zavodu u Padinskoj Skeli od 06. jula 2016, <http://www.zastitnik.rs/attachments/article/4917/izvestaj%20KPZ%20P.%20Skela%20finalna.pdf>, u okviru nacionalnog mehanizma za prevenciju torture [23.02.2017].

46 Jedan od novih mehanizama za kanalisanje prakse organa unutrašnjih poslova na ovom polju jeste i odredba čl. 27 st. 2 Zakona o organizaciji i nadležnosti državnih organa u suzbijanju organizovanog kriminala, terorizma i korupcije, „Službeni glasnik RS“ br. 94/16, koja će početi da se primenjuje od 01. marta 2018. godine, a kojom je propisano da se podaci iz predistražnog postupka i istrage u svim postupcima za krivična dela organizovanog kriminala, terorizma i korupcije ne mogu javno iznositi bez odobrenja nadležnog javnog tužioca.

47 S tim u vezi u Republici Srbiji je bila na snazi Strategija za smanjenje preopterećenosti smeštajnih kapaciteta u zavodima za izvršenje krivičnih sankcija u Republici Srbiji u periodu od 2010. do 2015. godine, „Službeni glasnik RS“ br. 53/10, 65/11.

48 Redovni godišnji izveštaji zaštitnika građana 2011–2016. godinu, <http://www.ombudsman.rs/index.php/izvestaji/godisnji-izvestaji> [15.3.2017].

49 U skladu sa čl. 584 st. 1 tač. 1–4 ZKP smatra se da je lice neosnovano lišeno slobode: ako nije došlo do pokretanja krivičnog postupka, ili je pravosnažnim rešenjem postupak obustavljen

tanjem postupka za naknadu štete i postupka za ostvarivanje prava na moralno zadovoljenje. U prvom slučaju, lice je dužno da podnese zahtev Komisiji Ministarstva pravde⁵⁰ radi sklapanja sporazuma o postojanju, vrsti i visini štete (čl. 588 st. 1 ZKP). Ukoliko ne dođe do sporazuma, neosnovano pritvoreno lice ima pravo da protiv Republike Srbije⁵¹ podnese tužbu za naknadu materijalne (npr. zbog umanjena imovine zbog otkaza ugovora o radu, neisplaćenih zarada, troškova lečenja) i nematerijalne štete (zbog povrede časti, slobode ili prava ličnosti).⁵² Drugi postupak se pokreće zahtevom i veće suda koje je u krivičnom postupku sudilo u prvom stepenu donosi odluku o objavljivanju u sredstvu javnog informisanja saopštenja o odluci iz koje proizlazi neosnovanost lišenja slobode, ili dostavljanju takvog saopštenja poslodavcu, radi otklanjanja posledica zbog povrede ugleda lica (čl. 592 i čl. 593 ZKP).

6. PRAKSA USTAVNOG SUDA REPUBLIKE SRBIJE

Praksa Ustavnog suda Republike Srbije o pritvoru zasniva se na odlukama donetim po ustavnim žalbama, izjavljenim zbog povrede prava podnosioca na

ili je optužba odbijena, ili je postupak pravosnažno okončan odbijajućom ili oslobadajućom presudom, ako je lice izdržalo kaznu zatvora, a povodom zahteva za ponavljanje postupka ili zahteva za zaštitu zakonitosti, izrečena mu je kazna zatvora u kraćem trajanju od izdržane kazne, ili je izrečena krivična sankcija koja se sastoji u lišenju slobode, ili je oglašeno krivim, a oslobođeno od kazne; ako je lišeno slobode duže vremena nego što traje krivična sankcija koja se sastoji od lišenja slobode koja mu je izrečena, ili ako je usled greške ili nezakonitog rada organa postupka lišeno slobode ili je lišenje slobode trajalo duže ili je duže zadržano u zavodu radi izvršenja krivične sankcije koja se sastoji u lišenju slobode.

- 50 U izveštaju o radu Ministarstva pravde za 2014. godinu <http://www.mpravde.gov.rs/files/Ministarstv%D0%BE%20pravde%20izvestaj%20za%202014%20godinu.pdf> [2.3.2017] navedeno je da je ova Komisija u toj godini donela 208 odluka, predložila za isplatu novčani iznos od ukupno 16.117.000,00 dinara za naknadu štete i lica neosnovano lišenog slobode i osuđenih lica, od čega je prihvaćeno i isplaćeno 1.669.000,00 dinara.
- 51 Odgovornost države za štetu zbog neosnovanog lišenja slobode i neosnovane osude je objektivna, primarna i neposredna uz više specifičnosti, kao npr. samo neosnovano lišenje slobode, odnosno neosnovna osuda, a ne greška u preduzimanju radnji, daje pravo na naknadu štete, i u slučaju da je šteta prouzrokovana namerno, ili krajnjom nepažnjom prema odgovornom licu nema direktne tužbe, jer sudija nikad ne odgovara u okviru ovog pravnog instituta, jedini pravno relevantan uslov je da se lišenje slobode i osuda u krajnjem ishodu postupka pokažu neosnovanim i da je zbog toga nastupila šteta, jer je u suštini ove ustanove da država ima obavezu da naknadi štetu kad je do neosnovanog lišenja slobode i neosnovane osude došlo radnjom trećeg lica ili slučajno, pri čemu nije odlučno da li je to posledica nečije krivice (M. B. Marković /2014/: Osnov odgovornosti za štetu zbog neosnovanog lišenja slobode i neosnove osude, *PRAVO – teorija i praksa*, Novi Sad, str. 41–44).
- 52 Naknada štete zbog neosnovanog lišenja slobode predstavlja jedinstven vid štete koji obuhvata sve štetne posledice vezane za ličnost oštećenog proistekle iz neosnovanog lišenja slobode (povreda časti, ugleda i slobode ličnosti), a osnov za naknadu tog vida štete je sadržan u ZKP. Međutim, dosuđenje tog vida nematerijalne štete ne isključuje pravo oštećenog da potražuje druge vidove nematerijalne štete, jer naknada štete zbog neosnovanog lišenja slobode je mera satisfakcije za torturu koju je pretrpelo oštećeno lice, a ta naknada ne isključuje ostale vidove štete, što je u skladu sa Konvencijom UN protiv torture i drugih surovih neljudskih ili ponižavajućih kazni i postupaka, „Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori“ br.9/91, i čl. 35 Ustava, koji utvrđuje pravo na rehabilitaciju i naknadu štete (Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu Gž.br.3905/14 od 05.02.2015, presuda Vrhovnog kasacionog suda Rev.br.11161/2015 od 8.7.2015.).

određivanje ili ograničeno trajanje pritvora ili prekoračenje rokova za odlučivanje o ovoj najstrožoj prinudnoj meri. Izdvojeno je nekoliko bitnih odluka Ustavnog suda u bogatoj bazi sudske prakse u pritvorskoj materiji.

U odluci,⁵³ kojom je odbijena kao neosnovana ustavna žalba podnosioca, izjavljena protiv rešenja o produženju pritvora prvostepenog i drugostepenog suda, Ustavni sud je skrenuo pažnju na distinkciju pravnog regulisanja inicijalnog čina pritvaranja lica, koje je uređeno čl. 30 Ustava, i trajanja pritvora po čl. 31 Ustava, kad se odlučuje o produženju ili ukidanju pritvora, do koga dolazi kada se za to steкну propisani uslovi u pogledu maksimalnog vremena trajanja pritvora ili kad prestanu razlozi za dalje zadržavanje okrivljenog u pritvoru. Čl. 31 st.2 Ustava ne ograničava vreme trajanja pritvora posle podizanja optužnice, ali ukazuje na svođenje pritvora na najkraće neophodno vreme. Iako je podnosiocu ustavne žalbe produžen pritvor nakon podizanja optužnice za produženo krivično delo teške krađe i falsifikovanje isprave zbog postojanja osobitih okolnosti i realne opasnosti od ponavljanja krivičnog dela teške krađe protivpravnim oduzimanjem vozila ukoliko se nađe na slobodi, zato što je pravnosnažno osuđivan za isto delo – falsifikovanje isprave, i faktičke mogućnosti da se kod okrivljenog i dalje nalaze, falsifikovanim ispravama nabavljeni, rezervni ključevi od tri putnička motorna vozila, uz otklanjanje razloga za pritvor vezanog za opasnost od uticaja na svedoke, jer su svi bili ispitani u istrazi, Ustavni sud je ocenio da su odluke redovnih sudova pravilne i zakonite, jasno i dovoljno obrazložene, te da su ograničenja prava podnosioca u skladu sa svhom prava i da nema povrede.

U predmetu po ustavnoj žalbi podnosioca zbog povrede prava na ograničeno trajanje pritvora⁵⁴ Ustavni sud je polazeći od toka krivičnog postupka analizirao *održivost istih formulacija obrazloženja razloga za pritvor u dužem periodu*. Naime, protiv podnosioca je vođen ponovljeni postupak zbog krivičnog dela ratni zločin protiv civilnog stanovništva nakon što je drugostepeni sud isključivo u odnosu na njega ukinuo prvostepenu osuđujuću presudu. Podnosilac ustavne žalbe je bio u pritvoru pet godina od 17. oktobra 2005. godine kada je lišen slobode, što je argumentovano osnovanom sumnjom da je učinio krivično delo ratni zločin protiv civilnog stanovništva, za koje delo je zaprećena kazna zatvora preko deset godina, u sadejstvu sa posebno teškim okolnostima, koje se ogledaju u povezanom delovanju većeg broja lica prema više oštećenih, te prouzrokovanim posledicama u vidu lišavanja života više lica, među kojima su žene i deca, nanošenja teških fizičkih i psihičkih trauma oštećenima, što je doprinosilo neophodnosti držanja okrivljenog u zavodu, a s ciljem nesmetanog vođenja krivičnog postupka. Ovakav zaključak prvostepenog suda u celosti je prihvatao i drugostepeni u rešenjima kojima je odbijao predloge branioca za ukidanje pritvora. Međutim, u postupku ustavnopravne zaštite Ustavni sud je zauzeo stav da su *težina krivičnog dela* koje je podnosiocu ustavne žalbe stavljeno na teret i *objektivne posledice* koje su nastupile, kao opšti razlozi za opravdanje konstantnog produžavanja pritvora čak i kod izrazito teških krivičnih

53 Odluka Ustavnog suda Republike Srbije UŽ.1197/2008 od 13.11.2008, <http://www.ustavni.sud.rs/page/predmet/sr-Cyrl-CS/158/?NOLAYOUT=1> [15.2.2017].

54 Odluka Ustavnog suda Republike Srbije UŽ.br.4940/10 od 31.3.2011, <http://www.ustavni.sud.rs/page/predmet/sr-Cyrl-CS/4094/?NOLAYOUT=1> [7.2.2017].

dela, kao što su krivična dela protiv čovečnosti i ratni zločini, a kojima su se rukovodili redovni sudovi, protekom vremena od pritvaranja sve manje dovoljni i moraju biti upotpunjeni dodatnim detaljnim i individualizovanim razlozima. *Proizvoljno lišavanje slobode* postoji onda kada nadležni organi ne objasne na zadovoljavajući način razloge zbog kojih je lišavanje slobode bilo neophodno ili ako sud daje stalno identične i stereotipne razloge zbog kojih je doneto rešenje o produženju pritvora, a da pri tome ne elaborira nove osnove koje čine produženje pritvora neophodnim. Nadležni redovni sudovi su propustili da ocene da li je dužina trajanja mere pritvora prema podnosiocu ustavne žalbe premašila „razuman rok“, što je moralo biti učinjeno u rešenjima o produženju pritvora, kojima je odlučivano o meri oduzimanja lične slobode čoveka u periodu pre donošenja pravnosnažne sudske odluke o krivici kada u potpunosti važi Ustavom i ZKP propisana pretpostavka nevinosti. U nadležnosti redovnih sudova je bilo da utvrde postojanje konkretnih razloga koji se odnose na osnov za produženje mere pritvora, a Ustavni sud ima kompetencije da na osnovu razloga koji su u vezi sa pritvorom datim u odlukama redovnih sudova i činjenicama na koje podnosioci ustavnih žalbi ukazuju, odluči da li je ili nije u konkretnom slučaju došlo do povrede Ustavom zajemčenih prava. Produžavanje mere pritvora može biti opravdano samo ako postoje takve okolnosti koje opravdavaju javni interes i pretežu nad pravilom poštovanja slobode pojedinca, a kako to nije učinjeno, sud je utvrdio povredu prava na ograničeno trajanje pritvora.

Slično pravno rezonovanje Ustavni sud je primenio i u odluci⁵⁵ o usvajanju ustavne žalbe i utvrđivanju povrede prava na ograničeno trajanje pritvora u odnosu na podnosioca protiv koga se vodio krivični postupak za krivično delo iz korpusa organizovanog kriminala,⁵⁶ koji se do dana podnošenja ustavne žalbe nalazio u pritvoru četiri godine i osam meseci⁵⁷ i protiv koga je krivični postupak bio u fazi glavnog pretresa. Istaknuto je da redovni sudovi nisu pokazali *posebnu revnost u vođenju postupka*, jer su konstantno i automatski tokom celog perioda kontrole pritvora prepisivali obrazloženja iz rešenja u rešenje bazirajući se na težini krivičnih dela i posledicama koje su nastupile i da nisu naveli nijedan argument koji bi prevazišao parafrazu optužnice.

Ustavni sud je u predmetu⁵⁸ po ustavnoj žalbi podnosioca, protiv koga je pritvor trajao četiri godine i pet meseci, izveo zaključak da *nije došlo do povrede prava na ograničeno trajanje pritvora* donošenjem odluka redovnih sudova. Razlozi za pritvor koji su u njima navedeni: *opasnost od bekstva podnosioca* (postojanje opravdane sumnje da je podnosilac organizator organizovane kriminalne grupe koja je delovala u međunarodnim razmerama s ciljem prodaje opojne droge kokain, činjenica da su drugi osumnjičeni markirani kao organizatori bili u bekstvu, postojanje oprav-

55 Odluka Ustavnog suda Republike Srbije Už.br.11002/13 od 21.1.2016, <http://www.ustavni.sud.rs/page/predmet/sr-Cyrl-CS/12615/?NOLAYOUT=1>, [16.2.2017].

56 U pitanju su bila krivično delo zločinačko udruživanje iz čl. 346. st. 3. u vezi sa st. 2. KZ i krivično delo teško ubistvo iz čl. 114. tač. 1 i 5 u vezi sa čl. 33. KZ.

57 Pritvor je okrivljenom produžavan iz razloga predviđenih čl. 211 st. 1 tač. 3 i 4 ZKP, o kojima je više rečeno u poglavlju 3.1. ovog rada.

58 Odluka Ustavnog suda Republike Srbije Už.br.2070/14 od 26.11.2015, <http://www.ustavni.sud.rs/page/predmet/sr-Cyrl-CS/12195/?NOLAYOUT=1> [13.2.2017].

dane sumnje da se kod njih nalazi novac u iznosu od više desetina miliona evra, koji podnosilac može da iskoristi za skrivanje i bekstvo, korišćenje falsifikovane putne isprave radi lakšeg i konspirativnijeg prelaska državnih granica od strane pripadnika za potrebe rada), *opasnost od ponavljanja krivičnog dela* (preduzimanje više radnji izvršenja krivičnog dela neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga u dužem periodu, postojanje opravdane sumnje da je delovao kao organizator organizovane kriminalne grupe sa osumnjičenima koji su u bekstvu, uz angažovanje većeg broja lica na teritoriji zapadne Evrope) i *iz čl. 211 st. 1 tač. 4 ZKP* (visina zaprećene kazne, način izvršenja i težina posledice krivičnog dela – preprodaja 580kg opojne droge kokain velike čistoće u međunarodnim razmerama, dovele su do uznemirenja javnosti koje može ugroziti nesmetano vođenje krivičnog postupka) su jasni, konzistentni i u potpunosti održivi ceneći kompleksnost činjeničnih i pravnih pitanja, ulogu okrivljenog, vreme i polje delovanja kriminalne aktivnosti i postupak je vođen sa potrebnom hitnošću.

U pojedinim slučajevima Ustavni sud se bavio isključivo ustanovljavanjem procesnih nedostataka u postupanju redovnih sudova, te je tako u odluci⁵⁹ konstatovao povredu čl. 27 st.3 Ustava, koja se manifestovala u prekoračenju roka od 48 časova za odlučivanje po žalbi protiv rešenja sudije za prethodni postupak od strane vanpretresnog veća tog suda, koje je odbilo žalbu i potvrdilo prvostepeno rešenje u roku od 7 dana.⁶⁰

Dakle, sudsko ispitivanje povrede Ustavom zajemčenih prava sastoji se u analizi krivičnog postupka, trajanja istrage, stupanja optužnice na pravnu snagu i dinamike zakazivanja i održavanja glavnih pretresa i detaljnom razmatranju činjenica i okolnosti vezanih za pritvor, prvenstveno razloga za produženje pritvora uz pozivanje na raniju praksu suda i referentnu praksu Evropskog suda za ljudska prava. Osim zahteva za utvrđivanje povrede Ustavom zajemčenih prava i sloboda iz čl. 30 i čl. 31 Ustava, podnosioci traže poništenje rešenja nadležnih prvostepenih i drugostepenih sudova, nalaganje ukidanja pritvora i puštanje na slobodu. Ipak, zbog temporalnog važenja rešenja o pritvoru, Ustavni sud ne poništava osporena rešenja, čak i kada utvrdi povredu prava, jer su ona prestala da proizvode pravno dejstvo donošenjem novih rešenja o produženju ili ukidanju pritvora. Načelno, Ustavni sud meritorno ne dosuđuje naknadu nematerijalne štete smatrajući da samo utvrđivanje povrede prava dovoljno da se postigne adekvatna pravična satisfakcija podnosiocu, ne dirajući time u njegovo pravo na naknadu štete, koje može ostvariti u parnici.

7. PRAKSA EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu: *Konvencija*) u čl. 5 st. 1 jemči svakom pojedincu pravo na slobodu i bezbednost

59 Odluka Ustavnog suda Republike Srbije Už.br.1155/14 od 3.11.2016, <http://www.ustavni.sud.rs/page/predmet/sr-Cyrl-CS/13566/?NOLAYOUT=1> [17.2.2017].

60 U konkretnom slučaju podnosilac ustavne žalbe je žalbu na rešenje o određivanju pritvora preko branioca izjavio 05.02.2014, a Viši sud u Beogradu je o žalbi odlučio Kv.br.460/14 od 12.2.2014, odbijajući izjavljenu žalbu i potvrđujući prvostepeno rešenje.

ličnosti uz obavezu država ugovornica da postupaju u skladu sa relevantnim domaćim pravom i uzdržavaju se od proizvoljnog hapšenja i lišenja slobode pojedinca. Taksativno su navedeni slučajevi kada se smatra da je hapšenje ili lišenje slobode zakonito⁶¹ i posebno Protokolom 4 u čl. 1 propisana je zabrana lišenja slobode zbog nemogućnosti ispunjenja ugovornih obaveza. U ovom domenu je i Evropski sud za ljudska prava (*u daljem tekstu*: Sud) zauzeo je stav da postoji više razloga za određivanje i produženje pritvora, koji moraju kontinuirano postojati, a koji se mogu podeliti u pet grupa: opasnost od bekstva, rizik od ometanja postupka, potreba da se spreči zločin, potreba da se očuva javni red i nepovinoavanje sudskim nalogima i neispunjenje zakonskih obaveza. Pravna teorija ove razloge sistematizuje kao eksplisitne osnove, sadržane u čl. 5 st.1 Konvencije i skrivene – *causae arresti*, sadržane u ostalim odredbama čl. 5 Konvencije.⁶² Kroz svoju jurisprudenciju Sud je postavio supstancijalne principe ustanovljavanja prekomerne dužine pritvora, marljivosti u sprovođenju krivičnog postupka u pritvorskim predmetima i važnosti ocene opravdanosti produžavanja pritvora *in concreto*. Ovde treba takođe imati u vidu da osim po čl. 5 Konvencije, odgovornost države može biti konstituisana i po čl. 3 Konvencije, koji zabranjuje mučenje, nečovečno ili ponižavajuće postupanje ili kažnjavanje sa aspekta primene mere pritvora prema pritvorenicima. U nastavku će biti razmatrane važne presude Suda donete protiv Republike Srbije, u kojima su zauzeti principijelni stavovi, koji bi trebalo da budu implementirani i u praksi domaćih i evropskih sudova. U slučaju *Vrenčev protiv Srbije*⁶³ kod podnosioca predstavke je prilikom pretresa od strane policijskih službenika pronađeno 4,13 g opojne droge *kanabis*, koja mu je uz potvrdu privremeno oduzeta. U krivičnoj prijavi policijski službenik je očiglednom omaškom napisao netačnu adresu osumnjičenog i nadležni sud nije mogao da ga sasluša na navode krivične prijave, jer ni poziv, ni dovodenje nisu rezultirali obezbeđenjem njegovog pojavljivanja pred sudom, te je protiv njega određen pritvor. Osumnjičeni je telefonskim putem bio kontaktiran od strane policije i dobrovoljno se javio u policijsku stanicu, kada je lišen slobode i stavljen u pritvor. Rešavajući po žalbi branioca na rešenje o pritvoru sud je potvrdio prvostepeno rešenje bez održavanja usmenog ročišta. Pritvor je ukinut nakon što je osuđen na novčanu kaznu, a o predlogu koji je u međuvremenu podneo o zameni pritvora jemstvom sud nije rešavao. Na osnovu takvog činjeničnog stanja, uvažava-

61 To su sledeći slučajevi: 1. zakonito lišenje slobode na osnovu presude nadležnog suda; 2. zakonito hapšenje ili lišenje slobode zbog neizvršavanja zakonite sudske odluke ili radi obezbeđivanja ispunjenja neke obaveze koja je propisana zakonom; 3. zakonito hapšenje ili lišenje slobode radi privođenja lica pred nadležni organ vlasti usled osnovane sumnje da je lice učinilo krivično delo, ili se opravdano smatra potrebnim da se spreči izvršenje krivičnog dela, ili bežanje posle izvršenja; 4. lišenje slobode radi sprečavanja zaraznih bolesti, kao i zakonito lišenje slobode duševno poremećenih lica, alkoholičara ili uživalaca droge i skitalica; 5. lišenje slobode maloletnog lica na osnovu zakonite odluke o vaspitnom nadzoru ili radi provođenja pred zakonom nadležni organ i 6. zakonito hapšenje ili lišenje slobode kako bi se sprečio neovlašćeni ulazak u zemlju, ili da bi se osigurali proterivanje ili ekstradicija.

