

UDK 343 : ISSN 2217-219X

CRIMEN

ČASOPIS ZA KRIVIČNE NAUKE || JOURNAL FOR CRIMINAL JUSTICE



PRAVNI FAKULTET
UNIVERZITETA U BEOGRADU

BEOGRAD 2024 / BROJ 1 / GODINA XV

CRIMEN

ČASOPIS ZA KRIVIČNE NAUKE || JOURNAL FOR CRIMINAL JUSTICE

Izdavač

Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet

u saradnji sa

Kriminološkom sekcijom Srpskog udruženja za krivičnoravnu teoriju i praksu

Naučni savet / Scientific council

Prof. dr Hans-Jörg Albrecht, Frajburg (Nemačka)	prof. dr Danilo Basta
prof. dr Serge Brochu, Montreal (Kanada)	prof. dr Antonio Cavaliere, Napulj (Italija)
prof. dr Stefano Ferracuti, Rim (Italija)	prof. dr Christian Grafl, Beč (Austrija)
prof. dr Dragan Milovanovic, Čikago (SAD)	prof. dr Sergio Moccia, Napulj, Italija)
prof. dr Eduard Filipović Pobegajlo, Moskva (Rusija)	prof. dr Dulce Maria Santana Vega, Las Palmas (Španija)
prof. dr Miroslav Scheinost, Prag (Češka)	prof. dr Ulrich Sieber, Frajburg (Nemačka)
prof. dr Dragan Simeunović	prof. dr Snežana Soković
dr Ivana Stevanović	prof. dr Klaus von Lampe, Berlin (Nemačka)
prof. dr Radenko Vuković	dr Slobodan Vuković

Redakcija / Editorial board

Glavni i odgovorni urednik / Editor-in-Chief prof. dr Zoran Stojanović

Urednik / Associate editor prof. dr Đorđe Ignjatović

Zamenik urednika / Vice editor prof. dr Igor Vuković

Članovi Redakcije / Editorial board members

prof. dr Nataša Delić	prof. dr Đorđe Đorđević	prof. dr Goran Ilić	prof. dr Zoran Ilić
prof. dr Dragana Kolarić	Mladen Nenadić	prof. dr Milan Škuljić	

Saradnici / Collaborators

doc. dr Ivan Đokić, sekretar Redakcije Irena Popović Lingurić, lektor
dr Jovana Banović, Ivana Radisavljević i dr Ivana Miljuš (tehnička priprema priloga)

Uz tekst, autori dostavljaju izjavu čiji formular se nalazi na Web adresi Časopisa.

Rad ocenjuju dva nezavisna, anonimna recenzenta. Ako odluke recenzenata nisu iste u pogledu prihvatanja rada, traži se mišljenje trećeg recenzenta, s tim da urednik može da donese odluku bez traženja dodatne recenzije. Rok za ocenu rada od trenutka prijema do odluke o objavljivanju je četiri meseca. / Submitted manuscripts are subject to a double-blind external peer review. If the reviewers' decisions are not the same regarding the acceptance of the paper, the opinion of the additional reviewer is sought. However, the editor-in-chief can make a decision about the publication without the additional review. The peer review process and notification of acceptance, revision, or rejection should last no longer than four months, counting from the submission of the manuscript.

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

Časopis CRIMEN je indeksiran i uključen u sledeće međunarodne baze / CRIMEN Journal is indexed by and included in international bases: *HienOnline*, *EBSCO*, *CEEOL*, *Electronic Journals Library (EZB)*.

ADRESA REDAKCIJE / EDITORIAL ADDRESS:

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

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

© Autori prenose na Časopis autorska prava za dostavljene tekstove. / Authors transfer to the Journal their rights to submitted texts.

Priprema: Dosije studio, Beograd Štampa: Donat graf, Beograd

GODIŠNJA PRETPLATA: 750 RSD; pojedinačan broj 300 RSD / Annual subscription: 30 €

Objavljivanje ovog broja Časopisa finansijski su podržali Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije i Banka Poštanska štedionica a. d. Beograd

SADRŽAJ

ČLANCI

- Milan Škulić, Dokazni značaj informacija iz komunikacije ostvarene aplikacijama/modifikovanim uređajima za kriptovanje – kao što su *Sky ECC* i *EnchroChat*. 3
- Igor Vuković, Rođeni čovek kao objekt krivičnopravne zaštite – razgraničenje sa plodom 56
- Jean-Marc Hausman, Prostitution legal reform in Belgium: Abandoning the abolitionist model in favour of a neo-regulatory approach 67
- Vanja Bajović, U prilog snižavanja starosne granice krivične odgovornosti – drugačiji pogled na „većitu dilemu“ 82
- Vinko Žnidaršič, Stefan Milisavljević, Analiza osobina subjekata krivičnih dela protiv Vojske Srbije određenih Krivičnim zakonikom 106
- Višnja Randelović, Krivično delo prinudnog zaključenja braka u međunarodnom krivičnom pravu 123

IZ ISTORIJE KRIVIČNIH NAUKA

- Јован Ђ. Авакумовић, Начела о кажњењу стицаја 138

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

343

**CRIMEN : časopis za krivične nauke = Journal
for Criminal Justice / glavni i odgovorni urednik
Zoran Stojanović. – God. 1, br. 1 (2010)– . –
Beograd : Univerzitet u Beogradu, Pravni fakultet,
2010– (Beograd : Donat graf). – 24 cm**

Tri puta godišnje.

ISSN 2217-219X = Crimen (Beograd)

COBISS.SR-ID 174945036

Milan Škulić*

DOKAZNI ZNAČAJ INFORMACIJA IZ KOMUNIKACIJE OSTVARENE APLIKACIJAMA/ MODIFIKOVANIM UREĐAJIMA ZA KRIPTOVANJE – KAO ŠTO SU SKY ECC I ENCHROCHAT

Apstrakt. U radu se izlaže jedan pogled na informacije i potencijalne dokaze iz komunikacije ostvarene korišćenjem uređaja i aplikacija za kriptovanje komunikacije. Posebno se objašnjava fenomen aplikacije *Sky ECC*, koja ne samo da se najviše komentariše u medijima već je aktuelna u brojnim aktuelnim krivičnim postupcima, posebno iz sfere organizovanog kriminaliteta, kako u Srbiji, tako i širom Evrope, ali i sveta uopšte.

Nakon analiziranja osnovnih dokaznih pravila u pozitivnom krivičnom procesnom zakonodavstvu Srbije, a koja bi načelno mogla imati značaj u oceni dokazne verodostojnosti informacija proisteklih iz komunikacije ostvarene posebnim aplikacijama za kriptovanje razgovora, u radu se objašnjavaju relevantni primeri iz uporedne sudske prakse mnogih evropskih država. Objasnjeni su i veoma aktuelni slučajevi ove vrste o kojima se rešavalo u Srbiji. Analizirana je i praksa Evropskog suda za ljudska prava, koja se tiče moguće povrede prava na privatnost usled presretanja komunikacija ostvarenih posebnim aplikacijama. Posebna pažnja je poklonjena mišljenju generalnog advokata koji postupa pred Sudom pravde Evropske unije u odnosu na brojna pitanja koja je tom sudu postavio Regionalni sud u Berlinu, a koja se tiču informacija proisteklih primenom evropskog istražnog naloga, koje su prethodno u Francuskoj pribavljene posebnim operativno-taktičkim načinima za prikupljanje podataka iz komunikacije kriptovane aplikacijom *EnchroChat*.

U zaključku se ističe da nema čudotvornog recepta koji će apsolutno rešiti sve dokazne probleme koji nastaju ili mogu nastati kada je reč o informacijama iz komunikacija ostvarenih posebnim aplikacijama za kriptovanje razgovora. Vreme u kojem će se realizovati i buduća sudska praksa (čije se osnovne konture već sada relativno jasno naziru), a pre svega stavovi najviših sudova konkretnih država, pa i stavovi srpskih sudova, pokazaće kakav je realan značaj, pa i stepen relevantnosti mnogih faktora, koji bi načelno mogli imati uticaj na dokaznu verodostojnost takvih informacija/dokaza. Naravno, takva sudska praksa, kao i inače praksa sudova u pravnom ambijentu pravne države koja se odlikuje vladavinom prava, mora nastati u zakonito i pravično sprovedenim krivičnim postupcima.

Ključne reči: dokazi, šifrovana/kriptovana komunikacija, *Sky ECC*, krivični postupak, uporedno pravo, Evropski sud za ljudska prava, Sud pravde Evropske unije

* Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, sudija Ustavnog suda, skulic@ius.bg.ac.rs

1. UVODNA RAZMATRANJA

„Bauk skaja (*Sky ECC*) kruži Evropom“, kada je reč o mnoštvu aktuelnih krivičnih postupaka čiji su predmet krivična dela iz sfere organizovanog kriminaliteta, kao i druga teška krivična dela najčešće (ne)posredno povezana sa organizovanim kriminalitetom, poput tzv. teške/visoke korupcije, teških ubistava i pokušaja takvih krivičnih dela i sl. Sama aplikacija/uređaj *Sky ECC* je, inače, najpoznatija u medijskom smislu, tj. sa stanovišta komentarisanja konkretnih krivičnih postupaka u sredstvima javnog informisanja, kada se uobičajeno piše/govori o tzv. *Sky* telefonima, iako inače nije suština u „telefonu“ (mada taj sistem podrazumeva i korišćenje posebno prilagođenih telefona), već u aplikaciji. To pitanje je, naravno, bitno i u nekim aktuelnim krivičnim postupcima u Srbiji, kao i u tzv. regionu, ali je sama ta najpoznatija aplikacija te vrste, samo jedna od nekoliko specifičnih aplikacija namenjenih tajnoj/zaštićenoj komunikaciji. Naime, to su, pre svega, aplikacije tipa *Anom*, *EncroChat*, *Sky ECC*, *Bylock* i *Exclu*, ali već je u praksi primećeno da se kreiraju i neke sasvim nove aplikacije te vrste, a sasvim je izvesno da će i u tom pogledu, kao i inače, „praksa“ i ubuduće pokazivati veliku inventivnost. Tehnologija uopšte, pa naravno i veoma ekspanzivna računarska tehnologija, već decenijama svojim rapidnim razvojem doprinosi uvođenju efikasnijih metoda suzbijanja kriminaliteta, ali ona, obrnuto, često daje i veliki doprinos i razvijanju novih formi izvršenja nekih krivičnih dela¹ i boljem realizovanju nekih vidova kriminaliteta, poput organizovanog kriminaliteta, razvijanjem „otpornosti“ učinilaca takvih krivičnih dela u odnosu na radnje koje se vrše radi otkrivanja, razjašnjavanja i dokazivanja tih oblika kriminalne aktivnosti, poput posebnih dokaznih radnji kao što je nadzor nad komunikacijom. Suština svih aplikacija za tajno/zaštićeno komuniciranje je u omogućavanju da na kriptovan način komuniciraju jedino korisnici iste „platforme“.

Posebno je interesantan slučaj kompanije *Sky Global*, koja je bila komunikaciona mreža i provajder telekomunikacionih usluga, osnovan 2008. godine u Vanuveru u Kanadi. Taj sistem je bio veoma ekspanzivan te se brzo razvio u najveću globalnu mrežu za kriptovanje poruka. Prodaja usluga ove kompanije je bila organizovana na „piramidalnom nivou“, organizovanjem mreže prodavaca i preprodavaca, do krajnjeg korisnika. Korišćenje ovog vida komunikacije je bilo veoma skupo. Cena se kretala od 1.400 do 2.500 evra mesečno za period od šest meseci, uz kupovinu i samog prilagođenog uređaja. Kako su taj sistem pretežno, ako ne i isključivo (što je *questio facti*), koristile kriminalne organizacije, a posebno one koje su imale transnacionalni karakter i pretežno bile usmerene na trgovinu drogom, kompanija koja ga je kreirala i koja je bila provajder tih veoma specifičnih telekomunikacionih usluga vremenom je primarno posmatrana kao osobeni „pomagač/saradnik na profitnoj osnovi“ tih organizacija,² iako je, naravno, sama kompanija uvek zvanično tvrdila da je njen osnovni motiv za tržišno plasiranje svog „proizvoda“ zaštita privatnosti kao jednog od osnovnih ljudskih prava. To je u krajnjoj liniji i izazvalo niz

1 Ž. Aleksić, M. Škulić (2020). *Kriminalistika*, 11. izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, p. 357.

2 <https://www.justice.gov/usao-sdca/pr/sky-global-executive-and-associate-indicted-providing-encrypted-communication-devices>, 27. mart 2024.

policijskih/pravosudnih akcija u nekoliko zemalja početkom 2021. godine, kada je infrastruktura te kompanije i njenog sistema narušena, a sama kompanija prestaje sa radom u martu 2021. godine, kada je proizvođač telefona *BlackBerry* onemogućio da ona koristi njegov servis. Kasnije je i američki FBI zaplenio/blokirao *website* te kompanije.

Sistem *Sky ECC* kriptovanja, koji se danas najviše i spominje u brojnim aktuelnim krivičnim postupcima, kao i u medijima, originalno je razvijen na platformi mobilnog telefona *BlackBerry*, koji je i sam obezbeđivao specifičnu složenu kriptografiju, od koje i počinje skraćenica *ECC* (*elliptic-curve cryptography*). U posebne karakteristike te vrste komuniciranja koju je na *BlackBerry* platformi razvila kompanija *Sky Global* spadao je i veoma efikasan mehanizam „samouništenja“ poruke, nakon što istekne unapred definisan vremenski period. Naime, kompanija *Sky Global* je za potrebe tajnog/zaštićenog komuniciranja putem posebne aplikacije koristila modifikovane mobilne telefone, najčešće brendova *Nokia* i *BlackBerry*, ali i *Apple* računare, kao i sistem *Google*.

Telefoni koji su korišćeni za kriptovanu komunikaciju tehnologijom koju je razvio *Sky Global* bili bi tehnički modifikovani kako ugrađivanjem posebne aplikacije, te blokiranjem svih drugih, inače uobičajenih aplikacija, koje su postojale na telefonu samo vizuelno, ali nisu bile funkcionalne, tako i uklanjanjem kamera, mikrofona, kao i mogućnosti lociranja putem GPS-a. Svaki tako modifikovan i prilagođen telefon imao je i „dugme ubicu“, odnosno „dugme za samoubistvo informacija“. To, naravno, nije bilo realno „dugme“ u fizičkom obliku, već se svodilo na poseban mehanizam uništenja/nepovratnog brisanja svih informacija sadržanih u telefonu, onda kada bi korisnik aktivirao tzv. lozinku za hitno reagovanje u opasnim/ugrožavajućim situacijama („panic password“). Informacije bi bile uništavanje i ukoliko bi se više puta uzastopno pogrešnom lozinkom pokušalo aktiviranje telefona, ili čak nekada posle samo jedne pogrešno „ukucane“ lozinke. Najčešće je i sam „password“ bio „kamufliiran“, tako što bi se aktivirao ukucavanjem određene brojčane operacije u kalkulator na telefonu (koju je određivao sam korisnik uređaja i mogao periodično da je menja), ali se pritom, nije radilo o pravom kalkulatoru, niti se zaista sprovodila brojčana operacija, poput sabiranja, množenja i sl., već je to samo bio način za prikriveno aktiviranje aplikacije/telefona. Ukupno je bilo registrovano oko 171.000 *Sky ECC* uređaja, pretežno u Evropi, Severnoj Americi, na Srednjem istoku i u nekim južnoameričkim državama, najviše u Kolumbiji. Posebno je indikativno bilo postojanje velikog broja korisnika i njihovih komunikacija u regionima tipičnim za multinacionalne operacije transnacionalnog organizovanog kriminaliteta usmerenog na krijumčarenje opojnih droga, kao što su to bile velike luke, poput Roterdama, Antverpena itd.

Kao i inače, često je „život inventivniji od prava“, a rapidan napredak tehnike i tehnologije, s jedne strane, redovno doprinosi uvođenju novih tehničko-tehnoloških metoda u funkciji efikasnijeg otkrivanja/razjašnjavanja/dokazivanja krivičnih dela, što predstavlja domen kriminalističke tehnike, kao najdinamičnijeg segmenta kriminalistike.³ Međutim, s druge strane, nekada omogućava i efikasnije vrše-

3 M. Škulić (2022). *Kriminalistika*, Beograd, p. 17.

nje određenih krivičnih dela, komuniciranje lica u tzv. kriminalnom podzemlju i sl. Inače, kada je reč o fenomenu korišćenja, a zatim „provaljivanja“ te vrste zaštićene komunikacije zahvaljujući korišćenju posebnih „uređaja“, odnosno specijalnih aplikacija namenjenih tajnoj/zaštićenoj komunikaciji, u našoj teoriji se već isticalo da „samo posedovanje ovih uređaja/aplikacija nije bilo zabranjeno, oni su, na različitim internet stranama reklamirani uz garancije sigurne komunikacije bez mogućnosti prisluškivanja, a na web-strani kompanije *Sky Global* čak je i velikodušno nuđena nagrada od četiri miliona dolara onome ko bi uspeo da dekodira enkripciju ove mreže“.⁴

Sada kada je (očigledno suprotno tvrdnjama iz reklame kompanije *Sky Global*) ipak došlo do sistematskog „provaljivanja“ komunikacija ostvarenih putem tih specifičnih uređaja/aplikacija, primećeno je da „kriminalno podzemlje“ najčešće i dalje koristi aplikacije i uređaje ove vrste, ali sada na način koji značajno otežava nadzor tako ostvarene komunikacije, bez obzira na to što za to, inače, već postoji odgovarajući „know how“. To se postiže kreiranjem potpuno novih i još naprednijih aplikacija/uređaja te vrste i novim načinom/novom taktikom korišćenja takvih aplikacija/uređaja. To podrazumeva da učesnici u komunikaciji koriste nekoliko aplikacija sukcesivno, tako da jednom šalju prvu poruku, a drugom primaju odgovor, pa zatim opet menjaju aplikacije za dalju komunikaciju itd. Takvim „ukrštenim“ i simultanim korišćenjem većeg broja aplikacija/uređaja za zaštićenu/šifrovanu komunikaciju značajno se otežava nadzor na do sada uobičajene načine, te se samim tim višestruko podiže stepen otpornosti takvog načina komuniciranja u odnosu na postojeće načine kontrole i „provaljivanja“ od strane nadležnih državnih organa, pre svega policije i drugih nadležnih službi pojedinih država koje su, zahvaljujući svojim veoma naprednim tehničkim mogućnostima, do sada povremeno uspevale da ostvare prodore u tu vrstu tajne komunikacije.

Osnovna funkcionalna karakteristika svih uređaja/aplikacija koje omogućavaju šifrovanu/zaštićenu komunikaciju jeste da su one isključivo i kreirane radi obezbeđivanja tajne i zaštićene komunikacije svojim korisnicima. To je osnovna, ako ne i jedina svrha njihovog postojanja. To praktično znači da je osnovna ideja prilikom stvaranja i korišćenja takvih uređaja/aplikacija bila obezbeđivanje da takav način komuniciranja bude maksimalno „imun“ i otporan u odnosu na inače uobičajene oblike „presretanja“ i nadzora komunikacija koje se ostvaruju raznovrsnim i klasičnim tehničkim sredstvima za razgovore na daljinu i prenošenje/primanje informacija, kao kada je reč o klasičnim razgovorima putem mobilne telefonije (što uključuje i razmenu poruka, tj. SMS-ova tom vrstom telefonije), a isto je i u pogledu danas u praksi znatno ređe fiksne telefonije, kao i kada je reč o komunikaciji putem interneta, što se pre svega tiče razmene mejlova.

Sušтина se, dakle, kada je reč o posebnim aplikacijama kao što je ona medijski daleko najpoznatija – *Sky ECC* (što podrazumeva i korišćenje posebno prilagođenih telefona), svodi na onemogućavanje da se komuniciranje takvim sredstvima nadzire/„presreće“ odgovarajućim posebnim dokaznim radnjama/specijalnim istražnim

4 V. Bajović (2022). EncroChat i Sky ECC komunikacija kao dokaz u krivičnom postupku, *Crimen*, 2, p. 155.

tehnikama, koje predstavljaju prisluškivanje i snimanje razgovora i uopšte nadzor komunikacija tehničkim sredstvima na daljinu, čime se postiže obezbeđivanje dokaza primenom odgovarajućih specijalnih istražnih tehnika, poput posebnih dokaznih radnji prema pravilima srpskog krivičnog procesnog prava. Sve te aplikacije i uređaji te vrste su, naravno, tržišno plasirani, a firme koje su ih kreirale su redovno ostvarivale veliku dobit prodajom takve vrste usluga. Iako često, u praksi u vezi sa konkretnim krivičnim postupcima, pre svega krivičnoprocesni subjekti u funkciji odbrane objašnjavaju da je osnovna ideja razvijanja i tržišnog plasmana takvih aplikacija bila zaštita privatnosti, činjenica je da su u praksi takve vidove zaštićene komunikacije skoro isključivo, mada i to, naravno, predstavlja svojevrsni *questio facti* u svakom konkretnom slučaju, koristili okrivljeni za teška krivična dela, pretežno u sferi organizovanog kriminaliteta.

Dakle, u mnogim evropskim državama, kao i u samoj Srbiji, te u tzv. regionu, jedno od veoma aktuelnih pitanja je šifrovana/kriptovana komunikacija, odnosno pitanje dokazne verodostojnosti u krivičnom postupku tajne/šifrovane komunikacije ostvarene određenim tehničkim sredstvima, na temelju posebnih aplikacija za tajno/zaštićeno komuniciranje i dokaza/informacija proizišlih iz dešifrovanja tako ostvarene komunikacije. To pitanje je važno i sa stanovišta važećih nacionalnih krivičnoprocesno-dokaznih pravila i u kontekstu delovanja Evropske konvencije o ljudskim pravima i u vezi sa njom, donekle već postojeće, ali i očekivane prakse Evropskog suda za ljudska prava. Osim toga, u toj sferi je značajan i stav Suda pravde EU, koji se nedavno, iniciran zahtevom nadležnih nemačkih pravosudnih organa, ali samo na preliminarnom nivou i to aktivnostima generalnog advokata koji pred tim Sudom postupa, „oglasio“ i u odnosu na to pitanje. Tako je i za države u sastavu Evropske unije, koje taj stav, kao svojevrsno „imperativno tumačenje“, i formalno obavezuje, ali je taj intepretativni stav od značaja i za države koje su kao „kandidati“ u izvesnoj meri u „pravnoj orbiti“ EU.

U daljem tekstu će se izložiti jedan pogled na pitanje osnovnih dokaznih problema i procesnih reperkusija pojave u krivičnom postupku dokaza/informacija proizišlih iz (de)šifrovane komunikacije ostvarene korišćenjem posebnih aplikacija za tajno/zaštićeno/kriptovano komuniciranje, uz odgovarajuću analizu uporedno-pravnih primera/prakse. Osim toga, kao i inače kada je reč i o bilo kojoj drugoj vrsti informacije/dokaza u krivičnom postupku, neophodno je obratiti pažnju i na objašnjenje osnovnih zakonskih pravila koja se generalno i načelno tiču pravne valjanosti/zakovitosti dokaza. To će se, naravno, prikazati bez konačnog zaključka u pogledu definitivnog dokaznog značaja/definitivne dokazne verodostojnosti dokaza/informacija proizišlih iz oblika tajne/kriptovane komunikacije tehničkim sredstvima i korišćenjem posebnih aplikacija, a koja je dešifrovana na relevantne tehničke načine i u određenom pravnom ambijentu, što znači u skladu sa pravilima konkretne države/konkretnih država čiji su nadležni organi sprovodili konkretne dokazne radnje i pribavljali podatke o ostvarenoj tajnoj komunikaciji jer pravo na izvođenje takvog definitivnog zaključka pripada samo nadležnim sudovima u krivičnom postupku/aktuelnim krivičnim postupcima.

2. RELEVANTNE ODREDBE EVROPSKE KONVENCIJE O LJUDSKIM PRAVIMA I OSNOVNIM SLOBODAMA – KADA JE REČ O INFORMACIJAMA/DOKAZIMA PROIZIŠLIM IZ (DE)ŠIFROVANE KOMUNIKACIJE KRIPTOVANE POSEBNIM APLIKACIJAMA

Dokazni značaj informacija proizišlih iz (de)šifrovane komunikacije, što se tiče i načina pribavljanja/korišćenja tih informacija/dokaza i njihove veze sa drugim informacijama/dokazima, onda kada je reč o pravnim sistemima država koje su članice Saveta Evrope, imaju i određene odredbe Evropske konvencije o ljudskim pravima (EKLJP). To se pre svega tiče člana 5. EKLJP (pravo na slobodu i bezbednosti) te člana 6. EKLJP (pravo na pravično suđenje).⁵ U određenoj meri je relevantan i član 8. EKLJP (pravo na privatnost), što će se, ilustracijom prakse ESLJP koja se tiče tog prava u kontekstu korišćenja u krivičnom postupku informacija proizišlih iz (de)šifrovane komunikacije ostvarene posebnim uređajima/aplikacijama za zaštićeno/tajno komuniciranje putem kriptovanja, posebno objasniti u daljem tekstu.

Kada je reč o pitanju zakonitosti/pravne valjanosti dokaza, od značaja je tradicionalni i davnašnji stav Evropskog suda za ljudska prava da se to pitanje načelno reguliše nacionalnim zakonodavstvom, tako da samo sud u krivičnom postupku koji se vodi u konkretnim državama članicama/strankama Evropske konvencije o ljudskim pravima može da oceni da li je postupak, posmatran u celini, vođen tako da se može smatrati *fair* procedurom (*Schenk v. Switzerland* §§ 45–46;⁶ kao i *Khan v the United Kingdom* § 34).⁷ ESLJP se do sada nije neposredno bavio pitanjem dokaznog kredibiliteta informacija proizišlih iz (de)šifrovane komunikacije ostvarene posebnim uređajima/aplikacijama za zaštićeno/tajno komuniciranje putem kriptovanja, u kontekstu prava na pravično suđenje, ali bi pitanje korišćenja takvih dokaza potencijalno moglo da bude predmet odlučivanja ESLJP i u kontekstu ocene po-

5 Na temelju uobičajenih prevoda tih odredaba Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama, kao i u vezi s tim, na osnovu formulacije sadržane u članu 32. stav 1. Ustava Republike Srbije, uobičajeno se govori o „pravu na pravičan krivični postupak/pravu na pravično suđenje“, u pogledu čega se, inače s pravom, ističe i da se u tom pogledu može govoriti i o pogrešnom prevodu na srpski jezik engleske sintagme *fair and public hearing*, gde se ne uzima u obzir da bi adekvatan prevod engleske reči „fair hearing/fair procedure“ pre bio pošten postupak/pošteno suđenje, nego pravičan postupak/pravično suđenje. Više o tome: K. Čavoški (2017). *O pravdi i pravičnosti*, Beograd, p. 249–250.

S druge strane, pravičnost, kako je formulisana u našem Ustavu, ali već i u članu 1. Zakonika o krivičnom postupku, postala je uobičajena, te čak predstavlja segment našeg pozitivnog relevantnog prava, iako nije sporno da, kada je reč o krivičnom postupku, svakako nije reč o „pravdi i pravičnosti u njihovom suštinskom smislu“, već je osnovna ideja da se krivični postupak ostvaruje uz poštovanje prava na odbranu, pretpostavke nevinosti i svih drugih osnovnih garancija jednog elementarnog „fair“ postupka, te da obe stranke u krivičnom postupku načelno imaju jednak procesni položaj, odnosno raspoložu približno jednakim procesnim sredstvima i mogućnostima, što je, inače, suština i načela „jednakosti oružja“ u krivičnoprocesnom smislu.

6 *Application no. 10862/84 – Judgment*, 12th July 1988. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-94249%22%5D%7D>, 30. mart 2024.

7 *Application no. 35394/97, Judgment*, 12th May 2000. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-108113%22%5D%7D>, 30. mart 2024.

štovanja garancija iz člana 6. EKLJP. U daljem tekstu će se objasniti jedan skorašnji takav slučaj protiv Turske, koji se suštinski ne može smatrati nekim načelnim stavom ESLJP jer se tu radi samo o zaključku ovog suda da činjenica da je okrivljeni posedovao konkretnu aplikaciju ne može biti jedini/ekskluzivni ili pretežni dokaz, dovoljan „sam po sebi“, za zaključak suda da je on samim tim i član terorističke organizacije/mreže.

Ni kada je reč o pravu na slobodu i bezbednost (član 5. EKLJP), nema još uvek stavova ESLJP, koji bi se ticali informacija/dokaza proizišlih iz (de)šifrovane komunikacije ostvarene posebnim uređajima/aplikacijama za zaštićeno/tajno komuniciranje putem kriptovanja, a u tom pogledu je, kao i inače, bitno imati na umu i neke ustaljene stavove ESLJP. Tako je posebno relevantan stav zauzet u slučaju *Simons v. Belgium*,⁸ shodno kojem pitanje zakonitosti i upotrebe dokaza nije nužno pitanje koje obavezno treba rešavati prilikom odlučivanja o pritvoru. Ovde je od značaja i stav ESLJP izražen u slučaju *Bykov v. Russia*,⁹ iz kojeg proizlazi da se prilikom odlučivanja o opravdanosti/obrazloženosti/valjanosti pritvora u konvencijskom smislu (što se, u osnovi, svodi i na ustavnopravni kriterijum), vodi računa o sledećim kumulativno formulisanim pitanjima: 1) priroda nezakonitosti u konvencijskom smislu, što znači sa stanovišta ocene da li je nastupila povreda nekog prava sadržanog u Konvenciji, 2) da li je kvalitet dokaza, s obzirom na okolnosti pod kojima su prabavljeni, takav da postoje dileme u pogledu pouzdanosti dokaza, 3) da li okrivljeni imao mogućnost osporavanja dokaza, kao i 4) kakav je značaj dokaza u konkretnom krivičnom postupku. Proveravanje ispunjenosti ovih pitanja, odnosno davanje odgovora na njih poznato je u praksi Evropskog suda za ljudska prava kao „*Bykov test*“, koji se inače, prema praksi samog ESLJP, koristi/mora koristiti i kada se radi o elektronskim/digitalnim dokazima (*Yüksel Yalçınkaya v. Türkiye* [GC] § 313).¹⁰

3. ZNAČAJ ZAKONITOSTI/PRAVNE VALJANOSTI DOKAZA U KRIVIČNOM POSTUPKU

Zakonik o krivičnom postupku ne sadrži pojam dokaza, iako se u mnogim njegovim odredbama spominju dokazi. Nije u pitanju nikakav poseban propust zakonodavca jer pojmovno određenje dokaza u suštini i ne treba da bude deo sadržine Zakonika o krivičnom postupku niti bilo kojeg drugog izvora krivičnog procesnog prava, već se u praksi, na temelju osnovnih teorijskih koncepcija, izgrađuje shvatanje o tome šta je dokaz u konkretnom slučaju i kakav je njegov dokazni kredibilitet, a pritom u odnosu na dokaze i druge dokazne pojmove važe i određena osnovna načela krivičnog postupka.¹¹ U našoj teoriji se opravdano ističe da dokazi proistekli iz *Sky*

8 <https://www.justiceinitiative.org/uploads/011e5634-375c-4d51-9135-055adc72058b/digests-arrest%20rights-european-court-human-rights-20130419.pdf>, 29. novembar 2023.

9 <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%222001-91704%22%5D%7D>, 29. novembar 2023.

10 <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22tabview%22:%5B%22document%22%5D%7D%22%5D%7D>, 25. mart 2024.

11 Nikada se ranije u našim zakoni(ci)ma o krivičnom postupku nisu formalno definisali različiti procesno relevantni stepeni sumnje, kao što se to ni inače, po pravilu, ne čini u izvorima krivičnog procesnog prava drugih država, koje bi mogle da nam posluže kao uporednopravni primer.

ECC komunikacije, a isto je po logici stvari i kada je reč o informacijama/dokazima koji su proizašli iz drugih oblika zaštićene/tajne komunikacije ostvarene posebnim aplikacijama, predstavljaju (elektronske odnosno digitalne) isprave, pribavljene putem međunarodne pravne pomoći.¹² Slično tome se i u nemačkoj krivičnoprocesnoj teoriji konstatuje da su isprave u krivičnoprocesnom smislu „dokumenta, koja sadrže određene misli/značenja, koja se mogu pročitati“, a tu spadaju i elektronska dokumenta sve dok postoji mogućnost da se „pročitaju“, što znači dok je moguće uočiti njihovo odgovarajuće značenje.¹³ Sva opšta dokazna pravila, koja se odnose i na druge vrste dokaza u krivičnom postupku, moraju se, po logici stvari, primeniti i na takve dokaze, koji se mogu smatrati elektronskim ispravama.

Dokazi su podaci činjenične prirode, koji proizlaze iz krivičnoprocesnih radnji koje su preduzeli subjekti krivičnog postupka, na temelju kojih se izvode krivičnopravno relevantni zaključci u pogledu bitnih elemenata krivičnog dela, te izbora, odnosno mere konkretne krivične sankcije, kada su za to ispunjeni potrebni materijalni i procesni uslovi, ili se zahvaljujući tim podacima izvode krivičnopravno i krivičnoprocesno relevantni zaključci organa krivičnog postupka, a takvi zaključci suda se u procesnom smislu uobličavaju u odluci kojom se na zakonski regulisan način rešava predmet krivičnog postupka. Dokazivanje u krivičnom postupku tiče se odgovarajućeg predmeta dokazivanja (*thema probandi*). Predmet dokazivanja su *činjenice* koje su relevantne za donošenje sudske odluke o predmetu krivičnog postupka, bilo zbog toga što imaju direktan krivičnopravni značaj, kada se njima rešavaju pitanja krivičnog dela, te krivične sankcije, ako su ispunjeni potrebni uslovi za njeno izricanje, bilo zato što su značajne u krivičnoprocesnom smislu, kada se odnose na pitanja krivičnog gonjenja ili druga krivičnoprocesna pitanja. Predmet dokazivanja se u krivičnoprocesnoj literaturi tradicionalno označava kao „tema dokazivanja“ ili *predmet dokaza*, odnosno *thema probandi*, za koju se ističe da su to sve one „važne ili relevantne činjenice, od kojih zavisi pojedina sudska odluka u konkretnom krivičnopravnom sporu“.¹⁴

Dokazi i dokazivanje su u krivičnom postupku u funkciji utvrđivanja relevantnog činjeničnog stanja, a ni danas u vreme kada je, na prvi pogled, bitno promenjen način dokazivanja te modifikovan značaj i domet načela istine u krivičnom postupku, što je, naravno, prilično relativnog karaktera jer i prema pravilima važećeg Zakonika o krivičnom postupku, kao i decenijama ranije, postoji i žalbeni osnov koji se svodi na pogrešno ili nepotpuno utvrđeno činjenično stanje, ne gubi aktuelnost zapažanje naše tradicionalne krivičnoprocesne teorije o „posebnom zna-

Međutim, u važećem ZKP se definišu *tri procesno relevantna stepena sumnje* – osnovi sumnje, osnovana sumnja i opravdana sumnja, a tim se definicijama donekle, odnosno implicitno, definišu i dokazi, a naročito podela na neposredne i posredne dokaze, što inače nije karakteristično za savremene zakon(ik)e o krivičnom postupku, u kojima se to pitanje uglavnom prepušta sudskoj praksi, odnosno praksi organa krivičnog postupka, što se suštinski zasniva na delovanju načela slobodne ocene dokaza.

12 V. Bajović, p. 160.

13 W. Beulke, S. Swoboda (2020). *Strafprozessrecht*, 15. Neu bearbeitete Auflage, Heidelberg, p. 162.

14 B. Marković (1937). *Udžbenik sudskog krivičnog postupka Kraljevine Jugoslavije*, Beograd, p. 288. Inače, termin „spor“ se u našem savremenom krivičnom procesnom pravu praktično ne koristi jer je on više vezan za građanski postupak.

čaju i posebnim teškoćama utvrđivanja činjenica u krivičnom postupku“. Tako se ističe: „U krivičnom postupku, više no u bilo kom drugom, postoji opšti interes da se činjenice pravilno utvrde. Građanin ni u jednom postupku ne sme da trpi zbog nesposobnosti, površnosti ili neznanja suda, ali najmanje u krivičnom. Nije bez značaja da li će pojedinac koji je tužen u parničnom postupku, neopravdano biti odbijen od svog tužbenog traženja zbog netačno utvrđenog činjeničnog stanja, ali je nesumnjivo većeg opšteg i individualnog značaja da li će pojedinac zbog netačno utvrđenog činjeničnog stanja biti neopravdano osuđen na kaznu za krivično delo, odnosno iz tog razloga biti neopravdano oslobođen.“¹⁵

Da bi dokazi mogli da posluže bilo kao osnova za bilo koji procesno relevantan stepen sumnje u krivičnom postupku, bilo kao temelj za odluku suda o predmetu krivičnog postupka, oni moraju biti pravno valjani, odnosno zakoniti sa stanovišta načina njihovog pribavljanja, obezbeđivanja, ocenjivanja i uopšte procesnog vrednovanja.¹⁶ U savremenom krivičnom procesnom pravu pravne države zasnovane na vladavini prava, veliki je značaj dokaznih zabrana koje predstavljaju pravila po kojima se, *s jedne strane*, određena dokazna sredstva načelno isključuju od upotrebe u krivičnom postupku, te se neki izvori dokaza iz određenih razloga, koji se svode bilo na njihovu neetičnost, striktnu zakonsku zabranjenost, odnosno njihov kriminalni karakter (na primer, tortura, narkoanaliza itd.), bilo na njihovu nedovoljno potvrđenu pouzdanost (na primer, poligraf, odnosno tzv. detektor laži, hipnoza itd.), ne mogu koristiti za utvrđivanje činjenica u krivičnom postupku, niti se na njima može zasnivati odluka suda kojom se rešava predmet krivičnog postupka.

