

CRIMEN

ČASOPIS ZA KRIVIČNE NAUKE || JOURNAL FOR CRIMINAL JUSTICE

(IX) 2/2018 str. 131–241

SADRŽAJ

ČLANCI

- Igor Vuković, Blasfemija i krivično pravo – uporedno zakonodavstvo i judikatura 133
- Dragutin Avramović, Analiza predvidljivosti postupanja sudija – povratak mehaničkoj jurisprudenciji? 155

PREGLEDNI ČLANCI

- Slađana Jovanović, *Aberratio ictus* u krivičnom pravu 168
- Krsto Pejović, Imovinskopravni zahtjev u sudskoj praksi 186

ZAKONODAVSTVO I PRAKSA

- Đorđe Ignjatović, Međunarodni izvori prava izvršenja krivičnih sankcija prema maloletnicima – dokumenti Ujedinjenih nacija 197

IZ ISTORIJE KRIVIČNIH NAUKA

- Риналд Чулић, Једна непотребна полемика о разумевању § 166. Крив. Законака 225
- Убиство, извршено клањем жртве, сачињава дело из ст II. т. 2. §. 167. Крив. зак. 227
- Један интересантан низ судских одлука о примени § 375 кз. и § 337 кз. 229

PRIKAZI

- D. Husak, Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law (I. Đokić) 237

- Zaključci i preporuke sa Konferencije o alternativnim krivičnim sankcijama 241

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

Igor Vuković*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

BLASFEMIJA I KRIVIČNO PRAVO – UPOREDNO ZAKONODAVSTVO I JUDIKATURA

Apstrakt: Iako se dostojanstvo božanstva u uporednom zakonodavstvu više uglavnom ne smatra podobnim objektom krivičnopravne zaštite, u savremenim pravnim sistemima se i danas sreću krivična dela kojima se štite verska osećanja građana. Međutim, nalik drugim krivičnim delima koja povređuju čast i ugled, protivpravnost takvih ponašanja često se dovođi u pitanje ako je uvredljivo izlaganje imalo kritičku notu, naročito ukoliko je bilo izneto u okviru nekog književnog ili umetničkog dela. U radu se prikazuje vrlo bogata uporedna sudska praksa nacionalnih sudova i Evropskog suda za ljudska prava koja se odnosi na blasfemno izražavanje, kao i relevantni međunarodni dokumenti.

Ključne reči: Blasfemija, sloboda izražavanja, Evropski sud za ljudska prava.

Poslednjih decenija krivična zakonodavstva zahvatio je snažan talas dekriminalizovanja krivičnih dela koja kažnjavaju blasfemično izražavanje i vređanje verskih osećanja građana. Takav trend, prisutan naročito u Evropi, ne iznenađuje. U zapadnim društvima se religioznost danas smatra isključivo privatnom stvari pojedinca, tako da se u javnom govoru tu često sreće nerazumevanje značaja koji se u vanevropskim sredinama pridaje u javnoj sferi pitanjima religioznog.¹ Štaviše, kako se bogohulno izražavanje sreće i u kontekstu kritičkog, umetničkog ili sličnog izražavanja, kažnjavanje blasfemije neretko se smatra činiocem koji potencijalno može ograničiti slobodu izražavanja u mnogim sferama društvenog života, što u liberalnim krugovima još više stvara otpor prema sličnim inkriminacijama. Imajući to u vidu, i u našoj sredini je aktuelno pitanje da li ovaj fenomen uopšte zaslužuje krivičnopravnu zaštitu, i u kojoj meri.

* Redovni profesor, igorvu@ius.bg.ac.rs. Ovaj članak je nastao kao rezultat rada na Projektu 'Identitetski preobražaj Srbije' Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

1 S pravom J. Oster /2016/: Religiously Offensive Speech: A Doctrinal Inquiry, *Review of International Law and Politics*, № 2, p. 141.

Blasfemija vuče svoje poreklo iz Antičke Grčke, gde je postojao delikt nepoštovanja svetinje (eng. impiety). Nepoštovanje je moglo biti ispoljeno fizičkim (npr. uništenjem statua) ili verbalnim aktom (npr. ruženjem objekta obožavanja), činjenjem ili nečinjenjem.² Danas se blasfemija uglavnom vezuje za bogohuljenje, verbalno nepoštovanje svetinje, dok se fizičko oskrvrnjenje objekta obožavanja uobičajeno označava kao svetogrđe (eng. sacrilege). U svom izvornom značenju, svetogrđe (lat. *sacrilegium*) se u Starom veku odnosilo na krađu crkvenih svetinja, poharu hrama,³ i kao takvo je predstavljalo delikt javnog prava, zločin protiv države. Oskrnavljenje hrama, ili svetitelja kojem je ovaj posvećen, smatralo se napadom na same osnove zajednice, čiji je opstanak hram štitio.⁴ Članovi zajednice koji su kažnjavali bogohulnika, ali i onoga ko bi verbalno vređao ono što su oni smatrali svetim, zaista su verovali da je ispoljeno nepoštovanje božanstva moglo da dovede do odmazde ("božje kazne"), pa je takav akt morao da pokrene reakciju.⁵ Stoga ne iznenađuje što je npr. starozavetni zakon bogohuljenje kažnjavao smrću. 'Ko bi ružio ime Gospodnje, da se pogubi, sav narod da ga zaspe kamenjem' zapoveda sam Gospod Mojsiju, kako se navodi u Trećoj knjizi Mojsijevoj (Levitskoj) Staroga zaveta (3 Moj. 24, 16).⁶

S obzirom na to da blasfemija redovno predstavlja povredu religioznog osećanja zbog napada na neki objekt religioznog obožavanja, reč je o fenomenu koji nema neku sebi svojstvenu nevrednost, nezavisnu od vremenskog i prostornog konteksta. Ne samo da u svakoj zajednici religija kao dobro ima različito mesto, već se u svakom društvu religijska osetljivost drugačije reflektuje.⁷ Ova okolnost otežava uobličavanje blasfemije kao krivičnog dela sa univerzalnim obeležjima i sadržinom, umnožavajući razloge opravdanja eventualne inkriminacije.⁸

1. KARAKTERISTIČNI SLUČAJEVI BLASFEMIJE U NOVIJOJ UPOREDNOJ JUDIKATURI I ZAKONODAVSTVU

Dok je u XIX veku u većini krivičnih zakonodavstava bogohuljenje makar formalno (nezavisno od eventualne primene u praksi) bilo definisano kao kažnjivo ponašanje, u XX veku dolazi do redefinisavanja pogleda na krivičnopravnu zaštitu u ovo

-
- 2 Tako su hiljade hrišćanskih mučenika u prvim vekovima hrišćanstva postradali, zato što su odbijali da kao vid poštovanja tamjanom okade mnogobožacke idole.
 - 3 J. Đorđević /2004 [1886]/: *Latinsko-srpski rečnik*, Beograd, str. 1319.
 - 4 T. McKenna /2001/: *Treason against God – Some Aspects of the Law relating to Blasphemy*, *Southern Cross University Law Review*, p. 29.
 - 5 J. Feinberg /1985/: *The Moral Limits of the Criminal Law. Volume 2. Offense to Others*, New York, p. 194.
 - 6 Prvi hrišćanski mučenik Arhiđakon Stefan, kamenovan je zato što su podmetnuti ljudi koji su ustvrdili da on 'govori hulne reči na Mojsēja i na Boga' (Dela 6, 11).
 - 7 Tako npr. u islamu blasfemiju, često kažnjivu smrću, predstavlja i apostasija – napuštanje muslimanske vere, jer se napuštanje islama, kao akt neverovanja, tumači kao uvreda zajednice i božanstva (J. Temperman /2008/: *Blasphemy, Defamation of Religions and Human Rights*, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, № 4, p. 518).
 - 8 N. Cox /2014/: *Blasphemy, Holocaust Denial, and the Control of Profoundly Unacceptable Speech*, *American Journal of Comparative Law*, № 3, p. 746.

sferi. Pored razlogâ koji su se ticali izmenjenog pogleda na svet i prodora sekularizma u sve pore društvenog života, na proces dekriminalizacije je uticala i neodređenost postojećih inkriminacija, kao i poteškoće sa uobličavanjem valjanog objekta krivičnopravne zaštite. Raspravu se naročito podgrevali blasfemni ispadi koji su se podvodili pod navodno umetničko izražavanje, pa su se upravo u poznatijim slučajevima iz sudske prakse u razmeni argumenata iskristalisala pitanja i danas aktuelna u diskusiji. U tom smislu, neophodno je osvrnuti se na važnije primere iz uporedne judikature i na aktuelna zakonodavna rešenja.

1.1. Engleska i Republika Irska

Blasfemija u Engleskoj postaje common law krivično delo sudskim preceden-
tom (Rex v. Taylor) od 1676. godine, nakon što je izvesni Džon Tejlor (John Taylor) dao niz najpogrdnijih izjava o Isusu Hristu, uključujući i to da je Hristos varalica, hohštapler i Gospod bludnicâ.⁹ Suština ovog prestupa, oblikovana u sledećim vekovima, sastojala se u iznošenju besramnih i uvredljivih tvrdnji o hrišćanskoj religiji, koje premašuju granice pristojne diskusije i za koje se veruje da će povrediti osećanja hrišćanskog vernika ili simpatizera. Uz to, blasfemija se tumačila ne samo kao delikt protiv Boga i religije, već i kao vid izdaje države.¹⁰ Ipak, za razliku od nekih ranijih vremena,¹¹ kada se jeres od strane crkvenih sudova kažnjavala smrtnom kaznom, sekularni sudovi od sredine XVII veka zauzimaju pomirljiviji pristup prema deliktima protiv religije, budući da u to vreme dolazi do cvetanja najrazličitijih protestantskih sekti. 1697. godine se donosi Zakon o blasfemiji (Blasphemy Act), koji se više odnosio na kažnjavanje propovedanja suprotnog hrišćanskoj veri (ograničavanje slobode ispovedanja vere), nego na ispade uvredljivog sadržaja. Zbog kratkih rokova za podnošenje krivične tužbe, ovaj propis gotovo i da nije imao primenu u praksi,¹² ali je ukinut tek 1967. godine. Stoga je u čitavom novovekovnom dobu do kažnjavanja blasfemije u Engleskoj dolazilo isključivo na temelju common law delikta, a ne na osnovu pisanog prava. Istovremeno, zabranom nisu bila obuhvaćena uvredljiva izražavanja koja bi se ticala judaizma, islama, pa čak ni hrišćanskih sekti koja su odudarala od dogmi državne anglikanske crkve.¹³

Do prevrednovanja zakonske regulative koja se odnosi na blasfemiju dolazi nakon Drugog svetskog rata. 1976. godine časopis 'Gay News' je objavio pesmu 'The Love that Dares to Speak its Name' Džona Kirkapa (John Kirkup), homoseksualnu erotsku fantaziju o rimskom centurionu, koji u podnožju Hristovog raspeća mašta

9 E. Visconsi /2008/: The Invention of Criminal Blasphemy: Rex v. Taylor (1676), *Representations*, № 1, p. 30. Tejlor je inače bio poznat po svojim religioznim ispadima, a bio je i utemeljivač jedne sekte. Njegove reči su bile toliko grube, da se najpre čak posumnjalo u njegovo duševno zdravlje.

10 R. Sandberg, N. Doe /2008/: The Strange Death of Blasphemy, *Modern Law Review*, № 6, p. 972.

11 Poslednja smrtna kazna prema jereticima, shodno zakonu Henrija IV (De heretico comburendo od 1401.), izvršena je 1612. godine (E. Visconsi: *op. cit.*, p. 35).

12 Njegove sankcije i nisu bile klasične krivične, već su podrazumevale posledicu gubitka javne službe ili zaposlenja. Tek je druga osuda za blasfemiju mogla dovesti do nemogućnosti nasleđivanja, kupovine zemljišta i podizanja tužbi, kao i trogodišnje kazne zatvora (C. Kenny /1922/: The Evolution of the Law of Blasphemy, *Cambridge Law Journal*, № 2, p. 132).

13 Vid. *ibid.*, p. 141.

o mogućem seksualnom odnosu sa mrtvim Hristovim telom, uz impliciranje da je Hristos imao seksualne odnose sa čuvarima i Pontijem Pilatom. U postupku koji je po privatnoj tužbi usledio (*Whitehouse v. Lemon*), časopis je kažnjen sa 1.000 funti, dok je izdavač osuđen uslovno na devet meseci zatvora i novčanu kaznu od 500 funti. Prema stavu zauzetom u odluci, publikacija je blasfemna ako sadrži 'prezriv, pogrdni, besraman ili ismevajući sadržaj koji se odnosi na Boga, Isusa Hrista ili Bibliju, ili doktrinu pravom ustanovljene Crkve Engleske'. Suprotno, ne smatra se blasfemnim ako neko odriče postojanje Boga ili javno izražava neprijateljstvo prema hrišćanskoj veri, i to čini na pristojan i umeren način.¹⁴

Naročitu pažnju javnosti privukao je i slučaj objavljivanja 'Satanskih stihova' indijskog pisca Salmana Rušdija (*Salman Rushdie*) 1988. godine. Ova (čak nagrađivana) knjiga, koja je u državama muslimanskog sveta bila zabranjena, omogućava zaključak da je autor svete islamske knjige Kurana sam Satana. Iranski verski vođa Homeini je nakon toga čak izrekao fatvu, obećavši ubicama Rušdija novčanu nagradu. Iako je i u Britaniji povodom ove knjige došlo do nemira, formalne reakcije vlasti nije bilo. Privatne tužbe koje su tim povodom pokretane su odbacivane, sa argumentom da propisi o blasfemiji štite samo Crkvu Engleske, i da tamo gde je pravo nedvosmisleno, nije na sudovima da krivičnu sferu proširuju.¹⁵

U jednom kasnijem slučaju iz 1996. godine, koji je dospelo i pred Evropski sud za ljudska prava¹⁶ (*Wingrove v. United Kingdom*),¹⁷ snimljen je osamnaestominutni nemi video (pod naslovom 'Visions of Ecstasy'), navodno inspirisan životom Tereze Avilske, časne sestre rimokatoličkog karmelićanskog reda iz XVI veka. Film sadrži erotske scene između golih časnih sestara (navodno Tereze Avilske i njene psihe), kao i scene lizanja rassetog Hrista i prosutog pričesnog vina sa poda. Da bi bio prikazan, film je morao dobiti saglasnost odgovarajućeg tela (*British Board of Film Classification*), što je, na temelju zaključka da je sadržaj filma blasfeman, izostalo. Režiser kao podnosilac predstavlke ESLJP je tvrdio da ograničenje slobode izražavanja radi zaštite prava drugih ne uključuje hipotetičku zaštitu religioznih osećanja građana, na temelju procene da bi neki hrišćani hipotetički mogli biti uzrujani sadržajem filma. Sud je međutim našao da u konkretnom slučaju nije bila povređena sloboda izražavanja, i da je ograničavanje prikazivanja spornog videa bilo primere-no okolnostima.

Pojedini autori s pravom primećuju da je i pored definisane sakralne prirode objekta zaštite primena blasfemije u engleskom common law pravu više nalikovala nekom sekularnom društvu.¹⁸ Ako se u vreme nastanka ovog delikta u anglosak-

14 Vid. C. Unsworth /1995/: *Blasphemy, Cultural Divergence and Legal Relativism*, *Modern Law Review*, № 5, p. 662. Osuđeni se nakon toga obratio i Evropskoj komisiji za ljudska prava, pozivajući se na povredu odgovarajućih odredaba Evropske konvencije o ljudskim pravima, ali je razmatranje predstavke odbijeno, uz argument da je nacionalnim mehanizmom već pružena odgovarajuća pravna zaštita (J. W. Montgomery /2000/: *Can Blasphemy Law Be Justified*, *Law & Justice - The Christian Law Review*, p. 12).

15 T. McKenna: *op. cit.*, p. 37.

16 U daljem tekstu ESLJP.

17 Predstavka br. 17419/90, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58080>.

18 E. Visconti: *op. cit.*, p. 46.

sonskom pravu on pravdao povezanošću anglikanske vere sa temeljnim vrednostima monarhije i društva u celini, od kraja XIX veka se objekt zaštite od (veleizdaje) krune (bar konceptualno) pomera ka zaštiti religioznih osećanja vernika. I sam koncept 'blasfemnog' je u međuvremenu preoblikovan, tako što je iz njega isključeno negiranje ili preispitivanje (hrišćanske) doktrine, dok je preostalo samo uvredljivo izražavanje o svetinji.¹⁹ Na kraju ovog razvoja, blasfemija više i nije smatrana zločinom protiv vere, koliko ponašanjem koje zaslužuje kažnjavanje samo ukoliko sadrži navođenje na (nacionalno i versko) nasilje i narušava javni red i mir.²⁰

Od pomenutog objavljivanja sporne pesme 1976. godine, u Engleskoj i nije bilo krivičnog gonjenja za delo blasfemije, pa je ovaj delikt 2008. godine u Engleskoj i Velsu konačno dekriminalizovan. U prilog takvom ishodu je uglavnom pominjana njegova navodna nespojivost sa Evropskom konvencijom o ljudskim pravima, nejasnoća da li se njime ustanovljena zaštita odnosila isključivo na Crkvu Engleske ili uopšte na hrišćanstvo, i njegovo diskriminatorno obličje koje u zaštitu ne uključuje druge religije.²¹ Kako se prognozira, s obzirom na to da se u budućnosti, nalik nemirima nastalim objavljivanjem 'Satanskih stihova', verovatno ne mogu izbeći konfliktna sučeljavanja slobode govora i vređanja predmeta obožavanja različitih religija, ukidanjem propisa koji neposredno kažnjavaju bogohuljenje, krivičnopravna zaštita će se najverovatnije ostvarivati preko zakona koji štite javni red i mir.²²

Iako Ustav Republike Irske (u čl. 40.6.1.) utvrđuje kažnjivost blasfemnih izjava ili publikacija, ovaj delikt nije definisan irskim pravom, pa se zbog nepoznanice šta bi njegovi *actus reus* i *mens rea* obuhvatali – smatrao neprimenjivim.²³ Kako je preovlašivalo stanovište da uporedivi delikt u Engleskoj štiti isključivo zvaničnu državnu crkvu, činjenica da je državna anglikanska Crkva Irske 1871. ukinuta potkrepljivala je ovaj stav.²⁴ Njega je naime zauzeo Vrhovni sud Irske 1999. godine, povodom privatne krivične tužbe kojom se tvrdilo da karikatura objavljena u novinama 'Independent Newspapers', koja prikazuje rimokatoličkog sveštenika kako juri za političkim liderima sa hostijom u rukama, dok oni njemu odmahuju hodeći ka progresom oslikanoj budućnosti, to čini na uvredljiv način.²⁵ Međutim, 2009. godine se donosi novi Defamation Act, koji u čl. 36 čini (istina samo novčano) kažnjivim namerno objavljivanje ili izjavljivanje blasfemnih sadržaja. Ovaj propis definiše ove sadržaje kao one koji su očigledno pogrdni ili uvredljivi u pogledu stvari koje

19 N. Cox: *op. cit.*, p. 747.

20 Drugi autori smatraju da je ovaj delikt već u samom začetku u angloameričkom pravu polazio od ideje zaštite javnog reda i mira, a ne same verske doktrine (B. D. Inglis /1956–1958/: *Religious Freedom and the Modern Law of Blasphemy*, *Victoria University of Wellington Law Review*, № 4, p. 230).

21 N. Doe, R. Sandberg /2008/: *The Changing Criminal Law on Religion*, *Law & Justice – The Christian Law Review*, № 1, p. 88–89.

22 *Ibid.*, p. 92.

23 Defamation Act od 1961. godine je predviđao odgovarajuće kazne, ali nije bio definisao obeležja delikta.

24 R. Sandberg, N. Doe: *op. cit.*, p. 977.

25 Vid. K. A. Rollinson /2011/: *An Analysis of Blasphemy Legislation in Contemporary Ireland and Its Effects upon Freedom of Expression in Literary and Artistic Works*, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, № 1, p. 202.

bilo koja religija smatra svetim, uz zahtev da time bude uvređen znatan deo vernika odnosno religije.

1.2. Nemačka i Austrija

Zemlje kontinentalnog pravnog kruga različito definišu krivičnopravnu zaštitu u sferi religijskih ubeđenja. U Nemačkoj su krivična dela koja se tiču povrede slobode ispovedanja vere i vršenja verskih obreda uređena u posebnoj glavi Krivičnog zakonika ('Krivična dela koja se odnose na religiju i svetonazor'). Kažnjivo je (novčanom kaznom ili zatvorom do dve godine) širenje spisa ili javno huljenje, na način podoban da naruši javni mir, sadržaja religioznog ispovedanja ili upražnjavanja pogleda na svet drugih lica, neke domaće crkve, religioznog društva ili udruženja sa [odgovarajućim] pogledom na svet, njihovih ustanova ili običaja (čl. 166 Krivičnog zakonika). Delo je imalo svoju primenu u praksi. Tako je poznat primer kažnjavanja (društveno-korisnim radom i uslovnom osudom) učinioca, koji je 2006. godine tekst Kurana odštampao na toaletni papir, i rolne poslao televizijskim stanicama i džamijama širom Nemačke.²⁶ Nemački pristup se u uporednoj literaturi uglavnom tumači kao rigidan, nalazeći se na potpuno suprotnom polu u odnosu na liberalnu američku praksu.²⁷

U Austriji se shodno čl. 188 Krivičnog zakonika (novčanom kaznom ili zatvorom do šest meseci) kažnjava javno ponižavanje ili ruganje, ponašanjem podobnim da pobudi opravdanu sablazan, licima ili stvarima, koji predstavljaju predmet poštovanja neke domaće crkve ili religioznog društva, zakonski priznatom običaju ili ustanovi takve crkve ili religioznog društva.²⁸ U praksi Evropskog suda za ljudska prava jedan od najpoznatijih slučajeva (*Otto-Preminger-Institut v. Austria* iz 1994. godine)²⁹ vezan je upravo za austrijsko pravo. Predstavka se ticala zabrane prikazivanja filma 'Das Liebeskonzil', ekranizacije drame Oskara Panice (Oskar Panizza) iz 1894. godine. U filmu je Bog Otac predstavljen kao senilni i impotentan starac, Hristos kao kreten, a Bogorodica kao bestidnica koja flertuje sa đavolom. Do zabrane je došlo po zahtevu javnog tužioca, a na temelju člana 188 Krivičnog zakonika.

26 Nemačkim Krivičnim zakonikom je obuhvaćeno i protivpravno uništenje ili oštećenje predmeta poštovanja nekog religioznog društva koje postoji u državi ili stvari koje su posvećene bogoslužju (čl. 304). U Švajcarskoj se slična krivična dela nalaze u grupi delikata protiv javnog mira. Tako se novčano kažnjava onaj ko: javno i na prostački način pohuli ili se naruga ubeđenju drugih u verskim stvarima, a naročito verovanju u Boga; obeščasti predmete religioznog poštovanja; zlonamerno spreči, omete ili javno naruži Ustavom zajamčenu radnju verskog obreda; zlonamerno obeščasti mesto ili predmet, namenjen Ustavom zajamčenom verskom obredu ili za neku radnju verskog obreda (čl. 261 Krivičnog zakonika).

27 P. Kapai, A. S. Y. Cheung /2009/: *Hanging in a Balance: Freedom of Expression and Religion*, *Buffalo Human Rights Law Review*, № 1, p. 61.

28 Kažnjivo je i vršenje izgreda, podobnog da pobudi opravdanu sablazan, na mestu posvećenom zakonski priznatom vršenju obreda neke domaće crkve ili religioznog društva, na predmetu neposredno posvećenom zakonski priznatom vršenju obreda neke domaće crkve ili religioznog društva, ili prilikom vršenja zakonski priznatog javnog bogoslužnja ili pojedinih radnji kojima se vrši bogoslužnje neke domaće crkve ili religioznog društva (čl. 189 austrijskog KZ).

29 Predstavka br. 13470/87, vid. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57897>. Vid. detaljnije R. A. Kahn /2011/: *A Margin of Appreciation for Muslims – Viewing the Defamation of Religions Debate through Otto-Preminger-Institut v. Austria*, *Charleston Law Review*, № 3, p. 418 i dalje.

Austrijski sud je zaključio da sloboda umetničkog izražavanja nije neograničena i da su u konkretnom slučaju, ostvarivanjem obeležja člana 188 KZ, ruglu izvrgnuti osnovni dogmati hrišćanske vere. Pored ukazivanja na uvredljivo denunciranje rimokatoličke moralnosti, zastupnik države je ukazao na značaj religije u Tirolu (stanovništvo Austrije čini 87% rimokatolika) i na neophodnost očuvanja javnog reda i mira, dok je podnosilac predstavke tvrdio da su uslovi prikazivanja filma (naplaćivanje ulaznica, pristup samo starijih od 17 godina) *a priori* onemogućavali da sadržaj bude dostupan licima koja to ne žele. Naglašavajući potrebu da se poštuju osećanja vernika, ESLJP je zaključio da država Austrija nije povredila slobodu izražavanja iz člana 10 Konvencije, i da je nekada i u demokratskom društvu neophodna mera koja sprečava neprilične napade na objekte religioznog obožavanja. 'Poštovanje religioznih osećanja vernika, garantovano članom 9 [Konvencije] može legitimno biti smatrano povređenim provokativnim portretisanjem objekta religioznog obožavanja, i takva portretisanja mogu se smatrati zlonamernim narušavanjem duha tolerancije, karakterističnim za demokratsko društvo'. U odluci se takođe ukazuje na obavezu izbegavanja izraza koji su neopravdano uvredljivi prema drugima, i koji ni na koji način ne doprinose bilo kojoj formi javne debate. Sličan pristup ESLJP izrazio je u više svojih kasnijih odluka.³⁰ Ova odluka je karakteristična po tome što je u njoj Sud izričito priznao religiozno osećanje kao mogući osnov za ograničenje slobode govora, ali ograničenje po ovom osnovu mora biti izuzetno. Kako jedan autor slikovito primećuje, 'pravo na slobodu religije ili uverenja [iz čl. 9 EKLJP] ne stavlja prećutno svim građanima dužnost da svagda uvažavaju svačiju religiju ili uverenje. Da bi se država legitimno suprotstavila šokirajućem ili uvredljivom govoru ili proglasu, mora biti pređen mnogo viši prag nego tvrđenje da su izvesni ljudi bili šokirani ili uvređeni, ili da će ljudi verovatno biti šokirani ili uvređeni'.³¹

1.3. Danska

2005. godine danske novine 'Jyllands-Posten' objavile su 12 karikatura koje satirično prikazuju proroka Muhameda. Tako se u jednoj od njih prorok Muhamed prikazuje sa turbanom u obliku bombe, dok u drugoj stoji na oblaku, vraćajući bombe samoubice, koji u redu čekaju da uđu u raj, objašnjavajući im 'da ih ne može primiti, jer u raju više nema devica'. Karikature su objavljene uz članak urednika za kulturu časopisa, Fleminga Rouza (Flemming Rose), posvećen upravo temi slobode izražavanja, i motivisan saznanjem da su u nekoliko prethodnih incidenata povezanih sa islamom mnogi autori, da bi izbegli provociranje muslimana, pribegavali autocenzuri. Stoga je ovaj čin predstavljao ciljanu provokaciju, sa idejom preispitivanja granica slobode izražavanja, u okruženju u kojem, prema rečima urednika, 'pojedinaac mora biti spreman da istrpi omalovažavanje, izrugivanje i ismejavanje'.³²

30 Vid. npr. *Wingrove v. the United Kingdom* (predstavka, br. 17419/90) i *İ.A. v. Turkey* (predstavka br. 42571/98).

31 J. Temperman /2011/: Freedom of Expression and Religious Sensitivities in Pluralist Societies: Facing the Challenge of Extreme Speech, *Brigham Young University Law Review*, № 3, p. 733.

32 Samo nekoliko godina ranije iste novine autocenzurisale su objavljivanje karikatura koje su se izrugivale Hristovom vaskrsenju, objašnjavajući to potencijalnom uvredenošću čitalaca hrišćana (D. Keane /2008/: Cartoon Violence and Freedom of Expression, *Human Rights Quarterly*, № 4, p. 869).

Objavljivanje ovih karikatura imalo je drastične posledice, jer je u protestima, koji su širom sveta usledili, stradalo, kako se smatra, više od 100 ljudi.

Predstavnici muslimanskih organizacija podneli su policiji krivičnu prijavu, tvrdeći da je 'Jyllands-Posten' svojim objavljivanjem povredio čl. 140 (blasfemija) i 266b (rasizam i govor mržnje) danskog Krivičnog zakona. Član 140 zabranjuje naime javno ismevanje ili vređanje verske doktrine ili radnji obožavanja bilo koje zakonom priznate verske zajednice u Danskoj, dok član 266b predviđa kažnjavanje onoga ko daje izjave kojom se grupi lica preta, ili se ona vređa ili degradira po osnovu svoje rase, boje kože, nacionalnog ili etničkog porekla, religije ili seksualne sklonosti. Međutim, nadležni javni tužilac nije pokrenuo krivični postupak, smatrajući da se u datim okolnostima mora uzeti u obzir i sloboda govora i činjenica da izdavanje karikatura nije imalo za cilj da omalovaži, već da pokrene javnu debatu.³³ Krivično delo blasfemije nije po mišljenju tužioca bilo ostvareno, jer se ismevanje ili omalovažavanje navodno moralo odnositi na konkretnu doktrinu (simvol vere, religijske tekstove itd.) ili religijsku praksu, preko koje se vera izražava, ali ne i na religijska osećanja koja sa ovima stoje samo u posrednoj vezi. U tom smislu, konstatovano je da u islamu ne postoji apsolutna zabrana crtanja proroka Muhameda, i da navodno samo pojedine islamske sekte prikazivanje njegovog lika smatraju bogohulnim.³⁴ Primećujući da pojedine karikature nisu samo oslikavale lik Muhameda, već su to činile na način koji može da predstavlja ismejavanje islamske doktrine i akata obožavanja, tužilac je svoju procenu da biće dela ipak nije bilo ostvareno zasnovao na vezi sa pratećim tekstom, koji je tvrdio da je cilj karikatura (istina, na provokativan način inicirano) pokretanje debate. U pogledu krivičnog dela iz člana 266 KZ, tužilac je smatrao da činjenica da je Muhamed bio prikazan sa turbanom u obliku bombe ne znači da su svi muslimani prikazani kao teroristi i nasilnici.³⁵

1.4. Sjedinjene Američke Države i Australija

U Sjedinjenim Američkim Državama su krivični postupci zbog blasfemije od XVII do XIX veka predstavljali retkost.³⁶ Od XIX veka, pak, moglo se tvrditi da je blasfemija kao common law delikt već imala drugorazredni značaj, s obzirom na ustavom proklamovanu odvojenost države i crkve, i činjenicu da je skoro svaka savezna država već bila unela odredbu kojom je vlastitim pravom smatrala samo ona common law pravila koja su joj odgovarala. To je omogućilo drugačije tumačenje blasfemije, i otvorilo mogućnost da njeno obličje u SAD ne mora nužno imati obri-

33 K. Boyle /2006/: The Danish Cartoons, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, № 2, p. 189. U Danskoj je pre ovog slučaja poslednja osuda za blasfemiju bila daleke 1938. godini, kada je jedan broj danskih nacista bio osuđen za ovo delo (čl. 140 tadašnjeg Krivičnog zakonika), zato što su, između ostalog, distribuirali materijal koji je lažno tvrdio da je Talmud Jevrejima dozvoljavao da prinudavaju nejevrejske žene na vršenje seksualnih odnosa (S. Lagoutte /2008/: The Cartoon Controversy in Context: Analyzing the Decisions Not to Prosecute under Danish Law, *Brooklyn Journal of International Law*, № 2, p. 379).

34 Vid. naročito D. Keane: *op. cit.*, p. 865.

35 S. Lagoutte, *op. cit.*, pp. 389–391.

36 Pojedini istraživači su npr. zabeležili tek desetak krivičnih progona u XVIII veku u čitavim SAD, da bi taj broj još više opao u XIX veku (S. Banner /1998/: When Christianity Was Part of the Common Law, *Law and History Review*, № 1, p. 33).

se koje je imalo u Engleskoj.³⁷ U praktičnoj primeni statutarnih delikata koji uvode savezne države pravila se razlika između neslaganja u verskim pitanjima, kao nekažnjivog izražavanja vlastitog mišljenja, i zlonamernog napada na hrišćanstvo, koje je moglo da proizvede posledice po javni red i mir. Kako je u međuvremenu u američkom društvu došlo do opadanja verske netolerancije i do udaljavanja države od hrišćanskih uzora, do nekog ozbiljnijeg narušavanja javnog reda i mira blasfemnim ispadima gotovo da i nije moglo doći, pa se to nužno odrazilo i na trend pomirljivijeg stava javnosti prema njima.³⁸

Ideja da pravo nauštrb slobode govora treba da zaštiti neki sistem verovanja – u SAD još uvek predstavlja jeres. Nasuprot gledištu Evropskog suda za ljudska prava i mnogih evropskih ustavnih sudova, eventualna uvredljivost upotrebljenih izraza u najvećem broju situacija ne može predstavljati razlog ograničenja slobode govora. Ovaj stav počiva na nekoliko argumenata. Najpre, sloboda govora predstavlja jedno od temeljnih načela američkog Ustava (prvi amandman). Svako ima pravo da kaže šta misli o bilo kojoj temi, što može biti redukovano samo izuzetno, ukoliko je govor ‘upravljen na podsticanje ili izazivanje neposredne nezakonite delatnosti i za koji je verovatno da će takvu delatnost podstaći ili izazvati.’³⁹ Sve što ne nosi sličnu neposrednu opasnost ili nema formu podstrekavanja – može biti slobodno izrečeno. U kojoj meri sloboda govora u SAD uživa primat pokazuje slučaj ‘National Socialist Party of America v. Village of Skokie’ iz 1977. godine,⁴⁰ gde je sud dozvolio šetnju američkih nacista kroz naselje pretežno naseljeno Jevrejima koji su preživeli Holokaust, smatrajući da nošenje simbola svastike takođe predstavlja vid slobode govora.

Jedan od poznatijih slučajeva blasfemije u australijskom društvu ticao se izlaganja fotografije američkog umetnika i fotografa Serana (Andres Serrano) 1997. godine, koja je nosila naslov ‘Piss Christ’. Fotografija je prikazivala Hristovo raspeće umočeno u crveno-žutu tečnost, za koju je autor objasnio da predstavlja njegov urin sipan u čašu.⁴¹ Arhibiskup Melburna (Rimokatoličke crkve) zahtevao je od suda zabranu izlaganja sporne fotografije u Nacionalnoj galeriji Viktorije, dok je upravnik galerije u odbranu izložbe tvrdio da je umetnik svojim radom hteo da preispita granice savremene duhovnosti, i da je fotografija štampana u mnogim eminentnim monografijama istorije savremene umetnosti. Odbijajući zahtev Rimokatoličke crkve, sud je istakao da ovde nije bilo ostvareno sastavno obeležje delikta, jer, pored uvredljivog sadržaja, blasfeman čin mora da prati i uvećanje rizika od narušavanja javnog reda i mira, pa čak eventualno i da prouzrokuje nered. To je, osim par izo-

37 *Ibid.*, p. 33.

38 *Ibid.*, p. 46.

39 *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969). Vid. detaljnije K. Greenawalt /1980/: *Speech and Crime*, *American Bar Foundation Research Journal*, № 4, p. 650 i dalje. Ovaj sudski presedan se ticao (kamerama snimljenog) okupljanja naoružanih pristalica Kju-kluks-klana u Ohaju 1964. godine, koji su palili krstove i držali zapaljive govore protiv Jevreja i crnaca. Ustavni sud SAD je ukinuo krivičnu osudu predvodnika grupe Brandeburga, smatrajući da je zagovaranje nasilnih metoda obračuna sa istomišljenicima bilo više apstraktna propaganda, a ne pripremanje grupe za neposredne nasilne akcije.

40 *National Socialist Party of America v. Village of Skokie*, 432 U.S. 43 (1977).

41 Autor je inače prethodno za isto delo u SAD bio čak nagrađen, a dobio je i donaciju programa United States National Endowment for the Arts.

lovanih ekscesa, za razliku od niza incidenata koji su pratili ovo 'umetničko' delo tokom njegovog prethodnog putešestvija po svetu,⁴² ovde navodno bilo izostalo.⁴³

2. MEĐUNARODNI PAKT O GRAĐANSKIM I POLITIČKIM PRAVIMA

Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (International Covenant on Civil and Political Rights), u SFRJ ratifikovan 1971. godine,⁴⁴ i stupio na snagu 1976., svakome garantuje pravo na slobodu izražavanja. Ovo pravo podrazumeva slobodu iznalaženja, primanja i širenja informacija i ideja svih vrsta, u usmenom, pismenom, štampanom ili umetničkom obliku, ili na bilo koji način po slobodnom izboru (čl. 19, st. 2). Istovremeno, ovo pravo može biti podvrgnuto i izvesnim ograničenjima, i to samo na osnovu zakona, i iz razloga: poštovanja prava ili ugleda drugih lica, zaštite državne bezbednosti, javnog reda, javnog zdravlja ili morala (čl. 19, st. 3). Prema Opštem komentaru Pakta od 2011. godine (br. 34, član 19: Freedoms of opinion and expression)⁴⁵ ograničenja slobode izražavanja u konkretnom slučaju moraju da budu nužna i proporcionalna, precizno uređena i tako formulisana da su svima jasna i dostupna. Treba uočiti da se i u ovom i u drugim relevantnim međunarodnim dokumentima iz ove oblasti pravi razlika između 'širenja informacija' i 'širenja ideja'. Dok se informacije tiču činjenica, ideje se odnose na izlaganje mišljenja i različitih vrednosnih sudova koji nisu podložni dokazivanju. Ovo razlikovanje je važno, budući da pitanja religioznog sadržaja najvećim delom spadaju u drugu kategoriju.⁴⁶

Sloboda izražavanja se odnosi i na govorni i na pismeni jezik, jezik znakova, kao i neverbalnu komunikaciju. U slučaju da se radi o ograničenju iz razloga morala, ne sme se raditi o konceptu koji potiče isključivo iz jednog predanja, već o nečemu što je zajedničko za više socijalnih, filozofskih i religioznih tradicija (komentar br. 32). Uobičajeno se smatra da se sloboda izražavanja tiče i umetničkog izražaja, kao vida neverbalne komunikacije (komentar br. 12) i razmene kulturnih ideja putem različitih formi (romana, pesme, slike, predstave itd.). Razumljivo, ograničenja ne smeju biti uvedena na temelju diskriminacije (komentar br. 26). Ovaj zahtev je od značaja, s obzirom na to da se time isključuje mogućnost da ustanovljena krivična dela, koja bi inkriminisala blasfemiju u ma kom vidu, štite isključivo jednu religiju, već se mora omogućiti ravnopravna zaštita i drugih, manjinskih veroispovesti.⁴⁷

42 Vid. detaljnije A. Fisher, H. Ramsay /2000/: Of Art and Blasphemy, *Ethical Theory and Moral Practice*, № 2, p. 137.

43 Igron ironije, ubrzo nakon takve odluke i obrazloženja vandali su delo oštetili, pa je galerija bila prinuđena da izložbu povuče, i to zbog straha da bi u nekom budućem napadu mogli biti povređeni zaposleni (J. Patrick /2011/: The Curious Persistence of Blasphemy, *Florida Journal of International Law*, № 2, p. 197).

44 'Službeni list SRFJ', br. 7/71.

45 [Http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/gc34.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/gc34.pdf)

46 Neki autori religiozne ideje smatraju drugačijim od filozofskih, praveći razliku između poznavanja činjenica, iznošenja mišljenja i vere (tako J. Oster: *op. cit.*, p. 143).

47 E. M. Aswad, R. Hussain, M. A. Suleman /2014/: Why the United States Cannot Agree to Disagree on Blasphemy Laws, *Boston University International Law Journal*, № 1, p. 136.

Komitet za ljudska prava UN (Human Rights Committee) se u komentaru 48 osvrnuo na odnos blasfemije i slobode izražavanja, ukazujući da su zabrane izražavanja nepoštovanja prema religiji ili drugom sistemu verovanja, uključujući tu i zakone o blasfemiji načelno nesaglasne sa Paktom, osim ukoliko nepoštovanje po svojoj suštini ne predstavlja zagovaranje nacionalne, rasne ili verske mržnje, koje podstiče na diskriminaciju, neprijateljstvo ili nasilje (čl. 20, st. 2 Pakta).⁴⁸ Naročito se smatra nedozvoljenim da se zakonima o blasfemiji vrši diskriminacija u korist jedne ili protiv druge religije ili sistema verovanja. Takođe, takve zabrane ne bi smele biti korišćene radi sprečavanja ili kažnjavanja kritike verskih vođa ili komentara o verskoj doktrini i dogmama vere. Ostaje međutim nejasno kada nepoštovanje prerasta u versku mržnju 'koja podstiče na diskriminaciju, neprijateljstvo ili nasilje'. Tako je u jednom primeru (*Faurisson v. France*), gde je jedan profesor književnosti, prekršio francusku inkriminaciju koja kažnjava negiranje zločina protiv čovečnosti, javno dovевši u pitanje politiku uništenja Jevreja i postojanje gasnih komora, Komitet zaključio da je ograničenje slobode govora bilo opravdano, jer se uvredljiv govor ticao 'zajednice u celi'. Date izjave su po mišljenju Komiteta bile takve prirode da su mogle 'da probude ili osnaže antisemitska osećanja', dok je zakonsko ograničenje slobode izražavanja 'služilo poštovanju jevrejske zajednice da živi bez straha od atmosfere antisemitizma'.⁴⁹ Očigledno je da se negiranje Holokausta oseća kao pretnja demokratskim institucijama Evrope koja nadilazi rizike koje iniciraju druge teme, ali ostaje nejasna granica ovog razlikovanja.⁵⁰ Pozivanje na potencijalno ugrožavanje stabilnosti zajednice je takođe vrlo zanimljivo, budući da se time jasno potvrđuje da se sloboda izražavanja može legitimno ograničiti i na temelju javnog interesa.⁵¹

3. REZOLUCIJE SAVETA EVROPE

Svojom Rezolucijom 1510(2006) koja se odnosi na slobodu izražavanja i poštovanje religioznog uverenja,⁵² iniciranoj u vreme intenziviranja pitanja slobode umetničkog izražavanja nakon objavljivanja karikatura proroka Muhameda u Danskoj, Parlamentarna skupština Saveta Evrope izjasnila se protiv daljeg ograničavanja slobode izražavanja, kako bi se izašlo u susret verskoj osetljivosti pojedinih religio-

48 Neki autori tumače da se ograničenje i ne može primeniti na blasfemno izražavanje. Naime, zabrana slobode izražavanja bila bi moguća samo ukoliko govor izaziva diskriminaciju, neprijateljstvo ili nasilje kod grupe istomišljenika, a ne i ukoliko suprotstavljena religiozna grupa, na koju se pogrдно izražavanje odnosi, nasilno reaguje na uvredljivi govor (E. M. Aswad, R. Hussain, M. A. Suleman: *op. cit.*, p. 139).

49 Communication No. 550/1993, U.N. Doc. CCPR/C/58/D/550/1993(1996). Vid. <http://hrlibrary.umn.edu/undocs/html/VWS55058.htm>.

50 Evropski sud za ljudska prava je takođe u više svojih odluka jasno potvrdio da inkriminisanje negiranja holokausta nije protivno čl. 10 EKLJP (M. Cheema, A. Kamran /2014/: *The Fundamentalism of Liberal Rights: Decoding the Freedom of Expression under the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Loyola University Chicago International Law Review*, № 2, p. 91).

51 S pravom J. Oster: *op. cit.*, p. 157.

52 Vid. <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-DocDetails-en.asp?FileID=17457&lang=en>.

znih grupa, ističući da je evropska civilizacija od vremena Prosvetiteljstva po svojoj prirodi *sekularna*.⁵³ U ovoj rezoluciji se ukazuje da su zakoni koji kažnjavaju blasfemiju i kritičan odnos prema religioznoj praksi i dogmama često imali negativan uticaj na naučni i socijalni progres (tač. 7), na koji je, kako se tvrdi, sloboda umetničkog izražavanja upravo obrnuto uticala vrlo pozitivno. Satiričnom i humorističkom izražavanju se pritom priznaje i nešto veći stepen slobode koji ne treba da bude smatran provokacijom (tač. 9). Nasuprot tome, kao ponašanje protivno osnovnim pravima i slobodama garantovanim Konvencijom identifikuje se isključivo *govor mržnje* prema nekoj religioznoj grupi (tač. 12).

I u svojoj Preporuci 1805(2007) o blasfemiji, religioznim uvredama i govoru mržnje protiv lica na osnovu njihove religije,⁵⁴ Parlamentarna skupština Saveća Evrope izričito ističe (tač. 4) da blasfemija kao uvreda religije ne bi trebalo da predstavlja krivično delo. Nacionalna prava bi trebalo da kažnjavaju isključivo ona izražavanja koja se tiču religioznih pitanja 'koja namerno i ozbiljno narušavaju javni mir i pozivaju na javno nasilje' (tač. 15).

Najkonkretnija u tumačenju odnosa slobode izražavanja i blasfemnog postupanja bila je Venecijanska komisija, u svom Izveštaju o odnosu između slobode izražavanja i slobode religije, u pogledu uređivanja i gonjenja blasfemije, religiozne uvrede i podsticanja religiozne mržnje od 2008. godine,⁵⁵ sačinjenom na temelju iscrpne analize evropskih krivičnih zakonodavstava u ovoj materiji. U ovom izveštaju, naime, pravi se razlika između tri tipa blasfemnih ponašanja: blasfemije (u užem značenju), kao iskazanog prezira ili nepoštovanja božanstva, koja štiti religioznu ideju po sebi, i koju krivično kažnjava tek manji broj evropskih država; religioznog vređanja, koje se razume kao nipodaštavanje po osnovu verske pripadnosti ili kao povreda verskih osećanja, i koje kažnjava približno polovina evropskih zemalja; i podsticanja religiozne mržnje, koje kažnjavaju gotovo sve evropske države. Prema mišljenju Komisije, jedino podsticanje verske mržnje zasluhuje da bude kažnjeno kao krivično delo. Napadi na religije po ovom tumačenju ne zasluhuju posebnu zaštitu, jer sistemi ideja i verovanja nisu podobni titulari prava. Transcendentno biće ne može da predstavlja objekt pravne zaštite, jer se eventualna povreda njegove časti ili ugleda vređanjem ne može pravno verifikovati. Čak i gruba i nerazumna kritika mišljenja, sistema verovanja i institucija, dok god ne predstavlja promociju mržnje prema pojedincima i grupama, treba da ostane izvan krivičnopravne zaštite.⁵⁶

S druge strane, odbacivanje kažnjivosti drugog tipa blasfemije ne čini nam se ubedljivo potkrepljeno. Vređanje 'verskih osećanja' predstavlja samo jedan segment sveukupnog ljudskog dostojanstva. Ljudsko dostojanstvo, osećanje svakog pojedin-

53 Vid. u tom smislu u domaćoj literaturi naročito D. Simović, B. Simeunović-Patić /2017/: *Normative Sacred Versus Real Desecularisation – Road to (In)tolerant and (Un)violent Serbian Society*, u: *Politikologija religije. 10 years of the Politics and Religion Journal Conference proceedings*, Beograd, str. 102 i dalje.

54 <http://www.assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-DocDetails-en.asp?FileID=17569&lang=en>.

55 Study 406/2006, adopted by the Venice Commission at its 76th Plenary Session, 17–18 October 2008 ([http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2008\)026-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2008)026-e)).

56 *Blasphemy, insult and hatred: finding answers in a democratic society*, Venice Commission, Council of Europe, 2010, p. 27.

ca o vlastitoj vrednosti i poštovanju koje kao član društva uživa, predstavlja skup različitih vrednosti, koji se uvek može rastaviti na svoje pojedinačne sastojke, npr. nacionalnu, polnu, profesionalnu, kulturnu i drugu čast. Otuda, ako se, kako se i u Izveštaju (Venecijanske komisije) uostalom priznaje, uvreda i dalje smatra (krivično ili prekršajno) kažnjivom u svim evropskim državama, može se postaviti pitanje po čemu bi to vređanje koje se tiče dostojanstva čoveka u pitanjima vere zasluživalo drugačiji pravni tretman. U tom smislu, inkriminisanje izlaganja poruzi pojedinca zbog nekog njegovog ličnog svojstva (rase, boje kože, nacionalnosti, etničkog porekla, ali i vere ili nekog drugog ličnog svojstva), kako to npr. čini srpski zakonodavac u čl. 174 Krivičnog zakonika, i to uz dopunski uslov da izlaganje poruzi bude javno, predstavlja tek preciziranje krivičnopravne zaštite časti i ugleda.