62 A. Trešnjev /2015/: Razlozi za pritvor u svetlu Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, *Strani pravni život*, str. 186–187.

63 Predstavka br. 2361/05, <http://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22%3A%22%5B%22vrencev%22%2C%22documentcollectionid%22%3A%22GRANDCHAMBER%2C%22CHAMBER%22%2C%22itemid%22%3A%22001-88554%22%5D%22%7D> [9.2.2017].

vajući krivično-procesno pravo i razmatrajući argumente stranka, Sud je konstato-
vao da je povređeno pravo iz čl. 5 st. 3 Konvencije o hitnom izvođenju pred sudiju
pošto osumnjičeni nije saslušan prilikom odlučivanja o njegovom pritvoru, niti u
postupku odlučivanja po žalbi na rešenje o pritvoru, nego je doveden naknadno na
zakazani glavni pretres radi iznošenja odbrane. Utvrđena je i povreda prava podno-
sioca predstavke da bude pušten dok čeka suđenje, premda nije rešeno o njegovom
predlogu o polaganju jemstva bez obzira na to što nije konkretizovao vrstu i iznos
jemstva i nije dovoljno cenjena okolnost da se podnosilac po saznanju da ga traži
policija, dobrovoljno javio, te da to nije ponašanje tipično za lice koje želi da utekne
pravdi, kao i da nema srazmere između težine krivičnog dela i pritvora, zbog osude
na novčanu kaznu.

U predmetu *Luković protiv Srbije*⁶⁴ podnosilac predstavke je istakao nezakonito
i prekomerno trajanje pritvora pre suđenja. U pitanju je bio osumnjičeni kom je
stavljeno na teret da je organizator organizovane kriminalne grupe i da je vršio ko-
ruptivna krivična dela. Pritvor mu je bio određen 26. novembra 2006. godine zbog
opasnosti od bekstva (višegodišnji rad u Upravi carina, koji mu je omogućio uspo-
stavljjanje dobrih kontakata sa drugim carinskim službenicima i licima iz inostran-
stva, čime bi olakšano i bez propisanih dokumenta mogao da pređe državnu grani-
cu, pribavljanje protivpravne imovinske koristi u velikom iznosu koju bi mogao da
iskoristi za bekstvo), opasnosti od uticaja na svedoke (carinske službenike i druga
lica koje osumnjičeni poznaje), rizika od ponavljanja krivičnog dela i zbog ozbiljne
težine krivičnih dela za koje se protiv njega vodi krivični postupak. Pritvor je po-
tom redovno kontrolisan od strane nadležnih sudova i 19. novembra 2007. godine
rešavajući po žalbi drugostepeni sud je otklonio četvrti razlog za pritvor, smatrajući
da radna mesta i protivpravna imovinska korist predstavljaju opis krivičnih dela i
ne mogu biti više valjan razlog za produženje pritvora, zatim 13. aprila 2009. treći
razlog, jer je prestala da egzistira bojazan da će kontaktirati jednog saokrivljenog,
koji je bio u bekstvu, a 04. decembra 2009. godine i razlog vezan za recidivizam pot-
krepljujući takav stav činjenicom da je podnosilac predstavke udaljen sa posla, da nije
osuđivan, da je duže vreme proveo u pritvoru i činjenicom da se njegova organizo-
vana kriminalna grupa raspala. Jedini razlog koji je ostao odnosio se na opasnost od
bekstva do 23. avgusta 2010. godine kada je prihvaćeno polaganje jemstva, nakon
čega je pušten na slobodu. Ukupno je podnosilac predstavke proveo u pritvoru 3
godine i 9 meseci, ali Sud je izveo zaključak da *nije bilo povrede čl. 5 st. 3 Konvencije*,
odnosno da je dužina pritvora bila razumna, pošto je ekspeditivno vođen postupak
za krivično delo organizovanog kriminala, koji stvara zbog složenosti činjeničnih
i pravnih pitanja poteškoće za istražne organe, a kasnije i sudove da utvrde činje-
nično stanje i krivicu svakog organizatora ili pripadnika organizovane kriminalne
grupe. Nadležni sudovi su ispoljili marljivost postupajući u ovom predmetu time što
su preispitujući razloge za kontinuirani pritvor navodili jasne i specifične činjeni-
ce predmeta i lične prilike podnosioca predstavke. Evidentno je na ovom primeru
dobre prakse da su ti razlozi protekom vremena evoluirali, odslikavajući razvoj si-

64 Predstavka br. 43808/07, [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{,fulltext%3A%22Lukovic%22,documentcollecti
onid%3A%22GRANDCHAMBER%22,CHAMBER%22,itemid%3A%22001-117629%22}}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{,fulltext%3A%22Lukovic%22,documentcollecti
onid%3A%22GRANDCHAMBER%22,CHAMBER%22,itemid%3A%22001-117629%22}}), [10.2.2017].

tuacije i verifikujući njihovo važenje u kasnijim fazama postupka kroz utemeljenje razumnog verovanja da je rizik od bekstva postojao sve vreme njegovog pritvora.

Za sagledavanje prakse Suda važan je i predmet *Grujović protiv Srbije*,⁶⁵ formiran na osnovu predstavke u kojoj je podnosilac tvrdio da su pritvor u istrazi i krivični postupak koji je protiv njega vođen bili prekomerno dugi. U momentu podnošenja predstavke nalazio se u pritvoru, a uhapšen je i pritvoren 5. decembra 2006. godine na osnovu međunarodne poternice i 06. jula 2007. godine je izručen Srbiji nakon osude na kaznu zatvora u trajanju od 7 meseci za neovlašćeno držanje vatrenog oružja. U Srbiji je optužen za krivična dela teško ubistvo u saizvršilaštvu, neovlašćeno korišćenje tuđeg vozila i falsifikovanje isprave dana 31. decembra 2007. godine. Glavni pretres je bio zakazivan pedeset jedan put, a devetnaest puta je bio odložen, četiri puta na zahtev branioca podnosioca predstavke, i petnaest puta iz drugih procesnih razloga.⁶⁶ Glavni pretres je takođe šest puta počeo iznova jer se izmenio sastav veća. Dana 01. aprila 2014. godine doneta je prvostepena presuda, ali je odlukom drugostepenog suda ukinuta i predmet je vraćen na ponovno suđenje. Što se pritvora tiče, inicijalno je određen rešenjem od 11. januara 2007. godine iz svih zakonom predviđenih razloga, a nakon ekstradicije od strane nadležnih sudova produžavan je iz istih razloga, s tim što je 2008. godine otklonjen rizik od uticaja na svedoke, a tek u oktobru 2013. godine i razlog vezan za težinu krivičnih dela i posebno teške okolnosti. Zanimljivo u ovom predmetu je što je pre podnošenja predstavke podnosilac tražio ustavnosudsku zaštitu pred Ustavnim sudom Srbije, koji je njegovu ustavnu žalbu odbio kao neosnovanu⁶⁷ zaključivši da je pritvor bio razuman s obzirom na složenost predmeta. Međutim, Sud je ovde istakao da se opravdanost pritvora ne može ceniti *in abstracto*, te da kontinuiran pritvor mora da prati istinski zahtev javnog interesa, koji i pored pretpostavke nevinosti, preteže nad pravilom o poštovanju slobode pojedinca, a ti posebni faktori se moraju ubedljivo pokazati. Uprkos argumentu pravnog zastupnika tužene države o složenosti predmeta Sud je konstatovao povredu čl. 5 st. 3 Konvencije. Ovakvo stanovište bazirano je trajanju pritvora van razumnog roka i propuštanju domaćih organa da razmotre zamenu pritvora alternativnim merama. Naglašeno je da uvek prilikom odlučivanja treba poći od pretpostavke u korist puštanja na slobodu, što je u konkretnom slučaju potpuno zanemareno budući da je pritvor trajao sedam godina i gotovo pet meseci. Osim toga, suđenje nije bilo organizovano efikasno i garancije iz čl. 6 st. 1 Konvencije nisu bile obezbeđene sa aspekta složenosti predmeta, držanja podnosioca predstavke i postupanja nadležnih organa i značaja predmeta spora za podnosioca predstavke.

65 Predstavka br. 25381/12, [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{„fulltext“:\[„grujovic“\],„documentcollectid“:\[„GRANDCHAMBER“;„CHAMBER“\],„itemid“:\[„001-156269“\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{„fulltext“:[„grujovic“],„documentcollectid“:[„GRANDCHAMBER“;„CHAMBER“],„itemid“:[„001-156269“]}) [11.2.2017].

66 Glavni pretres je odlagan zbog nedolaska branilaca saoptuženih, uredno pozvanih svedoka, nedostavljanja nalaza i mišljenja veštaka itd.

67 Odluka Ustavnog suda Republike Srbije Už.br.6885/11 od 10.10.2012, <http://www.ustavni.sud.rs/page/predmet/sr-Cyrl-CS/7567/?NOLAYOUT=1> [28.2.2017].

8. IMUNITETI

Pojedine kategorije građana zbog funkcije koju vrše i njenog predstavničkog svojstva, izuzete su, odnosno oslobođene od domašaja jurisdikcije državnih organa. To faktički znači da su snabdeveni privilegijama i imunitetima, koji se sastoje u derogaciji primene ustavnih i zakonskih odredbi o pritvoru i krivičnom gonjenju koji traje sve vreme službeničkog mandata. Tu spadaju:

1. *diplomatski predstavnici*, kojima je u okviru sudskog imuniteta⁶⁸ garantovan imunitet od krivičnog sudstva. Zahvaljujući njemu, šef diplomatske misije i članovi diplomatskog osoblja ne mogu biti lišeni slobode ni u slučaju teškog krivičnog dela nezavisno od toga da li je učinjeno u vršenju službe ili ne, niti se može voditi krivični postupak u državi u kojoj vrši diplomatske funkcije. Time se ne negira apsolutno njihova krivica za učinjeno krivično delo, jer mogu biti izvedeni pred sud države imenovanja. Izuzetno, može im suditi i država prijema,⁶⁹ s tim što se insistira na pristanku države imenovanja premda puko i izričito odricanje od krivičnog imuniteta diplomatskog predstavnika nije dovoljno. Ovakva vrsta beneficije ustanovljena je u korist diplomatskog predstavnika kako bi se sprečila opstrukcija i spoljni pritisci u vršenju diplomatskih funkcija nadležnih pravosudnih organa države prijema. Ona ipak raspolaže mehanizmima zaštite u vidu proglašavanja diplomatskog predstavnika *personam non grata* i zahtevanjem njegovog opoziva ili proterivanja preko granica uz ustupanje krivičnog gonjenja državi imenovanja;

2. *članovi diplomatskog osoblja specijalne misije* uživaju takođe pun diplomatski imunitet,⁷⁰ jer ne mogu biti izloženi bilo kom obliku hapšenja ili pritvora u državi prijema tokom trajanja *ad hoc* misije, odnosno prvog susreta sa odgovarajućim predstavnicima države prijema do ispunjenja postavljenih zadataka, ili notifikacije države slanja državi prijema da povlači ili opoziva misiju;⁷¹

3. *konzularni funkcioneri* mogu biti stavljeni u pritvor u slučaju teškog krivičnog dela na osnovu odluke nadležne sudske vlasti (čl. 41 BKKO⁷²). U ostalim slučajevima ne mogu biti hapšeni, niti podvrgnuti drugom obliku ograničenja lične slobode izuzev kada se radi o izvršenju pravnosnažne sudske presude države prijema. Zbog limitiranog obima povlastica konzula veći broj država je bilateralnim konvencijama proširio njihovu zaštitu;⁷³

4. *narodni poslanici* zaštićeni su parlamentarnim imunitetom, zasnovanim na načelu narodne suverenosti i podele vlasti. Ima dva oblika:⁷⁴ *imunitet neodgovor-*

68 Bečka konvencija o diplomatskim odnosima iz 1961, „Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori“ br. 2/64.

69 M. Mitić, S. Đorđević /2007/: *Diplomatsko i konzularno pravo*, Beograd, str. 125.

70 Konvencija o specijalnim misijama, „Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori“ br. 19/75.

71 M. Mitić, S. Đorđević, *op. cit.*, str. 152 i 156.

72 Bečka konvencija o konzularnim odnosima, „Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori“ br. 5/66.

73 Npr. Sjedinjene Američke Države su zaključile ugovore sa Sovjetskim Savezom, Kinom, Bugarskom, Poljskom, Rumunijom, Filipinima, u kojima uzajamno priznaju potpuni imunitet svojih konzularnih funkcionera od krivičnog sudstva, M. Mitić, S. Đorđević, *op. cit.*, str. 218.

74 R. Marković, *op. cit.*, str. 364.

nosti, kojim je pokrivena krivična, građanska, uprava i disciplinska odgovornost za izraženo mišljenje ili glasanje u vršenju poslaničke funkcije (čl. 103 st. 2 Ustava) i koji ima neograničeno važenje u kontekstu da traje i nakon isteka mandata, i *imunitet nepovredivosti*, koji znači privremenu procesnu smetnju za vođenje krivičnog postupka⁷⁵, sa dejstvom da parlamentarac bez odobrenja Narodne skupštine ne može biti pritvoren, niti se može pokrenuti postupak od potvrđivanja do dana prestanka mandata.⁷⁶ Imunitet nepovredivosti ne važi kod fragrantnih krivičnih dela za koja je propisana kazna zatvora preko pet godina (čl. 38 st.8 ZNS⁷⁷). Zahtev za odobrenje određivanja pritvora ili pokretanja krivičnog postupka protiv narodnog poslanika podnosi se predsedniku Narodne skupštine, koji ga upućuje Odboru za administrativno-budžetska i mandatno-poslanička pitanja, koji nakon razmatranja podnosi izveštaj, sa predlogom odluke Narodnoj skupštini (čl. 252 PNS⁷⁸). Narodna skupština može i da uspostavi imunitetsko pravo narodnom poslaniku koji se nije pozvao na imunitet ako je to potrebno radi vršenja poslaničke funkcije (čl. 253 PNS);

5. *predsednik Republike* (čl. 119 st.1 Ustava), koji uživa parlamentarni imunitet⁷⁹;

6. *predsednik i članovi Vlade* (čl. 134 st.2 Ustava), koji su na polju imuniteta izjednačeni sa narodnim poslanicima, s tim što o imunitetu odlučuje Vlada;⁸⁰

7. *Zaštitnik građana* (čl. 138 st.5 Ustava), za koga je ustavom konstituisan parlamentarni imunitet;

75 Procesni imunitet narodnih poslanika i drugih funkcionera kojima je dat isit obim imunitetskih prava utvrđen je na preširokoj osnovi, odnosno na način koji je u praksi niza demokratskih zemalja napušten zbog onemogućavanja efikasnog gonjenja onih poslanika i drugih funkcionera, koji svoje funkcije koriste za lično bogaćenje putem korupcije i druga nečasta dela. (B. Milosavljević /2012/: Načelo podele vlasti u Ustavu i ustavnoj praksi Republike Srbije, *Pravni zapisi*, Beograd, str. 13).

76 S tim u vezi, ne treba nipošto izgubiti iz vida da poslanik pozivajući se na imunitet, ne ostvaruje samo privremeno odlaganje pokretanja krivičnog ili prekršajnog postupka, nego često i potpuno oslobađanje od odgovornosti, pošto u toku trajanja mandata protekne objektivni rok zastarelosti. (V. Goati /2007/: Parlamentarizam i partijski sistem Srbije, *Dileme i izazovi parlamentarizma*, Beograd str. 134).

77 Zakon o Narodnoj skupštini, „Službeni glasnik RS“ br. 9/10.

78 Poslovnik Narodne skupštine, „Službeni glasnik RS“ br.20/12.

79 O njegovom imunitetu odlučuje Narodna skupština (Z. Ivošević /2012/: Pravni položaj javnih funkcionera, *Pravni zapisi*, Beograd, str. 92).

80 Ipak, po slovu Ustava u vezi sa rešavanjem o imunitetu predsednika i članova Vlade postoji kontradiktornost. Po čl. 134 Ustava odluka o imunitetu predsednika i člana Vlade ostaje u izvršnoj vlasti, u Vladi, što odgovara načelu podele vlasti. Ali, po čl. 105 Ustava i Narodna skupština je ovlašćena da većinom glasova narodnih poslanika odluči o ukidanju imuniteta članovima Vlade. Ako nije u pitanju propust ustavopisca, nejasno je šta bi bilo namera ovog zamučivanja podele vlasti. Zamisliv je primer da Vlada zaštiti ministra od krivičnog gonjenja čuvajući mu imunitet, a da to bude stavljeno van pravne snage ukidanjem imuniteta istom ministru od strane Skupštine. (S. P. Orlović /2013/: Ustavne reforme i položaj Vlade Srbije, *Žurnal za kriminalistiku i pravo*, Beograd, str. 41–42).

8. *sudije Ustavnog suda* (čl. 173 st. 2 Ustava), za koje se *mutatis mutandis* primenjuju se odredbe o poslaničkom imunitetu,⁸¹ a Ustavni sud donosi odluku o uspostavljanju imuniteta (čl. 5 PRUS⁸²);

9. *sudije* ne mogu biti pozvane na odgovornost za izraženo mišljenje ili glasanje prilikom donošenja sudske odluke, osim ako se radi o krivičnom delu kršenja zakona od strane sudije, javnog tužioca ili njegovog zamenika iz čl. 360 KZ. Pored imuniteta neodgovornosti sudije raspolažu i imunitetom nepovredivosti, koji kao proceduralni mehanizam sprečava lišenje slobode u postupku pokrenutom zbog krivičnog dela učinjenog u vršenju sudijske funkcije bez odobrenja Visokog saveta sudstva (čl. 151 Ustava).⁸³

10. *članovi Visokog saveta sudstva* (čl. 153 st. 7 Ustava), kojima je garantovan isti imunitet kao sudijama,⁸⁴

11. *javni tužilac, zamenici javnog tužioca* (čl. 162 st.1 Ustava), čija imunitetska prava su identična sudijskim,

12. *članovi Državnog veća tužilaca* (čl. 164 st.6 Ustava), koji uživaju identičan imunitet kao sudije.

9. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Pritvor je izuzetno važan mehanizam za nesmetano i efikasno vođenje krivičnog postupka. Kod teških krivičnih dela, to je i nužna mera na početku krivičnog postupka, kojoj se pribegava radi osiguranja prisustva okrivljenog, obezbeđenja dokaza, sprečavanja ponovnog vršenja krivičnih dela i zaštite oštećenih. Izolovanje okrivljenog i njegovo smeštanje u zavodsku ustanovu su i manifestacioni oblici pravovremene reakcije državne vlasti i afirmacije javnog interesa, koji otvaraju put ažurnijem sprovođenju krivičnog postupka i ekspeditivnijoj adjudikaciji.

Izbor odgovarajuće mere koja će garantovati pojavljivanje okrivljenog pred sudom je u ekskluzivnoj nadležnosti suda, na kome leži odgovornost za ostvarivanje ove bitne procesne pretpostavke. Prilikom donošenja odluke sud treba da se ruko-

81 Imunitet neodgovornosti sudiju štiti apsolutno od svih vidova odgovornosti i bez vremenskog ograničenja. Imunitet nepovredivosti štiti sudiju samo za vreme trajanja sudijske dužnosti. Kako se imunitet kao jemstvo ne bi mogao zloupotrebiti „na štetu pravnog poretka i jednakosti građana“, Ustavom je predviđen i izuzetak od imuniteta nepovredivosti, koji se odnosi na vršenje fragrantnih krivičnih dela. Nepozivanje sudije na imunitet ne isključuje pravo Suda da mu uspostavi imunitet, što je posledica činjenice da se imunitet ne ustanovljava u ličnom interesu sudije, nego u interesu nezavisnosti sudijske funkcije i rada Suda. (B. Nenadić /2009/: Ustavni sud Republike Srbije u svetlu Ustava iz 2006. godine, *Revus – Revija za evropsku ustavnost*, Kranj – Republika Slovenija, str. 148–189.

82 Poslovnik o radu Ustavnog suda, „Službeni glasnik RS“ br. 103/13.

83 Kapacitet imuniteta sudije manji je od imuniteta drugih javnih funkcionera, jer ne obuhvata zaštitu od krivičnog i drugog kaznenog postupka. Time se sudskoj vlasti daje manji značaj od zakonodavne i izvršne, što narušava ravnotežu vlasti predviđenu čl. 4 st. 3 Ustava. (Z. Ivošević /2012/: *op. cit.*, str. 95.

84 Povezano sa čl. 151 st. 2 Ustava znači da o imunitetu člana Visokog saveta sudstva odlučuje Visoki savet sudstva (R. Marković /2006/: Ustav Republike Srbije iz 2006 – kritički pogled, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, Beograd, str. 23).

vodi ulogom koju je okrivljeni imao u radnjama za koje postoji osnovana sumnja da je učinio, da li je reč o osnovnom ili kvalifikovanom obliku krivičnog dela, brojnošću radnji, vremenom izvršenja, periodom koji je protekao od poslednje preduzete radnje, vrstom i težinom telesnih povreda ili visinom pribavljene protivpravne imovinske koristi i mogućnošću poprimanja dramatičnijih oblika ili izazivanja težih posledica, kao i ličnim stvojtstvima okrivljenog. Jedni argumenti mogu biti elementarni za donošenje odluke o određivanju pritvora, ali njihova konzistentnost treba da bude očuvana, ili se moraju pojaviti novi i dovoljni razlozi da bi pritvor bio produžavan. Naročitu pažnju treba iskazati kod višegodišnjeg pritvora i sagledati opravdavajuće okolnosti za njegovo predugo trajanje. Ovde treba imati u vidu da prolongirani temporalni momenat ne povlači automatsko ukidanje pritvora, nego *obazrivo i integralno rešavanje*.

Zbog direktnog ataka na ličnu slobodu i zadiranje u fundamentalna prava pojedinca, državni organi su dužni da garantuju restriktivnu primenu pritvora. Osim toga, na raspolaganju im stoje alternativne mere kojim pritvor može biti supstituisan. Iako su indikatori za njihovu pojačanu upotrebu pragmatični u smislu unapređenja pravne zaštite uz budžetske uštede, adekvatno su rešenje za lakša krivična dela, ona učinjena u pokušaju ili pomaganjem, kao i kada nema srazmere između lišenja slobode i krivične sankcije. U tim okvirima državni organi bi trebalo da ispoljavaju u svojoj praksi tolerantniji pristup prema zabrani napuštanja boravišta, jemstvu ili zabrani napuštanja stana. Ovo treba da važi kako za sud, tako i za javno tužilaštvo, koje osim davanja mišljenja o predlogu za zamenu mere branioca osumnjičenog, može i samostalno da inicira ukidanje pritvora i određivanje alternativne mere, sve s ciljem preduzimanja mera za zaštitu ustavnosti i zakonitosti. Međutim, kada se krivični postupak vodi za krivična dela organizovanog kriminala, terorizma i korupcije, odnos nadležnih organa prema određivanju, produžavanju i ukidanju pritvora treba da bude rigorozniji, proporcionalan težini krivičnih dela, posledicama i opasnosti.

LITERATURA

- Bejatović S, Škulić M, Ilić G. /2013/: *Priručnik za primenu Zakonika o krivičnom postupku*, Beograd
- Beljanski S. /2001/: *Međunarodni pravni standardi o krivičnom postupku*, Beograd
- Đorđević Đ. /2015/: Preopterećenost zakonskih kapaciteta i moguća rešenja ovog problema, *Strani pravni život*
- Goati V. /2007/: *Parlamentarizam i partijski sistem Srbije, Dileme i izazovi parlamentarizma*, Beograd
- Ilić G, Majić M, Beljanski S, Trešnjev A. /2012/: *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Beograd
- Ivošević Z. /2012/: *Pravni položaj javnih funkcionera, Pravni zapisi*, Beograd
- Kovačević N, Marković Ž, Nikolić N. /2014/: *Pritvor – ultima ratio?*, Beograd
- Macovei M. /2002/: *The right to liberty and security of the person: A guide to the implementation of Article 5 of the European Convention on Human Rights*, Human rights handbooks, No.5

- Marković M. B. /2014/: Osnov odgovornosti za štetu zbog neosnovanog lišenja slobode i neosnove osude, *PRAVO – teorija i praksa*, Novi Sad
- Marković R. /2005/: *Ustavno pravo i političke institucije*, Beograd
- Marković R. /2006/: Ustav Republike Srbije iz 2006 – kritički pogled, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, Beograd
- Milosavljević B. /2012/: Načelo podele vlasti u Ustavu i ustavnoj praksi Republike Srbije, *Pravni zapisi*, Beograd
- Mitić M, Đorđević S. /2007/: *Diplomatsko i konzularno pravo*, Beograd
- Nenadić B. /2009/: Ustavni sud Republike Srbije u svetlu Ustava iz 2006. godine, *Revus – Revija za evropsku ustavnost*, Kranj – Republika Slovenija
- Orlović S. P. /2013/: Ustavne reforme i položaj Vlade Srbije, *Žurnal za kriminalistiku i pravo*, Beograd
- Stojanović Z. /2006/: *Međunarodno krivično pravo*, Beograd
- Škulić M. /2015/: *Krivično procesno pravo*, Beograd
- Škulić M. /2011/: *Maloletničko krivično pravo*, Beograd
- Škulić M. /2013a/: Novi zakonik o krivičnom postupku – Očekivanja od primene, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*
- Škulić M. /2013b/: *Osnovne novine u krivičnom procesnom pravu Srbije – Novi Zakonik o krivičnom postupku iz 2011. godine*, Beograd
- Škulić M. /2013c/: Odnos načela istine i pojednostavljenih formi krivičnog postupka, *Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima, regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni* (I. Jovanović, M. Stanisavljević, ur.)
- Trešnjev A. /2015/: Razlozi za pritvor u svetlu Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, *Strani pravni život*
- Zlatarić B, Damaška M. /1966/: *Rječnik krivičnog prava i postupka*, Zagreb

MEĐUNARODNI IZVORI PRAVA

- Bečka konvencija o diplomatskih odnosima iz 1961, „Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori“ br. 2/64
- Bečka konvencija o konzularnim odnosima, „Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori“ br. 5/66
- Evropska konvencija o ekstradiciji „Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori“ br.12/10.
- Konvencija Saveta Evrope o sprečavanju mučenja i nečovečnih ili ponižavajućih postupaka i kažnjavanja, „Službeni glasnik SCG – Međunarodni ugovori“ br.9/03
- Konvencija o specijalnim misijama, „Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori“ br. 19/75
- Konvencija UN protiv torture i drugih surovih neljudskih ili ponižavajućih kazni i postupaka, Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori“ br.9/91
- Pravilnik o postupku i dokazima Međunarodnog suda za krivično gonjenje osoba odgovornih za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava učinjenih na teritoriji bivše Jugoslavije 1991. godine

ZAKONI I DRUGI PROPISI

- Krivični zakonik, „Službeni glasnik RS“ br. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13, 55/14.
- Poslovnik Narodne skupštine, „Službeni glasnik RS“ br.20/12
- Poslovnik o radu Ustavnog suda, „Službeni glasnik RS“ br.103/13
- Pravilnik o izvršenju mere pritvora, „Službeni glasnik RS“ br.132/14
- Pravilnik o kućnom redu kazneno-popravnih zavoda i okružnih zatvora, „Službeni glasnik RS“ br.110/14, 79/16
- Pravilnik o kućnom redu vaspitno-popravnog doma, „Službeni glasnik RS“ br.71/06
- Pravilnik o organizaciji, radu i postupanju sa pritvorenicima u Posebnoj pritvorskoj jedinici, „Službeni glasnik RS“ br.81/05
- Pravilnik o upućivanju osuđenih, prekršajno kažnjenih i pritvorenih lica u zavode za izvršenje krivičnih sankcija, „Službeni glasnik RS“ br. 31/15
- Strategija razvoja sistema izvršenja krivičnih sankcija u Republici Srbiji do 2020. godine, „Službeni glasnik RS“ br.114/13
- Strategija za smanjenje preopterećenosti smeštajnih kapaciteta u zavodima za izvršenje krivičnih sankcija u Republici Srbiji u periodu od 2010. do 2015. godine, „Službeni glasnik RS“ br. 53/10, 65/11
- Ustav Republike Srbije, „Službeni glasnik RS“ br.98/06
- Zakon o izvršenju krivičnih sankcija, „Službeni glasnik RS“ br.55/1
- Zakonik o krivičnom postupku, „Službeni list SFRJ“ br. 4/77, 36/77, 14/85, 26/86, 74/87, 57/89, 3/90, „Službeni list SRJ“ br. 27/92, 24/94, 21/99, 44/99), 71/00, 13/01
- Zakonik o krivičnom postupku, „Službeni list SRJ“ br. 70/01, 68/02, „Službeni glasnik RS“ br. 58/04, 85/05, 115/05, 46/06, 49/07, 122/08, 20/09, 72/09, 76/10
- Zakonik o krivičnom postupku, „Službeni glasnik RS“ br.72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13, 55/14
- Zakon o maloletnim učinocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica, „Službeni glasnik RS“ br.85/05
- Zakon o međunarodnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima, „Službeni glasnik RS“ br.20/09
- Zakon o Narodnoj skupštini, „Službeni glasnik RS“ br.9/10
- Zakon o organizaciji i nadležnosti državnih organa u suzbijanju organizovanog kriminala, terorizma i korupcije, „Službeni glasnik RS“ br. 94/16
- Zakon o potvrđivanju Ugovora između Republike Srbije i Crne Gore o izručenju, „Službeni glasnik RS“ br. 1/10 sa izmenama i dopunama, „Službeni glasnik RS“ br. 1/11

KORIŠĆENA SUDSKA PRAKSA

- Odluka Ustavnog suda Republike Srbije Už.br.1197/2008 od 13. novembra 2008. godine
- Odluka Ustavnog suda Republike Srbije Už.br. 4940/10 od 31. marta 2011.godine
- Odluka Ustavnog suda Republike Srbije Už.br. 1067/2011 od 18. jula 2012. godine
- Odluka Ustavnog suda Republike Srbije Už.br.11002/13 od 21. januara 2016. godine
- Odluka Ustavnog suda Republike Srbije Už.br.2070/14 od 26. novembra 2015. godine
- Odluka Ustavnog suda Republike Srbije Už.br.1155/14 od 03. novembra 2016. godine

- Odluka Ustavnog suda Republike Srbije UŽ.br.6885/11 od 10. oktobra 2012. godine
- Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu GŽ.br.3905/14 od 05. februara 2015.godine,
presuda Vrhovnog kasacionog suda Rev.br.11161/2015 od 08. jula 2015.godine
- Presuda Evropskog suda za ljudska prava u predmetu *Vrenčev protiv Srbije* po predstavci br.
2361/05
- Presuda Evropskog suda za ljudska prava u predmetu *Luković protiv Srbije* po predstavci br.
43808/07
- Presuda Evropskog suda za ljudska prava u predmetu *Grujović protiv Srbije* po predstavci br.
25381/2012
- Rešenje Apelacionog suda u Beogradu Kž.2. PO1.br. 32/11 od 14. februara 2011. godine
- Rešenje Višeg suda u Beogradu – Posebnog odeljenja Kv.Po1.br. 25/11 od 21. januara 2011.
godine
- Rešenje Višeg suda u Beogradu je o žalbi odlučio Kv.br. 460/14 od 12. februara 2014. godine
- Rešenje Višeg suda u Novom Sadu Kv.br. 1141/11 od 18. avgusta 2011. godine
- Rešenje Višeg suda u Novom Sadu, Kž.2.br.240/14 od 19. avgusta 2014. godine
- Rešenje Višeg suda u Požarevcu 3.Kž.br. 121/15 od 23. aprila 2015. godine
- Rešenje Višeg suda u Valjevu Kvm.br.11/15 od 18. juna 2015. i rešenje Apelacionog suda u
Beogradu Kžm2.br.7/15 od 30. juna 2015. godine

Gordana Krstić

Prosecutor's Office for Organized Crime

THE CONCEPT OF DETENTION IN PRACTICE OF COURTS

SUMMARY

The detention is very important measure to secure the presence of the defendant and for untroubledly conduct of criminal proceedings. It is also the most difficult mechanism which can be undertaken against a defendant for whom there exists grounded suspicion that has committed a criminal offence and also special reasons for ordering detention, which are proscribed by Criminal Procedure Code. They are referring to risk of escaping, circumstances indicating that he will destroy or conceal the evidences or obstruct the trial by exerting influence on witnesses and other suspects, risk of repeating the criminal offence and finally when the criminal offence with which he is charged is punishable by a term of imprisonment of more than ten years or more than five years for a criminal offence with elements of violence, or he has been sentenced by a court of first instance to a term of imprisonment of five years or more, and the way of committing or the seriousness of consequences of the criminal offence have disturbed the public to such an extent that this may threaten the fair conduct of criminal proceedings. While ordering the detention is the way of deprivation of liberty, this matter is also regulated by Constitutional Act.

Regarding to the enforcement of the detention in practice of courts in the Republic of Serbia, there are a lot of different cases and in every particular case the reasons for ordering or extending the detention have to be the object of examination of competent courts. They

have to give relevant arguments for not revoking the detention. This arguments will not be sufficient if they are the same and stereotyped as in the previous rulings, and that includes the arbitrary deprivation of liberty and the violation of right to freedom and security. Bearing that in mind, it is the duty of all authorities which are participating in criminal proceedings, especially the Courts and the Public Prosecutor's Offices, to take care of the duration of detention as short as possible and to suggest the alternative measures that can substitute the detention.

Key words: detention, deprivation of liberty, detainee, alternative measures, immunity

Zorana Lazarov*

Ministarstvo unutrašnjih poslova Republike Srbije

ISPITIVANJE SVEDOKA KAO DOKAZNA RADNJA I ZAŠTITA SVEDOKA U KRIVIČNOM POSTUPKU

Apstrakt: Svedok je svako ono lice koje može da pruži obaveštenje u pogledu krivičnog dela i njegovog učinioca, bitno za utvrđivanje istine. Važnost iskaza svedoka je nesumnjiv, posebno u domenu borbe protiv organizovanog kriminala, imajući u vidu činjenicu da dovodi do lakšeg otkrivanja, dokazivanja i suzbijanja takve pojave. Značaj je utoliko veći ukoliko se ima na umu da je, iako nepouzđano, svedok i dalje najznačajnije sredstvo dokazivanja, te da iskaz svedoka predstavlja dokaznu osnovu na kojoj se zasniva presuda. Primenom adekvatnih mera zaštite svedoka u krivičnom postupku može se ostvariti jači dokazni kredibilitet i to širenjem obima prava svedoka, pre svega, prava na zaštitu, a sve u smislu poboljšanja njegovog položaja u krivičnom postupku. Zaštita svedoka predstavlja jedan od najvažnijih načina borbe protiv organizovanog kriminala.

Ključne reči: svedok, svedočenje, ispitivanje svedoka, dokaz, organizovani kriminalitet, zaštita svedoka, mere zaštite svedoka

1. UVOD

Poslednjih godina ističe se zahtev za većom zaštitom svedoka u krivičnom postupku. Brojna nacionalna zakonodavstva predviđaju odredbe koje prvenstveno imaju za cilj sveobuhvatno poboljšanje položaja svedoka u krivičnom postupku. Smisao takvih odredaba leži u nepobitnoj činjenici da će iskaz svedoka svakako biti verodostojniji ukoliko se svedoku pruže izvesne garancije u pogledu njegove zaštite pre, za vreme i nakon njegovog svedočenja.

Svedok je lice koje poseduje saznanja o činjenicama vezanim za krivično delo i njegovog učinioca, te o tome daje iskaz u krivičnom postupku. Ovakvo njegovo pojmovno određenje navodi na zaključak da se na svedoka u krivičnom postupku gleda kao na puko dokazno sredstvo, bez mogućnosti poboljšanja njegovog procesnog položaja. Ipak, teorijska izlaganja idu u smeru razmatranja mogućnosti iznalaženja načina određenja svedoka kao krivičnoprocesnog subjekta sa širim obimom prava, misleći pre svega na pravo na zaštitu. Predviđanje zasebne zaštite svedoka posledica je sve veće humanizacije krivičnog prava, budući da se poslednjih godina, posebna pažnja posvećuje poštovanju prava žrtava krivičnih dela, sa aspekta

* zorana.lazarov@mup.gov.rs

njihovog pojavljivanja u ulozi svedoka u krivičnom postupku, posebno u kategoriji ugroženih i posebno osetljivih svedoka.

U spletu savremenih okolnosti države su suočene s različitim vidovima kriminaliteta koji ugrožavaju najznačajnija društvena dobra i vrednosti. Kao društveno opasna pojava 20. veka posebno se ističe organizovani kriminalitet. Naime, pojava organizovanog kriminaliteta u sistemu jednog društva nameće zakonodavcu potrebu menjanja odredaba, kako materijalnog, tako i procesnog krivičnog prava, u cilju adekvatnog reagovanja na narastajuću pojavu. Kao takvo, za posledicu je imalo, između ostalog, i ubrzano širenje spektra mera zaštite svedoka u krivičnom postupku. Predviđanje niza mera zaštite položaja svedoka u krivičnom postupku, sa jedne strane, doprinosi samoj bezbednosti svedoka, dok sa druge strane, biva ostvaren utilitaristički motiv krivičnog prava.

I pored evidentnog napretka nauke i tehnologije koja je na poseban način našla svoje mesto i u otkrivanju i dokazivanju kriminaliteta, odnosno našla svoju primenu u krivičnom postupku, većina savremenih krivičnih postupaka se najvećim delom oslanja na lične dokaze koji su i dalje nezamenljivi u dokazivanju činjenica relevantnih za donošenje sudske odluke.¹

Svedočenje predstavlja iskaz određenih lica o krivičnom delu i njegovom izvršiocu.² Ispitivanje svedoka se smatra složenom radnjom, koja pretpostavlja poznavanje ne samo procesnih odredbi koje regulišu tu materiju, nego i kriminalističke taktike i psihologije.³ Ispitivanje svedoka predstavlja dokaznu radnju, čiji su opšti procesni okviri regulisani odredbama Zakonika o krivičnom postupku, a koji je krucijalnim reformama iz 2011. godine, pretrpeo svojevrzne promene. Naime, novi Zakonik iz 2011. godine uređuje srpski krivični postupak pretežno na adverzijalni način, ali istovremeno i uz razvijanje i jačanje nekih tipičnih inkvizitorskih elemenata, što ukupno čini prilično čudnu ili čak „bizarnu“ krivičnoprocesnu kombinaciju.⁴

Osnovna pitanja reforme krivičnog postupka Srbije svedena su na problematiku *tipa istrage* i *konstrukcije glavnog pretresa*, posebno u vezi sa ulogom suda u dokaznom postupku, te problematikom primarno stranačkog ili sudskog izvođenja dokaza, ali i na veoma važno pitanje *(ne)postojanje načela istine u krivičnom postupku*.⁵ Naime, novi stranački način ispitivanja svedoka na glavnom pretresu nema mnogo smisla kada se iskaz svedoka (osim u postupcima koji se vode za krivična dela iz delokruga nadležnosti tužilaštva posebne nadležnosti) ne snima, već se samo

1 T. Bugarski /2013/: *Ispitivanje svedoka*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad, n^o 4, str. 142.

2 Z. Jekić /1998/: *Krivično procesno pravo*, GDP „Dimitrije Davidović“, Beograd, str. 306.

3 B. Simonović /1997/: *Pribavljanje i ocena iskaza pred policijom i na sudu*, Pravni fakultet, Kragujevac, str. 77.

4 M. Škulić /2015a/: *Dokazi i dokazni postupak na glavnom pretresu*, u: Glavni pretres i suđenje u razumnom roku – regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni (ur. Bejatović S. i Jovanović I.), OEBS – Misija u Srbiji, Beograd, str. 196.