Dokazne zabrane se odnose i na određene načine izvođenja dokaza i na odgovarajuće vrednovanje dokaza u krivičnom postupku.¹⁷ Smatra se da je primena određenih metoda i načina ispitivanja zabranjena u odnosu na okrivljenog jer mada je „cilj krivičnog postupka utvrđivanje istine“, njemu se ne sme težiti po svaku cenu, jer krivični postupak, osim toga, mora da bude pravičan, korektan i pošteno vođen.¹⁸ U teoriji je veoma uticajno i učenje o paralelnom postojanju dokaznih zabrana i dokaznih pravila, mada su to, u stvari, pre svega dokazna pravila, a deo tih pravila sadrži i odgovarajuće dokazne zabrane, tj. odnosi se na njih.¹⁹ Smisao i osnovna svrha postojanja zabranjenih metoda/načina izvođenja dokaza je da bi „razjašnjavanje krivičnih dela bez postojanja bilo kakvih granica u tome, proizvelo opasnost uništenja mnogih društvenih i ličnih vrednosti“.²⁰

Prva grupa dokaznih zabrana su istovremeno zabrane *apsolutnog karaktera* jer određene metode nikada ne mogu biti legalna dokazna sredstva. Tako se, na primer, ni pod kojim uslovima iskaz dobijen mučenjem ne može dokazno koristiti, a osim

15 T. Vasiljević (1981). *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*, Beograd, p. 293.

16 Z. Stojanović, M. Škulić, V. Delibašić (2018). *Osnovi krivičnog prava, Knjiga II – Krivično procesno pravo – Krivični postupak kroz praktičnu primenu*, Beograd, p. 151–152.

17 G. Ulsamer (hrsg.) (1996). *Lexikon des Rechts – Strafrecht – Strafverfahrensrecht*, 2. überarbeitete und erweiterte Auflage, p. 179.

18 H. Walder (1965). *Die Vernehmung des Beschuldigten*, Hamburg, p. 147.

19 Više o „dokaznim zabranama i dokaznim pravilima“: S. Kaiser (1999). *Die Drei-Stufen-Theorie zur Bestimmung von Beweisverboten im Strafprozeß*, Frankfurt, Berlin, p. 21–23.

20 C. Roxin, B. Schüneman (2017). *Strafverfahrensrecht*, 29. Auflage, München, p. 172.

toga, lice koje je primenilo torturu, odnosno iznuđivalo iskaz, moralo bi i krivično da odgovara. Zabranjeno je i kažnjivo svako nasilje nad licem lišenim slobode i licem kome je sloboda ograničena, kao i svako iznuđivanje priznanja ili kakve druge izjave od okrivljenog ili drugog lica koje učestvuje u postupku.

Druga grupa dokaznih zabrana su zabrane *relativnog karaktera* jer su to inače dopuštena i zakonska dokazna sredstva, ali se dokazi njima ostvareni ne smatraju podobnim za korišćenje u krivičnom postupku, te se u dokaznom smislu potpuno procesno isključuju, jer su prilikom njihovog izvođenja, odnosno pribavljanja, napravljene određene teške greške, bilo da su one plod nemarnog, odnosno nestručnog rada, ili su čak proizašle iz nekih zloupotreba subjekata postupka. To bi, na primer, bilo kada bi se okrivljeni u nekom od slučajeva obavezne stručne odbrane saslušao bez prisustva branioca i u takvom slučaju njegov iskaz ne bi imao nikakav dokazni kredibilitet u krivičnom postupku.

Smatra se da u nauci krivičnog procesnog prava ne postoji sasvim jedinstvena terminologija dokaznih zabrana. Pod opštim pojmom dokaznih zabrana treba podrazumevati sve pravne norme, koje sadrže ograničenja za izvođenje određenih dokaza u krivičnom postupku, a one mogu da se podele na *dve osnovne grupe*: 1) *zabrana korišćenja* određenih dokaza i dokaznih sredstava, te 2) *zabrana vrednovanja* određenih dokaza, odnosno zabrana korišćenja rezultata nekih dokaznih sredstava.²¹ Na primer, mučenje kao zabranjena metoda ili korišćenje nekih hemijskih sredstava kojima se deluje na volju lica koje se saslušava, odnosno ispituje, spadaju u zabranjena dokazna sredstva, te su i dokazi pribavljeni takvim dokaznim sredstvima zabranjeni, ali je istovremeno, po logici stvari, ako bi se takav dokaz nekom omaškom ipak zadržao u spisima, zabranjeno njegovo vrednovanje, odnosno na njemu se ne može zasnivati sudska odluka. To znači da prva grupa dokaznih zabrana, prema prethodno izloženoj podeli (Roxin), istovremeno ima i karakteristike druge grupe dokaznih zabrana, tako da je upotreba tih dokaznih sredstava i dokaza zabranjena, ali ako su oni iz nekog razloga ipak upotrebljeni, zabranjeno je njihovo vrednovanje. Kod ove grupe dokaznih zabrana praktično postoji kumulativna *zabrana korišćenja i vrednovanja*.

Za drugu grupu dokaza je karakteristično da se oni mogu načelno upotrebljavati, ali u određenim slučajevima se *ne mogu vrednovati*, odnosno na njima se ne može zasnivati sudska odluka. Na primer, iskaz okrivljenog (izvor dokaza) je dokaz koji se dobija saslušanjem okrivljenog, koje služi kao dokazno sredstvo, ali ako su tokom saslušanja napravljene određene greške, na primer, ako je okrivljeni protivno odredbama ZKP saslušan bez prisustva branioca, onda se na tako dobijenom iskazu ne može zasnivati sudska odluka, to jest taj se iskaz ne može dokazno vrednovati. Takođe, poseban slučaj zabrane vrednovanja određenih dokaza je postupanje prema pravilima dokazne koncepcije o „plodovima otrovnog drveta“.

Zakonikom o krivičnom postupku je propisano da se sudske odluke ne mogu zasnivati na *pravno nevaljanim dokazima*, gde spadaju dokazi koji su, neposredno ili posredno, sami po sebi ili prema načinu pribavljanja u suprotnosti sa sledećim opštim izvorima prava: 1) Ustavom, 2) Zakonikom o krivičnom postupku, 3) dru-

21 Više o tome: C. Roxin (1998). *Strafverfahrensrecht*, 25. Auflage, München, p. 180.

gim zakonom ili 4) opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i potvrđenim međunarodnim ugovorima.

Konačno, za savremene krivične postupke karakteristično je i važenje dokazne koncepcije o „plodovima otrovnog drveta“, odnosno „plodovima otrovne voćke“ – *Fruit of the poisonous tree doctrine – die Früchte des vergifteten Baumes*.²² Ta teorija je inače veoma uticajna u anglo-američkom krivičnom procesnom pravu,²³ gde se dođuše mnogo više vezuje za koncepciju o pravnoj nevaljanosti dokaza do kojih se došlo nakon ispitivanja osumnjičenog koje nije obavljeno u skladu sa zakonskim i ustavnopravnim propisima – poznati slučaj „Miranda“.²⁴ U našem krivičnom procesnom zakonodavstvu dugo nije na izričit način regulisano pitanje dokaza koji su inače valjani, ali se do njih došlo zahvaljujući podacima koji su prethodno pribavljeni na nezakonit način. Prema pravilima dokazne koncepcije o „plodovima otrovnog drveta“, ni takvi dokazi ne bi bili zakoniti, iako oni sami po sebi to jesu, zato što je način njihovog pribavljanja bio nelegalan. To pitanje se u našem krivičnom procesnom ambijentu i u periodu postojanja pravne praznine u odnosu na problematiku kojom se bavi ta veoma uticajna dokazna koncepcija i inače moglo rešavati prema opštem tradicionalnom pravnom pravilu da ono što je od početka ništavo ne može u daljem postupku da se osnaži, slično kao što, na primer, u građanskom pravu važi poznato pravilo – „što se grbo rodi, ni vreme ne ispravi“. Slično tome, moglo bi se poći od stava da se upotrebom pravno nevaljanih radnji ne mogu pribavljati pravno valjani dokazi, odnosno važeći dokazi koji imaju potreban stepen dokaznog kredibiliteta, ali to u našim izvorima krivičnog procesnog prava doskora nije bilo striktno određeno, pa se rešenje tog pitanja moralo prepuštati sudskoj praksi.

Međutim, u našoj teoriji postoji i stav prema kome ni naše „doskorašnje“ zakonodavstvo (ZKP iz 2001) nije prihvatilo dokaznu teoriju „plodova otrovnog drveta“, što se ilustruje nekim primerima koji se odnose na pribavljanje inače zakonitih dokaza, ali do kojih se došlo nekom prethodnom nezakonitom radnjom. Kada, na primer, osumnjičeni za krivično delo ubistva prizna pod prinudom da je izvršio krivično delo, pa na osnovu tog priznanja policija pronade leš, tada se prema koncepciji „plodova otrovnog drveta“ smatra da „za sud ne postoji ni priznanje ni leš“. Međutim, u našoj teoriji se ističe da takav stav predstavlja čistunstvo koje je očigledno preterano, te kao takvo nije prihvatljivo za naše krivično procesno pravo.²⁵ Da li se ovde uopšte radi o nekakvom „čistunstvu“ u odnosu na dokaze ili se pitanje mora posmatrati u okvirima rešenja pozitivnog Zakonika o krivičnom postupku? Prethodno citirani autor se poziva na jedan rad iz naše starije literature koji se odnosi na ranije važeći Zakon o krivičnom postupku,²⁶ koji zaista nije sadržavao norme čije bi se dejstvo svodilo na zabranu upotrebe dokaza koji su sami po sebi ili *prema*

22 Više o tome: K. Schaefer (1976). *Strafprozessrecht – Eine Einführung*, Berlin, New York, p. 271.

23 M. Škulić (2023). *Osnovi krivičnog prava Sjedinjenih Američkih Država*, 2. izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd.

24 J. M. Scheb (1999). *Criminal Law and Procedure*, Belmont, Bonn, Boston, Washington, p. 427.

25 M. Grubač (2002). *Krivično procesno pravo – Uvod i opšti deo*, 2. izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, p. 296.

26 M. Damaška (1960). Procesne posledice upotrebe dokaza dobivenih na nedozvoljen način, *Naša zakonitost*, 3–6, p. 220.

načinu pribavljanja pravno nevaljani. Međutim, čini se da je potom, nakon većih promena naše krivične procedure, taj problem bio rešen na bitno drugačiji način, tako da se više nije postavljalo pitanje tumačenja da li bi isključenje dokaza koji su sami po sebi dokazno valjani, ali se do njih došlo na način koji je zabranjen ili nije u dokaznom smislu dozvoljen, *već je to pitanje bilo striktno rešeno samim Zakonikom o krivičnom postupku.*

Osnov za stav da je naš zakonodavac ipak prihvatao teoriju o „voću otrovnog drveta“ ili koncepciju o „plodovima otrovne voćke“ može se naći u nekadašnjim opštim odredbama Zakonika o krivičnom postupku. Odredbom člana 18. stav 2. ZKP iz 2001. godine bilo je predviđeno da se sudske odluke ne mogu zasnivati na dokazima koji su sami po sebi ili prema načinu pribavljanja u suprotnosti sa odredbama tog zakonika, drugog zakona, ustava ili međunarodnog prava. Na taj je način bio utvrđen funkcionalni pojam nelegalnog dokaza, koji je definisan kao *zabranjeni osnov* za donošenje sudskih odluka. Pojam nezakonitog dokaza se određivao funkcionalno, i to u dva smisla: *prvo* – s obzirom na kvalitet i poreklo njegove dokazne nekredibilitnosti, kada su postojale dve situacije; 1) ako je takav dokaz *sam po sebi* bio suprotan sa odgovarajućim pravilima i 2) ukoliko je suprotnost tog dokaza u odnosu na odgovarajuća pravila proizlazila *iz načina* na koji je pribavljen; *drugo* – s obzirom na suprotnost u odnosu na pravila sadržana u nekoliko alternativno navedenih izvora prava, tako da je dokaz sam po sebi, ili prema načinu pribavljanja, mogao da bude u suprotnosti sa odredbama: 1) Zakonika o krivičnom postupku, 2) drugog zakona, 3) ustava, 4) međunarodnog prava.

Iz toga proizlazi da je naš ZKP iz 2001. godine sadržavao dve osnovne vrste nezakonitih, odnosno pravno nevaljanih dokaza: 1) *direktno pravno nevaljani dokazi*, a to su oni dokazi koji su sami po sebi bili nezakoniti, odnosno suprotni određenim krivičnoprocenskim, drugim zakonskim, ustavnim ili međunarodnopravnim pravilima, te 2) *indirektno pravno nevaljani dokazi*, a to su oni dokazi koji sami po sebi nisu smatrani nezakonitim, odnosno pravno nevaljanim, ali je način njihovog pribavljanja bio suprotan određenim pravilima sadržanim u ZKP, drugom zakonu, ustavu ili međunarodnom pravu.

Zatim je, novelama našeg krivičnog postupka 2009. godine (u odnosu na ZKP iz 2001. godine), uvedeno pravilo da se sudske odluke ne mogu zasnivati na *pravno nevaljanim dokazima*, u koje spadaju oni dokazi koji su sami po sebi ili prema načinu pribavljanja u suprotnosti sa Ustavom ili potvrđenim međunarodnim ugovorom ili su Zakonikom o krivičnom postupku, odnosno drugim zakonom, izričito zabranjeni (član 18. stav 2. ZKP iz 2001). Suština te zakonske novele se sastojala u tome što se više nije radilo o zabrani korišćenja i onih dokaza koji su po načinu pribavljanja *suprotni* zakonskim odredbama, već se zahtevalo da su u pitanju dokazi koji su zakonskim odredbama, kako onim sadržanim u ZKP, tako i odredbama drugih zakona, *izričito zabranjeni*. Time se (što bi moglo biti predmet argumentovane kritike), praktično, u određenoj meri sužavalo dejstvo poznate dokazne koncepcije o „plodovima otrovnog drveta“.

Pozitivni Zakonik o krivičnom postupku Srbije se u suštini „vraća“ na rešenje koje je već bilo sadržano u Zakoniku iz 2001. godine, tako da se, kao što je već

navedeno, sudske odluke ne mogu zasnivati na *pravno nevaljanim dokazima*, u koje spadaju dokazi koji su, neposredno ili posredno, sami po sebi ili prema načinu pribavljanja, u suprotnosti sa sledećim opštim izvorima prava: 1) Ustavom, 2) Zakonikom o krivičnom postupku, 3) drugim zakonom ili 4) opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i potvrđenim međunarodnim ugovorima. To znači da postoje *dve vrste pravno nevaljanih dokaza*: 1) *direktno* pravno nevaljani dokazi, u koje spadaju dokazi koji su pribavljeni neposredno suprotno Ustavu, Zakoniku o krivičnom postupku, drugom zakonu ili opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i potvrđenim međunarodnim ugovorima, kao i 2) *indirektno* pravno nevaljani dokazi – dokazi koji bi sami po sebi bili pravno valjani, ali se smatraju pravno nevaljanim jer način njihovog pribavljanja nije bio pravno valjan.²⁷ Iz toga proizlazi da je naš zakonodavac prihvatio dokaznu koncepciju o „plodovima otrovnog drveta“. U striktnom smislu onaj „dokaz“ koji je nevaljan bilo direktno (sam po sebi), bilo indirektno (prema načinu pribavljanja), u formalnom smislu uopšte i nije dokaz.

Pitanje zakonitosti/pravne valjanosti dokaza je u krivičnom postupku Srbije značajno u svim stadijumima krivičnog postupka, što proizlazi iz toga što je za svaki procesni stadijum neophodno postojanje određenog procesno relevantnog stepena sumnje, poput osnova sumnje za predistražni postupak i istragu te opravdane sumnje za optuženje. I kada prvostepeni sud donese presudu, on mora biti uveren da je ona zasnovana na zakonitim/pravno valjanim dokazima, što potom može biti predmet ocene i u postupku po pravnim lekovima. Tako je jer se pritom svaki procesno relevantan stepen sumnje, kao i izvesnost koju sud stekne nakon izvođenja dokaznog postupka u skladu sa opštim dokaznim pravilima, poput onih sadržanih u načelima slobodne ocene dokaza i slobodnog uverenja suda, ali i principa *in dubio pro reo*, temelji na određenim dokazima koji moraju biti zakoniti/pravno valjani.

U tom smislu i prethodno objašnjeni stav ESLJP zauzet u slučaju *Simons v. Belgium*,²⁸ shodno kojem pitanje zakonitosti i upotrebe dokaza nije nužno pitanje o kojem treba odlučiti priilikom odlučivanja o pritvoru, ima u osnovi sasvim relativan značaj za srpsko krivično procesno pravo. Naime, osnovni uslov za određivanje pritvora je postojanje osnovane sumnje da je okrivljeni učinio krivično delo, pritom uz postojanje i nekog/jednog ili više od opciono propisanih posebnih pritvorskih/osnova razloga, a osnovana sumnja mora proizlaziti iz određenih dokaza odgovarajućeg dokaznog kredibiliteta. Ti dokazi moraju biti zakoniti/pravno valjani, što znači da se pitanjem zakonitosti/pravne valjanosti dokaza krivični sud mora baviti i kada je reč o dokazima iz kojih proizlazi osnovana sumnja kao osnovni uslov za određivanje pritvora.

Konačno, ovde treba imati u vidu i da važeći Zakonik o krivičnom postupku Srbije pravno nevaljan dokaz, odnosno dokaz koji je, inače, zakonskim pravilima isključen kao dokaz, svrstava među relativno bitne povrede odredaba krivič-

27 M. Škulić (2022). *Krivično procesno pravo*, 13. izdanje, Beograd, p. 195.

28 <https://www.justiceinitiative.org/uploads/011e5634-375c-4d51-9135-055adc72058b/digests-arrest%20rights-european-court-human-rights-20130419.pdf>, 29. novembar 2023.

nog postupka,²⁹ kada se radi o žalbenim osnovima.³⁰ Naime, postoji bitna povreda odredaba krivičnog postupka onda kada se presuda zasniva na dokazu na kome se prema odredbama Zakonika o krivičnom postupku ne može zasnivati, osim ako je, s obzirom na druge dokaze, očigledno da bi i bez tog dokaza bila doneta ista presuda.

4. ZAJEDNIČKI EVROPSKI ISTRAŽNI TIMOVI, EVROPOL, EVRODŽAST I EVROPSKI ISTRAŽNI NALOG U KONTEKSTU NADZORA I DEŠIFROVANJA KOMUNIKACIJE KRIPTOVANE POSEBNIM APLIKACIJAMA/UREĐAJIMA

Kada je u pitanju međunarodna pravna pomoć u krivičnim stvarima, zemlje članice Evropske unije imaju dva režima, jedan koji važi u odnosu na zemlje članice i drugi koji važi u odnosu na treće zemlje.³¹ Evropol i Evrodžast su primarno svrstani u prvi režim, ali oni redovno ili po potrebi ostvaruju i određene oblike saradnje sa nadležnim organima država koje nisu članice EU, dok su zajednički evropski istražni timovi i evropski istražni nalog isključivo mehanizmi uzajamne krivičnopravne saradnje samih država članica EU.

Evropski istražni nalog u najvećem delu predstavlja značajno unapređenje i činjnjenje efikasnijim nekih već ranije postojećih mehanizama sadržanih u evropskom nalogu za dostavljanje dokaza, koji je njegova preteča, ali se njime uvode i neki ranije potpuno nepostojeći oblici i nove forme dokazne saradnje između država članica EU.³² Evropski nalog za dostavljanje dokaza bio je samo prva faza u procesu racionalne supstitucije decenijama postojećeg sistema klasične uzajamne krivičnopravne pomoći u dokaznoj materiji na nivou Evropske unije. Drugu fazu u tom prilično dugotrajnom procesu predstavlja evropski istražni nalog, koji je usvojen u formi Direktive broj 2014/41/EU, u aprilu 2014. godine, a čije su relevantne odredbe, u skladu sa članom 36. te direktive, države članice EU dužne da unesu u domaće zakonodavstvo do 22. maja 2017. godine. Na operativnom nivou policije država članica EU u nekim slučajevima formiraju zajedničke istražne timove, a saradnja pravosudnih istražnih organa, bilo javnih/državnih tužilaca u državama koje imaju javnotužilačku/državnotužilačku istragu, bilo istražnih sudija u državama koje poznaju sistem sudske istrage, odvija se posredstvom i u okviru Evrodžasta.³³ Svi ovi oblici uzajamne krivičnopravne saradnje imali su odgovarajuću ulogu i u slučajevima informacija/dokaza proizišlih iz tajne/šifrovane komunikacije ostvarene određenim tehničkim sredstvima, na temelju posebnih aplikacija za tajno/zaštićeno komuniciranje.

29 Za relativno bitne povrede odredaba krivičnog postupka karakteristično je da kod njih kumulativno moraju da postoje: a) određena povreda zakonske odredbe i b) odgovarajuća *posledica* koja iz te povrede proizlazi.

30 M. Škulić, T. Bugarski (2015). *Krivično procesno pravo*, Novi Sad, p. 501.

31 Z. Stojanović (2018). *Međunarodno krivično pravo*, 12. izdanje, Beograd, p. 180.

32 M. Škulić (2022). *Međunarodno krivično pravo*, Beograd, p. 539.

33 M. Fletcher, R. Löf, B. Gilmore (2008). *Eu Criminal Law and Justice*, Cheltenham, Northampton, p. 65.

Evropski istražni nalog omogućava sprovođenje određenih elemenata istrage u jednoj državi članici EU, što podrazumeva i preduzimanje neophodnih dokaznih radnji za potrebe ostvarenja svrhe krivičnog postupka koji se vodi u drugoj državi EU. Za razliku od evropskog naloga za dostavljanje dokaza, koji je u suštini sveden na jednostavno „transferisanje“ predmeta, spisa i uopšte podataka koji mogu imati dokazni značaj jedne države članice EU drugoj državi u sastavu EU, evropski istražni nalog ima znatno širi domet, a pomoć koju nadležni organi jedne države članice EU, na osnovu tog naloga, pružaju nadležnim organima druge države u sastavu EU znatno je šira i kompleksnija. Što je posebno značajno, ona proizlazi iz aktivnog istražnog (dokaznog) delovanja, tako da u praksi ima daleko veći dokazni potencijal.

Evropski istražni nalog može se izdati u odnosu na krivični postupak koji pokreće pravosudni organ ili koji se može pokrenuti pred tim organom u vezi sa krivičnim delom prema pravu države izdavanja, kao i u odnosu na druge postupke, pa i neke upravne postupke. Evropski istražni nalog se izdaje na standardizovanom obrascu koji sadrži sledeće obavezne elemente: 1) podatke o organu države izdavanja, 2) predmet evropskog istražnog naloga i razloge za njegovo izdavanje, 3) potrebne informacije koje se odnose na okrivljenog ako je on poznat, 4) opis krivičnog dela koje je predmet istrage ili postupka i važeće odredbe krivičnog prava države izdavanja i 5) opis zatražene istražne mere ili više mera, uz navođenje dokaza koje treba pribaviti konkretnim dokaznim radnjama. Evropskim istražnim nalogom se može zahtevati/dobiti čitav niz istražnih mera i dokaza iz njih proizišlih; moguće je održavanje video-telefonskih konferencijskih veza, pribavljanje informacija o bankovnim računima, nadzor nad telekomunikacijama pojedinih lica/okrivljenih itd.³⁴

Evropski istražni nalog će se izdati samo ako su kumulativno ispunjena dva uslova: 1) njegovo izdavanje mora biti nužno i srazmerno svrsi postupka, što znači da evropski istražni nalog nije namenjen istragama krivičnih dela malog/manjeg značaja, te ipak predstavlja svojevrsni dokazni *ultima ratio*, kao i 2) neophodno je da dokazna radnja ili radnje navedene u evropskom istražnom nalogu mogu biti određene u sličnom domaćem krivičnom postupku.³⁵ Izvršenje evropskog istražnog naloga može biti odbijeno ako postoji neki od više opciono propisanih uslova: 1) ukoliko prema pravilima domaćeg prava postoji imunitet ili druga trajna procesna smetnja koja onemogućava izvršenje evropskog istražnog naloga ili se on ne može sprovesti zbog pravila o utvrđivanju i ograničenju krivične odgovornosti u odnosu na slobodu štampe i slobodu izražavanja u drugim medijima, 2) ako bi izvršenje evropskog istražnog naloga štetilo bitnim interesima nacionalne bezbednosti, dovelo u opasnost izvor informacija ili podrazumevalo korišćenje poverljivih informacija koje se odnose na određene obaveštajne aktivnosti, 3) ukoliko dokazna radnja ne bi bila primenjiva u sličnom domaćem slučaju prema domaćem pravu, 4) ako bi izvršenje evropskog istražnog naloga bilo u suprotnosti sa načelom *ne bis in idem*, 5) ako nije ispunjen uslov dvostruke kažnjivosti itd. Evropski istražni nalog izvršava

34 K. Ambos (2018). *Internationales Strafrecht – Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht, Rechtshilfe*, 5. Auflage, München, p. 667.

35 M. Škulić (2022). *Međunarodno krivično pravo – prostorno važenje krivičnog prava, krivično pravo međunarodnog porekla, međunarodna krivičnopravna pomoć, začeci krivičnog prava EU*, Beograd, p. 769.

se na isti način i pod jednakim uslovima kao da je konkretnu dokaznu radnju na koju je usmeren nalog odredio nadležni domaći organ i izvršava se po postupku koji je organ države izdavanja izričito naveo u nalogu, osim ako je taj postupak u suprotnosti sa osnovnim načelima domaćeg pravnog poretka. Evropski istražni nalog se može odnositi na raznovrsne opšte i posebne dokazne radnje i specijalne istražne tehnike (elementi tzv. prikrivene istrage), među kojima poseban značaj ima nadzor nad elektronskim komunikacijama osumnjičenog. Taj nalog se sprovodi prema načelu hitnosti, a propisani su i odgovarajući rokovi, doduše, po logici stvari, instrukтивne prirode, za postupanje i dostavljanje pribavljenih dokaza.

Policije država u sastavu EU međusobnu saradnju ostvaruju kako bilateralno i neposredno, tako i u okviru Evropola, čije su članice, a putem Evropola je pod određenim uslovima moguće ostvariti saradnju i sa državama koje nisu članice EU. Poseban oblik saradnje iz koje je u konkretnim situacijama i proizišlo dešifrovanje tajne komunikacije tehničkim sredstvima korišćenjem posebnih aplikacija/uređaja predstavlja i formiranje zajedničkih istražnih timova više evropskih policija, što se, takođe, može realizovati i neposrednom policijskom saradnjom i posredstvom Evropola, isto kao što se i informacije/dokazi proizišli iz delovanja takvih istražnih timova, kao i realizovanjem evropskog istražnog naloga, mogu plasirati drugim policijama u EU, ali i van EU, kako klasičnim mehanizmima međunarodne krivično-pravne pomoći, tako i posredstvom samog Evropola.³⁶ Osnovne funkcije Evropola su: 1) informativna i 2) analitička. Informativna funkcija Evropola se ostvaruje stvaranjem centralnog punkta u koji se slivaju sve relevantne informacije, dok se njegova analitička funkcija tiče proučavanja uslova i drugih bitnih elemenata koji se odnose na fenomenologiju i etiologiju kriminaliteta, pre svega u odnosu na EU.³⁷

Evropol nije jedinstvena policijska služba sa izvršnim zadacima, već samo informativno i analitički podržava nacionalne policije u okviru EU u suprotstavljanju teškom kriminalitetu sa elementima inostranosti, koji se odnosi na sledeće kategorije: nelegalna trgovina drogom, nelegalna trgovina radioaktivnim i nuklearnim materijalima, krivična dela protiv ustavnog uređenja, trgovina ljudima, pranje novca, organizovani kriminalitet, terorizam, falsifikovanje novca, zloupotrebe kreditnih kartica, a u vezi sa tim nabrojanim krivičnim delima, organizuju se i potrage za učinocima koji se nalaze u bekstvu.³⁸ Istovremeno sa ukidanjem čvrstih granica između država EU, omogućeno je da policija jedne države pod određenim uslovima može da deluje i na teritoriji druge države u okviru EU, bez nekih posebnih formalnosti.³⁹ To je prvenstveno moguće ukoliko je na teritoriji svoje države započela poteru za učinocima krivičnih dela, koja se brzo mora nastaviti na teritoriji druge države EU. Interno, ali i posebno putem informativnog sistema Evropola, nadležna

36 Inače, sama Organizacija Evropske policije (*Evropol*, na engl. skraćeno *Europol – European Police Office*), nastala je sporazumom iz Mastrohta od 26. jula 1995, a počela je da radi 1. jula 1999. godine.

37 M. Škulić (2022). *Međunarodno krivično pravo*, Beograd, p. 539.

38 W. Brodag (2001). *Kriminalistik – Grundlagen der Verbrechensbekämpfung*, Stuttgart, München, p. 42–43.

39 Više o tome: M. Škulić (2012). Začeci evropskog krivičnog procesnog prava, *Zbornik škole prava Evropske unije*, III sesija, Podgorica, p. 77.

policija se u najkraćem roku obaveštava o preduzetoj akciji, a uvek se teži koordinaciji i saradnji u njenoj realizaciji. Takve mogućnosti predstavljaju početak stvaranja jedinstvene evropske policije, što je od kraja devedesetih godina segment ukupnih napora EU da stvori jedinstven pravni sistem.⁴⁰ Sedište Evropola je u Hagu u Holandiji, a njegovi osnovni zadaci su: ubrzanje razmene informacija između nacionalnih evropskih policija, pripremanje preventivnih analiza kojima se podržavaju aktivnosti država članica EU, pravljenje određenih stratejskih analiza, podržavanje delovanja nacionalnih policija, razvijanje savetodavnih funkcija i edukacije policijskih službenika itd.⁴¹

Informacije/dokazi potekli/proistekli iz šifrovane komunikacije tehničkim sredstvima, do kojih su došli zajednički istražni timovi određenih evropskih policija (Holandije, Belgije i Francuske), kao u nekim situacijama francuska policija, a drugim policije u EU, ali i policije određenih država van EU i uopšte, pravosudnim organima drugih država se dostavljaju prvo na operativnom nivou putem Evropola, a kasnije i na temelju procesnopravnih mehanizama iz domena međunarodne krivičnopravne pomoći. U daljem tekstu će se posebno objasniti koje su dileme s tim u vezi, a pre svega sa stanovišta razjašnjavanja prigovora odbrane u pogledu zakonitosti dokaza do kojih se došlo na takav način delovanjem zajedničkih istražnih timova i stranih policijskih i pravosudnih organa. To je povezano i sa nekim aspektima evropskog istražnog naloga, koji su u jednom trenutku nastali u Nemačkoj, kada se jedan regionalni/zemaljski sud te države obratio Sudu pravde EU radi razjašnjavanja određenih pitanja koja su se smatrala/mogla smatrati spornim.

5. ANALIZA PRIMERA IZ UPOREDNOPRAVNE SUDSKE/PRAVOSUDNE PRAKSE KOJI SE TIČU (DE)ŠIFROVANE KOMUNIKACIJE OSTVARENE APLIKACIJAMA/UREĐAJIMA ZA TAJNO/ZAŠTIĆENO KOMUNICIRANJE

Pitanje dokazne verodostojnosti i dokaznog značaja informacija pribavljenih dešifrovanjem na odgovarajuće tehničke načine komunikacije ostvarene posebnim aplikacijama/uređajima za tajno/zaštićeno komuniciranje, veoma aktuelno širom Evrope, predstavlja i složen dokazni problem, što neposredno proizlazi i iz činjenice da su konkretni podaci pribavljeni mehanizmima međunarodnopravne saradnje – pre svega na nivou EU, kako *inicijalno* (zajednički istražni timovi, uloga Evropola i Evrodžasta, kao i evropski istražni nalog), tako i klasičnim mehanizmom korišćenja *zamolnica*, zahvaljujući čemu se međunarodna pravna pomoć pruža/dobija i unutar EU i u odnosu na države koje nisu članice EU. Zbog toga je i uporednopravna praksa u Evropi još uvek relativno oskudna, pa donekle i kolebljiva.

S druge strane, realno je očekivati i da će se ta praksa na uporednopravnom nivou, nakon skorašnje odluke Suda pravde EU, dobiti odgovarajući „stimulans“, pa

40 W. Beulke (2000). *Strafprozessrecht*, Heidelberg, p. 5–7.

41 W. D. Brodag, p. 43.

i „putokaz“, u odnosu na osnovni pravac rezonovanja o nekim potencijalno spornim pitanjima, koja su od ključnog značaja za načelnu ocenu dokaznog kredibiliteta dokaza i informacija pribavljenih dešifrovanjem na odgovarajuće tehničke načine komunikacije ostvarene posebnih aplikacijama za tajno/zaštićeno komuniciranje.

5.1. Holandija

Praksa holandskih sudova sa informacijama/dokazima proizišlim iz dešifrovane kriptovane komunikacije, ostvarene korišćenjem posebnih aplikacija/uređaja, utemeljena je primarno na načelnom stavu Vrhovnog suda Holandije, interpretativnog karaktera, koji se tiče (de)šifrovane komunikacije ostvarene putem aplikacije *EncroChat* za tajno/zaštićeno komuniciranje.⁴² Prema tom načelnom stavu Vrhovnog suda Holandije, „skinute“/dešifrovane poruke ove vrste (proizišle iz aplikacije *EncroChat*) mogu da se pod određenim uslovima koriste kao dokazi u krivičnim postupcima koji se vode u Holandiji.

Holandski sudovi su svoj stav o dokaznoj verodostojnosti informacija sadržanih u komunikaciji ostvorenoj aplikacijama/uređajima za tajno/zaštićeno komuniciranje *Sky ECC/EncroChat* zasnovali na načelnom stavu da su takve informacije proistekle iz regularnih mehanizama međunarodne krivičnopravne saradnje između Holandije i druge države u čiji pravni sistem nadležni holandski organi načelno „imaju poverenje“. Konkretno, reč je o Francuskoj, ali je Holandski vrhovni sud u tom slučaju svoj stav generalno utemeljio na „opštem principu međudržavnog poverenja“, smatrajući da se taj „princip zasniva na opštem poverenju u pravni sistem druge države i posebno navodeći da je to, kada se radi o konkretnim dokazima, slučaj između Holandije i Francuske“, tako da stoga, „holandski sudovi mogu očekivati da su francuske vlasti istrage sprovele zakonito i da su rezultati pouzdani“.⁴³

Dakle, u krivičnim postupcima u Holandiji se, kada je reč o dokazima proisteklim iz (de)šifrovane komunikacije ostvarene korišćenjem posebnih aplikacija/uređaja za tajno/zaštićeno komuniciranje, do kojih se došlo tako što su dobijeni od nadležnih francuskih organa primenom mehanizama međunarodne pravne pomoći u krivičnim stvarima, načelno polazi od postojanja dve pretpostavke, koje proizlaze iz principa opšteg međudržavnog poverenja: 1) pretpostavlja se da su francuski nadležni organi dokaze pribavili na zakonit način i 2) pretpostavlja se da su takvi dokazi pouzdani.

Naravno, samim tim što se u odluci Vrhovnog suda Holandije „govori/piše“ o pretpostavkama, jasno je da se može dokazivati suprotno, a teret takvog dokazivanja, po logici stvari, pada na one subjekte kojima je to u interesu, a to su okrivljeni i njegov branilac. Međutim, kao što će se objasniti u daljem tekstu, i od suda se očekuje da pokloni pažnju tim pitanjima, ali samo ako postoje dokazi koji potenci-

42 Naime, Vrhovni sud Holandije je 13. juna 2023. godine doneo svoju interpretativnu odluku na zahtev više nižih sudova koji se ticao zauzimanja stava o nizu relevantnih pitanja proisteklim iz korišćenja komunikacije ostvarene *EncroChat* i *Sky ECC* aplikacijama, važnih za aktuelne krivične postupke.

43 Odluka Vrhovnog suda Holandije (*Hoge Raad*) od 13. juna 2023, ECLI:NL:HR:2023:913. <https://uitspraken.rechtspraak.nl/details?id=ECLI:NL:HR:2023:913>, 21. januar 2024.

jalno dovode u pitanje opšte pretpostavke da su takvi dokazi pribavljeni na zakonit način te da su pouzdani. To se još i dodatno konkretizuje u interpretativnoj odluci Vrhovnog suda Holandije u kojoj se navodi da se može poći od pretpostavke da su rezultati istrage sprovedene u drugoj članici EU pouzdani, što znači da se takvi dokazi načelno smatraju pretpostavljeno verodostojnima, ali da ukoliko postoje konkretne informacije/dokazi koji pokazuju da to nije slučaj, sud ima obavezu da ispita pouzdanost tih dokaznih „rezultata“ istrage sprovedene u drugoj državi. Ovde se Vrhovni sud Holandije bavio i načelom „jednakosti oružja“, kao važnim aspektom opšteg krivičnog procesnog načela pravičnog krivičnog postupka, odnosno „jednakošću oružja“ kao segmentom prava na pravično suđenje.⁴⁴ Name, u svojoj odluci se pozvao i na relevantne stavove ESLJP iz kojih proizlazi da pravo odbrane da joj se učine dostupnim svi dokazi kojima raspolaže optužba nije apsolutno, te da to pravo može biti limitirano ako je to neophodno radi zaštite važnog javnog interesa, poput neotkrivanja istražnih metoda koje koristi policija, pri čemu takvo limitiranje mora biti apsolutno neophodno, a i tada se odbrani moraju obezbediti sve procesne garancije koje omogućavaju da postupak bude pravičan.