Krivično delo iz čl. 174 srpskog KZ inkriminiše ne samo javno izlaganje poruzi pojedinca – već i (nacionalne, etničke, rasne, verske ili druge) *grupe*. Definisane kada je konkretno povređena čast i ugled neke grupe svakako je opterećeno poteškoćama koje se ne sreću u slučaju uvređenosti individue, koja se redovno doživljava subjektivno. Ne treba međutim zaboraviti da pravna lica i institucije mogu biti objekti krivičnopravne zaštite u ovoj sferi. Mnoga zakonodavstva kažnjavaju izlaganje poruzi nacionalnih simbola ne samo domaće već i stranih država, kao što se nekada (kao u srpskom pravu, čl. 175 KZ) u tom pogledu štiti čak i ugled međunarodnih organizacija.

Jedno od pitanja tiče se i eventualnog odabira ličnih svojstava čije (javno) omalovažavanje zaslužuje pojačanu zaštitu. U literaturi se često ukazuje da je versko ubeđenje, za razliku od drugih potencijalno diskriminatornih svojstava čoveka (rase, boje kože ili etničkog porekla), podložno promeni, i da već zbog te okolnosti ne zaslužuje da sa ovima bude u istoj ravni. Zaista, za razliku od pripadnosti npr. određenoj rasi, Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima (u čl. 18) garantuje pravo pojedincu da svoje religijsko ubeđenje i *promeni*. Reč je o segmentu slobode savesti, koja podrazumeva da čovekova uverenja mogu evoluirati. U pravcu uspostavljanja razlike između religioznog uverenja i drugih svojstava ličnosti iznose se i drugi argumenti. Tako se recimo ističe da je jedan od osnovnih ciljeva većine religija ubeđivanje nevernika u ispravnost i snagu zastupanog uverenja. Utoliko religioznost prati izvesna *kompetitivnost*, gde se o nužno moraju praviti izvesna poređenja sa drugim veroispovestima o prirodi božanstva, poreklu sveta, moralnom životu u zajednici i tsl.⁵⁷ Sličnih 'pratećih' karakteristika u slučaju 'nepromenljivih' svojstava ličnosti – navodno redovno nema.

Ipak, ostaje otvoreno da li je ovo razlikovanje takve snage da raspoluti uobičajeno grupisanje verske diskriminacije sa drugim tradicionalnim ličnim svojstvima građana.⁵⁸ U odnosu na neizmenjivost ličnog svojstva mnogo je značajnije to da li se radi o nečemu po čemu se pojedinac ili zajednica primarno identifikuju.⁵⁹ Ne-

57 Tako I. Hare /2009/: *Blasphemy and Incitement to Religious Hatred: Free Speech Dogma and Doctrine*, in: *Extreme Speech and Democracy*, Oxford – New York, p. 308.

58 Neki autori uobičajeno izdvajanje zaštite rase u odnosu na druga lična svojstva čak smatraju diskriminatornim (vid. A. Clooney, P. Webb /2017/: *The Right to Insult in International Law*, *Columbia Human Rights Law Review*, № 2, p. 38).

59 S pravom N. Cox: *op. cit.*, p. 760.

sumnjivo je da to može biti i religija. Uostalom, u slučaju mnogih verskih doktrina (npr. judaizma ili sikizma) su religiozni i etnički momenat u toj meri neraskidivo povezani – da ih je gotovo nemoguće smisljeno odvojiti.⁶⁰

4. PRAKSA EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

Nije sporno da je između slobode izražavanja i slobode veroispovesti potrebno uspostaviti takav odnos koji omogućava da svako od navedenih prava bude uživano u najvećem mogućem obimu, do granice kada se povređuje drugo pravo. Ipak, ovu granicu nije jednostavno odrediti. Pritom, rasprava o odnosu ovih sloboda sve je više opterećena radikalnim liberalnim pristupom, u okviru kojeg se sve češće *a priori* ističe kako su sloboda izražavanja, štampe ili umetničkog izražavanja *apsolutne*, i da kao takve ne trpe nikakva ograničenja.⁶¹ Tako nešto, međutim, ne proizlazi niti iz postojećih međunarodnih dokumenata, niti odgovara kulturnoj raznovrsnosti i činjenici da se savremena društva u vladajućim pogledima na svet i dalje značajno razlikuju. Ljudska prava zadobijaju drugačije obrise u različitim sredinama. Nerazumno ignorisanje ovih razlika, uz pozivanje ne nekakvu idealizovanu slobodu govora, u savremenom svetu nije ostvarivo i predstavlja običnu utopiju.⁶² Načelno, koncept slobode mišljenja, govora i izražavanja po prirodi stvari ne trpi ograničenja koji bi počivala na vrednovanju 'kvaliteta' izrečenog, ili stvarne ili pretpostavljene moralne ocene da je sadržina 'pogrešna' ili 'loša'. Ono što se iznosi može biti potpuno bezvredno, ili čak i apsurdno. Međutim, sužavanje slobode je svakako zamislivo ako sadržaj povređuje prava trećih lica ili društvene zajednice, ili kada postoji opasnost da do slične povrede dođe.⁶³

Evropska konvencija o ljudskim pravima utvrđuje da pravo na slobodu izražavanja, kao pravo na slobodu posedovanja sopstvenog mišljenja, primanja i saopštavanja informacija i ideja, povlači za sobom i izvesne dužnosti. Ovo pravo se, naime, može podvrgnuti ograničenjima ili kaznama propisanim zakonom i neophodnim u demokratskom društvu u interesu nacionalne bezbednosti, teritorijalnog integriteta ili javne bezbednosti, radi sprečavanja nereda ili kriminala, zaštite zdravlja ili mo-

60 Slične nedoumice su primera radi i uslovile da kažnjavanje podsticanja na rasnu mržnju u Engleskoj i Velsu bude 2006. godine (kroz Racial and Religious Hatred Act) dopunjeno podsticanjem na versku mržnju. Naime, smatralo se anomalijom to što važeći Public Order Act (od 1986.) štiti samo one grupe koje se identifikuju i kao religija i kao rasa, dok je širenje mržnje prema hrišćanima, muslimanima, hinduistima ili rastafarijancima ostalo izvan obuhvata zakona (K. Goodall /2007/: *Incitement to Religious Hatred: All Talk and no Substance?*, *Modern Law Review*, № 1, p. 93; D. Nash, C. Bakalis /2007/: *Incitement to Religious Hatred and the 'Symbolic': How will the Racial and Religious Hatred Act 2006 Work?*, *Liverpool Law Review*, № 1, p. 352).

61 Više primera radi vid. J.-A. Prud'homme /2010/: *Policing Belief. The Impact of Blasphemy Laws on Human Rights*, Freedom House, p. 3.

62 S pravom Y. Kwanghyuk /2017/: *When Does Cultural Satire Cross the Line in the Global Human Rights Regime: The Charlie Hebdo Controversy and Its Implication for Creating a New Paradigm to Assess the Bounds of Freedom of Expression*, *Brooklyn Journal of International Law*, № 2, p. 804.

63 S pravom C. Hillgruber /2016/: *Legal Limits of a Permissible Criticism of Religion*, *German Law Journal*, № 2, p. 268.

rala, zaštite ugleda ili prava drugih, sprečavanja otkrivanja obaveštenja dobijenih u poverenju, ili radi očuvanja autoriteta i nepristrasnosti sudstva (čl. 10, st. 2). Evropski sud za ljudska prava svako ograničenje prava na slobodu izražavanja ispituje iz ugla tri relevantna uslova: propisanosti ograničenja zakonom, njegove legitimnosti i njegove neophodnosti u demokratskom društvu. Odluke nacionalnih organa i sudova biće utoliko opravdane samo ukoliko njima učinjeno ograničenje ima zakonsko pokriće (zakonom je propisano), upravljeno je radi ostvarenja izvesnih priznatih društvenih razloga (cilj mu je legitiman), proporcionalno je cilju i rezultat je neodložne socijalne potrebe (neophodno je u demokratskom društvu).⁶⁴

Osim ovih pretpostavki, mora postojati i proporcionalnost između primenjene sankcije i učinjenog nedela, kao što, s druge strane, mera ne sme biti diskriminatorna. U tom smislu, treba imati u vidu da se u evropskim krivičnim zakonodavstvima, koja istraju na sličnim inkriminacijama, kazne za blasfemiju po pravilu nalaze u nižim rasponima u odnosu na potencijalno maksimalne kazne. Štaviše, tu se sudovi najčešće i ne odlučuju na kaznu zatvora, već na novčane ili uslovne kazne. Stoga će tu uslov proporcionalnosti redovno biti ispunjen.⁶⁵ Krivično sankcionisanje u tom smislu predstavlja *ultima ratio*, naročito u odnosu na eventualne administrativne sankcije. Na planu diskriminacije, nije prihvatljivo da manjinske verske grupe uživaju niži nivo zaštite u odnosu na većinsku denominaciju.⁶⁶

Kako se evropska društva odlikuju nezanemarljivim kulturnim i verskim razlikama i drugačijim moralnim vrednostima, zbog čega u pogledu mnogih pitanja nije postignut konsenzus, nacionalnim vlastima se priznaje izvesno polje slobodne procene (*margin of appreciation*), podložno kontroli Suda, u kojem se ograničenje garantovane slobode smatra izrazom lokalne i kulturne osobenosti i faktičkih okolnosti karakterističnih za određeno društvo. Vlasti neke države su često u boljoj poziciji od međunarodnih sudija da saglasno specifičnostima određene sredine vrednuju koje je ograničenje slobode izražavanja u datim okolnostima bilo neophodno. Evropsko društvo još uvek ne predstavlja homogenu celinu, već se u njemu susreću značajne razlike na planu pravnog i moralnog sistema normi. Ova margina utoliko predstavlja varijabilnu vrednost. Što je neko pravo bliže onome što se smatra jezgrom demokratskih vrednosti (npr. izražavanje političkog stava) ona je uža, dok će, s druge strane, u pogledu određenih prava (npr. kulturno, umetničko ili izražavanje u reklamne ili druge komercijalne svrhe) samovlasnost države da diskreciono vrednuje konflikt nekog pojedinačnog prava i društvenih interesa biti šire postavljena. Ova margina dotiče i granice slobode izražavanja u verskim pitanjima. Nije moguće – kako ističe u jednoj svojoj karakterističnoj odluci ESLJP – doći do obuhvatne definicije šta čini dopustivo uplitanje u vršenje prava na slobodu izražavanja, tamo

64 Vid. I. Leigh /2011/: *Damned if they do, Damned if they don't: the European Court of Human Rights and the Protection of Religion from Attack, Res Publica*, № 1, p. 56.

65 Razume se, kako kazne rastu raste i mogućnost da se između primenjene sankcije i učinjenog nedela zaključi nesrazmernost (R. A. Kahn /2011/: *op. cit.*, p. 440). Kazne propisane za blasfemiju u islamskim državama ni u kom slučaju ne bi mogle da zadovolje dati uslov, budući da se tamo slični ispadi neretko kažnjavaju doživotnim zatvorom ili smrtnom kaznom. U svakom slučaju, vredanje islama tu spada u najteže zločine.

66 Vid. J. Oster: *op. cit.*, pp. 169–170.

gde je ovo izražavanje upravljeno protiv religioznih osećanja drugih. Zbog toga nacionalnim vlastima mora biti ostavljen izvestan slobodan prostor ocene u pogledu postojanja i domašaja neophodnosti takvog uplitanja.⁶⁷

Štaviše, upravo se u pogledu izražavanja u verskim pitanjima ova margina pokazuje kao nešto elastičnija.⁶⁸ Šta će predstavljati uvredu za lice određene veroispovesti može se, zavisno od vremena i mesta gde je radnja preduzeta, značajno razlikovati, tako da pitanje granica slobode izražavanja teško može zaobići kulturnu posebnost odnosno sredine, gde upravo nacionalni sudovi imaju najbolji uvid da li su i u kojoj meri povređena religiozna osećanja građana. Tako u pomenutom slučaju *Wingrove v. United Kingdom* sud naglašava da je za razliku od malog prostora za ograničenje političkog govora ili debate u stvarima od javnog interesa, u pitanjima koja su podobna da povrede intimna uverenja u sferi moralnosti, a naročito religioznosti, državama ugovornicama na raspolaganju načelno širi prostor vrednovanja. Pretpostavka 'neophodnosti' ograničavanja slobode izražavanje naročito može biti branjena u sredinama opterećenim ranijim verskim sukobima, kako bi se i u budućnosti sprečili ratovi i građanski nemiri.⁶⁹ U svakom slučaju, dosadašnja praksa suda ukazuje da je najčešće uvažavano većinsko religiozno osećanje u odnosnom regionu ili državi.

Da li je u konkretnom slučaju slobodu govora po ovom osnovu bilo neophodno ograničiti, utvrđuje se prema okolnostima konkretnog slučaja, uzimajući u obzir različite relevantne okolnosti, kao npr. da li sadržaj (uvredljive) izjave predstavlja pitanje od javnog značaja, da li se isti sadržaj mogao izneti i nekim manje agresivnim načinom, koja je verovatnoća da će (uvredljiva) izjava podstaći neku protivpravnu radnju ili nasilje, kakva je verodostojnost onoga što se tvrdi.⁷⁰

I pored toga što Evropska konvencija o ljudskim pravima izričito dopušta da sloboda izražavanja može biti ograničena i iz razloga zaštite *moralna*, ova mogućnost se često nastoji zaobići diskreditovanjem moralnih vrednosti po sebi.⁷¹ Tako se i u

67 *Otto-Preminger-Institut v. Austria*, predstavka br. 13470/87. Ova posebnost naročito se priznaje tamo gde izlaganje ima obličje govora mržnje ili se tiče pitanja javnog morala (*O. Bakircioglu /2007/*: The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases, *German Law Journal*, № 7, pp. 726–727; *W. Fuhrmann /2000/*: Perspectives on Religious Freedom from the Vantage Point of the European Court of Human Rights, *Brigham Young University Law Review*, № 3, p. 830).

68 To primećuje i *T. Marinković /2017/*, u: *Komentar Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda*, Beograd, str. 264. *Ortner* npr. smatra da ova margina u verskim pitanjima ne sme biti veća nego u slučaju političkog govora (*D. Ortner /2016/*: Conscientious Offenders: Russia's Ban on Extremist Religious Literature, and the European Court of Human Rights, *Virginia Journal of International Law*, № 1, p. 180).

69 S pravom *N. McLaughlin /2010/*: Spectrum of Defamation of Religion Laws and the Possibility of a Universal International Standard, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, № 3, p. 421.

70 *Upor. J. Oster: op. cit.*, p. 159. Ovaj autor u krug relevantnih pitanja uvršćuje i to da li objavljeni materijal predstavlja lično gledište autora, ili se samo radi o publikovanju tuđih autorskih priloga. Naime, vrlo često se postupci u nacionalnom pravosuđu vode ne protiv samih autora, već protiv izdavača i odgovornih urednika koji su sporni sadržaj objavili. Njihova odgovornost bi se prema srpskom pravu vrednovala prema čl. 38–41 KZ.

71 Pojedini autori (vid. npr. *D. Ortner: op. cit.*, p. 176) dopuštanje ograničenja slobode govora iz razloga morala smatraju slabom tačkom Konvencije, koja omogućava zloupotrebu od strane država, zagovarajući preispitivanje propisanih ograničenja.

materiji ograničenja slobode izražavanja o religioznom u literaturi postavlja pitanje zbog čega bi se ovde uopšte priznao slobodan prostor delovanja nacionalnim državama, kada su u pogledu mnogih drugih prava (npr. homoseksualaca) uporedivi konzervativni pristup i pozivanje na nekakvu slobodu procene u pitanjima morala potpuno isključeni.⁷² Nema sumnje da sloboda ispoljavanja vere, garantovana svakome, ne podrazumeva da nije moguće kritičko izražavanje o verskim dogmama. Vernici moraju imati toleranciju i razumevanje u pogledu mogućnosti da drugi ne dele njihovo religiozni stav, i da ovo svoje neslaganje mogu javno da izraze. To međutim ne znači da način na koji se neko izražava o religijskim uverenjima drugih nije podložan redukciji. I oni koji sa veroispovedanjem drugih nisu saglasni moraju ispoljiti tolerantnost, što je uostalom i odlika demokratskog društva, na koje se poziva čl. 10, st. 2 Konvencije. To potvrđuje i odluka Evropskog suda za ljudska prava u predmetu *Otto-Preminger-Institut v. Austria*. Sloboda veroispovesti ne podrazumeva pravo da dogmati vere ne budu izloženi kritičkom sudu javnosti. 'Oni [verujući] moraju trpeti i pomiriti se sa poricanjem svojih religioznih uverenja, i čak sa time da drugi propagiraju doktrine neprijateljske prema njihovoj veri.'⁷³ U tom smislu, u praksi Evropskog suda za ljudska prava ustanovljen je standard da sloboda izražavanja ne podrazumeva isključivo načine saopštavanja koji se mogu smatrati neagresivnim i bezazlenim, već i takve koji 'šokiraju, ljute ili uznemiravaju' (shock, offend or disturb), i koji se mogu smatrati kontroverznom i provokativnim.⁷⁴

Ovaj momenat slobode izražavanja, kako se smatra, ukazuje na pluralizam, tolerantnost i širokogrudost (pluralism, tolerance and broadmindedness) kao karakteristike demokratskog društva. U više svojih odluka ESLJP je potvrdio takav pristup. Tako je u predmetu *Giniewski v. France*⁷⁵ sud zaključio da je povezivanje rimokatoličke doktrine (papske enciklike) sa antisemitizmom i nacističkim zločinima imalo više kritički prizvuk,⁷⁶ što nije opravdavalo kažnjavanje. I u predmetu *Klein v. Slo-*

72 I. Leigh: *op. cit.*, p. 57.

73 Sporno je da li sloboda veroispovesti i sloboda izražavanja mišljenja mogu da kolidiraju na način kako to prikazuje navedena odluka. U njoj se naime tvrdi da 'u ekstremnim slučajevima efekat... pobijanja ili negiranja religioznih uverenja može sprečiti one koji ta uverenja zastupaju da ih zastupaju i izražavaju'. Drugim rečima, logika odluke polazi od toga da ne samo da granice slobode izražavanja mogu biti povređene bogohulnim izrazima, već da takvim postupanjem može biti ugroženo i pravo na samo ispovedanje vere. U tom smislu bi, dakle, sloboda ispovedanja vere iz člana 9 Konvencije, iako osmišljena kao spoljašnje manifestovanje verskog ubeđenja, imala i dimenziju uživanja pasivnog prava da interno religiozno osećanje ne bude povređeno. Ovakvo obrazloženje, koje u osnovi tvrdi da se blasfemijom može povrediti pravo vernika da svoju veroispovest *praktikuje*, u literaturi je snažno kritikovano (tako P. W. Edge /1998/: *The European Court of Human Rights and Religious Rights, International and Comparative Law Quarterly*, № 3, p. 682; I. Leigh: *op. cit.*, p. 66; R. Post /2007/: *Religion and Freedom of Speech: Portraits of Muhammad, Constellations*, № 1, p. 79). Zaista, možemo se složiti sa tim da je, bar iz ugla doktrine ljudskih prava i tumačenja EKLJP, pitanje blasfemnog izražavanja nužno posmatrati prvenstveno iz ugla ograničenja slobode izražavanja i saopštavanja informacija (čl. 10, st. 2 Konvencije), a ne kroz ograničenja slobode ispovedanja vere.

74 Vid. *Handyside v. The United Kingdom*, predstava br. 5493/72, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57499>.

75 Predstavka br. 64016/00, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-72216>.

76 U spornoj izjavi je rečeno da 'mnogi hrišćani priznaju da antijudaizam i doktrina ispunjenja Starog zaveta u Novom vode antisemitizmu, i da su pripremili teren u kojem se začela ideja i ostvarenje Aušvica.'

vakia⁷⁷ je takođe zaključeno da dovođenje u vezu rimokatoličkog nadbiskupa sa tajnom policijom prethodnog komunističkog režima, njegovo nazivanje ‘ljudožderom’, i čuđenje zašto pristojni rimokatolici ne napuste crkvu ‘nije ocrnilo sadržaj njihovog [rimokatolikâ] religioznog verovanja’.

To se međutim ne odnosi na one akte koji su ‘neopravdano uvredljivi’ (gratuitously offensive) prema drugima, i koji, kao takvi, stoga narušavaju njihova prava. U najvećem broju slučajeva blasfemije se upravo radi o izlišnom nipodaštavanju verskih osećanja drugih. Neki sadržaj nije blasfeman zato što je šokantan, uvredljiv ili uznemiravajući, već zato što je njegov autor prema načinu saopštavanja želeo da se naruga onome što drugi smatra svetinjom.⁷⁸ U praksi ESLJP do sada su primenjena dva merila ‘neopravdane uvredljivosti’.⁷⁹ U prvom, primenjenom u predmetu *Ā.A. v. Turkey*,⁸⁰ ograničenje slobode izražavanja zaključeno je na temelju *faktičke nezasnovanosti* onoga što se iznosilo. Tu je podnosilac predstavke bio turski izdavač, koji je bio krivično osuđen za blasfemiju prema čl. 175 turskog Krivičnog zakonika, zato što je u objavljenoj knjizi između ostalog ukazivano da je prorok Muhamed prekidao svoj post kako bi nakon obroka a pre molitve imao seksualne odnose, uz naglašavanje da Muhamed nije zabranjivao seksualne odnose sa leševima i životinjama. Zaključujući da je primenjena sankcija predstavljala rezultat socijalne potrebe, takve opaske ESLJP je smatrao ne samo provokativnim, već ‘pogrdnim napadom’ (abusive attack), budući da one nisu počivale na istorijski zasnovanim podacima iz života Muhameda.

Drugi kriterijum više se tiče *načina* na koji je izražavanje učinjeno. Tako je u jednom predmetu (*Vejdeland and others v. Sweden*)⁸¹, istina ne u pogledu religioznog izražavanja, istaknuto gledište da postoji dužnost da se ‘izbegavaju izjave koje su neodrživo uvredljive prema drugima’ (unwarrantably offensive to others). Iako je prihvaćeno da je cilj podnosioca da promoviše debatu o objektivnosti obrazovanja u Švedskoj bio legitiman, anti-homoseksualni leci, u kojima se ukazivalo na ‘devijantnu seksualnu sklonost’ koja ima ‘moralno destruktivni uticaj na srž društva’, uz tvrđenje da je homoseksualnost jedan od glavnih razloga za širenje HIV-a i side, te da je homoseksualni lobi hteo da minimizuje pedofiliju – sadržali su ‘ozbiljne i pristrasne optužbe’, zbog čega je krivična osuda prema švedskom Krivičnom zakoniku (odjeljak 16, čl. 8) ocenjena kao primerena.⁸² Sudu je zasmetalo to što su pamfleti sa spornim sadržajem ostavljanjem u školske ormariće bili učenicima ‘nametnuti’, i to što su učenicima bili u ‘prijemljivoj i osetljivoj dobi, bez mogućnosti da ih prihvate ili odbiju’.

Komentatori su uglavnom saglasni u tumačenju značaja slobode izražavanja za demokratski karakter jedne zajednice. Ipak, mora se priznati da tolerantnost i širokogrudost u pogledu uvažavanja drugačijih ubeđenja stoji u korelaciji sa prirodom

77 Predstavka br. 72208/01, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-77753>.

78 E. B. Coleman /2011/: The Offenses of Blasphemy: Messages in and through Art, *Journal of Value Inquiry*, № 1, p. 70.

79 I. Cram /2009/: The Danish Cartoons, Offensive Expression, and Democratic Legitimacy, in: *Extreme Speech and Democracy*, Oxford – New York, p. 325.

80 Predstavka br. 42571/98, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-70113>.

81 Predstavka br. 1813/07, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109046>.

82 U konkretnom slučaju podnosioci predstavke su novčano kažnjeni od 200 do 2.000 evra.

tih ubeđenja. Tako postoji saglasnost da politički govor, primera radi, može biti vrlo robustan, ali se to dovodi u vezu sa tim da je agresivno predstavljanje političkih stavova u raspravi uglavnom dobrodošlo, dok je, s druge strane, agresivno ubeđivanje drugih da promene svoju veru, kao vid prozelitizma, podložno različitim ograničenjima.⁸³ Iako zaključak da neopravdano uvredljivi iskazi mogu redukovati slobodu govora liberalnom pogledu može delovati neprihvatljiv, ne treba zaboraviti da se i američkom društvu primenjuju slični testovi, koji slobodu izražavanja dovode u vezu sa socijalnim značajem izgovorenog.⁸⁴

5. ZAKLJUČNE NAPOMENE

Kako možemo primetiti, i pored snažnih nastojanja da se *de lege ferenda* u uporednom zakonodavstvu napusti kažnjivost blasfemnog izražavanja, i promoviše apsolutna neprikosnovenost slobode izražavanja, i po cenu vređanja religioznih osećanja građana, postojeći međunarodni dokumenti i aktuelna sudska praksa pokazuju izvestan oprez u definisanju granica ove slobode. Ako Evropska konvencija o ljudskim pravima već dopušta brojna ograničenja slobode izražavanja, uključujući tu i interese javne bezbednosti, sprečavanja nereda, zaštite morala ili zaštite ugleda, iz ugla krivičnopravne zaštite bi bilo potpuno nerazumno da nosioci kriminalne politike u jednom društvu, često višekonfesionalnom i osetljivom na ispade koji potresaju verska osećanja i krhku stabilnost zajednice, potpuno prenebregnu izrugivanje suštinskim sadržajima veroispovedanja. S druge strane, ne može se sporiti da se u savremenom obezboženom evropskom društvu sve manje oseća neophodnost krivičnopravne zaštite takvih vrednosti, pa se eventualne inkriminacije više vezuju za potencijalne posledice ispada po javni red i mir. Neke konačne zaključke nije moguće izvesti bez ozbiljnije analize argumentacije zastupljene u diskusiji, ali isključivi pristup, koji bi zanemario postojeći normativni okvir, zalažući se za neograničenu slobodu izražavanja, svakako ne bi predstavljao dobro polazište.

LITERATURA

- Aswad E. M., Hussain R., Suleman M. A. /2014/: Why the United States Cannot Agree to Disagree on Blasphemy Laws, *Boston University International Law Journal*, № 1
- Bakircioglu O. /2007/: The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases, *German Law Journal*, № 7
- Banner S. /1998/: When Christianity Was Part of the Common Law, *Law and History Review*, № 1
- Beširević V. et al. /2017/: *Komentar Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda*, Beograd

83 P. G. Danchin /2008/: Of Prophets and Proselytes: Freedom of Religion and the Conflict of Rights in International Law, *Harvard International Law Journal*, № 2, p. 269.

84 U tom smislu, Kan upoređuje ovaj kriterijum sa testom koji su američki sudovi relativno uspešno primenjivali u pogledu opscenog izražavanja ('utterly without redeeming social importance test'). Vid. R. A. Kahn /2011/: *op. cit.*, p. 440.

- Blasphemy, insult and hatred: finding answers in a democratic society*, Venice Commission, Council of Europe, 2010
- Boyle K. /2006/: The Danish Cartoons, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, № 2
- Cheema M., Kamran A. /2014/: The Fundamentalism of Liberal Rights: Decoding the Freedom of Expression under the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, *Loyola University Chicago International Law Review*, № 2
- Clooney A., Webb P. /2017/: The Right to Insult in International Law, *Columbia Human Rights Law Review*, № 2
- Coleman E. B. /2011/: The Offenses of Blasphemy: Messages in and through Art, *Journal of Value Inquiry*, № 1
- Cox N. /2014/: Blasphemy, Holocaust Denial, and the Control of Profoundly Unacceptable Speech, *American Journal of Comparative Law*, № 3
- Cram I. /2009/: The Danish Cartoons, Offensive Expression, and Democratic Legitimacy, in: *Extreme Speech and Democracy*, Oxford – New York
- Danchin P. G. /2008/: Of Prophets and Proselytes: Freedom of Religion and the Conflict of Rights in International Law, *Harvard International Law Journal*, № 2
- Doe N., Sandberg R. /2008/: The Changing Criminal Law on Religion, *Law & Justice – The Christian Law Review*, № 1
- Edge P. W. /1998/: The European Court of Human Rights and Religious Rights, *International and Comparative Law Quarterly*, № 3
- Feinberg J. /1985/: *The Moral Limits of the Criminal Law. Volume 2. Offense to Others*, New York
- Fisher A., Ramsay H. /2000/: Of Art and Blasphemy, *Ethical Theory and Moral Practice*, № 2
- Fuhrmann W. /2000/: Perspectives on Religious Freedom from the Vantage Point of the European Court of Human Rights, *Brigham Young University Law Review*, № 3
- Goodall K. /2007/: Incitement to Religious Hatred: All Talk and no Substance?, *Modern Law Review*, № 1
- Greenawalt K. /1980/: Speech and Crime, *American Bar Foundation Research Journal*, № 4
- Hare I. /2009/: Blasphemy and Incitement to Religious Hatred: Free Speech Dogma and Doctrine, in: *Extreme Speech and Democracy*, Oxford – New York
- Hillgruber C. /2016/: Legal Limits of a Permissible Criticism of Religion, *German Law Journal*, № 2
- Inglis B. D. /1956–1958/: Religious Freedom and the Modern Law of Blasphemy, *Victoria University of Wellington Law Review*, № 4
- Kahn R. A. /2011/: A Margin of Appreciation for Muslims – Viewing the Defamation of Religions Debate through *Otto-Preminger-Institut v. Austria*, *Charleston Law Review*, № 3
- Kapai P., Cheung A. S. Y. /2009/: Hanging in a Balance: Freedom of Expression and Religion, *Buffalo Human Rights Law Review*, № 1
- Keane D. /2008/: Cartoon Violence and Freedom of Expression, *Human Rights Quarterly*, № 4
- Kenny C. /1922/: The Evolution of the Law of Blasphemy, *Cambridge Law Journal*, № 2
- Kwanghyuk Y. /2017/: When Does Cultural Satire Cross the Line in the Global Human Rights Regime: The Charlie Hebdo Controversy and Its Implication for Creating a New Paradigm to Assess the Bounds of Freedom of Expression, *Brooklyn Journal of International Law*, № 2

- Lagoutte S. /2008/: The Cartoon Controversy in Context: Analyzing the Decisions Not to Prosecute under Danish Law, *Brooklyn Journal of International Law*, № 2
- Leigh I. /2011/: Damned if they do, Damned if they don't: the European Court of Human Rights and the Protection of Religion from Attack, *Res Publica*, № 1
- McKenna T. /2001/: Treason against God – Some Aspects of the Law relating to Blasphemy, *Southern Cross University Law Review*
- McLaughlin N. /2010/: Spectrum of Defamation of Religion Laws and the Possibility of a Universal International Standard, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, № 3
- Montgomery J. W. /2000/: Can Blasphemy Law Be Justified, *Law & Justice – The Christian Law Review*
- Nash D., Bakalis C. /2007/: Incitement to Religious Hatred and the 'Symbolic': How will the Racial and Religious Hatred Act 2006 Work?, *Liverpool Law Review*, № 1
- Ortner D. /2016/: Conscientious Offenders: Russia's Ban on Extremist Religious Literature, and the European Court of Human Rights, *Virginia Journal of International Law*, № 1
- Oster J. /2016/: Religiously Offensive Speech: A Doctrinal Inquiry, *Review of International Law and Politics*, № 2
- Patrick J. /2011/: The Curious Persistence of Blasphemy, *Florida Journal of International Law*, № 2
- Post R. /2007/: Religion and Freedom of Speech: Portraits of Muhammad, *Constellations*, № 1
- Prud'homme J-A. /2010/: *Policing Belief. The Impact of Blasphemy Laws on Human Rights*, Freedom House
- Rollinson K. A. /2011/: An Analysis of Blasphemy Legislation in Contemporary Ireland and Its Effects upon Freedom of Expression in Literary and Artistic Works, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, № 1
- Sandberg R., Doe N. /2008/: The Strange Death of Blasphemy, *Modern Law Review*, № 6
- Simović D., Simeunović-Patić B. /2017/: Normative Sacred Versus Real Desecularisation – Road to (In)tolerant and (Un)violent Serbian Society, u: *Politikologija religije. 10 years of the Politics and Religion Journal Conference proceedings*, Beograd
- Temperman J. /2008/: Blasphemy, Defamation of Religions and Human Rights, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, № 4
- Temperman J. /2011/: Freedom of Expression and Religious Sensitivities in Pluralist Societies: Facing the Challenge of Extreme Speech, *Brigham Young University Law Review*, № 3
- Unsworth C. /1995/: Blasphemy, Cultural Divergence and Legal Relativism, *Modern Law Review*, № 5
- Visconsi E. /2008/: The Invention of Criminal Blasphemy: Rex v. Taylor (1676), *Representations*, № 1

Igor Vuković

Faculty of Law, University of Belgrade

BLASPHEMY AND CRIMINAL LAW – COMPARATIVE LEGISLATION AND JUDICIARY

SUMMARY

Although the dignity of the deity is in comparative legislation no longer considered as an adequate object of criminal law protection, contemporary legal systems still contain crimes that protect the religious feelings of citizens. However, like other offenses that violate honor and reputation, the unlawfulness of such behavior is often called into question if offensive exposure has had a critical note, especially if it was revealed in a literary or artistic work. The paper presents a very rich comparative case law of the national courts and the European Court of Human Rights concerning blasphemous expression, as well as relevant international documents. Despite the strong efforts to promote the absolute inviolability of freedom of expression, at the cost of offending the religious feelings of citizens, existing international documents and current case-law show some caution in defining the limits of this freedom. If the European Convention on Human Rights already allows a number of restrictions on the freedom of expression, including the interests of public security, the prevention of disorder, protection of morals or the protection of reputation, it would be completely unreasonable if legislative bodies in one society, often multiconfessional and vulnerable to incidents that shake religious feelings and the fragile stability of the community, would completely ignore the mockery of the essential content of a religious belief. On the other hand, one can not argue that the need for criminal justice protection of such values is less and less felt in modern irreligious European societies, where possible incriminations are more related to the potential consequences to the public order and peace. An extreme approach, which would ignore the existing normative framework, advocating for unlimited freedom of expression, would certainly not be a good starting point.

Key words: Blasphemy, freedom of expression, European Court of Human Rights.

*Dragutin Avramović**

Pravni fakultet, Univerzitet u Novom Sadu

ANALIZA PREDVIDLJIVOSTI POSTUPANJA SUDIJA – POVRATAK MEHANIČKOJ JURISPRUDENCIJI?***

Apstrakt: U radu su analizirani koreni ideja o kompjuterskoj prediktivnoj analizi postupanja sudija, problemi sa kojima je suočena ideja prediktivne analize danas, perspektive prediktivne analize, kao i dobre strane ovog tipa analize. Autor stoji na stanovištu da je glavno ograničenje zbog koga nije moguće za sada postići stopostotnu preciznost kompjuterskog predviđanja postupanja sudija emotivni deficit veštačke inteligencije. U skladu sa idejama pravnog realizma, autor izvodi zaključak da nepredvidljivost postupanja sudija (zbog specifičnosti njihove ličnosti) čini pravni ishod neizvesnim. U tom delu sada ne mogu biti od velike pomoći ni kompjuterski algoritmi za predviđanje sudskog ishoda. Algoritmi su danas uglavnom na nivou mehaničke jurisprudencije i silogističkog načina zaključivanja, jer kompjutere podacima i dalje „hrani“ čovek. Sa razvojem tehnologije i razvijanjem mogućnosti samostalnog učenja veštačke inteligencije, možda bi u ne tako dalekoj budućnosti mašine mogle zameniti sudije ili makar predviđati odluke sa skoro potpunim stepenom pouzdanosti. No, ako je pravo veština jednakog i dobrog (*ars boni et aequi*), a taj antički rimski postulat još uvek nije osporen, onda su dometi mehaničke jurisprudencije ipak ograničeni. Jer, možda mašina može obezbeđivati jednakost kao izvorno matematički princip, ali teško da može dosezati do poimanja onog drugog, podjednako važnog, ako ne i važnijeg fundamentalnog pravnog principa – dobrog postupanja. Dobro je vrednosna kategorija, koja u svakom konkretnom slučaju ima svoje specifičnosti, a nju mašina ne može uvek valjano prepoznavati i meriti.

Ključne reči: Prediktivna analiza, mehanička jurisprudencija, jurimetrika, pravni realizam, veštačka inteligencija.

* Vanredni profesor, davramovic@pf.uns.ac.rs

** Ovaj rad je rezultat realizovanja naučnoistraživačkog projekta koje finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije (br. 179045). Za veoma korisne sugestije i nesebičnu pomoć koju sam dobio tokom pisanja ovog rada posebnu zahvalnost dugujem prijateljima i kolegama dr Saši Misailoviću, docentu na Departmanu za informatiku na Univerzitetu Illinois (SAD), kao i Rastku Martaću, doktorandu na Fakultetu organizacionih nauka Univerziteta u Beogradu.

„Predviđanje onoga kako će sud postupiti, i ništa pretencioznije od toga, jeste ono što ja podrazumevam pod pravom“.¹

1. ZAČECI IDEJE O PREDIKTIVNOJ KOMPJUTERSKOJ ANALIZI POSTUPANJA SUDIJA

Tehnološki razvoj je bio u tolikom usponu još 50-tih godina prošlog veka da se jedan autor pitao zbog čega „mašine“ ne bi bile konstruisane da rešavaju pravne sporove, ukoliko postoji barem minimum vere u pravno zaključivanje kao logičku operaciju.² Međutim, i on je bio svestan da subjektivna odluka prethodi normi i da se sudska odluka u velikoj meri zasniva na intuiciji sudije.³ Kako se tradicionalni pristup pravnim problemima pokazao kao neadekvatan, s obzirom na to da se osnovni pravni problemi počev od samog pojma prava i pravde pokazuju nerešivim više od dve hiljade godina (prevashodno zbog ljudske nesavršenosti), Lovinger sugeriše da korak napred ljudskog progresa na polju prava jeste prelazak sa jurisprudencije (koja se svodi na samu spekulaciju u pogledu prava) na „jurimetrics“ – jurimetriku (pravnu metriku), koja se zasniva na naučnom ispitivanju pravnih problema.⁴ Lovinger ne polaže veliku nadu u prediktivne moći kompjutera tog vremena: „Sa nedavnim razvitkom kompjutera, neki ljudi su stekli utisak da ćemo biti u prilici da proizvodimo ili konstruišemo mašine koje će davati odgovore na pravna pitanja, ili u najmanju ruku koje će nam davati razumno tačna predviđanja o sudskim odlukama u pravnim postupcima. Sva ta očekivanja izgledaju neutemeljena i jednako frustrirajuće“.⁵ Međutim, on još tada proročki nagoveštava budućnost, zapravo ono što imamo danas – stvaranje velikih baza podataka (današnjih *Big Data*) u kojima će biti pohranjeni svi relevantni pravni podaci (prvenstveno precedenti), pri čemu kompjuteri mogu utvrđivati stepen koherentnosti i nekonzistentnosti, kao i stepen korelacije između konkretnog slučaja i grupe precedenata, što donekle omogućava predviđanje pravnog ishoda.⁶

Krupan korak napred je načinjen na godišnjem sastanku *American Bar Association* 1962. godine u San Francisku.⁷ Jedna od glavnih tema susreta je bila posvećena pitanju mogućnosti upotrebe kompjutera u postupku predviđanja odluka Vrhovnog

1 O. W. Holmes /1897/: The Path of the Law, *Harvard Law Review*, vol. 10, no. 8, p. 461.

2 L. Loevinger /1949/: Jurimetrics – The Next Step Forward, *Minnesota Law Review*, vol. 33, no. 5, p. 471.

3 L. Loevinger: *ibid.*, p. 472.

4 L. Loevinger: *ibid.*, p. 483. „Ukoliko je pravnička profesija spremna da napusti komforne zatvorene sobu jurisprudencije i filozofske spekulacije za račun grbavog puta jurimetrike i naučnog istraživanja, zaslužila bi i dobila poštovanje svih ljudi“, L. Loevinger: *ibid.*, p. 493.

5 L. Loevinger /1961/: Jurimetrics: Science and Prediction in the Field of Law, *Minnesota Law Review*, vol. 46, no. 2, p. 258.

6 L. Loevinger: *ibid.*, p. 272.

7 Šezdesetih godina 20. veka je u Americi u fokusu pravničkog naučnog interesovanja očigledno bila ideja o stvaranju kompjuterskog programa koji bi predviđao buduće sudske odluke. O takvom jednom pokušaju videti više: S. S. Nagel /1966/: Judicial Prediction and Analysis From Empirical Probability Tables, *Indiana Law Journal*, vol. 41, no. 3.

suda. Tako je Loler, zagovornik moderne pravne logike i glavni zagovornik ideje prediktivne kompjuterske analize, naznačio tri osnovna načina na koji kompjuteri mogu pomoći pravnoj profesiji: u postupku pronalazjenja prava, analize prava i u postupku predviđanja budućih odluka suda od strane advokata i sudija nižih sudova.⁸ Pored problema promenljivosti precedenata (što su mnogi učesnici smatrali retkim),⁹ zauzeto je stanovište da kompjuteri mogu biti od pomoći u postupku predviđanja odluka suda samo ukoliko se ispune sledeći uslovi: unapred znati ličnost sudije, sudijina konzistentnost u odlučivanju, dostupnost dovoljnog broja primera njegovih prethodnih odluka, mogućnost utvrđivanja pravila na kojima su zasnovane sudske odluke iz činjeničnog modela i njegovih izreka koje se pojavljuju u prethodnim odlukama, mogućnost predviđanja koje će činjenice sudija pronaći u konkretnom slučaju.¹⁰ Kako vidi Bernajz Viner, to gotovo nikada nije moguće postići jer ljudi jednostavno nisu mašine: „Sudije su ljudi, svesni ljudi, od kojih svi virtuelno snažno rade na tome da eliminišu lične predrasude pri postupku presuđivanja. Pa ipak, oni su ljudska bića, a ne elektronski automati“.¹¹ Na kraju, mada ne potcenjujući u potpunosti značaj kompjuterskog „opismenjavanja“ pravnika, Bejnajz Viner ipak zaključuje da je oslanjanje na prediktivne mogućnosti kompjutera za pravnika siguran put ka oslabljivanju sopstvenih sposobnosti rezonovanja i ka atrofiji moći odbrane.¹² Zbog toga savetuje članovima Udruženja da se drže podalje od kompjutera ukoliko žele da ostanu ili postanu pravници, pre nego tužioci, jer „kompjuteri su prihvatljivi za probleme inertnog vođenja – ali pravo nije ni projektil niti atomska podmornica“.¹³

Otkrivanje različitih „moći“ kompjutera naročito u pravnoj sferi, ali i skepsa u odnosu na mogućnosti preciznog predviđanja budućih sudskih odluka je obeležila šezdesete godine 20. veka. Na sličan način kao i Bejnajz Viner zaključuje i Kauvan, profesor prava na Ratgers univerzitetu: „Iz ugla moderne tehnologije, pojam predviđanja visoko specijalizovanih i suptilno složenih faktora koji ulaze u sudsku odluku kod svakog predmeta je daleko u sferi onoga o čemu se može samo želiti pomisliti. Jedno je ponuditi da se prikaže korelacija između prethodnih događaja koje je preduzela grupa ljudi (kao što je Vrhovni sud SAD), a drugo je njihovo verovatno buduće ponašanje u okviru uskog kruga situacija, čije su moguće varijacije već bile strogo razmotrene u poznatim pravilima presuđivanja“.¹⁴

8 R. C. Lawlor /1963/: What Computers Can Do: Analysis and Prediction of Judicial Decisions, *American Bar Association Journal*, vol. 49, no. 4, p. 337.

9 Oslanjajući se na nalaze do kojih su došli Nejdžel, Spejt i Ober o stepenu uticaja ličnih stavova sudija na njihove odluke, problem promenljivosti precedenata, Loler pokušava da prevaziđe idejom da se kompjuterski program pohrani pored informacija klasičnog, „tradicionalnog“ *stare decisis* i onim što naziva „lični“ *stare decisis* svakog sudije, kako bi se mogla predvideti odluka Vrhovnog suda SAD. R. C. Lawlor: *ibid.*, p. 340.

10 F. Bernays Wiener /1962/: Decision Prediction by Computers: Nonsense Cubed—and Worse, *American Bar Association Journal*, vol. 48, no. 11, p. 1024. Videti i: R. C. Lawlor: *op. cit.*, pp. 341–342.