5 M. Škulić /2015b/: *Reforma krivičnog postupka Srbije – Novi Zakonik o krivičnom postupku i moguće novele*, u: Suprotstavljanje savremenim oblicima kriminaliteta – analiza stanja, evropski standardi i mere za unapređenje, JP „Službeni glasnik“, Beograd, str. 39.

u zapisnik unosi bitna sadržina datih iskaza. Stranačko ispitivanje svedoka je sada poprilično obesmišljeno i time što sud, odnosno predsednik veća može (bez obzira što više ne važi klasično načelo istine) da se umeša u bilo koji stadijum ispitivanja svedoka, te da postavi svoje pitanje i time poremeti koncepciju subjekta (bilo stranke, bilo branioca), koja se odnosi na redosled postavljanja pitanja, a naročito u odnosu na tzv. ključno pitanje, kojim se teži poentiranju.⁶

Uslovno rečeno, sam postupak ispitivanja svedoka, mogao bi se podeliti na dva dela, pri čemu bi prvi deo predstavljao preduzimanje tzv. pripremnih radnji, dakle radnje koje prethode faktičkom davanju iskaza od strane svedoka i koje imaju za cilj stvaranje uslova za ispravno nastupanje svedoka pred sudom. Drugi deo predstavljao bi iskaz lica o saznanjima kojima raspolaže u odnosu na krivično delo i izvršioca, dakle saznanjima u pogledu činjenica koje su predmet dokazivanja u krivičnom postupku. Tada govorimo o ispitivanju svedoka u pravom smislu te reči.

2. POJAM DOKAZA I DOKAZIVANJA

Pojam dokaza predstavlja jedno od najsloženijih teorijskih pitanja. U nauci krivičnog procesnog prava evidentna su različita shvatanja dokaza, odnosno, određivanja njihovog materijalnog pojma. Izdvajanjem dokaza kao samostalne kategorije sa funkcijom povezivanja činjenica (stvarnosti) i prava postiže se teorijska celina jednog logičnog i prirodnog, a i neophodnog, redosleda „koraka“ u ovoj pravno regulisanoj životnoj i procesnoj situaciji.⁷

Dokazi su faktički podaci⁸ koji u zakonom predviđenim procesnim formama utvrđuju ili, pak, osporavaju postojanje krivičnog dela i krivicu lica pozvanog na krivičnu odgovornost.⁹ Dokaz predstavlja sredstvo za utvrđivanje i dokazivanje istine ili neistine bilo koje navedene činjenice.¹⁰ Dokaz se može koristiti da odredi ili utvrdi kako se nešto dogodilo.¹¹ Putem dokaza se utvrđuju pravno relevantne činjenice, a to su one pojave u stvarnosti u kojima se sastoje uslovi materijalnog krivičnog prava za primenu krivične sankcije u konkretnom slučaju i uslovi procesnog prava za vođenje krivičnog postupka i vršenje procesnih radnji.¹²

6 M. Škulić /2015a/, *op.cit.*, str. 193.

7 Z. Jekić i R. Danić /2005/: *Krivično procesno pravo*, „Dimitrije Davidović“ A.D., Smederovo, str. 228.

8 U našem krivičnom postupku je zabranjena upotreba informacija (obaveštenja) službi bezbednosti kao dokaza u krivičnom postupku. Podaci koje službe bezbednosti prikupe u pretkrivičnom postupku se mogu koristiti samo u operativne svrhe, ali one same za sebe bez drugih dokaza ne mogu da izgrade potreban stepen osnovane sumnje za pokretanje krivičnog postupka. T. Lukić /2011/: *Informacije (obaveštenja) službi bezbednosti kao dokaz u krivičnom postupku*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, n^o 1, Novi Sad, str. 300.

9 T. Lukić: *ibid.*, str. 229.

10 Kada su kvalitet i kvantitet dokaza (*evidence*) uverljivi i dovoljni da dokažu postojanje činjenice koja se želi dokazati ili odbiti, rezultat je dokaz (*proof*) te činjenice. T. J. Gardner and T. A. Anderson /2016/: *Criminal Evidence: Principles and Cases*, Cengage Learning, Boston, str. 78.

11 J. Weichbrodt /2012/: *Die verbotene Beweis im Straf- und Zivilprozess: zur Rolle strafprozessualer Beweisverbote bei der Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche*, Mohr Siebeck, Tübingen, S. 14.

12 Z. Jekić i R. Danić: *op. cit.*, str. 229.

Dokazi su pravnog karaktera¹³ i u funkciji su dokazivanja. Dokazivanje je veoma složena procesna delatnost koja angažuje sve krivičnoprocenane subjekte, bilo na liniji njihovih prava, bilo dužnosti da doprinesu rasvetljenju i rešenju krivične stvari, a ono svoj završetak nalazi u oceni dokaza, koja predstavlja podlogu presuđivanja krivične stvari.¹⁴ Dokazivanje predstavlja procesnu radnju kojom se pomoću dokaza utvrđuju činjenice važne za pravilno presuđenje i to kako u pogledu utvrđivanja krivice, tako i u pogledu odmeravanja odgovarajuće kaznenoprave sankcije.¹⁵ Dokazivanje u krivičnom postupku odvija se u skladu sa određenim procesnim pravilima, najčešće svrstanim u odgovarajuća dokazna načela, kao što su limitirano načelo isitne, načelo *in dubio pro reo*, te slobodno sudijsko uverenje, koje se nužno ispoljava u okviru načela slobodne ocene dokaza.¹⁶

U teoriji krivičnog procesnog prava poznate su dve teorije ocene izvedenih dokaza: *teorija o zakonskoj oceni dokaza* i *teorija o slobodnoj oceni dokaza*.

Prema *zakonskoj oceni dokaza*, karakterističnoj za istražni (inkvizitorski) tip postupka, u samom zakonu određena su pravila izvođenja dokaza od kojih sud ne može da odustane. Ova zakonska naređenja tačno propisuju kojim se dokaznim sredstvima sudija sme koristiti, kakve uslove svako dokazno sredstvo mora ispuniti, pa da se na njemu zasnjuje presuda, kao i oblik u kome se samo mogu upotrebiti, te je za dobijanje istinitosti na ovaj način dovoljno da sudija tačno primeni zakonska dokazna pravila.¹⁷ Osnovna odlika ovakve ocene dokaza jeste nepostojanje stranaka i spajanje sve tri osnovne procesne funkcije (optuženja, odbrane i suđenja) u jednom subjektu – sudu, koji je imao pravo da u nejavnom postupku uz dominiranje načela pismenosti izvodi sve dokaze koje je smatrao potrebnim, te da obrnuto, ne izvodi dokaze koje je tretirao kao nebitne.¹⁸

Zakon je određivao vrstu, količinu i kvalitet dokaznih sredstava koja su potrebna da bi se određena relevantna činjenica mogla smatrati dokazanom, te ako ne skupi propisanu vrstu i količinu dokaza određenog kvaliteta, sudija nije mogao uzeti da je činjenica dokazana, bez obzira na njegovo suprotno uverenje stečeno na drugi način i, obrnuto, kad se stekne ono što zakon predviđa, činjenica se morala smatrati dokazanom, uprkos uverenju sudije da to ne odgovara stvarnom stanju stvari.¹⁹

Praktična primena iznetih pravila dovela je do niza problema u praksi, do oslobođenja učinilaca usled kvalitativnog i kvantitativnog nedostatka dokaza, što je do-

13 W. P. J. Pompe /1963/: *Proof in (Civil Law) Criminal Procedure*, Nebraska Law Review, Volume 43, Issue 1, Article 4, Utrecht, p. 51.

14 M. Škulić /2011/: *Komenatar Zakonika o krivičnom postupku*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, str. 118.

15 D. Kos: *Незаконити докази у Казненом процесном праву Републике Хрватске* – са освртом на *Corpus Juris*. Dostupno na internet adresi: http://www.vsrh.hr/CustomPages/Static/HRV/Files/DKos-Nezakoniti_dokazi.PDF (6.11.2017. године).

16 M. Škulić, G. Ilić i M. Bošković /2015/: *Unapređenje Zakonika o krivičnom postupku – de lege ferende predlozi*, OEBS, Beograd, str. 56.

17 Z. Jekić i R. Danić: *op. cit.*, str. 234–235.

18 M. Škulić /2011/: *op. cit.*, str. 120.

19 T. Vasiljević T. i M. Grubač /2011/: *Komenatar Zakonika o krivičnom postupku*, Službeni glasnik, Beograd, str. 65.

velo do nastanka *teorije o slobodnoj oceni dokaza*. Naime, zakonodavci savremenih država su, uz neophodni uticaj krivičnoprocesne teorije, uočili da se primenom tog načela, dakle, načela slobodne ocene dokaza, bolje mogu postići ciljevi krivičnog postupka, te efikasnije izbeći greške u proceduri, pre svega prilikom ocenjivanja dokaza, čime se direktno utiče na utvrđivanje činjeničnog stanja, što je takođe povezano i sa prikupljanjem dokaza, kao i stvaranjem zakonskih uslova za pokretanje postupka.²⁰ Ocena dokaza po slobodnom uverenju postoji kad sudija vrši ocenu izvedenih dokaza o postojanju činjenica, podvrgavajući ih svojoj sopstvenoj logičkoj i psihološkoj analizi, nevezan nikakvim zakonskim pravilima o oceni dokaza, već jedino uz obavezu da o toj oceni „položi račun“ u razlozima svoje odluke.²¹ Organ koji ocenjuje dokaze nije vezan formalnim dokaznim pravilima o tome koje uslove jedan dokaz po sadržini mora da ispuni da bi morao, odnosno mogao da bude prihvaćen, i koja količina i kakvoća dokaza mora da postoji da bi određena činjenica morala ili mogla da se samtra dokazanom.²²

Sud je slobodan u oceni dokaza, ali ne može da koristi svaki izvor saznanja kao dokazno sredstvo.²³ Iako zakonodavac ne određuje šta može biti dokaz u određenom krivičnom predmetu, ograničenje ipak postoji, ali postavljeno u negativnom smislu.²⁴ Upravo je ovo suština odredbe sadržane u čl. 16. st. 1. ZKP koja kaže da se sudske odluke ne mogu zasnivati na dokazima koji su, neposredno ili posredno, sami po sebi ili prema načinu pribavljanja u suprotnosti sa Ustavom, ovim zakonikom, drugim zakonom ili opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i potvrđenim međunarodnim ugovorima, osim u postupku koji se vodi zbog pribavljanja takvih dokaza. Shodno rečenom, naš zakonodavac je prihvatio dokaznu koncepciju „o plodovima otrovnog drveta“ – *Fruit of the poisonous tree doctrine* – *Fruchte des vergiftenes Baumes*. Suština pravila koje zabranjuje pribavljanje dokaza putem određenih postupaka nije samo u nemogućnosti upotrebe tih dokaza pred sudom, već u tome da oni *ne mogu biti nikako upotrebljeni* (*Silverthorne Lumber Co v. United States*, [1920] 251 US 385).²⁵

Pojam nezakonitog dokaza određuje se funkcionalno, i to na dva načina: prvi, s obzirom na kvalitet i poreklo njegove dokazne nekredibilitnosti, koja se manifestuje u suprotnosti tog dokaza sa odgovarajućim pravilima koja se odnose na način na koji je pribavljen; drugi, s obzirom na suprotnost u odnosu na pravila sadržana u nekoliko alternativno navedenih izvora prava, tako da dokaz sam po sebi ili prema načinu pribavljanja, može biti u suprotnosti sa odredbama Ustava, međunarodnog ugovora i Zakonika o krivičnom postupku, ali samo njegovim bitnim povredama.²⁶

20 M. Škulić /2011/: *op. cit.*, str. 122.

21 M. Škulić /2011/: *ibidem.*, str. 122.

22 T. Vasiljević T. i M. Grubač: *op. cit.*, str. 63.

23 T. Vasiljević T. i M. Grubač: *ibidem.*, str. 64.

24 D. Kos D: *op.cit.*, str. 1.

25 G. P. Ilić /2013/: *Krivični postupak – predmet i dokazivanje*, 2013. Dostupno na internet adresi: www.ius.bg.ac.rs. (17.11.2017. godine).

26 J. Nakić i M. Rogić /1991/: *(Ne)zakoniti dokazi u kaznenom postupku (Poseban osvrt na mere snimanja telefonskih razgovora i trećega u tim radnjama)*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, n^o 1, Rijeka, str. 534.

Sudske odluke se načelno ne mogu zasnivati na *pravno nevaljanim dokazima*, budući da onaj „dokaz“ koji je pravno nevaljan i nije dokaz u krivičnoprocesnom smislu.²⁷

U pogledu odbacivanja dokaza koji su prikupljeni na nelegalan ili nepravedan način, pojavljuju se dva oprečna mišljenja: prvo, prema kome relevantni i inače prihvatljivi dokazi, ne bi trebalo da budu odbačeni zbog načina na koji su prikupljeni i drugo, prema kome svi dokazi prikupljeni na takav način treba uvek da budu odbačeni.²⁸ Pomirljivo rešenje pronašao je Evropski sud za ljudska prava koji je stao na stanovište da upotreba dokaza prikupljenih na nedozvoljen način, posebno onih pribavljeni kršenjem odredbe čl. 8. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda,²⁹ koja garantuje pravo na poštovanje privatnosti, ne mora nužno da vodi ka nepravednom postupku.³⁰ Ali, pitanje koje se u ovom slučaju mora postaviti jeste da li su postupci u celini, uključujući i način na koji su dokazi bili dobijeni, bili pravični.³¹

Načelo slobodnog sudijskog uverenja je usko povezano sa načelom slobodne ocene dokaza, jer s jedne strane, sudija ne može imati slobodno uverenje ukoliko nema pravo da slobodno ocenjuje dokaze, dok se s druge strane, dokazi ne mogu slobodno ocenjivati, ukoliko sudija nema mogućnost sticanja slobodnog sudijskog uverenja, odnosno slobodnog rasuđivanja o tome šta je dokaz u konkretnom krivičnom postupku.³² Odredbama čl. 16. st. 3. ZKP predviđeno je da izvedene dokaze koji su od značaja za donošenje sudske odluke sud ocenjuje po slobodnom sudijskom uverenju. Međutim, rešenjima sadržanim u odredbama reformisanog krivičnog procesnog zakonodavstva iz 2011. godine načinjena su pogrešna konceptualna rešenja. Pogrešna koncepcija ZKP se delimično ogleda i u njegovom protivustavnom karakteru, a njene osnovne osobenosti su: 1) *eliminisanje načela istine u*

27 M. Škulić /2011/: *op. cit.*, str.123–124.

28 Postoje četiri principa koja mogu poslužiti kao opravdanje odbacivanja dokaza prikupljenih na nedozvoljen ili neopravdan način: 1) *princip pouzdanosti* – ili princip nepouzdanosti, dakle, kada je došlo do poremećaja pouzdanosti dokaza; 2) *princip integriteta* – prema kome sud odbacuje takve dokaze kako bi očuvao integritet sudskog postupka; 3) *disciplinarni princip* – sud odbacuje takve dokaze kako bi „disciplinovao“ policiju i obeshrabrio ih da prikupljaju dokaze na takav način; 4) *zaštitni princip* ili *princip „zasnovan na pravu“* – sud odbacuje dokaze prikupljene na osnovu povrede prava garantovanih osumnjičenom. A. Keane and P. McKeown /2016/: *The Modern Law of Evidence*, Oxford University Press, New York, pp. 59–60.

29 Usvojena u Rimu, 05. novembra 1950. godine. Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i dodatnih protokola, („Službeni list SCG“ – Međunarodni ugovori, br. 9/03).

30 Stav Suda je takav da je na nacionalnim sudovima da ocene prihvatljivost dokaza, a što je u suštini prepušteno regulisanju od strane nacionalnog zakonodavstva. *** EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights (CFR-CDF), *Opinion on the status of illegally obtained evidence in criminal procedures in the Member States of the European Union /2003/*: European Commission, Brussels, p. 6. Dostupno na internet adresi: http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/cfr_cdf_opinion3_2003_en.pdf (10.11.2017. godine).

31 *** EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights (CFR-CDF), *Opinion on the status of illegally obtained evidence in criminal procedures in the Member States of the European Union: ibidem*.

32 M. Škulić /2007/: *Krivično procesno pravo – opšti deo*, Službeni glasnik, Beograd, str. 98.

krivičnom postupku, 2) uvođenje javno-tužilačke istrage na jedan nedovoljno kvalitetan način, te 3) potpuno adverzijalna konstrukcija glavnog pretresa.³³

U načelnoj odredbi ZKP iz 2011. godine, koja se tiče izvođenja dokaza i tereta dokazivanja, načinjena je krupna greška. Naime, odredbom čl. 15. st. 3. predviđeno je da *sud izvodi dokaze na predlog stranaka*. Ova odredba je jedna svetla tačka u oblasti zakonskog uređenja dokazivanja činjenica, ali koja, nažalost, nema nijedne dodirne tačke sa bilo kojim pravilom o dokaznim radnjama.³⁴

Međutim, čitavim nizom daljih odredaba ZKP promovisana je izrazita pasivnost suda, a izvođenje dokaza je ne samo primarno, već skoro isključivo povereno strankama, što je u potpunoj kontradiktornosti sa odredbom čl. 15. st. 3.³⁵ Nadalje, u st. 4. istog člana predviđeno je da sud može dati nalog stranci da predloži dopunske dokaze ili izuzetno sam odrediti da se takvi dokazi izvedu, ako oceni da su izvedeni dokazi protivrečni ili nejasni i da je to neophodno da bi se predmet dokazivanja *svestrano* raspravio. Opravdano se postavlja pitanje da li sud uošte može izvesti neki dokaz, ako to ne predloži stranka, a takođe je pitanje i zašto bi stranka predlagala da sud izvede neki dokaz, umesto da sama to učini.³⁶ Takođe nije jasno ni da li je sud u svakom slučaju dužan da izvede dokaz koji predloži stranka, budući da se čini da sud ipak nema takvu dužnost, jer nije propisana nikakva konsekvencija za odbijanje takvog predloga, niti postoji procesni mehanizam kojim bi se sud „prinudio“ da postupi u skladu sa stranačkom dokaznom inicijativom.³⁷

Deklarativnom normom ZKP, koja nema veći praktični značaj, predviđeno je da se u postupku dokazi prikupljaju i izvode u skladu sa odredbama pomenutog zakonika, kao i na drugi zakonom predviđeni način.³⁸ Nije jasno, međutim, na koji se drugi način, osim u skladu sa odredbama ZKP, dokazi mogu prikupljati i izvoditi.³⁹

Kada je reč o *dokaznim radnjama*, one su funkcionalno usmerene na dokaze, te se pravi razlika na: 1) radnje kojima se dokazi prikupljaju, 2) radnje kojima se već prikupljeni dokazi obezbeđuju, 3) radnje kojima se dokazi izvode i 4) radnje kojima se već izvedeni dokazi proveravaju. Dakle, prikupljanje i obezbeđenje dokaza, njihovo izvođenje i proveravanje su osnovne *dokazne funkcije* krivičnoprocesnih radnji.⁴⁰

2.1. Pojam i vrste dokaznih radnji

Dokazne radnje predstavljaju određene krivično procesne aktivnosti. Dokazna sredstva predstavljaju način ili metod izvođenja dokaza, što se u osnovi svodi na preduzimanje određenih dokaznih radnji.