Inače, u krivičnim postupcima u Holandiji (a bilo je do sada više od 200), u kojima se kao potencijalni dokaz pojavljivala komunikacija proistekla iz (de)šifrovane komunikacije ostvarene korišćenjem posebnih aplikacija/uređaja za tajno/zaštićeno komuniciranje, odlučivalo se o nizu prigovora odbrane koja se ticala takve vrste dokaza, a o čemu je potom svoj autoritativan stav izneo Vrhovni sud Holandije. Naime, odbrana okrivljenih je u tim postupcima redovno zahtevala pristup podacima do kojih se došlo operacijom „hakovanja“ aplikacije *EncroChat*, kako bi na takav način mogla da ostvari sledeće ciljeve: 1) da proveri integritet podataka, 2) da proveri pouzdanost podataka, naročito stoga što su korisnici aplikacija koristili pseudonime, i 3) da ustanovi da li postoje i dokazi koji idu u prilog odbrani, poput tzv. ekskulpirajućih dokaza.⁴⁵

Odbrani, tj. braniocima okrivljenih je u krivičnim postupcima u Holandiji u kojima su se pojavljivali/koristili dokazi proistekli ih dešifrovane tajne komunikacije korišćenjem aplikacije *EncroChat*, bio obezbeđen pristup tim podacima te omogućeno pretraživanje svih podataka koji se tiču okrivljenog kojeg brane konkretni branioci. To je svojom (u prethodnom tekstu već pomenutom) odlukom afirmisao i Vrhovni sud Holandije, smatrajući da je takva praksa potpuno usklađena sa zakonom.⁴⁶ Sam pristup podacima ostvaruje se u prostorijama Forenzičkog instituta Holandije, a odbrana ima pravo da koristi isti softver za analizu podataka koji upotrebljava i holandska policija. Osim toga, branioci okrivljenih mogu da podnošenjem posebnog zahteva dobiju sve podatke koji se tiču njihovih branjenika i u *Excel* formatu. Posebno je značajno to što su holandski sudovi braniocima okrivljenih

44 Više o tome: I. Miljuš (2022). *Načelo jednakosti „oružja“ u krivičnom postupku*, Beograd, p. 216–217.

45 J. J. Oerlemans, D. A. G. van Toor (2022). Legal Aspects of the EncroChat Operation: A Human Rights Perspective, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, no 30, Online Publication Date: 27 Dec 2022. https://brill.com/view/journals/eccl/30/3-4/article-p309_006.xml?language=en, 22. januar 2024.

46 J. J. Oerlemans, D. A. G. van Toor.

redovno davali i podatke o načinu na koji je u Francuskoj sprovedena „operacija“ dešifrovanja tajne komunikacije ostvarene putem posebnih aplikacija (pre svega aplikacije *EncroChat*), što je potom prosleđeno i holandskim nadležnim organima.⁴⁷

5.2. Francuska

Nadležni francuski organi su uspeli da „probiju“ zaštićeni sistem komuniciranja korišćenjem posebnih aplikacija za tajno/zaštićeno komuniciranje, pre svega aplikacije i uređaja *Sky ECC* (prilagođenih mobilnih telefona) za korišćenje te aplikacije. Sam tehničko-tehnološki način na koji su to uspele nadležne službe u Francuskoj, nekada samostalno, a nekada delovanjem zajedničkih istražnih timova sa nadležnim holandskim i belgijskim organima, smatra se tajnom i on se ne otkriva. Firma koja je kreirala *Sky ECC* i na profitnoj osnovi servisirala njeno održavanje tvrdila je da je to postignuto specifičnim „hakovanjem“ aplikacije, što znači ubacivanjem vrste „kompjuterskog virusa“, odnosno „trojanskog konja“ („trojanca“),⁴⁸ što nikada nije definitivno zvanično razjašnjeno, ali je inače i takav način delovanja moguć prema pravilima francuskog zakonodavstva.

Francuski Zakonik o krivičnom postupku⁴⁹ poznaje posebnu dokaznu radnju „infiltracije u računarski sistem“,⁵⁰ što se svodi na „unošenje tehničkog uređaja“ u kompjuterski sistem, koji omogućava uvid u informacije pohranjene u sistemu, komunikaciju koja se ostvaruje i prenos podataka, a to sve se čini bez saglasnosti vlasnika/korisnika sistema. To se u tehničkom smislu može postići „mehanički“, kada u konkretnom slučaju postoji taktička mogućnost potrebnog fizičkog kontakta sa računarom/mobilnim telefonom, i „daljinski“, slanjem poruka koje sadrže takve

47 J. J. Oerlemans, D. A. G. van Toor.

48 Unošenjem posebnog virusa koji se uobičajeno zove „trojanski konj“ ili „trojanac“ vrše se inače i određeni oblici kompjuterskog kriminaliteta. Takva aktivnost se sastoji u neprimetnom modifikovanju samog kompjuterskog programa ili modaliteta njegovog korišćenja. Ovaj metod se i naziva „trojanskim konjem“ jer se zasniva na prikričenom ubacivanju novih naredbi u postojeće programe, s tim da se njihovo izvršenje odlaže za neki duži period, od nekoliko dana, nedelja ili čak meseci. Takve instrukcije, ubačene u softver, poput svojevrsnog „kukavičjeg jajeta“, veoma je teško otkriti jer su zamaskirane u velikom broju postojećih programskih linija. Ukoliko bi se one i otkrile, bilo bi izuzetno teško identifikovati njihovog autora.

Osim toga, instrukcija ubačena metodom „trojanskog konja“ tako je programirana da se nakon izvršenja naredbe (npr. odašiljanja informacija drugom korisniku) ona sama briše, pa se na takav način eliminišu svi tragovi njenog prisustva i delovanja u memoriji/bazama informacija kompjutera, odnosno u računarskim mrežama. Više o tome: Ž. Aleksić, M. Škulić, p. 388–389.

49 Postoji čitav niz mogućnosti koje se primarno tiču (za)dobijanja digitalnih dokaza korišćenjem same kompjuterske tehnologije za nadzor nad informacijama pohranjenim u računarskoj memoriji, podacima koji su predmet komunikacije preko računarskih mreža, snimanje i transfer takvih podataka i sl. Kako je reč o relativno novim tehnologijama, takve dokazne mogućnosti ne predstavljaju neko tradicionalno rešenje francuskog krivičnog postupka, već su one u ZKP uvedene relativno skorašnjim novelama od 5. marta 2007. i 14. marta 2011. godine. Konkretno, mogućnost dobijanja informacija iz računara/računarske mreže daljinskim putem, zahvaljujući korišćenju posebnih „tehničkih uređaja“, zakonski je oživotvorena novelom od 14. marta 2011. O. Gutkes, *Digital Evidence in Criminal Law*. https://www.ecba.org/extdocserv/conferences/tallinn2012/recdev_france.pdf, 6. april 2024.

50 *Ibidem*.

„tehničke mehanizme“, koji su u stvari posebna vrsta kompjuterskih virusa, najčešće poznatih kao „trojanci“ ili „trojanski konji“.

Naime, prema pravilima iz člana 706–102–1 Zakonika o krivičnom postupku Francuske, istražni sudija u istrazi organizovanog kriminaliteta može, nakon pribavljanja mišljenja javnog tužioca, da dozvoli istražiteljima da ugrade tehnički uređaj kako bi se pristupilo podacima, oni snimili, pohranili i transferisali bez saglasnosti lica kojem takvi podaci pripadaju. Samom zakonskom odredbom je potom precizirano i da se „tehnički uređaj“ može postaviti u računar ili mobilni telefon na samom „mestu“ (što znači fizički) ili sa daljine. Propisano je i da se tako dobijeni podaci ne mogu koristiti u bilo koje druge svrhe, osim radi istraživanja i otkrivanja krivičnih dela koja su predmet aktuelne istrage istražnog sudije. Međutim, ako se ovim radnjama otkriju druga krivična dela, time se ne konstituše ništavost uzgrednog postupka (član 706–102–4). Na taj se način reguliše tzv. slučajni nalaz, u modalitetu koji je i inače čest kada se radi o posebnim dokaznim radnjama, tj. specijalnim istražnim tehnikama u mnogim savremenim krivičnoprocesnim zakonodavstvima.

U Francuskoj je, pre nego što je „provaljena“, odnosno „presretnuta“ aplikacija *Sky ECC* te omogućeno dobijanje sadržaja velikog broja komunikacija ostvarenih korišćenjem te aplikacije, u sudskoj praksi bilo veoma aktuelno pitanje informacija/dokaza pribavljenih nadzorom komunikacije ostvarene putem aplikacije *EncroChat*. Stoga se francuska sudska praksa uglavnom i tiče prikupljanja informacija/dokaza proisteklih iz korišćenja te aplikacije. Nadzor nad tajnim komuniciranjem korišćenjem aplikacije *EncroChat* ostvaren je početkom 2020. godine, delovanjem zajedničkog francusko-holandskog istražnog tima, uz učešće Evropola, a u skladu sa pravilima međunarodne pravne pomoći i saradnje u okviru EU. Na taj se način došlo u posed čak oko 120 miliona poruka kreiranih/razmenjivanih korišćenjem aplikacije *EncroChat*. U formalnom smislu tu akciju je autorizovao Sud u Lilu, izdavanjem pet naredbi za prikupljanje dokaza na takav način u periodu od 30. januara do 31. marta 2020. godine, a potom je u julu 2021. Apelacioni sud u Nansiju doneo presudu kojom je potvrđena zakonitost takvog načina prikupljanja dokaza, uz konstatovanje da se oni kao zakoniti mogu koristiti u krivičnom postupku.

Okrivljeni i njihovi branioci su presudu Apelacionog suda u Nansiju osporili žalbom Kasacionom sudu, tvrdeći da je prikupljanjem podataka sadržanih u komunikacijama korišćenjem aplikacije *EncroChat* povređeno pravo na privatnost i da je, osim toga, presudom Apelacionog suda povređeno pravo na odbranu jer nije ispoljeno pravo na „jednakost oružja“, kao ni pravo na delotvorno pravno sredstvo, pošto je državno tužilaštvo konsekventno uskraćivalo informisanje o tehničkim načinima na koje se došlo do informacija iz zaštićene komunikacije, korišćenjem aplikacije *EncroChat*, što se temeljilo na zaštiti tajnosti/državne tajne, direktno povezano sa interesima odbrane zemlje. Odbrana je u svojoj žalbi insistirala i na tome da nacionalno istražno-tehničko telo nije oficijelno izdalo potvrdu/sertifikat o autentičnosti podataka prikupljenih dešifrovanjem komunikacije ostvarene u konkretnom slučaju korišćenjem aplikacije *EncroChat*.

Svoju presudu kojom odbija žalbe okrivljenih i branioca francuski Kasacioni sud zasniva na konstataciji da prikupljanjem podataka iz komunikacija ostvarenih

aplikacijom *EncroChat*, koji su potom korišćeni kao dokaz u osporenim presudama, u konkretnom slučaju nije povređeno pravo na privatnost okrivljenih. Delimično su usvojeni argumenti odbrane da je povređeno pravo na „jednakost oružja“ u krivičnom postupku jer su odbrani uskraćene informacije o tehničkim aspektima „presretanja komunikacija“, te joj nije izdata ni potvrda nadležnog tehničkog organa o autentičnosti informacija iz takve „presretnute“ komunikacije. Stoga je Kasacioni sud i zaključio da je u konkretnom slučaju francuska policija bila dužna da pruži informacije o tehničkom načinu na koji je pribavila dokaze iz komunikacija ostvarenih aplikacijom *EncroChat* te da, uz to, priloži i odgovarajuću potvrdu autentičnosti konkretnih informacija do kojih se došlo na takav način.⁵¹

Na temelju presude Kasacionog suda,⁵² o predmetu je ponovo odlučivao Apelacioni sud u Mecu, a nešto kasnije je, nakon slične presude Kasacionog suda, ponovo odlučivao Apelacioni sud u Parizu. Kasacioni sud Francuske je potom u maju 2023. godine, odlučujući o novom slučaju te vrste, a na osnovu analize podataka sadržanih u konkretnim spisima predmeta, konstatovao i da aplikacija *EncroChat* u momentu kada su preuzete informacije sadržane u komunikaciji ostvorenoj posredstvom te aplikacije nije suštinski bila kriptovana, te da zato ni ne postoji obaveza prilaganja potvrde o autentičnosti podataka, koja je, inače, neophodna prema pravilima francuskog zakonodavstva.⁵³

5.3. Italija

Vrhovni sud Italije je 15. jula 2022. godine zauzeo stav da okrivljeni mora imati mogućnost da postavlja pitanja koja se tiču sadržaja poruka prikupljenih nadzorom komunikacije ostvarene aplikacijom/uređajima *Sky ECC*, kao i pravo da zahteva informacije o načinu na koji prikupljene informacije sadržane u tajnoj/zaštićenoj komunikaciji ostvorenoj aplikacijom/uređajem *Sky ECC*, radi omogućavanja da se kontrolišu zakonitost i kredibilnost takve vrste dokaza.

Iz tog stava Vrhovnog suda Italije proizišao je zahtev shodno kojem je državno tužilaštvo dužno da obelodani kako se došlo do informacija sadržanih u tajnoj komunikaciji realizovanog putem aplikacije *Sky ECC*. To se praktično svodi na objašnjenje toka i sadržaja konkretnih akcija kojima su dobijene informacije iz (de)šifrovane komunikacije. Do ove odluke Vrhovnog suda Italije nadležna državna tužilaštva su odbijala da upoznaju odbranu sa informacijama tretiranim kao operativne i tajne, a koje su imale istražni karakter u odnosu na kriptovanu komunikaciju korišćenjem aplikacije *Sky ECC*. I niži sudovi su smatrali da su takvi dokazi prihvatljivi te da nema potrebe za detaljnijim upuštanjem u pitanje njihove zakonitosti jer su te dokaze italijanskim pravosudnim organima prosledile strane sudske vlasti država koje

51 Više o tome: B. Goodwin, *French supreme court dismisses legal challenge to EncroChat cryptophone evidence*. <https://www.computerweekly.com/news/366551078/French-supreme-court-dismisses-legal-challenge-to-EncroChat-cryptophone-evidence>, 27. mart 2024.

52 <https://www.spixnet.com/cybersecurity-blog/2023/03/09/french-supreme-court-rejects-encrochat-verdict-after-lawyers-question-secrecy-over-hacking-operation>, 27. mart 2024.

53 Presuda Kasacionog suda Francuske (*Cour de Cassation*) od 10. maja 2023. ECLI:FR:CCASS:2023:CR00538. <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000047545770>, 27. mart 2024.

su članice EU, pa se na osnovu toga pošlo od pretpostavke da je nadzor te vrste komunikacija ostvarenih van Italije sproveden na zakonit način.⁵⁴ Suštinski se ovde radilo o poznatom principu „međudržavnog poverenja“.

Konačno, tim pitanjem se bavio i Ustavni sud Italije,⁵⁵ koji je zaključio da informacije sadržane u tajnoj komunikaciji realizovanoj putem aplikacije *Sky ECC* ne predstavljaju prislušivanje, koje se svodi na posebnu istražnu/dokaznu radnju, i da se u svakom konkretnom slučaju kao osnovno sporno pitanje postavlja ocena da li komunikacija prestaje da bude komunikacija i zatim postaje dokument/isprava onda kada je pohranjena u računaru.

Zatim je nakon svog prvog stava, koji se ticao informacija sadržanih u tajnoj komunikaciji realizovanoj putem aplikacije *Sky ECC*, italijanski Vrhovni kasacioni sud taj zauzeti stav u nekoliko svojih odluka dodatno nadgrađivao, posebno u kontekstu pitanja koja su se ticala evropskog istražnog naloga, što je u EU postalo naročito aktuelno nakon obraćanja berlinskog Regionalnog suda Evropskom sudu pravde. To je činjeno i uz „izvesna „lutanja“. Tako se u odluci italijanskog Vrhovnog kasacionog suda od 26. oktobra 2023. godine, broj 44154/2023,⁵⁶ konstatuje da u sistemu evropskog istražnog naloga za prihvatanje rezultata presretanja komunikacija koje su već sprovedene u inostranstvu nije dovoljno da su takvi dokazi autorizovani odlukom suda države članice EU, na osnovu zakonskih propisa te države, već je neophodno proveriti i da li su ti dokazi (presretanje) kao takvi prihvatljivi prema pravilima italijanskog prava. Vrhovni kasacioni sud Italije konstatuje i da Direktiva EU koja se tiče evropskog istražnog naloga uopšte ne reguliše upotrebljivost dokaza pribavljenih tim nalogom, prepuštajući taj aspekt pravu konkretne države, bez prejudiciranja koje bi se ticalo ocene poštovanja prava na odbranu i garancija fer postupka prilikom evaluacije dokaza pribavljenih evropskim istražnim nalogom. Takođe se konstatuje da kada bi se utvrdilo da su istražne aktivnosti sprovedene u inostranstvu bile nezakonite jer su sprovedene bez neophodne sudske odluke, to bi se reflektovalo i na nacionalni postupak i dovelo do nemogućnosti korišćenja takvih dokaza.

Italijanski Vrhovni kasacioni sud se posebno bavio evropskim istražnim nalogom u kontekstu njegove upotrebe radi pribavljanja dokaza, pa tako posebno objašnjava da on mora biti „nužan“ i „proporcionalan“ svrsi krivičnog postupka, uz uzimanje u obzir prava lica za koje se vodi istraga ili koje je optuženo. Posebno se ističe da radnje koje se tiču nadzora nad telefonskom komunikacijom ili drugim vidovima daljinske razmene informacije moraju biti precizirane jer spadaju u aktivnosti koje limitiraju pravo na privatnost, garantovano Evropskom konvencijom o ljudskim pravima, te stoga moraju biti sprovedene na način koji obezbeđuje adekvatnu

54 Više o tome: B. Goodwin, *Italian Supreme Court calls for prosecutors to disclose information on Sky ECC hacking operation*. <https://www.computerweekly.com/news/252525734/Italian-Supreme-Court-calls-for-prosecutors-to-disclose-information-on-Sky-ECC-hacking-operation>, 28. mart 2024.

55 <https://www.devita.law/sky-ecc-chat-acquisition-the-order-of-referral-to-the-united-sections/?lang=en>, 28. mart 2024.

56 <https://canestrinilex.com/en/readings/legality-check-of-skyecc-evidence-is-mandatory-ita-supreme-court-4415423>, 29. mart 2024.

sudsku kontrolu, dok pristup dokumentima i podacima sadržanim u kompjuterima ili drugi oblici komunikacija moraju uvek da budu sudski autorizovani.

Veoma je interesantna i odluka italijanskog Vrhovnog kasacionog suda broj 47798, od 30. novembra 2023. godine, u kojoj se prvo konstatuje da informacije sa „Sky ECC platforme“ potiču iz zajedničke operacije francuske, belgijske i holandske policije, što je dovelo do pristupa i dekrpcije komunikacije/„četoavanja“ više od 70.000 korisnika iz različitih zemalja, samo 2021. godine, da bi se potom, uz oslanjanje i na pomenutu odluku Ustavnog suda Italije (*Constitutional Court's ruling 170/2023*),⁵⁷ posebno naglasilo da sud primećuje da pravila italijanskog Zakona o krivičnom postupku omogućavaju korišćenje dokumenata i podataka pohranjenih u kompjuterima, uz pravljenje razlike između njih i prisluškivanja.⁵⁸

Potom se konstatuje da je, zahvaljujući toj razlici između podataka koji su „u progresu“, što znači prisluškivanja/nadzora u realnom vremenu komunikacije koja je u toku i podataka koji su „kristalizovani“ u memoriji uređaja/kompjutera, bilo moguće da se koristi evropski istražni nalog, koji je inicirao tužilac. Konstatuje se i da u odnosu na takve dokaze nije potrebna autorizacija italijanskog suda/sudije, ako su oni pribavljeni u skladu sa pravilima sudskog postupka strane države, iz čega proizlazi da se sudska zaštita ostvaruje samo u stranom pravnom sistemu. Dalje se u toj odluci Vrhovnog kasacionog suda Italije neposredno odstupa od dela rezonovanja u njegovoj prethodnoj odluci (No. 44154, 2. novembar 2023), tako što se konstatuje ne samo da je dovoljna sudska autorizacija u stranoj državi prema pravilima njenog prava već i da onda kada se primenjuje evropski istražni nalog radi dobijanja dokaza koji se tiču komunikacije već pohranjene u računarima, nema mesta ni primeni pravila Zakona o krivičnom postupku koja se odnose na prisluškivanje/presretanje aktuelnih (živih) razgovora, već se primenjuju pravila o pribavljanju dokumenata/isprava.

Konačno, italijanski Vrhovni kasacioni sud, tj. zajednička sednica njegovih odeljenja, zauzeo je potom, početkom 2024. godine, nakon izvesnog „lutanja“, kolebanja i nesigurnosti po tom pitanju, načelni stav da u Italiji dokazi iz komuniciranja korišćenjem posebnih aplikacija, kao što su *Sky ECC* i *EnchroChat*, mogu da budu dokaz (*Court of Cassation in Italy rules: Sky ECC communications are legal evidence*), pod određenim i inače postojećim zakonskim uslovima.⁵⁹

5.4. Crna Gora

U Crnoj Gori se aktuelno vodi više krivičnih postupaka u kojima se, između ostalog, pojavljuju i informacije/dokazi proistekli iz (de)šifrovane komunikacije, ostvarene korišćenjem posebnih aplikacija za zaštićenu/tajnu komunikaciju.⁶⁰ Radi

57 <https://www.sistemapenale.it/it/documenti/corte-costituzionale-2023-170-conflitto-attribuzione-senato-procura-firenze-caso-renzi>, 28. mart 2024.

58 <https://www.devita.law/sky-ecc-chat-acquisition-the-order-of-referral-to-the-united-sections/?lang=en>, 29. mart 2024.

59 <https://sot.com.al/english/aktualitet/gjykata-e-kasacionit-ne-itali-vendos-komunikimet-ne-sky-ecc-jane-prov-i647568>, 1. april 2024.

60 Više o tome: Grupa autora (2023). *Izdvajanje nezakonito pribavljenih dokaza u krivičnom postupku – principi iz prakse Evropskog suda za ljudska prava i sudska praksa u Crnoj Gori*, ur. T. Gorjanc Prelević, Podgorica, p. 34–35.

se pre svega o aplikaciji *Sky ECC*, odnosno kriptovanoj komunikaciji ostvarenoj mobilnim telefonima modifikovanim da rade u režimu aplikacije *Sky ECC*. Još uvek nema pravnosnažnih presuda zasnovanih na toj vrsti dokaza,⁶¹ a u aktuelnim krivičnim postupcima se uglavnom prihvataju osnovne teze nadležnih državnih tužilaca da su to dokazi pribavljeni mehanizmom međunarodne krivičnopravne pomoći te da je u tom pogledu ključno da je konkretna procesna/dokazna radnja koju je preduzeo strani pravosudni organ sprovedena u skladu sa zakonom konkretne države kojoj pripada taj pravosudni organ.

Dokazne zabrane su, prema pravilima krivičnog procesnog prava Crne Gore, uređene na sličan način, kao što je to i inače tipično za evropskokontinentalno krivično procesno zakonodavstvo, tako što se zabranjuju i korišćenje određenih dokaza i dokaznih sredstava, kao i vrednovanje određenih dokaza.⁶² Osim toga, potrebno je i da takva procesna/dokazna radnja nije alternativno realizovana: 1) suprotno načelima pravnog sistema Crne Gore ili 2) opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava.⁶³ U međuvremenu, u Crnoj Gori postoji i prvostepena presuda utemeljena, između ostalog, i na dokazima pribavljenim putem međunarodne pravne pomoći u krivičnim stvarima, gde se prema prethodno objašnjenim kriterijumima ocenjuje da li je reč o dokazu u vidu *isprave*, koji se suštinski svodi na informacije potekle iz šifrovane/kriptovane komunikacije u odnosu na koju je ostvaren nadzor nadležnih organa stranih država.

Sušтина je da, kao i inače kada se radi o pružanju/dobijanju međunarodne pravne pomoći u krivičnim stvarima, nije neophodno da je konkretna procesna/dokazna radnja sprovedena u drugoj zemlji u skladu sa propisima države koja zahteva/dobija međunarodnu krivičnopravnu pomoć već je sasvim dovoljno da je postupljeno prema relevantnim propisima države u kojoj je konkretna radnja preduzeta. Takvi stavovi nadležnih državnih tužilaca u konkretnim krivičnim postupcima u Crnoj Gori prihvatani su od sudova u različitim oblicima njihove funkcionalne nadležnosti. Tako su rezonovali i sudije za istragu, pre svega prilikom određivanja pritvora, kao i sud u postupku kontrole optužnice, a konačno, to je prihvatilo i jedno prvostepeno veće nadležnog suda, odnosno kao što se to objašnjava u fusnoti 60, u međuvremenu već postoji i jedna pravnosnažna presuda, koja je između ostalog utemeljena i na dokazima iz *Sky ECC* komunikacije.

Konačno, nedavno je i Ustavni sud Crne Gore (odluka U-III br. 745/23 i 746/23) odlučivao o ustavnoj žalbi koja se ticala ustavnopravne opravdanosti određivanja pritvora u jednom konkretnom slučaju, gde se, između ostalog, osporavalo

61 Doduše, kao što je to istaknuto u izlaganju specijalnog tužioca Specijalnog tužilaštva Crne Gore, na Konferenciji *Korišćenje kriptovane komunikacije u krivičnom postupku*, održanoj 18. i 19. aprila 2024. godine u Beogradu, u organizaciji Delegacije EU u Srbiji, Kancelarije Saveta Evrope u Beogradu, Ambasade SAD u Beogradu, kao i Misije OEBS-a u Beogradu, u Crnoj Gori je u međuvremenu, tj. nedavno i jedna presuda zasnovana, između ostalog, na dokazima iz *Sky ECC* komunikacije, postala pravnosnažna. Interesantno je da se, kada je reč o toj presudi, radi o dokazima „oslobađajućeg karaktera“, koji su potkrepili tvrdnju konkretnog okrivljenog da je izložen torturi, odnosno zahvaljujući mučenju (što je tek naknadno dokumentovano/dokazano podacima iz kriptovane komunikacije), prethodno priznao krivično delo koje nije zaista izvršio.

62 M. Škulić (2012). *Krivično procesno pravo*, Podgorica, p. 205.

63 M. Škulić (2009). *Komentar Zakonika o krivičnom postupku Crne Gore*, Podgorica, p. 113.

i postojanje osnovane sumnje kao materijalnog i obaveznog uslova za određivanje pritvora okrivljenog u krivičnom postupku, koja je, između ostalog, u konkretnom slučaju bila utemeljena i na podacima pribavljenim iz dešifrovane tajne komunikacije ostvarene korišćenjem aplikacije *Sky ECC*.

Vodeći postupak po više ustavnih žalbi radi vođenja jedinstvenog postupka i donošenja jedne odluke, s obzirom na to da je ustavnim žalbama osporeno isto rešenje Vrhovnog suda Crne Gore (Kr-S br. 12/23 od 10. jula 2023. godine), a pozivajući se i na stav Evropskog suda za ljudska prava,⁶⁴ Ustavni sud Crne Gore je zaključio da „u smislu standarda koji proizlaze iz prakse Evropskog suda za ljudska prava koju slijedi Ustavni sud u okolnostima konkretnog slučaja u osporavanim rješenjima nije izostala analiza činjenica vezanih za utvrđivanje osnovanosti sumnje i stepenu potrebnom za produženje pritvora“. Osim toga, Ustavni sud Crne Gore je u konkretnom slučaju „imao u vidu i činjenicu da se radi o pritvoru koji je produžen u početnom stadijumu postupka, odnosno u svrhu vođenja istrage u kojoj se svestrano prikupljaju činjenice i dokazi od značaja za dalji tok i ishod krivičnog postupka i kada se pokazuje potreba da se otklone rizici mogućeg neprisustvovanja podnosioca ovoj fazi postupka. Ustavni sud ukazuje da se u predmetima produžavanja pritvora u istrazi ne razmatra niti odlučuje o krivici okrivljenog. Stoga se ne može ulaziti ni u pojedina činjenična pitanja niti ocjenu dokaza. O postojanju osnovane sumnje kod primjene mjere određivanja pritvora zaključuje se iz sadržaja relevantnih dokaza koje Ustavni sud nije ovlašćen cijeliti u ovoj fazi postupka“.

5.5. Nemačka i aktiviranje Suda pravde Evropske unije

Nemački sudovi su u više slučajeva i praktično bez previše oklevanja prihvatili kao dokaze informacije proizišle iz nadzora ostvarenih korišćenjem aplikacije *EncroChat*. Prvi izuzetak je nastao odlukom Regionalnog/zemaljskog suda u Berlinu, koji je u julu 2021. godine u jednom konkretnom predmetu zaključio da se ne radi o prihvatljivim dokazima.⁶⁵ Svi drugi okružni i regionalni/zemaljski nemački sudovi su u više navrata prihvatili kao dokaze informacije proizišle iz nadzora ostvarenih korišćenjem aplikacije *EncroChat*. Prethodno je i nemački Savezni sud zauzeo stav da su takvi dokazi prihvatljivi u nemačkom krivičnom postupku.⁶⁶

Konačno, berlinski Regionalni/zemaljski sud (*Landgericht Berlin*) je, u skladu sa posebnim mehanizmom svojstvenom pravu EU, kojim nadležni državni organi zemalja EU mogu od Suda pravde EU tražiti tumačenje određenih spornih pravnih

64 Ustavni sud Crne Gore (odluka U-III br. 745/23 I 746/23), na temelju jednog veoma poznatog slučaja iz prakse Evropskog suda za ljudska prava (*Simons protiv Belgije*), koji je komentarisano u prethodnom tekstu, a svodi se na stav da pitanje zakonitosti i upotrebe dokaza nije nužno pitanje o kojem treba odlučiti kod odlučivanja o pritvoru, izveo je svoj stav prema kojem u konkretnoj fazi postupka on „nije ovlašćen“ da ocenjuje relevantne dokaze.

65 J. Diehl, R. Lehberger, C. Meyer-Heuer, *Landgericht Berlin lässt Encrochat-Daten nicht zu*. <https://www.spiegel.de/panorama/justiz/berlin-landgericht-laesst-encrochat-daten-nicht-zu-a-6dd9be2e-f558-40fa-9995-2f8136581f8e>, 14. septembar 2023.

66 Vid. Germany: Federal Court of Justice Confirms Use of Evidence in EncroChat Cases, EURO-CRIM 1/2022. 36–37. https://eucrim.eu/media/issue/pdf/eucrim_issue_2022-01.pdf#page=38, 1. april 2024.

pitanja koja se pojave u praksi, podneo zahtev za interpretativnim izjašnjanjem Suda pravde EU.⁶⁷ Odlukom Berlinskog regionalnog/zemaljskog suda,⁶⁸ niz pitanja je postavljen Sudu pravde EU, a ključna su bila sledeća: 1) pitanje *nadležnosti* – da li je nemačko tužilaštvo bilo nadležno za podnošenje zahteva za evropski istražni nalog, s obzirom na to da bi, shodno pravilima iz nemačkog Zakonika o krivičnom postupku, državno tužilaštvo moralo dobiti nalog/odluku nemačkog suda da prikupe takve podatke ako su poticali iz Nemačke, 2) pitanje *procesno relevantnog stepena sumnje* – da li bi u državi čiji su organi sprovodili konkretnu dokaznu radnju, morao postojati isti stepen sumnje⁶⁹ kao i u državi u kojoj se potom rezultati takve dokazne radnje koriste kao dokaz u krivičnom postupku, i 3) pitanje *zakonitosti* – da li evropski istražni nalog mora da izda *sudija* da bi se dobili dokazi ako pribavljanje dokaza u sličnom domaćem predmetu, prema pravilima u konkretnom slučaju nemačkog Zakonika o krivičnom postupku, treba da naredi sudija? U daljem tekstu će se posebno objasniti stav generalnog advokata Suda pravde EU u odnosu na ova i druga pitanja koja je postavio berlinski regionalni/zemaljski sud.

6. PRAKSA U SRBIJI U POGLEDU DOKAZA PROISTEKLIH IZ (DE)ŠIFROVANE KOMUNIKACIJE OSTVARENE KORIŠĆENJEM POSEBNIH APLIKACIJA/UREĐAJA

U Srbiji je praksa koja se tiče dokazne vrednosti/verodostojnosti (de)šifrovane komunikacije koja je ostvarena korišćenjem posebnih aplikacija i posebno prilagođenih mobilnih telefona još uvek relativno oskudna, ali se već naziru i neka osnovna dokazna pitanja o kojima će odluke donositi nadležni sudovi i neki početni trendovi u sudskoj praksi te vrste. Kada je reč o konkretnim aplikacijama/uređajima namenjenim/korišćenim za tajnu/šifrovanu komunikaciju, do sada se jedino radi o aplikaciji *Sky ECC*, koja je i inače u javnosti najpoznatija aplikacija te vrste, a u svetlu do sada zapaženih slučajeva širom sveta, smatra se da je poslednjih godina bila veoma široko primenjivana u „miljeu organizovanog kriminaliteta“.

Praksa u Srbiji u pogledu dokaza proisteklih iz (de)šifrovane komunikacije ostvarene korišćenjem posebnih aplikacija/uređaja za sada se isključivo tiče stavova Apelacionog suda u Beogradu, kao žalbene instance u odnosu na odluke prvostepenog suda u konkretnim situacijama, to jest u odnosu na konkretne odluke Višeg suda u Beogradu, Posebnog odeljenja za organizovani kriminal.

Dve su situacije uočene u dosadašnjoj praksi: 1) ukidanje prvostepene presude koja je, između ostalog, bila zasnovana i na dokazima iz „presretnute“ komunikacije

67 T. Wahl. *EnchroChat Turns into a Case for the CJEU*. <https://eucrim.eu/news/enchrochat-turns-into-a-case-for-the-cjeu/>, 29. septembar 2023.

68 LG Berlin (525 KLs) 279 Js 30/22 (8/22) – Beschluss vom 19. Oktober 2022. <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/lg/22/279-js-30-22.php>, 29. septembar 2023.

69 U stvari, to pitanje implicira da bi stepen sumnje morao da bude „bar isti“, odnosno minimalno istovetan, a po logici stvari, to bi uvek bilo adekvatno/ispunjeno i kada se radi o višem stepenu sumnje, što bi se tada svodilo na varijantu poznatog pravnog pravila – „ko može više može i manje“, odnosno radilo bi se o slučaju da ukoliko se postupalo uz postojanje višeg stepena sumnje, onda takav stepen sumnje obuhvata i odgovarajući niži stepen sumnje.

Sky ECC, pri čemu Apelacioni sud u Beogradu, Posebno odeljenje, u tom slučaju nije zaključilo da se radi o pravno nevaljanim dokazima, odnosno dokazima koji su nezakoniti sami po sebi ili prema načinu pribavljanja, već je samo ustanovilo da je prvostepeni sud takve dokaze pogrešno identifikovao/pojmovno odredio u krivičnoprocesno-dokaznom smislu, odnosno da nije pravilno označio iz koje su dokazne radnje oni proizašli u konkretnom slučaju, te u koju vrstu dokaza spadaju u skladu sa opštim krivičnoprocesno-dokaznim pravilima, kao i 2) odbijanje žalbi protiv rešenja prvostepenog suda kojim je potvrđena optužnica, zasnovana između ostalog i na dokazima iz „presretnute“ komunikacije *Sky ECC*, kada je Apelacioni sud u Beogradu, Posebno odeljenje, zauzeo stav da su ti dokazi zakoniti i da predstavljaju ispravu u krivičnoprocesno-dokaznom smislu, do koje se došlo primenom mehanizama iz domena međunarodne pravne pomoći u krivičnim stvarima.

6.1. *Ukidanje prvostepene presude zbog pogrešnog označavanja vrste dokazne radnje iz koje je proistekao konkretan dokaz/zbog pogrešnog definisanja vrste dokaza – kada su ti podaci iz komunikacije Sky ECC*

Apelacioni sud u Beogradu, žalbeno veće Posebnog odeljenja za organizovani kriminalitet, ukinuo je svojim rešenjem prvostepenu presudu Višeg suda u Beogradu, Posebnog odeljenja za organizovani kriminal i vratio postupak na ponovno suđenje.⁷⁰ Presudom Apelacionog suda u Beogradu, žalbenog veća Posebnog odeljenja za organizovani kriminal, nije sam po sebi negiran dokazni značaj informacija pribavljenih iz komunikacije *Sky ECC*, do kojih se došlo mehanizmom međunarodnopravne pomoći u krivičnim stvarima, ali je osporen način rezonovanja prvostepenog suda, i to u dva osnovna pravca: s jedne strane, od prvostepenog suda se zahteva da se detaljnije pozabavi pitanjem zakonitosti konkretnog dokaza, dok se, s druge strane, ističe da je prvostepeni sud tu vrstu dokaza pogrešno poistovetio sa jednom posebnom dokaznom radnjom iz srpskog Zakonika o krivičnom postupku. Osim toga, povezano sa drugim pravcem rezonovanja prvostepenog suda, koji je doveden u pitanje rešenjem Apelacionog suda u Beogradu, Posebnog odeljenja za organizovani kriminal, osporeno je i podvođenje konkretnih dokaza, proizašlih iz dešifrovanja komunikacije ostvarene aplikacijom *Sky ECC*, pod vrstu *slučajnog nalaza* proisteklog iz sprovedene posebne dokazne radnje.

U vezi sa pitanjem zakonitosti dokaza proizašlih iz „dešifrovanja“ komunikacije putem aplikacije *Sky*, Apelacioni sud u Beogradu praktično daje smernice kako pristupiti aplikaciji *Sky* da bi se prihvatila kao dokaz tako što zaključuje da nije dovoljno konstatovati da je takav konkretan dokaz pribavljen putem međunarodne pravne pomoći. U rešenju Apelacionog suda u Beogradu, Posebno odeljenje za organizovani kriminal, navodi se: „Prvostepeni sud je propustio da najpre navede jasne i argumentovane razloge u pogledu zakonitosti dostavljene predmetne Skaj komunikacije po kriterijumima države u kojoj je pribavljena i to kroz analizu načina na koji je ona pribavljena u Republici Francuskoj, a u sklopu navedenog i kroz ocenu da li

70 Rešenje Posebnog odeljenja za organizovani kriminal Apelacionog suda u Beogradu Kž1 Po1 23/22 od 7. aprila 2023. Vid. sajt Apelacionog suda u Beogradu: <http://cdn-host.bgdream.net/lt/archive/ok-donete-odluke/2023/7>, 1. septembar 2023.

je navedena komunikacija pribavljena na način koji nije u suprotnosti sa načelima našeg pravnog sistema i opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava.“ Ovdje svakako treba imati u vidu da, kao što je to već objašnjeno u prethodnom tekstu, francusko pravo omogućava da se takva vrsta dokaza koristi u krivičnom postupku, isto kao što je i sam način „razbijanja“ zaštićene komunikacije putem posebne vrste „hakovanja“ od istražnih organa preduzet u skladu sa pravilima francuskog prava.