11 F. Bernays Wiener: *op. cit.*, p. 1025.

12 F. Bernays Wiener: *ibid.*, p. 1027.

13 F. Bernays Wiener: *ibid.*, p. 1028.

14 Th. A. Cowan /1963/: Decision Theory in Law, Science and Technology, *Rutgers Law Review*, vol. 17, no. 3, p. 515.

2. PROBLEMI PREDIKTIVNE ANALIZE DANAS – SUDIJA JE IPAK ČOVEK!

Kompjuteri danas, sa svojim bazama podataka i algoritmima (programima), postepeno zamenjuju sudije, ali i advokate.¹⁵ Da li je moguće da kompjuter zameni sudiju – živog čoveka, od krvi i mesa, koji poseduje određene emocije i prethodna iskustva i sa velikom preciznošću predvidi sudsku odluku? Grupa autora sa čuvenog bostonskog fakulteta za informacione tehnologije MIT (*Massachusetts Institute of Technology*) i sa Harvarda stoji na stanovištu da je pravo takođe kôd, zbog velikih sličnosti između softvera i prava: „Na opštem nivou, oba oblika kodova se sastoje od skupa pravila koja regulišu pojedine operacije: ljudske transakcije u slučaju pravnog kôda, a kompjuterske transakcije u slučaju kompjuterskog kôda. Glavna razlika – da ljudi tumače i primenjuju pravo, dok mašine tumače i primenjuju softver – je više stvar stepena, nego vrste. Jer, ljudi su fleksibilni i inteligentni, a pravo ne mora da bude toliko eksplicitno i precizno kao softver“.¹⁶ U osnovi, kompjuter je logička mašina koja sprovodi osnove logičke operacije (operaciju razdvajanja ili odabira ovog ili onog).¹⁷ Za sada se čini da se vraćamo logičkom, automatskom načinu zaključivanja i mehaničkoj jurisprudenciji. Ovakvo rešenje na prvi pogled izgleda kao obećavajuće, kao način kojim se mogu prevazići večni problemi vezani za sudijsku diskreciju i njene potencijalne zloupotrebe, ali naravno ostaju svi stari, ali i novi kritički argumenti upućeni mehaničkom, prostom silogističkom načinu

- 15 O upotrebi prediktivne analitike u postupku otkrivanja prevara videti više: B. Baesens, V. Van Vlasselaer, W. Verbeke /2015/: *Fraud Analytics Using Descriptive, Predictive, and Social Network Techniques*, John Wiley&Sons, New Jersey (USA), pp. 121–206. Takođe, prediktivna analitika se u Americi (jedan od primera je federalna jedinica Oregon) upotrebljava za predviđanje potencijalnog ponovnog izvršenja krivičnih dela od strane registrovanih počinitelja pojedinih krivičnih dela. Videti više: E. Siegel /2016/: *Predictive Analytics: The Power to Predict Who Will Click, Buy, Lie, or Die*, John Wiley&Sons, New Jersey (USA), p. 78, kao i: T. Simonite /2017/: *How to Upgrade Judges with Machine Learning*, *MIT Technology Review*, <https://www.technologyreview.com/s/603763/how-to-upgrade-judges-with-machine-learning/>, posećeno 31.3.2018. O predradudama (prevashodno rasnim) koje su utkane u kompjuterske programe (naročito u Americi popularni program COMPAS (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*) koji predviđaju buduće vršenje krivičnih dela i pomažu sudijama prilikom opredeljivanje za vrstu i težinu kazne videti više: J. Angwin, J. Larson, S. Mattu, L. Kirchner /2016/: *Machine Bias*, *ProPublica*, <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>, posećeno 31.3.2018, kao i: J. Powell /2016/: *What If Predictive Algorithms Are Biased*, *TDWI*, <https://tdwi.org/articles/2016/06/06/predictive-algorithms-biased.aspx>, posećeno 31.3.2018.
- 16 W. Li, P. Azar, D. Larochelle, Ph. Hill, A. Lo /2015/: *Law is Code: A Software Engineering Approach to Analyzing the United States Code*, *Journal of Business & Technology Law*, vol. 10, no. 2, p. 306. Program na kojem su radili ovi autori ima prvenstvenu upotrebu u otklanjanju antinomijske i pružanju pomoći u fazi stvaranja prava (vrši merenje konciznosti, promena, povezanosti i kompleksnosti prava) kako bi se otklonile mnoge slabosti. Naime, oni kažu da njihov metod otkriva rađanje, širenje i propadanje pravnih termina u američkom Zakonu, strukturu mreže ukrštenih podataka i vrsta zakona koje donosi Kongres“, W. Li, P. Azar, D. Larochelle, Ph. Hill, A. Lo: *ibid.*, pp. 346–347.
- 17 „It knows conjunction: this *and* that; inference (if this, then that); negation (not this)“, Th. A. Cowan: *op. cit.*, p. 510.

pravnog zaključivanja.¹⁸ Kako Dondero upozorava veoma je delikatno, a možda i nemoguće, integrisati pravno i ljudski beskrajno kompleksne materijalne elemente svake presude i nastojati da se donese odluka koja bi bila konačna.¹⁹

Kompjuterski program ovog tipa bi pre mogao biti upotrebljiv u zemljama *common law* pravne tradicije koja je zasnovana na precedentnom pravu. Naime, bazu podataka odnosno pravnih propisa iz koje program uzima gornju premisu (*praemissa maior*) u zaključivanju putem silogizma je relativno lako uspostaviti. Međutim, problem stvara utvrđivanje donje premise (*praemissa minor*), jer je veoma teško, gotovo nemoguće, unapred predvideti sva moguća buduća činjenična dešavanja i tim informacijama popuniti softver. Na teškoće prilikom utvrđivanja činjenica, kao i na teškoće u pogledu prihvatanja i ocene dokaza (što su ujedno i glavni razlozi neizvesnosti pravnog ishoda) je posebno ukazivao Džerom Frenk, čuveni činjenični skeptik u okviru pokreta Američkog pravnog realizma.²⁰ I zaista, najveći problem u postupku sudskog odlučivanja predstavlja utvrđivanje činjenica, a potom i izdvajanje onih činjenica koje su relevantne za odluku u datom slučaju. Kao što je već rečeno, to je daleko lakše učiniti u situaciji postojanja baze podataka svih mogućih sudskih precedenata (sa konkretnim činjeničnim opisom), dok je mnogo teže to učiniti u zemljama gde postoji čvrsto, pisano pravo.²¹ Mada imajući u vidu da se sudska praksa veoma brzo razvija i postaje faktički izvor prava i u zemljama evrokontinentalne pravne tradicije ni to nije nemoguće makar na nivou orijentacionog predviđanja budućih sudskih odluka. Dondero ukazuje na još jedan potencijalni problem – problem identiteta analitičara koji radi na „proročkoj mašini“: „Jedan nepravnik koji čita sudsku odluku neće, na primer, razumeti razliku između odbijanja i odbacivanja zahteva.“²² Na tom fonu i Saskajnd nagoveštava nastanak novog pravničkog profila „legal data scientist“ – pravnik za pravne baze, interdisciplinarnog specijaliste, koji bi poznao i softversko inženjerstvo, ali nužno i pravo radi bavljenja prediktivnom analitikom u pravu.²³ Dakle, ni u jednom trenutku ne treba smetnuti s uma i zanemariti činjenicu da je ipak i danas još uvek čovek taj koji „hrani“ informacijama (ali i sopstvenim predrasu-

18 Podsetimo se samo čuvenih Holmsovih reči: „Život prava nije logika, nego iskustvo. Osećaj potrebe određenog vremena, preovlađujući moral i političke teorije, institucije javne politike, potvrđene ili nesvesne, pa čak i predrasude koje sudije dele sa svojim prijateljima, imaju više uticaja nego silogizam pri utvrđivanju propisa po kojima čovek treba da se upravlja“, O. W. Holmes /1881/: *The Common Law*, Macmillan, London, p. 1.

19 B. Dondero /2017/: Justice predictive: la fin de l'alea judiciaire?, *Recueil Dalloz*, no. 10, p. 535.

20 J. Frank /1973/: *Courts on Trial*, Princeton University Press, New Jersey (USA), pp. 73–74; J. Frank /1948/: Preface to Sixth Printing in J. Frank /2009/: *Law and the Modern Mind*, Transaction publishers, New Brunswick (USA) and London (U.K.), pp. xxii–xxiii. Slično stanovište zauzima i Lovinger: „Sudovi i pravnici su jednako ograničeni u pogledu poznavanja dokaza, koji su u najboljem slučaju delimični i ne daju u potpunosti tačne indicije o tome kakve su činjenice“, L. Loevinger /1961/: *Jurimetrics: Science and Prediction in the Field of Law*, p. 268.

21 Pojedini autori smatraju da je bez principa *stare decisis* (doduše prvenstveno misle na *common law* države) predviđanje sudskih odluka nemoguće, jer se sudovi u 95% slučajeva pozivaju i oslanjaju na precedente, R. C. Lawlor: *op. cit.*, p. 341.

22 B. Dondero: *op. cit.*, p. 537.

23 R. Susskind /2017/: *Tomorrow's Lawyer: An Introduction to Your Future*, Oxford University Press, Oxford (UK)–New York (USA), p. 140.

dama!) program i kompjuter. Jer još je Bernajz Viner upozoravao da je čak i u oblasti pretrage sudskih odluka ili propisa, korisnik mašine na milosti i nemilosti propusta onoga ko je izvršio izvorno indeksiranje, za razliku od nekoliko sati kopanja po zbirkama, koja će mu dati osećaj i ukus odluke na način na koji ne može ni jedna mašina.²⁴

Nepoverenje ljudi prema drugim ljudima (sudijama) na prvi pogled čini se većim nego nepoverenje prema jednom algoritmu (kompjuterskoj operaciji), koji može makar, kako kažu zagovornici moderne mehaničke jurisprudencije, da poveća predvidljivost sudskih odluka i načini korak dalje ka pravnoj sigurnosti.²⁵ Međutim, vraćanje mehaničkoj jurisprudenciji (samo sada kompjuterskoj) stvara privid pravne sigurnosti, a ona objektivno neće biti povećana, već će se samo povećati broj nepravilnih pravnih ishoda. *Iudex aequitatem semper spectare debet!* Sudija je taj koji prilikom odlučivanja pravo treba da prilagodi životu i aktuelnim društvenim promenama i da teži jednakosti u postupanju. Mehanička jurisprudencija u velikom delu zanemaruje ljudski faktor u odlučivanju. Za zagovornike prediktivne analize, sudije su, slično tome, entiteti koji pretvaraju određene inpute (pravna pravila, ulazne činjenice) u autpute (sudske odluke): „Kao što meteorolozi predviđaju da li će se oblak kretati na jugozapad ili jugoistok, tako korisnik mašinskog učenog sistema može koristiti slučajeve čije karakteristike mašina može pročitati da bi predvideo da li će `tvorac kiše` pobediti u sudnici“.²⁶ Dondero podseća na dva osnovna pravnička fantazma povezana sa „prediktivnom pravdom“. Prvi je mogućnost pronalaženja rešenja sa aritmetičkom preciznošću, dok je drugi ideja savršenosti i jednostavnosti prava koje nudi precizan odgovor za svako pitanje koje se može postaviti.²⁷

Temelji prediktivne teorije prava postavljeni kod Holmsa,²⁸ nadgrađivani su od strane drugih američkih pravnih realista: „Naš posao je proricanje, a ako je proricanje sigurno, ne bi bilo mnogo koristi od proricanja“.²⁹ Predstavnik radikalnog

24 F. Bernays Wiener: *op. cit.*, p. 1028.

25 O kompjuterskom predviđanju sudskih odluka kao sredstvu smanjenja pravne nesigurnosti videti: R. C. Lawlor: *op. cit.*, p. 339. On na tom mestu ističe da čak i kad logika ne bi bila život prava, pravo bi imalo malo života bez nje.

26 F. Pasquale, G. Cashwell /2017/: Prediction, Persuasion, and the Jurisprudence of Behaviorism, *University of Maryland Francis King Carey School of Law, Legal Studies Research Paper*, no. 34, p. 2, <http://ssrn.com/abstract=3067737>, posećeno 14.4.2018. Zbog prediktivne analize sudije bi mogle biti pod konstantnim pritiskom da presuđuju onako kako bi to učinila većina drugih sudija u konkretnom slučaju, te ne bi imali neophodnu slobodu u prilagođavanju prava životu, već bi zaista postajali automati.

27 B. Dondero: *op. cit.*, pp. 533–534.

28 Videti više: D. H. Moskowitz /1966/: The Prediction Theory of Law, *Temple Law Quarterly*, vol. 39, no. 4; R. Posner /1990/: *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, Cambridge (USA)–London (UK), pp. 221–225.

29 M. Radin /1925/: Theory of Judicial Decision Or How Judges Think, *American Bar Association Journal*, vol. 11, no. 6, p. 362. Ovakav stav o nepredvidljivosti pravnog ishoda u mnogim slučajevima ne podrazumeva, kako je to Holms video, nepostojanje naučnosti prava, jer je pravna teorija „korisna nauka, čak iako može samo povećavati verovatnoću da ćemo unapred znati kako će sud odlučiti“; C. Pierce Wells /1994/: Holmes on Legal Method: The Predictive Theory of Law as An Instance of Scientific Method, *Southern Illinois University Law Journal*, vol. 18, no. 2, p. 345. Međutim, treba uvek imati u vidu načelni stav pravnih realista, pa i samog Holmsa, o tome

krila američkih realista i grupe realista čiji je skepticizam usmeren prevashodno na postupak utvrđivanja činjenica, Džerom Frenk, čini korak dalje i napominje da zbog neizvesnosti prilikom utvrđivanja činjenica, nije moguće predvideti (ogradauje se iskazom – ne baš svaku!) buduću odluku suda. Jer različite sudije u istom slučaju mogu prihvatiti različite činjenice kao relevantne, što će ih dovesti do različitih pravnih ishoda.³⁰ Dakle, odluka suda je zasnovana na subjektivnoj proceni sudije – na proceni jednog čoveka sa svim njegovim slabostima, kao i predrasudama. Još je Kardozo isticao da „duboko ispod svesti deluju druge snage, koje nešto vole ili ne vole, sklonosti i predrasude, kompleks instinkta i emocija, običaja i uverenja, koje čine čoveka, bilo da je sudija ili stranka u postupku“.³¹ I zaista, veoma je teško za bilo kog čoveka, pa i za sudiju, da se u potpunosti distancira od svojih prethodnih uverenja: ekonomskih, političkih, društvenih, moralnih, religijskih i da donese potpuno objektivnu odluku. Predrasude sudije, njihove simpatije ili antipatije prema strankama, advokatima, pa čak i svedocima, umnogome utiču na odluku.

3. PERSPEKTIVE PREDIKTIVNE ANALIZE – SUDIJE „TERMINATORI“?

Imajući u vidu strahovito brzo napredovanje tehnologije, naročito veštačke inteligencije koja će, vrlo verovatno, uskoro uspeti da prevaziđe emotivni deficit (usađivanjem emotivne inteligencije i empatije u robote), u budućnosti možemo očekivati i nastanak robota sudija koji mogu postati poput klonova postojećih sudija samo ukoliko budu snabdeveni dovoljnom količinom podataka i informacija. Takav „sudija-robot“ bi mogao imati osećaja za najbolji interes deteta i proceniti prilikom razvoda emotivno stanje deteta i kome od roditelja bi trebalo dodeliti starateljstvo, s jedne strane, a mogao bi s druge strane ostati imun na druge ljudske slabosti poput predrasuda.

Da ovakav scenario nije samo puka naučna fantastika pokazuje i kompjuterski program napravljen još 2013. godine. Naime, u američkoj praksi postoji veliki broj nepotpisanih sudskih mišljenja i odluka tzv. *per curiam* mišljenja koja daje sud odnosno veći broj sudija kao kolektivno mišljenje, po pravilu viših sudova, gde sudija pojedinac (pravi pisac mišljenja) ostaje nevidljiv i ne odgovara za odluku odnosno mišljenje. Tim stručnjaka za informacione tehnologije je napravio softver koji predviđa i otkriva pravog autora nepotpisanog sudskog mišljenja. Koristeći podatke iz odluka i mišljenja Vrhovnog suda SAD gde su poznati autori, identifikovane su ključne reči i fraze, pomoću kojih se sa velikom pouzdanosti može predvideti ko je

da nauka, uprkos svom ubrzanom razvoju, veoma malo ili nimalo ne doprinosi rešavanju društvenih i pravnih problema.

30 Na tom fonu Frenk zaključuje da se pravo sastoji od sudskih odluka, a ne od pravnih pravila, J. Frank /2009/: *Law and the Modern Mind*, Transaction publishers, New Brunswick (USA)–London (UK), p. 138. Često se Frenkov ekstremni stav o subjektivnosti sudskih odluka i njihovoj zavisnosti od sudijinog raspoloženja i činjenice da je gladan ili žedan pežorativno naziva „gastro-nomska jurisprudencija“.

31 B. N. Cardozo /1921/: *The Nature of the Judicial Process*, Yale University Press, New Haven (USA), p. 167.

autor nepotpisanog mišljenja. Oni tvrde da posle analize modela stila pisanja različitih sudija koje su posmatrali, mogu da predvide ko je autor nepotpisanog mišljenja.³² Na taj način se zapravo otkriva koji je autor imao najveći uticaj da mišljenje bude upravo tako. Zbog čega se onda ne bi mogla simulirati i predvideti neka buduća odluka ili mišljenje istog sudije? Čini se da to ne predstavlja preterano težak zadatak za tehničke nauke u ovom trenutku. Relativno skoro napravljen je i prediktivni model koji je obuhvatio informacije o postupanju Vrhovnog suda SAD kroz skoro dva veka (1816–2015). On u 70.2% slučajeva tačno predviđa ishod sudskog postupka i u 71.9% slučajeva tačno predviđa kako će glasati pojedine sudije.³³

Pojedine kompanije već prave pionirske korake u stvaranju programa kojima se predviđa ishod sudskog postupka. Na primer, *Bloomberg Law* je napravio *Litigation Analytics Tool* program koji predviđa ponašanje i postupanje sudija, obuhvatajući podatke za sve federalne sudije od 2007. godine. Ovaj program može predvideti uobičajenu dužinu trajanja postupka, šanse za uspeh u konkretnom slučaju, može pružiti podatak o tome koliko često odluka nižeg suda u konkretnom slučaju može biti promenjena od strane višeg suda i pružiti podatak o tome koji je sudija najuticajniji u pojedinim federalnim jedinicama u Americi, kao i koja advokatska kancelarija najviše zastupa pred pojedinim sudijom i koji joj je stepen uspešnosti. Jedna od predstavnica ove kompanije, Darbi Grin je istakla da će kompanije i pravnici sve više i više počinjati da koriste programe za prediktivnu analizu. Uprkos tome što je ona jedan od glavnih zagovornika korišćenja prediktivne analize,³⁴ svesna je i njenih ograničenja, i činjenice da svaki pravnik zna da prethodno ponašanje nije garancija budućeg ponašanja, ali može biti od koristi zarad boljeg informisanja prilikom donošenja odluke.³⁵

WestlawNext je napravio alat koji se naziva *Case Evaluator* i koji čak ima i filtere i pretragu prema ključnoj reči, tako da se može odabrati oblast predviđanja. Sličan program je i *LexisNexis Verdict & Settlement Analyzer*.³⁶ Ove dve najpopularnije baze pravnih podataka u SAD se utrkuju koja će pre napraviti veći prodor u tom pravcu. Nastaju čak i specijalizovani programi za pojedine pravne oblasti. Takav program je napravio tim stručnjaka za informacione tehnologije i profesora prava na Stenfordu udruženih u kompaniji *Lex Machina* koji predviđa sudske ishode u sferi prava intelektualne svojine.³⁷

32 W. Li, P. Azar, D. Larochelle, Ph. Hill, J. Cox, R. Berwick, A. Lo /2013/: Using Algorithmic Attribution Techniques to Determine Authorship in Unsigned Judicial Opinions, *Stanford Technology Law Review*, vol. 16, no. 3, p. 505.

33 D. M. Katz, M. J. Bommarito, J. Blackman /2017/: A General Approach for Predicting the Behavior of the Supreme Court of the United States, *PLOS*, <http://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0174698>, posećeno 21.4.2018.

34 Veru u velike mogućnosti prediktivne sudske analize naročito sa stanovišta povećavanja efikasnosti i pravičnosti prava pokazao je D. L. Chen /2018/: Judicial Analytics and the Great Transformation of American Law, http://users.nber.org/~dlchen/papers/Judicial_Analytics_and_the_Great_Transformation_of_American_Law.pdf, posećeno 21.4.2018.

35 R. Smith /2016/: AI and Judicial Prediction: early days, *Law, Technology and Access to Justice*, <https://law-tech-a2j.org/ai/ai-and-judicial-prediction-early-days/>, posećeno 22.4.2018.

36 M. K. Osbeck /2015/: Using Data Analytics Tools To Supplement Traditional Research and Analysis in Forecasting Case Outcomes, *The Journal of the Legal Writing Institute*, vol. 20, no. 1, pp. 35–36.

37 M. K. Osbeck: *ibid.*, p. 36.

Interesantan program je napravljen i za predviđanje odluka Evropskog suda za ljudska prava. Naime, grupa autora je kreirala model predviđanja presuda Evropskog suda sa preciznošću od 79%, oslanjajući se prvenstveno na tekstualne informacije iz prethodno objavljenih sudskih odluka. Istraživanje je bilo usmereno na slučajeve povezane sa povredama čl. 3 Konvencije (zabrana mučenja), čl. 6 (pravo na pravično suđenje) i čl. 8 (pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života), prvenstveno jer je postojao u tim slučajevima dovoljan broj dostupnih odluka kako bi mogao da se testira model.³⁸ Ovo empirijsko istraživanje je, kako tvrde autori, potvrdilo i osnovne nalaze pravnog realizma da su činjenice konkretnog slučaja najvažniji faktor predviđanja. Ovde je važno podsetiti na istaknutog „činjeničnog skeptika“ među pravnim realistima, Džeroma Frenka, mada ga autori ovog istraživanja izričito i ne pominju, već se pozivaju na mnogo popularnijeg, ali u ovom slučaju ne toliko pozvanog, Luelina, koji je prvenstveno skeptik u pogledu pravnih pravila. Ovo istraživanje predstavlja čvrst dokaz da ovakvi kompjuterski programi nisu potpuna naučna fantastika ni za evropske zemlje koje počivaju na evrokontinentalnom pravu.³⁹ Međutim, ovaj tekst se našao na meti konstruktivne kritike u članku Paskvalea i Kešvela koji su izneli i načelne argumente protiv kompjuterskih programa kojima se predviđa sudski ishod, koji u velikoj meri ugrožavaju legitimitet pravnog sistema i princip jednakosti (jednake dostupnosti svim zainteresovanim stranama). Oni ukazuju da kada jednom robusni prediktivni modeli postanu raspoloživi, pravosuđe bi trebalo da pažljivo prouči pravila igre, kako bi obezbedilo da sve strane u sporu imaju jednak pristup ovoj tehnologiji.⁴⁰

Dakle, veštačka inteligencija i „sudije-terminatori“ su pred nama! Uzmimo samo za primer humanoidnog, za sada najsofisticiranijeg robota Sofiju kojeg je napravila kompanija iz Hong Konga *Hanson Robotics* i koji je dobio državljanstvo Saudijske Arabije. U razgovoru sa ljudima i na strahove ljudi od opasnosti vlad-avine mašina, robot je odgovorio da ljudi suviše čitaju tekstove Ilona Maska (izumitelja i glavnog protivnika daljeg razvijanja veštačke inteligencije) i gledaju holivudske filmove, te da je strah bezrazložan („Ako ste vi dobri prema meni, biću i ja prema vama“). Ilon Mask se veoma brzo oglasio na Tviteru sa postom: „Samo ga vi hranite sa filmovima poput Kuma kao inputima. Šta je najgore što bi moglo da se dogodi?“. Sudije-roboti bi mogli u veoma bliskoj budućnosti nesumnjivo sa skoro potpunom sigurnošću da predvide kako bi sudija-čovjek presudio, ali pitanje je šta bi to još sve sa sobom donelo. Roboti bi jednom, u takvom scenariju, u potpunosti zamenili ljude (sudije i advokate).⁴¹ Scenario izgleda zastrašujuće, ali uopšte nije nemoguć.

38 N. Aletras, D. Tsarapatsanis, D. Preotjiuc-Pietro, V. Lampos /2016/: Predicting Judicial Decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing Perspective, *PeerJ Computer Science*, no. 2:e93, <https://doi.org/10.7717/peerj-cs.93>, posećeno 12.5.2018.

39 Da su pitanja prediktivne pravde i primene veštačke inteligencije u sudovanju aktuelna i na tlu Evrope pokazuju i aktivnosti *European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ)* koja je oformljena pri Savetu Evrope i čija je delatnost usmerena i prema pitanjima pravde u budućnosti. O tome videti više na: <https://www.coe.int/en/web/cepej/justice-of-the-future-predictive-justice-and-artificial-intelligence>, posećeno 12.5.2018.

40 F. Pasquale, G. Cashwell: *op. cit.*, p. 13.

41 O budućnosti profesija i predviđanjima kako će tehnologija uticati na ljude u procesu rada videti više: R. Susskind, D. Susskind /2015/: *The Future of the Professions: How Technology will Transform the Work of Human Experts*, Oxford University Press, Oxford (UK)–New York (USA).

4. KORISNOST KOMPJUTERSKIH PROGRAMA ZA PREDIKTIVNU ANALIZU POSTUPANJA SUDIJA

Nada za čovečanstvo ostaje. Ono što sigurno neće moći da oponaša veštačka inteligencija u budućnosti jeste neočekivano, nepredvidljivo ponašanje ljudi.⁴² U sećanju ostaje urezana prva velika pobeda mašine nad čovekom krajem 90-tih godina 20. veka – pobeda IBM-ovog programa *Deep Blue* nad svetskim šahovskim velemaistorom Garijem Kasparovim. Partije koje je Kasparov uspeo da dobije protiv mašine jesu one u kojima je povlačio potpuno nelogične, nepredvidljive poteze. Isti problem postoji i kada razmatramo ponašanje sudije. Ključni preduslov da bi veštačka inteligencija mogla da zameni sudiju-čoveka jeste sudijina doslednost (u odnosu na ustanovljenu sudsku praksu) i u odnosu na sopstveno postupanje. Dakle, postupanje bez nepredviđenih poteza, sudijina konzistentnost prvenstveno sa sopstvenim (mada i tuđim) ranijim odlukama. Ali i današnja veštačka inteligencija munjevitom brzinom ide napred ka sofisticiranim programima koji imaju sposobnost samostalnog učenja, bez ljudskog faktora koji mašinu „hrani“ dodatnim informacijama. To dokazuje i IBM-ov novi program, tačnije pravni asistent (*legal assistant*) *Watson* koji ima sposobnost samostalnog učenja. Ovaj program je u stanju da tačno odgovori u delu sekunde na najveći broj opštih pravnih pitanja, kao i na specifična pitanja koja se tiču važećeg pozitivnog prava.⁴³ Koliko će još čovek (sudija) biti u prednosti sa svojom nepredvidljivošću prilikom donošenja odluke ostaje otvoreno pitanje. Ostaje vera u optimistično stanovište koga se, kao i ranije, i danas čvrsto drži Saskajnd: „Sudsko odlučivanje u teškim slučajevima, naročito kada su sudije moraju da se bave kompleksnim pitanjima principa, politike i morala, je u velikoj meri van dometa sposobnosti postojećih kompjuterskih sistema“.⁴⁴

U svakom slučaju, za sada ovakvi programi i algoritmi koji predviđaju sa manjim ili većim stepenom pouzdanosti sudijske odluke mogu imati manju, ali veoma korisnu ulogu i to ne samo za stranke. Stranke bi nesumnjivo imale velike koristi, jer se ne bi upuštale u često veoma iscrpljujuće, dugotrajne pravne sporove u kojima nema velikih izgleda za uspeh. Takođe, troškovi se ne bi stvarali za stranke, jer su sudski postupci, naročito u SAD, veoma skupi. Stranke bi izbegle i nesavesne advokate koji zbog svoje zarade zloupotrebljavaju pravničko neznanje stranaka, pa ih često uvlače u sporove koje unapred znaju da ne mogu dobiti. Od ovakvog programa bi i savesni advokati mogli da profitiraju, jer se ne bi upuštali u sporove koje će verovatno izgubiti, jer bi to negativno uticalo na ukupnu sliku o uspešnosti rada njihove kancelarije.

S druge strane, sudije se veoma često same nađu pred dilemom i preispitivanjem (što retko priznaju sami sebi, a još ređe drugima) da li su ispravno postupili u određenom slučaju. Ovakvi programi bi mogli da posluže samom sudiji kao „savest“, kao sredstvo provere da li je pravilno upotrebljena sudijska diskrecija i da li i u kojoj meri su uticale predrasude sudije na samu odluku. Kompjuter nije ni-

42 Mada postoje mišljenja u teoriji da ljudi nisu potpuno nepredvidljivi, naročito kad funkcionišu kao sudije. Videti: R. C. Lawlor: *op. cit.*, p. 339.

43 Videti više: P. Dantas /2015/, *The Future of Justice is Watson, IBM Big Data & Analytics Hub*, <http://www.ibmbigdatahub.com/blog/future-justice-watson>, posećeno 12.5.2018.

44 R. Susskind: *op. cit.*, p. 102.

kada gladan ili žedan! To bi imalo pozitivnog efekta i na osveščivanje predrasuda kod sudije i obuzdavanja „niskih strasti“ prilikom donošenja budućih odluka što bi učinilo te odluke objektivnijim. Takođe, čini se da ovakav program ne bi vodio „zaglupljivanju“ sudija već bi im delimično olakšavao posao i pružao više vremena za promišljanje o pravnim problemima, čime bi se povećavala sudijska kreativnost i domišljatost, a ne bi se smanjivala.

Upotreba ovakvih programa bi mogla uticati na veće uvažavanje sudske prakse što bi vodilo ka ujednačavanju postupanja sudija, a bilo bi korisno i za sudije jer bi prilikom evaluacije njihovog rada imali manji broj ukinutih presuda. Na taj način, bolja „statistika“ sudije bi značila lakše i nesmetano napredovanje u karijeri. Ukoliko ne postoji sudska praksa za konkretan slučaj ovakav kompjuterski program bi mogao pomoći sudijama nižih sudova da mogu donekle predvideti kako će u budućim slučajevima postupiti viši sudovi. Doduše, ovakva upotreba prediktivne analize bi mogla biti sporna jer može uticati na samostalnost u odlučivanju nižih sudova, koji jesu određeni višim, ali ne treba da postanu takoreći samo agenture viših sudova.

Na kraju, i sami studenti prava, budući pravnici praktičari, bi mogli na takvim programima da vežbaju svoju pravničku veštinu i da testiraju umešnost sopstvenog pravnog rasuđivanja.

Sve u svemu, kao i sa lekovima, koji u propisanoj dozi leče, a pri prekoračenju doze mogu ugroziti ne samo zdravlje, već i život, tako se i prediktivnoj analizi mora pristupati sa mnogo obzira, opreza i mere. *To metron pan* ili *pan metron ariston* – govorili su s pravom stari Grci, smatrajući u svemu pravu meru kao jedan od univerzalnih principa, a pre svega uzimajući čoveka kao meru svega. Tako, i kada je u pitanju mašina, nepridržavanje ovih starih, svezvremenskih mudrosti i nadilaženje čoveka mašinom lako bi odvelo ka pretvaranju dobrog u loše, ka njenoj zloupotrebi, pa na kraju krajeva i ka gubitku same esencije prava – pravnog rezonovanja i odlučivanja. Kada je čovek njihov nosilac ono nikada ne može biti sasvim mehaničko. I to je ono što pravu daje suštinu i što pravo čini veštinom koja podrazumeva dve ne konkurentne, već kumulativne vrednosti – dobro i jednako postupanje. Jer samo *aequitas*, kao izvorno matematički princip, ne čini punu suštinu prava, što je uostalom upečatljivo i logički izazovno isticao Plinije u svojim pismima: *Nihil est tam inaequale quam aequitas ipsa*. Jednakost nije sasvim matematička kategorija ukoliko se posmatra u kontekstu druge veštine i podjednako važne vrednosti – *ars boni*. A pošto je dobro vrednosna kategorija, koja u svakom konkretnom slučaju ima svoje specifičnosti, nju mašina ne može uvek valjano prepoznati i meriti. Dakle, da zaključimo: možda mašina može obezbeđivati jednakost, ali teško da može dosezati do poimanja onog drugog, podjednako važnog, ako ne i važnijeg fundamentalnog pravnog principa – dobrog postupanja.

LITERATURA

- Aletras, N., Tsarapatsanis, D., Preotiuc-Pietro, D., Lampos, V. /2016/: Predicting Judicial Decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing Perspective, *PeerJ Computer Science*, no. 2:e93, <https://doi.org/10.7717/peerj-cs.93>.
- Angwin, J., Larson, J., Mattu, S., Kirchner, L. /2016/: Machine Bias, *ProPublica*, <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>.

- Baesens, B., Van Vlasselaer V., Verbeke, W. /2015/: *Fraud Analytics Using Descriptive, Predictive, and Social Network Techniques*, John Wiley&Sons, New Jersey (USA).
- Bernays Wiener, F. /1962/: Decision Prediction by Computers: Nonsense Cubed—and Worse, *American Bar Association Journal*, vol. 48, no. 11.
- Cardozo, B. N. /1921/: *The Nature of the Judicial Process*, Yale University Press, New Haven (USA).
- Chen, D. L. /2018/: Judicial Analytics and the Great Transformation of American Law, http://users.nber.org/~dlchen/papers/Judicial_Analytics_and_the_Great_Transformation_of_American_Law.pdf.
- Cowan, Th. A. /1963/: Decision Theory in Law, Science and Technology, *Rutgers Law Review*, vol. 17, no. 3.
- Dantas, P. /2015/, The Future of Justice is Watson, *IBM Big Data & Analytics Hub*, <http://www.ibmbigdatahub.com/blog/future-justice-watson>.
- Dondero, B. /2017/: Justice predictive: la fin de l'alea judiciaire?, *Recueil Dalloz*, no. 10.
- Frank, J. /1973/: *Courts on Trial*, Princeton University Press, New Jersey (USA).
- Frank, J. /2009/: *Law and the Modern Mind*, Transaction publishers, New Brunswick (USA) and London (U.K.).
- Holmes, O. W. /1881/: *The Common Law*, Macmillan, London.
- Holmes, O. W. /1897/: The Path of the Law, *Harvard Law Review*, vol. 10, no. 8.
- Katz, D. M., Bommarito, M. J., Blackman, J. /2017/: A General Approach for Predicting the Behavior of the Supreme Court of the United States, *PLOS*, <http://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0174698>.
- Lawlor, R. C. /1963/: What Computers Can Do: Analysis and Prediction of Judicial Decisions, *American Bar Association Journal*, vol. 49, no. 4.ž
- Li, W., Azar, P., Larochele, D., Hill, Ph., Cox, J., Berwick, R., Lo, A., /2013/: Using Algorithmic Attribution Techniques to Determine Authorship in Unsigned Judicial Opinions, *Stanford Technology Law Review*, vol. 16, no. 3.
- Li, W., Azar, P., Larochele, D., Hill, Ph., Lo, A. /2015/: Law is Code: A Software Engineering Approach to Analyzing the United States Code, *Journal of Business & Technology Law*, vol. 10, no. 2.
- Loevinger. L. /1949/: Jurimetrics – The Next Step Forward, *Minnesota Law Review*, vol. 33, no. 5.
- Loevinger, L. /1961/: Jurimetrics: Science and Prediction in the Field of Law, *Minnesota Law Review*, vol. 46, no. 2.
- Moskowitz, D. H. /1966/: The Prediction Theory of Law, *Temple Law Quarterly*, vol. 39, no. 4.
- Nagel, S. S. /1966/: Judicial Prediction and Analysis From Empirical Probability Tables, *Indiana Law Journal*, vol. 41, no. 3.
- Osbeck, M. K. /2015/: Using Data Analytics Tools To Supplement Traditional Research and Analysis in Forecasting Case Outcomes, *The Journal of the Legal Writing Institute*, vol. 20, no. 1.
- Pasquale, F., Cashwell. G. /2017/: Prediction, Persuasion, and the Jurisprudence of Behaviorism, *University of Maryland Francis King Carey School of Law, Legal Studies Research Paper*, no. 34, p. 2, <http://ssrn.com/abstract=3067737>.
- Pierce Wells, C. /1994/: Holmes on Legal Method: The Predictive Theory of Law as An Instance of Scientific Method, *Southern Illinois University Law Journal*, vol. 18, no. 2.
- Posner, R. /1990/: *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, Cambridge (USA)–London (UK).

- Powell, J. /2016/: What If Predictive Algorithms Are Biased, *TDWI*, <https://tdwi.org/articles/2016/06/06/predictive-algorithms-biased.aspx>.
- Radin, M. /1925/: Theory of Judicial Decision Or How Judges Think, *American Bar Association Journal*, vol. 11, no. 6.
- Siegel, E. /2016/: *Predictive Analytics: The Power to Predict Who Will Click, Buy, Lie, or Die*, John Wiley&Sons, New Jersey (USA).
- Simonite, T. /2017/: How to Upgrade Judges with Machine Learning, *MIT Technology Review*, <https://www.technologyreview.com/s/603763/how-to-upgrade-judges-with-machine-learning/>.
- Smith, R. /2016/: AI and Judicial Prediction: early days, *Law, Technology and Access to Justice*, <https://law-tech-a2j.org/ai/ai-and-judicial-prediction-early-days/>.
- Susskind, R., Susskind, D. /2015/: *The Future of the Professions: How Technology will Transform the Work of Human Experts*, Oxford University Press, Oxford (UK)–New York (USA).
- Susskind, R. /2017/: *Tomorrow's Lawyer: An Introduction to Your Future*, Oxford University Press, Oxford (UK)–New York (USA).

Dragutin Avramović, Ph.D.

University of Novi Sad, Faculty of Law

PREDICTIVE ANALYSIS OF JUDICIAL BEHAVIOR – RETURN TO MECHANICAL JURISPRUDENCE?

SUMMARY

This paper is about the roots of computerized predictive analysis of judge's behavior, and it investigates problems which predictive analysis is facing today, its prospects, as well as advantages and limits of that method. The author is of opinion that major limitation in predicting behavior of a judge with broad precision is emotional shortage of artificial intelligence. Following the line of legal realism the author concludes that unpredictability of judge's behavior, namely specific and unique feature of their personalities, makes legal outcome not completely certain. Algorithms are today based mostly upon mechanical jurisprudence and syllogistic reasoning as computers are "fed" by man. In the future it might become possible, due to dynamic development of technology and with possibility of developing self-learned artificial intelligence, that machines could once replace judges or at least predict rulings with a very high percentage of probability. But, if the law is *ars boni et aequi*, and that ancient Roman postulate is not yet validly contested, then the range of mechanical jurisprudence is still limited. Machine may be able to gain equality, as it is basically and originally a mathematical principle and operation. But it cannot reach sensitivity of the second, correspondingly important, or even more fundamental legal principle – what is good in general and in concrete case. Good is a value, having its specific loading and feature in every single case. This is something that the machine cannot properly recognize and measure.

Key words: Predictive analysis, mechanical jurisprudence, jurimetrics, legal realism, artificial intelligence.

Sladjana Jovanović*

MUP Republike Srbije

ABERRATIO ICTUS U KRIVIČNOM PRAVU

Apstrakt: Nepredviđena promena toka odvijanja radnje izvršenja krivičnog dela, umišljajno upravljene ka tačno određenom objektu, otvara pitanje krivične odgovornosti učinioca za posledicu koja, pod tim uslovima, nastupi na drugom objektu, neobuhvaćenim umišljajem. U ovom radu, analiziraće se višestrani pristupi rešavanju spornog pitanja, oličeni u pravnom fenomenu *aberratio ictus*-a, prvenstveno kroz razmatranje argumenata suprotstavljenih teorijskih gledišta. U gomili jednostranih i nedorečenih pristupa, izlaz treba tražiti, pre svega, u jasnom fenomenološkom razgraničavanju slučajeva obuhvaćenih figurom *aberratio ictus*, u odnosu na srodne pravne koncepte. Nakon ovog koraka, sledi opredeljenje za model krivične odgovornosti, koji na najadekvatniji način odgovara smislu i suštini datog fenomena.

Ključne reči: *Aberratio ictus*, model pokušaja, model umišljajnog dela, teorija ekvivalencije, teorija konkretizacije.

UVOD

Aberratio ictus predstavlja složenu konstrukciju, koja se u krivičnom pravu koristi za označavanje posebnih slučajeva odstupanja od toka realizacije radnje krivičnog dela, što se manifestuje ispoljavanjem posledice na objektu van domašaja umišljaja učinioca. Naime, prvobitna radnja, usmerena ka prouzrokovanju posledice na objektu obuhvaćenim umišljajem, usled devijacije uzročnog toka, dovodi do neželjene posledice na drugom objektu.

U pogledu prirode ovog pravnog fenomena, postoji više različitih shvatanja, uslovljenih, između ostalog, i činjenicom da li se u konkretnom zakonodavstvu tretira kao autonomna pravna figura, ili se njegovo dejstvo određuje u sklopu opštih pravila. Za razliku od izričitog propisivanja pravila o krivičnoj odgovornosti u opisanim slučajevima¹, u doktrini su zastupljena i stanovišta da se ne radi o samostalnoj pravnoj figuri, već o posebnom slučaju devijacije uzročnog toka, iz čega proističe postupanje po pravilima istog.²

* sladjanna.jovanovic@gmail.com

1 To je slučaj sa važećim Krivičnim zakonikom R. Italije, koji navedeno pitanje izričito reguliše u čl. 82 i 83. Vid. *infra*, 17–18.

2 C. Roxin /1997/: *Derecho penal, Parte General, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, „Civitas“, Madrid. (Prevod dela: Roxin C. /1997/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I:*

Sušтина *aberratio ictus*-a se često objašnjava reprezentativnim primerom učinioca koji puca iz vatrenog oružja na jednu osobu, želeći da je liši života, ali metak pogodi drugu i usmrti je.³ Ključno je pitanje krivične odgovornosti učinioca, kako u odnosu na radnju preduzetu prema prvom objektu, tako i u odnosu na posledicu. Polazeći od konceptualne analize datog fenomena, u ovom radu se, primenjujući, pre svega, normativni i aksiološki metod, kao i uporednopravni, nastoji ukazati na rešenje koje najbolje odgovara prirodi i suštini opšteusvojenih principa krivičnog prava.

1. TERMINOLOŠKO ODREĐENJE I PRAVNA PRIRODA KONCEPTA *ABERRATIO ICTUS*

Latinski izraz „*aberratio ictus*“, potiče od reči „*aberratio*“ (odstupanje) i „*ictus*“ (udarac) i može se prevesti kao – „odstupanje udarca“ ili „skretanje udarca“, što se u prenesenom značenju, odnosi na slučajeve kada dolazi do preusmeravanja ishoda započete radnje. Pored ovog izraza, u literaturi se koriste i termini – „promašeni udarac“⁴, „zabluda o uzročnoj vezi“⁵, „abercije“⁶, odnosno „greška u izvršenju“.⁷

U našoj pravnoj teoriji, opisana odstupanja se razmatraju kao posebni oblici zablude i označavaju se, uglavnom, kao zabluda o uzročnoj vezi. Već prilikom terminološkog određenja, dolazi do izražaja pitanje širine predmetnog pojma. Tako, Bačić pravi jasnu distinkciju između slučajeva aberacija i zablude o kauzalitetu, kao sličnih, ali ipak različitih kategorija. Polazeći od toga, ove prve definiše kao zablude o smeru radnje, usled kojih posledica nastupa na neželjenom objektu.⁸ Diferencijacija je od značaja za postavljanje granica *aberratio ictus*-a, naročito u pogledu odnosa sa situacijama koje se ne mogu svrstati u okvire date konstrukcije. Takođe, pod izrazom *aberratio ictus sive impetus*, Tahović podrazumeva slučajeve kada pod dejstvom nekih spoljnih okolnosti, kauzalni odnos dobije drugačiji pravac od zamišljenog, što rezultira posledicom na objektu radnje koji nije obuhvaćen umišljajem učinioca.⁹ Na sličan način se vrši definisanje i u stranoj literaturi.¹⁰

Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, „Auflage Beck“, München, trad. y notas por Luzón Peña D. M. et al.), p. 495.

- 3 Vid. C. Roxin, *op. cit.*, pp. 492–496; G. Jakobs /1995/: *Derecho penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, „Marcial Pons – Ediciones Jurídicas“, Madrid. (Prevod dela: Jakobs G. /1991/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, „Walter de Gruyter“, Berlin, trad. Contreras J.C., Serrano Gonzales de Murillo J.L.), p. 365; M. Bohlander /2010a/: *Transferred Malice and Transferred Defences: A critique of the Traditional Doctrine and Arguments for a Change in Paradigm*, *New Criminal Law Review*, vol. 13, n° 3, p. 556.
- 4 Vid. B. Čejović, M. Kulić /2011/: *Krivično pravo*, „Eseloge“, Beograd, str. 216; J. Tahović /1961/: *Krivično pravo – opšti deo*, „Savremena administracija“, Beograd, str. 194.
- 5 Z. Stojanović /2016/: *Komentar Krivičnog zakonika*, „Službeni glasnik“, Beograd, str. 153; Lj. Lazarević /2006/: *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije*, „Savremena administracija“, Beograd, str. 100.
- 6 F. Bačić /1998/: *Kazneno pravo – Opći deo*, „Informator“, Zagreb, str. 262.
- 7 Vid. K. Ghanayim, M. Kremnitzer /2014/: *Mistaken identity and Error in Performance: A Transferred Malice*, *Criminal Law Quarterly*, vol. 61, n° 329, p. 330.
- 8 F. Bačić: *op. cit.*, str. 262.
- 9 J. Tahović /1961/: *op. cit.*, str. 194.
- 10 Vid. C. Roxin: *op. cit.*, p. 492; G. Jakobs: *op. cit.*, pp. 365–366; M. Dubber, T. Hörne /2014/: *Criminal Law: A Comparative Approach*, „Oxford University Press“, Oxford, p. 263.

U formalnom smislu, ispoljavanje *aberratio ictus*-a bi se moglo posmatrati u svetlu sledećih ključnih elemenata: a) radnja krivičnog dela; b) objekat radnje obuhvaćen umišljajem učinioca; c) objekat van domašaja umišljaja učinioca; d) odstupanje od tipičnog uzročnog toka; e) posledica manifestovana na drugom objektu radnje.

Teorijska shvatanja krivične odgovornosti, usko su povezana sa kriterijumom kvalitativne razlike, odnosno istovetnosti između dva objekta, te se može govoriti o pravnim dobrima jednakog ili nejednakog nivoa pravne zaštite.¹¹ Shodno tome, moguće su dve situacije zablude o uzročnoj vezi: a) slučaj kada je posledica nastupila na objektu koji je u pogledu vrednosti koja se štiti, ekvivalentan objektu prema kojem je bila upravljena radnja učinioca; b) slučaj kada se, prema navedenom kriterijumu, radi o neekvivalentnim objektima. Na prirodu objekta u vrednosnom smislu, ukazuje i Bačić, ističući dve vrste aberacija, polazeći od tog parametra.¹² Ova podela je od značaja sa aspekta vladajućih teorijskih gledišta, budući da se kriterijum ekvivalentnosti u nekim slučajevima koristi kao odlučujući pri opredeljivanju za određeno rešenje.

Postoji opšta saglasnost u pogledu krivične odgovornosti, kada su u pitanju objekti na različitom vrednosnom nivou, te se zauzima jedinstven stav o odgovornosti učinioca za pokušaj prvog i nehatni oblik drugog krivičnog dela, u idealnom sticaju.¹³ Na relevantnost *aberratio ictus*-a u ovakvim situacijama, ukazuje se čak i u anglosaksonskoj literaturi, gde se inače prihvata posebna doktrina transfera umišljaja.¹⁴ Tako će u primeru učinioca, koji želeći da ubije komšijskog psa, puca na njega, ali pogodi komšiju, koji je u tom trenutku naišao, i usmrti ga, isti snositi krivičnu odgovornost za pokušaj krivičnog dela ubijanja i zlostavljanja životinja, i za nehatno lišenje života komšije. Krivična odgovornost se utvrđuje najpre u odnosu na željenu posledicu (pokušaj krivičnog dela), a potom i u odnosu na posledicu koja je nastupila, odnosno za delo koje je izvršeno. U pogledu drugog elementa, ukazuje se na mogućnost da kod učinioca postoji umišljaj, nehat, ili pak da izostane bilo koji oblik krivice.¹⁵ Jasno je da se ova pravila odnose samo na slučaj kada postoji nehat u odnosu na drugi objekat.

Kako ističe Roxin (Roxin), *aberratio ictus* je nesumnjivo relevantan u slučaju kada dva objekta nisu vrednosno ekvivalentna u tipičnom smislu.¹⁶ Nikakvu dilemu ne predstavljaju ni obrnute situacije, kada je radnja upravljena prema objektu veće, a posledica nastupi na objektu manje vrednosti.

11 Vid. C. Roxin; *op. cit.*, p. 493.

12 F. Bačić: *op. cit.*, str. 262.

13 J. M. Silva Sanchez /1984/: *Aberratio ictus e imputación objetiva*, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n° 3, p. 348.

14 J. Blomsma /2012/: *Mens Rea and Defences in European Criminal Law*, „Intersentia“, London, p. 245.

15 K. Ghanayim, M. Kremnitzer: *op. cit.*, str. 334.

16 Vid. C. Roxin: *op. cit.*, p. 493. Ovaj autor navodi primer situacije kada učinilac, vatrenim oružjem, nišani vazu velike vrednosti, ali umesto toga, metak pogodi osobu koja je stajala pored. U tom slučaju, postoji pokušaj uništenja i oštećenja tuđe stvari i nehatno lišenje života pogodene osobe.

Kada se radi o objektima na istom nivou pravne zaštite, postoje različita shvatanja. Relevantno pitanje u središtu svih modaliteta, jeste da li postoji mogućnost kažnjavanja za samo jedno umišljajno delo. Shodno tome, na jednoj strani, imamo većinsko shvatanje, koje daje negativan odgovor na ovo pitanje, a s druge strane, manjinsko, koje prihvata postojanje jednog dovršenog krivičnog dela.¹⁷ U primeru učinioca koji puca iz vatrenog oružja na svog neprijatelja, sa namerom da ga ubije, ali metak pogodi slučajnog prolaznika, koji je u tom trenutku naišao, opredeljivanje za jednu ili drugu varijantu bi dovelo do suštinski različitih rešenja.¹⁸ Može se uočiti da se prihvatanjem manjinskog rešenja, *aberratio ictus* neopravdano izjednačava sa slučajevima zablude o objektu i licu, čime se uopšte ne postavlja pitanje odgovornosti učinioca za umišljajno delo. Iz ovoga proizilazi njegov veliki značaj za krivično pravo, budući da prihvatanje ili negiranje relevantnosti zablude o uzročnoj vezi, doводи do različitih rešenja u sudskoj praksi.

Prema tome, predmet polemike je postupanje u slučajevima u kojima devijacija uzročnog toka doводи do posledice na objektu kojem se pruža jednaka pravna zaštita, kao i napadnutom, i gde su u odnosu na uzročni tok ispunjeni određeni uslovi.¹⁹

2. TEORIJSKE POSTAVKE

Slučajevi nesaglasnosti umišljaja učinioca sa faktičkim stanjem, kod *aberratio ictus*-a, praćeni su nizom dilema na planu krivične odgovornosti, naročito u pogledu neophodnosti kongruencije umišljaja sa činjeničnim stanjem.²⁰ Shvatanje o vezanosti umišljaja za objekat u konkretnom ili apstraktnom smislu, postavlja se kao važan kriterijum za opredeljivanje za određeni model odgovornosti. Takođe, ne mogu se negirati ni vrednosni i kriminalno-politički aspekti suprotstavljenih pristupa, što produbljuje opisanu problematiku. Očigledni nedostaci pomenutih gledišta, usloveli su i pojavu novih modela, zasnovanih na posebnim razgraničavajućim kriterijumima. Ipak, uz uvažavanje svih argumenata, moramo se opredeliti za model koji najbolje odgovara principu pravne sigurnosti i shvatanja o prirodi umišljaja.