33 M. Škulić /2015b/: *op. cit.*, 39.

34 V. Đurđić /2014/: *Koherentnost procesnog zakonika kao pretpostavka efikasnog krivičnog postupka*, Pravni fakultet Univerziteta u Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici, str. 281.

35 M. Škulić i G. Ilić /2012/: *Reforma u stilu jedan korak napred – dva nazad*, *Novi Zakonik o krivičnom postupku Republike Srbije*, Beograd, str. 33–34.

36 M. Škulić /2013/: *Novi Zakonik o krivičnom postupku – očekivanja od primene*, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, n^o 2, Beograd, str. 11.

37 M. Škulić /2013/: *ibidem*.

38 Čl. 82. Zakonika o krivičnom postupku RS, „Službeni glasnik RS“, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 i 55/2014.

39 M. Škulić /2013/: *op. cit.*, str. 13.

40 M. Škulić, G. Ilić i M. Bošković M: *op. cit.*, str. 56.

S obzirom na karakter izvora dokaza, oni se dele na: 1) *lične* – kada određeni dokazni zaključci proizlaze iz određenog lica, odnosno iz njegovog iskaza, kao kod okrivljenog, odnosno svedoka, ili iz određene njegove stručne delatnosti, kao kada je u pitanju veštak, te 2) *materijalne* – kada dokazni zaključci proističu iz određenih predmeta, kao što je slučaj sa predmetima krivičnog dela, ispravama, fotografijama itd.⁴¹ U lične dokazne radnje spadaju: saslušanje okrivljenog, ispitivanje svedoka i veštačenje, dok u materijalne dokazne radnje spadaju: uviđaj, rekonstrukcija, isprava, uzimanje uzoraka, provera računa i sumnjivih transakcija, privremeno oduzimanje predmeta i pretresanje.

Dokazni kredibilitet dokaznih radnji, odnosno njihovih dokaznih rezultata, postoji u dva oblika: 1) *načelnom* – u smislu opštih zakonskih rešenja i 2) *konkretnom* – u odnosu na ocenu organa postupka određenog krivičnog slučaja.⁴² Kada je reč o konkretnim radnjama koje su dokazno relevantne, u ZKP se definišu *dve vrste* takvih radnji: 1) dokazne radnje, koje u stvari predstavljaju *opšte dokazne radnje*, a to su radnje dokaznog karaktera, koje su načelno primenjive u svakom krivičnom postupku, bez obzira na vrstu krivičnog dela, o kojem se u njemu rešava, te 2) *posebne dokazne radnje*, koje predstavljaju specifične, *specijalne istražne tehnike*, namenjene za otkrivanje i dokazivanje određenih posebnih krivičnih dela, koja se inače teško ili otežano otkrivaju i dokazuju samo opštim dokaznim radnjama, što je posebno karakteristično za organizovani kriminalitet i druga tzv. posebno teška krivična dela.⁴³

U *opšte dokazne radnje* koje se primenjuju, odnosno načelno mogu da budu primenjene u svakom krivičnom postupku, bez obzira na vrstu krivičnog dela koje je predmet krivičnog postupka, spadaju sledeće dokazne radnje: 1) saslušanje okrivljenog, 2) ispitivanje svedoka, 3) veštačenje, 4) uviđaj, 5) rekonstrukcija događaja, 6) korišćenje isprava, 7) uzimanje uzoraka, 8) provera računa i sumnjivih transakcija, 9) privremeno oduzimanje predmeta, te 10) pretresanje.

Sredinom dvadesetog veka teoretičari krivičnog prava upozoravaju da dotadašnja primena klasičnog sistema krivičnog prava pokazuje niz slabosti u suprotstavljanju organizovanom kriminalu, s obzirom na moć zločinačkih organizacija i metode njihovog kriminalnog delovanja, što stavlja na probu tradicionalna i osnova načela krivičnog prava, te njegove liberalne metode.⁴⁴

Organizovani kriminal ugrožava temelje savremene države i negira osnovna načela njenog demokratskog i pravnog uređenja, dakle, destabilizuje vlade, podriva parlamentarizam, ruši poverenje građana u državne i pravne institucija, negira zakonitost i društveni moral.⁴⁵ Kroz saradnju sa političkim elitama, organizovani kriminal se utvrđuje i bolje povezuje sa državnim strukturama, poboljšavajući svoje strateške pozicije za budućnost, preuzimajući kontrolu nad pojedinim delovima

41 M. Škulić /2011/: *op. cit.*, str. 144.

42 M. Škulić /2011/: *Ibid.*, str. 338.

43 M. Škulić, G. Ilić i M. Bošković: *op. cit.*, str. 57.

44 M. Nicević M. i D. Manojlović /2009/: *Osvrt na krivičnoprocesni i kriminalistički institut posebne dokazne radnje*, Univerzitet u Novom Pazaru, Pravne teme, n^o 1, str. 3.

45 M. Grubač /2009/: *Organizovani kriminal u Srbiji*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, n^o 4, str. 705.

državnog aparata, pre svega nad represivnim strukturama, i tako utirući put svom trajnom političkom i faktičkom društvenom uticaju.⁴⁶

Abadinski (Abadinsky) definiše organizovani kriminal kao kriminal učinjen od strane neidološke kriminalne grupe, hijerarhijski uređene (sa vertikalnom strukturom moći), koja deluje u tajnosti (grupa ne zavisi od prisustva određenog pojedinca) i monopolističke (postoje pokušaji da se uništi konkurencija u određenoj oblasti ili industriju).⁴⁷

Organizovani kriminal predstavlja možda najinteresantiji oblik kriminalnog ponašanja, koji funkcioniše kao stalno preduzeće koje racionalno radi na ostvarenju profita kroz nezakonite aktivnosti kako bi osiguralo njegovu egzistenciju kako kroz upotrebu pretnje i sile, tako i kroz korupciju javnih zvaničnika u cilju sticanja stepena imuniteta od strane snaga za sprovođenje zakona.⁴⁸

Organizovane grupe kriminalaca obično se svrstavaju u tri kategorije: tradicionalne, profesionalne i privilegovane, a organizovani kriminalitet se definiše kao sistemski planirana, pripremna i podelom posla učinjena krivična dela, koja čine učesnici udruženi u zločinačku organizaciju trajnim delovanjem uz potrebu zastrašivanja, nasilja ili korupcije, bez obzira na državne granice, sa svrhom sticanja finansijske dobiti ili društvene moći.⁴⁹

Posebne dokazne radnje nisu dokazna sredstva, jer se njima, samima po sebi, dokazi ne izvode, već su to radnje kojima se pribavljaju, odnosno obezbeđuju određeni dokazi i to pre svega oni koji spadaju u tzv. materijalne dokaze. Posebne dokazne radnje se po logici stvari i po pravilu, preduzimaju u predistražnom postupku.

U svom posebnom delu, zakonodavac je propisao primenu savremenih krivičnoprocesnih instituta za otkrivanje, prikupljanje i obezbeđenje dokaza za vođenje krivičnog postupka za teške oblike krivičnih dela i organizovani kriminal.

Prema jednoj teorijskoj podeli, „posebne mere“, pod kojima se praktično podrazumevaju posebne dokazne radnje, dele se na: „mere infiltracije i mere opservacije“, pa se tako navodi da u „našem zakonodavstvu posebne operativne mere policijske infiltracije obuhvataju: angažovanje prikrivenog islednika, sklapanje simulovanih poslova i pružanje simulovanih usluga, dok su mere tajne opservacije: nadzor i snimanje telefonskih i drugih razgovora i komunikacija drugim tehničkim sredstvima, kontrola poslovnika i ličnih računa osumnjičenog i kontrolisana isporuka.“⁵⁰

Posebne dokazne radnje svrstavaju se tzv. specijalne istražne tehnike, u pogledu kojih zakonodavac najpre reguliše opšta pravila, a potom konkretna shodno kojima se sprovode posebne dokazne radnje. Tako, opšta pravila u pogledu određivanja po-

46 A. Fatić /2005/: *Osnovni aspekti borbe protiv organizovanog kriminala na Balkanu*, Međunarodni problem, n^o 1–2, Beograd, str. 74.

47 H. Abadinsky /1973/: *Organised Crime*, Nelsen-Hall, Chicago, u: *The Journal of Criminal Law and Criminology* /1973/, n^o 4, Northwestern University, str. 1110–1113.

48 J. S. Albanese /2014/: *Organised Crime in Our Times*, New York, 2014, p. 1.

49 D. Primorac i S. Šarić /2013/: *Svjedok pod imunitetom (svjedok pokajnik) u krivičnom zakonodavstvu BiH*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, n^o 3, str. 590.

50 M. Škuljić /2015c/: *Organizovani kriminalitet – Pojam, pojavni oblici, krivična dela i krivični postupak*, Službeni glasnik, Beograd, str. 480 – 481.

sebnih dokaznih radnji se odnose na: 1) materijani uslov za preduzimanje posebnih dokaznih radnji, 2) postupanje sa materijalom koji je prikupljen posebnim dokaznim radnjama, 3) pitanje dokazne (ne)valjanosti informacija pribavljenih posebnim dokaznim radnjama, 4) slučajni nalaz do kojeg se došlo posebnim dokaznim radnjama, i 5) tajnost podataka povezanih sa posebnim dokaznim radnjama.⁵¹

3. ISPITIVANJE SVEDOKA NA GLAVNOM PRETRESU

Dokazni postupak predstavlja najznačajniji deo glavnog pretresa, s obzirom na činjenicu da se tokom njega izvode dokazi na kojima se zasniva sudska odluka. Izvođenje dokaza predstavlja korišćenje dokaznih sredstava na način propisan Zakonikom sa ciljem saznavanja činjenica koje su predmet dokazivanja.⁵² Ipak, reformama krivičnog procesnog zakonodavstva iz 2011. godine, glavni pretres je ostao nepotpuno regulisan, budući da su odredbe o ispitivanju svedoka protivrečne između sebe i nesaglasne sa drugim odredbama Zakonika.⁵³ Osobina dokaznog postupka jeste *kontradiktornost* izvođenja dokaza, gde jedna stranka ima mogućnost procesnog oponiranja dokazima druge stranke. Sam dokazni postupak odvija se kroz nekoliko osnovnih stadijuma, a to su: 1) početak dokaznog postupka, 2) predlaganje dokaza, 3) utvrđivanje redosleda izvođenja dokaza, 4) izvođenje konkretnih dokaza, pri čemu se uvek, po pravilu, prvo izvodi dokaz koji se svodi na dobijanje iskaza optuženog, prvo kroz iznošenje odbrane, a potom saslušanjem optuženog.⁵⁴

Faza ispitivanja (postavljanja pitanja) je najteži deo jer treba od svedoka saznati činjenice o kojima nije mogao ili nije hteo da se izjasni u slobodnom izlaganju, a sa druge strane ispitivač treba da uloži maksimalan napor da formulacijom i načinom postavljanja pitanja ne deluje u pravcu falsifikovanja sećanja.⁵⁵ Svedoci se na glavnom pretresu ne ispituju tradicionalno, već ih ispituju stranke, te takvo ispitivanje ima sledeće osobenosti:

- 1) Zakonodavac jasno predviđa da svedok koji nije ispitan, po pravilu, neće prisustvovati izvođenju dokaza pre svog ispitivanja. *Ratio legis* ovog pravila jeste da se onemogućiti da prethodno izvođenje dokaza, poput ispitivanja drugih svedoka ili veštaka, utiče na budući iskaz još neispitanog svedoka, te dobijanje autentičnosti iskaza.

51 M. Škulić /2015c/: *ibid.*, str. 481.

52 T. Vasiljević i M. Grubač M: *op. cit.*, str. 706.

53 Naime, u nekim odredbama čl. 402. ZKP, govori se o pravu stranaka i drugih učesnika postupka da svedoku neposredno postavljaju pitanja, a ne o stranačkom ispitivanju svedoka. U čl. 402. st. 6. ZKP *stranačko ispitivanje* je samo spomenuto, bez odredbi o načinu i tehnici tog ispitivanja i drugim važnim pitanjima. Kao takva, deluje kao strano telo u zajednici sa ostalim odredbama pomenutog člana. M. Grubač /2011/: *Nove ustanove i nova rešenja Zakonika o krivičnom postupku Srbije od 26. Septembra 2011. godine*, Pravni zapisi, n^o 2, Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd, str. 500.

54 M. Škulić /2015a/: *op. cit.*, str. 203.

55 I. Feješ /2011/: *Modeli ispitivanja okrivljenog i svedoka u savremenom krivičnom postupku*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, n^o 1, str. 144.

- 2) Ukoliko se na mestu svedoka nađe lice koje je mlađe od 14 godina, veće može da odluči da se za vreme njegovog ispitivanja isključi javnost. U slučaju da glavnom pretresu, u svojstvu svedoka ili oštećenog prisustvuje lice koje je mlađe od 16 godina, udaljiće se iz sudnice ukoliko više nema potrebe za njegovim prisustvom. *Ratio legis* ovih pravila zasnovan je na intenciji zaštite ličnosti maloletnih lica, na koje atmosfera same sudnice i postupka može delovati nepovoljno, što je posebno karakteristično ako su ta lica istovremeni i oštećeni, kada nastaje opasnost od tzv. *sekundarne viktimizacije*.⁵⁶
- 3) Pre ispitivanja svedoka predsednik veća ga upozorava na: 1) krivično-procesne konsekvence davanja lažnog iskaza; 2) prethodno formalno preuzeto obavezivanje u odnosu na verodostojnost i kvalitet svog budućeg iskazivanja i 3) centralnu dužnost ove vrste davaoca iskaza, a to je dužnost svedoka da tokom ispitivanja govori istinu i da ne sme ništa da prećuti.⁵⁷
- 4) Svedok se na glavnom pretresu ispituje shodno opštim zakonskim pravilima, koja se odnose na njihovo ispitivanje.
- 5) Osnovna karakteristika glavnog pretresa, shodno radikalnim reformama procesnog zakonodavstva iz 2011. godine, jeste njegova koncepcijska organizacija zasnovana na adverzijalnim osnovama, prema kome se osnovne dokazne aktivnosti nalaze u rukama stranaka, dok je dokazna uloga suda minimalizirana.
- 6) Shodno važećem krivičnoprocesnom zakonodavstvu, ispitivanje svedoka koncipiran je kao svojevrsan dinamičan proces, koji se sastoji iz nekoliko faza od kojih svaka faza ima svog ispitivača, kao i poseban cilj koji se želi postići. Ispitivanje svedoka se može podeliti na sledeće faze: 1) Faza postavljanja opštih pitanja i slobodno iskazivanje svedoka o svemu što mu je o predmetu poznato; 2) Faza osnovnog ispitivanja; 3) Faza unakrsnog ispitivanja i 4) Faza postavljanja dodatnih pitanja.⁵⁸ Ipak, najrasprostranjenija je sledeća podela ispitivanja svedoka na glavnom pretresu: 1) osnovno, 2) unakrsno i 3) dodatno, čemu će u nastavku biti posvećana veća pažnja.

3.1. Osnovno ispitivanje svedoka

Osnovno jeste prvo ispitivanje koje obavlja stranka koja je svedoka predložila, odnosno koja ga je *prva* predložila. Osnovnim ispitivanjem započinje izvođenje dokaza u pravom smislu reči.⁵⁹ Shodo odredi čl. 402. st. 2. ZKP ono se sastoji u neposrednom postavljanju pitanja svedoku od strane stranke i branioca, predsednika veća i članova veća, dok oštećeni ili njegov zakonski zastupnik i punomoćnik, i veštak ili stručni savetnik, mogu neposredno postavljati pitanja uz odobrenje predsednika veća. Ukoliko obe stranke predlože ispitivanje istog svedoka, smatraće se da je

56 M. Škulić /2011/: *op. cit.*, str. 968.

57 M. Škulić /2015c/: *op. cit.*, str. 448.

58 T. Bugarski: *op. cit.*, str. 136.

59 T. Bugarski: *ibidem*.

dokaz predložila stranka čiji je predlog prvi zaveden u sudu (čl. 402. st. 3. ZKP), a ako je sud odredio ispitivanje svedoka, bez predloga stranaka, pitanja prvi postavljaju predsjednik i članovi veća, potom tužilac, optuženi i njegov branilac, veštak, ili stručni savetnik (čl. 402. st. 4. ZKP). Na kraju, oštećeni ili njegov zakonski zastupnik i punomoćnik, imaju pravo da postave pitanja svedoku, nakon tužioca, uvek kada tužilac ima pravo na ispitivanje (čl. 402. st. 5. ZKP).

U centru osnovnog ispitivanja jeste svedok. Kao dve bitne karakteristike ovog vida ispitivanja svedoka mogu se izdvojiti: 1) zabrana postavljanja sugestivnih pitanja, što predstavlja slučaj kod unakrsnog ispitivanja i 2) iskaz svedok u formi odgovara na postavljena pitanja.

U pogledu postavljanja sugestivnih pitanja tokom osnovnog ispitivanja svedoka, važi pravila da su ona tada zabranjena, budući su zakonskim pravilom vezane za unakrsno ispitivanje. Međutim, Damaška smatra da nema valjanog razloga da se zabrani postavljanje sugestivnih pitanja *ad personam*, pa čak i postavljanje sugestivnih pitanja u samoj stvari, ako se putem njih tek priprema iskaz svedoka o važnim činjenicama, potom, u slučaju kada svedok neočekivano kaže nešto na štetu glavnog ispitivača, a izuzetno, naravno, i uz sudsku dozvolu, bilo bi korisno tolerisati sugestivna pitanja u slučaju uklanjanja blokade pamćenja kod svedoka.⁶⁰

Pozitivnopravne krivičnoprocesne odredbe zadržale su takan način ispitivanja svedoka u istrazi, ali u pogledu njihovog ispitivanja na glavnom pretresu, ne pružaju odgovor na pitanje na koji način svedok saopštava svoji iskaz. Da li ispitivač može, pri osnovnom ispitivanju, dopustiti svedoku da u neometanom izlaganju iskaže što mu je poznato u vezi sa relevantnim okolnostima?⁶¹ Jer, slobodno, spontano, kontinuirano izlaganje svedoka, bez sugestivnog i ograničavajućeg uticaja pitanja, je najznačajniji izvor novih kvalitetnih informacija.⁶² Kada svedok nema mogućnost spontanog iskazivanja, već daje odgovore na postavljena pitanja, ono može prouzrokovati određene poteškoće, budući da loše formulisana, dvosmislena i nejasna pitanja lako mogu zbuniti i najdobronamernijeg ali nesigurnog svedoka, što lako može dovesti do konfuznih odgovora.

3.2. Unakrsno ispitivanje svedoka

Jedna od najvećih novina reforme krivičnog procesnog zakonodavstva iz 2011. godine svakako je unakrsno ispitivanje, koji se kao tradiconalni način izvođenja dokaza vezuje za adverzijalni sudski postupak. U anglosaksonskom pravnom sistemu, unakrsno ispitivanje ima glavnu ulogu u zaštiti ljudskih prava.⁶³

Unakrsno ispitivanje sledi nakon osnovnog ispitivanja, koje preuzima suprotna strana i koje je po logici stvari usmereno na pobijanje onih elemenata iskaza dobijenog tokom osnovnog ispitivanja, koji su negativni po suprotnu stranku.⁶⁴ Unakrsno

60 M. Damaška /2010/: *Hrvatski dokazni postupak u poredbenopravnom svjetlu*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, n^o 2, Zagreb, str. 826–827.

61 M. Damaška: *ibidem*.

62 I. Feješ: *op. cit.*, str. 150.

63 T. Bugarski: *op. cit.*, str. 138.

64 M. Škulić /2013/: *op. cit.*, str. 31.

ispitivanje je *fakultativnog karaktera* i ceni se u svakom konkretnom slučaju, budući da je odgovornost lica koje postavlja pitanje velika, pa je sasvim opravdano da ukoliko postoji šansa za neuspeh u unakrsnom ispitivanju, strana koja ima pravo na ovo ispitivanje, to pravo ne iskoristi.