Inače, nije sasvim jasno na koja „načela našeg pravnog sistema“ misli Apelacioni sud u Beogradu, Posebno odeljenje za organizovani kriminal, u svom rešenju (navedenom u prethodnom tekstu), jer to nije konkretno objašnjeno, a ni pitanje zakonitosti dokaza se ne rešava nekim posebnim načelima već je uređeno relevantnim odredbama Zakonika o krivičnom postupku, a u sklopu opštih dokaznih načela, poput načela slobodne ocene dokaza, te pravila o pravnoj nevaljanosti određene vrste dokaza, bilo samih po sebi, bilo zbog načina na koji su pribavljeni, što je i objašnjeno u prethodnom tekstu. Takođe je prilično nejasan zahtev da se oceni da li je komunikacija pribavljena na način koji nije u suprotnosti sa opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava. Naime, nije jasno o kojim bi se ovde „opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava“ radilo, a pojam „opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava“ je sam po sebi često i prilično fluidan, te potencijalno podložan i veoma elastičnim/kaučuk tumačenjima. Bilo bi inače sasvim dovoljno da se Apelacioni sud zadržao na zahtevu da se mora raditi o zakonitim dokazima, to jest informacijama koje mogu da posluže kao dokaz ukoliko su pribavljene na zakonit način,⁷¹ pri čemu je uobičajeno da se zakonitost dokaza proisteklih iz međunarodne pravne pomoći ocenjuje sa stanovišta zakonskih/ustavnih pravila same države čiji su nadležni organi pribavili takve informacije/dokaze, odnosno koji su izveli konkretne dokazne radnje.

U rešenju Apelacionog suda u Beogradu, Posebnog odeljenja za organizovani kriminal, posebno se konstatuje da je prvostepeno pretresno veće bilo dužno „da analizira činjenice da iz dokaza i podataka u spisima predmeta proizilazi“, da je „vođena zajednička istraga holandskih, belgijskih i francuskih nadležnih organa i da je kriptovano rešenje za telefone sa aplikacijom *Sky ECC* bilo korišćeno od strane kriminalnih organizacija koje su delovale u navedene tri države, a neke i na međunarodnom nivou“. Zatim se objašnjava i da su pretresanje i zaplena podataka sadržanih u bazi podataka sa server platforme *Sky ECC* preduzeti na osnovu odluke nadležnog pravosudnog organa Republike Francuske o dozvoli postavljanja tehničkih uređaja za hvatanje informatičkih podataka na eksternoj vezi servera, koja je doneta 21. decembra 2020. godine, u skladu sa krivičnoprocesnim propisima Republike Francuske, kako bi se hvatali kriptografski elementi svakog telefona koji koristi sistem šifrovanja, koji, kada se kombinuje sa kriptografskim elementima dobijenim iz presretanja, omogućava dešifrovanje individualnih poruka koje primaju ti telefoni.

71 Naime, i inače se u rešenju Apelacionog suda navodi da je prvostepeni sud prilikom ocene da li se dokazi „sa Skaja“ mogu koristiti kao dokaz „trebalo najpre da ima u vidu da su isti pribavljeni u skladu sa važećim propisima Francuske i na osnovu odluke pravosudnog organa te zemlje“, što se potom nepotrebno povezuje sa pitanjem ocenjivanja da li je način pribavljanja potencijalno bio suprotan opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava.

Kada je reč o karakteru izvora dokaza i vrsti dokazne radnje u konkretnom slučaju, Apelacioni sud u Beogradu, Posebno odeljenje za organizovani kriminal, zaključuje da je prvostepeni sud dokaze proistekle iz aplikacije Skaj pogrešno podveo pod posebnu radnju računarska pretraga podataka, što pritom nije dobro ni obrazložio, odnosno u pogledu čega daje nejasne razloge. To se objašnjava time što su, imajući u vidu da je predmet zamolnice bilo dostavljanje dokaza i dokaznog materijala, a ne preduzimanje određene dokazne radnje, „nejasni navodi prvostepenog suda da dokazi pribavljeni od strane nadležnog organa Republike Francuske sadržinski odgovaraju dokaznoj radnji i dokazima koji su pribavljeni saglasno odredbama Zakonika o krivičnom postupku Srbije“, koje se odnose na posebnu dokaznu radnju računarskog pretraživanja podataka. Tako je i s obzirom na to da računarsko pretraživanje podataka podrazumeva pretraživanje već obrađenih i ličnih podataka i potom njihovo poređenje sa podacima koji se već nalaze u bazama podataka koji se odnose na osumnjičenog i krivično delo i, shodno tome i po logici stvari, ta se posebna dokazna radnja „vrši na serverima koji se nalaze na našoj teritoriji, dok se u konkretnom slučaju radi o kriptovanoj komunikacionoj platformi sa serverima u inostranstvu“.⁷²

Apelacioni sud u Beogradu, Posebno odeljenje za organizovani kriminal, utvrđuje u svom rešenju i da su nejasni navodi prvostepenog suda da se dokazi pribavljeni od nadležnih organa Republike Francuske koji su pribavljeni u predmetu Posebnog odeljenja Višeg suda u Beogradu koji se vodi protiv jednog drugog okrivljenog i drugih okrivljenih u drugom krivičnom postupku, kao slučajni nalaz, mogu koristiti i u konkretnom krivičnom postupku, iz kojeg je proizišla prvostepena presuda o kojoj se odlučivalo u žalbenom postupku. Čini se da nije bilo neophodno da se prvostepeni sud na takav način uopšte i upušta u problem slučajnog nalaza, o kojem svakako nije reč u konkretnom slučaju.

6.2. Rešenja o odbijanju žalbi protiv rešenja prvostepenog suda o potvrđivanju optužnice utemeljene, između ostalog, i na dokazima iz komunikacije Sky ECC

Apelacioni sud u Beogradu, Posebno odeljenje za organizovani kriminal, doneo je do sada dva rešenja o odbijanju žalbi protiv rešenja prvostepenog suda o potvrđivanju optužnice utemeljene između ostalog i na dokazima iz komunikacije Sky ECC, odnosno informacijama/dokazima proisteklim iz „presretute“ kriptovane komunikacije ostvarene posebnom aplikacijom za zaštitu komunikacije. Sadržina oba rešenja je veoma slična. Kada je reč o stavu da su optužnice, između ostalog, zasnovane i na dokazima iz komunikacije ostvarene putem aplikacije Sky ECC, suština je da Apelacioni sud u Beogradu, Posebno odeljenje za organizovani kriminal, utvrđuje kako vrstu dokaza i vrstu dokazne radnje, kao i formu procesno-dokaznog mehanizma iz kojeg su takvi dokazi proistekli, tako i konkretan načelni dokazni

⁷² Ovdje je od značaja i da Zakonik o krivičnom postupku Srbije posebno ne reguliše/definiše digitalne dokaze već ih u članu 2. stav 1. tačka 26. podvodi pod ispravu: „Računarski podatak koji je podoban ili određen da služi kao dokaz činjenica koje se utvrđuju u postupku predstavlja ispravu.“

kvalitet/kredibilitet takvih dokaza. Kada je u pitanju određivanje vrsta dokaza i definisanje vrste dokazne radnje/procesno-dokaznog mehanizma iz kojeg takav dokaz potiče, konstatuje se da je reč o dokazu koji, u skladu sa opštim krivičnoprocesnim pravilima, predstavlja ispravu pribavljenu primenom mehanizama međunarodne pravne pomoći u krivičnim stvarima, a kada se radi o načelnom kvalitetu/kredibilitetu konkretnih dokaza te vrste, utvrđuje se da se u konkretnim slučajevima radi o zakonitim dokazima, odnosno dokazima koji su pravno valjani.

U svom rešenju Kž2-Po1 214/23, od 1. decembra 2023. godine,⁷³ kojim je odbio žalbu prvostepenog suda o potvrđivanju optužnice, Apelacioni sud u Beogradu, Posebno odeljenje za organizovani kriminal, zauzeo je stav da su zakoniti dokazi dobijeni putem međunarodnopravne pomoći, koji su pribavljeni od nadležnih organa Republike Francuske, čime je potvrđen stav prvostepenog suda (10 Kž2-Po1 214/23), koji je svojim rešenjem potvrdio optužnicu Tužilaštva za organizovani kriminal/Javnog tužilaštva za organizovani kriminal – Kto. br. 55/23 od 9. maja 2023. godine. Naime, tim rešenjem Apelacionog suda u Beogradu, Posebnog odeljenja za organizovani kriminal, prihvaćen je kao pravilan stav prvostepenog suda da „dokazi pribavljeni putem međunarodne pravne pomoći u krivičnim stvarima, od nadležnih pravosudnih organa Republike Francuske, nisu nezakoniti dokazi, s obzirom da nisu pribavljeni protivno odredbi člana 16 ZKP“.

Apelacioni sud u Beogradu, Posebno odeljenje za organizovani kriminal, tako je zaključio „uvidom u spise predmeta iz čega proizlazi da je u konkretnom slučaju Tužilaštvo za organizovani kriminal, zamolnicom MP br.66/22 od 10.06.2022. godine, od pravosudnih organa Republike Francuske, zatražilo pružanje međunarodne pravne pomoći u krivičnim stvarima, u vidu dostavljanja dokaza i dokaznog materijala – zadržanih podataka sa platforme SKY ECC koju su koristili osumnjičeni i potencijalni osumnjičeni, kao i oštećeni, u predistražnom postupku tužilaštva, a koji sadrže glasovne poruke, tekstualne poruke, video zapise i fotografije, potom podatke o lokaciji (GPS ili druge koordinate, naziv lokacije, bazne stanice i dr.) mobilne terminalne opreme, odnosno mobilnih telefona, na kojoj su se nalazili prilikom korišćenja navedene platforme, IMEI brojeve mobilnih telefona koje su koristili navedene SKY ECC PIN, SKY ECC NICKNAME, za koje su dati parametri kao i naredbe nadležnog pravosudnog organa Republike Francuske, na osnovu koje je izvršen pretres i zaplena podataka sadržanih u bazi podataka sa servera platforme SKY ECC na teritoriji Evrope“.

Prema stavu Apelacionog suda u Beogradu, Posebno odeljenje za organizovani kriminal, „predmetni dokazi i dokazni materijal – podaci sa platforme *Sky ECC* pribavljeni su na osnovu dokaznih radnji inostranog organa pri čemu se u ovom slučaju primenjuje opšti princip poverenja u pravni sistem druge države kao opšteprihvaćeno pravilo međunarodnog prava. Apelacioni sud u Beogradu, Posebno odeljenje, posebno ističe da je odredbom člana 3. stav 1. Evropske konvencije o međusobnom

73 Rešenje Apelacionog suda u Beogradu, Posebno odeljenje za organizovani kriminal – Kž2-Po1 214/23, od 1. decembra 2023. godine, pribavljeno je na osnovu zahteva podnetog u skladu sa Zakonom o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja – dopis Apelacionog suda u Beogradu – Cy II 17a 38/24 od 8. aprila 2024.

pružanju pravne pomoći u krivičnim stvarima, koja je potvrđena od Savezne Republike Jugoslavije,⁷⁴ propisano da će zamoljena strana, u skladu sa načelima koje predviđa njeno zakonodavstvo, izvršavati zamolnice koje se odnose na krivične predmete koje budu uputili sudski organi strane molilje, a koje se odnose na obavljanje istražnih radnji ili dostavljanje dokaznog materijala, dosijea ili dokumenata“.

Apelacioni sud u Beogradu, Posebno odeljenje za organizovani kriminal, u pogledu odredbe člana 16. ZKP, kojom je propisano da se sudske odluke ne mogu zasnivati na dokazima koji su, neposredno ili posredno, sami po sebi ili prema načinu pribavljanja, u suprotnosti sa nekim od sledećih opciono definisanih izvora prava; a) Ustavom, b) samim Zakonikom o krivičnom postupku, c) drugim zakonom ili d) opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i potvrđenim međunarodnim ugovorima, nalazi da je pravilan stav prvostepenog suda (predmet 10 Kž2-Po1 214/23) da „predmetni dokazi“, što znači oni koji potiču iz *Sky ECC*, pribavljeni putem međunarodne pravne pomoći u krivičnim stvarima, nisu suprotni domaćim zakonima, ni potvrđenim međunarodnim ugovorima, ni opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava. Konstatuje se u tom smislu da se prvostepeni sud pravilno poziva na princip poverenja u pravni sistem druge države, što u konkretnom slučaju znači – Republike Francuske. Iz toga proizlazi i zaključak Apelacionog suda u Beogradu, Posebnog odeljenja za organizovani kriminal, da se „može pretpostaviti da su dokazi u Republici Francuskoj pribavljeni zakonito, u skladu sa unutrašnjom regulativom, pri čemu je postojala naredba nadležnog pravosudnog organa, na osnovu koje su predmetni dokazi pribavljeni, a potom, na osnovu zamolnice upućene pravosudnim organima Republike Francuske, u postupku pružanja međunarodne pravne pomoći, pribavljeni od strane Tužilaštva za organizovani kriminal“.

Na temelju svega prethodno navedenog, Apelacioni sud u Beogradu, Posebno odeljenje za organizovani kriminal, zaključuje da je pravilan zaključak prvostepenog suda da, u konkretnom slučaju, dokazi proistekli iz komunikacije *Sky ECC* nisu nezakoniti dokazi, pa da stoga nema mesta ni njihovom izdvajanju. Osim toga, Apelacioni sud u Beogradu, Posebno odeljenje, ističe da je prvostepeni sud pravilno imao u vidu i da naše pravo ne reguliše posebno digitalne dokaze, već ih podvodi pod ispravu, propisujući odredbom člana 2. stav 1. tačka 26. ZKP da je „isprava“ svaki predmet ili računarski podatak koji je podoban ili određen da služi kao dokaz činjenice koja se utvrđuje u postupku (član 83. stav 1. i 2).

Po sadržini i suštinskoj argumentaciji, prethodnom rešenju Apelacionog suda u Beogradu, Posebnog odeljenja za organizovani kriminal, veoma je slično i njegovo rešenje Kž2-Po1 5/24, od 5. januara, 2024. godine, kojim se odbijaju kao neosnovane žalbe protiv protiv rešenja prvostepenog suda o potvrđivanju optužnice (K-Po1 br. 173/23 – Kv-Po1 br. 711/23 od 17. novembra 2023. godine).⁷⁵

Apelacioni sud u Beogradu, Posebno odeljenje za organizovani kriminal, u svom rešenju Kž2-Po1 5/24, od 5. januara 2024. godine, konstatuje da je Veće pr-

74 *Sl. list SRJ – Međunarodni ugovori*, 10/2001.

75 Rešenje Apelacionog suda u Beogradu, Posebno odeljenje za organizovani kriminal – Kž2-Po1 5/24, od 5. januara 2024. godine, pribavljeno je na osnovu zahteva podnetog u skladu sa odredbama Zakona o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja – dopis Apelacionog suda u Beogradu – Cy II 17a 40/24 od 10. aprila 2024. godine.

vostepenog suda, ispitujući konkretnu optužnicu Javnog tužilaštva za organizovani kriminal Kto br. 81/23 od 11. oktobra 2023. godine, nakon razmatranja spisa predmeta, zajedno sa odgovorima na optužnicu branilaca okrivljenih, stalo na stanovište da „skup činjenica navedenih u optužnici koje proizlaze iz dokaza prikupljenih u predistražnom i istražnom postupku, neposredno potkrepljuju osnovanu sumnju da su okrivljeni preduzeli radnje sadržane u dispozitivu optužnice opisane kao krivična dela koja im se stavljaju na teret i ujedno opravdavaju podizanje optužbe u konkretnoj krivičnopravnoj stvari“.

Apelacioni sud u Beogradu, Posebno odeljenje za organizovani kriminal, u rešenju Kž2-Po1 5/24 od 5. januara 2024. godine, utvrđuje da je prvostepeni sud izveo zaključak o postojanju opravdane sumnje kao materijalnog uslova za optuženje u konkretnom slučaju u odnosu na svaki od bitnih elemenata krivičnih dela i okrivljenih ponaosob, a na bazi svih dokaza pribavljenih u toku predistražnog i istražnog postupka. Tu se posebno ističu tri vrste dokaza: 1) pisana dokumentacija, 2) isprave dobijene putem međunarodne pravne pomoći u krivičnim stvarima od nadležnih pravosudnih organa Republike Francuske, iz kojih proizlazi sadržina komunikacija putem aplikacije *Sky ECC* u spornom periodu, i 3) iskazi pojedinih ispitanih svedoka. Dakle, iz toga proizlazi da se podaci proistekli iz komunikacije ostvarene korišćenjem aplikacije *Sky ECC* smatraju ispravom, kao posebnom vrstom dokaza opšteg karaktera, do kojeg se došlo primenom mehanizma međunarodne pravne pomoći u krivičnim stvarima.

Apelacioni sud u Beogradu, Posebno odeljenje za organizovani kriminal, u rešenju Kž2-Po1 5/24 od 5. januara 2024. godine konstatuje i da je prvostepeni sud, prilikom odlučivanja u postupku sudske kontrole optužnice, ocenio i navode iz odgovora na optužnicu branilaca okrivljenih kojima se ističe da predloženi dokazi, i to komunikacije ostvarene putem aplikacije *Sky ECC*, predstavljaju dokaze koji se moraju izdvojiti, a što branioci ističu i u svojim žalbama, nalazeći da ni ti navodi branilaca nisu od uticaja na drugačiju odluku suda, imajući u vidu da je dokazni materijal u spisima predmeta – podaci sa platforme *Sky ECC*, pribavljen na osnovu dokaznih radnji inostranih organa, dostavljen putem međunarodne pravne pomoći od nadležnih pravosudnih organa Republike Francuske, a povodom zamolnice Tužilaštva za organizovani kriminal MP br. 66/22 od 10. juna 2022. i MP br. 18/23 od 22. februara 2023. godine. Ovde se navodi i delovanje opšteg principa poverenja u pravni sistem druge države, kao opšteprihvaćeno pravilo međunarodnog prava, zbog čega je, i po oceni Apelacionog suda u Beogradu, Posebnog odeljenja za organizovani kriminal, pravilan zaključak prvostepenog suda da nema mesta izdvajanju komunikacije – materijala sa aplikacije *Sky ECC* iz spisa.⁷⁶

U rešenju Kž2-Po1 5/24, od 5. januara 2024. godine, Apelacionog suda u Beogradu, Posebnog odeljenja za organizovani kriminal, zaključuje se i da je s

76 I u tom rešenju Apelacionog suda u Beogradu, Posebnog odeljenja za organizovani kriminal (Kž2-Po1 5/24 od 5. januara 2024. godine), konstatuje se da naše pravo ne reguliše posebno digitalne dokaze, već ih podvodi pod isprave, saglasno odredbi člana 2. stav 1. tačka 26. ZKP, kojom je propisano da je „isprava“ svaki predmet ili računarski podatak koji je podoban ili određen da služi kao dokaz činjenice koja se utvrđuje u postupku (član 83. st. 1. i 2. ZKP), dok je članovima 138. i 139. ZKP uređeno dokazivanje ispravom kao opštom dokaznom radnjom.

obzirom na sve prethodno navedeno, veće prvostepenog suda izvelo pravilan zaključak da u konkretnom slučaju dokazi proistekli iz komunikacije ostvarene korišćenjem aplikacije *Sky ECC* sami po sebi ni prema načinu pribavljanja nisu u suprotnosti sa Ustavom, ni zakonima Republike Srbije, ni opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i potvrđenim međunarodnim ugovorima, budući da su pribavljeni u postupku pružanja međunarodne pravne pomoći, na osnovu zamolnice nadležnog tužilaštva, od pravosudnih organa Republike Francuske, u kojoj su navedeni dokazi pribavljeni na osnovu naredbe nadležnog organa, pa je stoga pravilan zaključak prvostepenog suda da se ne radi o nezakonitim dokazima.⁷⁷ U svom rešenju Kž2-Po1 5/24, od 5. januara 2024. godine, Apelacioni sud u Beogradu, Posebno odeljenje za organizovani kriminal, posebno ističe da konkretni „dokazi proistekli iz korišćenja SKY ECC aplikacije nisu dokazi do kojih se došlo preduzimanjem posebnih dokaznih radnji, među kojima je i tajni nadzor komunikacije, a koje inače, naše pravo poznaje“.

U svom rešenju Kž2-Po1 5/24, od 5. januara 2024. godine, Apelacioni sud u Beogradu, Posebno odeljenje za organizovani kriminal, osvrće se i na sledeće navode branilaca okrivljenih: 1) da su dokazi pribavljeni putem aplikacije *Sky* nezakonito pribavljeni dokazi i da ih kao takve treba izdvojiti iz sudskih spisa, 2) da domaće zakonodavstvo o tom pitanju nema zauzet stav, 3) da bi se određeni podatak mogao koristiti kao dokaz, morao bi biti pribavljen na zakonom propisani način, kao i 4) da prepiska *Sky ECC* ne bi mogla da bude otkrivena primenom dokaznih radnji koje ZKP predviđa niti tehnologijama kojima raspolaže Republika Srbija.⁷⁸ Apelacioni sud u Beogradu, Posebno odeljenje za organizovani kriminal, sve te navode ocenjuje kao neosnovane, ističući da je prvostepeni sud u tom pogledu dao jasne, detaljne i argumentovane razloge, koje je sud pravnog leka u postupku sudske kontrole optužnice u svemu kao pravilne prihvatio.

7. EVROPSKI SUD ZA LJUDSKA PRAVA

Evropski sud za ljudska prava nije se do sada neposredno bavio problematikom dokazne vrednosti/verodostojnosti/zakovitosti informacija/dokaza proizišlih iz (de)šifrovane tajne komunikacije tehničkim sredstvima/posebnim aplikacijama za kriptovanje, a pre svega u kontekstu razmatranja dejstva čl. 5 i 6 Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama. Međutim, postoje slučajevi koji su posredno povezani sa tim pitanjem, a tiču se prava na privatnost sadržanog u članu 8. EKLJP.

Osim toga, nedavno se ESLJP bavio i dokazima koji su se ticali aplikacije za kriptovanje komunikacije tehničkim sredstvima, ali se u tom slučaju nije upuštao

77 U svom rešenju (Kž2-Po1 5/24, od 5. januara 2024. godine) kojim kao neosnovane odbija žalbe protiv rešenja prvostepenog suda a potvrđivanju konkretne optužnice, Apelacioni sud u Beogradu, Posebno odeljenje za organizovani kriminal, ističe i da „veće prvostepenog suda prilikom odlučivanja u konkretnoj krivičnopravnoj stvari nije prejudiciralo odluku sudećeg veća, jer je samo ono ovlašćeno da vrši ocenu dokaza izvedenih na glavnom pretresu, naročito protivrečnih dokaza i da na bazi te ocene donese odluku u pogledu krivice okrivljenih u pogledu krivičnih dela koja su predmet optužbe“.

78 Uporedi: V. Bajović, p. 160.

u načelno vrednovanje takve vrste dokaza već se ograničio na načelno razmatranje vrednosti određenog dokaza kao potencijalno „ekskluzivnog“ dokaza protiv konkretnog okrivljenog u konkretnoj situaciji.

Naravno, i kada se i inače radi o stavovima Evropskog suda za ljudska prava (ESLJP), kao i kada se radi o aktuelnom pitanju dokaza proizišlih iz (de)šifrovane/kriptovane komunikacije tehničkim sredstvima, treba svakako imati u vidu da taj sud nije kasacioni sud. Naime, odredbe EKLJP koje se odnose na krivičnoprocesne garancije doživljavaju svoju primenu i u postupcima pred ESLJP u Strazburu, a pošto su njegove odluke obavezujuće za države članice Saveta Evrope, one imaju svoje indirektno ili direktno reperkusije i za nacionalna pravosuđa. Taj sud može utvrditi da je povređeno određeno pravo sadržano u EKLJP, a sam postupak pred njim se može započeti na dva načina – odgovarajućim zahtevom (žalbom) države ili individualnom žalbom, ali Evropski sud za ljudska prava nudi samo supsidijarnu osnovnu pravnu zaštitu, jer on nije nekakva „superrevizionarna/nadrevizionarna instanca“, a individualna žalba, koja ne mora biti u posebnoj formi, tom sudu se može podneti tek nakon što se iscrpe sva odgovarajuća pravna sredstva na nacionalnom nivou.⁷⁹

Nezavisno od vrste postupka (da li je pokrenut od države ili pojedinca), odluke ESLJP imaju samo „inter partes“ dejstvo, pa tako država članica (stranka) EKLJP može odlukom ESLJP biti obavezana da sanira povredu prava, nadoknadi štetu te spreči istovetne povrede u budućnosti, a ESLJP može takođe, prema članu 41. EKLJP, i samostalno da dosudi pravično obeštećenje ako se nacionalnim pravom omogućava samo nepotpuno saniranje povrede.⁸⁰ Osim toga, odluke ESLJP nemaju automatsko kasaciono dejstvo u odnosu na neku krivičnu presudu, koja je već postala pravnosnažna, tako da radi omogućavanja dejstva odluka tog suda države članice moraju da propišu posebne procesne mehanizme, kao što je utvrđivanje posebnog razloga za ponavljanje krivičnog postupka radi otklanjanja povrede na koju svojom odlukom ukazuje ESLJP, odnosno ustanovljavanje drugih vrsta (vanrednih) pravnih lekova, čijom se primenom na nacionalnom nivou omogućava oživotvorenje odluke tog suda.

7.1. ESLJP i pravo na privatnost u vezi sa nadzorom kriptovane komunikacije

Dvojica državljana Ujedinjenog Kraljevstva se u svojoj zemlji krivično gone na osnovu dokaza koje su sa aplikacije *EncroChat* pribavili nadležni francuski organi (*A. L. protiv Francuske*, pred. br. 44715/20, i *E. J. protiv Francuske*, pred. br. 47930/21).

Predstavke su podneli protiv Francuske, tvrdeći da im je preuzimanjem komunikacije povređeno pravo na privatnost iz člana 8. Konvencije i da im u Francuskoj u vezi sa tom navodnom povredom prava nije bilo na raspolaganju delotvorno pravno sredstvo. Dakle, te predstavke nisu prevashodno podnete zbog korišćenja

79 H. Satzger (2018). *Internationales und Europäisches Strafrecht – Strafanwendungsrecht, Europäisches Straf- und Strafverfahrensrecht, Völkerstrafrecht*, 8. Auflage, Baden, Baden, p. 143.

80 H. Satzger, *ibidem*.

tako pribavljenih dokaza u krivičnom postupku protiv njih već se one tiču primarno povrede prava na privatnost, a u vezi sa tom potencijalnom povredom, i povrede prava na delotvorno pravno sredstvo (član 13. Konvencije), uz isticanje i povrede prava na pravično suđenje u Ujedinjenom Kraljevstvu, mada bi inače povreda tog prava iz člana 6. Konvencije svakako mogla nastati ukoliko bi se ocenilo da se radi o nezakonitim dokazima.

Kao što je i objašnjeno u prethodnom tekstu, ESLJP se nije do sada direktno bavio pitanjem zakonitosti informacija/dokaza proizišlih iz (de)šifrovane tajne komunikacije ostvarene korišćenjem posebnih aplikacija, a pomenuti slučajevi, koji se primarno tiču potencijalne povrede prava na privatnost, mogu u osnovi samo indirektno da budu od značaja za to svakako centralno pitanje.

7.2. Nedavni slučaj pred ESLJP koji se ticao jednog krivičnog postupka u Turskoj

U svojoj odluci *Yüksel Yalçınkaya v. Türkiye*,⁸¹ ESLJP je utvrdio povredu prava na pravično suđenje (član 6. Konvencije) konkretnog okrivljenog, protiv kojeg je kao dokaz korišćena ekskluzivno činjenica da je koristio/imao instaliranu određenu aplikaciju namenjenu tajnom/zaštićenom komuniciranju. To je bila aplikacija *ByLock*,⁸² koju je imao/koristio konkretni okrivljeni, kojem je na teret stavljeno, a za šta je potom i pravnosnažno osuđen, članstvo u jednoj organizaciji koju turske vlasti smatraju terorističkom i za koju se u Turskoj ističe da je „stajala iza“ propalog pokušaja državnog udara. U Turskoj se samo članstvo u organizacijama te vrste (terorističkim) tretira kao posebno krivično delo. Inače, formalno nije jedini dokaz bio samo posedovanje aplikacije *ByLock* u konkretnom slučaju (iako je to bio osnovni/glavni dokaz), već je „potkrepljujućim dokazom“ uz to, korišćena i činjenica da je okrivljeni, osim što je u svom telefonu imao takvu aplikaciju, posedovao i račun u jednoj banci za koju su nadležne turske vlasti smatrale da je redovno koriste pripadnici konkretne organizacije („Gulani“), koja se u Turskoj zvanično smatra terorističkom.

U svojoj odluci *Yüksel Yalçınkaya v. Türkiye*, ESLJP se u stvari, nije suštinski ni bavio pitanjem zakonitosti/pravne valjanosti nadzora kriptovane komunikacije zahvaljujući korišćenju konkretne aplikacije namenjene zaštiti tajnosti komuniciranja niti se na bilo koji način upuštao u bilo kakvu ocenu neke načelne dokazne upotrebljivosti i dokazne verodostojnosti te vrste informacija. ESLJP se, naprotiv, isključivo i krajnje limitirano orijentisao na ocenu da li se zaključak turskog krivičnog suda da je konkretan okrivljeni/osuđeni član terorističke organizacije mogao temeljiti jedino i isključivo, odnosno pretežno na činjenici da je posedovao/koristio aplikaciju koju, inače, imaju/koriste pripadnici konkretne organizacije koja se u Turskoj sma-

81 <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22tabview%22%3A%5B%5D%22document%22%3A%5B%5D%22item%22%3A%5B%5D%22%7D>, 25. mart 2024.

82 Ova aplikacija je omogućavala kriptovano komuniciranje između njenih korisnika, koji bi se identifikovali samo u limitiranom obimu, što znači; korisničkim imenom, kodom i šifrom koja je bila kriptovana, a razmenjivane poruke su čuvane na računaru-serveru u kriptovanoj formi. Sama aplikacija *ByLock* bila je dostupna za preuzimanje (*download*), a dominantno je korišćena u Turskoj.

tra terorističkom. Zaključeno je da se takvo rezonovanje turskih sudova, koje samo posjedovanje konkretne aplikacije, čak i bez dokaza da je ona uopšte korišćenja za tajno/zaštićeno komuniciranje, kao i bez ikakvih relevantnih podataka o sadržaju eventualno tako, to jest zahvaljujući aplikaciji *ByLock*, ostvarene komunikacije, samo po sebi smatra „ekskluzivnim dokazom“ članstva u terorističkoj organizaciji, u konkretnom slučaju ispoljava kao kršenje prava na pravično (*fair*) suđenje. Naime, turski nadležni organi su ustanovili da je okrivljeni poslao/primio više od 300 poruka korišćenjem aplikacije *ByLock*, ali je otkriven sadržaj svega par tih poruka, a sam taj sadržaj se svodio na razmatranje određenih religijskih pitanja, u pogledu čega je okrivljeni tokom krivičnog postupka vođenog protiv njega u Turskoj, kao potom, i u predstavi Evropskom sudu za ljudska prava, tvrdio da je baš takav sadržaj njegove „presretnute“ komunikacije dokaz da aplikaciju nije koristio u „terorističke“ svrhe.

U svojoj odluci *Yüksel Yalçınkaya v. Türkiye*, ESLJP je afirmisao i svoj stav da se *Bykov* test (objašnjen u prethodnom tekstu) primjenjuje i u kontekstu ocene zakonitosti elektronskih/digitalnih dokaza. Zaključuje se i da je posebno važan element dokumentovanje sleda postupanja (*chain of custody*), što se ilustruje slučajem *Horvatić v. Croatia* (§ 341).⁸³ Kada je reč o njegovoj odluci *Yüksel Yalçınkaya v. Türkiye*, ESLJP se bavi i pitanjem „pristupa izvornom dokaznom materijalu“, u pogledu čega konstatuje da je „to pravo važno, ali ga je moguće i limitirati uz odgovarajuće mere balansa“. Takođe se konstatuje, uz oslonac na stavove iz slučaja *Stojkovic v. France and Belgium* (§§ 55–56),⁸⁴ da sa stanovišta člana 6. Konvencije postoji dužnost suda da utvrdi da je li došlo do povrede prava pojedinca u inostranstvu, s aspekta uticaja takvih povreda na pravično suđenje u nacionalnom sistemu.

8. SUD PRAVDE EVROPSKE UNIJE I SPORNA PITANJA KOJA MU JE POSTAVIO REGIONALNI SUD U BERLINU

Sudu pravde Evropske unije je, kao što je to objašnjeno u prethodnom tekstu, niz pitanja postavio berlinski Regionalni sud. Ta su se pitanja primarno ticala pravne valjanosti evropskog istražnog naloga u konkretnom slučaju, iz kojeg je proizišao transfer dokaza iz Francuske u Nemačku. Kao što je to i uobičajeno prema pravilima postupka pred Sudom pravde EU/Evropskim sudom pravde (*European Court of Justice – ECJ*), poseban generalni advokat,⁸⁵ kao visokorangiran funkcioner u Sudu pravde EU, kreira svoje mišljenje o konkretnom slučaju. To mišljenje ima odgovarajući preliminarni karakter, a generalni advokat ima i pravo/mogućnost da sasluša stranke koje iznose argumente i kontraargumente koji se tiču konkretnog slučaja. Nakon toga, njegovo mišljenje postaje osnova na kojoj Sud pravde EU donosi svoju odluku.

Generalni advokat Suda pravde EU se u svom nedavnom mišljenju od 26. oktobra 2023. godine (*C-670/22*)⁸⁶ izjasnio u odnosu na čitav niz pitanja koja je Evrop-

83 <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-173907%22%5D%7D>. 28. mart 2024.

84 Application No. 25303/08, judgment of 27 October 2011, final on 27 January 2012. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-118243%22%5D%7D>, 28. mart 2024.

85 Engl. *advocate general*, franc. *avocat general*.

86 *Case C-670/22*, delivered on 26 October 2023. <https://eucrim.eu/ecj-eu-criminal-law-cases-overview/>, 1. novembar 2023.

skom sudu pravde postavio nadležni berlinski regionalni/zemaljski sud. Ta pitanja su se primarno ticala dokaznog kredibiliteta u jednoj državi EU, dokaza pribavljenih u drugoj državi EU tehničkim merama nadzora komunikacije korisnika posebne aplikacije za tajno/zaštićeno komuniciranje, a potom transferisanih u sklopu mehanizama međunarodne krivičnopravne pomoći u okviru EU, što se pre svega ticalo evropskog istražnog naloga (EIN). Ovde je bilo značajno i pitanje eventualnog pravljenja razlike između transferisanja već postojećih/pribavljenih dokaza i efektivnog pribavljanja novih dokaza. Dakle, suština tog mišljenja generalnog advokata svodi se na tumačenje Direktive EU o evropskom istražnom nalogu, izdatom sa ciljem transfera dokaza koje već poseduje druga država u sastavu EU, a koje je prethodno pribavila shodno pravilima sopstvenog pravnog sistema.

Konkretno evropske istražne naloge podnelo je državno tužilaštvo Frankfurta tražeći da se primenom takvog istražnog mehanizma iz domena međunarodne krivičnopravne pomoći na nivou EU od nadležnih francuskih organa dobije dozvola za transfer podataka dobijenih nadzorom aplikacije *EnchroChat*, sprovedne aktivnostima zajedničkog holandsko-francuskog istražnog tima, što se ticalo postojanja sumnje da NN lica vrše krijumčarenje i trgovinu drogama u okviru organizovanih kriminalnih grupa.

Krivični sud u Lilu je dozvolio pravosudnim organima prenos i upotrebu takvih podataka koji se odnose na nemačke korisnike aplikacije *EnchroChat*, telekomunikacione mreže koja je potencijalnim korisnicima nudila „skoro potpunu anonimnost“. Na bazi takvog transfera podataka iniciran je potom i krivični postupak pred Regionalnim/zemaljskim sudom u Berlinu „protiv M.N.“, koji se zasnivao na „presretnutim podacima“, prosleđenim primenom mehanizma evropskog istražnog naloga. Iz toga je potom proizišlo pitanje da li se u konkretnom slučaju radilo o kršenju direktive EU kojom se regulišu pravila primene evropskog istražnog naloga, te u vezi sa time, da li takvi dokazi, ako bi se utvrdilo da su prekršena ta pravila, mogu da se koriste u krivičnom postupku.

Generalni advokat Suda pravde EU u svom mišljenju konstatuje da se sama operacija zajedničkog istražnog tima Francuske i Belgije svodila na unošenje „trojanskog softvera“ u server koji se nalazio u Francuskoj (*Roubaix*), u proleću 2020. godine, što je formalno omogućeno/autorizovano odlukom Krivičnog suda u Lilu u Francuskoj. Na taj način su prikupljeni podaci iz komunikacije korisnika aplikacije *EncroChat* iz 122 zemlje, uključujući i oko 46.000 korisnika u Nemačkoj. Tokom video-konferencije održane 9. marta 2020. godine, Evrodžast (*European Union Agency for Criminal Justice Cooperation*) informisao je sve članice o merama nadzora nad komunikacijama ostvarenim putem aplikacije *EncroChat* i nameri da se podaci transferišu. Tada su predstavnici nemačke savezne policije (*Bundeskriminalamt*) pokazali interes da dobiju prikupljene podatke o komunikaciji nemačkih korisnika aplikacije *EncroChat*. Iz toga su kasnije i proizišli prethodno objašnjeni evropski istražni nalozi.