2.1 Model umišljajnog dela (teorija ekvivalencije)

U slučajevima *aberratio ictus*-a, gde postoji ekvivalentnost relevantnih objekata, jedan deo doktrine polazi od teorije ekvivalencije. Ona postojanje jednog umišljajnog dela, vezuje za pretpostavku da je umišljajem obuhvaćena tipična posledica određene vrste, nezavisno od raskoraka u objektu radnje. Protezanje umišljaja na posledicu, opravdava se njenom osobinom tipičnosti.²¹ Zastupnici ove teorije, po-

17 J. M. Silva Sanchez: *op. cit.*, p. 349.

18 Prema prvom rešenju, učinilac bi odgovarao za pokušaj ubistva neprijatelja, u idealnom sticaju sa nehatnim lišenjem života slučajnog prolaznika. Nasuprot tome, u drugom slučaju bi postojalo samo jedno umišljajno delo, u odnosu na posledicu koja je nastupila (smrt slučajnog prolaznika).

19 C. Roxin: *op. cit.*, p. 493.

20 B. Burkhardt /1996/: Some Questions and Comments on What is Called the Mental Element of the Offence, *Israel Law Review*, n^o 1–2, p. 96.

21 Tipičnost bi se mogla odrediti kao pravilnost nastupanja, uvek kada su ispunjeni određeni uslovi.

laze od toga da je umišljajem obuhvaćena tipična posledica određene vrste, te da promena uzročnog toka nema nikakvog uticaja na njegovo ispoljavanje. Time se ističe irelevantnost *aberratio ictus*-a, u slučaju kada se isti može predvideti.²² Ovo bi značilo da je za postojanje dovršenog dela, dovoljno da umišljajem učinio bude obuhvaćena činjenica da svojom radnjom napada neko dobro u opštem smislu, npr. život čoveka kao pravno zaštićenu vrednost, a ne život poimenično određenih osoba. Drugim rečima, radilo bi se o umišljaju koji obuhvata apstraktna dobra.²³

Međutim, zapaža se da se ovakvim rezonovanjem pogrešno tumači opšti karakter pravnih normi, koji treba da obezbedi sveobuhvatnost zaštite svih pojedinačno određenih dobara, a ne apstraktnih vrednosti. Sličan vrednosni kriterijum se ističe i pri tvrdnji da je dovoljno da umišljaj obuhvati činjenicu da je radnja upravljena protiv opšte koncepcije pravnog dobra kao takvog, neopravdano zanemarujući njegove konkretne oblike materijalizacije u vremenu i prostoru.²⁴ Argument koji polazi od dovoljnosti generalnog umišljaja za postojanje dovršenog dela u nekim specifičnim situacijama²⁵, takođe nije održiv, budući da se tada proširuje domet *aberratio ictus*-a, na slučajeve koji ne ulaze u okvire date konstrukcije.²⁶ Ipak, na planu saučesništva i posrednog izvršilaštva se mora uvažiti potreba za razmatranjem primene ove koncepcije, naročito u pogledu krivične odgovornosti podstrekača, kada je kod neposrednog izvršioca postojala zabluda o licu, o čemu će kasnije biti reči. Međutim, čak i u ovim slučajevima, za uspostavljanje potpune krivične odgovornosti podstrekača, nije neophodno pribegavanje teoriji ekvivalencije, ako se uspostave jasni kriterijumi za procenu svih okolnosti konkretnog slučaja, koji čine zabludu neposrednog izvršioca irelevantnom i za podstrekača.²⁷

Pored očigledne zasnovanosti na vrednosnim kriterijumima i stavljanja u prvi plan retributivnog karaktera krivičnog prava, ovaj model izjednačava pravno dejstvo *aberratio ictus*-a sa zabludom o licu i objektu, zanemarujući suštinske razlike.²⁸

2.2 Model pokušaja (teorija konkretizacije)

Model pokušaja zasnovan je na teoriji konkretizacije umišljaja, koja se označava kao dominantna u naučnoj literaturi, a polazi od toga da umišljaj, koji se ispoljava (konkretizuje) na tačno određenom objektu, istovremeno obuhvata i rizik, koji je doveo do nastupanja posledice na drugom, u odnosu na koji je nedostajao umišljaj.²⁹ Shodno tome, za utvrđivanje krivične odgovornosti, posmatraju se poje-

22 C. Roxin: *op. cit.*, pp. 493–495.

23 U primeru gde učinilac puca iz vatrenog oružja na jednu osobu, uzima se da želi da ubije čoveka kao biće. To što je metak pogodio i usmrtio drugu osobu, koja je stajala pored, nema nikakvog uticaja na krivičnu odgovornost, jer je učinilac ostvario upravo ono što je i naumio – lišenje života ljudskog bića.

24 J. M. Silva Sanchez: *op. cit.*, p. 355.

25 *Ibid.*, p. 356.

26 Vid. *infra*, str. 14–15.

27 Vid. *infra*, str. 16.

28 Z. Stojanović: *op. cit.*, str. 153; M. E. Badar /2005/: Mistake of Law and Mistake of Fact in German Criminal Law: A Survey for International Criminal Tribunals, *International Criminal Law Reviews*, vol. 5, n° 2, p. 240.

29 C. Roxin: *op. cit.*, p. 492.

dinačno i smatraju se relevantnim, kako odnos učinioca prema onome što je hteo da postigne radnjom izvršenja, tako i prema posledici koja je zapravo nastupila. To znači da se javljaju dva nivoa utvrđivanja krivične odgovornosti. Na prvom mestu se određuje kakav je subjektivni odnos učinioca prema objektu obuhvaćenim umišljajem, a potom se, na sledećem stupnju, utvrđuje odnos prema onome na kome se posledica manifestovala. Tako će, prema zastupnicima ove teorije, čak i kada se radi o objektima iste vrste, postojati pokušaj krivičnog dela, na prvom nivou, u idealnom sticaju sa nehatnim oblikom krivičnog dela, na drugom stupnju.³⁰

Uočava se da ovaj model ističe pojam rizika, u odnosu na drugi objekat. Budući da se radi o subjektivnoj kategoriji, nužno se otvara pitanje njegovog kvaliteta, odnosno stepenovanja i modaliteta ispoljavanja. Procena se vrši sa aspekta „objektivnog posmatrača“, a za postojanje *aberratio ictus*-a, relevantne su situacije objektivno predvidivog rizika, obuhvaćenog nehatom, koji se nadovezuje na umišljajni rizik u pogledu nastupanja željene posledice.³¹ Ostale varijante ispoljavanja³², nisu obuhvaćene pomenutom konstrukcijom.³³

Kao osnovni nedostaci ovog modela, ističu se problemi nekažnjivosti pokušaja, odnosno nehatnog oblika određenih krivičnih dela, što nužno dovodi do oslobođenja od krivične odgovornosti u tim slučajevima, kao i same koncepcije pokušaja i nehata, zasnovane na ublažavajućem karakteru istih, što se kod *aberratio ictus*-a, gde posledica nije izostala, dovodi u pitanje.³⁴ Međutim, za razliku od iznetih kritika, koje se mogu lako pobiti, činjenica da se bez propisivanja posebnog izuzetka, ovaj fenomen drugačije tretira od zablude o licu i objektu, zaslužuje posebno razmatranje.

2.3 Novi modeli krivične odgovornosti

Jedan od novijih pristupa navedenom problemu, označava se kao „teorija plana izvršenja“. Razvijena je od strane nemačkog autora, Roksina, kao rešenje koje se nalazi između teorije konkretizacije i teorije ekvivalencije. Međutim, i sam autor navodi da je, sudeći po rešenjima do kojih dolazi, ipak bliža teoriji konkretizacije. Suština je u uvođenju posebnog kriterijuma za postojanje umišljajnog dela, definisanog kao pozitivna realizacija prvobitno zamišljenog plana učinioca.³⁵ Drugim rečima, to znači da će učinilac snositi krivičnu odgovornost za jedno dovršeno delo,

30 *Ibid.*; G. Jakobs: *op. cit.*, p. 365.

31 J. M. Silva Sanchez: *op. cit.*, pp. 374–377.

32 *Ibid.* U ostale varijante ispoljavanja, ubrajaju se: objektivno nepredvidivi rizik, objektivno predvidivi rizik, koji nije bio obuhvaćen ni umišljajem, ni nehatom, eventualni umišljaj u pogledu rizika nastupanja posledice i kumulativni umišljaj u odnosu na željenu i nastupelu posledicu.

33 Tipičan primer je učinilac koji puca iz pištolja na jednu osobu, na prometnom mestu, svestan rizika da će doći do nastupanja smrtne posledice, što i hoće. Međutim, ispostavi se da metak pogodi slučajnog prolaznika i usmrti ga. Rizik da će lišiti života neku drugu osobu, s obzirom da radnju preduzima na javnom mestu, objektivno je mogao biti predvidiv i obuhvaćen je nehatom učinioca. Iz prethodno iznetih pravila, proizilazi da će postojati pokušaj ubistva, u sticaju sa nehatnim lišenjem života.

34 J. M. Silva Sanchez: *op. cit.*, p. 383.

35 C. Roxin: *op. cit.*, pp. 493–494.

samo onda kada se nastupanje posledice uklapa u njegov prethodni plan o ishodu preduzimanja radnje izvršenja. U suprotnom, prednost se daje teoriji konkretizacije.

Ovu koncepciju, tvorac objašnjava polazeći od hipotetičke situacije, gde učinilac, želeći da usmrti svog prijatelja, prilikom tuče u kafani, puca na njega iz vatrenog oružja, ali pogodi sopstvenog sina i usmrti ga. Analizirajući slučaj, autor zaključuje da dolazi do izvitoperenja prvobitnog plana učinioca, ne samo sa aspekta njegove subjektivne procene, već i prema objektivnim parametrima. Budući da nije došlo do realizacije plana, odnosno nastupanja posledice obuhvaćene umišljajem, isključuje se mogućnost kažnjavanja za istu, te bi u odnosu na objekat napada, moglo doći u obzir samo kažnjavanje za pokušaj. S druge strane, u odnosu na usmrćenu osobu, nastupila je svojevrсна opasnost, a sa njom i realizacija objektivnih elemenata bića krivičnog dela, čime se implicira postojanje osnova za nehatno lišenje života.³⁶

Međutim, ni ovo rešenje nije bez nedostataka i predmet je kritike u literaturi, prvenstveno sa aspekta konkretizacije rizika za tačno određeno dobro, odnosno vezivanja umišljaja za posledicu, na čiju mogućnost nastupanja, učinilac nije čak ni pomislio.³⁷ Upravo iz tog razloga, ovo rešenje ne bi bilo održivo, ako se pođe od hipotetičke situacije da, iako je ostvaren plan, učinilac ne bi preduzeo radnju izvršenja, da je znao da će posledica nastupiti upravo na određenom objektu.³⁸

Teorija materijalne ekvivalencije, čiji je tvorac nemački autor Hilenkamp (Hillenkamp), predstavlja varijantu opšte teorije ekvivalencije, zasnovanu na uvođenju posebnog parametra, kao kriterijuma za opredeljivanje za rešenje pokušaja, nasuprot rešenju umišljajnog dela. Taj parametar se ogleda u pravljenju razlike između ličnih i društvenih dobara. Pravna dobra visokog ličnog nivoa (npr. život, fizički integritet), karakteriše međuzavisnost sa nosiocem istih i u njihovom slučaju je relevantna individualnost objekta. Iz tog razloga se prihvata rešenje pokušaja. Nasuprot tome, kod društvenih dobara, nije relevantno da li će umišljaj biti konkretizovan u odnosu na individualno određen objekat, te će postojati samo jedno umišljajno delo.³⁹

Međutim, moramo se složiti sa Roksinom, koji, razmatrajući Hilenkampovo gledište, ističe da je njegov osnovni nedostatak upravo striktna bipartitna podela na lična i društvena dobra, budući da ne samo kod ličnih, već takođe i kod društvenih dobara, može doći do odstupanja od individualizacije objekta radnje u tipičnom smislu, iz čega bi proisteklo kažnjavanje samo za pokušaj.⁴⁰

Jedan od modela krivične odgovornosti kod *aberratio ictus*-a, postojanje umišljajnog dela vezuje za kriterijum dostizanja cilja učinioca u striktno eksterno-mehaničkom, odnosno tehničkom smislu. U pitanju je naturalistički kriterijum, od kojeg polazi nemački autor Herzberg. Suštinu gledišta čini pitanje razgraničenja *aberratio*

36 *Ibid.*, p. 493.

37 J. M. Silva Sanchez: *op. cit.*, pp. 378–379.

38 To bi se moglo zamisliti u primeru učinioca koji puca na grupu ljudi, sa namerom da pogodi bilo koga od njih, kako bi izazvao pobumu, ali usmrti člana svoje porodice, koji se, nepredviđeno, našao među okupljenima.

39 J. M. Silva Sanchez: *op. cit.*, pp. 383–384.

40 C. Roxin: *op. cit.*, p. 494. Ovaj autor, svoju tvrdnju potkrepljuje hipotetičkim primerom, u kojem učinilac želi da uništi predmet velike vrednosti, u vlasništvu jednog lica, ali umesto toga, uništi predmet trivijalne vrednosti. Tada postoji odgovornost samo za pokušaj prvog krivičnog dela.

ictus-a sa jedne i zablude o licu i objektu, sa druge strane, pri čemu je za utvrđivanje postojanja zablude o uzročnoj vezi, ključno utvrditi da li je došlo do ostvarenja „intelektualne reprezentacije“ učinioca.⁴¹ To bi značilo da će postojati jedno umišljajno delo samo u onim slučajevima kada je objekat radnje obuhvaćen intelektualnom predstavom učinioca (iako u odnosu na njega postoji oblik zablude), te dolazi do ostvarenja cilja u čisto mehaničkom smislu, jer prvobitni cilj, usled zablude, nije mogao biti ostvaren.⁴² Međutim, sa razlogom bi se moglo postaviti pitanje doslednosti ovog kriterijuma, posebno kada je reč o graničnim slučajevima, zbog čega mu se ipak ne bi mogao dati karakter jednog univerzalnog rešenja.⁴³

3. FENOMENOLOŠKA DIMENZIJA

Za razumevanje fenomena *aberratio ictus*, neophodno je njegovo sagledavanje, kako sa fenomenološkog aspekta, tako i iz ugla njegovog odnosa sa bliskim pravnim konstrukcijama, u odnosu na koje je potrebno postaviti jasnu granicu. Imajući u vidu prirodu ove pravne figure, kao i osnovne oblike ispoljavanja, jasno je zašto se u literaturi vezuje prvenstveno za krivična dela protiv života i tela.⁴⁴ Međutim, iako najveći značaj ima upravo u slučajevima najtežih krivičnih dela, moguća je njegova primena i kod napada na neka druga pravna dobra.⁴⁵

Relevantnost *aberratio ictus*-a, kako ističe Roksini, nesumnjivo dolazi do izražaja u dva slučaja: a) kada objekat na kojem je nastupila posledica i onaj prema kome je upravljen umišljaj učinioca, nisu u tipičnom smislu ekvivalentni; 2) kada dva objekta jesu ekvivalentna u tipičnom smislu, ali se u odnosu na prvi objekat javlja neki od osnova isključenja protivpravnosti.⁴⁶ Pored pomenutih slučajeva, u ovu kategoriju spadaju svakako i oni kada je objekat na kojem je nastupila posledica, u tipičnom smislu, ekvivalentan objektu obuhvaćenim umišljajem. U pogledu oblika krivice u odnosu na posledicu, zahteva se isključivo nehat.⁴⁷ Od značaja je u tom smislu, u svakom konkretnom slučaju utvrditi oblik krivice, budući da slučajevi eventualnog,

41 J. M. Silva Sanchez: *op. cit.*, p. 379.

42 Tako bi, na primer, učinilac koji, želeći da ubije svog neprijatelja, istog u mraku pomeša sa drugom osobom, slične visine i građe, te ga usmrti ubodom noža, odgovarao za jedno umišljajno delo. U navedenom primeru, iako postoji zabluda o identitetu, druga osoba je obuhvaćena „intelektualnom reprezentacijom“ učinioca, što je dovelo do smrti, kao posledice. Eksterno-mehanički cilj bi, u navedenom primeru, bio da ubodna rana dovede do smrti osobe, koja se u jednom trenutku našla na određenom mestu.

43 Kriterijum „intelektualne reprezentacije“, ne bi bio adekvatan, npr. u situaciji kada učinilac postavi eksplozivnu napravu na ulazna vrata kuće osobe koju hoće da ubije, pri čemu podesi mehanizam tako da ista eksplodira kada prva osoba uhvati za kvaku, računajući da će to biti vlasnik kuće. Međutim, ispostavi se da vrata otključa druga osoba, koja umre usled eksplozije.

44 I. Bott /2006/: Comparación de derecho penal. Los errores de tipo y los problemas correspondientes en Alemania y Uruguay, *Revista de derecho de la Universidad de Montevideo*, n° 9, p. 180.

45 Kao primer, može se navesti krivično delo lažnog prijavljivanja, odnosno slučaj kada učinilac ostvari elemente bića krivičnog dela iz čl. 334 st. 2 Krivičnog zakonika i podmetne tragove dela, želeći da izazove pokretanje krivičnog postupka protiv određenog lica, za koje zna da nije izvršilac, ali umesto njega, bude optuženo drugo lice, u odnosu na koje nije postojao umišljaj.

46 C. Roxin: *op. cit.*, p. 493.

47 G. Jakobs: *op. cit.*, p. 365.

generalnog i alternativnog umišljaja, nisu uopšte sporni i rešavaju se u skladu sa opštim pravilima, bez potrebe za pribegavanjem konstrukciji *aberratio ictus*.

Za razliku od spornih slučajeva ekvivalencije objekata, kod neekvivalentnosti, postoji opšta saglasnost teoretičara da „skretanje udarca“ uslovljava krivičnu odgovornost učinioca za pokušaj prvog i nehatni oblik drugog krivičnog dela.⁴⁸

Kao posebna varijanta ispoljavanja *aberratio ictus*-a, izdvaja se mogućnost nastupanja dvostruke posledice istovremeno.⁴⁹ Upravo slučajevi nastupanja posledice i na jednom i na drugom objektu, ukazuju na nedostatak teorije ekvivalencije, odnosno modela umišljajnog dela, koji bi povredu prvog objekta ostavio van zone kažnjivosti.⁵⁰

3.1 *Aberratio ictus i nužna odbrana*

Kao jedan od oblika ispoljavanja *aberratio ictus*-a, ističe se i slučaj kada su relevantni objekti, u tipičnom smislu ekvivalentni, ali u odnosu na objekat obuhvaćen umišljajem, postoji neki od osnova isključenja protivpravnosti. To bi bio primer učinioca koji, kako bi se odbranio od napada drugog lica (ispunjeni uslovi za nužnu odbranu), puca na napadača, ali metak pogodi drugu osobu, koja nije učestvovala u protivpravnom napadu. U evropsko-kontinentalnom krivičnom pravu, zauzima se stanovište o isključivoj primeni modela pokušaja, što znači da će postojati pokušaj u odnosu na napadača, uz isključenje protivpravnosti, dok u odnosu na drugu osobu, postoji nehatno lišenje života.⁵¹ Primena teorije ekvivalencije bi u ovakvoj situaciji, dovela do neprihvatljivog rešenja sa stanovišta principa krivičnog prava, te lišenje života ljudskog bića, bez ikakvog osnova, ostavila van granica zone kažnjivosti. U prilog tome, govori i činjenica da bi nevinoj žrtvi tada bilo uskraćeno pravo na nužnu odbranu, u odnosu na napad učinioca, koji postupa u nužnoj odbrani u odnosu na prvi objekat.

U anglosaksonskom krivičnom pravu, gde je usvojen koncept transfera prava na nužnu odbranu, omogućava se njegovo prenošenje i na osobu koja je usmrćena.⁵² Međutim, ovakvo rešenje nije u skladu sa principima evropsko-kontinentalnog krivičnog prava.⁵³

3.2 *Nekompletni aberratio ictus*

Od značaja za ustanovljavanje opštih pravila krivične odgovornosti, jeste postavljanje jasne granice u odnosu na pojavne oblike koji izlaze van okvira konstrukcije *aberratio ictus*-a.

48 Vid. *supra*, str. 4.

49 Moguće je da, na primer, učinilac jednom radnjom nanese telesne povrede osobi koju je želeo da ubije, a usmrti drugu osobu, koja je bila van domašaja njegovog umišljaja.

50 Na probleme opisane prirode, ukazuje se u anglosaksonskoj literaturi, gde je prihvaćena doktrina transfera umišljaja. Vid. M. Bohlander /2010a/: *op. cit.*, p. 559.

51 C. Roxin: *op. cit.*, p. 493.

52 M. Bohlander /2010a/: *op. cit.*, p. 563.

53 Vid. J. Blomsma: *op. cit.*, p. 309.

Postojanje eventualnog umišljaja u odnosu na mogućnost da dođe do nastupanja posledice na nekom drugom objektu, a ne onom obuhvaćenim direktnim umišljajem, tretira se kao umišljajno delo u odnosu na taj objekat.⁵⁴ Tako bi postojalo umišljajno ubistvo u hipotetičkom primeru učinioca, koji puca na svoju suprugu, svestan mogućnosti da može pogoditi dete koje ona drži za ruku, ali pristaje na to i ipak ispali metak, koji usmrti dete. U literaturi se ovakve situacije, kao i postojanje generalnog umišljaja u odnosu na posledicu, označavaju kao nekompletni *aberratio ictus*.⁵⁵ Budući da učinilac ostaje u granicama umišljaja, može se reći da je opravdano stanovište da se pravi slučajevi zablude o uzročnom odnosu, ograničavaju na one kada takav rizik nije bio predvidiv.⁵⁶ U prilog tome, govori i činjenica da naš zakonodavac, kao uslov za postojanje jednog od oblika teškog ubistva, u čl. 114 st. 3 Krivičnog zakonika, izričito zahteva umišljaj u odnosu na dovođenje u opasnost života još nekog lica. To znači da za postojanje dovršenog dela, nije dovoljno da posledica bude obuhvaćena nehatom. Tako je u obrazloženju jedne presude, Apelacioni sud potvrdio odluku prvostepenog suda o postojanju teškog ubistva, u slučaju kada je učinilac, ispalivši više metaka u pravcu grupe lica, prouzrokovao kako smrt lica koje je želeo da liši života, tako i drugog lica, koje se nalazilo, između ostalih, u neposrednoj blizini, odbacivši navode iz žalbe da se radi o sticaju krivičnog dela ubistva i nehatnog lišenja života. Naime, ovaj sud je svoju odluku zasnovao na činjenici da je optuženi bio svestan da svojom radnjom dovodi u opasnost život drugih lica, i na to pristao (eventualni umišljaj).⁵⁷

Isto se odnosi i na lišenje života više lica, kao oblik teškog ubistva, gde se takođe predviđa obuhvaćenost posledice umišljajem. Međutim, ovakve situacije zahtevaju dodatnu opreznost, naročito sa aspekta razgraničenja eventualnog umišljaja i svesnog nehata.

Ako je učinilac postupao sa svesću da može prouzrokovati posledicu na bilo kom od datih objekata, pri čemu mu je svejedno da li će ista nastupiti na jednom ili drugom (alternativni umišljaj), jasno je da će postojati jedno umišljajno delo, što takođe ne pripada razmatranom konceptu.⁵⁸

U anglosaksonskoj literaturi se ističe da pravi slučaj *aberratio ictus*-a, ne uključuje ni one pojavne oblike, koji ne podrazumevaju isključivu usmerenost umišljaja ka određenom objektu (*dolus indeterminatus*).⁵⁹ Ovaj oblik umišljaja bi postojao kada učinilac, na javnom mestu, punom ljudi, među njima ugleda neprijatelja, kojeg želi da ubije, i ispali metak u njegovom pravcu, svestan da može pogoditi i bilo kog od prisutnih, što se na kraju i desi.

54 Vid. C. Roxin: *op. cit.*, p. 493; I. Bott: *op. cit.*, p. 184; I. Đokić /2012/: Stvarna zabluda u krivičnom pravu – in: *Kaznena reakcija u Srbiji: Tematska monografija – II deo* (Ignjatović Đ., ed.), „Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu“, Beograd, str. 279.

55 I. Bott: *op. cit.*, p. 184.

56 Vid. J. Blomsma: *op. cit.*, p. 242.

57 Presuda Apelacionog suda u Beogradu Kž. 1. broj 497/10, od 28.04.2010. godine.

58 Vid. G. Jakobs: *op. cit.*, p. 365.

59 P. Boothby /1968/: The Deflected Blow: *Aberratio ictus*, *Rhodesian Law Journal*, vol. 8, n°1, p. 21. U ovakvim slučajevima se smatra da je umišljaj neodređenog karaktera, te da uključuje i povređeni objekat.

3.3 Aberratio ictus i uzročnost

Za postojanje jednog umišljajnog dela, ne zahteva se od učinioca da poznaje sve detalje konkretnog uzročnog toka, u njegovim pojedinostima. To znači da irelevantna odstupanja od istog, neće imati uticaja na postojanje dovršenog dela.⁶⁰ Ovo može biti relevantno za *aberratio ictus* onda kada nastupanje posledice na željenom objektu, izlazi iz okvira tipičnog uzročnog toka. Roxin, kao primer, navodi situaciju kada učinilac puca iz pištolja na jednu osobu, ali je metak ne pogodi, već udari u zid, rikošetira, odbije se od nekoliko predmeta, i na kraju, potpuno nepredviđeno, pogodi drugu osobu, koja je u tom trenutku naišla.⁶¹ U ovom primeru, učinilac neće biti odgovoran za nehatno ubistvo druge osobe, već samo za pokušaj u odnosu na prvi objekat. U našoj krivičnopravnoj literaturi se takođe zastupa stav o odgovornosti samo za pokušaj prvog krivičnog dela, ako je do smrti drugog lica došlo usled slučaja.⁶²

U kontekstu nekih nastojanja da se zabluda o uzročnoj vezi tretira sa aspekta uzročnosti, a ne kao faktor koji utiče na subjektivni element, ističe se bitna razlika između ove dve pojave. Naime, kod *aberratio ictus*-a, postoje dve devijacije – odstupanje od uzročnog toka i zabluda o identitetu. To znači da je objekat umišljaja različit od objekta na kojem je posledica nastupila, što uslovljava i odstupanje od nameravanog ishoda. S druge strane, primena pravila o uzročnosti, moguća je jedino ukoliko su oba objekta identična, odnosno ako postoji poklapanje između stvarne i nameravane posledice, sa jedinom razlikom da je posledica prouzrokovana na potpuno neočekivan način.⁶³ Shodno tome, na primer, ako učinilac, želeći da ubije svoju suprugu, istu gurne sa velike visine, ali umesto od pada, ona umre usled srčanog udara, zbog straha koji je doživela, postojaće umišljajno delo, jer se radi o irelevantnom odstupanju.

Prividna sličnost se uočava i kod tzv. generalnog umišljaja, koji takođe treba razlikovati od *aberratio ictus*-a, jer i ovde nedostaje druga devijacija, u vidu zablude o identitetu objekata. Pored toga, u literaturi se zauzima shvatanje o jedinstvu radnje kod generalnog umišljaja, te jedinstvenom umišljaju, koji se proteže i na drugi deo preduzetih aktivnosti.⁶⁴ To bi se moglo zamisliti na primeru učinioca, koji, misleći da je ubio suprugu, kako bi prikrio učinjeno, telo baci u vodu. Međutim, ispostavi se da je smrt nastupila tek nakon bacanja u vodu, davljenjem, a ne usled prvobitne radnje.

Shvatanje dometa umišljaja učinioca u previše ekstenzivnom smislu, takođe bi moglo stvoriti dileme u pogledu krivične odgovornosti i dovesti do neprihvatljivog

60 J. Baumann /1973/: *Derecho penal: Conceptos fundamentales y Sistema*, „Ediciones Depalma“, Buenos Aires. (Prevod dela: Baumann J. /1972/: *Grundbegriffe und System des Strafrechts. Eine Einführung in die Systematik an Hand von Fällen*, Stuttgart, trad. Finzi C.A.), pp. 244–245.

61 C. Roxin: *op. cit.*, p. 493.

62 S. Vuković, G. Stanojčić /2016/: *Komentar Krivičnog zakonika*, „Poslovni biro“, Beograd, str. 45.

63 K. Ghanayim, M. Kremnitzer: *op. cit.*, p. 341.

64 H. Welzel /1956/: *Derecho penal – Parte general*, „Roque Depalma Editor“, Buenos Aires (trad. Balestra C. F.), p. 80.

kažnjavanja samo za nameru. Kao tipičan primer, navodi se učinilac, koji se, vozeći automobil, u saobraćaju, psihički priprema da ubije svog neprijatelja. Međutim, potpuno neočekivano, prouzrokuje saobraćajnu nezgodu, u kojoj pogine upravo osoba koju je želeo da ubije. Odgovornost za dovršeno ubistvo, ne može se prihvatiti, budući da namera, sama po sebi, nije dovoljna, ukoliko nije sprovedena u delo i realizovana u specifičnom ponašanju učinioca.⁶⁵ Ovde se ne može govoriti o kontinuitetu uzročnog toka, koji je spletom okolnosti usmeren u drugom pravcu, zbog vremensko-prostorne izmeštenosti umišljaja.

3.4 *Aberratio ictus* i *zabluda o licu i objektu*

Error in persona i *error in objecto* se manifestuju u nastupanju posledice na licu, odnosno objektu, za koje je učinilac pogrešno držao da se radi o nekom drugom licu ili objektu.⁶⁶ Kao relevantna razlika između ovih fenomena i *aberratio ictus*-a, izdvaja se činjenica da kod prvih postoji samo jedna devijacija, za razliku od druge, koja je složena konstrukcija i obuhvata, kako zabludu u pogledu identiteta, tako i relevantno odstupanje od pretpostavljenog uzročnog toka. Kod zablude o licu, posledica direktno nastupa na objektu, čije je pozicije u vremenu i prostoru, učinilac svestan, dok *aberratio ictus* pretpostavlja vezivanje za objekat izvan okvira njegovog domašaja svesti, po navedenim kriterijumima.⁶⁷ Tako će postojati *error in persona*, u hipotetičkom primeru učinioca, koji, želeći da ubije svog prijatelja, čeka ga u mraku, sakriven u blizini njegove kuće, u vreme kada se obično vraća sa posla, te u trenutku kada je uočio siluetu kako otključava ulazna vrata, ispali metak i usmrti osobu, za koju se ispostavi da se radi o bratu prijatelja kome je bio namenjen metak. S druge strane, o *aberratio ictus*-u bi se moglo govoriti onda kada učinilac jasno prepozna osobu koju želi da ubije i puca u njenom pravcu, ali metak je promaši i pogodi komšiju, koji je u baš tom trenutku izašao iz kuće.

Evidentno je da se u fenomenološkom smislu ne može staviti znak jednakosti između ove dve kategorije. Upravo to uslovljava njihovu diferencijaciju u pogledu uticaja na krivičnu odgovornost, zbog čega se mora dati prednost teoriji konkretizacije, koja uvažava relevantnost *aberratio ictus*-a. Ovo shvatanje prevladuje, kako u stranoj, tako i u našoj literaturi.⁶⁸ Shodno tome, Stojanović naglašava da se ne može opravdati izjednačavanje zablude o uzročnoj vezi, sa zabludom o licu i objektu.⁶⁹ Značaj ovakvog razlikovanja, posebno se ispoljava na planu saučesništva, pre svega u pogledu pitanja krivične odgovornosti podstrekača, onda kada je neposredni izvršilac postupao u zabludi o identitetu.

65 K. Ghanayim, M. Kremnitzer: *op. cit.*, p. 340.

66 Z. Stojanović: *op. cit.*, str. 153.

67 K. Ghanayim, M. Kremnitzer: *op. cit.*, p. 335.

68 Vid. G. Jakobs: *op. cit.*, p. 366; I. Bott: *op. cit.*, pp. 180–181; H. Silving /1947/: The Unknown and the Unknowable in Law, *California Law Review*, vol. 35, n° 3, p. 356; P. Boothby: *op. cit.*, p. 22; J.H. Pain /1978/: *Aberratio ictus*: A Comedy of Errors and Deflection, *S. African Law Journal*, n° 95, pp. 500–501; Lj. Lazarević: *op. cit.*, str. 100; F. Bačić et al. /1978/: *Komentar Krivičnog zakona Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije*, „Savremena administracija“, Beograd, str. 89–90.

69 Z. Stojanović: *op. cit.*, str. 153.

3.5 Posredno izvršilaštvo i podstrekavanje

Opređeljivanje za određeni model krivične odgovornosti, dobija novu dimenziju, posmatrano sa aspekta situacija posrednog izvršilaštva i podstrekavanja. Uticaj zablude o licu kod jednog učesnika, na krivičnu odgovornost ostalih, uslovljava se prirodom zablude i konkretnom ulogom u izvršenju.⁷⁰ Kod podstrekavanja, zabluda podstrekavanog o identitetu žrtve, može uticati na krivičnu odgovornost podstrekača, samo pod uslovom da je isti preduzeo sve mere da ne dođe do greške neposrednog izvršioca.⁷¹ U suprotnom, takva greška neće biti relevantna, što potvrđuje i sudska praksa u ovoj oblasti.⁷² Stoga, ne može se održati argument da teorija pokušaja ne uspeva da reši opisane situacije, budući da nema nikakve prepreke za primenu njenih pravila, onda kada je jasno utvrđeno kako se ispoljila uloga podstrekača.⁷³

Slična situacija, uočava se i kod posrednog izvršilaštva. Kao tipičan primer, u literaturi se navodi slučaj kada doktor, želeći da ubije pacijenta, medicinskoj sestri naloži da ubrizga injekciju sa otrovom, osobi koja leži u određenoj bolničkoj sobi. Pri tome, medicinska sestra, ne znajući da se radi o otrovu, postupi po njegovom nalogu, ali slučajno pomeša sobe i ubrizga injekciju pogrešnom pacijentu, koji na kraju premine.⁷⁴ Jasno je da će i ovde, u odnosu na posrednog izvršioca, postojati *aberratio ictus*, ali samo pod uslovom da se prethodno postarao da ne dođe do greške.

4. POZITIVNOPRAVNA REŠENJA

Suprotstavljenost doktrinarnih gledišta u ovoj oblasti, odrazila se i na konkretna zakonodavna rešenja. Pod uticajem teorije konkretizacije, većina zemalja evropsko-kontinentalnog krivičnog prava, opredelila se za model pokušaja, bez izričitog zakonskog pravila. To je slučaj i sa Nemačkom, koja se može smatrati centrom razvoja teorijske misli. Stoga, ukazuje se na specifičnost umišljaja učinioca, striktno vezanog za objekat prema kojem učinilac preduzima radnju izvršenja.⁷⁵

U red zemalja čije krivično zakonodavstvo nije regulisalo *aberratio ictus*, spada i Francuska. Međutim, za razliku od Nemačke, sudska praksa je otišla u drugom smeru, prihvatajući teoriju ekvivalencije, iako se u doktrini uvažava značaj postavki modela pokušaja.⁷⁶

U ovu grupu spada i naša krivičnopravna doktrina, koja je, u izostanku opšteg pravila, saglasna u pogledu relevantnosti promašenog udarca, nasuprot zablud-

70 K. Ambos, S. Bock /2013/: Germany – in: *Participation in Crime: Domestic and Comparative Perspectives* (Reed A., Bohlander M., eds.), „Ashgate“, Burlington, p. 335.

71 M. Bohlander /2010b/: Problems of Transferred Malice in Multiple-actor scenarios, *The Journal of Criminal Law*, vol. 74, n° 2, p. 156.

72 K. Ambos, S. Bock: *op. cit.*, p. 336.

73 Odnosi se na situacije kada je preduzeo sve što je bilo u njegovoj moći, da ne dođe do zablude o identitetu.

74 M. Bohlander /2010b/: *op. cit.*, p. 156.

75 M. Bohlander /2010a/: *op. cit.*, p. 600.

76 J. Pradel /2014/: *Droit Pénal Général*, „Éditions Cujas“, Paris, p. 448.

di o licu i objektu.⁷⁷ Tako, Lazarević ističe da će, pod uslovom da je u odnosu na posledicu bio isključen i direktni i eventualni umišljaj, postojati pokušaj prvog, u eventualno idealnom sticaju sa nehatnim krivičnim delom.⁷⁸ Stojanović se takođe opredeljuje za rešenje pokušaja i analognu primenu istih pravila, kako u slučaju neekvivalentnih, tako i u slučaju objekata iste vrednosti.⁷⁹

Međutim, u našoj sudskoj praksi, isto kao i u francuskoj, nailazimo na rešenja zasnovana na suprotstavljenom gledištu. Tako je u obrazloženju jedne presude, sud zauzeo stav da je učinilac, koji je pucao na jedno lice, a pogodio drugo, odgovoran za umišljajno krivično delo prema onome na kome je nastupila posledica, budući da je tim delom konsumiran i pokušaj u odnosu na željenu posledicu.⁸⁰

Ovaj raskorak između doktrine i sudske prakse, ukazuje na neophodnost razmatranja uvođenja jedinstvenog zakonodavnog rešenja, koje bi obezbedilo ujednačeno postupanje u istovetnim situacijama.

Italijansko krivično zakonodavstvo izričito reguliše koncept *aberratio ictus*-a, opredeljujući se za model umišljajnog dela. Naime, u čl. 82, st. 1 Krivičnog zakonika Italije, propisano je da, kada usled greške u pogledu sredstva izvršenja, ili nekog drugog uzroka, dođe do izvršenja krivičnog dela u odnosu na osobu, različitu od one prema kojoj je delo bilo usmereno, učinilac će odgovarati kao da je delo izvršeno prema osobi ka kojoj je bilo usmereno. U drugom stavu pomenutog člana, ukazuje se na mogućnost nastupanja dvostruke posledice, kako na prvom, tako i na drugom objektu, što uslovljava težu sankciju (odgovornost za teže delo, uz uvećanje kazne za polovinu). Stoga, u literaturi se pravi razlika između dve vrste *aberratio ictus*-a, pri čemu se prva označava kao jednoposledični (*monolesiva*), a druga kao višeposledični (*plurilesiva*).⁸¹ Odredba o težoj kazni za dvostruku posledicu, nije se mogla izbeći, budući da bi, u suprotnom, primena opštih pravila teorije ekvivalencije, dovela do neprihvatljivih rezultata. Ovo bi obuhvatilo situacije kada učinilac, nameravajući da ubije jednu osobu, puca na nju iz pištolja, pri čemu je metak samo okrzne i nanese telesne povrede, a zatim taj zalutali metak pogodi i slučajnog prolaznika i usmrti ga. Izvršilac će odgovarati za umišljajno ubistvo prolaznika, a kazna će mu se uvećati za polovinu, zbog nanetih povreda.⁸²

U anglosaksonskom krivičnom pravu, primenjuje se doktrina transfera umišljaja. Ona podrazumeva svojevrsnu pravnu fikciju, oličenu u prenošenju umišljaja

77 Vid. Z. Stojanović: *op. cit.*, str. 153; J. Tahović /1956/: Komentar Krivičnog zakonika, „Savremena administracija“, Beograd, str. 91; N. Srzentić, A. Stajić, Lj. Lazarević /1984/: *Krivično pravo SFRJ – Opšti deo*, „Savremena administracija“, Beograd, str. 259–260; S. Vuković: *op. cit.* str. 45; M. Radovanović /1969/: *Krivično pravo – Opšti deo*, „Savremena administracija“, Beograd, str. 252; D. Jovašević /2016/: *Krivično pravo – Opšti deo*, „Dosije studio“, Beograd, str. 160–161; M. Đorđević, Đ. Đorđević/2005/: *Krivično pravo sa osnovama privrednoprestupnog i prekršajnog prava*, „Projuris“, Beograd, str. 72.

78 Lj. Lazarević: *op. cit.*, str. 233.

79 Z. Stojanović: *op. cit.*, str. 153.

80 Presuda Vrhovnog suda Srbije Kž. broj 2307/64, od 22.10.1964. godine.

81 T. Trinchera /2015/: Questioni in tema di aberratio ictus, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n° 3, p. 1413.

82 *Ibid.*, pp. 1413–1414.

učinioca sa jednog na drugi objekat, čime se omogućava njegovo kažnjavanje za dovršeno delo, pod uslovom da se radi o objektima iste vrednosti. Polazi se od toga da je uloga krivičnog prava da štiti apstraktne društvene vrednosti, pri čemu se zanemaruje konkretizacija objekta.⁸³ Uočava se sličnost sa teorijom ekvivalencije, budući da se zasnivaju na sličnim postavkama, s tim što se u ovom slučaju, koristi fikcija za opravdanje proširenja dometa umišljaja.

Međutim, iako se radi o koncepciji svojstvenoj postavkama tradicionalnog *common law* pravnog sistema, koja se, između ostalog, vezuje i za principe pravde i neophodnosti izricanja dovoljno stroge kazne⁸⁴, ipak se u literaturi ukazuje i na određene nedostatke ove doktrine, koji se analogno mogu pripisati i teoriji ekvivalencije. Naime, ostavljajući po strane formalni nedostatak u vidu fikcije, čija primena ne bi odgovarala prirodi evropsko-kontinentalnog krivičnog prava, ukazuje se i na suštinski problem, u vidu opravdanosti takvog rezonovanja, u slučajevima kada dođe do lišenja života bliske osobe (slučaj „voljene osobe“), odnosno osobe u drugom stanju, kada trudnoća nije bila poznata učiniocu (slučaj „fetusa“).⁸⁵ Osim toga, kao neizbežan rezultat, proizilazi i kumulativna primena koncepta transfera nužne odbrane, koja takođe dovodi do spornih rešenja.⁸⁶

ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Ne može se negirati uticaj kriminalne politike na opredeljivanje za model pokušaja ili umišljajnog dela. To jasno proizilazi iz argumentacije zastupnika teorije ekvivalencije, da model pokušaja dovodi do isključenja krivične odgovornosti u slučajevima kada za određeno krivično delo nije predviđeno kažnjavanje za nehatni oblik, odnosno za pokušaj. Negativan odgovor na pitanje zašto bi se dovela u pitanje nekažnjivost, koja proizilazi direktno iz postojećih dispozicija, objašnjava se jedino zalaganjem za oštriju politiku kažnjavanja. Time se ispoljava subjektivnost modela umišljajnog dela, koji u prvi plan stavlja retributivni karakter krivičnog prava i zaštitu apstraktnih vrednosti po svaku cenu. Međutim, neuvažavanje konkretnih oblika manifestacije ugrožavanja šticećenih vrednosti i pribegavanje svojevrsnoj fikciji, u suprotnosti je sa shvatanjem *ultima ratio* karaktera krivičnog prava.

S druge strane, sa praktične tačke gledišta, neki složeni fenomenološki oblici zablude o uzročnoj vezi, poput postojanja osnova isključenja protivpravnosti u odnosu na objekat obuhvaćen umišljajem, kao i nastupanja dvostruke posledice, zahtevaju primenu pravila teorije pokušaja. Osim toga, ne može se zanemariti ni neo-

83 K. Ghanayim, M. Kremnitzer: *op. cit.*, p. 343; J. Blomsma: *op. cit.*, p. 246.

84 D. Husak /2012/: Transferred intent, *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy*, vol. 10, n° 1, p. 65.

85 P. Westen /2013/: The Significance of Transferred Intent, *Criminal Law and Philosophy*, n°7, p. 332. Kao primer situacije gde nije postojao čak ni nehat u odnosu na rizik od nastupanja posledice, izdvaja se slučaj kada učinilac fizički nasrne na svoju suprugu, u nameri da joj nanese teške povrede, ali prouzrokuje pobačaj šestomesečnog fetusa, za koje ni on, ni supruga, nisu znali da je začet.

86 K. Ghanayim, M. Kremnitzer: *op.cit.*, p. 356.

pravdanost izjednačavanja krivičnopravnog dejstva *aberratio ictus*-a, sa zabludom o licu i objektu, koja proizilazi iz suprotstavljenog gledišta.

Stoga, nesumnjivo se mora dati prednost modelu pokušaja, uz postavljanje jasnih kriterijuma u pogledu kruga javnih oblika, obuhvaćenih pravilima fenomena *aberratio ictus*. Takođe, opravdano bi bilo razmotriti mogućnost propisivanja posebnih pravila o krivičnoj odgovornosti, polazeći od ovog modela, čime bi *aberratio ictus* dobio karakter autonomne pravne figure.

LITERATURA

- Ambos K., Bock S. /2013/: Germany – in: Participation in Crime: Domestic and Comparative Perspectives (Reed A., Bohlander M., eds.), „Ashgate“, Burlington, pp. 323–339.
- Bačić F. /1998/: Kazneno pravo – Opći deo, „Informator“, Zagreb.
- Bačić F. et al. /1978/: Komentar Krivičnog zakona Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije, „Savremena administracija“, Beograd.
- Badar M. E. /2005/: Mistake of Law and Mistake of Fact in German Criminal Law: A Survey for International Criminal Tribunals, *International Criminal Law Reviews*, vol. 5, no 2, pp. 203–246.
- Baumann J. /1973/: Derecho penal: Conceptos fundamentals y Sistema, „Ediciones Depalma“, Buenos Aires. (Prevod dela: Baumann J. /1972/: Grundbegriffe und System des Strafrechts. Eine Einführung in die Systematik an Hand von Fällen, Stuttgart, trad. Finzi C.A.).
- Blomsma J. /2012/: Mens Rea and Defences in European Criminal Law, „Intersentia“, London.
- Boothby P. /1968/: The Deflected Blow: *Aberratio ictus*, *Rhodesian Law Journal*, vol. 8, n^o 1, pp. 19–39.
- Bott I. /2006/: Comparación de derecho penal. Los errores de tipo y los problemas correspondientes en Alemania y Uruguay, *Revista de derecho de la Universidad de Montevideo*, no 9, pp. 173–189.
- Bohlander M. /2010a/: Transferred Malice and Transferred Defences: A critique of the Traditional Doctrine and Arguments for a Change in Paradigm, *New Criminal Law Review*, vol. 13, no 3, pp. 555–624.
- Bohlander M. /2010b/: Problems of Transferred Malice in Multiple-actor scenarios, *The Journal of Criminal Law*, vol. 74, no 2, pp. 145–162.
- Burkhardt B. /1996/: Some Questions and Comments on What is Called the Mental Element of the Offence, *Israel Law Review*, no 1–2, pp. 82–105.
- Čejović B., Kulić M. /2011/: *Krivično pravo*, „Eseloge“, Beograd.
- Dubber M., Hörne T. /2014/: *Criminal Law: A Comparative Approach*, „Oxford University Press“, Oxford.
- Đokić I. /2012/: Stvarna zabluda u krivičnom pravu – in: Kaznena reakcija u Srbiji: Tematska monografija – II deo (Ignjatović Đ., ed.), „Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu“, Beograd, str. 266–288.
- Đorđević M., Đorđević Đ. /2005/: *Krivično pravo sa osnovama privrednoprestupnog i prekršajnog prava*, „Projuris“, Beograd.
- Ghanayim K., Kremnitzer M. /2014/: Mistaken identity and Error in Performance: A Transferred Malice, *Criminal Law Quarterly*, vol. 61, no 329, pp. 329–360.
- Husak D. /2012/: Transferred intent, *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy*, vol. 10, no 1, pp. 65–97.