Osnovna karakteristika unakrsnog ispitivanja, posebno u odnosu na osnovno ispitivanje, jeste dozvoljenost postavljanja sugestivnih pitanja, predviđeno odredbama čl. 98. ZKP. Istovremeno, čl. 398. st. 3. ZKP u vezi čl. 402. ZKP upućuje na zaključak da nije dozvoljeno postavljanje sugestivnih pitanja svedoku prilikom njegovog ispitivanja na glavnom pretresu. Ovakvo rešenje se od strane kreatora Zakonika iz 2011. godine objašnjava na sledeći način: „Mogućnosti koje unakrsno ispitivanje pruža takođe su delom opravdane i načelom jednakosti oružja. Pretpostavlja se, naime, da je stranka koja je predložila ispitivanje lica upoznata sa sadržajem njegovog iskaza i da je u određenoj meri i učestvovala u njegovoj pripremi. Zbog toga se kao sredstvo procesne kompenzacije suprotnoj stranci daju šira ovlašćenja u osporavanju ovako pripremljenog iskaza.“⁶⁵ Reč je o ozbiljnom problemu kontradiktornosti između opštih pravila o ispitivanju svedoka i pravila koja se tiču ispitivanju svedoka na glavnom pretresu, koji *de lege ferenda* mora da bude otklonjen, budući da stvara veliku konfuziju u samoj primeni.

Razlikujemo dve vrste sugestivnih pitanja: prvu vrstu čine tzv. „zatvorena pitanja“, koja licu koje se ispituje daje mogućnost odgovora u formi „da“ ili „ne“ i koja mu ne ostavljaju mnogo vremena za razmišljanje i odgovor. Drugu vrstu čine ona pitanja koja ne zahtevaju da lice koje se ispituje da tačno određen odgovor, već mu ostavljaju mogućnost iskazivanja sopstvenim rečima, uz ostavljanje „dovoljno“ vremena za davanje odgovora.⁶⁶

Svrha unakrsnog ispitivanja nije samo dopuna iskaza i pojašnjenje nejasnoće proistekle iz osnovnog ispitivanja, nego i provera tačnosti iskaza, te i verodostojnosti iskaza.⁶⁷ Upravo se sugestivnim pitanjima pobija iskaz svedoka ili sam kredibilitet svedoka, i na taj način se sudijama jasno pokazuje da svoju odluku ne treba da zasnuju na iskazu tog ili takvog svedoka, jer mu se ne može verovati.⁶⁸ Dakle, cilj unakrsnog ispitivanja može biti da se dobije koristan podataka za tezu koja se zastupa, da se kompromituje iskaz ispitivanog lica, ili da se naruši kredibilitet lica koje se ispituje.⁶⁹ Unakrsno ispitivanje se naziva i neprijateljskim ispitivanjem, jer ima za cilj da pokaže da ispitivano lice nije govorilo istinu.⁷⁰ Ali to nikako ne znači da je reč o pravom neprijateljskom aktu, već predstavlja priliku za ustanovljavanje činjenica u korist onoga ko vrši unakrsno ispitivanje.

Zakonodavac je propustio da odredi predmet unakrsnog ispitivanja, odnosno, nije zasebno regulisao i pružio odgovor na pitanje u pogledu kojih činjenica ispiti-

65 M. Škulić i G. Ilić: *op. cit.*, 81.

66 M. Škulić i T. Bugarski /2015/: *Krivično procesno pravo*, Pravni fakultet u Novom Sadu, str. 277.

67 M. Damaška: *op. cit.*, str. 830.

68 T. Bugarski: *op. cit.*, str. 141.

69 V. Delibašić /2015/: *Unakrsno ispitivanje u krivičnom procesnom pravu Srbije*, u: Glavni pretres i suđenje u razumnom roku – regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni (ur. Bejatović S. i Jovanović I.), OEBS – Misija u Srbiji, Beograd, str. 225.

70 V. Delibašić: *ibid.*, str. 221.

vač može da postavlja pitanja svedoku prilikom unakrsnog ispitivanja. Unakrsno ispitivanje može biti *limitirano* i *nelimitirano*,⁷¹ odnosno, „vezano“, „nevezano“ i „kompromisno“.⁷² *Limitirano*, odnosno „vezano“ unakrsno ispitivanje podrazumeva postavljanje unakrsnih pitanja samo u odnosu na činjenice i okolnosti koje su bile predmet osnovnog ispitivanja, dakle, u pogledu kojih je svedok iskazivao prilikom osnovnog ispitivanja. Nasuprot tome, *nelimitirano*, odnosno, „nevezano“ unakrsno ispitivanje podrazumeva postavljanje i onih pitanja koja se mogu odnositi na sve pravno relevantne okolnosti, dakle, i u pogledu okolnosti u vezi sa kojima svedok nije iskazivao prilikom ispitivanja. Prema „kompromisnom“ unakrsnom ispitivanju, „vezano“ unakrsno ispitivanje predstavlja presumptivno pravilo, gde sudija može odobriti pitanje koje prelaze granice ispitivanja ako se odnose na okolnosti koje su tesno povezane sa okolnostima na koje se odnosilo osnovno ispitivanje.

Iako je u sudskoj praksi zauzet stav da se unakrsno ispitivanje odnosi samo na predmet osnovnog ispitivanja,⁷³ ono ipak ne može biti prihvatljivo iz dva razloga: prvi, zakonodavac ni na koji način nije ograničio unakrsno ispitivanje samo na činjenice proistekle iz osnovnog ispitivanja, i drugi, ne postoji nijedan razlog da se „neprijateljski“ svedok ne ispita o bilo kojoj činjenici koja je ispitivaču interesantna.⁷⁴

3.3. *Dodatno ispitivanje svedoka*

Po završetku unakrsnog ispitivanja može da usledi dodatno ispitivanje svedoka, pod uslovom da to dozvoli predsednik veća (čl. 402. st. 6. ZKP). Predmet unakrsnog ispitivanja mogu da budu činjenice proistekle iz unakrsnog ispitivanja. U suprotnom, postojala bi mogućnost zloupotrebe, odnosno da se u osnovnom ispitivanju namerno ne postave sva pitanja, da bi se kasnije postavila u dodatnom, kako bi se suprotna strana sprečila da unakrsno ispituje i na te okolnosti.⁷⁵

U slučaju da se u dodatnom ispitivanju pojave nove činjenice, koje nisu proistekle iz unakrsnog ispitivanja, sud mora da opomene stranku i da suprotnoj strani omogući ponovno unakrsno ispitivanje. Međutim, postavlja se pitanje, da li je tokom ponovljenog unakrsnog ispitivanja dozvoljeno postavljanje sugestivnih pitanja. Damaška je mišljenja da za ponovljeno osnovno ispitivanje treba da postoji zabrana postavljanja sugestivnih pitanja, a da su ista dozvoljena za ponovljeno unakrsno ispitivanje.⁷⁶

71 V. Delibašić: *op. cit.*, str. 75.

72 M. Damaška: *op. cit.*, str. 827.

73 Naime, Viši sud u Beogradu, Posebno odeljenje za organizovani kriminal i Odeljenje za ratne zločine, zauzeli su sledeći stav: „Za razliku od osnovnog, unakrsno ispitivanje se može odnositi samo na ono što je svedok naveo u osnovnom ispitivanju, ili radi provere verodostojnosti, odnosno kredibiliteta, jer bi se, u protivnom, pretvorilo u novo osnovno ili dopunsko ispitivanje i to na unakrsan način, što bi bilo pravno nedopustivo.“ V. Delibašić /2014/: *Unakrsno ispitivanje – pravila i izazovi*, Službeni glasnik, Beograd, str. 75–76.

74 V. Delibašić: *ibidem*.

75 V. Delibašić: *ibidem*.

76 M. Damaška: *op. cit.*, str. 830.

Smisao dodatnog ispitivanja ogleda se u dopuštanju svedoku da objasni prethodno date odgovore i da rehabilituje prethodno unakrsnim ispitivanjem narušen kredibilitet. Svakako, ispitivač mora imati na umu nekakav cilj koji se želi postići dodatnim ispitivanjem.

4. ZAVRŠNA RAZMATRANJA

Borba protiv organizovanog kriminala iziskuje reakciju zakonodavca kroz menjanje i adekvatno upodobljavanje krivičnog, odnosno, krivičnog procesnog prava nastaloj situaciji. Upravo, jedno od takvih rešenja, jeste i predviđanje zasebnih pravila zaštite svedoka, kako za vreme, tako i po okončanju krivičnog postupka. Primenom adekvatnih mera zaštite svedoka u krivičnom postupku može biti ostvaren jači dokazni kredibilitet i to širenjem obima prava svedoka, pre svega, prava na zaštitu, a sve u smislu poboljšanja njegovog položaja u krivičnom postupku.

Međutim, položaj svedoka u krivičnom postupku, satkan od njegovih prava i obaveza, mora se posmatrati u svetlu važećeg krivičnog pravnog sistema. Način na koji će se učesnici postupka ponašati prema svedoku, zavisi od dominantnosti pravnog sistema.

Upravo, rešenja sadržana u Zakoniku iz 2011. godine zahtevaju upodobljavanje, pojašnjenje, pa u krajnjoj liniji i izmenu odredbi, u cilju regulisanja položaja svedoka na adekvatan način te pružanja verodostojnog iskaza. Svedoci bez garantovane zaštite nisu u stanju da pruže validan iskaz upravo zbog straha od likvidacije, čime je smanjena verovatnoća pravosudnih organa da adekvatno kazne učinioce. Samo iskaz koji je istinit je verodostojan, ali se upravo ta istinitost „izgubila“ na putu reformi i težnje da se „liči“ na adverzijalni krivični postupak.

Naime, prateći savremene trendove i intencije, te sve zastupljeniju potrebu „oponašanja“ anglosaksonskog pravnog sistema, i naš zakonodavac pribegao je implementiranju pojedinih elemenata karakterističnih za akuzatorske pravne sisteme, pre svega, uvođenjem modela tužilačkog prethodnog postupka i promenom koncepta rasprave, sa pasivnom ulogom suda u sporu između dve stranke.

Shodno tome, predlozi *de lege ferenda* treba da pomognu u pronalaženju određene ravnoteže u pogledu nečega što nosi obeležje tradicionalnog i pokušaja ukorenjivanja netradicionalnih obeležja krivičnog postupka.

LITERATURA:

- Abadinsky H. /1973/: *Organised Crime*, Nelsen-Hall, Chicago, u: *The Journal of Criminal Law and Criminology* /1973/, n^o 4, Northwestern University, str. 1110–1113.
- Albanese J.S. /2014/: *Organised Crime in Our Times*, New York, 2014.
- Bugarški T. /2013/: *Ispitivanje svedoka*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, n^o 4, str. 131–145.
- Damaška M. /2010/: *Hrvatski dokazni postupak u poredbenopravnom svjetlu*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, n^o 2, Zagreb, str. 821–837.

- Delibašić V. /2015/: *Unakrsno ispitivanje u krivičnom procesnom pravu Srbije*, u: Glavni pretres i suđenje u razumnom roku – regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni (ur. Bejatović S. i Jovanović I.), OEBS – Misija u Srbiji, Beograd, str. 218–231.
- Đurđić V. /2014/: *Koherentnost procesnog zakonika kao pretpostavka efikasnog krivičnog postupka*, Pravni fakultet Univerziteta u Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici.
- *** EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights (CFR-CDF), *Opinion on the status of illegally obtained evidence in criminal procedures in the Member States of the European Union /2003/*: European Commission, Brussels, p. 6. Dostupno na internet adresi: http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/cfr_cdf_opinion3_2003_en.pdf (10.11.2017. godine).
- Fatić A. /2005/: *Osnovni aspekti borbe protiv organizovanog kriminala na Balkanu*, Međunarodni problem, n^o 1–2, Beograd, str. 71–99.
- Feješ I. /2011/: *Modeli ispitivanja okrivljenog i svedoka u savremenom krivičnom postupku*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, n^o 1, str. 141–166.
- Gardner T.J. and Anderson T.A. /2016/: *Criminal Evidence: Principles and Cases*, Cengage Learning, Boston.
- Grubač M. /2009/: *Organizovani kriminal u Srbiji*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, n^o 4, str. 701–709.
- Grubač M. /2011/: *Nove ustanove i nova rešenja Zakonika o krivičnom postupku Srbije od 26. Septembra 2011. godine*, Pravni zapisi, n^o 2, Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd, str. 467–514.
- Ilić G. P. /2013/: *Krivični postupak – predmet i dokazivanje*, 2013. Dostupno na internet adresi: www.ius.bg.ac.rs. (17.11.2017. godine).
- Ilić I. /2014/: *Reperkuzije izmenjenih procesnih uloga na utvrđivanje činjenica u krivičnom postupku*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, n^o 68.
- Jekić Z. /1998/: *Krivično procesno pravo*, GDP „Dimitrije Davidović“, Beograd.
- Keane A. and McKeown P. /2016/: *The Modern Law of Evidence*, Oxford University Press, New York, pp. 59–60.
- Koc D.: *Незаконити докази у Казненом правосудном праву Републике Хрватске – са освртом на Corpus Juris*. Dostupno na internet adresi: http://www.vsrh.hr/CustomPages/Static/HRV/Files/DKos-Nezakoniti_dokazi.PDF (06.11.2017. godine).
- Lukić T. /2011/: *Informacije (obaveštenja) službi bezbednosti kao dokaz u krivičnom postupku*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, n^o 1, str. 289–309.
- Nakić J. i Rogić M. /1991/: *(Ne)zakoniti dokazi u kaznenom postupku (Poseban osvrt na mere snimanja telefonskih razgovora i trećega u tim radnjama)*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, n^o 1, Rijeka, str. 533–560.
- Nicević M. i Manojlović D. /2009/: *Osvrt na krivičnoprocesni i kriminalistički institut posebne dokazne radnje*, Pravne teme, n^o 1, Univerzitet u Novom Pazaru, str. 1–21.
- Pompe W. P. J. /1963/: *Proof in (Civil Law) Criminal Procedure*, Nebraska Law Review, Volume 43, Issue 1, Article 4, Utrecht, pp. 51–72.
- Primorac D. i Šarić S. /2013/: *Svjedok pod imunitetom (svjedok pokajnik) u krivičnom zakonodavstvu BiH*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, n^o 3.
- Škuljić M. /2007/: *Krivično procesno pravo – opšti deo*, Službeni glasnik, Beograd.

- /2015/: *Dokazi i dokazni postupak na glavnom pretresu*, u: Glavni pretres i suđenje u razumnom roku – regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni (ur. Bejatović S. i Jovanović I.), OEBS – Misija u Srbiji, Beograd, str. 193–217.
- Škulić M. /2011/: *Komenatar Zakonika o krivičnom postupku*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Škulić M. /2013/: *Novi Zakonik o krivičnom postupku – očekivanja od primene*, Revija za kriminologiju i krivično pravo, n^o 2, Beograd.
- Škulić M. /2015/: *Organizovani kriminalitet – Pojam, pojavni oblici, krivična dela i krivični postupak*, Službeni glasnik, Beograd.
- Škulić M. /2015/: *Reforma krivičnog postupka Srbije – Novi Zakonik o krivičnom postupku i moguće novele*, u: Suprotstavljanje savremenim oblicima kriminaliteta – analiza stanja, evropski standardi i mere za unapređenje, Tom 1, JP „Službeni glasnik“, Beograd, str. 39–61.
- Škulić M. i Ilić G. /2012/: *Reforma u stilu jedan korak napred – dva nazad*, *Novi Zakonik o krivičnom postupku Republike Srbije*, Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije, Beograd.
- Škulić M., Ilić G. i Bošković M. /2015/: *Unapređenje Zakonika o krivičnom postupku – de lege ferende predlozi*, OEBS, Beograd.
- Vasiljević T. i Grubač M. /2011/: *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Službeni glasnik, Beograd.
- Weichbrodt J. /2012/: *Die verbotene Beweis im Straf- und Zivilprozess: zur Rolle strafprozessualer Beweisverbote bei der Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche*, Mohr Siebeck, Tübingen.

PROPISI:

- Zakonik o krivičnom postupku RS, „Službeni glasnik RS“, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 i 55/2014.
- Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i dodatnih protokola, („Službeni list SCG“ – Međunarodni ugovori, br. 9/03).

Zorana Lazarov

Ministry of Internal Affairs of the Republic of Serbia

QUESTIONING OF WITNESSES IN ORDER TO COLLECT EVIDENCE AND WITNESS PROTECTION IN CRIMINAL PROCEDURE

SUMMARY

A witness is any person who can provide information on a crime committed or a person who committed it which is relevant to establishing the truth. The importance of the testimony of the witness is undoubted, especially in the domain of the fight against organized crime, bearing in mind the fact that it leads to easier detection, proving and suppressing such a

phenomenon. The significance is even greater if it is noted that, although unreliable, the witness remains the most important means of proof, and that the testimony of the witness is the evidentiary basis upon which the judgment is based. The evidence credibility can increase by implementing adequate witness protection measures. It can be done by expanding the rights of witnesses, the right to protection first and foremost, with the aim to improve their position in criminal procedure.

Expanding the rights of witnesses during criminal procedure, first of all rights to protection, undoubtedly leads to humanization of the criminal law, which will reflect on the improvement of his/her position in the criminal procedure. A witness with a wider scope of protection will provide testimony crucial to solving the criminal case, especially in the prosecution of organized crime. As such, a suspicion is being raised whether the expanding of witness's rights is a consequence of the rise of organized crime in a society which forced the judiciary to react in their struggle against this type of crime. In order for a society to be successful in their struggle against rising organized crime, they must agree to more radical measures which are based on respecting the fundamental legal rules.

Key words: witness, testimony, witness interrogation, evidence, organized crime, witness protection, witness protection measures

IZ ISTORIJE KRIVIČNIH NAUKA

ПРОЈЕКАТ И МОТИВИ КАЗНЕНОГ ЗАКОНИКА ЗА КРАЉЕВИНУ СРБИЈУ

БЕОГРАД.
1910.

ПРОЈЕКАТ КАЗНЕНОГ ЗАКОНИКА

§ 52.

Није кажњив онај, ко дело изврши у нужној одбрани. Нужна је одбрана она одбрана, која је неопходна да се од себе или кога другог одбије истовремени противправни напад.

Прекорачи ли учинилац границе нужне одбране, суд му може ублажити казну по својој слободној оцени (§. 60.) а неће га казнити, ако је он ово прекорачење учинио услед јаке раздражености, из препаста или из страха.

МОТИВИ ПРОЈЕКТА КАЗНЕНОГ ЗАКОНИКА*

§ 52.

Нужна одбрана.

Појам нужне одбране у пројекту одговара у главnome како општем схватању у науци тако и појму који се налази у свима туђинским законодавствима. Он у основи одговара и појму садашњег казненог законика, јер је по овome као и по пројекту нужна одбрана: одбијање истовременог противправног напада. Па ипак се пројекат у регулисању питања о нужној одбрани у појединостима разликује од садашњег законика.

Пројекат се на првом месту разликује од садашњег законика односно правних добара која се могу заштитити нужном одбраном. Докле садашњи законик допушта нужну одбрану само за заштиту извесних правних добара: живота, имања и слободе, дотле пројекат њу допушта у циљу заштите свих правних добара. Никаквог оправданог разлога нема искључивати ма које добро. Према томе противправни напад и на интегритет тела, и на част и на право на име, и на верске и наравствене осећаје као и на сва друга добра може се увек одбити нужном одбраном. Набрајање појединих добара незгодно је и по томе, што је увек непотпуно и што се тада не обухватају нова добра која време ствара.

* стр. 180–183.

Напад на правна добра и по пројекту као и по садашњем закону мора бити *ипрошивираван*. Према томе нужна одбрана је искључена кад је напад предузет по дужности или по закону. Тако је н. пр. она немогућа према чиновнику који, извршујући судску пресуду, вређа које добро осуђенога, или према ономе који врши право кажњавања. Она је даље немогућа према радњи, која већ представља нужну одбрану, али је она допуштена према прекорачењу нужне одбране, тј. онда кад је законита одбрана услед прекорачења постала противправни напад.

По пројекту је нужна одбрана допуштена само тако, ако напад долази од човека. Према животињи је нужна одбрана могућа, ако је њу човек употребио као средство за напад. У том случају, дакле, напад долази од човека. Напад који долази само од животиње, може да заснује стање неизбежности (нужде). За оправданост нужне одбране је без значаја то, да ли напад долази од лица, које је некажњиво, или што се дело услед оскудице процесних претпоставака не може да извиђа. Према томе она је допуштена и према нападу који долази од детета или од неурачунљивог; исто тако је допуштена и према народном посланику, у колико он није имао права на предузимање радње која представља напад, даље и према лицима која уживају ванобласност, као и према владоцу. Исто је тако нужна одбрана допуштена и према ономе, ко је био у заблуди односно противправности свога напада.