Naime, na temelju primljenih dokaza, Državno tužilaštvo u Frankfurtu je započelo istrage protiv pojedinih korisnika aplikacije *EncroChat*. Zatim je optužilo u konkretnom slučaju jednog okrivljenog za nekoliko krivičnih dela koja su se ticala krijumčarenja droge i protivzakonitog posedovanja narkotika u Nemačkoj. Taj krivični

postupak je bio u toku u vreme kada se berlinski Regionalni sud obratio Sudu pravde EU. Postavljen je niz pitanja, od koji su dva osnovna bila: 1) da li je izdavanjem evropskog istražnog naloga od Državnog tužilaštva u Frankfurtu prekršena Direktiva EU o evropskom istražnom nalogu i 2) ukoliko je evropski istražni nalog izdat suprotno pravilima iz Direktive, da li se mogu isključiti dokazi u krivičnom postupku koji se vodi protiv okrivljenog?

Generalni advokat Suda pravde EU se u svom mišljenju posebno bavio brojnim pitanjima, kao što su sledeća.

- 1) Pitanje interpretacije „koncepta organa koji izdaje istražni nalog“ u smislu člana 6(1) Direktive EU o istražnom nalogu. Naime, postavilo se pitanje da li je za izdavanje istražnog naloga radi pribavljanja dokaza koji su već locirani u državi koja je sprovela odgovarajuće radnje (Francuska u konkretnom slučaju) nadležan sudija koji inače u Nemačkoj ima nadležnost za sprovođenje sličnih posebnih dokaznih radnji.
- 2) Pitanje koje se tiče mogućeg postupanja suprotno pravilima Direktive EU o evropskom istražnom nalogu, onda kada se radi o već pribavljenim dokazima u državi izvršenja (Francuska u konkretnom slučaju), ostvarenih prisluškivanjem komunikacija, a posebno kada je reč o podacima o komunikacionom saobraćaju, tako što je sproveden nadzor svih korisnika pretplaćenih na odgovarajuću uslugu komunikacije, a pritom prethodno nije bilo konkretnih dokaza o izvršenju teških krivičnih dela od pojedinačno označenih, to jest individualizovanih korisnika.
- 3) Pitanje koje se odnosi na dozvoljenost/nedozvoljenost prisluškivanja u državi koja je izdala evropski istražni nalog – da li član 6(1)(b) Direktive o evropskom istražnom nalogu onemogućava primenu tog naloga radi transfera podataka o ostvarenoj telekomunikaciji koji već postoje u izvršnoj državi (u ovom slučaju: Francuska), a kada bi inače, osnovna mera prisluškivanja države izvršenja (Francuska) bila zabranjena prema zakonu države izdavanja (u ovom slučaju: Nemačka) u nekom sličnom domaćem slučaju?
- 4) Pitanje karaktera preduzetih istražnih mera – da li mera koja podrazumeva infiltriranje terminalnih uređaja radi prikupljanja podataka o saobraćaju, lokaciji i komunikaciji internet-bazirane komunikacione usluge predstavlja prisluškivanje telekomunikacija u smislu člana 31. Direktive o evropskom istražnom nalogu?
- 5) Pitanje mogućeg dokaznog *ultima ratio* koncepta – da li je suprotno pravu EU, a posebno principu efikasnosti, ako se upotreba dokaza u krivičnom postupku, čije je dobijanje bilo suprotno pravu Evropske unije upravo zato što prethodno nije postojala sumnja o izvršenom konkretnom krivičnom delu, opravdava balansiranjem interesa koji proizlaze iz težine krivičnih dela za koja je kasnije, zahvaljujući analizi pribavljenih dokaza, utvrđeno da su izvršena?

Generalni advokat Suda pravde EU u svom mišljenju, između ostalog, zaključuje da je pitanje o mogućnosti/dozvoljenosti prenošenja dokaza koji se sastoje od

presretnute komunikacije pribavljene za jednu krivičnu istragu ili postupak u drugu istragu ili drugi postupak stvar nemačkog zakona, a samo to pitanje nije rešeno Direktivom o evropskom istražnom nalogu već se, umesto toga, u Direktivi samo poziva na zakon države iz koje je nalog izdat. U mišljenju se konstatuje i da nemački zakon ne zabranjuje prenos presretnute komunikacije iz jednog krivičnog postupka u drugi, što se ilustruje i primerom da ako nemački zakon zabranjuje domaći prenos presretnute telekomunikacije iz jednog krivičnog slučaja u drugi, onda bi organ koji izdaje nalog bio sprečen i da naredi takav prekogranični prenos.

Konačno, generalni advokat Suda pravde EU je izveo nekoliko *privremenih zaključaka*, od kojih su neki veoma opširni, a neki, obrnuto, prilično sažeti, pa će se u daljem tekstu izneti samo osnovne postavke sadržane u tim privremenim zaključcima, iz čega i proizlazi suština intepretativnog stava zauzetog u mišljenju generalnog advokata Suda pravde EU u konkretnom slučaju.

Prema *prvom privremenom zaključku*, princip međusobnog priznavanja, na kojem počiva sistem evropskog istražnog naloga, nalaže da nadležni nemački organi tom postupku pripisuju istu vrednost kao da je on sproveden u pravnim okvirima domaće države, što važi čak i ako bi nemački sud u konkretnom slučaju odlučio drugačije. Taj zaključak je praćen i konstatacijom da je otkrivanje nemačkih korisnika *EnchroChat-a* u konkretnom slučaju bila konsekvencija, a ne razlog za presretanje komunikacije. Kada je mera u državi izvršenja odobrena od sudije, evropski istražni nalog za prenos takvih dokaza takođe ne mora biti izdat od sudije, čak i ako bi prema zakonu države izdavanja naloga prikupljanje dokaza morao da naredi sudija, a činjenica da je prisluškivanje sprovedeno na teritoriji druge države članice ne utiče na razliku u određivanju organa izdavanja naloga.

Prema *drugom privremenom zaključku*, onda kada je osnovna sprovedena mera u državi izvršenja odobrena od sudije, evropski istražni nalog za transfer takvih dokaza ne mora biti izdat od sudije, čak i ako bi prema zakonu države izdavanja naloga prikupljanje dokaza moralo biti naređeno od sudije. Pravo EU ne zahteva da se evropski istražni nalog za prenos postojećih dokaza prikupljenih prisluškivanjem telekomunikacija izdaje od suda, ako nacionalno pravo predviđa da javni/državni tužilac može narediti takav prenos u sličnom domaćem slučaju. Ocena nužnosti i proporcionalnosti evropskog istražnog naloga kojim se zahteva prenos postojećih dokaza u nadležnosti je organa izdavanja naloga, uz mogućnost pregleda/preispitivanja od nadležnog nacionalnog suda. Takva ocena mora uzeti u obzir da pristup nacionalnog organa podacima o presretnutoj komunikaciji predstavlja ozbiljno mešanje u privatni život lica koja su pogođena konkretnom merom iz koje je proisteklo prikupljanje podataka, a to mešanje mora biti uravnoteženo sa ozbiljnim javnim interesom u istrazi i gonjenju krivičnih dela.

Treći privremeni zaključak se tiče procene neophodnosti i proporcionalnosti zahteva za prenos postojećih dokaza putem evropskog istražnog naloga, što se svodi na isticanje da takva procena mora uzeti u obzir da pristup nacionalnom organu podacima o presretnutoj komunikaciji predstavlja ozbiljno mešanje u privatni život osoba koje su pogođene te da takvo mešanje mora biti uravnoteženo sa ozbiljnim javnim interesom u istrazi i gonjenju krivičnih dela. U mišljenju se

ističe da kada se izda evropski istražni nalog za prenos dokaza koji su već u posedu druge države, upućivanje na sličan domaći slučaj prema članu 6(1)(b) Direktive 2014/41/EU Evropskog parlamenta i Saveta od 3. aprila 2014. o evropskom istražnom nalogu zahteva od organa izdavanja da utvrdi da li i pod kojim uslovi-ma relevantno nacionalno pravo dozvoljava prenos dokaza prikupljenih prisluškivanjem komunikacije između krivičnih postupaka na domaćem nivou. Prilikom odlučivanja da li može izdati evropski istražni nalog za prenos postojećih dokaza, organ izdavanja ne može ocenjivati zakonitost prikupljanja dokaza u državi izvršenja čiji se prenos zahteva putem evropskog istražnog naloga. Sama činjenica da su osnovne mere preduzete na teritoriji države izdavanja ili su bile u interesu te države ne utiče na prethodni odgovor.

I četvrti *privremeni zaključak* se odnosi na proporcionalnost, ali u odnosu na potencijalno ozbiljno mešanje u neka od osnovnih ljudskih prava, gde je posebno važno pitanje nadležnosti organa koji može narediti radnje takvog karaktera. Zaključuje se da pravo EU ne zahteva da evropski istražni nalog za prenos postojećih dokaza prikupljenih prisluškivanjem telekomunikacija obavezno izdaje sud, ako nacionalno pravo predviđa da i javni/državni tužilac može narediti takav prenos u sličnom domaćem slučaju.

Peti privremeni zaključak se tiče obaveze međusobnog/uzajamnog obaveštavanja država u slučajevima istraga usmerenih na otkrivanje krivičnih dela.⁸⁷ Zaključeno je da država članica koja, tokom svoje samostalne krivične istrage ili postupka, presreće telekomunikacije na teritoriji druge države članice mora obavestiti tu drugu državu o presretanju. To obaveštenje može biti upućeno bilo kojoj vlasti koju država članica koja preduzima presretanje smatra odgovarajućom jer ta država ne može znati koja je vlast nadležna u sličnom domaćem slučaju. Država članica koja, tokom svoje samostalne krivične istrage ili postupka, presreće telekomunikacije na teritoriji druge države članice mora obavestiti tu drugu državu o presretanju. Obaveštenje može biti upućeno bilo kom organu koji država članica koja presreće telekomunikaciju smatra odgovarajućom, s obzirom da ta država ne može znati koji je organ nadležan u sličnom domaćem slučaju. Svrha člana 31. Direktive 2014/41 je da štiti kako pojedinačne korisnike telekomunikacija koji su „pogođeni“/na koje se odnosi, tako i suverenitet obavestene države članice.

Šesti privremeni zaključak tiče se prihvatljivosti dokaza, što se svodi na konstataciju da pravo EU u ovom trenutku svog razvoja ne reguliše dopuštenost dokaza prikupljenih putem evropskog istražnog naloga eventualno izdatog suprotno zahtevima sadržanim u Direktivi EU o tom nalogu. Dopuštenost dokaza je pitanje nacionalnog prava, ali se ono ipak mora usaglasiti i sa zahtevima prava na odbranu iz članova 47. i 48. Povelje o osnovnim pravima EU.

Od posebnog su značaja *dve pretpostavke* koje se prema zauzetom stavu i mišljenju generalnog advokata Suda pravde EU tiču konkretnog slučaja, a koje imaju i načelni karakter, kada je reč o dokazima pribavljenim u jednom državi EU, a po-

87 To je praćeno i posebnim objašnjenjem da je svrha člana 31. Direktive EU o evropskom istražnom nalogu da paralelno zaštiti: 1) kako pojedinačne korisnike telekomunikacija koji mogu biti pogođeni konkretnim istražnim aktivnostima tako i 2) suverenitet obavestene države članice EU.

tom primenom mehanizma evropskog istražnog naloga transferisani u drugu državu članicu EU. Jedno je *pretpostavka zakonitosti*, a drugo je *pretpostavka poštovanja ljudskih prava*.⁸⁸

Naravno, treba imati na umu da se ovde, kada je reč o pretpostavkama zakonitosti/poštovanja ljudskih prava, a što je i logična konsekvencija uloge Suda pravde EU u pravnom sistemu same Evropske unije, radi o takvim pretpostavkama koje se neposredno tiču uzajamnog odnosa pravnih sistema država koje su članice EU, a u normativnim okvirima pravila međusobnog pružanja/dobijanja krivičnopravne pomoći između država u sastavu EU, što znači na nivou same Evropske unije.

8.1. Sud pravde EU i pretpostavka zakonitosti

Generalni advokat Suda pravde EU zaključuje da državni organ koji je izdao evropski istražni nalog nije dužan da procenjuje da li su osnovne mere kojima su dokazi prikupljeni u drugoj državi članici EU, a koji se transferišu pravnim mehanizmom evropskog istražnog naloga, zakonito sprovedene u državi članici koja je izvršila evropski istražni nalog. Ta se mogućnost čak smatra isključenom.

To se konkretizuje i stavom da je prilikom izdavanja evropskog istražnog naloga za transfer postojećih dokaza organ koji je izdao nalog vezan principom međusobnog priznavanja, kojim se na nivou Evropske unije podržava međudržavna saradnja u krivičnim stvarima. U mišljenju generalnog advokata Suda pravde EU konstatuje se i da bi drugačije bilo jedino ako bi se u postupku pred francuskim sudom utvrdilo da su preduzete mere bile nezakonite shodno pravilima francuskog prava. Pri tome uvek mora postojati mogućnost pokretanja takvog postupka od lica na koje su se odnosile mere, odnosno kojeg se tiče evropski istražni nalog. Ukoliko nema takve inicijative, sam organ koji izdaje evropski istražni nalog nije ovlašćen da po službenoj dužnosti dovodi u pitanje zakonitost naloga.

Ovde treba imati u vidu i da je konkretni okrivljeni u krivičnom postupku pred nadležnim nemačkim sudom („M. N.“), ostvarujući svoje pravo na odbranu, tvrdio da postoji razlika između transfera dokaza i samih mera/radnji putem kojih su dokazi prikupljeni, a što omogućava zaobilaznje zaštite osumnjičenih ili optuženih osoba prema zakonu države koja je izdala evropski istražni nalog. Prema njegovom mišljenju, nemačke vlasti/nadležni organi su se obratile svojim francuskim „kolegama“ kako bi dobile dokaze suprotno nemačkom zakonu.

Međutim, prema stavu generalnog advokata Suda pravde EU, okolnosti tog konkretnog slučaja ne ukazuju na sumnju u zloupotrebu postupaka prekograničnih istraga, a sama Francuska je stekla sporne dokaze tokom sopstvene krivične istrage. Zaključuje se da čak i ako bi ti dokazi bili od interesa i za Nemačku, Francuska ih nije prikupljala u svrhu nemačke krivične istrage. Dakle, u mišljenju generalnog advokata Suda pravde EU ističe se da čak i ako je tačno da nemački sudija ne bi odobrio da se takvo „presretanje“ sprovodi u Nemačkoj, francuske vlasti su preduzele takve mere u skladu sa francuskim zakonom i uz odobrenje nadležnog francuskog suda.

⁸⁸ <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=EEF3F45D476085A9ADBA8A86C66FF78D?text=&docid=279144&pageIndex=0&doclang=en&mode=req&dir=&occ=first&par=1&cid=100225>, 1. novembar 2023.

8.2. Sud pravde EU i pretpostavka poštovanja ljudskih prava

Generalni advokat Suda pravde EU zaključuje da iako se krivični pravni sistemi država članica značajno razlikuju, to ne znači da jedan sistem štiti osnovna prava osumnjičenih i optuženih, dok ih, obrnuto, drugi pravni sistem krši.

Naprotiv, u mišljenju generalnog advokata Suda pravde EU ističe se posebno da se pravosudna saradnja između država članica EU u krivičnim stvarima temelji na pretpostavci da sve članice EU poštuju osnovna ljudska prava. Objašnjava se da iako se ta pretpostavka može dovesti u pitanje u određenom slučaju pred nadležnim sudom, to svakako ne dovodi u pitanje princip međusobnog poverenja koji stoji iza evropskog istražnog naloga i drugih instrumenata saradnje u krivičnim stvarima između država članica Evropske unije.

8.3. Presuda Evropskog suda pravde od 30. aprila 2024.

Veliko veće Evropskog suda pravde je 30. aprila 2024. godine, donelo presudu u predmetu C-670/22,⁸⁹ u postupku pokrenutom (što je detaljno objašnjeno u prethodnom tekstu), zahtevom Regionalnog suda u Berlinu od 19. oktobra 2022. godine, a koji je u Evropski sud pravde primljen 24. oktobra, 2022. godine. Zahtev berlinskog regionalnog suda ticao se niza pitanja koja je on smatrao spornim,⁹⁰ a

89 Radi se o preliminarnom tekstu, koji još uvek nije u potpunosti „zvaničan“, a što se i striktno navodi u zaglavlju tog teksta (*Provisional text – JUDGMENT OF THE COURT (Grand Chamber)*, 30 April 2024). Kako je reč o veoma aktuelnom pitanju i s obzirom na to da će i prema uobičajenoj praksi, zvaničan tekst, tj. sadržaj presude Evropskog suda pravde, svakako biti veoma sličan ovom preliminarnom/provizornom tekstu te presude, on se i komentariše u ovom delu članka, koji je inače završen i predat radi objavljivanja, znatno pre nego što je provizorni tekst presude Evropskog suda pravde postao dostupan. Prema pravilima Evropskog suda pravde, tekst presude postaje zvaničan tek kada se izradi njegova finalna verzija i kada se ona dostavi svim subjektima postupka kojima se presuda oficijelno i obavezno dostavlja. Period pripreme za štampu časopisa dao je priliku autoru da i uvrštavanjem ove „najnovije novosti“ koja se tiče dokaznog značaja komunikacije ostvarene aplikacijama za kriptovanje, članak učini aktuelnijim i korisnijim kako za krivičnoprocesnu teoriju, tako i za praksu organa krivičnog postupka. Naravno, to se sada čini u jednom relativno sažetom, ali u ipak dovoljno ilustrativnom obliku.

90 Zahtev se ticao preliminarnog utvrđivanja pravila korektnog tumačenja relevantnih odredbi koje se tiču Evropskog istražnog naloga, u kontekstu principa ekvivalencije/proporcionalnosti i efektivnosti/delotvornosti (*the interpretation of Article 2(c), Article 6(1) and Article 31 of Directive 2014/41/EU of the European Parliament and of the Council of 3 April 2014 regarding the European Investigation Order in criminal matters (OJ 2014 L 130, p. 1), and of the principles of equivalence and effectiveness.*).

Dakle, u ovom slučaju, ne samo da se radi o konkretnom krivičnom predmetu, već je reč i o isključivo pitanju koje je od značaja kako za određene konkretne krivične postupke u Nemačkoj (*primarno*), tako *supsidijarno* i za druge „slične“ krivične postupke u drugim državama EU, koje jedino i mogu da koriste postojeće mehanizme krivičnopravne pomoći i saradnje u samoj EU, gde spada i Evropski istražni nalog. Formalno se ovo uopšte ni ne tiče država koje nisu u EU, ali kao što će se to objasniti u daljem tekstu (a delom je objašnjeno i u prethodnom tekstu koji se tiče preliminarnih zaključaka Generalnog advokata koji postupa pred Evropski sudom pravde), stavovi Evropskog suda pravde mogu ipak, imati određene efekte i u drugim evropskim državama, ali isključivo i limitirano kao neka vrsta mogućeg „putokaza“ prilikom tumačenja određenih potencijalno spornih pitanja, ali nikako ne i direktno, te formalno obavezujuće, kao kada se radi o državama koje su članice Evropske unije.

koja su se pojavila u konkretnom krivičnom postupku protiv otkrivenog M.N.⁹¹ Veliki deo provizornog teksta Evropskog suda pravde od 30. aprila 2024. godine je istovetan ili veoma sličan prethodno već objašnjenim zaključcima Generalnog advokata koji postupa pred Sudom pravde EU, poput objašnjenja relevantnih pravila koja se tiču pružanja/dobijanja pomoći u krivičnim stvarima između nadležnih organa država članica EU, a posebno pravila koja se odnose na Evropski istražni nalog. Takođe se detaljno navode sva konkretna pitanja koja je postavio Regionalni sud u Berlinu, kao i relevantni stavovi drugih nadležnih organa u konkretnom krivičnom postupku u Nemačkoj, odnosno povezano s tim itd.

Zahtev za preliminarnu odluku Suda pravde EU omogućava sudovima i drugim nadležnim organima država članica EU u postupcima koji se odvijaju pred njima, odnosno koje oni vode, da upućuju Sudu pravde pitanja o tumačenju prava EU ili postavljaju pitanja o validnosti određenih akata na nivou EU. Sud pravde EU nije taj koji donosi odluku u bilo kojem konkretnom postupku, već je na nacionalnom sudu da svoju odluku donese skladu sa odlukom Suda pravde EU, koja je potom, u precedentnom smislu i na sličan način obavezujuća i za druge nacionalne sudove u državama članica EU, koji se suoče sa sličnim pitanjem. Dakle, stavovi Suda pravde EU su striktno i formalno obavezujući samo za sudove/druge nadležne organe, država koje su članice Evropske unije.

Posebno su od značaja sledeće konstatacije sadržane u provizornom tekstu presude Evropskog suda pravde u predmetu C-670/22:⁹²

- 1) Evropski istražni nalog koji se odnosi na transfer dokaza koji su već u posedu nadležnih organa države koja izvršava nalog (u ovom slučaju Francuska), ne podrazumeva obavezno da o tome odluči sud, već je moguće da do takvog transfera dođe i na osnovu odluke državnog/javnog tužioca, ako je on u konkretnoj državi nadležan, kada se radi o suštinski sličnim „domaćim slučajevima“, koji se tiču naloga da se dostave dokazi koji su već prikupljeni/pribavljeni.
- 2) Javni/državni tužilac (u ovom slučaju nemački), ne isključuje se od mogućnosti izdavanja Evropskog istražnog naloga za prenos dokaza koji su već u posedu nadležnih organa države izvršenja Evropskog istražnog naloga (članice EU), u kojoj su ti dokazi pribavljeni presretanjem telekomunikacija korisnika mobilnih telefona koji preko specijalnog softvera i modifikovanog hardvera, omogućavaju kriptovanu/šifrovanu komunikaciju, pod uslovom da Evropski istražni nalog ispunjava sve uslove koji su propisani nacionalnim pravom države čiji organ izdaje Evropski istražni nalog u domaćem izrazito sličnom slučaju.
- 3) Izdavanje Evropskog istražnog naloga podleže istim uslovima koji se primenjuju i kada se radi o transmisiji istih dokaza/iste vrste dokaza u suštinski sličnim domaćim slučajevima u konkretnim državama članicama EU. Međutim, to ne znači da moraju biti ispunjeni potpuno isti materijalni

91 <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=285365&pageIndex=0&doclang=en&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=323072>, 9. maj 2024.

92 <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2024-04/cp240077en.pdf>, 9. maj 2024.

uslovi koji se primenjuju radi pribavljanja dokaza. Činjenica je da su nadležni francuski organi u Nemačkoj i za potrebe svojih nemačkih „partnera“ prikupljali dokaze, u principu je irelevantna u ovom slučaju. Međutim, sud pred kojim se vodi postupak mora biti u mogućnosti da preispita poštovanje osnovnih prava lica o „kojima se radi“ i kojih se ticao realizovani Evropski istražni nalog, a što su praktično okrivljeni u konkretnom krivičnom postupku.

- 4) O merama koje se sastoje u infiltraciji uređaja, čija je svrha prikupljanje podataka o saobraćaju, lokaciji i komunikaciji baziranoj na uslugama interneta, mora biti obavestena država članica EU, u kojoj se nalazi subjekat na kojeg se takve mere odnose (u ovom slučaju je to Nemačka).⁹³ Nadležni organ države članice EU ima i pravo odlučivanja da se takva mera ne sme sprovesti ili da se mora prestati sa njenim sprovođenjem, ukoliko ona ne bi bila dozvoljena u sličnom domaćem slučaju. Svrha ovih prava i dužnosti nije samo garantovanje poštovanja suvereniteta država članica EU, već i zaštita prava lica o kojima se radi, a što znači, okrivljenih u konkretnim krivičnim postupcima.
- 5) Od nacionalnih krivičnih sudova u državama članicama EU, zahteva se da zanemare/odbace dokaze, u kontekstu krivičnog postupka protiv lica za koje se sumnja da je učinilo krivično delo, kada su ispunjena dva kumulativno formulisana uslova: a) ako konkretno lice nije (bilo) u poziciji da komentariše te dokaze, što znači da ih opovrgava i da im oponira, kao i b) kada je verovatno da će ti dokazi imati preovlađujući uticaj, na utvrđivanje činjenica.

8.3.1. *Realan efekat presude Evropskog suda pravde od 30. aprila 2024.*

Presuda Evropskog suda pravde, koja za sada postoji samo u „provizornom obliku“ i formalno još uvek ne i kao zvaničan tekst, ali čiji je sadržaj već sada prilično jasan, formalno obavezuje samo države članice EU, odnosno nadležne organe tih država i to isključivo u kontekstu primene pravila EU koja se tiču krivičnopravne saradnje država članica/njihovih nadležnih organa, a posebno vezano za primenu mehanizma Evropskog istražnog naloga.

Određeni rezoni Evropskog suda pravde formalno ispoljeni u njegovoj presudi C-670/22, mogu u određenoj meri imati uticaja i na rezonovanje sudske prakse evropskih država koje nisu članice EU, ali koje načelno pripadaju istom/sličnom pravnom ambijentu i evropskoj pravnoj tradiciji, ali naravno, samo do mere koja proizlazi iz primene relevantnog nacionalnog prava. Njih će u ovom pogledu pre

93 Inače, u kontekstu prirode telekomunikacija ostvarenih putem korišćenja aplikacija/prilagodjenih uređaja za kriptovano/šifrovano/tajno komuniciranje, ovaj uslov deluje prilično „fluidno“, imajući u vidu da se komunikacije ove vrste najčešće nisu ni ostvarivale uopšte, ili bar ne kompletno, na teritoriji države na kojoj je fizički bio „subjekt pod nadzorom“. Naime, ne samo da su se „žive“ komunikacije, odnosno komunikacije koja su aktuelno bile u toku u vreme presretanja/nadzora, realizovale preko računarskih mreža i servera najčešće u drugoj državi, već je u stvari, najveći deo te presretnute komunikacije bio „iz prošlosti“, tj. radilo se o komunikaciji koja je ranije ostvarena, odnosno koja je realizovana pre presretanja/nadzora, a potom pohranjena u računarima koji su služili kao server, takođe najčešće u nekoj trećoj državi, kada je potom, tako „sačuvana komunikacija“, bila predmet tzv. presretanja.

svega, obavezivati kako opšta dokazna pravila njihovih zakon(ik)a o krivičnom postupku, kao i pravila sadržana u izvorima prava međunarodne pravne pomoći u krivičnim stvarima, a koja su i korišćena za dobijanje konkretnih dokaza sadržanih u kriptovanoj komunikaciji. U izvore tih pravila spadaju pre svega: Evropska konvencija (Konvencija Saveta Evrope) o međusobnom pružanju pravne pomoći u krivičnim stvarima sa dodatnim protokolom, međunarodni ugovori o pravnoj pomoći u krivičnim stvarima sa konkretnim državama, Budimpeštanska konvencija o „sajber“ (kibernetičkom) kriminalitetu, kao naravno i nacionalni zakoni koji se tiču međunarodne krivičnopravne pomoći, poput u Srbiji Zakona o međunarodnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima.

Kada je reč o državama članicama EU, njih posebno obavezuje stav Suda pravde EU da mere kojima su pribavljeni konkretni dokazi, kasnije transferisani primenom Evropskog istražnog naloga, moraju biti moguće u nekom suštinski/izrazito sličnom domaćem slučaju. To verovatno ne bi trebalo da bude sporno kada se radi o državama koje su imale zajedničke istražne timove i čiji su organi zajednički/kordinisano učestvovali u pribavljanju dokaza presretanjem komunikacija ostvarenih aplikacijama/prilagođenim uređajima za kriptovanje komunikacije. Takav je slučaj sa Francuskom, Belgijom i Holandijom. Tada je naravno, svakako ispunjen i uslov da su nadležni organi države članice EU u kojoj se nalazi subjekat na kojeg se takve mere odnose, bili obavešteni o preduzimanju mera, ako je takav „subjekt“ bio u nekoj od tih država, čiji su nadležni organi bili i u sastavu zajedničkog istražnog tima. I nemačko krivično procesno pravo (što je od posebnog značaja, jer je i odlučivanje Evropskog suda pravde bilo inicirano zahtevom nemačkog suda), kao i većina drugih krivičnoprocesnih prava država članica EU poznaje slične mere koje se tiču određenih posebnih dokaznih radnji te vrste. Ovaj zahtev se formalno ne tiče država koje nisu članice EU.

Takođe, kada se radi o obavezi obaveštavanja države na čijoj je teritoriji „subjekt koji je predmet nadzora“ i ona se isključivo odnosi na države članice EU i to posredstvom već postojećih mehanizama zvanične komunikacije nadležnih organa tih država u okviru kako Evropol-a, tako i posebno Evrodžasta, a takve obaveze formalno nema kada se radi o državama koje nisu članice EU, niti u odnosu na te države postoje takvi komunikacioni kanali, kao kada su u pitanju države koje su članice EU.

9. ZAKLJUČAK

Često se kada je reč o nadzoru/dešifrovanju komunikacije koja je kriptovana posebnim aplikacijama/modifikovanim uređajima za zaštitu tajnosti komuniciranja lica koja su informacije razmenjivala korišćenjem takvih aplikacija/uređaja, razmišlja o postojanju/nepostojanju povrede na privatnost lica koja su komunicirala na takav način. To se, naravno, neposredno povezuje i sa potencijalnom dokaznom nevalidnošću/pravnom nevaljanošću/nezakonitošću takvih informacija/dokaza, ako bi se utvrdilo da su pribavljeni povredom prava na privatnost, a u kontekstu toga bi se onda moglo raditi i o povredi prava na pravično suđenje. Dakle, suština je ovde da se pravo na privatnost najčešće ne posmatra izolovano i samo po sebi, kao

potencijalno povređeno, već se smatra da ako je ono povređeno, iz toga posledično proizlaze i druge dalekosežne krivičnoprocesno-dokazne konsekvence.

Treba imati na umu i u tim situacijama da je privatnost od ogromne važnosti u svim sferama ljudskog života, pa je, samim tim, ogroman značaj prava na privatnost, koje nije samo zakonsko, već je kako ustavnog, tako i „konvencijskog“ ranga. Međutim, privatnost nije bezobalna, a nije bezobalno ni pravo na privatnost. I ono se može u određenim restriktivno propisanim slučajevima zakonski i ustavnopravno legitimno ograničiti. Dakle, pravo na privatnost ipak ima i svoje jasno omeđene granice, koje se u pravnim državama, zasnovanim na vladavini prava, mogu utvrditi samo na zakonite i ustavnopravno opravdane/legitimne načine.

Kada je reč o korišćenju šifrovane/kriptovane komunikacije u praksi, te dešifrovanja/dekriptovanja takve komunikacije od nadležnih organa pojedinih država primenom posebnih tehničkih načina/metoda, u oceni postojanja moguće povrede prava na privatnost korisnika posebnih aplikacija/uređaja namenjenih tajnoj/zaštićenoj komunikaciji uvek se mora posebno uzeti u obzir pre svega osnovni cilj korišćenja te vrste komuniciranja. Dakle, tu bi jedno od osnovnih pitanja bilo svedeno na ocenu da li je konkretan korisnik te vrste aplikacija/uređaja, kojima je na takav način štitio svoju komunikaciju od tzv. presretanja, odnosno nadzora i prisluškivanja, to činio da bi tako čuvao svoju privatnost ili je tako postupao iz potpuno drugih razloga. Čini se da se u praksi pretežno, ako ne i isključivo (bar u do sada postojećoj/uočenoj praksi), radi o sasvim drugim razlozima, koji se, pre svega, tiču zaštićenog komuniciranja sa ciljem vršenja krivičnih dela ili njihovog prikrivanja, kriminalnog organizovanja, često i na multinacionalnom/transnacionalnom nivou i sl., mada ne treba, naravno, krajnje načelno isključiti ni mogućnost eventualnog korišćenja takve kriptovane komunikacije i u neke druge svrhe, što, takođe, može biti, između ostalog, predmet dokaznog rezonovanja suda u krivičnom postupku u svakom konkretnom slučaju. Iz toga proizlazi i da odgovarajući rizik korišćenja, kao i „presretanja“ i tzv. provaljivanja takve šifrovane komunikacije, koja predstavlja ne samo krajnje neuobičajen način komuniciranja u odnosu na druge redovne načine, poput korišćenja regularne mobilne telefonije, slanja imejl poruka, ali i korišćenja nekih inače uobičajenih aplikacija, kao što su *Viber*, *WhatsApp* i sl., kada se radi o mogućnosti „provaljivanja“ te vrste veoma atipičnog komuniciranja, dominantno snose sami korisnici posebnih aplikacija/uređaja. To ima neposredan značaj i u razmatranju moguće povrede njihovog prava na privatnost, onda kada je sasvim očigledno, te u krivičnoprocesnom smislu dokazano, da oni takav način zaštićenog komuniciranja nisu koristili radi zaštite svoje privatnosti već iz sasvim drugih razloga, koji se suštinski ne mogu smatrati legitimnim.

Čini se i da je posebno važno pitanje dokaznog značaja fotografija koje su razmenjivane komuniciranjem koje se ostvarivalo korišćenjem posebnih aplikacija/uređaja za tajno/zaštićeno komuniciranje. Same te fotografije, onda kada je isključena mogućnost eventualne foto-montaže te kada je pouzdano potvrđena njihova autentičnost, što je *questio facti* u svakom konkretnom slučaju, a u kontekstu i svih drugih dokaza te na temelju opštih dokaznih pravila, što podrazumeva i delovanje načela slobodne ocene dokaza i slobodnog uverenja suda/organa postupka, predstavljaju poseban materijalni dokaz, proistekao iz elektronskih/digitalnih dokaza

pribavljenih iz (de)šifrovane tajne/zaštićene komunikacije korišćenjem posebnih aplikacija/uređaja za kriptovanje razmene informacija tokom komuniciranja.

Nacionalni sudovi će se verovatno i dalje, u neposrednom budućem vremenu, kada se radi o informacijama/dokazima proisteklim iz (de)šifrovane tajne/zaštićene komunikacije korišćenjem posebnih aplikacija/uređaja za kriptovanje razgovora/razmene informacija tokom komuniciranja, primarno baviti pitanjem karaktera tako pribavljenih informacija, u smislu ocene da li je reč o *ispravi pribavljenoj putem međunarodne pravne pomoći*, koja suštinski predstavlja elektronski/digitalni dokaz, ili je u pitanju druga vrsta dokaza. To bi se uglavnom svelo na dokaz do kojeg se došlo određenom posebnom dokaznom radnjom, odnosno specijalnom istražnom tehnikom, zakonski primarno kreiranom za prikupljanje/zadobijanje dokaza koji se tiču nekih krivičnih dela koja se uobičajeno otežano otkrivaju klasičnim/opštim dokaznim radnjama, kao što je to tipično za krivična dela organizovanog kriminaliteta, kada uobičajeno u praksi, tokom „istražnih faza krivičnog postupka“, postoji tipičan „dokazno-informativni deficit“. Ovde se, po svemu sudeći, radi o posebnoj vrsti elektronskih/digitalnih dokaza, a dosadašnja sudska praksa, kako u Srbiji, tako i ona uporednopravna, očigledno se primarno usmerava na tretiranje tih dokaza kao isprava, odnosno elektronskih/digitalnih dokaza u zakonodavstvima/praksi država koje poznaju i formalno takvu posebnu vrstu dokaza.

Naime, čini se da ne samo određene posebne dokazne radnje propisane pravilima srpskog Zakonika o krivičnom postupku već ni slične mere/radnje u vidu posebnih istražnih tehnika koje postoje u drugim evropskim državama ne mogu da se podvedu pod aktivnosti kojima su u konkretnim slučajevima, akcijom francuske, belgijske i holandske policije, pribavljene informacije iz (de)šifrovane tajne/zaštićene komunikacije, realizovane korišćenjem posebnih aplikacija/uređaja za kriptovanje razgovora/razmene informacija tokom komuniciranja. Izuzetak je donekle i pre svega Francuska, čije zakonodavstvo poznaje i posebnu dokaznu radnju/specijalnu istražnu tehniku infiltracije u računarski sistem. Stoga je verovatnije da će sudska praksa većine evropskih država, kao i Srbije, vremenom i definitivno zauzeti stav da je to posebna vrsta specifičnog elektronskog/digitalnog dokaza u vidu isprave. Konačno, to je i do sada pretežno bio slučaj i u uporednoj praksi nekih evropskih sudova, koja se donekle kristalizovala, nakon izvesnih kolebanja, pa i „lutanja“ u nekim zemljama. Sve to je već detaljnije objašnjeno u prethodnom tekstu.

Za razliku od sudova država članica EU, koje su veliku pažnju posvetili tom pitanju u kontekstu pravila Evropske unije koja se tiču evropskog istražnog naloga, koji je bio osnovni mehanizam na nivou EU za dobijanje informacija/dokaza iz (de)šifrovane tajne/zaštićene komunikacije, ostvarene korišćenjem posebnih aplikacija za kriptovanje komunikacije, za sudove u Srbiji, kao državi koja nije članica EU i koja ne koristi/nije koristila evropski istražni nalog, to pitanje nije neposredno relevantno, pa samim tim i nema neki „ključni značaj“. Međutim, i za srpske sudove je značajno ocenjivanje i dokazno vrednovanje ključnog pitanja, koje se svodi na ocenu da li je primena odgovarajućih mehanizama međunarodne krivičnopravne pomoći radi dobijanja informacija/dokaza iz (de)šifrovane tajne/zaštićene komunikacije ostvarene posebnim aplikacijama u svakom konkretnom slučaju bila realizo-

vana u skladu sa relevantnim pravilima pružanja/dobijanja međunarodne pravne pomoći u krivičnim stvarima.