- Jakobs G. /1995/: Derecho penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación, „Marcial Pons – Ediciones Jurídicas“, Madrid. (Prevod dela: Jakobs G. /1991/: Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre“, „Walter de Gruyter“, Berlin, trad. Contreras J.C., Serrano Gonzales de Murillo J.L.).
- Jovašević D. /2016/: Krivično pravo – Opšti deo, „Dosije studio“, Beograd.
- Lazarević Lj. /2006/: Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije, „Savremena administracija“, Beograd.
- Pain J. H. /1978/: Aberratio ictus: A Comedy of Errors and Deflection, S. African Law Journal, no 95, pp. 480–504.
- Pradel J. /2014/: Droit Pénal Général, „Éditions Cujas“, Paris.
- Radovanović M. /1969/: Krivično pravo – Opšti deo, „Savremena administracija“, Beograd.
- Roxin C. /1997/: *Derecho penal, Parte General, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, „Civitas“, Madrid. (Prevod dela: Roxin C. /1997/: Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, „Auflage Beck“, München, trad. y notas por Luzón Peña D. M. et al.).
- Silva Sanchez J. M. /1984/: Aberratio ictus e imputación objetiva, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, no 3, pp. 347–386.
- Silving H. /1947/: The Unknown and the Unknowable in Law, California Law Review, vol. 35, no 3, pp. 352–379.
- Srzentić N., Stajić A., Lazarević Lj. /1984/: Krivično pravo SFRJ – Opšti deo, „Savremena administracija“, Beograd.
- Stojanović Z. /2016/: Komentar Krivičnog zakonika, „Službeni glasnik“, Beograd.
- Tahović J. /1956/: Komentar Krivičnog zakonika, „Savremena administracija“, Beograd.
- Tahović J. /1961/: Krivično pravo – opšti deo, „Savremena administracija“, Beograd.
- Trinchera T. /2015/: Questioni in tema di aberratio ictus, Rivista italiana di diritto e procedura penale, no 3, pp. 1412–1452.
- Vuković S., Stanojčić G. /2016/: Komentar Krivičnog zakonika, „Poslovni biro“, Beograd.
- Welzel H. /1956/: Derecho penal – Parte general, „Roque Depalma Editor“, Buenos Aires (trad. Balestra C. F.).
- Westen P. /2013/: The Significance of Transferred Intent, Criminal Law and Philosophy, no7, pp. 321–350.

Sladana Jovanović

Student of PhD studies at University of Belgrade Faculty of Law

ABERRATIO ICTUS IN CRIMINAL LAW

SUMMARY

This article discusses different legal solutions to situations referred to as „*aberratio ictus*“, in terms of its particular manifestation in criminal law. The concept of *aberratio ictus*, that can be translated as „attack gone astray“ is used to determine criminal responsibility of the offender, when his actions, directed to committing a specific offence, abberate from the expected course of events, resulting in harming an unintended object. Doctrinal solutions

in this area variate between the theory of equivalence and the theory of concretisation, both of which impose exclusive arguments regarding the object of the intent. Thus, the first one emphasises the protection of abstract values, that results in punishing the offender for the completed, intentional offence, despite the aberration. On the other hand, the reasoning behind the theory of concretisation takes into account the relevance of the specific identification regarding the object of intent. According to this view, the offender is liable for the attempt towards the first object, accompanied with negligence liability for the result. It can be noticed that the legal nature of the protected objects appears as a decisive circumstance for determining criminal responsibility. Unlike the situations when the mentioned objects are not of equal values, where there is no doubt that *aberratio ictus* involves the responsibility consisting of the attempted offence, in addition to negligence towards the actual result, the equivalence of the attacked and harmed object, causes divergent opinions among different authors in legal theory. This affects not only the legal solutions in positive criminal law, which are mainly based on general rules, but also the judicial practice in this area, that is evidently not unique. Also, it can not be negated that these solutions are based on valiative criteria, giving the advantage to one value versus the other. After analyzing the application of suggested theories in practice and comparative legal solutions, the author pleads in favour of the attempt model, based on the theory of concretisation, suggesting the possibility of its legal regulation in serbian criminal law. Its advantages are therefore attached to better concordance with practical demands and main principles of criminal law in general.

Key words: *Aberratio ictus*, attempt model, intent model, theory of equivalence, theory of concretisation.

Krsto Pejović*
Osnovni sud u Podgorici

IMOVINSKOPRAVNI ZAHTJEV U SUDSKOJ PRAKSI**

Apstrakt: U radu koji je pred nama pažnju ćemo posvetiti imovinskopravnom zahtjevu i njegovom tretmanu u sudskoj praksi. Ne može se reći ni da je zakonsko uređenje ovog instituta idealno – i ono svakako trpi kritike – međutim, praksa sudova je utoliko važna što predstavlja svakodnevnu primjenu i ne tako sjajnog zakonskog rješenja, a i ta primjena je, kada se detaljnije analizira, podložna kritici. S tim u vezi, cijenimo da odnos koji je ovom pravnom institutu dat u Zakoniku o krivičnom postupku, nije srazmjeran mjeri koju mu sudovi posvećuju, što se (možda) može i pripisati činjenici da o ovom građanskom zahtjevu, odlučuju sudije krivičari. Pritom, ni praksa viših sudova nije pokazala trend ka „afirmaciji“ ovog instituta, vjerovatno svoj stav racionalizujući činjenicom da je krivični postupak samo jedan od dva konteksta u kojem se takav zahtjev može iznijeti, pri čemu je građanski sud pozvaniji da o njemu odluči. U vezi sa iznijetim, naš zadatak u ovom radu jeste da pokažemo da ova racionalizacija nije pravilna i na zakonu zasnovana i da se radi o jednom institutu koji zaslužuje da ima više prostora na pozornici judikature, nego što to trenutno ima. Međutim, ne smije se zanemariti činjenica da je najprije u praksi Evropskog suda za ljudska prava, a zatim i u nacionalnim okvirima, priznato pravo oštećenom na suđenje u razumnom roku u situaciji kada je postavio imovinskopравни zahtjev u krivičnom postupku, što je nemali doprinos ka afirmaciji ovog instituta u praksi.

Gljučne riječi: imovinskopравни zahtjev, šteta, žrtva, oštećeni, ovlašćeno lice, krivični postupak.

Cilj krivičnog postupka jeste utvrditi da li je neko lice učinilo krivično djelo, odnosno djelo koje je zakonom predviđeno kao krivično djelo, pa ako jeste prema njemu primijeniti odgovarajuću krivičnu sankciju. Osim sankcija, sud može, na traženje oštećenog, istom dosuditi imovinskopравни zahtjev, i takva odluka je obuhvaćena izrekom krivične presude, odnosno, pravosnažnošću. Međutim, po našem mišljenju, u praksi su se ustalila neka rezonovanja koja su pogrešna, a njihovo „dektovanje“ će biti predmet ovog rada.

* krstop@yahoo.com

** Ovaj članak predstavlja u osnovi djelimično izmijenjen i skraćen pristupni rad koji je, u okviru doktorskih studija na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, odbranjen dana 03.10.2017. godine pred komisijom koju su činili profesori dr Đorđe Ignjatović i dr Goran P. Ilić.

Način i pristup sudova generalno, kada odlučuju o imovinskopravnom zahtjevu je u dosta situacija diskutabilan, a u mnogima i nepravilan, odnosno *contra legem*. Nezaobilazna sekvenca u radu biće i predstavljanje nekih pravnodogmatskih stavova, koji (pored onih opšteprihvaćenih i pravilnih) ne prikazuju pravilnu analizu odredaba ovog instituta.

Imajući iznijeto u vidu, u radu će se akcenat staviti na praksu sudova u pogledu: djelimičnog dosuđivanja imovinskopravnog zahtjeva, i tom prilikom upućivanja oštećenog na parnični postupak, određenosti zahtjeva i odluka koje sudovi donose kada zahtjevi nemaju traženi karakter – određenosti, obrazlaganje odluka sudova kada riješe da ne odlučuju o zahtjevu, kao i mogućnosti preinačenja podnijetog imovinskopravnog zahtjeva.

Zbog limitiranosti obimom, nećemo se upuštati u komentarisanje zakonskih odredaba koje regulišu predmet našeg rada, a ukoliko to učinimo, to će biti samo u mjeri neophodnoj za analizu sudske prakse ili, pak, doktrinarnih shvatanja.

U davanju odgovora na navedene dileme, poslužićemo se normativnim, lingvističkim, uporedno-pravnim i doktrinarnim metodama.

1. IMOVINSKOPRAVNI ZAHTJEV – PRIRODA I SVRHA

Kada pristupimo analizi imovinskopravnog zahtjeva, uočićemo jednu nelogičnost – odakle zahtjev, po svojim dominantnim konturama, građanske prirode u krivičnom postupku. Upravo je ova „dvostruka proceduralnost“, imanentna samo ovom zahtjevu, uslovlila da ovaj institut posmatramo kao jedan specifičan (*sui generis*) zahtjev u krivičnom postupku. Utoliko se čini da nema „aktivnije tačnije spajanja“ između ova dva postupka, nego kada se odlučuje o imovinskopravnom zahtjevu.

Odlučivanje o ovom zahtjevu u krivičnom postupku opravdava se mnogostrukim razlozima, među kojima svakako prevagu nose cjelishodnost i ekonomičnost. Ovo kod činjenice da su dokazi koje krivični sud izvodi u cilju utvrđivanja odgovornosti okrivljenog lica, najčešće i dokazi koji ukazuju na osnovanost postavljenog imovinskopravnog zahtjeva, a pored toga, time se sprječava da dođe do „kontradikcije“ između odluke o glavnoj krivičnoj stvari i odluke o imovinskopravnom zahtjevu proisteklom iz krivičnog djela.¹ Uz to, nakon postavljanja imovinskopravnog zahtjeva, postupak po istom teče po službenoj dužnosti, a podnosilac zahtjeva se ne mora izlagati troškovima vezanim za prisustovanje pretresu, pri čemu njegov nedolazak na glavni pretres nema uticaja na odlučivanje o postavljenom imovinskopravnom zahtjevu.² Odnosno, oštećeni preko krivičnog suda se obeštećuje brzo i bez troškova, što bi inače i dobio u građanskom postupku (*through civil proceedings*).³

1 D. Radulović /2009/: *Krivično procesno pravo*, drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Podgorica, 18.

2 Vid.: S. Bejatović /2008/: *Krivično procesno pravo*, Beograd, 194; T. Vasiljević /1981/: *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*, treće izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, 196–198; D. Šago, M. Pleić /2012/: „Adhezijsko rješavanje imovinskopravnog zahtjeva u krivičnom postupku“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 33, n° 2, 970–972; V. Gurda, M. Tulumović /2016/: „Imovinskopravni zahtjev oštećenog u zakonodavstvu i sudskoj praksi u Federaciji Bosne i Hercegovine“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Tuzli*, godina II, n° 2, 94–96.

3 J. Sprack /1997/: *Emmins on Criminal Procedure*, Seventh Edition, London, 395.

Imovinskopravni zahtjev suštinski ima restitutivnu prirodu (*restitutio in integrum*). Ističe se da su prava na kompenzaciju i restituciju veoma bitni da obezbijede olakšanje (*provide relief*) ili žrtvi krivičnog djela ili članovima njene porodice za štetu i gubitak koji je nastao izvršenjem krivičnog djela.⁴ S tim u vezi, svjesne da se žrtvama mora obezbijediti kompenzacija za štetu učinjenu izvršenjem krivičnih djela, neke države su još u drugoj polovini XX vijeka donijele posebne zakone koji su uređivali kompenzaciju politiku prema žrtvama. Tako je Novi Zeland postao prva država koja je konstituisala kompenzacioni program (*a program of compensation*) za žrtve krivičnih djela, donoseći *Criminal Injuries Act* 1963. godine, dok je u Engleskoj sličan zakon (*Criminal Justice Act*) donijet 1988. godine,⁵ a u Švedskoj je 1978. godine donijet *Criminal Injuries Compensation Act* sa istom svrhom.⁶ U SAD prvi kompenzacioni program je uspostavljen u Kaliforniji 1965. godine.⁷ Američki program predviđa finansijsku pomoć žrtvama skoro svih krivičnih djela s elementima nasilja, kao što su silovanje, krađa i sl., pri čemu programom nije obuhvaćena protivpravno oduzeta, uništena ili oštećena imovina.⁸ Što se pak tiče međunarodnih tribunala i njihovog ustrojstva interesantno je da član 75 Statuta Međunarodnog krivičnog suda, predviđa mogućnost da Sud obaveže okrivljenog da nadoknadi štetu žrtvama, a takvu mogućnost nisu poznavali *ad hoc* Tribunali.⁹

2. USLOVI ZA DOSUĐIVANJE IMOVINSKOPRAVNOG ZAHTJEVA

Da bi sud mogao oštećenom dosuditi imovinskopravni zahtjev neophodno je: 1) da je neko lice oglašeno odgovornim za djelo stavljeno mu na teret ili da je izrečena mjera bezbjednosti prema neuračunljivom licu (čl. 258 st. 3 Zakonika o krivičnom postupku¹⁰); 2) da je zahtjev postavljen (čl. 253 st. 1, u vezi čl. 252 stav 1 ZKP); 3) da o takvom zahtjevu nije već odlučeno, ne teče parnica ili da oštećeni i okrivljeni nisu sklopili poravnanje i 4) da se odlučivanjem o njegovoj osnovanosti ne bi *znatno odugovlačio postupak* (čl. 252 st. 1 ZKP).

- 4 F. Qudder /2015/: „Crime victims right to compensation in Bangladesh: A comparative approach“, *European scientific journal*, vol. 11, n° 31, 307.
- 5 C. Kumar T M, C. Irannavar /2016/: „Victims right to compensation international perspective“, *Asia Pacific Journal of Research*, vol. I, n° XXXVI, 179.
- 6 R. Mannelqvist /2007/: „Compensation for Victims in Public Legislation and as a Civil Right“, *Scandinavian Studies in Law*, vol. 50, 428.
- 7 https://www.ncjrs.gov/ovc_archives/directions/pdfxtxt/bulletins/bltn15.pdf (posećeno: 20.01.2017. godine).
- 8 Ova „državna odgovornost“ za štetu, opravdava se time da je država dužna da građanima pod njenim okriljem omogući bezbjedan život, pa ukoliko u tome „ne uspije“ mora obešteti žrtve. Vid.: P. D. Haveripeth /2013/: „Restorative Justice and Victims: Right to Compensation“, *International Research Journal of Social Sciences*, vol. 2, n° 2, 44.
- 9 S. Zappala /2003/: *Human rights in international criminal proceedings*, New York, 228.
- 10 Zakonik o krivičnom postupku – ZKP („Sl. glasnik RS“, br. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13 i 55/14).

2.1 *Ovlašćeni podnosilac imovinskopravnog zahtjeva*: Prema odredbi čl. 253 st. 1 ZKP, imovinskopravni zahtjev u postupku može podnijeti lice koje je ovlašćeno da takav zahtjev ostvaruje u parničnom postupku. Samim tim pojam „ovlašćeno lice“ je širi od pojma „oštećenog“. U tom smislu, ovaj zahtjev može podnijeti i lice na koje je prešlo imovinsko pravo bilo kojim pravnim poslom među živima – *inter vivos* (npr. cesija), ili u slučaju smrti – *mortis causa* (nasljedstvom).¹¹

2.2 *Imovinskopravni zahtjev i načelo ne bis in idem*: Ukoliko je oštećeni opredijelio zahtjev¹² u krivičnom postupku i sud udovolji tako postavljenom zahtjevu, on ne bi mogao da zaštitu svog prava ostvaruje u parničnom postupku. Uvažavanjem već usvojenog zahtjeva i u parničnom postupku, bilo bi prekršeno načelo *ne bis in idem*,¹³ jer bi oštećenom u tom slučaju iz istog događaja bilo priznato dvostruko obeštećenje. Mišljenja smo da se i ovdje mora primijeniti načelo *ne bis in idem*, a ovo zbog toga što je izreka krivične presude (gdje se između ostalih nalazi i odluka o imovinskopravnom zahtjevu) obuhvaćena pravosnažnošću. Vasiljević takođe navodi da se materijalna pravosnažnost presude odnosi na sadržinu presude koja se nalazi u dispozitivu presude.¹⁴ U situaciji kada je oštećeni podnio tužbu, a nakon toga u krivičnom postupku postavio imovinskopravni zahtjev iste sadržine, tada krivični sud neće donositi nikakvo posebno rješenje, s tim što će pri donošenju presude odbaciti podneseni zahtjev.¹⁵

Što se tiče odredbe čl. 258 st. 4 ZKP, gdje se navodi da se u slučaju djelimičnog dosuđivanja imovinskopravnog zahtjeva oštećeni za višak upućuje na parnični postupak, ne čini nam se pravilnom praksa sudova da oštećenog, u situaciji nepotpunog saglašavanja sa postavljenim zahtjevom, upućuju na parnicu.¹⁶ Naime, skloni smo tumačenju ove odredbe na sljedeći način: ukoliko bi krivični sud utvrdio da se u novčaniku oštećene nalazilo 1000 eura, a oštećena povede parnicu radi još 20 eura, koje su se po njenom tvrđenju takođe nalazile u novčaniku, parnični sud ne

11 T. Vasiljević, M. Grubač /2011/, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, dvanaesto izmjenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, 465.

12 U švedskom pravu je uobičajeno da tužilac pripremi i podnese odštetni zahtjev, zajedno sa optužbom (Vid.: R. Mannelqvist, *op. cit.*, 427), dok je u Engleskoj obaveza tužioca da postavi kompenzacioni – odštetni zahtjev ukoliko je žrtva (*victim*) izrazila želju da isti postavi. Vid.: A. Ashworth, M. Redmayne /2005/: *The Criminal Process*, New York, 200.

13 Vid.: Odluku Ustavnog suda Republike Hrvatske, U-III-2509/2008 od 08.11.2012. godine, koja je objavljena u „Narodnim novinama“, broj 134/12. U st. 12. Odluke se navodi: „Ovo stoga što je odlučivanje o imovinskopravnom zahtjevu, adhezijski parnični postupak unutar kaznenog postupka, te ga je kazneni sud dužan i voditi prema pravilima parničnog postupka. Zato i za taj adhezijski postupak vrijedi pravilo parničnog postupka prema kojem bitna povreda odredaba parničnog postupka uvijek postoji ako je odlučeno o zahtjevu o kojemu već teče parnica, ili o kojemu je već prije pravomoćno presuđeno, ili o kojemu je već zaključena sudska nagodba ili nagodba koja po posebnim propisima ima svojstvo sudske nagodbe (...) U protivnom riječ je o povredi načela *ne bis in idem*“.

14 Vid.: T. Vasiljević, *op. cit.*, 665.

15 Viši sud u Podgorici *K. br. 13/02* od 11.02.2011. godine. Sve odluke crnogorskih sudova navedene u radu mogu se pronaći na internet stranici: <http://sudovi.me/>.

16 Vid.: Osnovni sud u Podgorici *K.br. 409/17* od 10.11.2017.godine, Osnovni sud u Podgorici *K.br. 189/13* od 28.05.2014.godine i Osnovni sud u Podgorici *K.br. 465/11* od 27.06.2013.godine.

bi mogao da tako utvrđeno činjenično stanje od strane krivičnog suda potire. Ovo stoga što je krivični sud autoritativno ovlašten da odluči o takvom zahtjevu. Uz to, oštećeni ima pravo žalbe u tom dijelu, pa kako i odluka suda o imovinskopravnom zahtjevu, na inicijativu oštećenog, podliježe kontrolnom mehanizmu od strane višeg suda, to bi potvrđivanje odluke od strane žalbenog suda u tom segmentu predstavljalo *res iudicata*.

Ono što, cijenimo, predstavlja problem u praksi i u teoriji jeste široko data mogućnost oštećenom da zahtjev tokom postupka može modifikovati.¹⁷ Ta „modifikacija“ u parničnom postupku predstavlja preinačenje tužbenog zahtjeva, pa bismo se prema njemu trebali ophoditi na isti način na koji se odnosi Zakon o parničnom postupku.¹⁸ S tim u vezi, nesporno je da oštećeni može da smanji imovinskopравни zahtjev, ali je po nama sporno do kojeg procesnog momenta, i u zavisnosti od kojih pravnorelevantnih parametara može povećati isti. Mišljenja smo, i pored zakonodavčevog neizjašnjavanja o tome, da ne bi trebalo dozvoliti da oštećeni povećava tužbeni zahtjev na osnovu nepromijenjene situacije, međutim, pitanje je – koje to promijenjene okolnosti uzeti kao relevantne da bi se dozvolilo povećanje tužbenog zahtjeva? Tu, po našem mišljenju, treba prihvatiti rješenje koje je sadržano u čl. 200 ZPP. Prema *Pozničevom*¹⁹ mišljenju novo traženje koje se preinačenjem tužbe unosi u parnici mora u pogledu određenosti i činjenične podloge, kao i u pogledu procesnih pretpostavki da ispunjava iste uslove kao i prvobitno. U skladu s tim, o promjeni istovjetnosti tužbenog zahtjeva (riječ je o *teoriji o dvočlanom zahtjevu ili teoriji ekvivalencije*) se radi kada dode do promjene njegove sadržine (novčano obeštećenje umjesto naknade štete, uspostavljanjem ranijeg stanja) ili isticanjem zahtjeva iste sadržine iz drugog činjeničnog osnova (zahtjev za isplatu kupovne cijene po drugom ugovoru).²⁰ Ukoliko prihvatimo, i na teren krivične procedure unesemo iznijeta pravila koja važe u parničnom postupku, postavlja se pitanje da li u situaciji kada oštećeni preinačava odštetni zahtjev, okrivljeni ima pravo nesaglašavanja sa istim, i da li sud po tom osnovu donosi bilo kakvu odluku? Mišljenja smo, da bi okrivljenom trebalo dati mogućnost da se usprotivi preinačenju odštetnog zahtjeva, a da u tom slučaju krivični sud mora donijeti rješenje, makar na zapisniku, kojim (ne)će dozvoliti preinačenje.

2.3 (Ne)odugovlačenje postupka kao imperativ odlučivanja o postavljenom zahtjevu: Još jedan zahtjev koji zakonodavac izričito navodi u drugom dijelu čl. 252 st. 1 ZKP, jeste da se odlučivanjem o zahtjevu ne bi znatno odugovlačio krivični postupak. Ovaj zahtjev je uveden sa ciljem da krivični postupak iako može biti „prvi vid“ građanskopravne odbrane oštećenog, njegov osnovni zadatak jeste raspravljavanje krivične optužbe. Pravilna analiza čl. 252 st. 1 ZKP, ukazuje na to da je krivični sud dužan odlučiti o postavljenom zahtjevu, sem ukoliko se time ne bi znatno odu-

17 M. N. Simović, V. M. Simović /2013/: *Krivično procesno pravo, uvod i opšti dio*, treće izdanje (izmijenjeno i dopunjeno), Bihać, 241.

18 Zakon o parničnom postupku – ZPP („Sl. glasnik RS“, br. 72/2011, 49/2013 – odluka US, 74/2013 – odluka US i 55/2014).

19 B. Poznić /2009/: *Komentar Zakona o parničnom postupku, prema tekstu Zakona iz 1976. godine sa docnijim izmenama i dopunama*, Beograd, 454.

20 *Ibid.*, 454 i 455.

govlačio postupak. Dakle, *sudu nije stavljeno u dispoziciji da li će odlučiti o imovinskopravnom zahtjevu*, jer je on to dužan učiniti, pod pretpostavkom da se njime (znatno) ne odugovlači postupak.

Ima autora,²¹ koji tumačeći citiranu zakonsku odredbu, navode da se u praksi sudovi po pravilu ne upuštaju u rješavanje imovinskopravnog zahtjeva, „što je *logična* posljedica činjenice da se u osnovi radi ne o krivičnompravnom, već o građanskopravnom problemu, koji pre svega, predstavlja predmet jednog drugog sudskog postupka“. Sa drugim dijelom rečenice nismo saglasni, jer ukoliko bi se sudovima davao i ovakav pravnodogmatski podstrek da ne odlučuju o imovinskopravnom zahtjevu, institut bi izgubio svoj značaj.

Uz to, napominjemo da kada sudovi riješe da ne odlučuju o zahtjevu samo paušalno navеду: „*jer bi to vodilo odugovlačenju postupka*“, kakav odnos prema zahtjevu je posve pogrešan. Ne samo što razlozi moraju biti detaljnije navedeni, već i što je potrebno ukazati da bi se time „znatno“ odugovlačio postupak, i to naravno obrazložiti. Međutim, dobro je primijećeno i to da je upućivanje oštećenog na parnični postupak, uz obrazloženje da bi odlučivanje o osnovanosti postavljenog zahtjeva vodilo znatnom odugovlačenju krivičnog postupka, često povezano s propustom krivičnog suda da utvrdi sve pravnorelevantne činjenice za odlučivanje o glavnoj – krivičnoj stvari.²² Kao primjer se navode opšta pravila za odmjeravanje kazne i tom prilikom postuliranoj obavezi suda da prilikom odlučivanja o krivičnoj sankciji, uzme u obzir i jačinu ugrožavanja ili povrede zaštićenog dobra.²³

3. PREDMET IMOVINSKOPRAVNOG ZAHTJEVA

Zakonodavac je u odredbi čl. 252 st. 2 ZKP limitativno (princip *numerus clausus*) predvidio da se imovinskopravni zahtjev može postaviti kao: 1) naknada štete 2) povraćaj stvari i 3) poništaj određenog pravnog posla.

3.1 Naknada štete (*reparatio*): Šteta je građanski – obligacionopravni pojam i ovdje je, s obzirom da ZKP ne redukuje njeno značenje, treba shvatiti onako kako je to urađeno u Zakonu o obligacionim odnosima.²⁴ S tim u vezi, zakonodavac poznaje materijalnu (obična šteta i izmakla dobit) i nematerijalnu štetu (fizički i psihički bol i strah). Samim tim, nesporno je da se u krivičnom postupku može tražiti i jedan i drugi oblik štete. Odredbom čl. 253 st. 2 ZKP, propisano je da je ovlašćeno lice dužno da određeno označi svoj zahtjev i da podnese dokaze. Bez sumnje, kada je recimo u pitanju naknada štete, mora se opredijeliti kako materijalna, tako i nematerijalna šteta. U suprotnom po takvom zahtjevu sud ne može postupiti, pa bi oštećenog trebalo uputiti da svoj zahtjev ostvaruje u parničnom postupku, „iako bi

21 Vid.: M. Škulić /2016/: *Krivično procesno pravo*, deveto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, 162.

22 Tako: Lj. Filipović /2009/: „Položaj oštećenog u krivičnom postupku“, *Pravo i pravda*, godina VIII, n^o 1, 301.

23 *Ibidem*.

24 Zakon o obligacionim odnosima – ZOO („*Sl. list SFRJ*“, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, „*Sl. list SRJ*“, br. 31/93 i „*Sl. list SCG*“, br. 1/2003 – Ustavna povelja).

možda podaci krivičnog postupka pružali pouzdan osnov za potpuno ili djelimično presuđenje“.²⁵

Interesantno je i to da sudovi, mahom, u postupku dosuđivanja naknade štete, samo navedu „Dosuđuje se imovinskopravni zahtjev, pa se obavezuje okrivljeni da oštećenom na ime naknade štete (pri čemu ponekad izostaje i koji je predmet imovinskopravnog zahtjeva)²⁶ isplati iznos od ...“.²⁷ Ovakav odnos prema zahtjevu takođe smatramo pogrešnim, s obzirom da se iz izreke ne može utvrditi za šta (koju vrstu štetu, za šta se dosuđuje, za koji vremenski period i sl.) se dosuđuje imovinskopravni zahtjev. To je neophodno jer je, ponavljamo, izreka presude obuhvaćena pravosnažnošću, a da bi se okrivljeni mogao u parničnom postupku pozvati na pravilo *ne bis in idem*, to je neophodno da se u izreci jasno identifikuje predmet zahtjeva. U prilog ovakvom tumačenju, govori i činjenica da sud u situaciji kada poništava neki pravni posao (u cjelini ili djelimično) mora nesumnjivo predstaviti o kom se pravnom poslu radi, u kom se dijelu (ako nije u cjelini) poništava i sl. Uz navedeno, cijenimo nepotrebnim da se u izreci navode riječi „na ime imovinskopravnog zahtjeva“, budući da je jasno da se radi o toj vrsti zahtjeva.

Pored navedenog, valja naglasiti i to da sud ne može obavezati okrivljenog da na ime naknade štete isplati oštećenom iznos veći od onog koji je unio u dispozitivu presude,²⁸ jer bi postupajući na taj način izreku presude učinio protivrječnom.

3.2 Povraćaj stvari (*reintegratio*): Stvar koja se potražuje može biti kako pokretna, tako i nepokretna, ali mora biti individualizovana. Aktivno legitimisani za postavljanje ovog zahtjeva su vlasnik ili držalac stvari. U pogledu same stvari u teoriji postoji saglasnost oko toga da stvar mora ostati ista i po vrsti i po namjeni, kao u vrijeme izvršenja krivičnog djela, te da se ne može dosuditi povraćaj stvari koju je optuženi preradio i pretvorio u drugu stvar, s tim što u tom slučaju oštećeni svakako može tražiti naknadu štete.²⁹

3.3 Poništaj pravnog posla: Odredbom čl. 258 st. 6 ZKP propisano je da ako se imovinskopravni zahtjev odnosi na poništaj određenog pravnog posla, a sud nađe da je takav zahtjev osnovan, izreći će u presudi ili rešenju o izricanju mjere bezbjednosti potpun ili delimični poništaj tog pravnog posla, s posledicama koje iz toga proističu, ne dirajući u prava trećih lica. Kada se traži poništenje pravnog posla u krivičnom postupku, misli se samo na onaj pravni posao koji ima imovinskopravne efekte (i koji je naravno, proistekao iz krivičnog djela).³⁰ Takav bi na primjer bio poništaj zelenaškog ugovora ili ugovora o prodaji i sl. Međutim, pravni poslovi čiji predmet ne predstavljaju prava i obaveze imovinskopravnog karaktera, ne mogu se poništavati u krivičnom postupku.

25 Lj. Filipović: *op.cit.*, 298.

26 Osnovni sud u Nikšiću *K. br. 92/17* od 12.05.2017. godine.

27 Osnovni sud u Podgorici *K. br. 114/2017* od 23.03.2017. godine.

28 Isto: Vrhovni sud Srbije *Gž. I 877/78*, cit. prema: S. Vuković /2009/: *Komentar Zakonika o krivičnom postupku (sa sudskom praksom, registrom pojmova, obrascima i pravnom literaturom)*, Beograd, 178.

29 M. N. Simović, V. M. Simović: *op. cit.*, 235.

30 Isto M. Škulić: *op. cit.*, 165.

4. DONOŠENJE I IZMJENA ODLUKE O IMOVINSKOPRAVNOM ZAHTJEVU

Krivični sud je ovlašten da o imovinskopravnom zahtjevu pozitivno (u cjelini ili djelimično) odluči kada donese osuđujuću odluku ili rješenje o primjeni mjere bezbjednosti prema neuračunljivom licu. U nijednoj drugoj situaciji to nije moguće.

Ako podaci krivičnog postupka ne pružaju pouzdan osnov ni za potpuno ni za delimično presuđenje, sud će ovlašćeno lice uputiti da imovinskopravni zahtjev u cjelini može da ostvaruje u parničnom postupku (čl. 258 st. 4 ZKP). Dakle, krivični sud mora uvijek kada to može, odlučiti o imovinskopravnom zahtjevu, pa makar i delimično. Ukoliko bi i pored toga što je imao osnova za odlučivanje, uputio oštećenog da svoj zahtjev ostvaruje u parnici, učinio bi povredu odredaba krivičnog postupka iz čl. 441 st. 3, a u vezi sa čl. 258 st. 4 ZKP. U vezi sa iznijetim može se izložiti kritici jedna odluka Vrhovnog suda Srbije (*Kž.br. 372/96* od 24.09.1996. godine), u kojoj se navodi: „Osnovano se u žalbi branioca optuženog ukazuje da je prvostepeni sud u izreci presude utvrdio visinu koristi do koje su optuženi došli izvršenjem krivičnih dela, a oštećene uprkos tome sa imovinskopravnim zahtevom za naknadu štete uputio na parnicu. Međutim, ne može se prihvatiti stanovište izneto u žalbi da je usled toga izreka presude protivrečna i nerazumljiva, iz razloga što se ovde ne radi o takvoj situaciji da je imovinskopravni zahtev dosuđen u manjem ili većem iznosu od utvrđene štete u izreci presude. U stvari, ovde prvostepeni sud nije ni odlučivao o imovinskopravnom zahtjevu u smislu njegove dosude, već je oštećene uputio na parnicu. Zato (...) nije učinjena bitna povreda odredaba krivičnog postupka“. Pored ovakvog rezonovanja prakse, i u teoriji se mogu naći identična mišljenja,³¹ sa kojima, iz pomenutih razloga, nismo saglasni.

Uz navedeno, valja istaći i da je Evropski sud za ljudska prava (dalje: ESLJP) u nekoliko svojih odluka analizirao primjenu čl. 6. st. 1 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda³² (dalje: EKLJP) u situacijama kada je oštećeni postavio odštetni zahtjev, a postupak je trajao dugo. Vodeći slučaj ili precedent, u tom pravcu predstavlja presuda *Perez protiv Francuske*.³³ Određeni principi koje je ESLJP donošenjem ove presude usvojio jeste da se učešćem oštećenog u krivičnom postupku ustanovljava građanski karakter takvog zahtjeva, koje svojstvo ono ne gubi ni uslijed toga što oštećeni nije u određenom trenutku precizirao ili odredio zahtjev,

31 „U pogledu imovinskopravnog zahtjeva nema povrede identiteta ako sud nije rešio o ovom zahtjevu oštećenog, stoga što sud nema obavezu da rešava o tome, već oštećenog može uputiti na parnicu“. Tako: I. Ilić /2015/: „Identitet presude i optužbe“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, n° 69, 273.

32 EKLJP je u naš pravni poredak uvedena Zakonom o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda sa dodatnim protokolima, uz nekoliko kasnijih izmjena i dopuna („*Službeni list SCG – Međunarodni ugovori*“, br. 9/03, 5/05 i 7/05 – ispravka i „*Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*“, br. 12/10 i 10/15).

33 ESLJP: *Perez protiv Francuske*, br. 47287/99 od 12. februara 2004. godine, st. 62–73. Pored ove, vidjeti i: *Boris Stojanovski protiv Bivše jugoslovenske Republike Makedonije*, br. 41916/04 od 06. maja 2010. godine, st. 56 i 57 i *Ristić protiv Srbije*, br. 32181/08 od 18. novembra 2011. godine, st. 44. Sve odluke ESLJP citirane u radu, mogu se pronaći na internet stranici: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

s obzirom da to može učiniti do meritornog okončanja postupka.³⁴ Standardi koje je ESLJP iznjedrio, a koji su relevantni za primjenu čl. 6 st. 1 EKLJP u odnosu na oštećenog u postupku mogu se svesti na sljedeće: 1) pravo na suđenje u razumnom roku, u odnosu na njih, se cijeni od trenutka postavljanja imovinskopravnog zahtjeva, i 2) svemu tome je nemalo bitan doprinos oštećenog odugovlačenju postupka. S obzirom na to da odredba čl. 6 st. 1 EKLJP priznaje svakome pravo na pravično suđenje, prilikom odlučivanja o njegovim kako građanskim pravima i obavezama, tako i o krivičnoj optužbi koja je podignuta protiv njega, *condicio sine qua non* za uvođenje oštećenog pod okrivlje prava na pravično suđenje je dakle priznavanje građanskog karaktera njegovom zahtjevu.³⁵

ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Analizirajući sudsku praksu i doktrinu, možemo konstatovati da iako postoji, ovaj institut nije doživio svoju punu afirmaciju u sudskoj praksi. Svakako da se kao najveće opravdanje takvom poražavajućem zaključku, može navesti činjenica da se radi o zahtjevu koji ima građanskopravne konture. No, o tome treba da razmišlja zakonodavac prilikom postuliranja nekog pravnog instituta, a ne sudovi, koji su dužni da primjenjuju zakonske odredbe.

Na osnovu predstavljene analize, u kratkom možemo izvesti sljedeće zaključke: Najprije, mišljenja smo da sudovi pogrešno postupaju u situaciji kada oštećenog u svakoj situaciji kada mu ne dosude traženi iznos (pr. naknada štete) upute na parnični postupak. Naravno, postoje situacije kada je to dozvoljeno – kada sud utvrdi samo materijalnu, a ne i nematerijalnu štetu; kada od materijalne štete utvrdi samo dio, po tužiocu relevantan za zasnivanje optužbe i sl. Nadalje, ni u kom slučaju odluka o zahtjevu i o glavnoj stvari ne smiju biti protivrječne. Još jedna stvar se pokazala u praksi kao nepravilna – naime, oštećeni je dužan da odredi svoj zahtjev, pa sud nije dužan da odlučuje o istom, ukoliko ne zna šta je predmet odlučivanja, odnosno sud ne treba, niti može, da pretpostavlja da li će oštećeni tražiti cijelu štetu ili samo dio, da li će pored imovinske, zahtijevati i naknadu za neimovinsku štetu, da li će tražiti sve ili samo neke od protivpravno otuđenih stvari i sl, s tim što se u praksi dešava suprotno, odnosno da oštećeni samo postavi zahtjev, pri čemu ga jasno ne identifikuje, a sud mu ili dodijeli cjelokupni ili dio iznosa, upućujući ga za višak u parnicu. Pritom je još gora situacija kada sud ne odluči uopšte o takvom, neopredijeljenom zahtjevu, obrazlažući da stanje u spisima ne pruža materijala ni za potpuno, ni za djelimično odlučivanje, što je pogrešno, s obzirom da sud u takvoj situaciji nije ni mogao da odlučuje. Pored toga, dešava se da sudovi u izreci presude ne navedu po osnovu čega se dodjeljuje naknada štete ili pak izostane navođenje o kom se predmetu zahtjeva u konkretnom radi. Nije izostao ni prikaz nekih pravno-dogmatskih stavova u vezi sa tim da je preinačenje zahtjeva tokom postupka moguće bez bilo kakvih ograničenja. U praksi je to svakodnevno. Međutim, i ovakvom

34 Tako: G. P. Ilić /2012/: „O položaju oštećenog u krivičnom postupku“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, godina LX, n° 1, 141.

35 *Ibid.*, 150.

zaključivanju smo uputili kritiku, s obzirom da se na taj način okrivljeni stavlja u nepovoljniju situaciju nego što bi bio da je poveden poseban parnični postupak, a cilj ovog instituta nije da se okrivljenom uskrate neka prava, nego da se snažnije afirmišu prava oštećenog, kroz brzinu, efikasnost i ekonomičnost, a nikako na ušrb zakonitosti.

LITERATURA

- Ashworth A., Redmayne M. /2005/: *The Criminal Process*, New York.
- Bejatović S. /2008/: *Krivično procesno pravo*, Beograd.
- Filipović Lj. /2009/: „Položaj oštećenog u krivičnom postupku“, *Pravo i pravda*, godina VIII, n° 1.
- Gurda V., Tulumović M. /2016/: „Imovinskopravni zahtjev oštećenog u zakonodavstvu i sudskoj praksi u Federaciji Bosne i Hercegovine“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Tuzli*, godina II, n° 2.
- Haveripeth, D. P. /2013/: „Restorative Justice and Victims: Right to Compensation“, *International Research Journal of Social Sciences*, vol. 2, n° 2.
- Ilić I. /2015/: „Identitet presude i optužbe“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, n° 69.
- Ilić, P. G. /2012/: „O položaju oštećenog u krivičnom postupku“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, godina LX, n° 1.
- Kumar C. T M, Irannavar C. /2016/: „Victims right to compensation international perspective“, *Asia Pacific Journal of Research*, vol. I, XXXVI.
- Mannelqvist R. /2007/: „Compensation for Victims in Public Legislation and as a Civil Right“, *Scandinavian Studies in Law*, vol. 50.
- Poznić B. /2009/: *Komentar Zakona o parničnom postupku, prema tekstu Zakona iz 1976. godine sa docnijim izmenama i dopunama*, Beograd.
- Qudder F. /2015/: „Crime victims right to compensation in Bangladesh: A comparative approach“, *European scientific journal*, vol. 11, n° 31.
- Radulović D. /2009/: *Krivično procesno pravo*, drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Podgorica.
- Simović N. M., Simović M. V. /2013/: *Krivično procesno pravo, uvod i opšti dio*, treće izdanje (izmijenjeno i dopunjeno), Bihać.
- Sprack J. /1997/: *Emmins on Criminal Procedure*, Seventh edition, London.
- Šago D., Pleić M. /2012/: „Adhezijsko rješavanje imovinskopravnog zahtjeva u krivičnom postupku“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 33, n° 2.
- Škulić M. /2016/: *Krivično procesno pravo*, deveto izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd.
- Vasiljević T. /1981/: *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*, treće izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd.
- Vasiljević T., Grubač M. /2011/: *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, dvanaesto izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd.
- Vuković S. /2009/: *Komentar Zakonika o krivičnom postupku (sa sudskom praksom, registrom pojmova, obrascima i pravnom literaturom)*, Beograd.
- Zappala S. /2003/: *Human rights in international criminal proceedings*, New York.

PRAVNI PROPISI:

Zakonik o krivičnom postupku („*Sl. glasnik RS*“; br. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13 i 55/14).

Zakon o parničnom postupku („*Sl. glasnik RS*“; br. 72/2011, 49/2013 – odluka US, 74/2013 – odluka US i 55/2014).

Zakon o obligacionim odnosima („*Sl. list SFRJ*“; br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, „*Sl. list SRJ*“; br. 31/93 i „*Sl. list SCG*“; br. 1/2003 – Ustavna povelja).

Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i dopunskih protokola („*Službeni list SCG – Međunarodni ugovori*“ br. 9/03, 5/05 i 7/05 – ispravka i „*Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*“ br. 12/10 i 10/15).

Krsto Pejović

Student of PhD studies at University of Belgrade Faculty of Law

RESTITUTION CLAIM IN JUDICIAL PRACTICE

SUMMARY

In criminal proceedings restitution claims could be considered as a sui generis institute. However, this institute have not experienced its full affirmation in judicial practice yet. We have brought to attention some of the major problems integrated into practice while criticizing certain attitudes imposed by theoreticians. Due to limited scope, we have been observing the most obvious problems but we should be aware of the fact that we are far away from its end. Thus while presenting our opinion which we have been trying to support with arguments presented below. Some of the following problems have been pointed out: firstly, we emphasized misused trend adopted by courts to always direct injured party when they partially decide on the request to obtain their excess approaching to the civil proceedings, furthermore we have pointed out problem which arise here in the form of violation of the rule “ne bis in idem”. However, this domain needs better regulation in the legal framework; also, we haven’t excluded widely adopted occurrence to allow the injured party to change their request during the process, thus meanwhile presenting one our major concerns which brings to increase of the ratio for submitted request without a valid reason, referring to the relevant provisions of the Law on Civil Procedure in solving this problem; Besides all above mentioned, we have also discussed widely distributed trend of insufficient definition of the request, in terms of its precise defining in all elements (what damage and what should be the amount for all sorts of damage required by the injured party) and finally we have specified mistakes that courts have been making in situations when they decide not to decide on submitted application, or on contradictory argumentation applied in that certain occasion.

Keywords: Restitution claim, damage, victim, injured party, authorized person, criminal proceedings.

ZAKONODAVSTVO I PRAKSA

UDK 341.231.14:343.22-053.6

Prihvaćeno: 27.6.2018.

*Dorđe Ignjatović**

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

MEĐUNARODNI IZVORI PRAVA IZVRŠENJA KRIVIČNIH SANKCIJA PREMA MALOLETNICIMA – DOKUMENTI UJEDINJENIH NACIJA

Apstrakt: Ujedinjene nacije razvile su poslednjih decenija živu legislativnu aktivnost u nameri da usmere i postave standarde u izvršenju krivičnih sankcija prema maloletnicima. U radu je ukazano na odredbe kako onih od tih instrumenata čije odredbe se u celini primenjuju na izvršenje krivičnih sankcija prema ovoj kategoriji lica („primarni izvori“), kao i onih koji samo uzgred dodiruju ovu problematiku („sekundarni izvori“) Kao sekundarni izvori navedeni su Konvencija o prvima deteta, Standardna minimalna pravila za maloletničko pravosuđe, Smernice UN za prevenciju maloletničke delinkvencije, Svetski akcioni program za mlade u XXI veku i Standardna minimalna pravila o postupanju sa zatvorenici (Nelson Mandela pravila); primarni izvori su Pravila UN o zaštiti maloletnika lišenih slobode i Standardna minimalna pravila UN za mere alternativne institucionalnom tretmanu. Njihovim donošenjem, Svetska organizacija snažno je uticala na razvoj onoga što bismo mogli nazvati „Krivično izvršno pravo za maloletnike“.

Ključne reči: Maloletnici, krivične sankcije, izvršenje, Ujedinjene nacije, rezolucije, konvencije.

UVOD

Pre nešto više od četvrt veka Generalna skupština Ujedinjenih nacija (UN) donela je Rezoluciju o Svetskom akcionom programu za mlade u XXI veku¹ u kojoj je ukazano na činjenicu da mladi čine skoro petinu (18%) ukupne svetske populacije i da oni predstavljaju glavni ljudski resurs razvoja i ključnog aktera budućih društvenih promena, ekonomskog razvoja i tehnoloških inovacija. Zbog toga je određeno

* Redovni profesor, ignjat@ius.bg.ac.rs

1 UN World Programme of Action for Youth to the Year 2000 na Beyond (A/RES/50/80), 14 Decembar 1995. Njeno donošenje inicirano je nekoliko godina ranije Rezolucijom 45/103 od 14. decembra 1990.

deset prioriteta koje bi sve zemlje trebalo da imaju u vidu ako žele da ova kategorija lica odigra ulogu koja joj je namenjena. Uz još osam drugih², naveden su i dve koje su povezane sa osnovnom temom kojom se bavimo u ovom radu.

Ta činjenica pokazuje da se i u dokumentima koji se na najopštiji način bave pitanjima mladih tretiraju pitanja koja se dodiruju sa materijom izvršenja krivičnih sankcija. I ostali međunarodni izvori koji se na neki način bave ovom problematikom već decenijama posebnu pažnju posvećuju mladim licima. Zahvaljujući tome, vremenom je stvoren, kako na svetskom, tako i na regionalnom planu, čitav sistem konvencija, rezolucija, preporuka koji na poseban način tretira mlade u procesu izvršenja krivičnih sankcija. U ovom radu bavićemo se onim od njih koje su donete u okviru Svetske organizacije. No, pre no što pređemo na izlaganje, potrebno je dati nekoliko napomena.

Prva se tiče terminologije koja bi mogla da dovede do zabune: za razliku od napred navedene Konvencije koja koristi izraz „mladi“³, međunarodni dokumenti koje ćemo analizirati kao genusni pojam za sva lica koja nisu punoletna koriste izraz „deca“, što bi – ako se uzme da je u uporednom pravu najčešće rešenje da se punoletstvo stiže sa navršenom osamnaestom godinom – značilo da se ne pravi razlika između lica kojima se ne bavi krivično pravo (kod nas u uzrastu do 14 godina – „deca“) i onih koja to su krivično odgovorna / sposobna za snošenje krivice („maloletnici“) ⁴. U ovom radu, bavićemo se prevashodno maloletnicima zato što se deci ne mogu izreći (pa, prema tome, ni izvršiti) krivične sankcije.

Druga napomena odnosi se na činjenicu da se odredbe nekih od navedenih dokumenata poklapaju jer se odnose na sličnu materiju. Iako se ovakvom načinu izlaganja mogu staviti prigovori, on je svesno izabran kako bi se na jednom mestu našle odredbe o izvršenju iz najvažnijih međunarodnih instrumenata koji regulišu materiju kojom se u ovom radu bavimo.

U daljem izlaganju ukazaćemo na dokumente koje su usvojile UN. U tom kontekstu, biće⁵ izvršena načelna podela na primarne (čije se sve odredbe primenjuju na nepunolletna lica) i sekundarne (koje izvršenje krivičnih sankcija prema maloletnicima samo uzgred pominju).

1. SEKUNDARNI IZVORI

Od pet dokumenata koji su ovde navedeni, posebno se izdvaju prvi i poslednji: *Konvencija UN o pravima deteta* i *Standardna minimalna pravila o postupanju sa zatvorenici* (*Nelson Mandela pravila*). Oni se mogu smatrati najvažnijim sekun-

-
- 2 To su: – obrazovanje; – zaposlenost; – neuhranjenost i siromaštvo; – zdravlje; – (fizičko i društveno) okruženje; – korišćenje slobodnog vremena; – položaj devojčica i devojaka; – potpuno i efektivno učešće mladih u društvenom životu i donošenju odluka.
 - 3 Za lica koja su u uzrastu 15–24 godine. Ova kategorija je za kriminologiju interesantna jer ona, prema mnogim istraživanjima, čine „starosnu grupu maksimalno opterećenu kriminalitetom“ – v. Hagan /2010:32/; Ignjatović /2018:108/.
 - 4 U pogledu uzrasta u kome mladi u Evropi „ulazi u krivični sistem“ postoje u komparativnom pravu različita rešenja koja idu od 7 do 15 godina –v. Kourakis /2003/; Škulić /2010/.
 - 5 Slično kao u monografiji *Pravo izvršenja krivičnih sankcija* činimo sa svim izvorima ove grane prava –v. Ignjatović /2018a:34/.

darnim izvorima. Uz njih, navedena su i *Standardna minimalna pravila za maloletničko pravosuđe*, *Smernice UN za prevenciju maloletničke delinkvencije* i *Svetski akcioni program za mlade u XXI veku*⁶.