Како по пројекту тако и по садашњем закону напад мора бити *истовремени* или *садашњи*, само што је први овај елеменат изречно поменуо, а други не, него се то изводи из значења речи „нападање“ и „одбије“, јер се одбити може само истовремени напад. Истовремени је напад, међутим, не само онај напад који је отпочео, већ и напад који још није отпочео али непосредно предстоји. Према томе нужна одбрана је немогућа како према нападу који тек у будућности предстоји тако и према нападу који је већ завршен. Заштитне мере предузете против будућих напада као ограда на шиљцима, курјачке рупе и др. сматрају се као радње нужне одбране само тако, ако дејствују у самом тренутку напада. Разуме се, да у оваквим случајима често може постојати прекорачење нужне одбране. Напад је свршен у ономе тренутку, у коме је свршено и кривично дело.

Односно питања, каква треба да буде одбрана, па да створи некажњивост за нападнутог, пројекат се од садашњег законика разликује у толико, што је он то питање решио и простије и јасније. Одбрана по пројекту мора бити *неоходна*. Мера одбране одређује се неопходношћу саме одбране. Нападач не сме бити повређен без потребе. Мера „неопходне“ одбране лежу у јачини напада; само се она одбрана сме употребити која је неопходна за одбијање напада. Јачина допуштене одбране зависи од јачине и трајања напада; нападнути сме ради одржања нападнутог добра да повреди па чак и убије нападача. Према овоме одбрана мора стајати у пропорцији само с нападом, а не и с вредношћу нападнутог или угроженог добра. И најнезнатније правно добро, дакле, може, да се заштити убијањем нападача, ако је то неопходно потребно за одржање нападнутог добра. И кад би се хтело да мера одбране

стоји у пропорцији с вредношћу добра које треба да се заштити, било би немогуће стога, што се та пропорција за нека правна добра не би могла тачно наћи, н. пр. код напада на част, невиност и т. д. Ако би се опет ограничило да одбрана имовине стоји у пропорцији с вредношћу, онда би се тиме давала само привилегија лоповима, који по мало краду уједаред, али за то чешће краду. Право би на овај начин помагало чак и наоружане лопове. Одбрана је допуштена и онда, кад се нападнуто добро може да спасе несрамним бегством, јер би у противном било дато преимућство неправу, које у нужној одбрани стоји у сукобу с правом. Потребна одбрана, према овоме, није субвенционално средство, којим се нападнути може послужити.

Питање о томе, да ли се нападнути послужио само неопходном одбраном, не може се у конкретном случају решавати по неком објективном мерилу. При томе је меродавна само индивидуалност нападнутог, његово схватање самог случаја, једном речи судија се мора ставити у положај нападнутог кад ово питање решава. Набрајање појединих околности из којих нападнути треба да изводи неопходност одбране пројекат је, противно садашњем законнику, као непотпуно и непотребно изоставио.

Као год и садашњи законик, тако је и пројекат свакоме дао право нужне помоћи с том само разликом, што пројекат то право даје у корист свих правних добара... „да се од себе или *која другој* одбије“...

Пројекат допушта нужну одбрану само према нападачу. Ако би се, према томе, поред нападача повредило и које треће незаинтересовано лице, то би радња нужне одбране према овоме лицу могла бити некажњива само са гледишта стања нужде, т. ј. као радња извршена у стању неизбежности.

И пројекат, као и садашњи законик, не казни прекорачење нужне одбране у извесним случајима. По садашњем законнику су то случаји, кад је прекорачење учињено „из препаста, страха или плашње“. Пројекат је овде учинио измену само у толико, што је у место израза „плашње“ узео израз „јаке раздражености“. На овај начин су боље и општије обухваћена душевна стања, која извињавају учиниоца за прекорачење одбране. Свако друго прекорачење кажњиво је. Само је овде од важности питање, да ли кажњиво прекорачење треба казнити блаже, т. ј. да ли прекорачење треба да буде ублажавна околност. Садашњи законик није дао општи одговор на ово питање, али се ипак из тога,шту у последњем одељку §. 54. вели, да се за прекорачење код убиства и телесних повреда може према околностима изрећи казна за нехат, види, да се прекорачење може блаже казнити. Пројекат, међутим, у другом одељку §-а 52. доноси опште наређење, којим се суд овлашћује да може изрећи блажу казну. Прекорачење, према томе, није облигаторна ублажавна околност, јер има и долозних прекорачења која заслужују неублажене казне. Од оцене суда у сваком поједином конкретном случају зависи, хоће ли се код прекорачења ублажити казна и колико. Разлог за ублажавање ексцеса учињеног из нехата у главном је исти, који говори и за некажњивост ексцеса, а то је душевна раздраженост, у којој се сваки нападнути налази.

**ПРОЈЕКАТ
ОПШТЕГ КАЗНЕНОГ ЗАКОНИКА
ЗА КРАЉЕВИНУ НОРВЕШКУ**

МОТИВИ*

Израђени од комисије, постављене Краљевском
Одлуком од 14. Новембра 1885. год.

**ПО ЖЕЉИ МИНИСТАРСТВА ПРАВДЕ НЕМАЧКОГ ЦАРСТВА
С НОРВЕШКОГ ПРЕВЕО**

Dr. X. Битл

царско-немачки вице-консул у Цариграду
С НЕМАЧКОГ ПРЕВЕО

М. С. Ђуричић

Судија Касационог суда

ИЗДАЊЕ МИНИСТАРСТВА ПРАВДЕ

БЕОГРАД

ШТАМПАРИЈА „ДОСИТИЈЕ ОБРАДОВИЋ“

Димитрија Гавриловића (пређе А. М. Станојевића)
(КНЕГИЊЕ ЉУБИЦЕ УЛ. БР. 6.)

1912/3.

Положај права нужне одбране исто је тако тежак и споран, као и остале околности, које казну искључују. Сигурно је да се у томе сви слажу, да до извесног степена мора казна бити искључена, кад је какво делање, које је иначе кажњиво, предузето зарад одбране од каквог противправног напада, као и у томе, да ово није само околност, која казну искључује, већ таква околност, која делању делимично одузима његов противправни карактер. Исто се тако свуда и увек сматрало, да је у праву онај, против кога је управљен какав убијствени напад, да се против њега брани сваким средством, које му стоји на расположењу, па да при томе нападача и убије.

Али готово само у овоме и постоји сагласност. Јер док се у старијим временима држало, да се право нужне одбране мора подвргнути свима могућим ограничењима, која су се поглавито ослањала на појам, да мора постојати извесна сразмерност између зла, од кога се брани и онога, које се ради одбране чини, као и између овога и кривице нападачеве, у новије доба теорија и закони више су наклоњени појму, да је једини услов за право нужне одбране, објективни противправни напад и да он даје овлашћење за употребу свакога средства, које је потребно зарад одбране од њега.¹

* стр. 146–155.

1 На овом месту је изостављена обимна фуснота из оригиналног текста о начину на који је нужна одбрана била обликована у другим државама тог времена.

Док се у појединим, нарочито старијим законима, налазе побројана она правна добра, за заштиту којих може се ићи чак тако далеко, да се нападач лиши живота, други допуштају нужну одбрану и у највећем степену, зарад одбране кога било правног добра, части, имовине и т. д. исто тако као и зарад одбране живота и здравља. Јер на појединим местима тражи се какав свесно противправни или чак зликовачки напад, а други законодавци задовољавају се и тиме, да је напад учињен без правног основа, дакле допушта се неограничено право нужне одбране и против онога, који на основу заблуде држи да је потпуно у праву, као и противу лудака и против животиња. Док неки поричу право нужне одбране, наспрам власти у опште, бар кад ова ради у доброј намери, други не чине ни овде никакву разлику од општег правила, већ гледају само на то, у колико је она објективно правилно или неправилно поступала. Даље и то је спорно, стоји ли право нужне одбране, не само зарад непосредне одбране од каквог напада, већ и у толико, да се оно, што је отето, сместа поврати, или да се покуша хватање злочинца, да ли стоји обвеза да се пре бега него убија и т. д.

И ако је неограничено право нужне одбране, нарочито у новије доба, особито добило приврженика, ипак се никако не може тврдити, да је оно однело победу или бар учинило такав напредак, који би му стављао у изглед безусловну победу. Не само да су тако нови закони, као шведски, дански, белгијски, њујоршки и женеvски задржали велика ограничења права нужне одбране, зарад заштите имовине, већ је тај исти случај и код закона и код законских пројеката најновијега датума, као што су холандски, канадски и талијански закони и швајцарски и енглески пројекат. Исто тако не изгледа да је расположење било за то ни на четвртом северном правничком конгресу, где је расправљано ово питање, да се потпуно напусте она ограничења, која сада постоје код наших суседних држава.²

Изгледа да је један важан аргуменат за то, да се у нови закон унесе безусловно право нужне одбране, та околност, да овакав појам управо већ сада постоји у нашем закону и да не изгледа да је искуство показало, да од тога има какве опасности. Међутим уз ово имамо да приметимо, да се потпуно потврдила она слутња, на коју је већ указано у Швајгардовом коментару, да пракса неће томе нагињати да закон буквално тумачи. Изгледа да је Касациони Суд закон тако разумео, као кад би он гласио, да увек мора бити сразмерности између штете којом се грозило и оне која је зарад њене одбране причињена. Зарад одбране од „сувих удараца“ (trockene Hiebe), он не сматра да је допуштено да се нападач убије, па чак ни да се изложи каквој опасности по живот, а под појмом „сувих удараца“ он разумева и поновне нападе каквог полупијаног јаког и бруталног човека, на какво лице, које се није могло бранити и чије су хаљине биле поцепане и лице било раскрвављено од удараца.³ И ако се оваква примена закона мора одбацити, као неумесна

2 В. Расправе четвртог северног правничког конгреса, о томеи коју је на дискусију изнео проф. Хагштремер: „О праву нужне одбране“ с. 42.

3 Правнички часопис (Retstid.) 1871, с. 320, противно овоме види одлуку Касационог Суда, Правн. часопис 1875, с. 629.

и несагласна с законом, ипак се мора признати, да је право нужне одбране, као последица овакве примене, практички узето, било јако ограничено и да се због тога не можемо позивати на какво искуство односно нашег закона, који је опет исто тако далеко отишао у противном правцу.

Овакав однос између закона и његовог тумачења, даје повода са разних основа, да се ова ствар подвргне тачној оцени, јер то што закон, према ономе како гласи, проглашава за некажњива таква делања, за која судови држе да их не могу оставити некажњеним, само по себи није добро, и ако би се ово поновило, то већ сама та околност јако говори у прилог тога, да се ово правило напусти. Међутим ово већ указује и на један други, исто тако важан разлог, да се не призна неограничено право нужне одбране, а тај је, да би ово несумњиво било противно општем појму права, по коме се мора сматрати да је за осуду, да се за заштиту каквог било, па чак и најнезнатнијег права, и против најневинијег напада, употребљује свако средство, само ако стоји, да је оно једино зато успешно.

Браниоци противног назора позивају се на то, да право никад није обавезно да уступа неправу. Ми смо склони да овај став потпишемо, ако се он тако схвати, да се не може допустити неправу, да оно чини пркос, надајући се заштити од државе, другим речима, да се даје неограничено право нужне одбране, али ипак само према таквом нападачу, који је сâм свестан противправности свога делања и у исто време зна, да ће нападути употребити свако законско средство за одбрану свога права. Али да стоји етичка потреба, да се ово право безусловно одржи, на сваки начин не може да се увиди, и у ствари, крајње конзеквенце нису извукли ни најревноснији приврженици овога гледишта. И сâм захтев, да се не сме употребити какво насилно средство, кад је довољно и неко слабије, могао би у себи већ садржавати неко делимично уступање права пред неправом; јер је очевидно, да ће блажије средство често бити скопчано с већом муком него какво друго, и ако у дотичном случају не би било довољно основа, да се пренебрегне правило, по коме се увек сме употребити само блажије средство.

Исто тако мало може бити говора о каквој практичкој непходности. На против, осем прешних случајева, даља средства употребљују се тако ванредно ретко, да ће њихова допуштеност бити такав фактор, о коме неће водити рачуна ниједан злочинац и који ће с тога у ствари ићи у прилог само једној или другој распусној индивидуи, за коју то ништа не значи, да се стави ван свију оних обзира, о којима други по правилу воде рачуна. У осталом морамо на то указати, на шта се обично не обраћа пажња, да право нужне одбране није само право приватног лица на самопомоћ, онде где се не могу да одрже заштита и помоћ јавне власти, већ оно у исто време садржи основицу и правила о томе, шта овај сâм може учинити за одбрану од злочина. Међутим нико неће то признати, да ће полицајац, коме би се насилно одупрла каква полупијана особа или власт која треба какву гомилу да растури, поступити без замерке, ако они без обзира на интересе који стоје на коцки, поступи само по начелу, да је за сузбијање каквог кажњивог делања допуштено свако

оно средство, које је само неопходно т. ј. ако је то једино средство, које ће сместа имати успеха. Али се ова поставка управо подразумева, чим се призна неограничено право нужне одбране.

Даље, морамо приметити, да исто тако, као што јавне власти имају право нужне одбране противу појединца, да обратно, ово право и њему припада, према њима. Ово би, кад би се признало неограничено право нужне одбране, одвело томе, да би онај, кога полиција хоће да ухапси, могао без казне да убије дотичнога чиновника, ако би овај са своје стране учинио какву погрешку, која би хапшење учинила противузаконим, чак и онда кад је овај чиновник радио у добром уверењу.⁴

Ако се хоће ово да избегне, онда се овде мора поставити једно особено правило, као што је то учињено у § 106 Војног Казн. Зак. Исто су тако несрећне и вређајуће конзеквенце, до којих доводи овакво уређење права нужне одбране и код самопомоћи. Док је још ово право допуштено против лопова, може га сопственик убити, ако је то потребно. Ну у истоме тренутку, кад ова дозвола престаје, лопов сме убити сопственика, зарад одбране свога притежања. И како су границе допуштене самопомоћи веома неодређене, врло је вероватно да ће обојица у добром уверењу једновремено вршити право нужне одбране.

За неограничено право нужне одбране, најбољи је разлог у томе, што је тешко да се нађе и у закону форму обуче једна употребљива граница. У ствари, сва ограничења, која су одређено формулисана, биће више или мање својевољна, а ипак двосмислена, а то се овде у толико више осећа, што је ова материја таква, да је веома тешко уредити позитивним и опширним прописима, које нападути ипак или неће знати или их се у тренутку дела неће моћи тачно сетити. Овај факт, ма да је сам по себи важан, ипак не може по нашем мишљењу никако бити довољан као разлог за безусловно право нужне одбране, које је овде принципијелно одбачено, већ може само дати повода да се то напусти да сâм закон утврђује праве границе, но да се ово у поједином случају остави суду. У ствари онај, који у доброме уверењу кога другог убије, зарад одбране свога права, радиће увек по правној свесности, која у њему живи. Према томе овај правни осећај мора бити и његов сопствени судија

Резултат, до кога ћемо на овај начин доћи, у главном се слаже са новим холандским законом. Ми налазимо да је свако одређено ограничавање у самоме закону, исто тако погрешно, као и безусловно признавање права нужне одбране. Ми налазимо да не треба да се обезоружа рука онога (као што је то учињено тумачењем закона, противним самоме закону) који је изложен каквом дрском нападу на какво сразмерно незнатно право, али који је напад учињен за то, што је нападач сматрао, да није допуштена употреба једнога

4 Поједини немачки писци, као Биндинг „Ручна књига немачког крив. права“ I с. 743, шта више уче, да је довољна објективна противправност чак и онда, кад нападач ради у свему како му дужност налаже. Дакле, полицијског чиновника, који вршећи своју дужност *optima fide* извршује какву противзакону наредбу о притвору н. пр. такву наредбу, у којој је хотично стављено лажно име, можемо убити, ако је то потребно да би избегли лишење слободе. Само се по себи разуме да се и њему мора признати наспрам овога исто тако пуно право нужне одбране.

средства, којим се може постићи одбрана. А исто тако сматрамо да не ваља, кад је напад управљен против извесне врсте правних добара или противу правних добара од извеснога значаја, да се безусловно допусти примена крајњих средстава, чак и противу таквога лица, које нехатно ради. На пр. ако се каже, да противправни напад на лице, тело или живот или на слободу, даје овлашћења за сваку врсту нужне одбране, онда би ова, природно, била допуштена и према каквом приватном лицу, које би хтело да ухвати каквога злочинца, онде где се не допушта приватно хватање, па било да он то ради, знајући да за то није овлашћен или из нехата, па чак можда и тада, кад му се ни нехат не може ставити на терет. Осем тога морамо да приметимо, да се, кад се већ право нужне одбране признаје у извесноме обиму, не би могло обићи да се ослободи и онај, који би делао, погрешно држећи, да је он предмет каквог противправног напада извесне врсте, ма како да се он неосновано послужио крајњим средством права у даноме случају.

На сваки начин, да ће се против оваквог начина примене права нужне одбране, моћи да примети да она чини границе права несигурним и да ће учинити да исход ствари зависи од индивидуалне оцене судијине. Међутим не треба да се једно уређење одбаци за то, што оно може у појединим случајевима довести до неповољних резултата, кад су друга уређења, која би се могла изабрати, таква, да се сигурно може да предвиди, да ће она често довести до горих резултата. Само по себи вероватније је, да ће нападнути при овом уређењу моћи мирније тако радити, како њему изгледа да је најправилније, него при каквом другом, које му у поједином случају прописује шта сме да чини, а шта не сме. А у сравнењу с неограниченим правом нужне одбране, ово уређење има у погледу на оптуженога још то преимућство, да оно не обећава више него што ће да одржи.⁵

И овде се узима, као што је то учињено код стања нужде, да сâм закон треба да садржи полазне тачке за оцену, начелне тачке, према којима треба да се ствар посматра. Према томе у пројекту се означава поред вођења рачуна о односу између причињеног и одбрањеног зла и опасности напада, кривица нападачева и нападнуто правно добро. Из овога излази да се допушта веће право нужне одбране против хотичног злочиначког напада него противу

5 Овде предложено уређење, које се слаже са Гецовим пројектом, потпуно је одобрио и професор Ламаш, који га означава као победу етичких принципа над апстрактно-логичним конзеквенцама владајуће правничке теорије и „морала убојства“, коме ова води (Часопис за укуп. крив. право, XIV с. 058).

Овоме појму придружио се и швајцарски пројекат (види Прим. на стр. 135). Прописом, да одбрана мора да буде на начин, који одговара околностима, хтело се да каже, да средство за постигнуће циља, не само да не сме бити непотребно сурово, већ и то, да између средстава и циља мора постојати одговарајућа сразмерност. Међутим противу употребе начина изражавања као што је употребљен у овом пројекту говори то, што се он може тако тумачити, да се право нужне одбране ограничи у много већем степену, него што ми то узимамо, а тим би се унела несигурност у питање, докле се сме ићи, тако да би се какав предострожан човек, који би рад био да избегне колизију са кривичним правом, принудио да се држи чак далеко о оне границе, коју је закон поставио и радије да претрпи све могуће испаде.

каквог, само нехатног, а исто тако веће противу разбојништва или насилне крађе неже ли противу какве обичне крађе. Овим пројекат даје на знање, да он не одобрава појам, да когод може да дрско предузме какав напад, верујући да нападнути неће моћи да употреби оно једино средство, које му стоји на расположењу, зато, што би оно било и сувише радикално.⁶

•

Као један од најстаријих института кривичног права, заснован према одређеним shvatanjima на природном праву на одбрану, нузна одбрана представља неспorni основ који са становишта правног поретка оправдава вршење неправга. У sukobу неправга које се испољава кроз противправни напад и права на одбијање таквог напада, предност се даје праву на одбрану. То право ипак није неограничено и оно се не може остваривати без узимања у обзир одређених интереса нападача. Управо најспорније питање у вези са институтом нузне одбране јесу njene границе. То је проблем који је одавно присутан, јер без обзира на владајући став да се право на одбијање напада не може вршити по сваку цену, није лако одредити услове дозвољене одбране. Ако се право на одбрану оптерети бројним ограничењима (не само правним, већ и ограничењима из одређених етичких и социјалних обзира) оно губи на значају, а ако се благонаклоно гледа на било какав, па и очигледно несразмеран одговор на напад, оно постаје израз егoистичког приступа. Упркос томе што је у већем делу модерне доктрине и праксе преовладао став о нешто ширим границама нузне одбране, то се не би могло рећи за нашу судску праксу, која неоправдано рестриktivно тумачи постојеће решење из Кривичног законика. Осим неприхватљивог stava да имовина не представља легитимни објект заштите од противправног напада, у многим случајевима из наше праксе се не уважаву ставови доктрине, па се узима да постоји прекорачење граница нузне одбране у случају несразмере у погледу вредности добара у sukobу, иако то код овог института није потребно. Редакција часописа је стога за рубрику из историје кривичних наука одабрала овај мали прилог из два пројекта са почетка прошлог века, јер су у njима заузети ставови који су многим ближи савременом приступу од решења које је присутно у нашој постојећој судској пракси.