I kada/ako se u sudskoj praksi zaključi da se radi o ispravi koja sadrži podatke o ranije već realizovanoj komunikaciji korišćenjem posebnih aplikacija/uređaja za kriptovanje razgovora/razmene informacija tokom komuniciranja, kao posebnoj vrsti elektronskog/digitalnog dokaza, biće relevantno i pitanje ocene zakonitosti/pravne valjanosti načina njenog pribavljanja. To, naravno, proizlazi iz opštih zakonskih pravila. U tom pogledu će ključno biti primenjivanje jednog od osnovnih kriterijuma koji se tiče dokazne upotrebljivosti informacija/dokaza pribavljenih/izvedenih u stranoj državi, a to je da li je konkretna procesna/dokazna radnja sprovedena prema relevantnim pravilima same te konkretne strane države. Dakle, suština je u oceni da li takva radnja/procesna/istražna aktivnost, izvorno prema relevantnim zakonskim pravilima konkretne strane države, može da se smatra zakonitom/pravno valjanom i da li rezultati takve konkretne procesne/dokazne radnje u samoj toj državi u kojoj je ona sprovedena mogu načelno da imaju odgovarajući dokazni karakter/kredibilitet. Ovde je, kao i inače u pružanju/dobijanju međunarodne pravne pomoći u krivičnim stvarima, posebno značajan tradicionalni princip poverenja u pravosuđe država sa kojima se inače, na temelju odgovarajućih izvora prava, poput bilateralnih ili multilateralnih ugovora pre svega, ostvaruje saradnja u krivičnopravnom smislu te uzajamno i dobija i pruža međunarodna pravna pomoć u krivičnim stvarima.

Kao i inače, tako i u oceni prihvatljivosti kao dokaza podataka proisteklih iz (de)šifrovane tajne/zaštićene komunikacije korišćenjem posebnih aplikacija za kriptovanje razgovora/razmene informacija tokom komuniciranja, nema čudotvornog „recepta“ koji to pitanje definitivno rešava po nekakvom „automatizmu“ i apsolutno jednako za svaki konkretan slučaj.

Generalno i načelno, što važi i za sve druge dokaze koji se izvode u krivičnom postupku i na kojima se temelje/mogu temeljiti odluke krivičnog suda o predmetu krivičnog postupka, tako se i dokazi proistekli iz (de)šifrovane tajne/zaštićene komunikacije korišćenjem posebnih aplikacija/uređaja za kriptovanje razgovora/razmene informacija tokom komuniciranja ocenjuju kako pojedinačno, tako i u njihovoj međusobnoj vezi sa drugim dokazima, koji egzistiraju u svakom konkretnom slučaju/krivičnom postupku, a sve to u kontekstu delovanja opštih dokaznih načela, poput načela slobodne ocene dokaza i principa slobodnog uverenja suda/organa postupka.

Inače, nekada se kod nas iznosi i stanovište da su podaci prikupljeni nadzorom komunikacije ostvarene korišćenjem aplikacija za kriptovanje isključivo *operativni podaci*, bez neposrednog krivičnoprocesno-dokaznog značaja. Naravno, takav stav je legitiman, isto kao što je legitiman i suprotan stav da se radi o načelno pravno valjanim dokazima, pribavljenim mehanizmom međunarodne krivičnopravne pomoći. Naravno, konačnu reč u odnosu na takve suprostavljene stavove, će svakako dati sud u krivičnom postupku, gde će svakako ključnu ulogu imati sudovi najvišeg ranga, a u „krajnjoj liniji“ Vrhovni sud Srbije. Međutim, ovde je od posebnog značaja i obraćanje pažnje na određene krivičnoprocesne konsekvence koje mogu proizići iz ocene u koju kategoriju spadaju konkretne informacije/dokazi, zavisno od faze krivičnog postupka u kojoj do takve ocene dolazi.

Onda kada se takve informacije isključivo smatraju podacima „operativnog značaja“, one se nekada poistovećuju sa indicijama. Ovde treba posebno imati u vidu da se s jedne strane, u Zakoniku o krivičnom postupku ne koristi termin „operativni podaci“, te da s druge strane, naš Zakonik o krivičnom postupku, kao što to ni inače, ne čine ni drugi savremeni zakon(ic)i o krivičnom postupku ne poznaje formalnu podelu na tzv. posredne dokaze (indicije) i neposredne dokaze, iako neki „tragovi“ takve podele sasvim nepotrebne postoje u zakonskim definicijama procesno relevantnih stepena sumnje, ali i „izvesnosti“, što je velika greška zakonodavca, koja ipak, nema neke posebne praktične posledice. Takvih definicija ni inače nema u savremenim zakon(ic)ima o krivičnom postupku.

Podela na posredne i neposredne dokaze, nekada veoma karakteristična za stare inkvizitorske zakon(ik)e o krivičnom postupku, je u modernom krivičnom procesnom pravu isključivo i samo od čisto teorijskog značaja. Stoga, kada se govori o „operativnim podacima“, to nikako ne može biti sinonim za indicije ili tzv. posredne dokaze u teorijskom smislu, već se tu može raditi jedino o podacima koji imaju određeni isključivo informativni značaj u najranijim procesnim fazama, poput našeg nekadašnjeg prekrivičnog postupka ili sadašnjeg predistražnog postupka, odnosno tokom neformalne istrage u državama koje imaju policijsku istragu/tužilačko-policijsku istragu, bez podele na dve istražne faze, kao što je to slučaj u našem krivičnom postupku.

Kada se radi o krivičnom postupku Srbije, operativni podaci su s jedne strane, isključivo vezani za predistražni postupak, dok s druge strane, oni načelno ni ne smeju dospeti u kasnije stadijume krivičnog postupka, niti kao takvi, ako bi greškom ipak bili/ostali u spisima predmeta u kasnijim procesnim fazama (naročito onim sudskim), oni ostvaruju bilo kakav dokazni značaj. Međutim, onda kada su informacije proizišle iz nadzora komunikacije ostvarene korišćenjem aplikacija za kriptovanje, već uvedene u krivični postupak, te predložene/korišćene od strane javnih tužilaca kao dokazi na kojima se temelji određeni procesno relevantan stepen sumnje, ili su čak od strane suda prihvaćeni u nekim procesnim stadijumima (poput kontrole optužnice), kao dokazi, oni nakon toga, više ne mogu da budu „transformisani“ u operativne podatke, već se o njima svakako mora *dokazno rezonovati* prema opštom dokaznim pravilima. To znači da se tada prema stavu suda, utemeljenom na slobodnoj oceni dokaza i slobodnom uverenju, te uz postupanje po svim ostalim opštim dokaznim pravilima, takve informacije/dokazi procesno-dokazno vrednuju, iz čega potom, proizlazi da se kao ishod takvog vrednovanja; može jedino raditi; bilo o *pravno valjanim dokazima*, bilo o *pravno nevaljanim dokazima*, sa svim procesnim konsekvencama koje iz toga proizlaze. Ovde je posebno značajno da bi onda kada se oceni da su u pitanju pravno nevaljani/nezakoniti dokazi, to moglo da ima i veoma dalekosežne posledice skopčane sa dokaznom koncepcijom o „plodovima otrovnog drveta“. Čini se da se to najčešće gubi iz vida kada se problematika operativnih podataka povezuje sa informacijama koje su kao potencijalni ili aktuelni dokazi (zavisno od toga da li su samo predloženi od strane javnog tužioca „kao dokaz“, ili su već prihvaćeni kao dokaz od suda u određenom procesnom stadijumu), već uveliko uvedene u sudske faze krivičnog postupka.

Konačno, samo vreme (koje je i ovde, kao i inače, svojevrsno „majstorsko rešeto“), u kojem će se realizovati i buduća sudska praksa (čije se osnovne konture donekle naziru već sada), a pre svega stavovi najviših sudova konkretnih država, pa i stavovi srpskih sudova, pokazaće kakav je realan značaj, pa i stepen relevantnosti niza faktora, koji bi načelno mogli imati uticaj na dokaznu verodostojnost takvih informacija/dokaza, proisteklih iz veoma specifičnih istražnih metoda. Takva sudska praksa koja će se ticati (de)šifrovane tajne/zaštićene komunikacije, korišćenjem posebnih aplikacija za kriptovanje razgovora/razmene informacija tokom komuniciranja, u pravnim državama zasnovanim na vladavini prava, kao i inače, mora nastati i delovati u zakonito i pravično sprovedenim krivičnim postupcima.

LITERATURA

- Aleksić Ž., Škulić M. (2020). *Kriminalistika*, 11. izmenjeno i dopunjeno izdanje. Beograd.
- Ambos K. (2018). *Internationales Strafrecht – Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht, Rechtshilfe*, 5. Auflage. München.
- Bajović V. (2022). EncroChat i Sky ECC komunikacija kao dokaz u krivičnom postupku, *Crimen*, 2.
- Beulke W. (2000). *Strafprozessrecht*. Heidelberg.
- Beulke W., Swoboda S. (2020). *Strafprozessrecht*, 15. Neu bearbeitete Auflage. Heidelberg.
- Brodag W. D. (2001). *Kriminalistik – Grundlagen der Verbrechenbekämpfung*. Stuttgart, München.
- Vasiljević, T. (1981). *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*, 3. izmenjeno i dopunjeno izdanje. Beograd.
- Damaška M. (1960). Procesne posledice upotrebe dokaza dobivenih na nedozvoljen način, *Naša zakonitost*, 3–6.
- Diehl J., Lehberger R, Meyer-Heuer C. *Landgericht Berlin lässt Encrochat-Daten nicht zu*. <https://www.spiegel.de/panorama/justiz/berlin-landgericht-laesst-encrochat-daten-nicht-zu-a-6dd9be2e-f558-40fa-9995-2f8136581f8e>, 14. septembar 2023.
- Fletcher M., Löff R, Gilmore B. (2008). *Eu Criminal Law and Justice*. Cheltenham, Northampton.
- Goodwin B. *French supreme court dismisses legal challenge to EncroChat cryptophone evidence*. <https://www.computerweekly.com/news/366551078/French-supreme-court-dismisses-legal-challenge-to-EncroChat-cryptophone-evidence>, 27. mart 2024.
- Goodwin B. *Italian Supreme Court calls for prosecutors to disclose information on Sky ECC hacking operation*. <https://www.computerweekly.com/news/252525734/Italian-Supreme-Court-calls-for-prosecutors-to-disclose-information-on-Sky-ECC-hacking-operation>, 28. mart 2024.
- Grubač M. (2002). *Krivično procesno pravo – Uvod i opšti deo*, 2. izmenjeno i dopunjeno izdanje. Beograd.
- Grupa autora (2023). *Izdvajanje nezakonito pribavljenih dokaza u krivičnom postupku – principi iz prakse Evropskog suda za ljudska prava i sudska praksa u Crnoj Gori*, ur. T. Gorjanc Prelević. Podgorica.
- Gutkes O. *Digital Evidence in Criminal Law*. https://www.ecba.org/extdocserv/conferences/tallinn2012/recdev_france.pdf, 6. april 2024.

- Kaiser S. (1999). *Die Drei-Stufen-Theorie zur Bestimmung von Beweisverboten im Strafprozess?* Frankfurt, Berlin.
- Marković B. (1937). *Udžbenik sudskog krivičnog postupka Kraljevine Jugoslavije*. Beograd.
- Miljuš I. (2022). *Načelo jednakosti „oružja“ u krivičnom postupku*. Beograd.
- Oerlemans J. J., van Toor D. A. G. (2022). Legal Aspects of the EncroChat Operation: A Human Rights Perspective, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 30. Online Publication Date: 27 Dec 2022. https://brill.com/view/journals/eccl/30/3-4/article-p309_006.xml?language=en, 22. januar 2024.
- Roxin C. (1998). *Strafverfahrensrecht*, 25. Auflage. München.
- Roxin C., Schöneman B. (2017). *Strafverfahrensrecht*, 29. Auflage. München.
- Satzger H. (2018). *Internationales und Europäisches Strafrecht – Strafanwendungsrecht, Europäisches Straf- und Strafverfahrensrecht, Völkerstrafrecht*, 8. Auflage. Baden, Baden.
- Schaefer K. (1976). *Strafprozessrecht – Eine Einführung*. Berlin, New York.
- Scheb J. M. (1999). *Criminal Law and Procedure*. Belmont, Bonn, Boston, Washington.
- Stojanović Z. (2018). *Međunarodno krivično pravo*, 12. izdanje. Beograd.
- Stojanović Z., Škulić, M., Delibašić V. (2018). *Osnovi krivičnog prava, Knjiga II – Krivično procesno pravo – Krivični postupak kroz praktičnu primenu*. Beograd.
- Čavoški K. (2017). *O pravdi i pravičnosti*. Beograd.
- Škulić M. (2009). *Komentar Zakonika o krivičnom postupku Crne Gore*. Podgorica.
- Škulić M. (2012). *Krivično procesno pravo*. Podgorica.
- Škulić M. (2012). *Začeci evropskog krivičnog procesnog prava, Zbornik škole prava Evropske unije, III sesija*. Podgorica.
- Škulić M. (2022). *Krivično procesno pravo*, 13. izdanje. Beograd.
- Škulić M. (2022). *Međunarodno krivično pravo – prostorno važenje krivičnog prava, krivično pravo međunarodnog porekla, međunarodna krivičnopravna pomoć, začeci krivičnog prava EU*. Beograd.
- Škulić M. (2022). *Kriminalistika*. Beograd.
- Škulić M. (2022). *Međunarodno krivično pravo*. Beograd.
- Škulić M. (2023). *Osnovi krivičnog prava Sjedinjenih Američkih Država*, 2. izmenjeno i dopunjeno izdanje. Beograd.
- Škulić M., Bugarski, T. (2015). *Krivično procesno pravo*. Novi Sad.
- Ulsamer G. (hrsg.) (1996). *Lexikon des Rechts – Strafrecht – Strafverfahrensrecht*, 2. überarbeitete und erweiterte Auflage.
- Wahl T. *EnchroChat Turns into a Case for the CJEU*. <https://eucrim.eu/news/encrochat-turns-into-a-case-for-the-cjeu/>, 29. septembar 2023.
- Walder H. (1965). *Die Vernehmung des Beschuldigten*. Hamburg.

Milan Škulić*

EVIDENTIAL SIGNIFICANCE OF INFORMATION FROM
COMMUNICATIONS OBTAINED BY ENCRYPTION
APPLICATION/MODIFIED DEVICES –
SUCH AS SKY ECC AND ENCHROCHAT

SUMMARY

In the article is presented one view of information and potential evidence from communication, obtained using special devices and applications for encryption of communication. In particular, the phenomenon of the *Sky ECC* application is explained, which is not only the most commented on in the media, but is current in a whole series of current criminal proceedings, especially in the sphere of organized crime, both in Serbia and throughout Europe, but also in the world in general.

After analysing the basic evidentiary rules in the positive criminal procedural legislation of Serbia, which in principle could be important when it comes to the evaluation of the evidentiary credibility of information derived from communication made with special applications for encryption of conversations, in the article are explained relevant examples from the comparative judicial practice of a number of European countries. Very current cases of this type that were resolved in Serbia were also explained. The practice of the European Court of Human Rights, which concerns the possible violation of the right to privacy due to the interception of communications made with special applications, was also analysed. Special attention was given to the opinion of the General advocate who acts before the Court of Justice of the European Union in relation to a series of questions that the Regional Court in Berlin put to that court, which concern the information resulting from the application of the European investigative warrant, which was previously obtained in France by a special operative– tactical ways to collect data from communications encrypted by the *EnchroChat* application.

In conclusion, it is emphasized that there is no miracle recipe that will absolutely solve all evidentiary problems that arise or may arise when dealing with information from communications made with special applications for encryption of conversations. The time in which the future judicial practice will be implemented (the basic contours of which can already be seen relatively clearly), and above all the positions of the highest courts of specific countries, including the positions of the Serbian courts, will show the real importance and the degree of relevance of a number of factors, which could in principle have an impact on the evidentiary credibility of such information/evidence. Of course, such judicial practice, as usual, the practice of courts in the legal environment of the rule of law, must arise in legally and fairly conducted criminal procedures.

Key words: Evidence, Encrypted Communication, *Sky ECC*, Criminal Procedure, Comparative Law, European Court of Human Rights, EU Court of Justice

* Faculty of Law, University of Belgrade, Judge of the Constitutional Court of Serbia, *skulic@ius.bg.ac.rs*

Igor Vuković*

ROĐENI ČOVEK KAO OBJEKT KRIVIČNOPRAVNE ZAŠTITE – RAZGRANIČENJE SA PLODOM

Apstrakt. Za razliku od većine drugih dobara, krivičnopravna zaštita ljudskog života je apsolutna. Dok, na primer, imovinu krivično pravo štiti tek supsidijarno, ako se pokaže da su građanskopravni mehanizmi nedovoljni, jedino krivično pravo obezbeđuje odgovarajuću sankciju za prouzrokovanje smrti. Pritom, život čoveka je zaštićen od rođenja do smrti. Iako je osnovno krivično delo putem kojeg se to ostvaruje krivično delo ubistva, postoje brojni opisi koji za posledicu imaju nastupanje smrti, na primer, u saobraćaju ili usled kakvih opšteopasnih radnji (recimo, nepažljivo izazvanog požara). Čovekova smrt se može dogoditi i usled kakvih lekarskih grešaka. One su zamislive i tokom porođaja, zbog čega se kao naročito važno pitanje zaštite života razmatra i momenat razgraničenja stadijuma fetusa i rođenog čoveka. Tradicionalno, u srpskoj doktrini taj graničnik označava trenutak početka (redovnog) porođaja, odnosno otvaranja materice prilikom carskog reza. Međutim, poslednjih godina u više različitih odluka domaći sudovi zastupaju drugačije kriterijume. U radu se razmatraju te odluke i zaključuje da nije opravdano napuštanje tradicionalnih merila u tako važnom segmentu krivičnopravne zaštite.

Ključne reči: čovek, porođaj, prekid trudnoće, plod

1. UVODNA RAZMATRANJA

Pretpostavka krivičnih dela koja za posledicu imaju smrt jeste da je delo učinjeno prema *živom čoveku*, što otvara pitanje kada nastaje život. Poslednjih godina, u srpskoj judikaturni je vođeno nekoliko pravno interesantnih krivičnih postupaka u kojima je neočekivano iznova otvoreno klasično pitanje postavljanja granice između *čoveka* i ljudskog *ploda*, kao potencijalnih objekata krivičnopravne zaštite. To pitanje se u literaturi uobičajeno razmatra u vezi sa krivičnim delima protiv života i tela, odnosno ubistvom, ali je ono relevantno i za druge delikte u kojima je nastupanje smrti (čoveka) pretpostavka dovršenja. Tako, prema članu 259. stav 4. Krivičnog zakonika, teško delo protiv zdravlja ljudi postoji, između ostalog, i ako je usled nesavesnog pružanja lekarske pomoći (član 251. stav 3. Krivičnog zakonika)¹ „nastupila

* Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, igorvu@ius.bg.ac.rs

1 *Službeni glasnik RS* 85/05, 88/05 – ispr., 107/05 – ispr., 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16 i 35/19, u daljem tekstu: KZ.

smrt“. Reč je o formi krivičnog dela *kvalifikovanog težom posledicom*, za koje je na planu krivice u odnosu na takvu težu posledicu dovoljan nehat učinioca (vid. član 27. KZ). Ta okolnost, međutim, ne utiče na *kvalitet objekta* dela. Drugim rečima, nastupanje smrti kao posledica tog dela ni po čemu se ne razlikuje od nastupanja smrti kao pretpostavke ubistva (član 113. KZ), nehatnog lišenja života (član 118. KZ) ili nekog drugog krivičnog dela sa posledicom smrti. Zbog toga to razlikovanje nije od značaja za našu analizu.

Na samom početku treba učiniti jednu prethodnu napomenu. Činjenica je da čovek kao objekt uživa zaštitu ne samo kada se rodi već i u stadijumu ploda. Na to nesumnjivo ukazuje to što je i u domaćem pravu propisano krivično delo nedozvoljenog prekida trudnoće (član 120. KZ). Stoga se alternativno može govoriti o krivičnopravnoj zaštiti *rođenog* čoveka i *nerođenog* ljudskog bića u razvojnom stadijumu ploda. U tom smislu, izraz „živ čovek“, čest u naučnim osvrtima u ovoj materiji, razumemo u smislu „rođeni čovek“. Viši stepen zaštite koji uživa rođeni čovek ogleda se ne samo u tome što je kazna za njegovo usmrćenje značajno viša u odnosu na uništenje ljudskog ploda već i u tome što, za razliku od nehatnog izazivanja smrti nekog lica, nehatno izazivanje pobačaja nije kažnjivo. Osim toga, za razliku od krivičnih dela telesnog povređivanja, umišljajno oštećenje ljudskog fetusa takođe je nekažnjivo.²

Budući da je porođaj složen fenomen, u literaturi se odvojeno razmatraju pretpostavke početka ljudskog života kao objekta krivičnopravne zaštite u okolnostima normalnog porođaja i u okolnostima tzv. carskog reza. Zbog toga ćemo u narednim izlaganjima ukazati na specifičnosti oba ta merila.

2. POČETAK LJUDSKOG ŽIVOTA U OKOLNOSTIMA REDOVNOG POROĐAJA

Objekt koji se štiti propisivanjem ubistva i drugih krivičnih dela koja za posledicu imaju smrt čoveka je *ljudski život*, dok je objekt dela čovek. Krivičnopravna zaštita života traje od rođenja pa do smrti, pa je nužno precizirati momenat u kojem se taj kvalitet zadobija. U našoj starijoj literaturi sretali su se, u tom smislu, različiti kriterijumi. Tako Živanović govori o četiri moguća trenutka: smenjivanju placentarnog disanja i mogućeg disanja novorođenčeta na pluća,³ stvarnom prodisanju novorođenčeta na pluća, početku porodiljskih muka koje „bez dužeg prekida vode izlasku ploda iz utrobe“ i trenutku kada „ma koji deo tela izađe iz utrobe“. Pritom, taj poslednji kriterijum (pojavljivanja tela iz utrobe porodilje) Živanović

2 Takvo stepenovanje, uostalom, koje smatra vrednijim život i zdravlje bremenite žene, omogućilo je isključenje protivpravosti u pogledu eventualnog usmrćenja ploda (starijeg od 10 nedelja) koji se pobacuje (tzv. perforacija, vid. član 6. stav 2. tačka 1. Zakona o postupku prekida trudnoće u zdravstvenim ustanovama [*Službeni glasnik RS* 16/95 i 101/05 – dr. zak.]), ako se na osnovu medicinskih indikacija utvrdi da se na drugi način ne može spasiti život ili otkloniti teško narušavanje zdravlja žene. R. Moos (2002). Vorbem zu §§ 75–79, 10.

3 U tom pravcu vid. L. Urošević (1929). *Sudski trebnik II. Krivični zakonik sa komentarom i drugi zakoni*. Beograd, 264.

smatra najpouzdanijim.⁴ Odvajanje tela novorođenčeta od materine utrobe zastupali su i neki drugi predratni autori,⁵ kao i starija praksa nemačkog Carevinskog suda i austrijska judikatura.⁶ Tahović pak odlučnim smatra merilo *zrelost ploda* za odvajanje od utrobe,⁷ odnosno ono što neki kasniji autori označavaju kao sposobnost za vanmaterični život.⁸ U neku ruku, ako se porođaj odvija prirodnim putem, podrazumeva se da je plod odgovarajuće starosti koji omogućava vanmaterični život. Samo ako je porođaj *prevremen*, imalo bi se po ovom izolovanom gledištu odvojeno ispitivati da li je plod bio sposoban za vanmaterični život. To shvatanje je vršilo odgovarajući uticaj na posleratnu judikaturu, zbog čega se i danas u domaćim odlukama neretko pominje sposobnost za vanmaterični život, istina, u nedovoljno određenom značenju.

Čovekom se postaje momentom *rođenja*. Prva asocijacija bi bila da taj moment podrazumeva *okončanje porođaja*, to jest neki trenutak koji se vezuje za pojavljivanje deteta iz utrobe majke. Međutim, imajući u vidu da krivično delo ubistva deteta pri porođaju (član 116. KZ) govori o majci koja „lišava života svoje dete *za vreme porođaja* ili neposredno posle porođaja, dok kod nje traje poremećaj izazvan porođajem“, lišenje života novorođenčeta *tokom porođaja* očigledno se takođe smatra vidom ubistva, a ne nedozvoljenim prekidom trudnoće (Lazarević 2011, 429). Iz toga, prema vladajućem gledištu u našoj savremenoj doktrini, proizlazi da je odlučni trenutak kada prema krivičnim propisima „plod“ (u smislu nedozvoljenog prekida trudnoće) postaje „čovek“ (u smislu ubistva) *početak porođaja*, a ne tek njegovo okončanje. Nije, utoliko, neophodno da porođaj bude dovršen,⁹ kako se često u nekom uobičajenom kolokvijalnom razumevanju smatra da je neko „rođen“. Drugim rečima, i živi plod koji se još uvek nalazi u utrobi majke može da bude podoban objekt krivičnih dela koja za posledicu mogu imati smrt čoveka, čime se napuštaju starija shvatanja, koja početak života vezuju za izlazak celog ili dela tela novorođenčeta ili prodisavanje.¹⁰

Iako je taj kriterijum ubedljivo vladajući i u savremenoj evropskoj literaturi, treba pomenuti da se i u novijoj doktrini i dalje mogu sresti tvrđenja koja početak krivičnopravne zaštite povezuju sa nekim od drugih pomenutih momenata. Tako pojedini autori odlučnim smatraju kriterijum *vanmaterične sposobnosti za život*, pomerajući graničnik „čoveka“ i „ploda“ na samo 20 nedelja starosti ploda.¹¹ Drugi

4 Vid. T. Živanović (1938). *Osnovi krivičnog prava Kraljevine Jugoslavije. Posebni deo. I. knjiga*, Beograd, p. 34.

5 Vid. M. Čubinski (1930). *Naučni i praktični komentar Krivičnog zakonika Kraljevine Jugoslavije od 27. Januara 1929*, Beograd, p. 287.

6 R. Moos (2002), u: *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch. § 75* (F. Höpfel, E. Ratz, Hrsg.), Wien, Vorbem zu §§ 75–79, 12.

7 J. Đ. Tahović (1956). *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, p. 335.

8 Vid. Lj. Lazarević (2011²). *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, p. 429.

9 Z. Stojanović (2020¹⁰). *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, p. 439.

10 S pravom A. Stajić (1986), u: *Komentar krivičnih zakona SR Srbije, SAP Kosova i SAP Vojvodine* (N. Srzentić red.), Beograd, p. 113.

11 W. Gropp (2000). Der Embryo als Mensch: Überlegungen zum pränatalen Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, № 1, p. 17.

pak taj momenat određuju kao trenutak kada novorođenče makar delimično napusti telo majke.¹² Ipak, slična razmišljanja nisu naišla na opšte prihvatanje. Važno je primetiti da je do novih razmišljanja o početku krivičnopravne zaštite života u nemačkoj doktrini došlo poslednjih godina, uglavnom zato što je dekriminalizovano delo ubistva deteta pri porođaju (§ 217 StGB aF), u kojem je, slično aktuelnom srpskom rešenju, ubistvo novorođenčeta postojalo ne samo ako je bilo učinjeno nakon već i tokom porođaja. Iz takvog oblića norme nesumnjivo se zaključivalo da otuda svako usmrćenje čoveka može biti ostvareno i za vreme porođaja. Premda je ta norma u nemačkom pravu danas otpala, kriterijum početka porođaja je u nemačkoj literaturi i dalje nesumnjivo dominantan.¹³ Uostalom, u austrijskoj (vid. Moos 2002, Vorbem zu §§ 75–79, 9) i švajcarskoj doktrini,¹⁴ u kojima još uvek postoji delo (§ 79 öStGB odnosno § 116 schwStGB) slično srpskom ubistvu deteta pri porođaju (član 116. KZ), koje kažnjava i usmrćenje za vreme porođaja, upravo se taj argument smatra odlučnim za vezivanje krivičnopravne zaštite života za početak porođaja i razgraničenje prema nedozvoljenom prekidu trudnoće. Za razliku od kontinentalne evropske doktrine, u pravu SAD zahtev da čovek bude rođen podrazumeva da je fetus u celini izašao na svetlost dana i da je ustanovljena „nezavisna cirkulacija“, što se tumači u smislu da je dete prodisalo (po pravilu i zaplakalo). Neki američki sudovi su kao dokaz uspostavljanja nezavisne cirkulacije zahtevali da je prekinuta pupčana vrpca.¹⁵

Ako smo konstatovali da domaći i evropski autori prednost daju graničniku početka porođaja, time još nismo odgovorili na pitanje koji bi momenat označavao sam početak porođanja. U starijem shvatanju početak porođaja se povezivao sa započinjanjem trudova kojima se *plod istiskuje*.¹⁶ Novija medicinska saznanja, međutim, potvrđuju da *regularni* porođaj otpočinje već *početkom porođajnih trudova* kojima se porodilja (to jest kanal grlića njene materice) u kratkim i najčešće ritmičnim intervalima *otvara*.¹⁷ Nije pritom značajno da li je porođaj započeo prirodno ili je *veštački* izazvan to jest ubrzan pomoću medikamenata (Heger 2023, 16. Abschnitt, Vorbemerkung, 3). Momenat davanja takvih lekova ne označava

12 U. Neumann (2023⁶), u: *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch*, Hrsg. U. Kindhäuser et al., Baden-Baden, Vor. zu §§ 211–217, 9

13 M. Heger (2023³⁰), u: *Strafgesetzbuch. Kommentar* (K. Lackner, K. Kühn, M. Heger), München, 16. Abschnitt, Vorbemerkung, 3.

14 C. Schwarzenegger (2007²), u: *Basler Kommentar. Strafrecht II* (M. A. Niggli, H. Wiprächtiger, Hrsg.), Basel, Vor Art. 111, 10.

15 Međutim, u jednoj odluci (*People v. Chavez* [77 Cal.App.2d 621, 176 P.2d 92 (1947)]) sud je zaključio da pošto je uobičajeno ljudsko iskustvo da se deca rađaju živa, predstavlja običnu fikciju tvrđenje da dete nije živo dok god nije potpuno rođeno, budući da i nerođeno dete dostiže stadijum u kojem uz odgovarajuću negu može da preživi. Zbog toga bi, nezavisno od svojevrsne zavisnosti nerođenog deteta od majke do momenta odvajanja, usmrćenje fetusa tokom porođaja predstavljalo usmrćenje čoveka ako bi po prirodnom toku stvari porođaj bio uspešan. W. R. LaFave (2000³). *Criminal Law*, St. Paul, p. 656–657.

16 H. Welzel (1969¹¹). *Das deutsche Strafrecht*, Berlin, p. 280.

17 H. Schneider (2021⁴), u: *Münchener Kommentar zum StGB* (V. Erb, J. Schäfer, Hrsg.), München, Vorbemerkungen zu § 211, 11; u švajcarskoj literaturi vid. C. Schwarzenegger, *op. cit.*, Vor Art. 111, 10.

početak porođaja. Raniji stadijum eventualnih bolova tokom spuštanja ploda poslednjih dana i nedelja pre porođaja takođe nije relevantan. Ako eventualno dođe do *prsnuća vodenjaka* (rupture amnionske kese) pre početka trudova, onda se ovaj momenat može smatrati početkom porođaja (Stajić 1986, 113).¹⁸ Ako pre nastanka porođajnih trudova kojima se porodilja otvara dođe do neke lekarske greške (npr. prilikom davanja lekova za izazivanje porođaja), takvo postupanje, pošto se još uvek deluje na plod, ipak ne bi bilo krivično kažnjivo. Međutim, ako nakon tog momenta bude učinjena greška koja izazove smrt ili oštećenje zdravlja novorođenčeta, lekar bi odgovarao za tu smrt (Schneider 2021⁴, Vorbemerkungen zu § 211, 11). To ispravno gledašće se sreće i u nekim novijim domaćim odlukama. Tako u jednom postupku, vođenom takođe za teško delo protiv zdravlja ljudi, Apelacioni sud u Beogradu, pozivajući se na „savremena stanovišta relevantnih nauka“, pravilno konstatuje da „plod – nerođeno dete dobija krivičnopravnu zaštitu od trenutka početka porođaja i da se od tada smatra nosiocem prava na život, iz čega bi dalje mogao proizaći zaključak da je odlučujući trenutak od kojeg plod stiče svojstvo subjekta ovog osnovnog prava, početak porođaja, koji nastupa otpočinjanjem prvih kontrakcija i porođajnih bolova koji prirodno vode porođaju, bez obzira što dete još nije odvojeno od majčine utrobe“.¹⁹

Novorođenče mora u ovako određenom trenutku da bude *živo*, ali je irelevantna njegova buduća *sposobnost za život*. Otuda je objekt ubistva i *prevremeno rođeno* dete, koje zbog nerazvijenosti svojih organa ili kakve povrede nema velike šanse da izvan majčine utrobe preživi neko duže vreme.²⁰ Da sposobnost za život ne predstavlja uslov da bi se radilo o čoveku kao objektu zaštite, opšte je mesto u savremenoj doktrini (vid. npr. Moos 2002, Vorbem zu §§ 75–79, 8), koje proizlazi iz zahteva da se na planu uzročnosti iz razmatranja izuzmu tzv. hipotetički kauzalni tokovi²¹ jer bi u suprotnom, u okolnostima ograničenja krivičnopravne zaštite života neakvom fizičkom sposobnošću za život ili očekivanim životnim vekom – eutanazija smrtno obolelog bila pravno dopuštena. Zbog toga se sposobnost za život ne traži ni za novorođenčad rođenu sa telesnim i duševnim *deformitetima*. Obrnuto, odumrli zametak ne predstavlja objekt ni ubistva ni nedozvoljenog prekida trudnoće.

Iako se u nekim domaćim odlukama početak krivičnopravne zaštite života razume saglasno većinskom mišljenju u literaturi, u jednoj novijoj odluci učinjen je otklon od takvog tradicionalnog pristupa. U aktuelnom primeru optužena (ginekolog akušer) prvostepenom odlukom je oslobođena da je načinila stručni propust koji je doveo do rođenja mrtvorodenog deteta. Optužbom joj je bilo stavljeno na teret da „nije na vreme bila uočena patnja ploda u poslednja četiri sata porođaja“, zbog čega je „plod trpeo teško i dovoljno dugo, što je imalo za posledicu njegovu

18 Slično i T. Fischer (2011⁵⁸). *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München, Vor § 211, 5.

19 Rešenje Apelacionog suda u Beogradu, Kž1 789/15 od 16. oktobra 2015, *Paragraf Lex*.

20 A. Eser, D. Sternberg-Lieben (2019³⁰), u: *Strafgesetzbuch. Kommentar* (A. Schönke, H. Schröder, Begründ., München, Vorbemerkungen zu den §§ 211, 14.