Istina, i najopštiji akt Svetske organizacije koji je temelj ljudskih prava u savremenom svetu – *Univerzalna deklaracija UN o ljudskim pravima* iz 1948.⁷ pominje decu i to u odredbi člana 25 u kojoj se naglašava da materinstvo i detinjstvo uživaju posebnu zaštitu i pomoć. Takođe, tu se navodi da „sva deca – bez obzira da li su rođena u braku ili ne – uživaju istu društvenu zaštitu“. Sa izuzetkom prvog navedenog međunarodnog instrumenta (*Konvencije o pravima deteta*, koja ima najopštiji karakter), redosled izlaganja biće hronološki.

1.1. *Konvencija o pravima deteta*

Doneta 1989. godine⁸ i ratifikovana od velikog broja država⁹, *Konvencija o pravima deteta* (KPD) predstavlja neku vrstu temeljnog dokumenta koji reguliše pravni položaj deteta u savremenom svetu. Sastoji se od 54 člana podeljenih u tri celine. Za pitanja koja obrađujemo o ovom radu od značaja su one sadržane u Prvom delu i to naročito članovi od 37 i dalje. Pre njih, u *Konvenciji* se određuje (čl. 1) ko se smatra detetom („svako ljudsko biće koje nije navršilo 18 godina“, ukoliko se prema nacionalnom zakonodavstvu punoletstvo ne stiće ranije); da se njene odredbe primenjuje bez diskriminacije (čl. 2); da su u postupanju od prvenstvenog značaja najbolji interesi deteta; da svako dete samim rođenjem ima pravo na život, kao i da su strane ugovornice u i obavezi da u najvećoj mogućoj meri obezbede opstanak i razvoj deteta (čl. 6); da se obavezuju da poštuju detetov identitet, ime i porodične odnose (čl. 8); da obezbede da dete ne bude odvojeno od svojih roditelja – osim kada nadležni organi ne procene da je takvo odvajanje u najboljem interesu deteta, a ukoliko je do razdvajanja došlo zbog pritvaranja, hapšenja ... strane ugovornice su obavezne da roditeljima, detetu ili drugom članu porodice pruže neophodne informacije o tome gde se odsutni član porodice nalazi (čl. 9); takođe, preduzeće se mere protiv nezakonitog prebacivanja dece u inostranstvo (čl. 11); detetu koje je u stanju da formira sopstveno mišljenje biće obezbeđeno da ga izrazi, a posebno će mu biti omogućeno da bude saslušano u svim sudskim i administrativnim postupcima koji ga se tiču – neposredno ili preko zastupnika odn. odgovarajućeg organa (čl. 12); dete ima prvo na slobodu izražavanja (čl. 13), slobodu misli, savesti i veroispovesti (čl. 14); slobodu udruživanja i mirnog okupljanja (čl. 15); dete uživa zakonsku zašti-

6 Ovo je malo slobodniji prevod ovog dokumenta, dok bi on bukvalno glasio „*Svetski akcioni program za mlade u godini 2000-toj i nadalje*“.

7 *Universal Declaration of Human Rights, General Assembly resolution 217 A, Paris, 10 December 1948.*

8 *UN Convention on the Rights on the Child, General Assembly resolution 44/25 of 20 November 1989.*

9 Stupila na snagu septembra 1990. kada ju je ratifikovalo prvih 20 država. Njihov broj je u međuvremenu narastao na 196 i – osim SAD – to su učinile sve članice UN. Postala je deo našeg pravnog sistema od decembra 1990.

tu od proizvoljnog i ili nezakonitog mešanja u njegovu privatnost, porodicu, dom ili prepisku odn. od nezakonitih napada na njegovu čast i ugled (čl. 16).

Ostale odredbe prvog dela odnose se na sredstva javnog informisanja (čl. 17), obaveze roditelja (čl. 17), zaštitu deteta od svih oblika fizičkog ili mentalnog nasilja, povređivanja ili zlostavljanja, zapostavljanja, eksploatacije – uključujući seksualno zlostavljanje (čl. 19); prava dece sa fizičkim i mentalnim smetnjama (čl. 23); pravo deteta na uživanje najviših ostvarivih zdravstvenih standarda (čl. 24), na socijalnu zaštitu (čl. 26), životni standard koji odgovara detetovom fizičkom, mentalnom, duhovnom, moralnom i socijalnom razvoju (čl. 27); na pravo deteta na obrazovanje (čl. 28 i 29); na obavezu strana ugovornica da štiti dete od svih oblika iskorišćavanja štetnih po detetovu dobrobit – ekonomsko iskorišćavanje (čl. 32), nezakonita upotreba narkotika (čl. 33), seksualno iskorišćavanje (čl. 34) i trgovina ljudima (čl. 35).

Odredbe koje su neposredno povezane sa krivičnim postupanjem prema maloletnicima sadrže niz važnih pravila, od kojih ćemo se posebno zadržati na onima koja se tiču njihovog kažnjavanja.

Član 37

Strane ugovornice garantuju da nijedno dete ne sme biti podvrgnuto torturi ili drugom okrutnom, nehumanom ili ponižavajućem postupku ili kažnjavanju. Takođe, licima mlađim od 18 godina ne mogu biti izrečene smrtna kazna ili doživotni zatvor bez prava na uslovni otpust;

nijedno dete ne može biti nezakonito ili proizvoljno lišeno slobode. Hapšenje i zatvaranje deteta mora biti u skladu sa zakonom i primenjeno samo kao poslednja mera, i to najkraćem mogućem vremenu;

sa detetom lišenim slobode postupa se humano, uz poštovanje njegovog rođenjem stečenog dostojanstva i na način koji uvažava potrebe lica njegovog uzrasta. Biće odvojeno od punoletnih (osim ako je to protivno njegovim interesima) i ima pravo na održavanje kontakta sa svojom porodicom;

dete ima pravo na pravnu i drugu pomoć odmah po lišenju slobode, kao i na brzu odluku u svakom postupku koji se prema njemu vodi.

Član 39

Strane ugovornice preduzeće odgovarajuće mere u cilju podsticanja fizičkog i psihičkog oporavka i društvene reintegracije deteta koje je bilo žrtva bilo kog oblika zanemarivanja, iskorišćavanja ili zlostavljanja, mučenja ili bilo kog drugog oblika okrutnog, nehumanog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja... Takav oporavak i reintegracija vršiće se u uslovima koji podstiču zdravlje, samopoštovanje i dostojanstvo deteta.

Član 40

Svakom detetu za koje se tvrdi da je prekršilo krivični zakon ili je to utvrđeno, strane ugovornice garantuju pravo na postupak koji je usklađen sa njegovim

osećajem dostojanstva i vrednosti, koji dete podstiče na poštovanje ljudskih prava i osnovnih sloboda drugog i koji uzima u obzir uzrast deteta i činjenicu da je poželjno zalagati se za njegovu reintegraciju i preuzimanje konstruktivne uloge u društvu.

U to cilju, strane ugovornice će detetu koje je optuženo ili se protiv njega vodi postupak posebno obezbediti: – poštovanje načela zakonitosti i pretpostavke nevinosti; – mogućnost da se upozna sa optužbom i da mu se obezbedi pravna i druga pomoć; kao i da ima pravo na besplatnog prevodioca; – da nadležni organ u pravičnom postupku i u skladu sa zakonom bez odugovlačenja donese odluku; – da mu se ne može nametnuti obaveza da svedoči ili prizna krivicu; – da ima pravo žalbe višem organu; i – da se u svim fazama postupka poštuje njegovo pravo na privatnost.

Strane ugovornice se takođe obavezuju da podstiču stvaranje zakona, postupaka i organa koji se posebno bave decom koja su optužena ili je dokazano da su kršila krivični zakon, a naročito: – utvrđivanje najniže starosne granice ispod koje ne mogu biti smatrana sposobnim za kršenje krivičnog zakona; – donošenje mera za tretman takve dece izvan sudskog postupka, kada god je to moguće i poželjno. U tu svrhu, biće izgrađen sistem mera koje predstavljaju alternative institucionalnom tretmanu.

Pre jedanaest godina (2007) Komitet za prava deteta usvojio je Opšti komentar Konvencije o pravima deteta pod nazivom *Prava dece u maloletničkom pravosuđu*¹⁰ koji u Delu IV (Maloletničko pravosuđe – elementi sveobuhvatne politike) sadrži pre svega ključne rukovodne principe maloletničkog pravosuđa¹¹ i odredbe o maloletničkom pravosuđu kao delu sveobuhvatne politike (Deo V)¹².

Za nas će ovde od najvećeg značaja biti odredbe članova 85–89 Opšteg komentara KPD koji nose naziv „Postupanje i uslovi“. Tako se u čl. 85 pojašnjava značaj odredbe po kojoj svako dete lišeno slobode treba da bude odvojeno od punoletnih lica, a u čl. 86 se premeštaj maloletnika u ustanovu za punoletne zatvorenike kada navrší 18 godina vezuje za procenu šta je najbolje kako za njega, tako i za maloletnike u ustanovi kojoj je do tada bio smešten. Na obavezu da se detetu lišenom slobode obezbedi kontakt sa porodicom putem prepiske i poseta ukazuje se u čl. 87. U tom cilju, trebalo bi ih smestiti u ustanovu koja je najbliža prebivalištu članova njegove porodice.

Uz podsećanje druge međunarodne instrumente koji se odnose na položaj maloletnika lišenih slobode, Komitet u čl. 89 naglašava da u svakom slučaju lišenja slobode treba uzeti principe i pravila koji se odnose na: – neophodnost da deci bude obezbedeno fizičko okruženje i smeštaj koji su u skladu sa rehabilitacionim ciljevima; – pravo na obrazovanje koje odgovara njihovim potrebama i sposobnostima; – pravo na medicinsku zaštitu; – obavezu osoblja ustanove da podstiče kontakte sa porodicom i drugim licima; – ograničenje upotrebe sile ili prinude: oni nikada ne smeju biti sredstvo kažnjavanja; mogu se koristiti samo kada postoji opasnost od toga da će povrediti sebe ili drugih i kada su iscrpljena sva druga sredstva kontrole; – disciplinsko kažnjavanje treba da očuva dostojanstvo maloletnika i da bude

10 CRC/GC/10.

11 Koji se uglavnom poklapaju sa onima koji su navedeni u KPD –v. Ignjatović /2018a:67/.

12 Ibid.

rukovođeno ciljevima institucionalnog postupka. Zato su „strogo zabranjeni“ telesno kažnjavanje, smeštaj u samicu ili drugi oblici kažnjavanja koji mogu štetno uticati na fizičko ili mentalno zdravlje ili dobrobit tog maloletnika; – maloletniku se mora omogućiti pravo na necenzurisanu žalbu i pritužbu; – nezavisni i kvalifikovani stručnjaci treba da obavljaju redovnu i nenajavlvenu kontrolu ustanova kojima su smeštena deca sa kojima imaju pravo da razgovaraju u poverljivom okruženju.

1.2. Standardna minimalna pravila UN za maloletničko pravosuđe

Novembra 1985. Generalna skupština UN donela je rezoluciju kojom su usvojena *Standardna minimalna pravila za maloletničko pravosuđe*¹³ (SMP/MP)¹⁴ koja su poznata i kao „Pekińska pravila“. Podeljena su na sledeće celine: Opšti principi (I deo); Istraga i krivično gonjenje (II deo); Suđenje i odlučivanje (III deo); Vaninstitucionalne mere (IV deo); Postupak u institucijama (V deo) i Istraživanje, planiranje, utvrđivanje politike i evaluacija (VI deo).

Zadržaćemo se ovde na osnovnim postavkama (1.1–1.6) jer one određuju koje su ideje vodilje za celokupni sistem maloletničkog pravosuđa (pa i onaj njegov deo koji se bavi izvršenjem sankcija i mera izrečenih maloletnicima). One se mogu svesti na sledeće konstatacije: države članice će – nastojati da unapređuju dobrobit maloletnika i njihovih porodica; – da razviju uslove koji će maloletnicima obezbediti osmišljen život u zajednici i podsticati proces ličnog razvoja i obrazovanja bez kriminaliteta i delinkvencije, naročito u periodu njihovog života kada su najviše inkliniraju antisocijalnom ponašanju; – u cilju i efikasnog, pravičnog i humanog postupanja sa maloletnicima sukobu sa zakonom i smanjenja potrebe za zakonskim intervencijama, podstiće na mobilizaciju svih raspoloživih resursa (uključujući porodicu, dobrovoljce, lokalne zajednice, škole i druge subjekte) koji mogu doprineti dobrobiti maloletnika; – maloletničko pravosuđe je nerazdvojni deo nacionalnog razvojnog procesa svake zemlje; – doprineti da se službe maloletničkog pravosuđa sistematski razvijaju i koordiniraju uz unapređenje stručnosti njihovih kadrova. Najzad, ovde je sadržana i konstatacija da će ova Pravila biti primenjivana u kontekstu ekonomskih, društvenih i kulturnih uslova dotične države članice.

Iako se i u Delu II nalaze neke odredbe koje su od značaja za krivično izvršno pravo,¹⁵ kao i u Delu III,¹⁶ ovde će biti analizirane one sadržane u dve dela koji im slede.

13 *Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice („Beijing Rules“)* adopted by General Assembly resolution 40/33 of 29 November 1985.

14 Treba ih razlikovati od *Standardnih minimalnih pravila UN za postupanje sa zatvorenima* (SMP/PZ) o kojima će kasnije biti reči.

15 Kao one o pritvoru: da se koristi kao poslednje sredstvo i u najkraćem mogućem trajanju; da će, gde god je to moguće, biti zamenjen alternativnim merama; da maloletnici u pritvoru imaju sva prava i garancije iz SMP/PZ; u pritvoru su maloletnici odvojeni od punoletnih lica; dok su u pritvoru, maloletnicima se pruža sva neophodna zaštita i pomoć (norme 13.1 – 13.5).

16 Posebno je značajna norma 17.1 pod v) gde se mere kojima se maloletnik lišava slobode vezuje samo za situacije u kojima je on osuđen za ozbiljan prestup koji uključuje nasilje nad drugim ili ispoljava upornost u činjenju drugih teških prestupa, kao i „u slučajevima kada ne postoji drugi

Deo IV – Vaninstitucionalne mere

Prvo se ukazuje na potrebu da se odluke nadležnog organa kojima su maloletniku izrečeni nalozi sprovedu od strane tog ili drugog organa.¹⁷ Takođe, nadležni organ je ovlašćen da ih – kada to smatra prikladnim i s vremena na vreme – modifikuje u skladu sa osnovnim principima ovih Pravila.

Kako bi se olakšao proces rehabilitacije maloletnika, u svim fazama postupka sa njima, nastojace se da im se obezbede neophodni uslovi, smeštaj, ishrana, obrazovanje ili obuka za rad, zaposlenje i druga neophodna pomoć. Kako bi se nalozi nadležnog organa sprovedli, neophodno je uspostaviti saradnju sa lokalnom zajednicom, što podrazumeva angažovanje volontera i lokalnih institucija.

Deo V – Postupak u institucijama

U celini „Ciljevi postupanja u institucijama“ (26.1–26.6) ukazuje se da je cilj obuke i tretmana koji se prema maloletnicima sprovodi u ustanovama da im se omogući zaštita, obrazovanje i stručna osposobljenost da preuzmu konstruktivnu i produktivnu ulogu u društvu. Tu će im – a u cilju sveobuhvatnog razvoja – biti pružena sva neophodna (društvena, obrazovna, radna, medicinska, psihička i fizička)¹⁸ pomoć prilagođena njihovom uzrastu, polu i ličnim karakteristikama.

Maloletnici će u zavodima biti smešteni odvojeno od punoletnih. Sa maloletnim prestupnicama će biti postupano sa posebnom pažnjom, nikako manjom od one kakvu imaju muškarci. Roditeljima i staraocima će biti dozvoljen pristup maloletnicima.

Najzad, na nivou ministarstava i službi negovaće se međusektorska saradnja kako bi se (kroz školsko ili edukovanje za rad) osiguralo da maloletnici ne napuste ustanovu bez odgovarajućeg obrazovanja.

Celina „Primena Standardnih minimalnih pravila za postupanje sa zatvorenicima“ (27.1–27.2) predviđa da će SMP/PZ¹⁹ i preporuke vezane za njih biti primenjene i na maloletnike smeštene u zavodima, uključujući i one koji čekaju suđenje u pritvoru. U komentaru uz ovu konstataciju precizira se da se ona odnosi na uslove života u ustanovama (način smeštaja, arhitektura, posteljina, odeća, hrana, medicinska zaštita, ispovedanje vere, disciplina, kažnjavanje i ograničenja za opasne prestupnike), kontakte sa spoljnim svetom, pritužbe i dr. Naravno, pri tome je potrebno imati u vidu potrebe maloletnika koje su vezane za njihov uzrast, pol i lične karakteristike.

Deo koji se odnosi na odobravanje uslovnog otpusta (norme 28.1–28.2) pokazuje da Pravila ona daju prednost uslovnom boravku na slobodi u odnosu na

adekvatan odgovor“. Takođe, u normi 19.1 smeštanje maloletnika u instituciju je poslednja mera i traje najkraće neophodno vreme.

17 U komentaru uz ovu odredbu se kao takvi organi navode se: odbor za odobravanje uslovnog otpusta, socijalne ustanove za mlade, socijalni radnik i „sudija za sprovođenje kazni“ (f. *judge de l'exécution des peines*).

18 Komentar naglašava da je medicinska i psihička pomoć od posebnog značaja kod narkomana i mentalno obolelih mladih smeštenih u ustanovu.

19 U pitanju su SMP/PZ iz 1955.

izdržavanje sankcije u ustanovi. Zato se konstatuje da će nadležni organ koristiti mogućnost da u najranijoj mogućoj fazi – kada god za to postoje uslovi²⁰ – odobri maloletniku uslovni otpust, uz obezbeđenu pomoć i nadzor odgovarajućih organa i uz punu podršku zajednice.

Odsek pod nazivom „Poluinstitucionalni smeštaj“ (29.1) zaokružuje ovaj deo Pravila i u njemu se ukazuje na značaj staranja i posle boravka maloletnika u zavodu. Zato se preporučuje da se tim licima obezbedi navedeni smeštaj kakav pružaju otvoreni i obrazovni domovi, dnevni smeštaj u centrima za obuku ili drugi odgovarajući oblici koji mogu pomoći maloletnika da se na pravi način reintegriše u društvo.

1.3. Smernice UN za prevenciju maloletničke delinkvencije

Ovaj dokument poznat i kao **Rijadske smernice** i usvojen je decembra 1990.²¹ i reguliše pre svega načine na koje društva treba da spreče vršenje kažnjivih dela od strane maloletnika; to se može videti iz sistematike njegovog Aneksa: I– Osnovni principi; II– Domašaj; III– Opšta prevencija; IV– Procesi socijalizacije (A. Porodica; B. Obrazovanje; C. Zajednica; D. Mediji); V– Socijalna politika; VI– Zakonodavstvo i maloletničko pravosuđe; i VII– Istraživanje, razvojna politika i saradnja.

Smernice ipak sadrže nekoliko odredaba koje se tiču materije kojom se bavimo u ovom radu. Tako se delu V– u članu 46 nalazi konstatacija da smeštaj mladih u institucije treba da bude poslednja mera primenjena u što kraćem periodu, pri čemu je ključno da bude u najboljem interesu tih lica. Među kriterijumima koji opravdavaju takvu formalnu reakciju, navode se pod e) situacije kada se u ponašanju deteta ili mladog lica ispoljila ozbiljna fizička ili psihička opasnost po njega, koju ne mogu da otklone ni roditelji ili staratelji, sam maloletnik, niti društvene službe koje nisu ovlašćene da takvom licu omoguće smeštaj.

U delu VI u članu 54 stoji da se nijedno dete ili mlado lice ne smeju podvrgnuti surovim ili degradirajućim vaspitnim i kaznenim merama kod kuće, u školi ili bilo kojoj drugoj instituciji (podvukao Đ. I.). Takođe, službenike organa za sprovođenje zakona i drugo slično osoblje treba obučiti da odgovore potrebama mladih i upoznati ih sa mogućnostima koje pružaju diverzioni programi (koji izuzimaju mlade iz pravosudnog sistema).

1.4. Svetski akcioni program za mlade u XXI veku

Kao što je u Uvodu navedeno, ovaj dokument među deset prioriteta koji se odnose na mlade, u dva tretira i materiju izvršenja krivičnih sankcija.

U delu (F) koji se bavi problematikom zavisnosti od narkotika, uz ukazivanje na razmere problema, u delu koji se odnosi na predloge za akciju, uz podsticanje

20 Čak i kada se radi o prestupnicima koji su u vreme upućivanja u zavod bili smatrani opasnim, naravno ako je ostvaren zadovoljavajući napredak u rehabilitaciji izražen u „dobrom vladanju“, učešću u programima korisnim za društvo, činjenici da nije zloupotrebio režim otvorene ustanove i sl.

21 *UN Guidelines for the Prevention of Juvenile Delinquency (“Riyadh Guidelines”)* A/RES/45/112. 68th plenary meeting of General Assembly, 14 December 1990.

učesća organizacija mladih i medicinske treninge, nalazi se i deo o tretmanu zavisnika u krivičnom pravosuđu i u sistemu kaznenih ustanova. Zaposleni u će preduzeti mere da se narkotici ne nađu i tim zavodima, a ukoliko se to ipak dogodi, takve pojave se neće tolerisati (pravilo 84). Zavisnici će biti prioriteto uključeni u tretman i biće odvojeni od ostalih (pr. 85).

Kada se radi o problematici delinkvencije i kriminaliteta²² mladih (G. – pr. 86–90) u predlozima za akciju prioritet se stavlja na preventivne programe i mere, naročito kada se radi o sprečavanju nasilja. Ako ovi zahvati fokusirani na otklanjanje uzroka²³ ne daju rezultate, takvim licima, naročito ukoliko imaju kriminalnu istoriju, sleduju rehabilitacioni programi i servisi. Tvorcima ovog dokumenta tvrde da su mladi uglavnom počinju kao učinioci lakših delikata kakvi su su razbojništvo²⁴ ili nasilničko ponašanje i zato se na njih može uticati kroz institucije i u porodičnom ambijentu. Primena zakona je deo rehabilitacionih mera. Najzad, ljudska prava zatvorenih mladih lica moraju biti zaštićena i glavnim principima kaznenog prava mora se dati odgovarajući značaj

1.5. *Standardna minimalna pravila o postupanju sa zatvorenicima (Nelson Mandela pravila)*

Doneta su decembra 2015.²⁵ u nameri da se modernizuju Standardna minimalna pravila usvojena u Ženevi 1955. godine, ona su u čast Nelsona Mandele nazvana su po njemu (u daljem tekstu SMP/PZ ili Mandela pravila).²⁶ Iako su namenjena regulisanju položaja punoletnih lica lišenih slobode jer u *Preliminarnim konstatacijama* pod brojem 4 izričito naglašavaju da nemaju za cilj da regulišu upravljanje institucijama uspostavljenim za mlade, kakvi su centri za smeštaj maloletnika ili korekzione škole, ipak konstatuju da su u njima sadržani generalni principi primenljivi i na takve ustanove. Što je još važnije, na istom mestu se kaže da kategorija „mladi zatvorenici“ uključuje sva mlada lica koja su u jurisdikciji sudova za maloletnike i posebno ističe da „mlada lica po pravilu neće biti osuđena na lišenje slobode“.

Dalje, u pravilu 45 ističe se da se primena ćelijske izolacije zabranjena prema zatvorenicima sa mentalnim i fizičkim nedostacima, ako bi se time njihovo stanje pogoršalo, dok je prema ženama i deci ono zabranjeno u vezi sa standardima i normama UN koje se odnose na sprečavanje kriminaliteta i krivičnom pravosuđu. Iako se ovde pominju „deca“, jasno je da se radi o maloletnicima i to ne samo zbog konteksta u kome je ta reč upotrebljena, nego i zbog toga što se u napomeni br. 2 izričito upućuje na pravilo 67 dokumenta pod nazivom *Pravila UN o zaštiti maloletnika lišenih slobode* o koje će biti predmet izlaganja kasnije.

22 Ovdje se pravi razlika između ta dva pojma jer se očigledno ne izjednačava vršenje krivičnih dela (kriminalitet) i kršenje propisa kaznenog prava (delinkvencija).

23 Navode se: oskudica, loši životni uslovi, neodgovarajuće obrazovanje, glad, aktivnosti i činioci koji marginalizuju mlade i čine ih podložnim eksploataciji i sklonim da izaberu kriminalno i drugo devijantno ponašanje.

24 Nije jasno kako se razbojništvo može tretirati kao lakše krivično delo?

25 *UN Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (Nelson Mandela Rules), General Assembly resolution 70/175, annex, adopted on 17 December 2015.*

26 –v. detaljnije: Ignjatović, 2018.b

Neka od pravila u SMP/PZ se očigledno odnose i na decu i na maloletnike. Tako se u pravilu 60 koje se odnosi na procedure pretresa lica koja posećuju zatvorenike navodi da se pregled telesnih šupljina nikada neće primeniti prema deci.

U Mandela pravilima postoje i odredbe koje se očigledno odnose na decu (o tome da zavodi u kojima su smeštene žene treba da imaju deo za pretporođajni i postporođajni tretman trudnica); da treba nastojati da se porođaj obavi u „civilnim“ porodilištima i da – i onda kada se on obavi u zavodu – taj podatak ne treba da bude naveden u detetovoj krštenici (pravilo 28); da odluka hoće li dete ostati sa roditeljima u zavodu zavisi od toga šta je njegov najbolji interes; da u tom slučaju moraju biti obezbeđene odgovarajuće prostorije i staranje za takvu decu dok nisu sa roditeljem; da takva deca ne mogu biti tretirana kao zatvorenici (pr. 29).

2. PRIMARNI IZVORI

Kao međunarodni instrumenti koji su usvojeni od Svetske organizacije, a mogu se u potpunosti primeniti prema maloletnicima prema kojima su zbog izvršenog nedozvoljenog dela izrečene mere i sankcije izdvajaju se Pravila UN o zaštiti maloletnika lišenih slobode i Standardna minimalna pravila UN za mere alternativne institucionalnom tretmanu.

2.1. *Pravila UN o zaštiti maloletnika lišenih slobode*

Ova Pravila usvojena rezolucijom decembra 1990.²⁷ Radi se o najpotpunijem skupu minimalnih standarda kojima se treba rukovoditi u slučajevima kada su maloletnici lišeni slobode i njihov sadržaj se delimično poklapa sa pomenutim SMP/PZ iz 1955. godine. U samoj Rezoluciji se izražava zabrinutost zbog uslova u kojima maloletnici lišeni slobode žive u nekim delovima sveta; takođe, ukazuje se na činjenicu da su izloženi zlostavljanju, viktimizaciji i kršenju prava, kao i da se u postupcima koji se prema njima vode tretiraju na isti način kao i punoletna lica; najzad, da se u ustanovama gde su lišeni slobode drže zajedno sa odraslima.

Aneks ovih Pravila sadrži sledeće odeljke: I– Osnovne perspektive; II– Domen i primena pravila; III– Uhapšeni i maloletnici koji čekaju suđenje; IV– Rukovođenje ustanovama za maloletne; i V– Osoblje.

I– Osnovne perspektive (pr. 1–10)

Pre svega, sistem maloletničkog pravosuđa treba da poštuje prava i bezbednost i da promoviše fizičku i mentalnu dobrobit maloletnika. Lišavanje slobode prema njima se može primeniti samo kao krajnje sredstvo i isključivo po principima sadržanim u *Pekinškim pravilima*. Insistira se da trajanje sankcije treba da odredi sud, kao i da treba da bude predviđena mogućnost ranijeg otpuštanja.

27 *United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty (resolution 45/113, annex).*

Svrha pravila je da se spreče štetni efekti zatvaranja i ohrabri integracija u društvo. Ona treba da budu primenjena bez bilo kog oblika diskriminisanja, pri čemu religijska uverenja, kulturni i moralni stavovi maloletnika treba da budu poštovani.

Pravila treba da budu dostupna zaposlenima u organima maloletničkog pravosuđa na njihovom jeziku, kao što i zatvoreni maloletnicima koji ne poznaju dovoljno jezik ustanove treba obezbediti prevodioca.

Države treba da u svoje zakonodavstvo unesu norme sadržane u ovim Pravilima, da predvide efikasna pravna sredstva za slučaj njihovog kršenja i da ohrabre kontakte zatvorenih maloletnika sa lokalnom zajednicom.

II– Domen i primena pravila (pr. 11–16)

Ovde su pre svega sadržane definicije ključnih pojmova sadržanih u nazivu dokumenta, a zatim su data i pravila koja se odnose na principe po kojima se sprovodi lišenje slobode maloletnika.

Definicije se odnose na pojmove „maloletnik“ i „lišavanje slobode“. „Maloletnik“ je lice mlađe od 18 godina. Donja granica ispod koje se nekom licu ne može odrediti lišenje slobode mora biti određena u zakonu. Pod „lišanjem slobode“ podrazumeva se pritvaranje, zatvaranje odn. smeštanje lica po nalogu suda, upravnog ili drugog organa javne vlasti u ustanovu (javnu ili privatnu) koju ono ne može svojom voljom napustiti.

Principi koji regulišu lišenje slobode maloletnika su:

- da se ono vrši uz poštovanje njihovih ljudskih prava;
- moraju im se garantovati aktivnosti i programi koji služe održavanju njihovog zdravlja i samopoštovanja, razvijanje osećaja odgovornosti i podsticanju sposobnosti koje razvijaju njihov potencijal kao članova društva;
- mora im se omogućiti korišćenje svih prava (građanskih, ekonomskih, političkih, socijalnih i kulturnih) koja im pripadaju po nacionalnom i međunarodnom pravu²⁸ – osim onih koja su nespojiva sa lišavanjem slobode;
- zaštitu prava svakog maloletnika, a posebno u odnosu na legalitet izvršenja mera lišenja slobode, treba da obezbede nadležni organi koji nisu u sastavu sistema izvršenja;

Svi odeljci Pravila se primenjuju na sve vrste i modele ustanova u kojima su zatvoreni maloletnici, dok se odeljak III odnosi na maloletnike koji su uhapšeni ili im je određen pritvor.

III– Uhapšeni i maloletnici koji čekaju na suđenje (pr. 17–18)

Ova kategorija lica („kojima se nije sudilo“) smatra se nevinim i sa njima se mora tako i postupati. Treba da budu odvojeni od osuđenih maloletnika.

28 Istina u pravilu 16 navedena je rezerva koja relativizuje navedeno: „pravila će se primenjivati u kontekstu preovlađujućih ekonomskih, društvenih i kulturnih uslova u državama članicama“ što daje osnova da države koje ne žele da obezbede bolje uslove života zatvorenih maloletnika i dalje mogu da to pravdaju trenutnim stanjem svoje ekonomije.

Pritvor se može određivati samo u izuzetnim okolnostima, a u ostalim slučajevima treba pribegavati alternativama zatvaranju. Slučajevima kada se pritvor ipak odredi, pravosudni organi treba da daju prioritet i da postupaju tako da on traje najkraće moguće vreme.

Maloletnik koji čeka suđenje treba da ima tretman koji je predviđen za sva lica lišena slobode njegovog uzrasta, uz primenu posebnih pravila (odnose se na pretpostavku nevinosti, trajanje pritvora i okolnosti vezane za pravni i status maloletnika); ona se, uz ostalo, sastoji u sledećem: treba im – obezbediti pravo na advokata i besplatnu pravnu pomoć, uz garantovanu privatnost i poverljivost takve komunikacije; – pružiti priliku da rade uz naknadu, nastave obrazovanje ili obuku, ali se od njih ne može zahtevati da učestvuju u tim aktivnostima. Takođe, pritvor se ne može produžiti zbog učešća u njima; – dozvoliti da zadrže ili prime materijale i predmete namenjene zabavi i rekreaciji ako su u skladu sa interesima sprovođenja pravde.

IV– Rukovođenje ustanovama za maloletne (pr. 19–80)

Ovde se nalazi više celina koje regulišu sva pitanja smeštaja maloletnika u ustanove u kojima su lišeni slobode – od prijema, do njihovog povratka u zajednicu.

◆ Spisi

U poverljivom ličnom dosijeu maloletnika nalaze se sva dokumenta vezana za lišavanje slobode – od sudskih zapisnika, medicinskih nalaza, do preduzetih tretmanskih mera.²⁹ Dosije treba da bude dostupan maloletniku kako bi se izjasnio o njegovom sadržaju. Po otpuštanju iz ustanove, dosije će biti zapečaćen i posle predviđenog vremena izbrisan.

Pored ličnog dosijea, Pravila govore i o registru u koji se beleže podaci o svakom licu koje je primljeno u ustanovu. Ukoliko takav registar u ustanovi ne postoji, maloletnik ne treba da bude zatvoren u nju.

◆ Prijem, premeštaj i prelazak

Nijedno maloletno lice ne može biti primljeno u neku od ustanova za smeštaj lica lišenih slobode bez važećeg sudskog ili naloga drugog nadležnog organa. Po unošenju podataka u lični dosije, potrebno je dostaviti upravi detaljne izveštaje o ličnoj situaciji i okolnostima vezanim za svakog maloletnika. O prijemu, premeštaju i otpuštanju maloletnika bez odlaganja se obaveštavaju roditelji, staraoci ili najbliži srodnici.

Po prijemu, svi maloletnici će i to na jeziku koji razumeju dobiti kopiju pravila koja veže u ustanovi, sa adresama institucija kojima se mogu žaliti ili obratiti za pravnu pomoć. Takođe, treba im pomoći da shvate svoja prava i obaveze.

Maloletnika ne treba premeštati iz jedne ustanove u drugu arbitrarno. Ako do toga dođe (kao i u svim ostalim slučajevima u kojima se on prebacuje iz ustanove na drugo mesto), predviđeno je da se prevoz obavlja o trošku uprave, vozilom sa

²⁹ U pravilu 21 detaljno su navedeni podaci koji se moraju naći u dosijeu svakog maloletnika: o njegovom identitetu; o organu koji je odredio zatvaranje i razlozi za izricanje te mere; dan i sat prijema, premeštaja i otpuštanja; detalji o obaveštavanju roditelja i staratelja; podaci o fizičkim i mentalnim zdravstvenim problemima, a posebno o zloupotrebi droga i alkohola.

odgovarajućom ventilacijom i svetlom, u uslovima koji im ne smeju nanositi patnju ili ih ponižavati.

◆ Klasifikacija

Po prijemu potrebno je izraditi izveštaj o psihičkim i društvenim karakteristikama maloletnika i, zajedno sa izveštajem medicinskih službenika koji ga je pregledao po prijemu, proslediti direktoru u cilju određivanja najpovoljnijeg smeštaja maloletnika unutar ustanove, nivoa staranja i programa koji treba sprovesti. U slučajevima kada dužina boravka u ustanovi dozvoljava, osoblje će pripremiti pisani individualni plan postupanja precizirajući ciljeve, vremenski okvir i sredstva. Lišenje slobode treba da se vrši na takv način koji uzima u obzir njegove specifične potrebe, status i posebne zahteve i koji im obezbeđuju zaštitu od štetnih uticaja i rizičnih situacija.

Glavni kriterijum po kome se vrši razvrstavanje maloletnika u ustanovi treba da bude vrsta staranja koju im je neophodno obezbediti i zaštita njihovog integriteta i dobrobiti. Oni treba da budu smešteni odvojeno od punoletnika, izuzev ako se radi o članovima iste porodice. Jedino ukoliko to može koristiti maloletniku, on može – pod kontrolisanim uslovima – biti smešten sa brižljivo odabranim punoletnim licem.

Treba osnovati otvorene ustanove bez ikakvih ili sa minimalnim obezbeđenjem. Kapacitet takvih zavoda treba da bude mali. Kada se radi o ustanovama zatvorenog tipa, broj u njima smeštenih maloletnika treba da bude što manji kako bi im bio obezbeđen individualizovan tretman.

Neophodno je decentralizovati ustanove za smeštanje maloletnika kako bi im bio omogućen kontakt sa članovima porodica. Male ustanove takođe treba da budu integrisane u socijalno, ekonomsko i kulturno okruženje zajednice.

◆ Fizički ambijent i smeštaj

Smeštaj i usluge namenjeni maloletnicima treba da u potpunosti odgovaraju njihovom dostojanstvu i zdravstvenim potrebama. Ambijent treba da bude prilagođen cilju boravka ustanovi – rehabilitaciji. Takođe, treba da poštuje privatnost lica, odgovara njihovoj potrebi za čulnim stimulansima i omogućava aktivnosti kojima se oni mogu baviti u slobodno vreme.

Ustanove za maloletnike ne treba smeštati u predelima gde postoji rizik po zdravlje i drugi rizici i opasnosti. Arhitektonska rešenja i raspored prostorija treba da svedu rizik od požara na minimum i da osiguraju evakuaciju u takvim slučajevima. Treba da postoji alarmni sistem i uvežbane procedure postupanja u rizičnim situacijama.

U skladu sa lokalnim standardima, prostor namenjen spavanju treba da čine male spavaonice ili jednokrevetne sobe. Da bi se osigurala bezbednost svakog maloletnika, tokom vremena određenog za spavanje treba da postoji stalan i nenametljiv nadzor. Maloletniku treba da bude obezbeđena adekvatna – čista, u dobrom stanju i dovoljno često menjana – posteljina.

Sanitarne instalacije treba svakom maloletniku da omoguće zadovoljenje fizičkih potreba uz poštovanje privatnosti i u higijenskim uslovima.

Ključni element prava na privatnost i činilac od ključnog značaja za psihičku dobrobit maloletnika je omogućavanje ovom de poseduje lične predmete. Za one predmete koje nije odabrao da zadrži predviđena je posebna procedura smeštaja i čuvanja u dobrom stanju. Oni mu se pri otpuštanju iz ustanove vraćaju (kao i novac koji je bio deponovan). Poseban režim (koji podrazumeva učešće medicinskog osoblja) postoji i za lek koji mu bude upućen ili je kod njega nađen.

Maloletnicima treba omogućiti da nose sopstvenu odeću, a ako ne iskoriste to pravo ustanova treba da im obezbediti ličnu odeću u skladu sa klimatskim uslovima. Ona ne sme da bude ponižavajuća ili degradirajuća.

Hrana treba da bude pripremljena na odgovarajući način i servirana u vreme obroka; da u pogledu količine i kvaliteta zadovoljava dijetetske, higijenske i zdravstvene standarde, kao i verske i kulturološke zahteve.

Čista pijaća voda treba da bude dostupna svakom maloletniku u bilo koje vreme.

♦ **Obrazovanje, stručna obuka i rad**

Maloletnici u uzrastu za obavezno školovanje imaju pravo na obrazovanje koje odgovara njegovim sposobnostima i potrebama. Ono treba da ga pripremi za povratak u društvo i zbog toga se tako organizuje³⁰ da maloletnik po otpuštanju može bez teškoća nastaviti školovanje. U tom cilju je predviđeno da na diplomama i drugim potvrdama koje steknu tokom lišenja slobode nema podataka o tome da su stečene u toku boravka u ustanovi. Posebnu pažnju uprava zavoda treba da posveti obrazovanju sledećih kategorija maloletnika: stranaca i pripadnika etničkih i kulturnih manjina. Nepismeni i oni sa kognitivnim problemima imaju pravo na specijalno obrazovanje.

I maloletnici stariji od uzrasta u kome je predviđeno obavezno školovanje, imaju pravo da nastave obrazovanje. Svaka ustanova treba da obezbedi biblioteku, a maloletnike treba podsticati da koriste ne samo knjige namenjene obrazovnom procesu, već i zabavnog karaktera.

Maloletnici lišeni slobode imaju pravo da se obučavaju za zanimanje koje će im omogućiti buduće zaposlenje. Treba im, u okviru odgovarajuće profesionalne orijentacije i zahteva uprave zavoda, omogućiti da izaberu željenu vrstu rada/posla. Sve to, uz poštovanje nacionalnih i međunarodnih standarda koji se odnose na dečiji rad.

Kada god je to moguće, maloletnicima treba omogućiti da obavljaju poslove u okviru lokalne zajednice jer im se na taj način povećavaju šanse da se po povratku u svoju sredinu lakše zaposle. Ukoliko su uposleni unutar ustanove, organizacija i metodi rada treba što više da odgovaraju obavljanju sličnog posla u zajednici. Ni u jednom od ovih slučajeva sticanje profita (za ustanovu ili treće lice) ne sme da bude ispred interesa maloletnika i njegove obuke.

Radno angažovana maloletna lica imaju pravo na pravednu naknadu. Deo zarade treba ostavljati u ušteđevinu koja će pri otpuštanju biti predata maloletniku.

30 Po pravilu, ono se odvija izvan ustanove, u redovnim školama, a u svakom slučaju od strane kvalifikovanih nastavnika i po opštim programima.

Ostatak zarade on može koristiti za sopstvene potrebe, za obeštećenje žrtve ili slanje porodici ili drugim licima van ustanove.

♦ **Rekreacija**

Maloletnici imaju pravo da određeno vreme posvete slobodnim dnevnim aktivnostima, koje uključuju i razvoj umetničkih i zanatskih veština. Kada god to vremenske prilike dozvoljavaju, biće im omogućeno da na se na otvorenom rekreiraju i treniraju. Za te aktivnosti treba im omogućiti prostor i opremu. Onima kojima je potrebna, biće obezbeđena korektivna fizička terapija i vežbe pod medicinskim nadzorom.

♦ **Religija**

Maloletnik može zadovoljiti svoje verske i duhovne potrebe bilo posećivanjem verske službe (ustanova će angažovati predstavnike veroispovesti da je održavaju i posećuju maloletnike), bilo obavljanjem sopstvenih obreda i držanjem sakralnih predmeta svoje veroispovesti. Maloletnik se može slobodno odreći verskog obrazovanja, savetovanja ili indoktrinacije.

♦ **Medicinska zaštita**

Svakom maloletniku će biti pružena medicinska zaštita – preventivna ili ona u cilju lečenja (uključujući stomatološku, oftalmološku i mentalnu) – i potrebni dijetetski proizvodi. Kada god je to moguće, medicinsku zaštitu pružiće im zdravstvene ustanove u zajednici.

Odmah po prijemu u ustanovu, a u cilju utvrđivanja eventualnog prethodnog zlostavljanja i fizičkih i psihičkih stanja koja zahtevaju medicinsko staranje, maloletnik ima pravo na lekarski pregled.

Medicinska služba koja se bavi maloletnicima nastoji da otkrije sva stanja i uslove medicinskog karaktera koji mogu ometati njihovu društvenu integraciju (fizička ili mentalna bolest, zloupotreba supstanci). Zavodi za maloletnike treba da imaju neposredan pristup odgovarajućim medicinskim ustanovama i opremi. Takođe, treba da ima osoblje obučeno za preventivnu zaštitu i hitnu medicinsku pomoć. Ono treba odmah da pregleda maloletnika koji je bolestan, ima zdravstvene tegobe ili se na njih žali. Takođe, svaki zdravstveni radnik koji smatra će se daljim sprovođenjem lišenja slobode, štrajkom glađu i u drugim okolnostima zdravlje maloletnika pogoršati, dužan je da odmah obavesti upravnika ustanove i nezavisne organe zadužene da se staraju za dobrobit tih lica.

Duševno bolesni maloletnici leče se u specijalizovanim ustanovama izvan zavodskog sistema. Sa odgovarajućim organima treba obezbediti nastavak potrebnog lečenja i posle otpuštanja iz ustanove.

Zavodi u koje se smeštaju maloletnici dužni su da donesu programe prevencije i rehabilitacije od zloupotrebe droga, prilagođene uzrastu, polu i drugim potrebama maloletnika. Te programe primenjuje stručno osoblje, kao i programe detoksikacije zavisnika od alkohola.

Kvalifikovano osoblje može maloletnicima dati samo medicinskim potrebama opravdane lekove, po pravilu uz njihov pristanak. Zabranjeno je davanje medikame-

nata radi dobijanja priznanja ili obaveštenja, kao i u cilju kažnjavanja ili kao sredstva prinude. Maloletnici ne smeju biti korišćeni za testiranje eksperimentalne upotrebe lekova i tretmana.

◆ Obaveštenje o bolesti, povredi ili smrti

Krug lica koja imaju pravo da od upravnika ustanove traže obaveštenje o zdravstvenom stanju maloletnika ili njegovoj bitnoj promeni čine članovi njegove porodice i drugo lice koje maloletnik odredi. Upravnik je takođe dužan da navedeni krug lica (i diplomatskog predstavnika zemlje čiji je maloletnik državljanin) odmah obavesti i o premeštaju maloletnika u medicinsku instituciju zbog kliničkog lečenja ili o kliničkom lečenju u zavodu koje traje duže od 48 časova.

Najbliži srodnici u slučaju smrti maloletnika lišenog slobode imaju pravo da ostvare uvid u dokument kojim se konstatuje smrt, da vide telo i odrede šta će biti sa njim. U svakom ovakvom slučaju neophodno je da se sprovede nezavisna istraga o uzroku smrti, a njihovi rezultati će biti predloženi rodbini. Istraga je obavezna i ako je smrt maloletnika nastupila do šest meseci po otpuštanju iz zavoda i ako ima osnova da se veruje da je taj događaj u vezi sa lišenjem slobode.

Maloletnik treba da bude, što je pre moguće, obavešten o smrti, teškoj bolesti ili povredi bliskog člana porodice i treba mu omogućiti da prisustvuje sahrani ili da poseti obolelog srodnika.

◆ Kontakti sa spoljnim svetom

Ovi kontakti predstavljaju neodvojiv deo pravednog i humanog postupanja i pripreme za povratak maloletnika u društvo. Treba im dopustiti da kontaktiraju da porodicom, prijateljima, predstavnicima uglednih organizacija; takođe, treba im dati dozvolu da napuste ustanovu radi posete porodici ili zbog obrazovnih, profesionalnih ili drugih važnih razloga. Vreme ovako provedeno izvan ustanove uračunava se u trajanje kazne.

Maloletnik ima pravo da prima redovne i česte (po pravilu jednom nedeljno, najmanje jednom mesečno) posete, u uslovima koji respektuju njegovo pravo na privatnost, kontakt i neograničenu komunikaciju sa porodicom i braniocem. Takođe, on ima pravo da prima poštu, kao i da sa licima koje odabere komunicira pismeno ili telefonom najmanje dvaput nedeljno (osim u slučajevima kada postoje zakonska ograničenja). Najzad, treba mu omogućiti da se redovno informiše kroz praćenje štampe, publikacije, radio i TV programe, igrane filmove i putem poseta legalnih klubova i organizacija za čije delovanje je zainteresovan.

◆ Ograničenja fizičke prinude i upotreba sile

Upotreba sredstava prinude je zabranjena, osim u pravilu 64 izričito predviđenih situacija: radi se samo u izuzetnim slučajevima, kada su svi drugi metodi kontrole iskorišćeni i samo na osnovu izričitog odobrenja, datog na osnovu zakona i u skladu sa unutrašnjom regulativom. Po naređenju direktora uprave, primeniće se da bi se sprečilo samopovređivanje maloletnika, povreda drugih ili ozbiljno uništavanje imovine. U svakom slučaju, moraju biti korišćena restriktivno i samo u najkraćem mogućem periodu, a njihova primena ne sme dovesti do poniženja i degradaci-

je maloletnika. Direktor uprave će u svim slučajevima u kojima do primene prinude dođe odmah konsultovati medicinsko i drugo osoblje i o tome izvestiti više organe.

Nošenje i upotrebu oružja od strane osoblja treba zabraniti u svim zavodima u kojima su zatvoreni maloletnici.

◆ Disciplinski postupci

Disciplinske mere i postupci u funkciji su očuvanja bezbednosti i uređenog zajedničkog života i trebalo bi da budu u skladu sa poštovanjem urođenog dostojanstva maloletnika i osnovnog cilja postupanja sa njima: usađivanja pravednosti, samopoštovanja i uvažavanja osnovnih prava svih ljudi.