Редакција

⁶ И у другим погледима мора се обратити велика пажња на кривицу нападача н. пр. ако је нападнути сам изазвао напад неприличним понашањем, или ако је он, можда чак први предузео напад, па међутим подлегао и поврх тога извукао добру порцију батина, онда ће се сасвим другчије имати да цени мера нузне одбране, која му припада, него кад он сам нема никакве кривице у ономе што му се десило. Ови обзири, који су у англиканском праву изазвали чак нарочите законске прописе (тако, види канадски закон од 1892 г. одељак 46), нису обухваћени код апсолутног права нузне одбране, као што је н. пр. у Немачкој. Међутим постављеним захтевом, да се делање нузне одбране, да би било кажњиво, мора сматрати да безусловно није на свом месту, пројекат се постарао, да не буде изложен никаквој опасности ни осуди ниједан нормалан човек, који је доиста радио у добром уверењу, онако како држи да му његова савест допушта.

СЕКЦИЈА ЗА КРИМИНОЛОГИЈУ СРПСКОГ УДРУЖЕЊА
ЗА КРИВИЧНОПРАВНУ ТЕОРИЈУ И ПРАКСУ

Расписује

6. КОНКУРС ЗА

НАГРАДНИ ТЕМАТ

„МЕДИЈИ, КРИМИНАЛИТЕТ И МЛАДИ“

Право учествовања имају студенти млађи од 25 година који похађају одговарајући смер високошколске установе у Србији на којој се као наставни предмет изучава криминологија.

Штампани примерак рада у обиму до једног ауторског табака (до 16 куцаних страна, фонт *Times New Roman*, величина слова 12, проред 1.5), потписан шифром, **послати на адресу** ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ (ЗА ПРОФ. ДР ЂОРЂА ИГЊАТОВИЋА), Булевар краља Александра 67, 11000 Београд, са назнаком ЗА НАГРАДНИ ТЕМАТ.

Име и презиме аутора, адресу, број телефона, е-mail, годину студија и назив високошколске установе коју похађа, послати на исту адресу у посебној коверти, на чијој полеђини треба написати шифру.

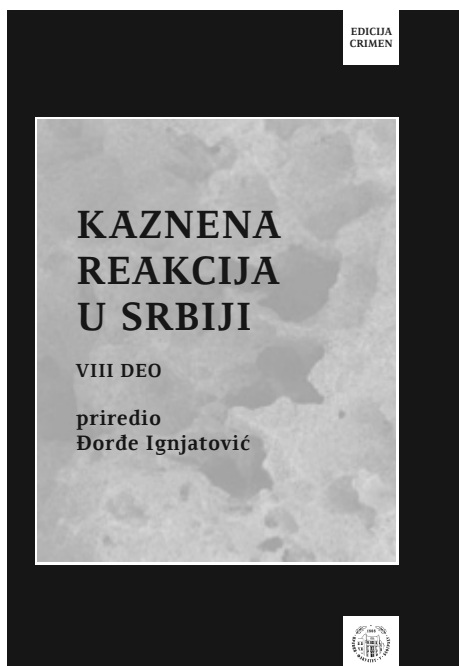
Рок за достављање радова је 31. децембар 2018. године.

Одлуку о наградама донеће одбор за оцену радова који именује Председништво Секције.

Кандидати који заузму прва три места на конкурсудобиће одговарајуће дипломе. Аутору првопласираног рада биће додељена новчана награда, а рад ће бити објављен у часопису *CRIMEN*. Ауторима другопласираног и трећепласираног рада биће додељени комплети књига.

За додатне информације можете се обратити Наталији Лукић на е-mail адресу natalija.lukic@ius.bg.ac.rs

EDICIJA *CRIMEN*



Edicija CRIMEN • Knjiga 42

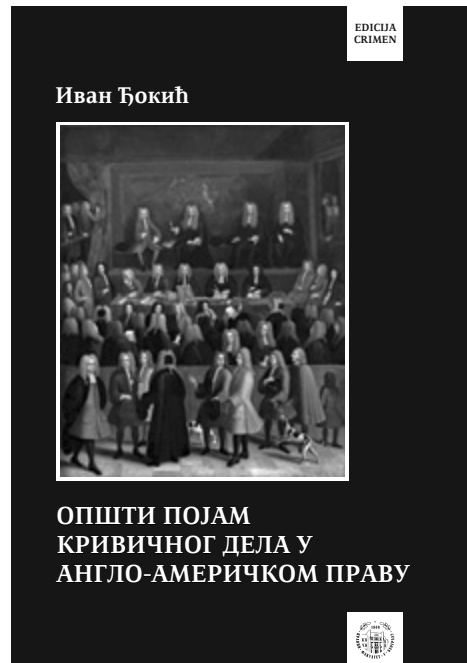
Edicija CRIMEN • Knjiga 41





Edicija CRIMEN • Knjiga 40

Edicija CRIMEN • Knjiga 39



EDICJA
CRIMEN



Tomas Matisen

ZATVOR NA
OPTUŽENIČKOJ
KLUPI

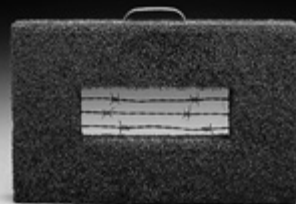


Edicija CRIMEN • Knjiga 38

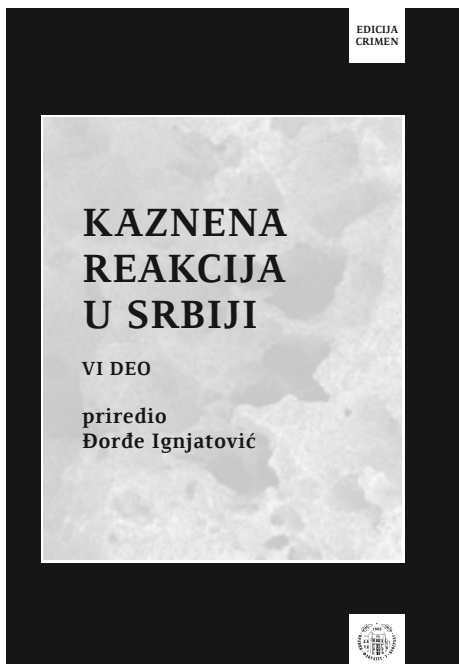
EDICJA
CRIMEN

Zoran Stojanović

POLITIKA
SUZBIJANJA
KRIMINALITETA

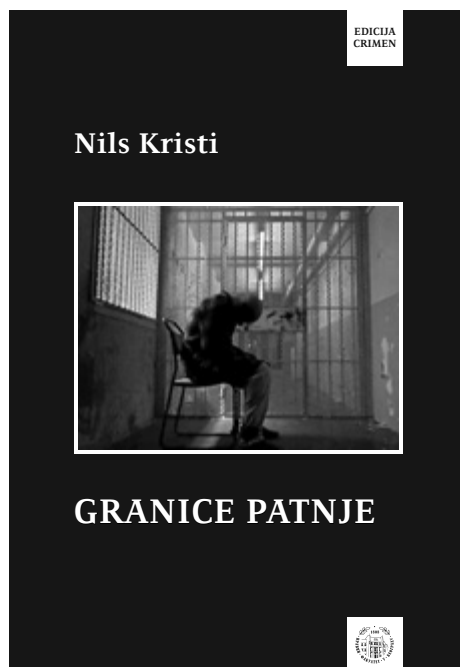


Edicija CRIMEN • Knjiga 37



Edicija CRIMEN • Knjiga 36

Edicija CRIMEN • Knjiga 35



U EDICIJI CRIMEN DO SADA OBJAVLJENO:

1. Ignjatović Đ.: PRAVO IZVRŠENJA KRIVIČNIH SANKCIJA (6 izdanja)
2. KORUPCIJA – OSNOVNI POJMOVI I MEHANIZMI ZA BORBU (Ilić G. ed.) (2 izdanja)
3. STANJE KRIMINALITETA U SRBIJI I PRAVNA SREDSTVA REAGOVANJA – I (Ignjatović Đ. ed.)
4. Pradel Ž.: ISTORIJAT KRIVIČNIH DOKTRINA (prevod. Perić O.)
5. STANJE KRIMINALITETA U SRBIJI I PRAVNA SREDSTVA REAGOVANJA – II (Ignjatović Đ. ed.)
6. Ignjatović Đ.: METODOLOGIJA ISTRAŽIVANJA KRIMINALITETA sa metodikom izrade naučnog rada (2 izdanja)
7. Delić N.: NOVA REŠENJA OPŠTIH INSTITUTA U KZS
8. Klark R.: KRIMINALITET U AMERICI (prevod Simeunović B.)
9. Simeunović D.: TERORIZAM (2 izdanja)
10. STANJE KRIMINALITETA U SRBIJI I PRAVNA SREDSTVA REAGOVANJA – III (Ignjatović Đ. ed.)
11. Pradel Ž.: KOMPARATIVNO KRIVIČNO PRAVO – Sankcije (prevod: Perić O.)
12. Ignjatović Đ.: TEORIJE U KRIMINOLOGIJI
13. Bajović V.: SPORAZUM O PRIZNANJU KRIVICE – Usporedno-pravni prikaz
14. Sabo D.: OD ANTROPOLOGIJE DO KOMPARATIVNE KRIMINOLOGIJE (prevod: Đokić I.)
15. Stojanović Z, Kolarić D: KRIVIČNOPRAVNO REAGOVANJE NA TEŠKE OBLIKE KRIMINALITETA
16. STANJE KRIMINALITETA U SRBIJI I PRAVNA SREDSTVA REAGOVANJA – IV (Ignjatović Đ. ed.)
17. Hulsman L., Bernat de Celis J.: IZGUBLJENE KAZNE (prevod: Đokić I.)
18. Ignjatović Đ., Simeunović-Patić B.: VIKTIMOLOGIJA
19. KAZNENA REAKCIJA U SRBIJI (Ignjatović Đ. ed.)
20. Felson M.: ZLOČIN I SVAKODNEVNI ŽIVOT (prevod: Lukić N.)
21. Wolfgang M., Ferakuti F.: POTKULTURA NAŠILJA (prevod: Ljubičić D.)
22. Zolo D.: KO KAŽE HUMANOST... Rat, pravo i globalni poredak (prevod: Katanić Z.)
23. KAZNENA REAKCIJA U SRBIJI II (Ignjatović Đ. ed.)
24. Ignjatović Đ.: KOMPARACIJA KRIMINALITETA I KAZNENE REAKCIJE: SRBIJA – EVROPA
25. KAZNENA REAKCIJA U SRBIJI III (Ignjatović Đ. ed.)
26. Delić N.: NOVA REŠENJA U POSEBNOM DELU KZ SRBIJE
27. Lukić N.: SUZBIJANJE ORGANIZOVANOG KRIMINALITETA
28. KAZNENA REAKCIJA U SRBIJI IV (Ignjatović Đ. ed.)
29. Stojanović, Z., Kolarić, D.: KRIVIČNOPRAVNO SUZBIJANJE ORGANIZOVANOG KRIMINALITETA, TERORIZMA I KORUPCIJE
30. Begović, B.: EKONOMSKA ANALIZA GENERALNE PREVENCIJE
31. KAZNENA REAKCIJA U SRBIJI V (Ignjatović Đ. ed.)
32. Ignjatović Đ., Simeunović-Patić B.: VIKTIMOLOGIJA – OPŠTI DEO
33. Džon Hauard: STANJE U ZATVORIMA (prevod: Ljubičić D.)
34. Vanja Bajović: O ČINJENICAMA I ISTINI U KRIVIČNOM POSTUPKU
35. Nils Kristi: GRANICE PATNJE (prevod: Vujičić N.)
36. KAZNENA REAKCIJA U SRBIJI VI (Ignjatović Đ. ed.)
37. Zoran Stojanović: POLITIKA SUZBIJANJA KRIMINALITETA
38. Tomas Matisen: ZATVOR NA OPTŽENIČKOJ KLUPI (prevod: Vujičić N. i Lozić A.)
39. Ivan Đokić: OPŠTI POJAM KRIVIČNOG DELA U ANGLO-AMERIČKOM PRAVU
40. KAZNENA REAKCIJA U SRBIJI VII (Ignjatović Đ. ed.)
41. Hal Pepinski: MIROTVORSTVO razmišljanja jednog radikalnog kriminologa (prevod: Stevanović A. i Vujičić N.)
42. KAZNENA REAKCIJA U SRBIJI VIII (Ignjatović Đ. ed.)

UPUTSTVA AUTORIMA

1. Članci moraju biti originalni, do sada neobjavljeni niti (u celosti ili delimično) za objavljivanje u drugoj publikaciji predati tekstovi. Njihov obim ne bi trebalo da prelazi 1,5 autorski tabak (do 45.000 slovnih znakova, uključujući i praznine). Tekst pisati u elektronskoj formi latinicom u programu Word for Windows, font Times New Roman, veličina slova 12, sa duplim proredom, uključujući fusnote.

2. Tekstovi za rubriku Članci moraju sadržati: – na početku apstrakt obima do 20 redova i do pet ključnih reči; na kraju popis literature, rezime do 40 redova i ključne reči na engleskom jeziku. Budući da časopis objavljuje i radove na stranim jezicima, autori u tom slučaju treba da dostave apstrakt, rezime (summary) i ključne reči na tom jeziku, a redakcija Časopisa će obezbediti njihov prevod na srpski jezik. Svi tekstovi inače podležu stručnoj lekturi.

3. Pored odštampanog primerka – na stranicama formata A4; jednostrano, margine na vrhu i sa obe strane teksta treba da budu najmanje 3 cm – tekst treba poslati i na CD-u i/ili na e-mail redakcije.

4. Fusnote priložiti na posebnim stranama na kraju teksta; fusnote ne treba iznova numerisati od početka na svakoj strani već neprekidno.

5. Reference treba da sadrže sledeće podatke:

5.1. Reference za knjige:

Uopšte

J. Fawcett /1968/: *The Law of Nations*, London, p. 100

Zbornici

M. Sorensen (ed.) /1989/: *Manual of Public International Law*, London, pp. 12–15

Ponovljene reference

J. Fawcett: *op. cit.*, p. 40.

Uzastopne reference

J. Fawcett: *Ibid.*, p. 40.

5.2. Reference za tekstove u časopisima i zbornicima:

Članci u časopisima

D. Connell /1988/: Jurisdiction, *British Journal of International Law*, n^o 4, pp. 2–18.

Prilozi u zbornicima

N. Kluwer /1995/: Subjects of International Law – in: *Manual of Public International Law* (M. Sorenson, ed.), London, pp. 40–100.

5.3 Reference za zakone i sudsku praksu

Preporučuje se citiranje prema nacionalnom metodu

5.4. Citiranje internet izvora

Pored navođenja internet adrese, potrebno je navesti i datum pristupa dokumentu

http://crime.about.com/od/sex/a/rape_myths.htm, 27. mart 2010.

6. Treba ostaviti prostor između naslova i teksta. Redosled odvajanja trebalo bi jasno naglasiti: glavna celina, prva pod-celina, druga pod-celina itd. Podele unutar poglavlja treba da budu zasnovane na sistemu 1.1.1., koji ostavlja mogućnost korišćenja sistema (a), (b), (c) unutar teksta. Numerisanje paragrafa treba izbegavati.

1. PRVA POD-CELINA VELIKIM SLOVIMA

1.1. Druga pod-celina potamnjena slova (bold)

1.1.1. Treća pod-celina u italic-u ili podvučena

1.1.1.1. Ostale pod-celine malim slovima

CRIMEN

ČASOPIS ZA KRIVIČNE NAUKE || JOURNAL FOR CRIMINAL JUSTICE

(IX) 1/2018 str. 1–129

CONTENTS

ARTICLES

- Jadwiga Królikowska, Teorije kažnjavanja i zaštita društvenog reda
krivičnim pravom. 3
- Momir Milojević, Bosnia and Herzegovina During the First World War. . . 19
- Milan Škulić, The Criminal offense of a Sexual Intercourse with a
Helpless Person – Normative Construction, some Discutable
Questions and Possible Future Modifications 38

REVIEW ARTICLES

- Gordana Krstić, The Concept of Detention in Practice of Courts. 71
- Zorana Lazarov, Questioning of Witnesses in Order to Collect Evidence
and Witness Protection in Criminal Procedure 103

FROM THE HISTORY OF CRIMINAL JUSTICE

- Project and Reasons of the Criminal Code for the Kingdom of Serbia and
the Project of Criminal Code for the Kingdom of Norway
– Self-defense 121

AUTHOR GUIDELINES

1. The contributions must be original, they may not be published or submitted elsewhere in full or in part. Articles should preferably have an overall length of one author's sheet (not more than 45 000 characters including spaces). Text to be in electronic form in latin in Word for Windows, font Times New Roman, font size 12, double spacing including footnotes.
2. Texts for the section Articles must have: abstract of not more than 20 lines and five key words; summary of not more than 40 lines and with key words (both in English) and list of literature at the end of the article. Considering the fact that in this journal contributions in foreign languages will also be published, authors of these texts should submit abstract, summary, key words in the language of the foreign text and the Redaction of the journal will provide their translation in Serbian. All submitted articles are subjected further to editing by the journal editorial staff.
3. Apart from the printed text – page format A4, only one side of each sheet of paper used, with margins on top and on both sides of at least 3cm – text should also be sent on CD or on e-mail address of the Redaction.
4. Submit footnotes on separate pages at the end of the text, do not restart footnote numbering on each page, but number them consecutively.
5. References should contain following details:
 - 5.1. References to Books:
 - General
 - J. Fawcett /1968/: *The Law of Nations*, London, p. 100
 - Collections of papers
 - M. Sorensen (ed.) /1989/, *Manual of Public International Law*, London, pp. 12–15
 - Repeated references
 - J. Fawcett, *op. cit.*, p. 40.
 - Subsequent references
 - J. Fawcett, *ibid.*, p. 40.
 - 5.2. References to texts in Journals and Collections of papers
 - Articles in Journals
 - D. Connell /1988/, Jurisdiction, *British Journal of International Law*, no 4, pp. 2–18.
 - Contributions in Collections of papers
 - N. Kluwer /1995/: Subjects of International Law – in: *Manual of Public International Law* (M. Sorenson, ed.), London, pp. 40–100.
 - 5.3. References to Legislation and Juridical Decisions
 - A method of citation according to the national method is recommended
 - 5.4. Citation of Internet sources
 - Beside the Internet address, date of access to the document should also be written
 - http://crime.about.com/od/sex/a/rape_myths.htm, 27. mart 2010.
 6. A space should be left between the headings and the text. The order of division should be indicated as clearly as possible: main division, first sub-division, second sub-division etc. The chapter division to be adopted is that based on the 1.1.1. system, which leaves the (a), (b), (c) system for use within the text. Paragraph numbering should be avoided.
 1. FIRST SUB-DIVISION IN MEDIUM CAPITAL
 - 1.1. **Second sub-division in bold lower case**
 - 1.1.1. *Third sub-division in italics or underlined*
 - 1.1.1.1. The remaining sub-divisions in medium lower case

CRIMEN

ČASOPIS ZA KRIVIČNE NAUKE || JOURNAL FOR CRIMINAL JUSTICE

(IX) 1/2018 str. 1–129

CONTENTS

ARTICLES

- Jadwiga Królikowska, Teorije kažnjavanja i zaštita društvenog reda
krivičnim pravom. 3
- Momir Milojević, Bosnia and Herzegovina During the First World War. . . 19
- Milan Škulić, The Criminal offense of a Sexual Intercourse with a
Helpless Person – Normative Construction, some Discutable
Questions and Possible Future Modifications 38

REVIEW ARTICLES

- Gordana Krstić, The Concept of Detention in Practice of Courts. 71
- Zorana Lazarov, Questioning of Witnesses in Order to Collect Evidence
and Witness Protection in Criminal Procedure 103

FROM THE HISTORY OF CRIMINAL JUSTICE

- Project and Reasons of the Criminal Code for the Kingdom of Serbia and
the Project of Criminal Code for the Kingdom of Norway
– Self-defense 121

ISSN 2217-219X