21 To što bi smrt živorođenog deteta nesposobnog za život svakako usledila u nekom kratkom vremenskom razmaku predstavlja hipotetički uslov koji se ne uzima u obzir prilikom ispitivanja *conditio sine qua non* formule. Vid. I. Vuković (2022²). *Krivično pravo Opšti deo*, Beograd, p. 86.

smrt u materičnoj duplji, a što govori o tome da kontrola stanja ploda slušnim ili vizuelnim praćenjem na CTG aparatu u nedostatku CTG zapisa nije vršena kontinuirano i sa potrebnom pažnjom, te da se sa intervencijom zakasnilo.“²² Iz nalaza i mišljenja veštaka je proizlazilo da je do smrti ploda „došlo u drugom periodu porođajnog ciklusa, zbog ugušenja izazvanog udisanjem plodove vode, čemu je prethodila hipoksija mozga, odnosno nadražaj centra za disanje, te prevremeno disanje ploda sa posledičnim udisanjem plodove vode“. Povodom izjavljene žalbe, Apelacioni sud kao drugostepeni konstatuje da je za ostvarenje predmetnog dela neophodno „da se ostvari posledica u vidu nastupanja smrti lica... a koja u konkretnom slučaju izvedenim dokazima nije utvrđena... Prvostepeni sud je na nesumnjiv način utvrdio da je u konkretnom slučaju došlo do smrti fetusa (ploda) *pre okončanja porođaja* [podvukao I. V.], pri čemu je rođenje pravno relevantan momenat kada novorođenče postaje pasivni subjekat predmetnog krivičnog dela i od kada, kao i svako drugo lice, uživa krivičnopravnu zaštitu prava na život“. U nastavku se Apelacioni sud poziva na član 6. ratifikovane Konvencije Ujedinjenih nacija o pravima deteta,²³ kojim je predviđeno da „svako dete samim rođenjem ima pravo na život“. Ta odredba se zatim dovodi u vezu sa članom 112. stav 8. našeg Krivičnog zakonika, prema kojem se detetom smatra lice koje nije navršilo četrnaest godina. „Samim tim, imajući u vidu navedene izraze i pojam deteta, kako je to određeno u međunarodnom pravu i krivičnom zakonodavstvu Republike Srbije, iz kojih proizilazi da pojam ‘dete’ podrazumeva da je isto živo rođeno, to je rođenje pravno relevantan momenat kada novorođenče postaje ‘lice’ u smislu citiranih odredbi krivičnog materijalnog prava, to po oceni Apelacionog suda, tokom postupka nisu izvedeni dokazi da je ‘usled stručnog propusta okrivljene koji je u uzročno posledičnoj vezi sa smrću ploda u materičnoj duplji dovelo do smrtnog ishoda porođaja, odnosno do rođenja mrtvorodenog deteta’, kako se to okrivljenoj javnom tužbom stavlja na teret, budući da porođaj oštećene nije okončan rođenjem živog deteta.“

Nejasno je, najpre, pozivanje odluke na međunarodnopravne odredbe Konvencije UN o pravima deteta. Nijedna međunarodnopravna norma ne određuje na obavezujući način početak krivičnopravne zaštite života. Tako se ni u članu 2. Evropske konvencije o ljudskim pravima, kojim se uređuje pravo na život, ne daju kriterijumi za utvrđivanje merodavnog nastanka zaštite (s pravom, Schwarzenegger 2007⁴, Vor Art. 111, 10), zbog čega se ovaj trenutak u nacionalnim krivičnim zakonodavstvima definiše *samostalno*. To ne čini ni u odluci citirani član 6. Konvencije UN jer se tu samo konstatuje da pravna zaštita deteta počinje njegovim rođenjem, koje se tu uopšte ne definiše. Time sud samo izvodi kružni zaključak, polazeći od pretpostavke da zaštita života počinje rođenjem, što bi bilo isključeno ako je dete mrtvorodeno, pri čemu se, međutim, prenebregava da rođenje deteta u krivičnopravnom smislu označava već početak porođaja a ne njegovo okončanje. Uostalom, lični status deteta ili uopšte njegova građanskopravna sposobnost nije u korelaciji sa pitanjem kada čovek zadobija krivičnopravnu zaštitu. Definisane tog trenutka

22 Presuda Apelacionog suda u Kragujevcu, Kž1 456/22 od 15. avgusta 2022, *Intermex*.

23 *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori* 15/90 i *Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori* 4/96 i 2/97.

predstavlja pravno pitanje koje nije neposredno povezano sa nekim biološkim određenjem života (s pravom, Fischer 2011⁵⁸, Vor § 211, 5), zbog čega ti momenti mogu i da se ne poklapaju.²⁴

Osim toga, *kriminalno-politički* razlozi takođe govore u prilog zadržavanja klasičnog kriterijuma početka porođajnih trudova kao odlučnog momenta u kojem se zadobija viši stepen krivičnopravne zaštite. Dete je u stadijumu porođaja izloženo *naročitim rizicima*, zbog čega nije opravdano da u tom osetljivom periodu ono bude potpuno nezaštićeno od potencijalnih *lekarskih grešaka* (s pravom Schneider 2021⁵⁸, Vorbemerkungen zu § 211, 8; Eser, Sternberg-Lieben 2019³⁰, Vorbemerkungen zu den §§ 211, 13). Ne treba izgubiti iz vida da krivično delo nedozvoljenog prekida trudnoće (član 120. KZ) *nema nehatni oblik*, zbog čega bi zaključak da se lekarska greška tokom porođaja vrši prema plodu za ishod imao *nekažnjivost* lekara. Obrnuto, pravilan zaključak da lekarske greške tokom vršenja porođaja za ishod mogu imati smrt ili povredu (čoveka) omogućio bi da se lekarevo nesavesno pružanje pomoći kvalifikuje kao teško delo protiv zdravlja ljudi, sa odgovarajućom posledicom smrti ili teške telesne povrede (vid. član 259. KZ). Stoga bi potencijalno bilo kažnjivo povređivanje ili usmrćenje deteta u majčinoj utrobi u vezi sa različitim mogućim nesavesnim radnjama tokom porođaja usled kojih mogu nastupiti krivičnopravno relevantne posledice (nagnječenje, oštećenje mozga, smrt itd.), na primer, davanjem pogrešnih medikamenata, propuštanjem odgovarajućeg zahvata, odabirom pogrešne metode porođanja itd. (Moos 2002, Vorbem zu §§ 75–79, 11).

Nije od značaja to što se u članu 259. KZ govori o teškim telesnim povredama ili smrti nekog „lica“. Jasno je da pod tim podrazumeva čovek kao objekt zaštite, kao što je to slučaj sa drugim krivičnim delima koja za posledicu imaju smrt (npr. deteta [vid. član 114. stav 1. tačka 9. KZ], ostavljenog lica [vid. član 126. stav 3. KZ], člana porodice [vid. član 194. stav 4. KZ] itd.). Još je manje ubedljiv potencijalni argument da bi nedoumice u tumačenju oblika iz stava 4. tog člana moglo da izazove to što se ovde govori o „nastupanju smrti“ bez pominjanja objekta („lica“). Jasno je da i taj oblik pretpostavlja da je lišen života čovek a ne plod.

3. POČETAK LJUDSKOG ŽIVOTA U OKOLNOSTIMA OPERATIVNOG POROĐANJA

Kada do porođanja dođe u okolnostima tzv. **carskog reza** (lat. *sectio caesarea*), pre momenta nastupanja trudova koji vode otvaranju porodilje,²⁵ prema krivičnopravnoj literaturi, „odlučan je zahvat koji odgovara *otvaranju materice* pri normalnom porođaju“ (Stajić 1986, 113). To je većinsko gledište i u uporednoj doktrini (Eser, Sternberg-Lieben 2019³⁰, Vorbemerkungen zu den §§ 211, 13), iako neki autori, zbog celovitosti zaštite, početak porođaja pomeraju već na prethodno *otvaranje trbušnog zida* (Schneider 2021⁴, Vorbemerkungen zu § 211, 12; u Austriji je to gledi-

24 Tako se u nemačkom pravu građanskopravna sposobnost stiče *dovršenjem porođaja* (§ 1 BGB), iako je potpuno nesporno da početak krivičnopravne zaštite života otpočinje početkom samog čina porođanja.

25 Ako taj graničnik bude pređen, važio bi kriterijum izložen u prethodnom odeljku.

šte većinsko [vid. Moos 2002, Vorbem zu §§ 75–79, 12]). Ipak, kako do otvaranja trbušnog zida može doći iz raznovrsnih razloga, stiče se utisak da je pravno sigurnije vezivanje merila za momenat otvaranja materice (s pravom Eser, Sternberg-Lieben 2019³⁰, Vorbemerkungen zu den §§ 211, 13). Eventualno prethodno davanje narkoze porodilji još uvek ne predstavlja porađanje. Neka novija gledišta u ovoj konstelaciji, analogno kriterijumu pojavljivanja makar nekog dela tela novorođenčeta iz utrobe majke, graničnik i ovde pomeraju na izvlačenje deteta iz uterusa (Neumann 2023⁶, Vor. zu §§ 211–217, 11). Ipak, i pored takvih izolovanih shvatanja, nemački Savezni sud (BGH) u jednoj novijoj odluci (*Berliner Zwillingssfall*)²⁶ taj momenat povezuje sa pomenutim otvaranjem materice.

Zanimljiva su pitanja razgraničenja u slučaju tzv. **prenatalnih** i drugih radnji kojima se deluje na fetus pre nego što porođaj otpočne (npr. operacije na plodu, vršenje abortusa, saobraćajni udes, konzumiranje droga), ali čije dejstvo neplanirano izazove *prevremeno* rođenje i ubrzo smrt. Prema većinskom gledištu u uporednoj literaturi, ako je zahvat bio preduzet *pre* početka porođaja, smrtnan ishod bi se načelno vrednovao kao prekid trudnoće (a ne ubistvo) i u slučaju da je fetus došao na svet živ, ako nakon toga, zbog nesposobnosti za život ubrzo nastupi njegova smrt. Tim pre bi do istog ishoda dovelo ako plod premine još u materici. Međutim, ako u slučaju neuspešnog prekida trudnoće iz utrobe bude istisnut plod ne samo živ već i sposoban za život, koji naknadnim (*novim*) delovanjem bude usmrćen, postojaće ubistvo (Schneider 2021⁴, Vorbemerkungen zu § 211, 13). Slično se (sa rezultatom nekažnjivosti) tumače i prenatalna dejstva različitih činjenja (npr. davanja medikamena koji dovedu do deformacije ploda) ili nečinjenja trećih lica, koji u ishodu dovedu do telesnih ili duševnih nedostataka čoveka, kao i inficiranje (npr. seksualnim odnosom sa trudnicom) embriona HIV-om, usled kojeg dete nakon rođenja umre (Neumann 2023⁶, Vor. zu §§ 211–217, 14). Nekažnjive bi bile i nehatne radnje same trudnice koje se odražavaju na zdravlje ploda, na primer, njena nezdrava ishrana ili odavanje porocima.²⁷

U drugoj odluci od značaja za našu temu takođe se radilo o pitanju odgovornosti za teško delo protiv zdravlja ljudi, u vidu nastupanja smrti usled izvršenja krivičnog dela nesavesnog pružanja lekarske pomoći (član 251. stav 3. KZ). U konkretnom slučaju se radilo o eventualnoj lekarskoj grešci u okolnostima komplikacija u stanju poodmakle trudnoće, koje su okončane smrću novorođenčeta. U odluci drugostepenog suda se ukazuje da nalaz i mišljenje komisije veštaka konstatuju da „postoji objektivna mogućnost da je nalaz proširenih plućnih alveola direktna posledica veštački (artificijelno) utisnutog vazduha u pluća u postupku reanimacije mrtvorodenog deteta... U plućima novorođenčeta [je] bila prisutna veoma mala količina vazduha, jer su prilikom vršenja tzv. ‘plovnog oglada pluća’ samo najsitniji

26 BGH 11.11.2020 – 5 StR 256/20, BGHSt 65, 163. Stoga bi bila ostvarena posledica smrti (a ne usmrćenje ploda) i kada je u interesu preživljavanja jednog blizanca već teško povređeni drugi bliznac nakon otvaranja materice usmrćen, čak i ako bi pre tog momenta prekid trudnoće prema zdravstvenim propisima bio pravno moguć i dozvoljen (Heger 2023, 16. Abschnitt, Vorbemerkung, 3).

27 R. Rissing-van Saan (2019), u: *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar* (H. W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann, Hrsg.), Berlin, Vor §§ 211, 9.

delovi pluća plivali, što ukazuje da je vazduh u pluća upumpavan, a ne da je dete disalo. Da je sproveden postupak reanimacije i da je tada vazduh utisnut u pluća novorođenčeta veštaci zaključuju i na osnovu drugih činjenica navedenih u medicinskoj dokumentaciji, a pre svega da je, nekoliko sati pre porođaja, ultrazvučnim pregledom konstatovan prestanak srčanog rada ploda, kao i da je ‘apgar skor’, tj. ocena vitalnosti novorođenčeta iznosio nula bodova, što sve u situaciji kada je novorođenče ventilirano ukazuje da je u konkretnom slučaju najverovatnije, odnosno skoro sigurno mrtvorodeno. Iz napred navedenog proizilazi da je komisija veštaka Zavoda za sudsku medicinu iz Niša, pouzdano zaključila, a prvostepeni sud sve to pravilno cenio i prihvatio, da je usled rasepa od ranije postojećeg kesastog proširenja zida slezinske arterije i iskrvljenja u prostor iza zida trbušnice u prostor trbušne duplje sada pok. M.V. koja je bila u devetom mesecu trudnoće, došlo do patnje i vitalne ugroženosti ploda uzrokovane krvarenjem majke, što je predstavljalo razlog za prevremeni porođaj carskim rezom, kako bi se ranijim vađenjem ploda iz materice izbeglo oštećenje mozga, a što je dovelo do smrti novorođenčeta, koja je nastupila pre izvršenog carskog reza“.²⁸ U ovom objašnjenju, na prvi pogled, Apelacioni sud ne istupa iz okvira pomenutog kriterijuma doktrine.

Međutim, u svom obrazloženju Apelacioni sud ide i korak dalje, pozivajući se na tumačenje Evropskog suda za ljudska prava u predmetu *Vo v. France* (predstavka br. 53924/00 od 8. jula 2004. godine).²⁹ Tom odlukom Evropski sud je konstatovao da nerođeno dete ne predstavlja lice u smislu člana 2. Evropske konvencije o ljudskim pravima, kojem bi bilo garantovano pravo na život, i da je njegovo pravo na život ograničeno pravima i interesima majke (para. 80). Razmatrajući istovremeno i pitanje da li usmrćenje fetusa treba da bude tretirano kao krivično delo, sudije Evropskog suda ukazuju na to da je pitanje početka života nejednako rešeno u evropskim zakonodavstvima i da je kao takvo opterećeno raznovrsnim etičkim, religioznim, filozofskim, medicinskim i drugim predstavama koje uslovljavaju različit pristup na nacionalnom nivou, zbog čega je u izostanku konsenzusa harmonizacija na nivou evropske zajednice malo verovatna. Zbog toga se Evropski sud i bavio isključivo francuskim rešenjem, koje ne dopušta da se pod član 221–6 Krivičnog zakonika, koji govori o nehatnom ubistvu „drugoga“, podvede i prouzrokovanje fatalnih povreda fetusu (para. 83). Drugim rečima, Evropski sud ovde nije dao nikakvu univerzalnu definiciju početka krivičnopravne zaštite života već je samo konstatovao da je u evropskim zakonodavstvima, za razliku od zaštite rođenog čoveka, zaštita ljudskog života u stadijumu ploda nejednako uređena. U srpskom pravu, međutim, ljudski plod takođe uživa odgovarajuću krivičnopravnu zaštitu, s obzirom na to da pod određenim uslovima nedozvoljen prekid trudnoće predstavlja krivično delo (član 120. Krivičnog zakonika). Osim nejasnog pozivanja na odluku Evropskog suda u ovom predmetu, Apelacioni sud, štaviše, „nalazi da se neosnovano u žalbi javnog tužioca ističe da za postojanje predmetnog krivičnog dela i za razjašnjenje ove krivičnopravne stvari nije bitna činjenica da li je novorođenče mrtvo rođeno ili je u trenutku rođenja bilo živo“. Taj stav se i kasnije potcrtava komentarom da

28 Presuda Apelacionog suda u Kragujevcu, KŽ1 657/19 od 27. avgusta 2019, *Paragraf Lex*.

29 Vid. <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%7B%22001-61887%22%7D>

u slučaju smrtnog ishoda „fetus još ne postoji u to vreme kao subjekt prava tj. nije živorođen [podvukao I. V.] niti to, zbog nastupelog smrtnog ishoda, može biti“.³⁰

Već smo konstatovali da međunarodnim normama, uključujući tu i Evropsku konvenciju o ljudskim pravima, nije definisana relevantna granica krivičnopravne zaštite života, koja je prepuštena nacionalnim zakonodavstvima. Zbog toga ne stoji pozivanje na bilo kakva međunarodna pravila u vezi sa tim pitanjem. To, međutim, još uvek ne isključuje da domaći sudovi relevantan momenat povezuju sa nekim od prethodno pomenutih kriterijuma. Kao što smo u obe navedene odluke videli, za uspostavljanje pune krivičnopravne zaštite života odlučnim je smatran trenutak *okončanja porođaja*, to jest rođenja *živog deteta*. Iako domaći sudovi nisu obavezni da odlučuju saglasno većinskom gledištu u nauci, stiče se utisak da je zanemaren osnovani kriminalno-politički interes da čovek zaslužuje pojačanu pravnu zaštitu i u stadijumu samog porođaja, naročito imajući u vidu potencijalne lekarske greške i njihovu nekažnjivost ako bi se ljudsko biće u vreme odvijanja porođaja vrednovalo isključivo kao fetus. Kako doktrina ne predstavlja izvor prava, njeno većinsko gledište povodom pojedinog pitanja ne može obavezujuće da usmeri postupanje sudova. Ipak, u ovom slučaju pomenute odluke nisu saglasne činjenici da kod krivičnog dela ubistva deteta pri porođaju (član 116. KZ) zakonodavac usmrćenje deteta za vreme porođaja tretira kao *vid ubistva*, a ne usmrćenja ploda. Svakako je nedosledno da u različitim opisima sa posledicom smrti čoveka bude zastupan različit kriterijum ko se uopšte smatra čovekom. Zbog toga navedeno tumačenje nesumnjivo ne zaslužuje da bude prihvaćeno.

LITERATURA

- Eser A., Sternberg-Lieben D. (2019³⁰), u: *Strafgesetzbuch. Kommentar*, Hsrg. A. Schönke, H. Schröder, Begründ. München.
- Čubinski M. (1930). *Naučni i praktični komentar Krivičnog zakonika Kraljevine Jugoslavije od 27. Januara 1929*. Beograd
- Fischer T. (2011⁵⁸). *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*. München
- Gropp W. (2000). Der Embryo als Mensch: Überlegungen zum pränatalen Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* № 1.
- LaFave W. R. (2000³). *Criminal Law*. St. Paul
- Lazarević Lj. (2011²). *Komentar Krivičnog zakonika*. Beograd
- Neumann U. (2023⁶), u: *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch*, Hrsg. U. Kindhäuser *et al.* Baden-Baden.

30 Tim pitanjem se kasnije bavio i Vrhovni sud, koji je na pitanje da li smrt fetusa koji je dostigao toliki stepen razvoja da je sposoban za vanmaterični život, a koja je nastupila usled izvršenja krivičnog dela nesavesno pružanje lekarske pomoći iz člana 251. KZ, predstavlja smrtnu posledicu u smislu krivičnog dela teško delo protiv zdravlja ljudi iz člana 259. stav 2. i stav 4. KZ – dao odgovor (istina, bez nekog šireg pojašnjenja) da to nije slučaj (Pravni stavovi krivičnog odeljenja Vrhovnog kasacionog suda oko spornih pravnih pitanja u vezi sa kojima nije postignuta saglasnost predstavnika apelacionih sudova saopšteni na sastanku u Novom Sadu 30. marta 2018. godine, *Bilten Apelacionog suda u Beogradu* 11/2020, *Intermex*).

- Moos R. (2002), u: *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*. § 75, Hrsg. F. Höpfel, E. Ratz. Wien.
- Rissing-van Saan R. (2019), u: *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, Hrsg. H. W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann. Berlin.
- Schneider H. (2021⁴), u: *Münchener Kommentar zum StGB*, Hrsg. V. Erb, J. Schäfer. München.
- Stajić A. (1986), u: *Komentar krivičnih zakona SR Srbije, SAP Kosova i SAP Vojvodine*, red. N. Srzentić, Beograd.
- Stojanović Z. (2020¹⁰). *Komentar Krivičnog zakonika*. Beograd.
- Tahović J. Đ. (1956). *Komentar Krivičnog zakonika*. Beograd.
- Urošević L. (1929). *Sudski trebnik II. Krivični zakonik sa komentarom i drugi zakoni*. Beograd.
- Vuković I. (2022²). *Krivično pravo Opšti deo*. Beograd.
- Welzel H. (1969¹¹). *Das deutsche Strafrecht*. Berlin.
- Živanović T. (1938). *Osnovi krivičnog prava Kraljevine Jugoslavije. Posebni deo*. I. knjiga. Beograd.

Igor Vuković*

BORN HUMAN AS OBJECT OF CRIMINAL LAW PROTECTION – DIFFERENTIATION FROM THE FETUS

SUMMARY

Unlike most other goods, criminal law protection of human life is absolute. While e.g. property is protected by criminal law only in a subsidiary manner (if civil law mechanisms prove insufficient), only criminal law provides the appropriate sanction for causing death. At the same time, human life is protected from birth to death. Although the basic crime through which the protection is accomplished is the crime of murder, there are numerous other crimes that result in death, e.g. in traffic or due to some generally dangerous actions (for example, as result of carelessly caused fire). A person's death can also occur due to medical errors. They are also imaginable during childbirth, which is why the moment of demarcation between the stage of the fetus and the born human is considered as a particularly important issue of life protection. Traditionally, in Serbian doctrine, this boundary marks the moment of the beginning of (regular) childbirth, or the opening of the uterus during a caesarean section. However, in recent years, in several different decisions, domestic courts advocated other criteria. The paper discusses these decisions, with the conclusion that it is not justified to abandon traditional standards in such an important segment of criminal law protection.

Key words: human, childbirth, termination of pregnancy, fetus

* Faculty of Law, University of Belgrade, igorvu@ius.bg.ac.rs

UDK: 343.544/.545(493)

351.764(493)

doi: 10.5937/crimen2401063H

ORIGINALNI NAUČNI RAD

PRIMLJEN / PRIHVAĆEN: 22.02.2024 / 30.04.2024.

*Jean-Marc Hausman**

PROSTITUTION LEGAL REFORM IN BELGIUM: ABANDONING THE ABOLITIONIST MODEL IN FAVOUR OF A NEO-REGULATORY APPROACH

Abstract. The Belgian Criminal Code underwent significant reform with regard to sexual offences by the Law of 21 March 2022. Concerning the prostitution of people who are of legal age, the legislator has abandoned the abolitionist model and laid the foundations for a neo-regulatory model. Criminal sanctions are now based on the idea that prostitution should be able to be practised effectively, provided that the person offering his or her sexual services does so entirely voluntarily. Accordingly, the Law of 21 March 2022 enshrines the principle of authorising prostitution procurement – subject to certain conditions that have yet to be defined. It also makes it possible, by way of exception, to advertise prostitution. At the same time, the Criminal Code provides for measures to severely punish activities related to forced prostitution or to limit the commission of such offences. Nevertheless, the transition to the neo-regulatory model is not (yet) complete and some questions remain concerning, among other things, the respect by Belgium of its international obligations and the implementation of the new rules.

Key words: Consensual prostitution – Belgium – Neo-regulatory model – Prohibitionist model – Prostitution procurement – Prostitution advertising – Incitement to prostitution – Professional ban – Closure of establishment – Vulnerable population

INTRODUCTION¹

The Belgian federal legislator has reformed sexual criminal law. More specifically, the Law of 21 March 2022 introduced significant changes concerning the prostitution of people who are of legal age. The legislator has abandoned the abolitionist model and laid the foundations for a neo-regulatory model. Criminal sanctions are now based on the idea that prostitution should be able to be practised effectively, provided that the person offering his or her services does so entirely

* University of Louvain, Belgium, jean-marc.hausman@uclouvain.be

1 Part of this article was initially published in French (Hausman 2023). This article addresses other points, notably the international legal framework, the aggravating factor of aggravated abuse and ancillary penalties. It also takes into account recent laws and case law decisions.

voluntarily. This approach paves the way for the authorisation of procuring prostitution, subject to certain conditions that have yet to be defined. It also makes it possible, by way of exception, to advertise prostitution. Meanwhile, the Belgian federal legislator intends to punish prostitution-related activities in a context of coercion or exploitation, in particular through the mechanism of aggravating factors. The ancillary penalties are more specifically intended to effectively reduce the occurrence of such situations of abusive prostitution. Regardless of this new regulation, Belgium is bound by international legal instruments that clearly condemn the exploitation of forced or coerced prostitution, but are both indecisive and reserved as to the possible legality of activities linked to freely consented prostitution – whether these be the activities of sex workers or those who profit from their services.

1. THE NEW BELGIAN SEXUAL CRIMINAL LAW

The Belgian Law of 21 March 2022 *amending the Criminal Code regarding the sexual criminal law*² (hereinafter – the Sexual Criminal Law), which came into force on June 1st of the same year, is the culmination of the federal legislator’s efforts to reform sexual criminal law.

The legislation in this field is now based on the concept of consent, defined in Article 417/5 of the Criminal Code. This legal consecration goes hand in hand with the affirmation of a right to sexual self-determination and, at the same time, the criminal punishment of offences against sexual integrity. These changes reflect a desire to break away from an approach that has historically focused on protecting family peace and the tranquillity of the bourgeois family, which are all constituent elements of the patriarchal ideology of contemporary Western societies.

Regulating the prostitution of adults is an essential part of this reform of sexual criminal law³. The aforementioned law inserted a chapter III*bis*/1, entitled “The abuse of prostitution”, into Title VIII of Book 2 of the Criminal Code, and repealed Articles 379 to 382*quinquies* of the same Code – which regulated the prostitution prior to the reform.

2. THE INTERNATIONAL LEGAL FRAMEWORK

In its efforts to regulate prostitution, the Belgian State is bound to respect its international obligations, particularly arising from the Council of Europe Convention for the *Protection of human rights and fundamental freedoms* – hereinafter the “European Convention”.

The European Court of Human Rights – hereinafter the “European Court” – has essentially examined the issue of prostitution in the context of coercion or exploitation, in the light of Article 4 of the European Convention. This provision

2 Pub. L. 21 March 2022, M.B. 25.785 (30 March 2022).

3 For the more technical legal aspects of the prostitution regulation in Belgium, see Hausman, de Nanteuil 2023; /Clesse 2022/.

explicitly prohibits slavery, servitude and forced or compulsory labour. Since its *Siliadin v. France* judgement of 26 July 2005⁴, the European Court has considered that the trafficking of human beings – which covers their sexual exploitation – falls within the material scope of this article, and that the same probably applies, since the *S.M. v. Croatia* judgement of 25 June 2020, to the exploitation of the prostitution of others⁵. Using the definition given in international law⁶, human trafficking is defined as “the treatment of human beings as commodities, close surveillance, the circumscription of movement, the use of violence and threats, poor living and working conditions, and little or no payment”⁷. It should be emphasised that the European Court states that the consent of workers is not sufficient to exclude all forms of trafficking in human beings⁸. As far as the exploitation of prostitution is concerned, the European Court does not define the contours of the concept, but seems to consider that it must present a certain degree of seriousness⁹.

The importance of Article 4 of the European Convention in terms of regulating prostitution is linked to the positive obligations it places on the States Parties: “to put in place a legislative and administrative framework to prohibit and punish trafficking”, “to take operational measures to protect victims, or potential victims, of trafficking”, and “to investigate situations of potential trafficking”¹⁰, and to enable the victims to claim compensation for lost earnings from their traffickers¹¹.

Another angle of approach is that of the possible recognition of a right to prostitute oneself based on Article 8 of the European Convention, which enshrines the right to respect for private and family life. The European Court has yet to rule on this issue. However, in its *Norris v Ireland* judgement of 26 October 1988, it ruled that the criminalisation of homosexuality violated the aforementioned provision when the acts in question involved consenting adults. It particularly stressed the disproportionate nature of such a legislative measure given its harmful consequences on the lives of the persons concerned. The issue of morality is also raised in this

4 ECtHR (Judgment) 26 July 2005, Case n° 73316/01, *Siliadin v. France*.

5 The consistency of the European Court’s case law on the material scope of Article 4 of the European Convention is not easy to grasp. One of the main difficulties lies in the way in which the concepts of “forced or compulsory labour”, “human trafficking”, and “exploitation of prostitution” are interrelated. See more particularly /Plouffe-Malette, 2020/.

6 See, for example, ECtHR (Judgment) 7 January 2010, Case n° 25965/04, *Rantsev v. Cyprus and Russia*, § 282; ECtHR (Judgment) 25 June 2020, Case n° 60561/14, *S.M. v. Croatia*, § 285. The two international instruments which serve as the primary references for interpreting the concept of “trafficking in human beings” are the United Nations Protocol of 15 November 2000 to prevent, suppress and punish trafficking in persons, especially women and children, supplementing the United Nations Convention against transnational organized crime, and the Council of Europe Convention on action against trafficking in human beings.

7 ECtHR (Judgment) 25 June 2020, Case n° 60561/14, *S.M. v. Croatia*, § 291.

8 Concerning human trafficking, see ECtHR (Judgment) 28 November 2023, Case n° 18269/18, *Krachinova v. Bulgaria*, § 153; about forced labour, see ECtHR (Judgment) 25 June 2020, Case n° 60561/14, *S.M. v. Croatia*, § 285.

9 ECtHR (Judgment) 25 June 2020, Case n° 60561/14, *S.M. v. Croatia*, § 300; P. Vilanova, concordant opinion under ECtHR (Judgment) 25 June 2020, Case n° 60561/14, *S.M. v. Croatia*, § 2.

10 ECtHR (Judgment) 25 June 2020, Case n° 60561/14, *S.M. v. Croatia*, § 306.

11 ECtHR (Judgment) 28 November 2023, Case n° 18269/18, *Krachinova v. Bulgaria*, § 177.

ruling. According to the European Court, recourse to penal sanctions cannot be justified on the sole ground that certain people are offended, shocked or disturbed by acts that they consider to be immoral¹². However, this does not necessarily mean that prostitution between consenting adults constitutes a fundamental right, especially in view of the venal aspect of this activity¹³. Even if this were the case, it is reasonable to assume that the States Parties to the European Convention have a wide margin of appreciation, which entitles them to justify greater or lesser limits on the right to prostitute oneself¹⁴. It should also be reiterated that the consensual nature of prostitution does not in itself preclude a possible violation of Article 4 of the European Convention.

In addition, legal writers are questioning the compliance of the new regulations on prostitution with international obligations of Belgium under the *Convention for the suppression of the traffic in persons and of the exploitation of the prostitution of others*, signed in New York on 21 March 1950. The provisions of the Belgian Criminal Code that raise questions are, above all, those that pave the way for “legal procurement” – without making this possibility for now real. Obviously subscribing to an abolitionist logic, the aforementioned international instrument requires States Parties to “punish any person who, to gratify the passions of another, procures, entices or leads away, for purposes of prostitution, another person, even with the consent of that person” or “exploits the prostitution of another person, even with the consent of that person”, as well as “any person who keeps or manages, or knowingly finances or takes part in financing of a brothel” or “knowingly lets or rents a building or other place or any part thereof for the purpose of the prostitution of others”¹⁵. However, this does not mean that Belgium breaches its international obligations. Trafficking in human beings, as understood in international law, requires a priori exploitation of a certain degree of seriousness – a threshold below which the forms of “legal procurement” organised by the Belgian legislator could fall. In addition, the United Nations Protocol of 15 November 2000 *to prevent, suppress and punish trafficking in persons, especially women and children, supplementing the United Nations Convention against transnational organized crime*, does not define the terms “exploitation of the prostitution of others” and “other forms of sexual exploitation”, which makes it possible to give a more or less restrictive interpretation and, in this way, leave the States Parties some room for manoeuvre in regulating prostitution, at least between consenting adults.

12 ECtHR (Judgment) 26 October 1988, Case n° 10581/83, *Norris v. Ireland*, § 46.

13 P. Vilanova seems to accept the idea of “free and informed” prostitution, albeit with many reservations, but in a clear and affirmed manner (concordant opinion under ECtHR (Judgment) 25 June 2020, Case n° 60561/14, *S.M. v. Croatia*, §§ 8 and 9). See also /Radačić, Antić, 2022:1377/.

14 ECtHR (Judgment) 25 June 2020, Case n° 60561/14, *S.M. v. Croatia*, §§ 298 and 299. The European Court noted, without taking a position on the issue, that there were two distinct approaches, one necessarily seeing prostitution as a “coercive form of exploitation” and the other accepting the idea that prostitution could be genuinely consensual. In addition, it notes “substantial differences” between legal systems concerning the approach to prostitution.

15 Convention of 21 March 1950 *for the suppression of the traffic in persons and of the exploitation of the prostitution of others*, Art. 1 and 2.

3. A SHIFT OF MODELS

Having abandoned the abolitionist approach to the prostitution of adults, the Belgian legislator has opted for a resolutely neo-regulatory model – although its plan has yet to be finalised.

3.1 *Abolitionism: The limits of the previous model*

Until the reform of sexual criminal law, Belgium was usually listed among the abolitionist states since the enactment of the Law of 21 August 1948 *abolishing the official regulation of prostitution*¹⁶. On 6 May 1965, it ratified the United Nations Convention of 21 March 1950 *for the suppression of traffic in persons and the exploitation of the prostitution of others*. Based on the idea that prostitution was both contrary to human dignity and dangerous for the individual, the family and the community¹⁷, the legal system at the time was characterised by the activity's lawful nature and, simultaneously, by the criminal repression of all forms of exploitation, promotion and public incitement.

However, in practice, the public authorities were generally very tolerant of offences related to prostitution. Through its reform, the legislator intends to put an end to this form of “hypocrisy”¹⁸. He believes that such a situation is likely to benefit a number of individuals who exploit the prostitution of others. Meanwhile, the legislator aims to guarantee the latter a legal framework that, on the one hand, enables them to exercise their activity legally and freely and, on the other, offers them a level of protection, particularly in civil and social terms.

3.2 *Neo-regulation: The new model and its guiding principles*

The model underlying the new penal provisions is of the neo-regulatory type. Prostitution is not in itself a criminal offence, and, at the same time, a set of activities related to it are authorised and regulated – particularly concerning procuring and advertising. This model is based on a set of legal principles, political choices and representations of the realities on the ground, which need to be clarified to fully understand the rules established by the Law of 21 March 2022.

In general terms, the legislator intends to move away from any moral approach and set the limits of legality on the basis of whether or not behaviour is harmful¹⁹. From this perspective, prostitution is not considered problematic. It is, above all, a matter of personal freedom and, as such, is not contrary to human dignity. There is, therefore, no reason why prostitution should be punishable as such.

Furthermore, for the legislator, the freedom to engage in prostitution must be effective. It must, in other words, correspond to the genuine willingness of the

16 Pub. L. 21 August 1948, M.B. 7.352 (13 September 1948). On the Belgian model, before the reform of sexual criminal law, in theory, and in practice, see /André, 2017/.

17 See the preamble to the Convention, Recital 1.

18 A.o. H.R. [BE], 2021b, pp. 28, 34 and 42.

19 H.R. [BE], 2021b, p. 43.

people offering their services. Also, as a particular vulnerability or marginalisation often characterises their situation, the legislator provides for a series of rules to guarantee the effective nature of this freedom. The law establishing the aggravating factor of aggravated abuse of prostitution, among other things, is a logical step in this direction²⁰.

In addition to being effective, this freedom has to be able to be exercised efficiently. The legislator intends to provide a legal framework that enables prostitutes to offer their services, to solicit services from third parties or to call on other service providers so that they can exercise their activity fully and legally. Sexual services, for example, have to be able to be covered by a valid contract. In the same vein, the individual offering these services must be able to call on the services of an accountant who complies with the law, or must be covered by employment and social protection²¹.

This freedom to engage in prostitution, which is characterised by both its effectiveness and its efficient exercise, stems from the requirement of a form of substantive equality in the relationship between prostitutes and certain third parties. This is evidenced in particular by the criminal penalties imposed for taking unfair advantage of the prostitution of others²². This requirement is based on the idea that a manifest imbalance in a set of transactions is a priori the reflection of an asymmetric relationship between the individuals concerned, which enables those in a position of power to impose their will on the other and deprive him or her of his or her freedom – in this case, the prostitute.

The legislator's desire to free itself from a moral approach to prostitution does, however, have some important limits. These concern the position and status of prostitution in society. The stakes are twofold. It is a question of concealing the phenomenon of prostitution from the community to a certain extent, by strictly controlling its visibility in the material and virtual world. It is also a question of containing it, by preventing anyone from being encouraged to take part in this activity and by ensuring that people who wish to give it up can do so. This concern to keep prostitution out of the community is mainly reflected in the rules on advertising and public incitement.

Similarly, the law criminalises all activities related to prostitution when it is not carried out with the full consent of adults. While severe in certain respects, this repression is a counterbalance to the legal recognition of the freedom to prostitute oneself. This is reflected in particular in the aggravating factor common to prostitution offences, when committed to the detriment of people in vulnerable situations. The legislator also intends to take effective measures to prevent and combat the abuse of prostitution. The ancillary penalties of closure of the establishment and professional ban, in particular, bear witness to the legislator's desire to reduce the risk of prostitution activities that are not freely exercised.

20 Criminal Code [BE], Art. 433quater/4.

21 See, for example, the Law of 21 February 2022 concerning the unenforceability of the nullity of the employment contract of persons who prostitute themselves [BE] (M.B. 21.928 [21 March 2022]).

22 Criminal Code [BE], Art. 433quater/1, al. 1.

4. THE LEGALITY OF PROSTITUTION AND ITS DEFINITION

As prostitution is not a criminal offence, there is no need to specify its meaning and scope other than to determine the scope of offences relating to this activity. This is the case for procuring and public incitement. As for the criminalisation of advertising, this is defined based on the concept of sexual services. This being the case, it would seem that sexual services are only covered insofar as they are offered in the context of prostitution²³.

In the absence of a definition in the text of the law, the notion of prostitution must be understood in its usual sense. It combines three characteristics identified by case law and legal writers since before the reform.

Prostitution involves the satisfaction by one person of the sexual expectations or needs of one or more others, which covers a wide range of behaviour not limited to acts of penetration. Human sexuality is of a protean nature, encompassing other practices such as masturbation and fetishism.

The second characteristic of prostitution is that it is paid for. The consideration for sexual services may take the form of the payment of a sum of money, but not exclusively. Remuneration is more broadly understood to mean any transfer of assets for the benefit of the person offering such services, for example, by providing a place to live or donating valuables.

Finally, prostitution presupposes physical proximity between the persons directly involved. This characteristic presupposes that these individuals are in the same physical location, which leads, among other things, to excluding services provided via a webcam. One question remains unanswered here. It is not known whether or not this proximity requirement necessarily implies physical contact between the individuals, as suggested by a ruling of the Mons Court of Appeal dated 3 March 1989²⁴. Depending on the answer, services such as those offered in strip-tease establishments or peep shows may or may not be considered prostitution.

5. PROSTITUTION-RELATED OFFENCES

The transition to a neo-regulatory model is reflected, among other things, in the offences of procurement, advertising and public incitement to prostitution, some of which overlap.

5.1 *The criminalisation of procuring*

As a general principle, procuring is prohibited. Article 433quater/1, paragraph 1 of the Criminal Code, distinguishes three types of procurement. The primary one is the organisation of the prostitution of others, which implies a form of authority

²³ Hausman, de Nanteuil, 2023: 921.

²⁴ Mons [BE], 3 November 1989; Hausman, de Nanteuil 2023: 919.

or hierarchical relationship with the individual offering his or her services. This is typically the case when the individual's working hours are imposed by a third party. Whilst the notion of organisation is broadly understood, it does not extend to situations of cooperation with other people – provided that this is “standard” or “normal”. For example, it is not considered procuring if an accountant completes the tax return of a prostitute under the same conditions as other clients. This is also the case when several individuals rent the same premises to offer their respective sexual services without any of them exercising a position of authority. Organising the prostitution of others is only punishable if the perpetrator is motivated by a specific intent, namely to “obtain an advantage” of some kind – which is almost always the case in practice.