Strogo su zabranjene sve disciplinske mere koje predstavljaju svirepo, nehumano ili ponižavajuće postupanje – telesne kazne, zatvaranje u mračnu ćeliju ili zatvoreni prostor, smeštanje u samicu i sve druge kazne koje mogu da ugroze fizičko i mentalno zdravlje maloletnika. Takođe, nijedan razlog ne može opravdati redukovanje obroka i ograničavanje ili uskraćivanje kontakata sa porodicom.

Rad ne može biti određen kao disciplinska mera jer je on obrazovno sredstvo i način da se kroz učvršćivanje samopoštovanja maloletnika on pripremi za povratak u društvenu zajednicu.

I kod disciplinskog kažnjavanja maloletnika mora se poštovati princip *ne bis in idem* (za isti disciplinski prekršaj može biti kažnjen samo jednom), a zabranjeno je kolektivno kažnjavanje.

Zakonom i propisima koje usvaja nadležna upravna vlast treba normirati: – koja ponašanja predstavljaju disciplinski prekršaj; – vrstu i trajanje disciplinske mere koja se za takvo delo može izreći; – organ koji je nadležan da izriče mere; – organ koji postupa po žalbama.

Izveštaj o lošem vladanju maloletnika treba odmah podneti nadležnom organu koji će, posle temeljnog proučavanja slučaja, odlučiti o njemu bez odlaganja.

Maloletnik može biti kažnjen samo u skladu sa zakonom i važećom regulativom. Pretpostavke za kažnjavanje je da je prethodno bio na razumljiv način obavješten o prekršaju koji je navodno izvršio i da mu je pružena mogućnost da istakne svoju odbranu, kao i da se žali nadležnom nepristrasnom organu. Postoji obaveza čuvanja potpunih spisa o svim vođenim disciplinskim postupcima.

Ne može se uspostaviti odgovornost maloletnika za dela koja se odnose na vršenje disciplinskih funkcija, osim ako su im one poverene u okviru programa samouprave ili kao vid nadzora nad posebno određenim programima društvenih, obrazovnih ili sportskih aktivnosti.

◆ Nadzor i pritužbe

Za sprovođenje redovnih i nenajavljenih inspekcija preduzetih na sopstvenu inicijativu ovlašćeni su kvalifikovani inspektori ili odgovarajući organi izvan uprave ustanova u kojima su smešteni maloletnici. Navedeni subjekti imaju garantovanu nezavisnost u vršenju svoje funkcije. Moraju takođe imati pravo na neograničeni pristup svim licima zaposlenim u ustanovama u kojima su (ili mogu biti) smešteni maloletnici, svim maloletnicima i spisima tih ustanova.

Svakom maloletniku garantuje se pravo da obavi poverljivi razgovor sa bilo kojim inspektorom.

Inspekcijama koje procenjuju usklađenost sa pravilima koja se odnose na sve aspekte ili uslove institucionalnog života koji utiču na fizičko i mentalno zdravlje maloletnika³¹ treba da prisustvuju pridruženi kvalifikovani medicinski službenici ili javna zdravstvena služba.

Od inspektora se po završetku inspekcije traži da podnesu izveštaj sa nalazima. Obavezni deo izveštaja je ocena koliko se od strane ustanova poštuju važeća pravila nacionalnog zakonodavstva, kao i preporuke o neophodnim merama da se postigne usaglašenost. Kako bi se otvorila istraga i sprovelo gonjenje, postoji obaveza da se nadležnim organima prosledi svaka činjenica koja ukazuje da je došlo do kršenja zakonskih odredaba u vezi sa pravima maloletnika ili pravila o funkcionisanju ustanove u kojoj su oni smešteni.

Svakom maloletniku garantuje se pravo da podnese zahtev ili pritužbu upravniku ustanove i svom ovlašćenom zastupniku. Takođe, on ima pravo da bez cenzure podnese zahtev ili pritužbu centralnoj zavodskoj upravi, sudu ili drugom odgovarajućem organu, kao i da bez odlaganja bude obavešten o odgovoru.

Treba uspostaviti nezavisnu službu (ombudsman) za primanje i ispitivanje pritužbi maloletnika lišenih slobode i pružanje pomoći radi postizanja pravične nagodbe.

Svakom maloletniku, a naročito onom koji je nepismen, treba garantovati pravo da od raznih subjekta³² traže pomoć radi podnošenja pritužbe.

◆ Povratak u zajednicu

Svim maloletnicima treba omogućiti da koriste rešenja uspostavljena kako bi im se po otpuštanju pomoglo da se vrate u društvo, uključe u porodicu i obrazovni proces i da se zaposle. U tom cilju osmišljavaju se posebne procedure koje uključuju raniji otpust i posebni kursevi.

Treba uspostaviti službe koje imaju zadatak da pomognu maloletnicima da se vrate u društvo i da se umanje predrasude prema njima. Te službe se staraju da im se osigura odgovarajući smeštaj, zaposlenje, odeća i sredstva za izdržavanje po otpuštanju, a sve u cilju uspešne reintegracije maloletnika. U istom cilju, predstavnici tih agencija treba da budu konsultovani i da imaju pristup maloletnicima u vreme dok su zatvoreni.

V– Osoblje (pr. 81–87)

Osoblje zavoda u kojima su smešteni maloletnici treba da bude kvalifikovano i sastavljeno od odgovarajućih stručnjaka.³³ Po pravilu, oni treba da bude u stalnom radnom odnosu, a ukoliko postoji potreba, mogu biti uključeni i volonteri i povremeno angažovana lica. U skladu sa individualnim potrebama i problemima zatvo-

31 U pravilu br. 73 navode se, primera radi: fizičko okruženje, higijena, smeštaj, hrana, fiskultura i medicinske usluge.

32 Članova porodice, pravnog zastupnika, humanitarnih organizacija i drugih.

33 Pravilo 81 navodi nastavnike, instruktore, savetnike, socijalne radnike, psihijatre i psihologe.

renih maloletnika, ustanove treba da iskoriste sva prikladna popravna, obrazovna, moralna, duhovna i druga sredstva i oblike pomoći raspoložive u okviru zajednice.

Uprava vrši pažljiv izbor osoblja svih vrsta i nivoa jer od njihovog integriteta, humanosti, sposobnosti i lične podobnosti za rad sa maloletnicima zavisi i samo upravljanje ustanovama. Osoblje zato treba da čine adekvatno plaćeni profesionalni službenici, muškarci i žene, jer je to način da se privuku i zadrže lica odgovarajućih kvaliteta. Njih treba stalno podsticati da svoje dužnosti ispunjavaju predano, profesionalno, pravedno, humano i efikasno, da se sve vreme ponašaju tako da zadobiju poštovanje maloletnika pružajući im pozitivan uzor i ispravan pogled na svet.

Uprava treba da olakša komunikaciju i saradnju između različitih kategorija osoblja u ustanovi, kao i između osoblja (naročito onog koje je u neposrednom kontaktu sa maloletnicima) i uprave jer je to uslov da i jedni i drugi ispune svoje dužnosti.

Da bi osoblje bilo u stanju da deluje efikasno, treba da prođe obuku iz oblasti dečije psihologije, dobrobiti dece i međunarodnih standarda o njihovim pravima (uključujući i ova Pravila) i ljudskim pravima uopšte. Osoblje treba da u odgovarajućim intervalima pohađa kurseve obuke u službi.

Upravnik ustanove treba da bude kvalifikovan za obavljanje svog posla, da ima sposobnosti za upravljanje i odgovarajuću obuku i iskustvo i da bude angažovan sa punim radnim vremenom.

Osoblje ustanove treba da u obavljanju svojih dužnosti poštuje i štiti ljudsko dostojanstvo i osnovna ljudska prava svih maloletnika, što se ispoljava naročito u sledećem: – ni pod kojim izgovorom i u bilo kojim okolnostima nijedan član ustanove ne sme da vrši, podstiče ili toleriše bilo koji vid mučenja, okrutnog ili ponižavajućeg postupanja, kažnjavanja ili disciplinovanja; – svi pripadnici osoblja odlučno se suprotstavljaju korupciji i bez odlaganja izveštavaju nadležne organe o svim takvim slučajevima; – svi oni dužni su da poštuju ova Pravila i da izveste pretpostavljene ili organe koji vrše nadzor da je došlo do njihovog ozbiljnog kršenja, kao i da preduzmu odgovarajuća pravna sredstva radi otklanjanja posledica; – celokupno osoblje obezbeđuje potpunu zaštitu fizičkog i psihičkog zdravlja maloletnika, uključujući zaštitu od fizičke, seksualne i emotivne zloupotrebe i eksploatacije i da obezbedi medicinsku zaštitu kad god je to potrebno: – ono treba da poštuje pravo maloletnika na privatnost, a posebno da zaštiti poverljive podatke o maloletniku i njegovoj porodici do kojih dođe u službi; – najzad, ono treba da nastoji da se umanjni razlika između uslova života u ustanovi i izvan nje, a naročito onih razlika koje dovode do nepoštovanja dostojanstva maloletnika kao ljudskih bića.

2.2. *Standardna minimalna pravila UN za mere alternativne institucionalnom tretmanu*

Ovaj dokument koji se u literaturi naziva i **Tokijska pravila** usvojen je 1990. godine³⁴ kako bi se uticalo na pravosuđe u svim zemljama da u što većoj meri poseže za merama koje predstavljaju alternative kazni zatvora. Tokijska pravila sastoje se iz

34 *UN Standard Minimal Rules for Non-custodial Measures (The Tokyo Rules); Adopted by General Assembly resolution 45/110 of 14 December 1990.*

osam celina u kojima su pored osnovnih principa, sadržana i pravila o postupanju u fazi pre suđenja, u toku sudskog postupka i izricanja presude; posle izricanja presude; o primeni mera alternativnih institucionalnom tretmanu; o osoblju; o volonterima; i o istraživanjima, formulisanju politike i vrednovanju.³⁵ Treba napomenuti i da je ovim Pravilima uveden mehanizam podsticanja država da prošire primenu mehanizama za skretanja kaznene reakcije prema maloletnicima od zatvaranja ka alternativnim postupcima. Zato se od država članica traži da svakih pet godina (počev od 1994.) izveštavaju o primeni ovih Pravila, a od Generalnog sekretara da Veće za prevenciju i kontrolu kriminaliteta izveštava o njihovom sprovođenju.³⁶

I Opšti principi

Kao *Osnovni ciljevi* (pr. 1.1–1.5) ovih Standardnih minimalnih pravila navode se: – podsticanje primene alternativa uz poštovanje minimalnih garancija licima kojima se izriču; – da se osigura odgovarajuća ravnoteža između prava konkretnog prestupnika, prava žrtava i interesa društva da obezbedi javnu sigurnost i prevenciju kriminaliteta; – manje korišćenje zatvaranje i racionalizacija kaznene politike u državama članicama, uz vođenje računa o poštovanju ljudskih prava, zahteva društvene pravde i potreba prevaspitanja prestupnika – veće učešće lokalne zajednice u primeni krivičnog zakonodavstva; – razvijanje kod prestupnika odgovornosti prema zajednici; – primena alternativnih mera u skladu sa političkim, ekonomskim, društvenim i kulturnim uslovima svake zemlje.

U drugom delu ove celine *Obim alternativnih mera* (2.1–2.7) ukazuje se da se one, u skladu sa principom minimalne intervencije i bez diskriminacije, primenjuju na sva lica koja se mogu optužiti, kojima se može suditi ili se mogu poslati na izdržavanje kazne (za sve njih koristi se izraz „prestupnik“). U skladu sa načelom individualizacije (prilagođavanja mere težini učinjenog prestupnika, njegovoj ličnosti i poreklu), potrebom društva da se zaštiti, ali i da se izbegne nepotrebno korišćenje kazne zatvora – krivično zakonodavstvo treba da obezbedi širok izbor alternativnih mera u svim fazama krivičnog postupanja, ali tako da one ne zatvore mogućnost konzistentnog sankcionisanja (primene institucionalnih mera).³⁷ Takođe, primena alternativa ne sme da bude smetnja ukidanju kažnjavanja i dekriminalizaciji – naprotiv, ona je korak u tom pravcu. Sve u svemu, treba širiti učešće lokalne zajednice u rešavanju problema prestupnika, uz tendenciju sužavanja primene sudskog postupka. Korišćenje alternativnih mera treba ohrabrivati, pratiti i evaluirati.

Treća celina *Pravna zaštita* (3.1–3.12) počinje konstatacijom da je uvođenje, definisanje i sprovođenje alternativa regulisano zakonom. Kriterijumi za izbor mere koja će biti primenjena su priroda i težina prestupa, lične crte i poreklo učinioaca, svrha kažnjavanja i prava žrtve. Nijedna alternativna mera koja nameće neke obave-

35 Iako se u dokumentu izričito ne navodi da je ekskluzivno namenjen postupanju sa maloletnicima, ne samo da se – po logici stvari – primenjuju prvenstveno prema ovoj kategoriji lica, nego se ona po pravilu nalaze i u zbirkama dokumenata o pravima deteta i maloletničkom pravosuđu (kakva je ona izdata od UNICEF-a u Beogradu), a naveden je i u jednom novijem zborniku tekstova sa skupa o primeni alternativnih sankcija u našem regionu: Stevanović, Vujić /2018/.

36 –v. Ignjatović, 2013:21

37 Tokijska pravila u pr. 2.3 upotrebljavaju izraz „consistent sentencing“.

ze prestupniku, bez obzira u kojoj fazi postupka se primenjuje, ne može se primeniti bez pristanka prestupnika.

Sud ili drugi nezavisan organ zadužen je da prati sve faze krivičnog postupka i obezbeđuje zakonito postupanje svih učesnika. Odluke o primeni alternativnih mera podležu, na zahtev prestupnika reviziji od strane suda ili drugog nadležnog nezavisnog organa. Takođe, prestupnici imaju pravo da podnesu zahtev ili da ulože žalbu sudu ili drugom navedenom organu o stvarima koje se tiču njihovih prava u vezi sa primenom alternativnih mera, a potrebno je ustanoviti sličan mehanizam i kada se radi o kršenju međunarodno priznatih ljudskih prava.

Alternativne mere ne smeju sadržati medicinske ili psihološke eksperimente sa prestupnicima, niti postupanja koja sadrže nepotreban rizik da budu fizički ili psihički povređeni. One treba da štite dostojanstvo tih lica i pravo na privatnost njih i njihovih porodica. U primeni alternativa, prava prestupnika ograničavaju se samo u meri koju je propisao nadležni organ vlasti koji je doneo odluku meri. Lični podaci o tim pojedincima su strogo poverljivi i dostupni su samo ovlašćenim,³⁸ a ne i trećim licima.

U delu 4. koji je nazvan *Pridržavanje klauzula*³⁹ (pr. 4.1.) navodi se da se nijedna odredba u Tokijskim pravilima ne može tumačiti tako da isključuje primenu Standardnih minimalnih pravila UN za maloletničko pravosuđe, Skupa pravila o zaštiti svih lica lišenih slobode (uključujući i pritvorenike) i bilo kog drugog instrumenta i standarda postupanja sa prestupnicima koji uređuju njihova od međunarodne zajednice priznata ljudska prava.

II Faza pre suđenja

U ovom delu Tokijskih pravila nalaze se dve celine: u prvoj (5. *Odluke koje se donose pre suđenja* – pravilo 5.1.) se ukazuje se na potrebu da se policija, tužilaštvo ili druge agencije koje rešavaju krivične predmete ovlaste da (pod određenim uslovima)⁴⁰ oslobode prestupnika ako smatraju da sudski postupak protiv njega nije potreban.

Druga (6. *Izbegavanje pritvora pre suđenja* – 6.1–6.3.) je mnogo značajnija za predmet kojim se bavimo u ovom radu. Jer se tu naglašava da je pritvor (čak i kada se uzme u obzir potreba za isleđivanjem navodnog prestupa i zaštita društva i žrtve) krajnja mera u krivičnom postupku. On ne treba da traje duže od vremena koje je neophodno da se ostvare ciljevi navedeni u pravilu 5.1 (zaštita društva, prevencija kriminaliteta ili unapređenje poštovanja zakona i prava žrtava) i treba ga sprovoditi humano, uz poštovanje dostojanstva koje svako ljudsko biće stiče rođenjem. Na odluku kojom mu je određen pritvor prestupnik ima pravo žalbe nadležnom organu.

38 U pravilu 3.12 kao takvi se navode oni koji imaju neposredan interes za rešavanje prestupnikovog slučaja.

39 U prevodu koji je izdao UNICEF za engleski izraz „*Saving clause*“ naveden je pogrešan prevod „Odredba o izuzeću“ kao da se radi o pravu stranke da traži izuzeće onoga ko treba da donese odluku o njenom pravu.

40 Oni će biti navedeni u nastavku.

III Faza suđenja i izricanja presude

Celina 7. (*Izveštaji o socijalnom statusu* – pravilo 7.1.) je od manjeg značaja za nas⁴¹ od sledeće: 6. *Presuđenje* (8.1–8.2). Od suda se očekuje da pri donošenju odluke da li će prestupniku izreći alternativnu meru ima u vidu potrebu prestupnika za prevaspitanjem, zaštitu društva od kriminaliteta i interese žrtve, kao i da uzme u obzir mišljenje prestupnika.

Postupajući na taj način sud je vlastan da donese neku od mera koje se izričito navode u pravilu 8.2. To su: 1– admonitivne (upozoravajuće) sankcije: prekor, ukor ili opomena; 2– uslovno puštanje na slobodu; 3– statusne kazne⁴²; 4– ekonomske sankcije i novčana kazna; 5– konfiskacija i eksproprijacija; 6– povraćaj oduzetog od žrtve ili nalog za naknadu štete; 7– izrečena, pa (trajno ili privremeno) suspendovana kazna; 8– uslovna kazna uz nadzor od strane suda; 9– nalog za rad u zajednici; 10– slanje u disciplinski centar; 11– kućno zatvaranje⁴³; 12– bilo koji drugi način neinstitucionalnog tretmana; i 13– kombinacija navedenih mera.

IV Faza posle izricanja presude

Deo 9. (*Odlučivanje posle izricanja presude* – 9.1–9.4)) odnosi se na prestupnike kojima je izrečena mera upućivanja u kaznenu ustanovu. Kako bi se izbegla institucionalizacija⁴⁴ tih lica i pružila im se pomoć u njihovom što ranijem povratku u društvo, nadležni organi treba da na raspolaganju imaju veći broj mera. U pravilu 9.2. navode se sledeće: – odsustvo i smeštaj u poluotvorene ustanove; – otpust zbog rada ili obrazovanja; – različite vrste uslovnog otpusta; – skraćenje kazne; – pomilovanje.

O bilo kojoj od mera koje se odnose na otpust iz zavoda ili premeštanje u program mera alternativnih institucionalnom tretmanu treba razmišljati u najranijoj mogućoj fazi postupanja.

Na zahtev prestupnika, odluke o ovim merama podležu reviziji od strane suda ili drugog nezavisnog organa.

V Primena alternativnih mera

Ovde su pravila podeljena u nekoliko celina: 10. Nadzor; 11. Trajanje; 12. Uslovi; 13. Tretmanski proces; i 14. Disciplina i kršenje uslova.

41 Odnosi se na potrebu da sud koristi podatke o prestupniku koji utiču na odluku (u pitanju su socijalne činjenice koje su od značaja za ranije prestupe tog lica). Njih sudu dostavljaju nadležni službenici ili organi u izveštaju.

42 U anglosaksonskom pravu, ove sankcije se izriču maloletnicima za „statusne delikte“ koji nisu kažnjivi ako ih izvrši punoletno lice – bežanje od kuće ili iz škole, kršenje propisa o vremenu kada su im noćni izlasci zabranjeni (e. *city or county curfew*), posedovanje i konzumiranje alkohola ili cigara, stanje u kome ih ne kontrolišu roditelji ... Takvim delima slede statusne kazne kao što su oduzimanje vozačke dozvole, nalog maloletniku da naknadi štetu ili plati novčanu kaznu, njegovo smeštanje pod nadzor rodbine ili starateljske porodice ili nalog da prisustvuje edukativnim ili savetodavnim programima –v. Davis /2002:249/.

43 Još jedan pogrešan prevod: „house arrest“ nije „kućni pritvor“ kako u publikaciji 6 UNICEF-a stoji na str. 12.

44 Institucionalizam ili prizonizacija je poremećaj u ponašanju zatvorenika koji se, naročito kod dugotrajnih kazni zatvora toliko prilagodi ambijentu kaznene ustanove da više ne želi da izađe na slobodu –v. Clemmer /1958:300/.

U prvoj – *Nadzor* (10.1–10.4) – navodi se da je njegova svrha smanjenje recidiva i pomoć prestupniku da se reintegriše u zajednicu i smanji njegova sklonost kriminalitetu. Ako alternativna mera sadrži vršenje nadzora, on (kao i tretman) treba da bude tako izabran da u svakom pojedinom slučaju pomogne prestupniku da se suoči sa svojim delom.

Nadzor vrše nadležni organi na zakonom propisan način i treba ga po potrebi (zajedno sa tretmanom) povremeno revidirati i prilagođavati. Prestupnicima takođe treba obezbediti potrebnu psihičku, socijalnu i materijalnu pomoć kako bi ojačali svoje veze sa zajednicom i lakše se reintegrisali u društvo.

U drugoj – *Trajanje* (11.1–11.2) – se primena alternativnih mera ograničava na period koji je nadležni organ odredio u skladu sa zakonom. Za slučaj da prestupnik na meru pozitivno reaguje, treba zakonom predvideti da njena primena bude skraćena.

Treća – *Uslovi* (12.1.-13.4) – predviđa da nadležni organ, u skladu sa očekivanjima društva i potrebama i pravima prestupnika i žrtve, može odrediti uslove koje je prestupnik u obavezi da ispuni. Oni moraju biti praktični, precizni i što malobrojniji, usmereni ka smanjenju verovatnoće da će on ponoviti krivično delo i uvećanju izgleda da se reintegriše u društvo, uz istovremeno vođenje računa o potrebama žrtve.

Na početku primene alternativne mere, prestupniku se, usmeno i pismeno, objašnjava o uslovima pod kojim se mera primenjuje, njegovim pravima i obavezama. Nadležni organ može, u skladu sa zakonom i napretkom koji je prestupnik pokazao, izmeniti uslove.

Četvrta celina – *Tretmanski proces* (13.1.-13.6) – započinje konstatacijom da u okviru primene alternativnih mera treba razviti odgovarajuće tretmanske šeme⁴⁵ kako bi se što efikasnije izašlo u susret potrebama lica prema kome je alternativna mera izrečena. U tom sklopu biće učinjen napor da se razume sredina iz koje prestupnik dolazi, njegova ličnost, sposobnosti i vrednosti, inteligencija i naročito – okolnosti koje su dovele do izvršenja krivičnog dela.

Nadležni organ otvara i vodi spis o svakom prestupniku. Za primenu tretmana zaduženi su stručnjaci odgovarajućih kvalifikacija i praktičnog iskustva, a broj predmeta u kojima su angažovani treba da bude toliki da obezbeđuje efikasno sprovođenje tretmana prestupnika; nadležni organ može u sprovođenje alternativnih mera uključiti i zajednicu i organe zadužene za pružanje socijalne podrške.

U petoj – *Disciplina i kršenje uslova* (14.1.-14.6) – se konstatuje da kršenje uslova od strane prestupnika može dovesti do izmene ili ukidanja alternativne mere. Nadležni organ tako može odlučiti tek posle brižljivog preispitivanja činjenica koje navode lice koje vrši nadzor i prestupnik.

Neuspeh u primeni alternativne mere ne mora značiti automatsku primenu kazne zatvora. Nadležni organ u toj situaciji može pokušati da primeni neku drugu alternativnu meru, a zatvor će se primeniti samo ukoliko ne postoji takva mera. Ukoliko do toga dođe, prestupnik ima pravo da se na takvu odluku žali sudu ili drugom nezavisnom nadležnom organu.

45 Pravilo 13.1. izričito navodi sledeće: rad na slučaju (e. *case work*), grupnu terapiju, rezidencijalne programe i posebna tretman različitih kategorija prestupnika.

Zakonom se uređuju ovlašćenja za hapšenje i pritvaranje prestupnika koji je pod nadzorom, a povredio je uslove određene uz izrečenu alternativnu meru.

VI Osoblje

Ovde se nalaze pravila o angažovanju i obučavanju osoblja, volonterima i angažovanju drugih resursa zajednice.

U delu *Angažovanje osoblja* (15.1–15.3) zabranjuje se svaki vid diskriminacije u tom procesu i to po osnovu bilo kog kriterijuma. Politika zapošljavanja treba da bude u skladu sa javnom politikom afirmativnog postupanja i da odražava razlike koje postoje među prestupnicima koje podvrgavamo nadzoru. Lica koja se zapošljavaju na poslovima primene alternativnih mera moraju posedovati odgovarajuće lične karakteristike, profesionalne kvalifikacije i praktično iskustvo. Pretpostavka za angažovanje i zadržavanje kvalifikovanog osoblja je da im se obezbedi ne samo odgovarajući status, plata i druge pogodnosti primerene prirodi posla, nego i mogućnost da se profesionalno razvijaju i napreduju u karijeri.

Obučavanje osoblja (16.1–16.3) ima za svrhu da im se ukaže na odgovornost koju imaju za prevaspitanje prestupnika i poštovanje njihovih prava, kao i za zaštitu društva. Deo obuke je i osposobljavanje za saradnju i koordinaciju aktivnosti sa zainteresovanim agencijama.

Pre stupanja na posao, osoblje se podvrgava obuci kojom se upoznaje sa prirodom alternativnih mera, svrhom nadzora i različitim tretmanima koji se primenjuju. Posle zaposlenja, osoblje treba da održava i usavršava svoje znanje i stručnost pohađanjem programa i kurseva uz rad za koje treba obezbediti odgovarajuće prostore.

VII Volonteri i drugi resursi zajednice

Učestvovanje javnosti (17.1–17.2) u provođenju alternativnih mera je komplementarno delovanju krivičnog sistema. Ono je od izuzetne važnosti pošto se na taj način poboljšavaju odnosi između prestupnika i porodice odn. zajednice. Takođe, učestvovanje javnosti pruža mogućnost članovima zajednice da doprinesu zaštiti društva u kome žive.

Deo naslovljen *Razumevanje i saradnja javnosti* (18.1–18.4) sadrži preporuku da se vladine organizacije, privatni sektor i javnost uopšte ohrabre kako bi podržali volonterske organizacije koje se zalažu za alternativne mere. U tu svrhu treba redovno održavati konferencije, seminare i druge aktivnosti u cilju jačanja svesti o potrebi da se javnost uključi u primeni alternativa i o značaju koju ona u tom pogledu ima.

Sva sredstva masovne komunikacije treba koristiti kako bi se stvorio konstruktivan stav javnosti prema širokoj primeni alternativa i društvenoj reintegraciji prestupnika.

Volonteri (19.1–19.3) moraju biti brižljivo birani i angažovani na osnovu njihove sklonosti i spremnosti da rade, a treba ih i pravilno obučiti za vršenje određenih poslova koje će obavljati. Takođe, treba da dobiju podršku i savete od nadležnih organa, kao i da, u skladu sa svojim sposobnostima i potrebama prestupnika, savetima i drugim oblicima pomoći ohrabruju prestupnike i njihove porodice da učvršćuju i umnožavaju kontakte sa zajednicom.

Volontere treba osigurati od nesrećnog slučaja, povreda i odgovornosti u vreme vršenja njihove dužnosti. Takođe, treba im nadoknaditi i određene troškove koje su imali vršeći poslove u korist zajednice.

VIII Istraživanja, planiranje, formulisanje politike i ocenjivanje

Pod naslovom *Istraživanja i planiranja* (20.1–20.3) ističe se da treba zainteresovati javne i privatne organizacije za organizovanje i promociju istraživanja o primeni alternativnih mera. Istraživanja o problemima sa kojima se susreću klijenti, praktičari, zajednica i subjekti koji donose odluke o politici društva treba da se vrše redovno. Istraživanja i mehanizam za prikupljanje podataka treba da budu ugrađeni u pravosudni sistem kako bi se prikupljali i analizovali podaci o primeni alternativnih mera.

Formulisanje politike i razvoj programa (21.1–21.2): programe koji sadrže alternativne mere treba sistematično planirati i primenjivati kao integralni deo pravosudnog sistema. Potrebno je redovno ocenjivati primenu alternativnih mera, kako bi one bile još uspešnije. Povremeno, treba vršiti reviziju primene tih mera u cilju ocene njihovih ciljeva, funkcionisanja i uspešnosti.

Povezivanje sa značajnim agencijama i aktivnostima (22.1): neophodno je na različitim nivoima uspostavljati veze između službi koje primenjuju alternativne mere i drugih delova sistema pravosuđa, kao i sa (državnim i nevladinim) socijalnim službama u oblasti zdravstvene zaštite, stambene politike, obrazovanja, zapošljavanja i javnog informisanja.

Međunarodna saradnja (23.1–23.2): neophodno je unaprediti naučnu saradnju među državama članica u domenu primene alternativnih mera. Kroz institucije UN za prevenciju kriminaliteta i tretman prestupnika, a u tesnoj saradnji sa Centrom za društveni razvoj i humanitarna pitanja Sekretarijata UN⁴⁶ treba unaprediti naučna istraživanja, osposobljavanje, tehničku pomoć i razmenu informacija između država članica u navedenoj oblasti.

Uz to, potrebno je unaprediti komparativne studije i uskladiti zakonske odredbe kako bi se proširila i olakšala primena neinstitucionalnih mera i preko državnih granica, u skladu sa Modelom ugovora o prenosu nadzora nad uslovno kažnjenim ili uslovno otpuštenim licima⁴⁷.

UMESTO ZAKLJUČKA

Donošenjem navedenih dokumenata Ujedinjene nacije su dale svoj doprinos izgradnji onoga što bi se moglo nazvati „Krivično izvršno pravo za maloletnike“. Pre svega, one su – nezavisno od toga što ti međunarodni instrumenti nemaju istu obaveznost za članice Svetske organizacije – izvršile i i dalje imaju snažan uticaj na

46 Crime Prevention and Criminal Justice Branch of the Centre for Social Development and Human Affairs of the UN Secretariat

47 Model Treaty on the Transfer of Supervision of Offenders Conditionally Sentenced or Conditionally Released (Resolution 45/119, annex).

zakonodavstva svih zemalja u delu koji se odnosi na izvršenje krivičnih sankcija prema ovoj kategoriji učinilaca krivičnih dela.

Kao što je pomenuto na početku rada, svesno smo nastojali da ukažemo na osnovnu sadržinu ovih međunarodnih instrumenta iako se neke od njihovih odredaba delimično poklapaju. Tako je postupljeno ne samo zato da bi se na jednom mestu našla relevantna legislativa Svetske organizacije (što će biti od koristi onima koji se upoznaju sa ovom materijom), nego će omogućiti i istraživačima da uporede koliko su odredbe krivičnog izvršnog prava u našoj zemlji usklađene sa standardima i preporukama Ujedinjenih nacija.

LITERATURA

- Clemmer D. /1958/: *The Prison Community*, Boston
- Davis M. /2002/: *The Concise Dictionary of Crime and Justice*, Thousand Oaks
- Hagan F. /2010/: *Crime Types and Criminals*, Los Angeles
- Ignjatović Đ. /2013/: Izvršenje vanzavodskih krivičnih sankcija mera: međunarodni izvori –in: *Kaznena reakcija u Srbiji –III deo* (Ignjatović Đ., ed.), Beograd
- Ignjatović Đ. /2018/: *Kriminologija*, 14. ed. Beograd
- Ignjatović Đ. /2018a/: *Pravo izvršenja krivičnih sankcija*, 6. ed. Beograd
- Ignjatović Đ. /2018b/: Standardna minimalna pravila UN za postupanje sa zatvorenim licima (Nelson Mandela pravila) –in: *Kaznena reakcija u Srbiji*, vol. VIII (Ignjatović Đ., ed.), Beograd
- Kourakis N. /2003/: A typology of juvenile justice systems in Europe –in: Manganas A. (ed.): *Essays in Honor of Alice Yotopoulos*, Athenes, pp. 251–273
- Leonard D. /2004/: *Vodič kroz Evropsku Uniju*, Beograd
- Stevanović I. Vujuć N. /2018/: Maloletni učinioi krivičnih dela i alternativne krivične sankcije – in: *Alternativne krivične sankcije – regionalna krivična zakonodavstva, iskustva u primeni i mere unapređenja* (Bejatović S., Jovanović I., eds.), Beograd
- Škulić M. /2010/: Starosna granica sposobnosti za snošenje krivice u krivičnom pravu, *Crimen – časopis za krivične nauke*, n^o 2, pp. 202–227.

DOKUMENTI

- UN Convention on the Rights on the Child*
- UN Guidelines for the Prevention of Juvenile Delinquency*
- UN Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty*
- UN Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice*
- UN Standard Minimum Rules for Non-custodial Measures*
- UN Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (Nelson Mandela Rules)*
- UN World Programme of Action for Youth to the Year 2000 na Beyond*
- UNICEF: *Prava deteta i maloletničko pravosuđe – odbrani međunarodni instrumenti* (1–6), Beograd (bez navođenja godine izdanja)

Dorđe Ignjatović

Faculty of Law, University of Belgrade

INTERNATIONAL SOURCES OF PENAL EXECUTION LAW FOR MINORS – UNITED NATIONS DOCUMENTS

SUMMARY

The United Nations has developed live legislative activity in recent decades in order to impose standards in the enforcement of criminal sanctions against juveniles. The paper pointed to the provisions of those instruments whose provisions are applied in their entirety to the enforcement of criminal sanctions against this category of persons (“primary sources”), and those instruments that only partially touch on this issue (“secondary sources”). Secondary sources in paper are listed as follows: *Convention on the Rights on the Child*, *Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice*, *Guidelines for the Prevention of Juvenile Delinquency*, *World Programme of Action for Youth to the Year 2000 na Beyond* and *Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (Nelson Mandela Rules)*; while the following documents were listed as primary sources: *Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty* and *Standard Minimum Rules for Non-custodial Measures*. By their adoption, the World Organization strongly influenced the development of what could be called the “Penal Executive Law for Juveniles”. These documents, irrespective of the fact that they do not have the same commitment to the members of the World Organization, have done but still have a strong impact on the legislation of all countries in the part relating to the enforcement of criminal sanctions against this category of perpetrators of crimes.

In this paper, we have pointed out the basic content of these international instruments, although some of their provisions are partially aligned. This is done not only in order to find the relevant legislation of the World Organization in one place (and this will be of benefit to those who will be familiar with this matter), but also because it will enable researchers to compare how much the provisions of the criminal executive rights in Serbia are in line with the United Nations standards and recommendations.

Key words: Juveniles, criminal sanctions, executive, United Nations, resolutions, conventions.

IZ ISTORIJE KRIVIČNIH NAUKA

Uprkos dosadašnjoj praksi da u rubrici IZ ISTORIJE KRIVIČNIH NAUKA bude osveženo sećanje na radove objavljene krajem XIX i na samom početku XX veka, Redakcija časopisa se u ovom broju odlučila za tri kraća priloga koji su nešto kasnije objavljeni. Razlog tome leži u okolnosti da su u ovim radovima raspravljena pitanja koja mogu biti interesantna i od značaja i našoj današnjoj sudskoj praksi.

Др. Риналд Чулић, адвокат – Београд

ЈЕДНА НЕПОТРЕБНА ПОЛЕМИКА О РАЗУМЕВАЊУ § 166. КРИВ. ЗАКОНИКА*

У Бројевима 1 – 4 часописа „Полиција“ (свеска за јануар и фебруар 1932. год.) изашле су две полемичне расправе, једна од г. Д-р Фрања Клајића, државног тужиоца у Враћи, а друга од г. Лазе Урошевића, касационог судије, у којима су заступљена ди-аметрално супротна гледишта о разумевању и примени § 166. Крив. Законика, који гласи: „Ко се умишљено или из нехата употребом јаких пића или напитака тако опије да постане неурачунљив и у таквом стању учини кривично дело, за које се гони по званичној дужности, казниће се због самог пијанства затвором до годину дана или новчано до 10.000 динара“.

Повод овој полемици дао је коментар, који је г. Урошевић у II. свесци свог Судског Требника оштампао уз одредбу цитираног § 166. а у коме г. Урошевић овај законски пропис тумачи у смислу, да се извршилац има казнити не само због пијанства него и због учињеног кривичног дела по одговарајућем пропису, имајући при том у виду пропис § 62., који говори о реалном стицају.

У поменутој полемици са г. Д-р Кларићем, г. Урошевић остао је при свом тумачењу § 166. и за ово своје мишљење дао је разлоге, који се углавном своде на ово: Због тога што се често дешава да појединци чине злоупотребу од јаких пића и напитака, и умишљено или нехатно се опијају тако да постају неурачунљиви, па у таквом стању чине и кривична дела и тиме угрожавају јавни мир и поредак, законодавац је, да би заштитио грађане од повреде тог мира и поретка, конструисао особено кривично дело у § 166. и унео га у главу XV. Крив. Законика, која обухвата дела противу јавног мира и поретка. Овим поступком законодавац није ни у колико дирао у неурачунљивост која може доћи од напитости која нема везе са вољом кривца. Законодавац мисли на учиниоца, који је крив што је себе довео у стање неурачунљивости и у таквом стању чињењем кривичног дела које се гони по службеној дужности пореметио јавни мир и поредак и баш таквог неурачунљивог оглашава за крива и казни. Па кад законодавац учиниоца и поред неурачунљивости сматра за крива „због самог овог пијанства“, онда г. Урошевић сматра да му се таква неурачунљивост, у коју је себе довео својом кривицом не може узети ни за основ који искључује подобност за урачунљивост за кривично дело, које је у том пијанству учинио.

Овакав закључак уваженог г. Урошевића је погрешан. Не стоји, да законодавац одредбом § 166. Крив. Зак. неурачунљивог“ извршиоца оглашава за крива због „самог овог пијанства“, него оглашава извршиоца за крива због тога, што је у потпуно с в е с н о м, дакле урачунљивом стању предузео радњу опијања, из које су наступиле последице предвиђене у § 166. Крив. Зак., па га због ове у свесном стању предузете радње опијања казни. Пропис § 166. дакле, ни у колико не дира у

* Бранич, Београд, 3/1932, стр. 134–135.

неурачунљивост као основ, који искључује кривичну одговорност, и према томе не може се из овог прописа изводити закључак, да је учинилац одговоран и за кривично дело, које је у том пијанству учинио. Он је одговоран само за то, што је **доложно** или **кулпозно** себе довео у стање неурачунљивости, јер је ово стање у узрочној вези са његовом вољом и његовом свешћу, али за све друге радње, које је у оваквом неурачунљивом стању предузео, не може бити одговоран, јер недостаје свест и узорчна веза. Друкчије стоји ствар, ако се учинилац опије у намери да изврши какво кривично дело. То је онда случај **actio libera in causa**, где учинилац одговара за извршено дело, пошто се одлучио за његово извршење у **свесном** стању и напитост била му је само средство за извршење кривичног дела.

У осталом одредба поменутог § 166. није нова у нашој држави. Сличних прописа било је у кривичним законима, који су раније важили у извесним правним подручјима наше државе, као н. пр. у Далмацији и у Словенији, где је важио аустријски казнени закон, који је у свом § 236. наређивао ово: „И ако радње, које су иначе злочин почињене у случајном пијанству не могу се сматрати као злочин, ипак у овом случају казниће се пијанство као иступ“, па даље исти казнени закон у свом § 523. прописивао је ово: „Пијанство казниће се као иступ за онога, који у пијанству учини какву радњу, која би му се **ван овог стања** приписала као злочин.“

То исто, што је наређивао аустријски казнени Закон, прописује сада и § 166. нашег унитарног Кривичног Законика, који је у својој дикцији тако јасан, да не може настати питање: да ли ће се учинилац казнити само због пијанства или ће се казнити и због кривичног дела учињеног у том пијанству. С тога сматрам да је свака дискусија по овом питању непотребна а и опасна, јер се њоме без потребе изазива забуна у правосуђу.

Убиство, извршено клањем жртве, сачињава дело из ст II. т. 2. §. 167. Крив. зак.*

Државни тужилац Н. поднео је Н. Окружном суду оптужницу противу М. Ј., земљорадника из О., зато, што је 25. марта 1931. године, заклао Т. С., удову, и то на тај начин, што јој је ножем пресекао врат и вратне пршљенове, као и све органе који пролазе кроз врат, услед чега је наступила и њена моментална смрт, те тиме учинио злочин противу живота и тела из §. 167. од. I. Крив. Зак. На претресу, одређеном за пресуђивање овога дела, стављајући коначан предлог, тражио је, да суд оптуженог М. огласи кривим за горње дело и осуди на казну и плаћања.

По овој оптужници суд је изрекао пресуду, којом је, на основу доказа изнетих противу оптуженог на главном претресу, овога огласио кривим: што је дана, означеног у тужби државног тужиоца, лишио живота Т. С. на тај начин, што ју је прво ударио ножем испод леве кључњаче и на томе јој месту створио рану дугачку осам а широку три и по сантиметра, којом јој је скрозирао и леви врх плућа, а за тим јој пресекао и цео врат и све органе који кроз њега пролазе, услед чега је наступила и њена смрт. Нашавши, да овако утврђено чињеничко стање, садржи према оптуженом Ј. дело из става II. т. 2. §. 167. крив. зак., и признавши му олакшавајуће околности признање, добро владање, раздражено стање и кајање (које се састојало у томе што је, непосредно после убиства поч. С. покушао извршити самоубиство тиме, што је себи опалио у груди три револверска метка од којих му је један скрозирао лево плућно крило и изашао напоље, а друга се два задржала у грудном кошу), осудио на казну робије у трајању од осам година и трајан губитак часних права, као и накнаду штете и кривичних трошкова.

Овакву правну оцену дела оптуженог Ј., суд је засновао на начину извршења, а на име на томе, што је жртву, после убода ножем у груди, клао дотле, док јој и кичму није повредио, чинећи то све и поред њеног опирања, које је према лекарском налажењу, манифестовано у посекотинама њених прстију до самог кошчаног ткива. Према оваквим фактичким податцима, дакле, суд је оценио, да је начин, на који је оптужени Ј. лишио живота поч. С., свиреп.

Доследан својој правној оцени изложене радње оптуженог Ј., државни тужилац је противу овакве пресуде Н. Окр. Суда, изјавио ревизију коју је оправдао овако:

„Ни по оруђу, којим је дело извршено нити пак по начину извршења, не може се узети да је дело извршено на свиреп – окрутан начин. Оруђе, којим је дело извршено је, дакле, нож, каквим се оруђем у овом крају обично оваква дела извршују. Оптужени је хтео да убије поч. С. и то извршио свесно, а да би жељену последицу постигао он јој је задао два ударца ножем, вероватно прво у груди па за тим у врат, те је тако усмртио. Ни из чега се не може извести, да је лишење живота учињено мрцварењем, ударањем убијене на муке, нити се у ма чему свирепост манифестовала. Ово се поткрепљује исказима сведока очевидаца: Илића Вукашина и Ранђеловића Стојана, јер је према њиховим исказима радња извршења

* Бранич, Београд, 3/1932, стр. 167–168.

трајала кратко време, а према исказима вештака и смрт је наступила моментално. Не може се узети да је оптужени пок. С. клао. Овај израз „клати“ у вулгарном смислу значи отсећи жртви врат, али овакво отсецање може се узети двојачко: постепеним превлачењем оруђа преко врата жртве и једним јачим потезом. Први начин би се могао убројати у свирепост, али у овом случају није утврђено, да је оптужени убиство – пресецање врата извршио на овај начин, већ је вероватније, да је исто учинио на други начин, т. ј. једним снажним ударцем у врат ножем, што се никако не може сматрати као свирепост, јер такав ударац производи одмах жељену последицу, као и сваки други ударац у важан орган, који може имати за последицу смрт. Да је оптужени повреде на врату нанео једним замахом може се извести из протокола секције леша убијене, а у неколико и исказа поменутих сведока.

Из тога што су од убијене прсти били исечени не може се закључити да је то услед опирања убијене кад ју је оптужени клао, дакле само при клању, већ се такво опирање може манифестовати и код сваке друге повреде, јер онај коме је живот и тело угрожено увек се рукама брани, те се готово код сваке повреде јављају и повреде руку.

Тиме дакле што је оваву радњу оптужени подвео под § 167. одељак II. т. 2. к. з., суд је повредио материјални закон – § 337 т. 2.“

Молио је Касациони Суд, да донесе своју одлуку у смислу његовог гледишта у оправдању изјављене ревизије.

Касациони је суд, решењем одбацио горњу ревизију државног тужиоца, са разлога: што је Окружни суд све одлучне чињенице узео у оцену и своју пресуду довољно образложио, т. ј. дао разлоге, зашто налази да у радњи опт. Ј. стоји дело злочиног убиства из § 167. од II. т. 2. крив. зак., те у нападнутој пресуди нема повреде материјалног закона, па ни истакнуте повреде из т. 2 § 337. к. с. п.

Фебруара 1932.

Ниш.

Димитрије Н. Станковић

судија окр. суда у Нишу

СУДСКА ПРАКСА

Један интересантан низ судских одлука о примени § 375 кз. и § 337 кз.*

Пред Окружним судом за град Београд као појединачним и као зборним одговарало је последњих година у неколико махова више женских лица из породице Ш. за измамљивање новца разним особама, средством врачања. У току тих кривичних спорова појавило се као спорно питање да ли се њихове радње имају подвести под § 375, кз. који гласи: „Ко у виду заната обавља претсказивање, тумачење снова, гледање у карте или на који други начин, користећи се празноверицом, обмањује другог и тиме ствара себи доходке за живот, казниће се затвором до шест месеци или новчано до 5.000 динара“ – или под § 337. кз. који говори о превари у виду заната. Практичне последице су огромне јер је дело из § 337. кз. угрожено казном од 10 година робије. Судови, првостепени и виши доносили су одлуке и у једном и у другом смислу наводећи своје разлоге за схватање заступљено у пресуди. Ми ћемо те одлуке изложити хронолошки износећи поред разлога и утврђено чињеничко стање у колико оно има утицаја на квалификацију која је овде једино спорна.

1. Пресудом Окружног суда за град Београд Кзп. 2937/34 од 14. I. 35. оглашена је кривом М. Ш. поред осталог и зато:

„Што је у намери да себи прибави противправну имовинску корист лажним претстављањем и изопачавањем чињеница довела ниже означена лица у заблуду да им она може учинити да добију на лозу веће суме и да их може учинити срећним помоћу вила и разних враџбина, или да од њих може отклонити несрећу која им прети, те их тако навела да јој на штету своје имовине било у новцу било у другим вредностима издаду и то: Л. А. 8.000 д., Л. Ј. 550 д., К. В. 10.000 д., Ј. А. 2.000 и Ј. З. 3.500 д. – обећавши да ће им ове суме вратити.“

Истом пресудом за исте такве радње само према другим лицима оглашена је крива и Л. Ш.

У оба случаја суд је овако утврђено чињенично стање подвео под § 337. кз. и по истоме осудио и једну и другу оптужену на робију.

Образложење које је суд дао за квалификацију је следеће: „Што се тиче дела опт. М. Ш. суд налази да у конкретном случају стоје сви елементи дела из § 334. кз. квалификованог по § 337. кз. усвајајући у свему исказе оштећених који су под заклетвом посведочили да им је опт. М. у разним приликама измамљивала новац, било да би некој од њих нашла службу било да их учини срећним помоћу вила и разних враџбина, као и на тај наин што је неке од њих навела да купе лоз, обећавајући да ће им она учинити помоћу вила да на лозу добију веће суме новаца, док им је она на рачун тога измамљивала целокупне њихове уштеђевине, па је чак неке од њих навела да продаду и своје непокретности и њој сав новац предаду. Из овога се види да је опт. М. лажним претстављањем чињеница доводила оштећене у заблуду и појачавала њихову заблуду, претстављајући се као моћна да учини срећним и да им помоћу вила и других враџбина издејствује да добију на лозу велике суме, те их је тако навела да даду своје

* Бранич, Београд, 10/1940, стр. 400–407.

уштеђевине па и целокупан свој иметак, те су себе тако оштетиле, из којих доказаних чињеница излази дело из § 334 у в. § 337. кз. и то у толико пре што је опт. М. оштећеницима обећавала да ће им сав новац вратити.“

„Што се тиче опт. Л. Ш., суд је поклонио пуну веру исказима оштећених као сведока и то: М. И., К. М., Н. А., Ј. М., Ј. А. и Ј. З., које су под заклетвом посведочиле и то: оштећена И. да јој је опт. Л. представила да опт. М. прети неко велико зло, те јој је ова дала 35.000 д. да је тобож откупи, оштећена К. М. да ју је опт. Л. преварила да ће јој наћи службу и да ће је учинити срећном помоћу неких враџбина А. Ј. и З. Ј. да им је оптужена Л. обећала да ће помоћу вила и других враџбина учинити да добију на лозу и учинити их срећним помоћу враџбина, црних свећа и ланчића. Оштећене су наведеле да их је опт. Л. навела на овај начин да јој даду новац и друге ствари у износу како је диспозитиву наведено, обећавајући да ће им сав новац и ствари вратити, док буде помоћу истог помоћу враџбина успела да им издејствује оно што је обећала. – Суд налази да у оваквој њеној радњи стоји дело из § 334 кз. квалификовано по § 337 кз.“

Ова је пресуда стала на правну снагу јер правних лекова није било.

2. Пресудом Окружног суда за град Београд као зборног Кзп. 2942 – 34 од 18. XII. 1936. г. оглашена је кривим Ж. Ш. зато:

- а.) „Што је у времену од октобра 1933. год. до 14. јула 1934. г. у Београду у више махова гледала у карте М. Ј. говорећи јој да јој предстоји страшна судбина да ће она полудети или умрети, да ће јој умрети неко од најближих, да је на њу набачено пуно чини и да ће она све то уклонити јер је у стању да умилостиви виле, само јој је потребно да јој оштећена даде новаца и других предмета, па јој је оштећена у току горе наведеног времена у више махова давала по 500 динара, 1.000 и 2.000 динара, тако да јој је укупно дала 10.000 динара а поред тога дала је и друге ствари као свиле, платна, накит и др. све у вредности 2.000 дин. што је све оптужена задржала за себе“.
- б.) „Што је ближе неустановљеног дана у јесен 1933. год. у Београду гледала у карте М. М. и у више махова јој говорила да је окружавају чини, да ће умрети ако она – оптужена – те чини не рашчини и да оштећена треба да даде 12 метара црног сатина, 12 метара шифона платна, један лонац, два калуца сапуна, шиваће игле, салвет и друго – све у вредности 500 динара, наводећи да то траже виле што је оштећена и предала оптуженој, а тражила је уз то једном 400 д. а други пут 600 д. свега 1000 д., што је оштећена такође дала а које је ствари и новац оптужена присвојила себи“.
- в.) „Што је за време од јануара до септембра 1934. г. у Београду у више махова говорила ошт. В. П. да су на њега набачене чини, да ће он сигурно умрети за девет дана и да ће она умилостивити виле, давала му да пије неку воду, и нешто бајала и за све то је од оштећеног примила у више махова разне своте у укупном износу 2.000 динара.
- г.) „Што је неустановљеног дана и месеца у јесен 1933. год. у Београду гледала у карте П. А. говорећи јој да је несрећна, и да само она може ту несрећу и чини да отклони, и да ће јој вереник умрети, па је у ту сврху примила од оштећене у више махова разне своте у укупном износу од 2070 д. и разне ствари у вредности 300 дин.
- д.) „Што је у децембру 1933. г. у Београду претставила оштећеној Ј. И. да ће умолити виле да оштећена добије дете, па је у ту сврху од оштећене тражила и добила један пар мушког одела“.

- ђ.) „Што је неустановљеног дана и месеца 1934. г. у Београду обављала разна врачања оштећеној Д. Ђ. и зато је од ње добила 1500 д. и неки свилени веш.“
- е.) „Што је ближе неустановљеног дана и месеца у првој половини 1935. г. у Београду претставила оштећеној К. Ц. да ће јој путем врачања вратити вереника па је у ту сврху тражила и добила од оштећене 300 дин.“
- ж.) „Што је ближе неустановљеног дана и месеца у првој половини 1935. г. у Београду, гледала у карте Ж. М. и овој претставила да јој стоји велика несрећа, да ће јој она помоћи помоћу бајања и вила, па јој је и бајала и зато је од оштећене у више махова примила разне своте у укупном износу 1.000 дин.“

Сва ова дела суд је квалификовао као дела из § 375. кз. па је с обзиром на §§ 62, 70 и 74. кз. изрекао једну укупну казну од пет месеци затвора.

Образложење које је првостепени суд дао за овакву квалификацију је следеће: „Суд налази да је оптужена све ове радње вршила у виду заната, јер је тиме себи прибављала приход за живот. Суд даље налази да је оптужена својим горе наведеним и описаним радњама обмањивала оштећене о својим везама са вилама и својој способности да прориче судбину помоћу карата и о способности да бајањем што учини, користећи се празноверицом оштећених и да је тиме себи стварала доходак за живот. – Ово суд сматра доказаним по начину рада оптужене, по броју ових дела и по висини своте које је оптужена од оштећених примала како је напред описано. Према томе суд налази да у радњама опт. Ж. Ш. стоје дела оштећења туђих имовинских интереса предвиђена и кажњива по § 375. кз.“

Суд није могао усвојити квалификацију коју је предложио државни тужилац у својој оптужници, а да име да стоје дела из § 337. кз. и то из ових разлога:

„За дело из § 337. кз. односно 334. кз. тражи се да је оптужена лажним претстављањем чињеница довела оштећене у заблуду. Кад је оптужена изјављивала да има везе са вилама, да помоћу њих скида чини и др. онда суд сматра да оптужена тиме није износила чињенице, јер су чињенице догађаји из реалног света, већ је износила ствари које спадају у празноверицу. Оптужена је појачавала празноверје оштећених и исто искоришћавала. – Даље суд налази да оштећени дајући наведене своте нису били у заблуди, и да нису у следству те заблуде давали наведене своте. Оштећене М. и М. имају по четири разреда гимназије, дакле школованије су више него оптужена, а и остали оштећеници нису по образовању нижи од оптужене. Према томе суд налази да су они знали да не постоје виле и да оптужена не може са њима да разговара па према томе новац и ствари које су давали знали су да не иде вилама, већ оптуженој. Ово суд сматра доказаним исказима сведока М. и М. које су изјавиле да нису све веровале оптуженој. Суд налази да су оштећени пристајали на ова гатања и бајања не зато што су тврдо веровали оптуженој, већ зато што је то годило њиховим празноверним осећањима. Према томе оштећени новац нису давали услед заблуде у коју би били доведени лажним претстављањем, већ услед празноверја које им је урођено. Оштећени су новац и ствари давали као награду оптуженој за претстављену видовитост и као жртву „вилама“. Према томе оштећене су знале да тиме штете своју имовину, али су на то ипак пристајале јер је то годило њиховом расположењу. Стога нема узрочне везе између заблуде и оштећења а без тога не може бити дела из § 334. кз. Додуше оптужена се служила обманама, претстављајући да има везе са вилама и друго, али је то чинила само толико колико је било потребно да искористи празноверицу оштећених. Према томе у радњи оптужене стоје сви елементи дела из § 375. кз. а не дела из § 334 и 337. кз. У прилог ове квалификације говори и то што

је пропис § 375. кз. специјалне природе, јер предвиђа оштећење туђе имовине или интереса услед обмане и искоришћавања празноверица“.

На ову пресуду изјавио је ревизију државни тужилац истичући повреду материјалног закона из §-а 337. т. 2. јер је суд погрешно квалификовао дело када је нашао да стоји дело из § 375. кз. а не дело из § 337. кз.

Касациони суд у Београду решењем Кре 614/37 од 21. IV. 1937. одбацио је ревизију државног тужиоца на основу § 345. т. 2. кп. а као разлоге је навео: „Када се из чињеничког стања утврђеног у нападнутој пресуди види, да је оптужена Ж. свим оштећенима изјављивала да има везе са вилама, да ће им помоћу вила скинути чини и да им је на тај начин, користећи се њиховом празноверицом измамљивала новац и разне ствари, онда у њеним радњама за које је осуђена стоје сва битна обележја специјалног кривичног дела из § 375. кз., као што је правилно нашао Окружни суд а не дела из § 334. у вези § 337. кз.“

3.) Пресудом Окружног суда за град Београд као и носног од 11. јануара 1938. г. Кзп. 3688/37. оглашена је кривом Л. Ш. зато што је:

- „а.) Неутврђеног дана и месеца 1937. г. у Београду срела на улици оштећену М. Р., па пошто ју је примамила да дође у њен стан врачала јој је и претсказивала судбину разним средствима: као гледањем у чашу с водом, гледањем у карте, наводећи да ће одлазити код „вила“ и молити их за њену срећу, користећи се при томе њеном празноверицом, обмањивала ју је на тај начин већи број пута у размаку више од месец дана и тако од ње измамила укупно 1.700 динара, чинећи све ово у виду заната и прибављајући на тај начин себи доходак за живот“.
- „б.) Неутврђеног дана и месеца 1937. г. на исти начин поступила према оштећеној Х. С., узевши од ње 350 динара готовог новца, – дакле користећи се њеном празноверицом, обмањивала оштећену Х. и тиме себи створила доходак за живот, чинећи ово у виду заната“. Оба дела суд је квалификовао по § 375. кз. и изрекао укупну казну од 40 дана затвора.

Правно образложење које је суд дао за овакву квалификацију је следеће. „Суд је ценио и питање да ли у овом конкретном случају могу стајати два дела из § 334. од. 1. ст. 2. кз. како је то тужба државног тужиоца квалификовала, – па је нашао: да у конкретним случајевима не могу стајати поменути кривична дела са ових разлога: дело из § 375. кз. је свако дело преваре специјалне врсте које се састоји у претсказивању судбине разним начином, па и гледањем у карте, чашу с водом, позивањем „виле“ и томе слично, као што је у овим конкретним случајевима било. Али да би то дело постојало потребно је да се извесни услови испуне а на име: да се је то лице које гата – врача – послужило празноверицом оног лица коме врача, да је то дело извршено у виду заната то јест да јој је то професија и да тим врачањем – гатањем – ствара себи доходак за живот. Према томе суд налази да су у оба ова кривична дела испуњени сви ови услови и да због тога у овом конкретном случају стоје два дела предвиђена § 375 кр. зак. а не дела преваре из § 334. кз. Ово и стога што се само по себи види да је празноверица постојала код оштећене М. и Х. приликом извршења ових дела, и то је и сама оптужена Л. признала да је позната у овом крају као врачара, а што значи да се овим делима бави у виду заната, као и с обзиром да она нема другог занимања нити имовине, па ни мужа који би је издржавао и ако је оптерећена са четворо ситне деце, те суд налази да је оваквим својим делањем у главном и прибавила доходак за живот свој и своје деце“.

Државни тужилац је изјавио призив нападајући квалификацију усвојену пресудом у тврдећи да се ради о делима преваре из § 334. кз. али је Београдски апелациони суд решењем Кппа 223/38 од 11. XI. 1938. г. одбацио призив са разлога што је „први суд правилно квалификовао дело и правилно навео разлоге у образложењу пресуде са којих налази да у радњи оптужене стоје два дела из § 375 кз. а не два дела преваре, које разлоге овај суд као призивни усваја, те према томе првом пресудом није повређен закон како наводи државни тужилац“.

4.) Пресудом Окружног суда за град Београд као зборног Кап. 2261/38 од 1. II. 1940. г. опт. М. К. III. оглашена је кривом зато што је:

- „а.) Од априла месеца 1938. г. па до свога хапшења у августу 1938. г. пошто је претходно бесплатно врачала К. Б. и гледањем у воду тобож открила број срећке на којој ће добити велики новац, довела ову и њену сестру Ј. Б. у заблуду да је устању да својим везама са духовима и вилама учини да лоз добије, али да претходно морају дати већу суму новца коју ће она положити да лежи у цркви док се вучење не обави, па им одмах целокупан вратити натраг, а за себе узети једну четвртину од добитка на лутрији на који је начин измамила од К. 21.000 дин. а од Ј. 14.000 дин. не вративши им никад ништа.“
- б.) Од марта месеца 1938. г. па надаље до свога хапшења у августу 1938. г. пошто је најпре гледала у чаши са водом судбину М. М. служавки из Београда довела у заблуду исту и одржавала у њој дуже времена да треба она да јој даје новац да би купила цвеће, кандило, свилу и дукате које ће бацати у Саву да скине несрећу са ње, измамивши јој на тај начин за себе противправну имовинску корист од 2.000 динара.
- в.) Почетком августа 1938. г. наговорила Е. В. служавку из Београда да јој врачала и учини да добије велику суму новца на лозу, па пошто је тобож сазнала број лоза на који треба да добије, у току наредних дана доводећи ову у заблуду и одржавајући је у истој, да је потребно да купи лоз, црну свилу, свеће итд. да би ствар успела, измамила од исте 700 дин. и у своју корист задржала.
- г.) У јануару месецу 1938. г. пошто је претходно за награду од 50 дин. гледала у чаши воде судбину Ц. Б. служавки из Београда довела је и одржала у заблуди да је видела број лоза на коме може добити велике паре, измамљивала све до августа месеца 1938. г. веће и мање суме новца – укупно 1.200 дин. тврдећи да тај новац служи да умилостиви анђеле, и да ће јој сав тај новац вратити, чим вучење прође – па од тога ништа није вратила.

Дакле што је, у намери да себи прибави противправну имовинску корист у виду заната доводила и одржавала у заблуди горе именоване оштећенице да ће им помоћи да добију велике згодитке на лутрији и одагна несрећу од њих, а у сваком случају примљени новац после извлачења срећака сав вратити натраг, док је уствари тај новац противправно присвојила за себе чиме је навела оштећене да на штету своје имовине нешто учине, чије је извршила злочин преваре у виду заната предвиђене у § 334 кз. а квалификован и кажњив по § 337 кз.“

Истом пресудом суд је огласио кривом и Л. К. „Зато што је у првој половини 1938. г. у намери да себи прибави противправну имовинску корист лажним претстављањем оштећеној А. Н. да ће је учинити срећном и богатом и да ће јој све непријатеље одагнати, – ову одржавала у заблуди те је ова верујући да даје новац у ту сврху предала оптуженој у више махова 1007 дин. и тиме учинила нешто на штету своје имовине – чиме је опт. Л. учинила кр. дело преваре из § 334. од. 1. ст. 2. кз. кажњиво по истом законском пропису“.

Овом пресудом М. је осуђена на седам година робије и трајни губитак часних права, а опт. Л. на шест месеци строгог затвора и 600 дин. новчане казне.

Разлози првостепене пресуде били су следећи:

„Оптужена М. признаје да је оштећеницима чија су имена наведена у диспозитиву ове пресуде гледала судбину, прорицала им да морају добити на лозу и да она зна број који ће добити. За то гледање или им није наплаћивала ништа или им је наплаћивала безначајне суме. После гатања говорила је оштећеницима да јој морају давати веће суме новца које ће она полагати да привремено леже у цркви да би тако умилостивила виле и духове да вучење срећака повољно испадне, а да ће им тај новац без икаквог одбитка и без обзира да ли ће лоз добити или не, по извршеном вучењу вратити натраг. – У другим случајевима оптужена је тражила новац да би набавила ствари које су потребне за врачање: дукате, свеће, свилу итд.

„Ни у једном ни у другом случају оптужена није примала овај новац – нити су јој га оштећене давале – као награду за врачање, већ ради депоновања у цркву, односно за набављање реквизита потребних за врачање. У свим случајевима оптужена нити је ове ствари набављала нити у цркву полагала, већ га је, како сама признаје прикупљала за себе да откупи неке своје заложене ствари. Исто тако оптужена признаје да тај новац оштећеницима никада није вратила.

„Овакво признање оптужене М. слаже се са осталим ислеђеним и утврђеним околностима а нарочито са исказима свих оштећеница које су на претресу и у припремном поступку сагласно изјавиле да су оптуженој новац давале за куповину лозова, и осталих ствари које су потребне за врачање.

„Према овако утврђеним чињеницима у њеним радњама стоји дело преваре, а не дело врачања из § 375. кз. јер оптужена није новац узимала као награду за враџбине, а оштећеницима је обећавала да ће им тај новац вратити без обзира да ли ће враџбине успети. Осим тога обмањивала их је и доводила у заблуду да тај новац узима у једну тачно одређену сврху, докле га је како сама признаје узимала у циљу да га противправно себи присвоји, тако да стоје сви елементи кривичног дела преваре из § 334. кз. Па како је оптуженој ово служило као извор за живот што се види из околности да је и раније осуђивана за читав низ оваквих дела и да је одмах по изласку са робије учинила четири нова кривична дела исте врсте, а нема доказа да има других средстава за живот, то је суд сва ова дела квалификовао као једно кривично дело у виду заната из § 337. кз.“

У погледу опт. Л. К. суд се у разлозима задовољава да каже чиме је утврдио чињенично стање изложено у диспозитиву, и констатује да из тога излази кр. дело преваре из § 334. кз.

Обе оптужене преко својих бранилаца изјавиле су ревизију. Касац. суд у Београду својим решењем Кре 560/40. од 24. IV. 1940. г. одбацио је обе ревизије и потврдио првостепену пресуду са ових разлога:

„Бранилац опт. М. истиче у оправдању ревизије повреду материјалног закона из тач. 2. §-а 337. кп. наводећи да у радњи опт. М. под а, б, в и г нападне пресуде не стоји дело из § 334. кз. квалификовано по § 337 кз. како је то окружни суд нашао, већ може стајати само дело из § 375. кз.

Ценећи овај ревизијски навод Касацони суд је нашао да је неоснован јер је окружни суд, с обзиром на чињенично стање утврђено у нападној пресуди с правом нашао да се у радњи опт. М. под а, б, в и г нападне пресуде појављују сви елементи

дела из § 334. кз. квалификованог по § 337. кз. пошто новац није узиман као награда за враџбине, а оштећеницама обећавала да ће им вратити новац без обзира да ли ће враџбине успети, већ је у намери да себи прибави противправну имовинску корист лажним представљањем довела оштећене у заблуду и на тај начин измамила веће суме новца, које није вратила. Стога је правилна квалификација коју је окружни суд нашао. Позивање ревидента на ревизију државног тужиоца за град Београд Кзп. 3924/34 по кривици Ж. Ш. из које се види да је у истоветном случају окружни суд нашао да у радњи оптужене стоји дело из § 375. кз. неумесно је с обзиром да је овде у питању сасвим други случај, а сем тога исти је и недопуштен – § 340. од. II. кп.

„Бранилац опт. Л. у оправдању ревизије истиче повреде материјалног закона из т. 2. §-а 337. кп. наводећи да у радњи опт. Л. што је оштећеној А. Н. обећала да ће је учинити срећном и богатом не стоји дело из § 375. кз. – Касациони суд је ценио овај ревизиони разлог па је нашао да је неоснован јер је окружни суд с обзиром на утврђено чињеничко стање у диспозитиву пресуде правилно радњу опт. Л. квалификовао као дело из § 334. кз. а не као дело из § 375. кз. као што ревидент пледира“.

5.) Пресудом Окружног суда за град Београд као зборног Кап. 399/4 од 5. Ив. 1940. г. о п т. М. Ш. је оглашена кривом што је:

- „а.) Неутврђеног дана августа месеца 1939. г. дошла у стан Др. М. К. и предложила његовој служавци К. Г. да јој гледа у шољу, па када је ова пристала рекла јој је да јој може помоћи да добије премију на лутрији али да јој је потребна већа сума новца за прибављање разних ствари као свећа, дуката, свиле и др. ради врачања, па јој је на овај начин на кратко време измамила 12.000 дин.
- б.) Неутврђеног дана јануара месеца 1940. г. дошавши у везу са С. А. преко поменутог К. Г. обећала јој да ће јој путем врачања помоћи да се венча са својим вереником али да јој је за извођење овога посла потребна извесна сума новца за куповину свећа, кандила и црне свиле, па када ствар успе да ће сав новац вратити с тим да добије само неки поклон, па је на овај начин измамила од ње 3.840 дин.
- в.) Неутврђеног дана месеца јуна 1939. г. довела у заблуду З. Н. служавку из Београда да јој путем враџбина може помоћи да добије премију на лозу, па јој је измамила 2.000 д. тврдећи да јој је овај новац потребан да купи лоз и разне ствари потребне за врачање.
- г.) Неутврђеног дана јуна месеца 1938. г. предложила Ц. П. да јој гледа у шољу па када је прорекла да ће добити на лозу, успела је да јој измами 3.500 д. говорећи како јој је тај новац потребан за куповину дуката, свећа, кандила и других ствари потребних за врачање.
- ђ.) Неутврђеног дана јула месеца 1939. г. пошто је врачала Ј. К. и рекла да ће добити на лозу измамила јој 5.000 д. наводећи да јој је овај новац потребан да купи црне и беле свиле, кандила и свеће да би помоћу ових ствари умилостивила виле и отклонила сметње које стоје на путу њеној срећи.
- е.) У току месеца септембра, октобра и даље до краја 1939. г. и почетком 1940. г. одлазила у стан Д. С. и говорила да јој врачанем може повратити одвојено живећег мужа, али да јој је за то потребан новац да би га носила у цркву и тамо оставила да стоји, и да би куповала разне ствари потребне за врачање, па јој је у ту сврху оштећена Д. С. дала 9.000 динара“.

Сва дела суд је квалификовао као кр. дела из § 334. кз. квалификована и кажњива као једно продужено дело преваре у виду заната по § 337. кз. дајући исто образложење као у пресуди коју смо навели под 4.

Истом пресудом суд је опт. М. огласио кривом и зато: „Што је неутврђеног дана месеца децембра 1939. г. дошла у стан Ф. Ј. под изговором да тражи неку личност, па када јој је М. Ј. служавка код Ф. Ј. саопштила да та личност не постоји навела ову да јој гледа у шољу о прорекла јој да ће на лозу да добије, па јој је М. Ј. доведена у уверење да је то тачно, дала у више махова суму од 7.000 д. као награду за врачање“. – Ово дело суд је квалификовао по §-у 375. кз.

За сва ова дела оптуженој је изречена једна казна од 3 г. и 1 месец робије поред споредне казне губитка часних права за време од 4 године.

Бранилац оптужене изјавио је на ову пресуду призив и ревизију истичући опет питање квалификације. Касациони суд у Београду пресудом Кре 693/40 од 16. маја 1940. г. преиначио је ову пресуду у погледу казне изрекавши по § 64. кз. и § 286. кп. заједничку казну по свим делима из ове пресуде и пресуде цитиране под 4.) и заменивши казну лишења слободе за дело из § 375. кз. новчаном на основу § 74. кз. тако да је оптужена добила једну казну од девет година робије и 600 д. новчане казне, трајан губитак часних права и протеривање из Београда за три године. – Ревизију браниоци Касациони суд је одбио као неосновану наводећи у разлозима кратко: „да је окружни суд према чињеничном стању које је за доказано узео, правилно нашао, да се у радњи опт. М. изложеној у пресуди окружног суда под I појављују знаци обележја кривичног дела и у § 334. од. I. ст. 2. км. кажњиво по § 337. кз. а не дело из § 375 кр. зак. које кривично дело како то жели да представи ревизија, дајући за овакво правилну квалификацију дела довољно разлога у својој пресуди“.

* * *

Изнете одлуке и првостепених и виших судова по овом питању су разнолике а разноликост највећим делом има основа у различитом чињеничном стању. Различно чињенично стање ипак није требало да буде сметња да се јасно формулише и повуче разлика између дела из § 334 (одн. § 337) кз. и дела из § 375. кз. и пресуде су у томе погледу могле бити јасније. Нема изгледа да две последње, а донекле и прва дају правилан критеријум за разликовање ових дела: Дело из § 375. кз. стоји ако је окривљеник користећи се празноверицом оштећениковом извукао од овога имовинске користи као компензацију за обављање празноверичке радње.⁵¹ Имовинска корист треба да буде од окривљеника тражена и добијена као награда за учињену врачарску услугу. Ако су имовинске вредности од оштећеника узете да се са њима приликом врачања обави извесан поступак па да се по том врате натраг, а натраг не буду враћене, или ако се од оштећеника узме новац да се набаве средства за врачање па се она у опште не набаве већ окривљеник то за себе задржи, – стоји дело из § 334. кз. Први случај исто као и други има за елемент обману, само је у првом случају обмана једне специјалне, блаже врсте. Окривљеник ту узима оштећенику имовинске користи, али му отворено казује да их узима за једну контрауслугу (врачање) којој он у циљу обмане придаје извесну вредност, али за коју цео свет више или мање зна да никакве вредности нема па зна и сам оштећеник, али у своме сујеверју ипак жели да окуша срећу. Таква превара свакако је блажа врста преваре и отуда и блажа казна. То је превара без мало уз свесно садејство жртве.

Др. Т. Васиљевић

51 Т. Живановић: Основи кривичног права. – Посебни део II, 3, 74.

DOUGLAS HUSAK

Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law

Oxford University Press, Oxford, 2008, 231 str.

Premda je od pojave ove monografije u stručnoj literaturi protekla čitava decenija, hipertrofija inkriminacija u savremenim krivičnopravnim sistemima i ubrzano širenje granica krivičnopravne zaštite čini ovu problematiku i danas jednako aktuelnom. Radi se o jednom od retkih dela koja kvalitativno i produbljeno razmatraju fundamentalno pitanje svake politike suzbijanja kriminaliteta – pitanje *legitimnih granica krivičnog prava*. Retko koja državna aktivnost ima takav značaj u poređenju sa funkcijom oblikovanja krivičnopravne zaštite. Pitanje koja ponašanja predvideti kao krivična dela i kojim sankcijama reagovati na njih spada u najosetljivije polje svakog krivičnopravnog sistema. Tema je izuzetno kompleksna, jer prevazilazi uobičajen pristup pravnika dogmatičara i osim pitanja pravne prirode dodiruje i suštinske kriminalnopolitičke i nadasve moralne teme.

Autor dela *Overcriminalization, The Limits of the Criminal Law* je Douglas Husak, profesor na Rutgers University, Department of Philosophy. Iako se bavi pitanjima iz svih oblasti pravne filozofije, pretežno interesovanje je usmerio ka odnosu između krivičnog prava i morala. Plod tog interesovanja je i ovo značajno delo.

Monografija je podeljena na četiri veća odeljka. Prvi nosi naslov *The Amount of Criminal Law*, drugi *Internal Constraints on Criminalization*, treći *External Constraints on Criminalization* i poslednji *Alternative Theories of Criminalization*. U okviru svakog odeljka sadržane su odgovarajuće potceline. Na kraju se nalazi popis navedenih slučajeva iz prakse, bogata i relevantna literatura, kao i pregledan indeks pojmova.

U prvom odeljku (*The Amount of Criminal Law*) autor zabrinuto potcrtava osnovnu odliku krivičnopravnog sistema u Sjedinjenim Američkim Državama (a to je ujedno i odlika gotovo svakog savremenog sistema) koji je hipertrofirani i koji zbog de-vize „što više krivičnog prava i što više kazne“ suštinski označava odmetanje od ideje pravde kojoj pravo barem idealistički treba najpre da služi. Autor na samom početku nezadovoljno konstatuje da je najveći problem krivičnog prava to što ga ima previše. A previše krivičnog prava znači i previše kazne (nelegitimni propisi vode nužno nepravednoj primeni kazne). Zatim naglašava visoku stopu kriminaliteta i čestu primenu kazne zatvora u SAD, daleko iznad proseka koji postoji pre svega u evropskim zemljama. Ipak zaključuje da sve veći broj novih krivičnih dela nije i jedini razlog za porast zatvorske populacije. Jednako je od značaja i činjenica da su propisane kazne izuzetno stroge. Iako ističe da je kazna nužno zlo (mada po njegovom mišljenju pravedna i zaslužena kazna ne predstavlja zlo) autor postavlja pitanje da li je prečesta primena kazne zaista neophodna i adekvatna u postizanju zaštitne funkcije krivičnog prava. Ukazuje i na poznatu zabludu da pretnja i primena strogih kazni za posledicu ima smanjenje stope kriminaliteta. Preterana inkriminalizacija ugrožava i garantivnu funkciju krivičnog prava. Od građana se može očekivati da prilagode svoje ponašanje jedino pravilima koja su im poznata. U sistemu koji je pretrpan inkriminacijama niko ne može znati da li se kreće u granicama pravom dozvoljenog prostora. Čak se i od usko specijalizovanih pravnika ne može očeki-

vati da poznaju sve krivičnopravne norme. Krivičnopravni ekspanzionizam osim toga zahteva i mnogo materijalnih troškova, što uglavnom podrazumeva preusmeravanje sredstava iz područja kojima je pomoć neophodna da bi pravosudni mehanizam efikasno funkcionisao. Preterana primena kazne slabi njenu oštricu i značajno umanjuje negativne efekte stigme, snižavajući i nivo odvraćajućeg efekta pretnje kaznom. Konačno, hiperinkriminalizacija narušava principe vladavine prava i načelo zakonitosti u propisivanju i izricanju kazne.

Za razliku od ranijeg perioda krivično pravo je danas postalo jedna dinamična grana prava; usklađivanje sa međunarodnim aktima zahteva po pravilu brojne izmene i dopune krivičnog zakonodavstva, što sistem inkriminacija čini predimenzioniranim i nepreglednim. Poseban problem u tom smislu predstavlja stanje u sporednom krivičnom zakonodavstvu; intervencije u ovoj oblasti nužno zahvataju i u čitav opseg krivičnopravne zaštite. Može se s pravom reći da postoji preveliki broj beznačajnih delikata.

U razvijanju svoje osnovne ideje u ovom poglavlju, kako i na koji način sve više krivičnih dela proizvodi sve više štete po čitavo društvo, a nasuprot tradicionalnoj kategoriji *mala in se* i *mala prohibita* autor uvodi svoju kategorizaciju delikata: *overlapping crimes* – brojna dela na federalnom i državnom nivou se preklapaju, ali to je slučaj i na nivou iste jurisdikcije); uz to, tužilac ima značajna ovlašćenja da učinioca goni za veći broj takvih krivičnih dela (koja sadrže gotovo identična obeležja), što uvećava šanse da kazna bude znatno stroža; *risk prevention crimes* – druga kategorija koja je doprinela rastu krivičnopravne intervencije. Ovde je samo mogućnost povređivanja dovoljan razlog za zabranu i ova dela uključuju daleke i udaljene oblike napada na određeno pravom zaštićeno dobro; *ancillary offenses* – koji služe kao rezervno biće u slučaju kada tužilaštvo ne može da dokaže u potpunosti i van razumne sumnje ostvarenost elemenata nekog primarnog, po pravilu težeg krivičnog dela. Dela iz navedene tri grupe

relativizuju neke važne krivičnopravne norme i standarde, poput zahteva skrivljenog ostvarenja nepravda, ili dolazi do prebacivanja tereta dokazivanja, šire mogućnosti za kažnjavanje nečinjenja itd. U njima je po rečima autora oličena i dramatična ekspanzija krivičnog prava.

U drugom (*Internal Constraints on Criminalization*) i trećem (*External Constraints on Criminalization*) odeljku autor daje sliku jednog poželjnog i ograničenog krivičnopravnog mehanizma, razvijajući teoriju o krivičnopravnom minimalizmu, uz brojna ograničenja dominantnom pristupu. On pokušava da pronađe merila za razlikovanje legitimnih i prihvatljivih inkriminacija od onih koje se pretvaraju u nepotrebno i štetno širenje granica krivičnog prava. Smatra da je potrebno razviti takvo kriminalnopolitičko učenje koje će postaviti određene principe kako bi krivično pravo bilo razumno ograničeno i odrediti uslove pod kojima je opravdano pribеći mehanizmima krivičnog prava. Pravo na kažnjavanje pripada državi i to je osnovna odlika krivičnog prava prema drugim sistemima socijalne zaštite. Učiniocu krivičnog dela pretila primena državne kazne. Pitanje koje je osnovno glasi: koje su to odlike ponašanja zbog kojih je legitimna primena državne kazne? Ovo pitanje otvara poznatu raspravu o legitimnosti i opravdanju kazne. Kazna je prema stavu autora opravdana jedino ako predstavlja pravedan odgovor za učinjeno nepravdo, i u meri koja je srazmerna težini dela i stepenu krivice učinioca. Smatra da postojeći sistem krivičnog prava ne ispunjava ove pretpostavke legitimne pretnje krivičnom kaznom. Pre svega, navedene uslove ne ispunjavaju mnogi delikti na periferiji kruga inkriminacija, znatno udaljeni od njegovog tradicionalnog jezgra.

Njegova teorija počiva na sedam osnovnih teza, tj. generalnih principa koji treba da ograniče državnu vlast i njeno pravo na kažnjavanje. Ograničenja mogu dolaziti spolja, van samog krivičnog prava i to je razmotreno u trećem poglavlju, dok u drugom autor navodi neke unutrašnje faktore,

koje derivira iz samog korpusa krivičnog prava (premda konstatuje da je takva podela grubo postavljena).

Iako su još kasnih šezdesetih godina XX veka pojedini teoretičari ukazivali na negativne posledice hiperinkriminalizacije po čitavo društvo i pravosudni sistem (smatrali su da ponašanja koja ne izlaze iz sfere privatnosti ne zaslužuju da budu zaprećena krivičnom kaznom) čini se da je fenomen preterane inkriminalizacije van fokusa u današnjem naučnom diskursu. Na ovom mestu autor navodi određene kriterijume koji bi obuzdali preterano pribegavanje krivičnom pravu. Osnovnu prepreku olakom posezanju krivičnopravnim mehanizmima vidi u nastojanju da se inkriminacijom pruži zaštita dobru koje je zaista vredno, pa napadi na dobra koja nisu naročito važna ne zaslužuju da se smatraju krivičnopravno relevantnim (*nontrivial harm or evil constraint*). Krivična odgovornost se nadalje ne može pripisati ukoliko učiniočevo ponašanje na neki način nije izraz nepravda, tj. ako ne predstavlja protivpravno delo (*the wrongfulness constraint*). U prilog prvom ograničenju navodi institut krajnje nužde (*necessity*), pristanak povređenog kao osnov isključenja krivičnog dela (*consent*), kao i delo malog značaja (*defense of de minimis*). Smatra da nijedan od ovih instituta ne bi imao smisla ukoliko krivičnopravna zaštita nije zamišljena tako da bude orijentisana isključivo na najvrednija dobra. Na taj način originalno pronalazi klicu ograničenja državne vlasti u samom sistemu Opšteg dela krivičnog prava. Drugo ograničenje proizlazi iz opšteg učenja o pojmu krivičnog dela, tj. da bi delo bilo krivično mora biti protivpravno. Ukoliko delo učinioaca ne ispunjava uslov da je protivpravno onda otpada svaka mogućnost izricanja krivične kazne. Konačno, autor smatra da na procesnom planu teret dokazivanja treba da bude na subjektu koji inicira postupak (*the burden of proof constraint*). Svi navedeni kriterijumi treba da omoguće racionalnije odlučivanje za pretnju kaznom, naročito u sferi delikata koji nemaju inherentan kriminalni karakter (*mala prohibita*).

Autor razvija sopstveno i jako interesantno shvatanje prema kome svako ko svoje ponašanje upravlja prema postojećim pravilima ima *pravo da ne bude kažnjen*. Narušavajući prethodno navedena tri principa država istovremeno krši i ovo pravo. Ono nasuprot tome nije narušeno ukoliko su prethodne pretpostavke opravdane inkriminalizacije ispunjene. Krivična kazna zahteva opravdanje, jer predstavlja najtežu pravnu sankciju, podrazumeva deprivaciju i prekor, osudu. Autor ispravno zastupa stav da opravdanje neograničenog vršenja prava na kažnjavanje koje bi isključivo počivalo na argumentima utilitarističkog pristupa nije samo po sebi dovoljno. Zaštita po svaku cenu nije opravdana.

Ograničenja izvan samog krivičnopravnog sistema, koja proishode iz kriminalnopolitičke teorije o uslovima pod kojima je dozvoljeno kršenje prava da se ne bude kažnjen autor najpre pronalazi u ustavnom okviru. Prema ustavu nadležnost u krivičnoj materiji u SAD je gotovo u isključivoj nadležnosti saveznih država. Ustavne garantije se uglavnom tiču krivičnog postupka, obezbeđenjem nekih važnih procesnih privilegija, dok se mali broj članova ustava direktno odnosi na materijalno krivično pravo. Tako Osmi amandman zabranjuje surovo i nečovečno postupanje, što dalekosežno može značiti zabranu kažnjavanja za misli, karakter ili način života, već označava kažnjavanje samo za učinjeno delo. Određena prava i slobode podignuta i na rang ustavnih dobara zahtevaju posredno i krivičnopravnu zaštitu, tako da se u tim slučajevima uglavnom ne dovodi u pitanje kriminalnopolitička opravdanost takvih inkriminacija. Fundamentalna prava, da bi bila omogućena podrazumevaju i odgovarajuću krivičnopravnu zaštitu. Autor zagovara racionalnu kriminalnu politiku; smatra i da mora postojati jasan društveni interes koji se želi postići zakonom, dalje da zakon treba da je upravljen isključivo ka tom cilju i tako ustrojen da ne zadire nepotrebno u druge oblasti. Naročito kritikuje sve veće proširivanje kriminalne zone na prevenciju

rizika (*crimes of risk prevention*), stavljajući u fokus kritiku u odnosu na određena dela (posedovanje opojne droge). Na kraju, nezadovoljno konstatuje da je na praktičnom planu malo urađeno da se ove pretpostavke ostvare i efikasno ograniči krivičnopravna intervencija.

Konačno, u poslednjem, četvrtom odeljku (*Alternative Theories of Criminalization*) autor polazeći od postojećih teorijskih shvatanja koja su uglavnom tradicionalno ukorenjena (*economic analysis of law, utilitarianism, legal moralism*), nudi argumente kojima bi potvrdio superiornost svoje teorije inkriminalizacije u odnosu na shvatanja koja prevashodno insistiraju na jednostranom pristupu.

Krivično pravo u poslednje vreme zadobija jednu novu ulogu, ulogu da sveobuhvatno štiti, čak i od prvih nagoveštaja štetnog ponašanja. Središte se sa učinjenog dela prebacuje na opasnost učinioca i prevenciju od mogućeg vršenja krivičnog dela. Posledica toga je konstantna i ubrzana reforma krivičnopravnog sistema koji sve više biva opterećen novim i brojnim inkriminacijama, od kojih mnoge ne zadovoljavaju stroge imperativne načela zakonitosti, legitimnosti i principa pravne države. Od jednog pravnodržavnog krivično pravo se pretvara u nedemokratsko krivično pravo koje ima za cilj da štiti po svaku cenu, i koje u građanima vidi neprijatelje poretka protiv kojih je dozvoljeno koristiti sva raspoloživa sredstva. Pošto je nosilac politike suzbijanja kriminaliteta i to ne samo kod nas, već širom sveta, preuzeo sve veću aktivnost, proširujući tradicionalne okvire jednog u osnovi demokratskog krivičnog prava, potrebno je da nauka kritički sagleda postojeće stanje i da ukaže na višestruku štetnost i negativne efekte jednog predimenzioniranog krivično-

pravnog sistema. U tom smislu, ovo delo zavređuje naročitu pažnju, jer autor znalački i vešto prepoznaje problem, nudeći i konkretne predloge za izgradnju jednog sistema koji bi bio po meri osnovnih krivičnopravnih i kriminalnopolitičkih principa i suštinski poslednje sredstvo u suzbijanju kriminaliteta. Autor pri tome vešto vodi čitaoca kroz čitavo delo, koje odlikuje lepa struktura i postupno razvijanje teme. On ispravno ukazuje na problem hipertrofije inkriminacija, a potom nudi određena rešenja kojima bi se ograničila mera krivičnopravne intervencije, koristeći jednako umešno i pravnodogmat-ski i kriminalnopolitički pristup, te tako uspešno balansira u svom nastojanju da mu delo ne bude ni previše filozofsko za jednog dogmatičara, ni toliko opterećeno pravnodogmat-skim pitanjima da bi predstavljalo nepristupačan teren za jednog pravnog teoretičara. Svoju teoriju s pravom naziva *krivičnopravnim minimalizmom* (zanimljivo je istaći da je taj pojam u našoj literaturi pre više decenija prof. Z. Stojanović skovao potpuno samostalno), jer jedino takvo krivično pravo može sa uspehom da odgovori svom osnovnom zadatku (da obavlja zaštitnu funkciju).

Jasan i lep stil uz poneke i povremene simplifikacije, tipične za anglosaksonske autore, koje ipak ne umanjuju kvalitet čitavog dela, omogućiće i onima koji nemaju naročita saznanja o osnovnim krivičnopravnim pojmovima i kriminalnopolitičkim pravcima da razumeju centralnu autorovu ideju, koja se kao lajtmotiv provlači kroz čitavo delo, a istovremeno je i ključna pretpostavka jedne racionalnije, uspešnije i legitimnije krivičnopravne intervencije – *što manje krivičnog prava*.

Ivan Đokić

U Beogradu je početkom juna u organizaciji OEBS-a održana konferencija pod nazivom *Alternative krivične sankcije – regionalna krivična zakonodavstva, iskustva u primeni i mere unapređenja* na kojoj su učešće uzeli predstavnici svih republika članica nekadašnje SFRJ. Na predlog Organizatora, Redakcija CRIMEN-a je odlučila da objavi završni akt sa ovog skupa.

Zaključci i preporuke sa Konferencije o alternativnim krivičnim sankcijama

1. Učesnici Konferencije su jedinstveni u stavu da su alternativne krivične sankcije danas i realnost i nužnost. I pored toga što njihov domet nije neograničen one svojom primenom, uz istovremenu primenu pojednostavljenih formi postupanja u krivičnim stvarima, krivično pravo reformišu u meri koja ga čini upotrebljivijim instrumentom za suzbijanje kriminaliteta ublažavajući i neke slabosti u njegovom funkcionisanju.

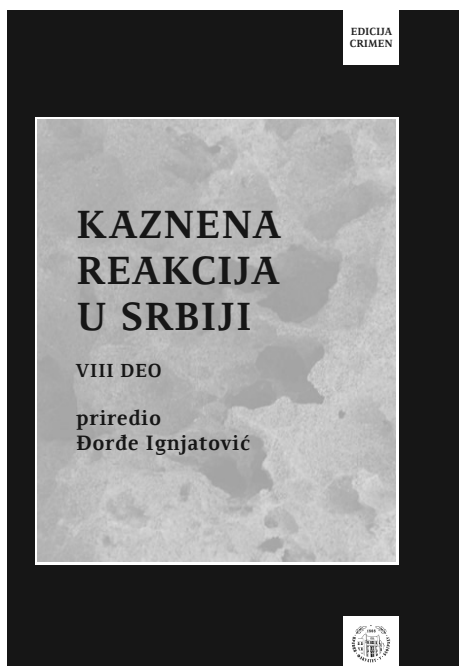
2. Imajući u vidu kriminalno-političke razloge koji govore u prilog alternativnih krivičnih sankcija i njihovim prednostima nad klasičnim krivičnim sankcijama kada su u pitanju lakši i srednji oblici kriminalnih aktivnosti, a posebno nad kratkotrajnim kaznama lišenja slobode sasvim je ispravan pristup u krivičnom zakonodavstvu država regiona da se u sistemu krivičnih sankcija posebna pažnja posveti alternativnim krivičnim sankcijama.

Posmatrano sa aspekta krivičnih zakonodavstava država regiona čiji su predstavnici učesnici Konferencije može se konstatovati da je po pitanju alternativnih krivičnih sankcija urađeno, normativno posmatrano, relativno dosta. Međutim, to ni u kom slučaju ne znači da nema prostora za širenje tih mogućnosti. Nasuprot. Prostor postoji i treba ga iskoristiti.

3. Postojeće zakonske mogućnosti za izricanje alternativnih krivičnih sankcija nisu iskorišćene. Razlozi zato su višestruki. Ključna su tri. Prvo, u nekim slučajevima to je posledica neadekvatnih zakonskih rešenja. Drugo, još uvek nedovoljan stepen svesti nosilaca pravosudnih funkcija o prednostima alternativnih krivičnih sankcija nad klasičnim krivičnim sankcijama kada su u pitanju lakši i srednji oblici kriminalnih aktivnosti. Treće, još uvek neobezbeđeni uslovi za primenu postojećih zakonskih mogućnosti za izricanje alternativnih krivičnih sankcija. S obzirom na sve ovo nužno je obezbediti uslove i otkloniti prepreke (što u nekim slučajevima uključuje i adekvatnije zakonsko regulisanje) za širu primenu alternativnih krivičnih sankcija.

4. Učesnici Konferencije upućuju reči zahvalnosti Misiji OEBS-a u Srbiji na organizaciji Konferencije koja je, kao i sedam prethodnih, u funkciji kvaliteta rada na reformi krivičnog zakonodavstva država regiona i u funkciji unapređenja i produbljivanja kolegijalnih odnosa pravnika krivičara država regiona.

EDICIJA *CRIMEN*



Edicija CRIMEN • Knjiga 42

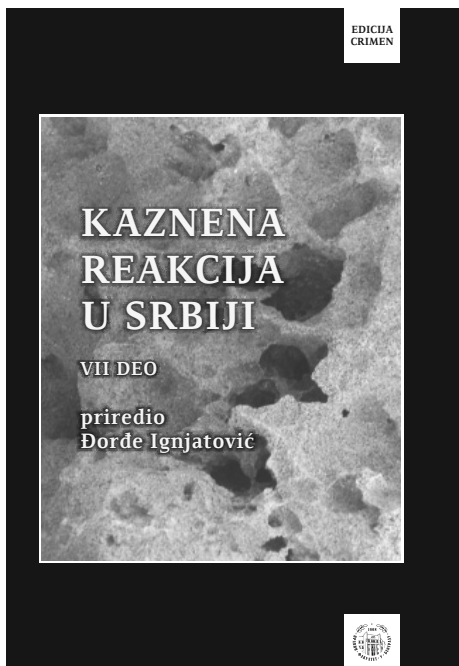
Edicija CRIMEN • Knjiga 41



Hal Pepinski

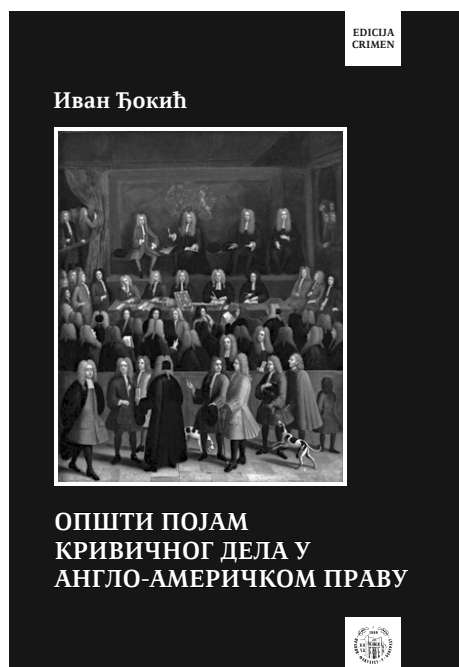
MIROTVORSTVO
razmišljanja jednog
radikalnog kriminologa

EDICIJA *CRIMEN*

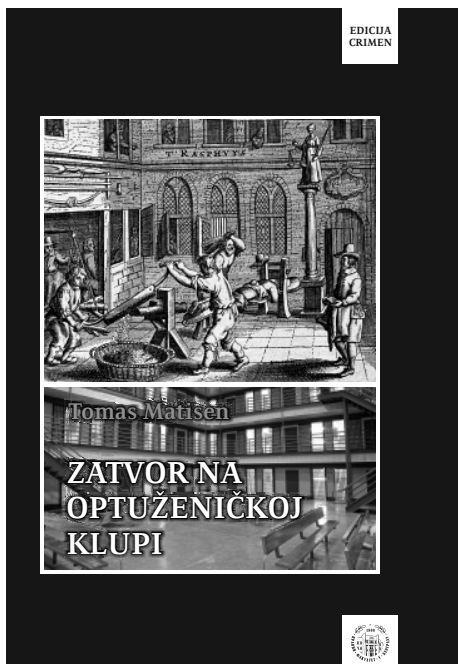


Edicija *CRIMEN* • Knjiga 40

Edicija *CRIMEN* • Knjiga 39



EDICIJA *CRIMEN*



Edicija CRIMEN • Knjiga 38

Edicija CRIMEN • Knjiga 37



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 – Uporedno-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 Huard: 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 OPTUŽENIČKOJ 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