However, there is an exception to this incrimination, which is one of the major contributions of the Law of 21 March 2002. More precisely, Article 433quater/1, paragraph 1 of the Criminal Code expressly introduces the possibility of “authorisations of the law”. Although the legislature has not yet established any such authorisations, this exception underpins an ambitious and progressive political project. The aim is to provide a “specific, tailor-made social status” for prostitutes, to put an end to their “precarious situation”²⁵. The aim is to guarantee them “strong protection”, adapted to the “specific characteristics” of their activity²⁶. Involving changes to social legislation, the new legal framework will enable prostitutes to exercise their freedom to engage in prostitution, particularly as salaried workers. It will also be supposed to guarantee the effectiveness of their will, which will involve preventing situations of extreme vulnerability and certain asymmetrical relationships to the detriment of the prostitute that can undermine it. Pending the implementation of this political project, the legislator has already taken steps to offer sex workers a minimum level of protection under social legislation²⁷.

The second type of procuring referred to in Article 433quater/1, paragraph 1 of the Criminal Code consists of “promoting, inciting, encouraging or facilitating prostitution”. The moral element is a specific intent, which consists of deriving some kind of advantage from the activity, but this time the advantage must be “anomalous”. This incrimination reflects the idea that prostitution is legally permissible only if it is exercised entirely freely, which implies, in particular, that a third party can only derive a substantially equivalent benefit – or, at the very least, not out of all proportion. The offence covers, among other things, pimping of real estate and the activities of third-party facilitators acting on behalf of criminal networks. It also concerns other situations of abuse, such as accountants demanding excessive amounts of money or sexual services as remuneration.

25 H.R. [BE], 2021b, p. 14.

26 H.R. [BE], 2021a, p. 14.

27 The House of Representatives passed the Law of 21 February 2022 on the *unenforceability of the nullity of the employment contract of persons engaged in prostitution* [BE] (M.B. 21.928 [21 March 2022]), which came into effect on 31 March 2022. As a result of this enactment, for example, an employer may not refuse to pay a sex worker he has hired on the grounds that the employment contract between them is contrary to public order. See *Law on the protection of workers' remuneration* [BE], Pub. L. 12 April 1965, M.B. 4.710 (30 April 1965), Art. 47.

The adoption of “measures to prevent or render more difficult the abandonment of prostitution” is the last form of procuring listed in Article 433quater/1, paragraph 1 of the Criminal Code – the moral element here also being particular intent, as the wording of the law emphasises. Other examples include the confiscation of the prostitute’s passport or the obligation imposed on the prostitute to continue working until all her or his debts have been repaid²⁸. This offence is underpinned by the idea that prostitution can only be practised entirely freely. It may also be tempting to see it as part of a more moralistic approach, according to which this activity is intended to have only a restricted (and discreet) place within the community – nothing should prevent a person from giving it up.

The penalty for procuring is imprisonment for one to five years and a fine of five hundred to twenty-five thousand euros. In the case of an attempt, the penalty is reduced to six months’ to three years’ imprisonment and a fine of one hundred to five thousand euros. These amounts are increased by the additional decimals and must, therefore, be multiplied by eight²⁹. The fine is applied as many times as there are victims.

5.2 *Criminalisation of advertising and public incitement*

Advertising prostitution is, in theory, also punishable under criminal law³⁰. This prohibition is based, above all, on moral considerations, even if the legislator does not openly admit it. The aim is to protect the community from prostitution or, more precisely, to exempt it from its “spectacle” or “proximity”. This is an attempt to conceal the phenomenon, especially about two categories of the population. One is minors whose “morality” must be safeguarded – their protection against sexual abuse is, moreover, reinforced by the Law of 21 March 2022. The other category comprises adults who do not wish to be exposed to this type of content – their expectations and concerns being recognised as legitimate by the legislator through this ban.

The prohibition is broadly defined in Article 433quater/2, § 1, of the Criminal Code. It covers two sets of hypotheses that partly overlap. The first is where, “by any means of publicity”, the prostitution of a person of legal age is facilitated, or the fact that she or he is engaged in this activity is made known – even implicitly. The second set of offences covers the act of “making”, “publishing”, “distributing”, or “disseminating” advertisements for an offer of sexual services – even if concealed “by language devices”. It should be noted here that this rule seems to apply only to services linked to prostitution.

This ban on advertising covers, at least to some extent, the offence of public incitement to prostitution referred to in Article 433quater/3 of the Criminal Code. This is the case in that this provision makes it an offence to “incite” a person of legal age “by any means of publicity” to engage in such an activity. This article includes a second offence, that, in some respects, probably falls outside the scope of the afore-

28 Clesse 2022: 278

29 Law on additional decimals on criminal fines [BE], Pub. L. 5 March 1952, M.B. 2.606 (3 April 1952), Art. 1.

30 Criminal Code [BE], Art. 433quater/2, § 2, al. 1.

mentioned Article 433quater/2. This is the “public” incitement of a person of legal age to engage in prostitution. This expression is given a comprehensive meaning when it refers to slander and defamation, as provided for in Article 444 of the Criminal Code³¹. This does not apply to incitement in the context of a strictly private conversation with the person who is the subject of the incitement.

Both advertising and public incitement are punishable by a prison sentence of one month to one year and a fine of one hundred to one thousand euros – amounts to be increased by the additional decimals³².

That said, there are exceptions to the ban on advertising in Article 433quater/2, § 2, of the Criminal Code. This freedom of speech restriction does not apply to prostitutes who provide their own sexual services. In this case, advertising may be done “behind a shop window” in a place specifically intended for prostitution – which leaves the answer to the question of the legality of active soliciting uncertain³³. This exception also concerns advertising on a medium intended, at least in part, specifically for this purpose – the King being empowered to clarify this point by royal decree. This can be, for example, a specialised magazine, a separate section in any newspaper, or an internet platform.

In the second case, in order to allow the freedom of prostitution to be exercised efficiently, the Criminal Code extends this exception to the provider of the medium. The advertising may then relate to sexual services but also to a “place dedicated to offering [such services]”. Additional conditions are imposed on the providers. They must take a series of measures to protect people offering their sexual services and to avoid situations of abuse of prostitution and trafficking in human beings – the King being empowered to specify these rules by royal decree. In particular, this means that any cases of abuse or exploitation must be reported immediately to the police or judicial authorities. Relying on the cooperation of potential customers of sexual services as the recipients of the advertising, this system of control and repression also aims to guarantee the effective nature of the freedom to prostitute oneself and to prevent situations that are too asymmetrical, often conducive to the commission of offences against prostitutes.

6. THE AGGRAVATING FACTOR OF AGGRAVATED ABUSE

Under Article 433quater/4 of the Criminal Code, aggravated abuse of prostitution is the aggravating factor common to all the offences directly linked to this activity: procurement, advertising and public incitement. The offence must have been committed to the detriment of an adult in a vulnerable situation. This vulnerability must be the result of one of the circumstances listed in this provision, namely: “illegal or precarious administrative situation, [...] precarious social situation, [...]

31 Hausman 2022: 976.

32 Law on additional decimals on criminal fines [BE], Art. 1.

33 Hausman, de Nanteuil 2023: 936–940.

age, [...] state of pregnancy or [...] illness, [...] infirmity or [...] physical or mental deficiency”³⁴. Whilst this list covers a wide range of situations, it is exhaustive.

In the case of aggravated abuse of prostitution, the penalty is ten to fifteen years’ imprisonment and a fine of five hundred to fifty thousand euros³⁵. These sums must be multiplied by eight – to take account of the additional decimals³⁶. Furthermore, in the case of procurement offences, the fine is applied as many times as there are victims³⁷.

This heavier penalty, which applies to all offences, may come as a surprise given that, in the absence of the aggravating factor, procurement is punished much more severely than advertising or public incitement³⁸. Some might see this as a lack of proportionality, which raises questions about the principle of equality and non-discrimination. But this severity may also be linked to the legislator’s desire to severely punish any activity linked to forms of prostitution for which there is a priori doubt as to the actual consent of the persons concerned. In this respect, it may be noted that the list of causes of vulnerability in Article 433quater/4 of the Criminal Code is borrowed identically from the rules applicable to trafficking in human beings³⁹ – “precarious social situation” being added to it.

7. ANCILLARY PENALTIES

In addition to these main penalties, there are others that are referred to as ancillary penalties. Some are of general application, in that they are imposed a priori regardless of the offence committed by the convicted person. These include a ban on exercising certain civil and political rights, such as voting or holding public office⁴⁰. The same applies to special confiscation⁴¹, although in the case of prostitution, this is extended beyond the material scope of the offence⁴².

Other ancillary penalties relate specifically to prostitution-related offences⁴³. Already provided for before the reform of sexual criminal law⁴⁴, their primary pur-

34 Criminal Code [BE], Art. 433quater/4.

35 Criminal Code [BE], Art. 433quater/4, al. 2.

36 *Law on additional decimals on criminal fines* [BE], Art. 1.

37 Criminal Code [BE], Art. 433quater/4, al. 3.

38 Acts of procurement are punishable by one to five years’ imprisonment – as well as a fine, whereas the other two offences are punishable by one month’s to one year’s imprisonment – along with a fine.

39 Criminal Code [BE], Art. 433septies, al. 1, 2°.

40 See Criminal Code [BE], Art. 433quater/6, al. 1. See also the same Code, Art. 31 et seq.

41 See Criminal Code [BE], Art. 433quater/8. See also the same Code, Art. 42 et seq.

42 Special confiscation also applies to movable or immovable property that has been used or intended for use in the commission of offences involving prostitution, even if it does not belong to the convicted person – provided that the rights of third parties to such property are not prejudiced. It may also be applied to the equivalent value of these items in the event of their alienation. (Criminal Code [BE], Art. 433quater/8).

43 It should be noted that failure to comply with these prohibitions is itself a separate offence, punishable by one to three years’ imprisonment or a fine of one thousand to five thousand euros – amounts to be increased by the additional decimals (Criminal Code [BE], Art. 433quater/7).

44 Criminal Code [BE], former Art. 382, §§ 2 to 4, and Art. 389, §§ 1 and 2.

pose is to prevent such offences from being committed again. They are largely underpinned by a risk management rationale, to the extent that one is partly freed from the individual approach that characterises criminal liability.

The first of these penalties, set out in Article 433quater/6, paragraphs 2 and 3 of the Criminal Code, is professional ban. It is optional and applies only to those convicted of procuring, advertising or public incitement. They may no longer directly or indirectly operate or be employed in a whole series of establishments or businesses. These are of two kinds. Some are traditionally associated, directly or indirectly, with prostitution, such as pubs or furnished rental agencies. The others concern the care of minors, such as adoption institutions or holiday establishments. The professional ban is imposed for between one and twenty years but is automatically extended for the same length of time as the actual deprivation of liberty. It, therefore, only applies when the person represents a real risk to society.

The closing of the establishment where the offence was committed is the second ancillary penalty. As provided in Article 433quater/5 of the Criminal Code, it may be imposed in the event of a conviction for procurement, advertising or public incitement. It, therefore, relates to a building which, given the events that took place there, is supposed to represent a risk – a risk that the courts limit by closing the establishment. As such, it is not required that the person convicted is operator, owner, tenant or manager of the premises. However, in such a case, the maximum duration of the closure of the establishment is two years rather than three years – the minimum being one month. Moreover, it can only be imposed if the “seriousness of the specific circumstances so requires”, and a particular procedure must be followed to take account of the rights of third parties – namely those of the operator, owner, tenant or manager – who risk having their establishment closed down even though they have committed no offence. The sentence commences on the day the conviction becomes final and is not extended beyond the set period, including when the convicted person is deprived of his or her liberty.

CONCLUSION

With the Law of 21 March 2022, the Belgian federal legislature has embarked on a far-reaching reform of the rules governing the prostitution of adults. It has opted for a neo-regulatory model, which, over and above the freedom and legality of prostitution, aims to enable this activity to be carried out efficiently.

This project is still in its infancy. Two critical milestones are missing. The first is the adoption of a law defining the conditions for legal procuring. The second is the establishment of an *ad hoc* social status for prostitutes. Today, little progress has been made on these two fronts. During the preparatory work for the Law of 21 March 2022, these issues were barely developed, apart from the idea of introducing a procedure for recognising pimps⁴⁵. We might also mention the Law of 21 February 2022 *concerning the unenforceability of the nullity of the employment contract of people who prostitute themselves*⁴⁶.

45 H.R. [BE], 2021a, p. 14.

46 Pub. L. 21 February 2022, M.B. 21.928 (30 March 2022).

Another significant uncertainty is the actual implementation of the legislation. This relates, in particular, to the difficulty of distinguishing between legal prostitution and situations of abuse and exploitation. In this respect, it is doubtful that in practice, this distinction, which was repeated many times during the preparatory work, particularly with regard to trafficking in human beings, will be easy to establish. At the same time, care must be taken to ensure that the authorisations and exceptions set out in the Criminal Code are not misused to make abusive and exploitative practices invisible or to develop them.

We will therefore be eagerly awaiting – but without any great expectations – the first multidisciplinary evaluation of these new provisions and their application, which will take place two years after they come into force – i.e. on 1 June 2024⁴⁷.

REFERENCES

1. LEGAL INSTRUMENTS

United Nations

Convention of 21 March 1950 *for the suppression of the traffic in persons and of the exploitation of the prostitution of others*

Protocol of 15 November 2000 *to prevent, suppress and punish trafficking in persons, especially women and children, supplementing the United Nations Convention against transnational organized crime*

Council of Europe

Convention of 16 May 2005 *on action against trafficking in human beings*

Belgium

Criminal Code (BE) [Code pénal]

Law *abolishing the official regulation of prostitution* (BE) [loi supprimant la réglementation officielle de la prostitution], Pub. L. 21 August 1948, M.B. 7.352 (13 September 1948)

Law *on additional decimals on criminal fines* (BE) [loi relative aux décimes additionnels sur les amendes pénales], Pub. L. 5 March 1952, M.B. 2.606 (3 April 1952)

Law *on the protection of workers' wages and salaries* (BE) [loi concernant la protection de la rémunération des travailleurs], Pub. L. 12 April 1965, M.B. 4.710 (30 April 1965)

Law *concerning the unenforceability of the nullity of the employment contract of people who prostitute themselves* (BE) [loi concernant l'inopposabilité de la nullité du contrat de travail des personnes qui se prostituent], Pub. L. 21 February 2022, M.B. 21.928 (21 March 2022)

47 Criminal Code [BE], Art. 433quater/9. This article also stipulates that, by 31 December 2022, the legislator shall determine the terms and conditions of this multidisciplinary evaluation. On 15 July 2022, a bill was submitted to the House of Representatives *to implement Article 433quater/8 of the Criminal Code regarding the evaluation of the legislative framework for prostitution* [BE] (2021–2022, no 55–2839/001). However, the bill has not been adopted by Parliament even though the legal deadline for doing so expired more than a year ago. It is to be feared that the House of Representatives will carry out no evaluation by 1 June 2024.

- Law *amending the Criminal Code regarding sexual criminal law* (BE) [loi modifiant le Code pénal en ce qui concerne le droit pénal sexuel], Pub. L. 21 March 2022, M.B. 25.785 (30 March 2022)
- H.R. (BE). (2021, 14 December). Law Draft *amending the Criminal Code regarding sexual criminal law: Amendments* [Projet de loi modifiant le Code pénal en ce qui concerne le droit pénal sexuel: Amendements] (2021–2022, no 55–2141/005)
- H.R. (BE). (2021, 23 December). Law Draft *amending the Criminal Code regarding sexual criminal law: Report on the first reading on behalf of the Committee on Justice* [Projet de loi modifiant le Code pénal en ce qui concerne le droit pénal sexuel: Rapport de la première lecture fait au nom de la Commission de la justice] (2021–2022, no 55–2141/006)

2. JURISPRUDENCE

- ECtHR (Judgment) 26 October 1988, Case n° 10581/83, *Norris v. Ireland*
- ECtHR (Judgment) 26 July 2005, Case n° 73316/01, *Siliadin v. France*
- ECtHR (Judgment) 7 January 2010, Case n° 25965/04, *Rantsev v. Cyprus and Russia*
- ECtHR (Judgment) 25 June 2020, Case n° 60561/14, *S.M. v. Croatia*
- ECtHR (Judgment) 28 November 2023, Case n° 18269/18, *Krachinova v. Bulgaria*
- Mons [BE], 3 Novembre 1989, *Revue de Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*, 1991, p. 1.360

3. LITTÉRATURE

- André S. (2017). Ceci n'est pas de l'abolitionnisme. Le régime juridique de la prostitution: un surréalisme à la belge?, *Revue de la faculté de droit de l'Université de Liège*, n° 3, pp. 473–495
- Clesse, C.-E. (2022). Prostitution et proxénétisme – in: *Le nouveau droit pénal sexuel* (A. Rizzo, ed.), Larcier, Brussels, pp. 265–305
- Hausman, J.-M. (2022).: Logiques et éléments de l'incrimination de sexisme par la loi du 22 mai 2014: analyse législative et jurisprudentielle, *Revue de droit pénal et criminologie*, n° 11, pp. 953–984
- Hausman, J.-M. (2023). La prostitution des personnes majeures dans la réforme du droit pénal sexuel belge: Les premiers jalons d'un modèle néo-réglementariste, *AJ Pénal*, n° 1, pp. 23–26
- Hausman, J.-M., de Nanteuil, M. (2023). Réforme du droit pénal sexuel et prostitution des personnes majeures: simple effet d'annonce ou véritable avancée sociétale ?, *Revue de droit pénal et criminologie*, n° 9–10, pp. 911–953
- Plouffe-Malette, K. (2020). Quinze ans de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la traite des êtres humains: de l'affaire *Siliadin c. France* à l'arrêt de Grande Chambre *S.M. c. Croatie*, *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, special issue, pp. 417–438
- Radačić, I., Antić, M. (2022). Criminalisation of sex workers: rethinking the public order, *The International Journal of Human Rights*, vol. 26, n° 9, pp. 1374–1393

Jean-Marc Hausman*

PRAVNA REFORMA PROSTITUCIJE U BELGIJI: NAPUŠTANJE ABOLICIONISTIČKOG MODELA U KORIST NEOREGULATORNOG PRISTUPA

REZIME

Zakonom od 21. marta 2022. godine belgijsko savezno zakonodavstvo je započelo dalekosežnu reformu pravila kojima se reguliše prostitucija odraslih. Zakonodavac je napustio abolicionistički model i postavio je temelj za usvajanje postavki neoregulatornog modela, koji podrazumeva slobodno vršenje prostitucije, pod uslovom da osoba koja nudi svoje seksualne usluge to čini potpuno dobrovoljno. Novim zakonskim pravilima je izuzetno dozvoljeno i reklamiranje prostitucije, ali je istovremeno predviđeno kažnjavanje radnji u vezi sa prinudavanjem drugoga na bavljenje prostitucijom. Ipak, taj projekat je još uvek u povelju jer mu nedostaju dve važne prekretnice. Prva je preciziranje pravila kojima se bavljenje prostitucijom smatra pravno dopuštenom delatnošću, a druga je uspostavljanje *ad hoc* društvenog statusa lica koja se bave prostitucijom. Trenutno je na ta dva koloseka postignut tek skroman napredak. Tokom pripremnih radova za Zakon od 21. marta 2022. godine, ta pitanja su jedva dobila konkretnije obrise, osim ideje o uvođenju postupka za prepoznavanje lica koja se bave podvođenjem. Slabost novog rešenja je vidljiva i na planu njegove primene. To se posebno odnosi na poteškoće da se napravi razlika između legalne prostitucije i situacija zlostavljanja i eksploatacije, posebno u vezi sa trgovinom ljudima. S tim u vezi, sporno je da li će praksa uspeti da izgradi pouzdane kriterijume za razgraničenje takvih slučajeva. Stoga sa nestrpljenjem očekujemo, iako bez prevelikih nada, prvu multidisciplinarnu evaluaciju novih odredaba i efekte njihove primene, koja će uslediti dve godine nakon stupanja na snagu – odnosno 1. juna 2024. godine.

Ključne reči: Belgija, prostitucija, dobrovoljnost, reklamiranje prostitucije, navođenje na prostituciju, osetljive grupe

* Univerzitet u Leuvenu, Belgija, jean-marc.hausman@uclouvain.be

Vanja Bajović*

U PRILOG SNIŽAVANJA STAROSNE GRANICE KRIVIČNE ODGOVORNOSTI – DRUGAČIJI POGLED NA „VEČITU DILEMU“

Apstrakt. U časopisu *Crimen* 3/2023 objavljen je tekst pod nazivom „Snižavanje starosne granice krivične odgovornosti: večita dilema?“, u kome autorka iznosi argumente protiv tog rešenja. Cilj ove analize je da pruži suprotnu argumentaciju, u prilog snižavanja te granice, kako bi čitalac na kraju doneo svoj sud na osnovu argumenata obe strane.

Ključne reči: maloletnici, krivična odgovornost, starosna granica, Srbija, represija, prevencija

UVOD

„Dvanaestogodišnjaci zapalili beskućnika“, „Trinaestogodišnjak se ubio zbog vršnjačkog nasilja“, „Trinaestogodišnjak sekirom ubio dvanaest komšijskih jaganjaca“, „Trinaestogodišnjak ubio školskog druga“, samo su neki od naslova koji poslednjih godina pune novinske stranice i zapanjuju javnost ne samo brutalnošću zločina već i uzrastom učinilaca. To, nažalost, i ostaje na nivou „javne zapanjenosti“ bez ikakve političke i zakonodavne volje da se ozbiljno razmotri predlog da bi tu granicu trebalo sniziti, što se opravdava argumentima „moralne panike“ do koje dolazi nakon izvršenog zločina i „protivljenju struke“ takvim rešenjima. „Moralna panika“ se nakon određenog krivičnog dela stiša i uguši novim aferama, ali u našoj javnosti već godinama izbija na površinu usled novih brutalnih zločina izvršenih od „najmlađih“. Ako stanje „moralne panike“ tako dugo traje i uz kraće ili duže prekide iznova se javlja, jasno je da se ne može govoriti o sporadičnoj „panici“ koja nastaje usled određenog sporadičnog slučaja već o hroničnom problemu koji zahteva drugačiji pristup i nova zakonska rešenja. Zatvaranje očiju i pripisivanje „moralnoj panici“ ranijih zločina dovodi do sve težih slučajeva, budući da deci postaje jasno da ih „mlade godine“ štite od oštrice krivičnog zakonodavstva. Situacija je kulminirala monstruoznim zločinom u maju 2023. godine, kada je u OŠ „Vladislav Ribnikar“ trinaestogodišnji dečak ubio osmoro svojih vršnjaka i školskog čuvara i teško ranio još šestoro dece i nastavnicu.

* Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, bajovic@ius.bg.ac.rs.

Svi ti zločini¹ faktički ostaju nekažnjeni budući da deca ne mogu krivično da odgovaraju, dok se za maloletnike, to jest lica uzrasta od 14 do 18 godina vodi poseban protektivni krivični postupak i izriču posebne sankcije prvenstveno usmerene na pružanje podrške i pomoći maloletnom učiniocu.

Pokazujući humane tendencije prema deci, krivično pravo zapravo zanemaruje interese oštećenog, budući da „zločin“ ostaje nesankcionisan, a pravo ne može da bude samo partikularno humano prema deci-nasilnicima a da zanemaruje žrtve takvog nasilja koje su neretko i same druga deca. Stoga u traženju odgovora na ovu većitu dilemu prvenstveno polazimo od interesa žrtve, osvrćući se na osnovne argumente koji se navode protiv snižavanja starosne granice krivične odgovornosti.

1. MEĐUNARODNI STANDARDI I KOMPARATIVNA REŠENJA

Čest argument protivnika snižavanja starosne granice krivične odgovornosti je da je to suprotno međunarodnim standardima ili pak da predstavlja snižavanje standarda dostignutog nivoa ljudskih prava. Osim toga, kao komparativni primeri obično se navode samo one države u kojima je ona postavljena na istom ili višem starosnom nivou nego što je to slučaj u Srbiji. Na taj način se činjenice ne prikazuju objektivno i navode se samo oni podaci koji govore u prilog određenog stava, uz „prećutkivanje“ činjenice da u Engleskoj i Švajcarskoj ta granica iznosi 10 godina, u Holandiji i Belgiji 12 godina, u Francuskoj 13 godina itd. Sa ciljem sveobuhvatne analize, počnimo od međunarodnih standarda i detaljnog osvrta na uporedna zakonodavstva evropskog i vanevropskog pravnog područja.

Pekinskim pravilima (Standardna minimalna pravila UN za maloletničko pravosuđe) propisano je da „u pravnim sistemima koji poznaju pojam minimalnog uzrasta za krivičnu odgovornost maloletnika, ta granica neće biti vezana za suviše rani uzrast, imajući u vidu njihovu emotivnu, mentalnu i intelektualnu zrelost“ (pravilo 4.1.).² Iz tako formulisanog pravila proizilazi dakle da države čak ni ne moraju da propišu tu minimalnu starosnu granicu, odnosno da se pravilo odnosi samo na one sisteme koji poznaju „minimalni uzrast za krivičnu odgovornost maloletnika“. U kasnije donetoj Konvenciji Ujedinjenih nacija o pravima deteta to je promenjeno, a države ugovornice su obavezane da utvrde „najnižu starosnu granicu ispod koje deca ne mogu biti sposobna za kršenje krivičnog zakona“ (čl. 40 st. 3 (a)).³ Međutim, nijednom odredbom

1 U takvim slučajevima, strogo zakonski posmatrano, ne može se ni govoriti o krivičnom delu imajući u vidu njegovu definiciju prihvaćenu Krivičnim zakonikom iz 2005. godine, koji ga određuje na objektivno–subjektivan način, čineći krivicu njegovim sastavnim obeležjem, a kako dete ne može biti krivo, u takvim slučajevima ne možemo ni govoriti o krivičnom delu, već o „protivpravnom delu koje je zakonom propisano kao krivično delo“.

2 Standardna minimalna pravila Ujedinjenih nacija za maloletničko pravosuđe usvojena su od strane Generalne skupštine UN rezolucijom br. 40/33 od 29. novembra 1985. godine. Tekst pravila na srpskom jeziku dostupan je na: <https://cpd.org.rs/wp-content/uploads/2017/11/Standardna-minimalna-pravila-Ujedinjenih-nacija-Pekinska-pravila.pdf>, 24. april 2024.

3 Konvencija o pravima deteta usvojena je od Generalne skupštine UN Rezolucijom 44/25 od 20. novembra 1989. godine, a tadašnja Jugoslavija ju je ratifikovala godinu dana kasnije. Zakon o

Konvencije nije propisano koliko ta najniža starosna granica treba da bude, prepuštajući to isključivo unutrašnjem zakonodavnom nahođenju.

Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava (EKLJP) ne bavi se pitanjem minimalne starosne granice za snošenje krivice i ona varira u okviru država članica Saveta Evrope. Komitet ministara Saveta Evrope je istakao da minimalna starosna granica krivične odgovornosti „ne treba da bude suviše niska i da treba da bude unapred određena“, ali nije dao preporuke koliko ona treba da iznosi, odnosno ispod kog uzrasta ne bi trebalo da ide, naglašavajući da je to kompleksno pitanje i da se stavovi država u tom pogledu razlikuju.⁴

Evropski sud za ljudska prava (ESLJP) bavio se tim pitanjem u predmetu *T. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, ispitujući da li starosna granica od 10 godina i suđenje desetogodišnjacima kao punoletnim učiniocima predstavlja nečovečno postupanje i torturu u smislu člana 3. EKLJP. Na oba pitanja ESLJP je dao negativan odgovor, istakavši da u Evropi ne postoji zajednički prihvaćen standard u pogledu starosne granice krivične odgovornosti i da ona varira od države do države. Nalazeći da do povrede člana 3. EKLJP nije došlo, ESLJP je u svojoj odluci istakao da „čak i ako je u Engleskoj i Velsu starosna granica među najnižima, ne može se reći da je sa 10 godina ona suviše niska niti da se znatno razlikuje od granica postavljenih u drugim evropskim državama“.⁵ Štaviše, prema mišljenju ESLJP, čak ni činjenica da je okrivljenim desetogodišnjacima u tom postupku suđeno kao odraslima uz prisustvo javnosti i javnog obelodanjivanja njihovog identiteta, suprotno Konvenciji o pravima deteta i Pekinškim pravilima, ne predstavlja nečovečno postupanje i torturu u smislu člana 3. EKLJP.⁶

Granica krivične (ne)odgovornosti najniže je postavljena u pojedinim afričkim i azijskim državama, gde iznosi sedam godina (Liberija, Nigerija, Tanzanija, Kuvajt, Liban, Katar, Pakistan, Tajland). U nekim državama ona iznosi 10 godina (Velika Britanija, Švajcarska), drugima 12 (Brazil, Kanada, Holandija, Turska itd.), trećima 14 godina (Austrija, Nemačka, Kolumbija, Italija itd.), četvrtima 16 godina (Argentina, Belgija, Rusija, Kuba),⁷ pa je teško govoriti o nekim „opšteprihvaćenim međunarodnim standardima u tom pogledu“ već njeno određivanje isključivo zavisi od zakonodavnog nahođenja.

U SAD je ta granica prilično nisko postavljena, s tim što se ona razlikuje u različitim državama, a u mnogim američkim državama još nije ni predviđena. Na federalnom nivou granica krivične odgovornosti iznosi 11 godina, što znači da deca

ratifikaciji Konvencije Ujedinjenih Nacija o pravima deteta, *Sl. list SFRJ – Međunarodni ugovori* 15/90 i *Sl. list SRJ – Međunarodni ugovori* 4/96 i 2/97.

4 Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice, adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 17 November 2010, pars. 23 i 79, <https://rm.coe.int/16804b2cf3>, 12. april 2024.

5 ECHR, *T. v. The United Kingdom*, App. No. 24724/94, Judgment of 16 December 1999, pars. 71, 72.

6 *Ibid.*, pars. 76, 77.

7 Podaci preuzeti sa: CRIN, *Minimum Ages of Criminal Responsibility Around the World*, <https://archive.crin.org/en/home/ages.html>, 16. april 2024.

ispod tog uzrasta ne mogu odgovarati pred federalnim sudovima, najniža je u Severnoj Karolini i iznosi sedam godina, a najviša u Masačusetsu – 12 godina. Interesantno je da 33 američke države uopšte ne propisuju minimalnu starosnu granicu, što *de facto* znači da krivični postupak može biti pokrenut protiv bilo koga, bez obzira na uzrast učinioca, a kasnije se u postupku može utvrditi da dete nije krivo jer ne postoji njegov „psihički odnos prema delu“ u smislu krivice (tzv. *mens rea*). Takvo rešenje je suprotno Konvenciji UN o pravima deteta kojom su države obavezane da nacionalnim propisima predvide minimalnu starosnu granicu ispod koje dete ne može krivično odgovarati, ali kako su SAD jedina svetska država koja nije ratifikovala tu konvenciju, nju njene odredbe i ne obavezuju.⁸

U Australiji i na Novom Zelandu starosna granica krivične odgovornosti iznosi 14 godina, s tim što za decu od 10 do 14 godina važi oboriva pretpostavka krivične neodgovornosti, što znači da se u svakom konkretnom slučaju može dokazivati da je dete od 10 do 14 godina posedovalo odgovarajuće mentalne kapacitete da se smatra krivim. Oborivu pretpostavku krivične neodgovornosti predviđa i Indija, gde krivična odgovornost načelno nastupa sa 12 godina, ali i deca starija od sedam godina mogu biti krivično odgovorna u konkretnom slučaju ako tužilaštvo dokaže da je njihova psihička i emotivna zrelost takva da mogu da shvate značaj i težinu svog delikta i da snose posledice za njega.

Oboriva pretpostavka krivične neodgovornosti je relikat starog *common law* pravila *doli incapax*. Polazi se, naime, od pretpostavke da je dete krivično neodgovorno, ali tužilac može da obori tu pretpostavku dokazujući da je dete bilo na takvom duševnom i psihičkom razvoju da je moglo da shvati da je njegov postupak štetan i da je na takvom intelektualnom nivou da je sposobno da razlikuje dobro od lošeg.⁹ Interesantno je da je i u prvom srpskom Krivičnom zakoniku iz 1860. godine bilo predviđeno slično rešenje – za maloletnike između 12 i 16 godina trebalo je u svakom slučaju ispitati da li je postupao sa „razborom“ odnosno da li je bio uračunljiv, da bi bio krivično odgovoran i kažnjen.¹⁰ Takvo rešenje se kritikuje jer postupajućem sudiji ostavlja veliku diskreciju u proceni da li dete u konkretnom slučaju podleže krivičnoj odgovornosti, što dovodi do diskriminatorne i neujednačene prakse.¹¹

Evropska rešenja u pogledu starosne granice krivične odgovornosti ilustrovana su u sledećoj tabeli.

- 8 Kao razlog za neratifikovanje Konvencije UN o pravima deteta u američkoj literaturi se navodi da konvencija zalazi u porodične odnose koji treba da budu isključivo u unutrašnjoj nadležnosti SAD. O tome: Mason, Mary Ann (2005). „The U.S. and the International Children’s Rights Crusade: Leader or Laggard?“. *Journal of Social History* 38 (4), 955–963.
- 9 I. Đokić (2016). *Opšti pojam krivičnog dela u anglo-američkom pravu*. Beograd: Pravni fakultet – Edicija Crimen, 119–120.
- 10 D. Drakić (2010). *O krivičnoj odgovornosti maloletnika*. Novi Sad: Izdavačka knjižnica Zorana Stojanovića, 37.
- 11 V. Blicke (2023). „Too Young to Be a Criminal? What International Law Has to Say About Lowering the Minimum Age of Criminal Responsibility“. *International Law & International Legal Thought*. <https://voelkerrechtsblog.org/too-young-to-be-a-criminal/>, 12. april 2024.

Tabela 1.¹²

Država	Starosna granica krivične odgovornosti
Albanija	14 godina
Andora	12 godina
Austrija	14 godina
Azerbejdžan	16 godina za sva krivična dela, 14 godina za neka krivična dela
Belorusija	16 godina za sva krivična dela, 14 godina za neka krivična dela
Belgija	12 godina
Bosna I Hercegovina	14 godina
Bugarska	14 godina
Crna Gora	14 godina
Češka	15 godina
Danska	15 godina
Estonija	14 godina
Finska	15 godina
Francuska	13 godina
Grčka	12 godina, sa sankcijama koje uključuju lišenje slobode od 15 godina
Gruzija	14 godina
Holandija	12 godina
Hrvatska	14 godina
Island	15 godina
Irska	12 godina za sva, 10 godina za neka krivična dela
Italija	14 godina
Jermenija	16 godina za sva, 14 godina za neka krivična dela
Kipar	14 godina
Letonija	14 godina
Lihenštajn	14 godina
Litvanija	16 godina za sva, 14 godina za neka krivična dela

12 Podaci preuzeti sa Child Rights International Network– CRIN, „Minimum Ages of Criminal Responsibility Europe“. <https://archive.crin.org/en/home/ages/europe.html>, 11. april 2024.

Država	Starosna granica krivične odgovornosti
Luksemburg	Sa 16 godina može im se suditi kao odraslima, ali ne postoji starosna granica u pogledu koje im se mogu izreći vaspitne mere.
Mađarska	14 godina za sva, 12 godina za neka krivična dela
Makedonija	14 godina
Malta	14 godina
Moldavija	16 godina za sva, 14 godina za neka krivična dela
Monako	13 godina
Nemačka	14 godina
Norveška	15 godina
Poljska	17 godina za sva, 15 godina za neka krivična dela
Portugalija	16 godina
Rumunija	14 godina
Rusija	16 godina za sva, 14 godina za neka krivična dela
San Marino	12 godina
Slovenija	14 godina
Srbija	14 godina
Španija	14 godina
Švedska	15 godina
Švajcarska	10 godina
Turska	12 godina
Ukrajina	16 godina za sva, 14 godina za neka krivična dela
Velika Britanija	10 godina (Engleska, Vels i Severna Irska), odnosno 12 godina (Škotska)

Pojedine države propisuju različitu granicu zavisno od izvršenog krivičnog dela, pa dok „opšta granica“ iznosi 14 ili 16 godina za neka krivična dela, najčešće ona sa elementima nasilja, starosna granica je niža i iznosi 12, odnosno 14 godina. Primera radi, u Mađarskoj deca mlađa od 14 godina nisu krivično odgovorna, osim kada izvrše ubistvo ili tešku telesnu povredu, kada se ta granica „pomera“ na 12 godina.¹³ Isti je slučaj i sa nekim bivšim sovjetskim republikama (Azerbejdžan,

¹³ Od 2020. godine u Mađarskoj je aktuelna tema spuštanja starosne granice krivične odgovornosti na 12 godina za sva krivična dela, nakon učestalog nasilja prema nastavnicima u školama od mladih učenika. O tome: Hungary Today, *Gov't Considers Lowering Minimum Age of Criminal*

Belorusija, Jermenija, Litvanija, Rusija, Moldavija, Ukrajina), s tim što je tu „opšta“ starosna granica postavljena na 16 godina, a za najteža krivična dela sa elementima nasilja ona se spušta na 14 godina.

Viši prag krivične neodgovornosti postavljaju Luksemburg i Portugalija – 16 godina, dok u skandinavskim državama (Švedska, Finska, Norveška i Danska) iznosi 15 godina. S druge strane, u Švajcarskoj i Velikoj Britaniji granica je postavljena na 10 godina, u Holandiji i Belgiji na 12 godina, a u Francuskoj na 13. Štaviše, u Holandiji je izmenama zakona iz 2014. godine uvedena mogućnost da se licima sa navršениh 16 godina već može suditi kao odraslima, što znači u redovnom krivičnom postupku, mimo protektivnih odredaba postupka koje se primenjuju kada se sudi maloletnicima.¹⁴

Raznolikost prihvaćenih rešenja potvrđuje tezu da ne postoje bilo kakav opšte-prihvaćeni međunarodni standard ni jedinstveno međunarodno ili evropsko rešenje u pogledu starosne granice krivične odgovornosti.

1.1. Snižavanje standarda dostignutog nivoa ljudskih prava?

Protivnici snižavanja starosne granice krivične odgovornosti kao argument navode i zabranu smanjivanja dostignutog nivoa ljudskih i manjinskih prava, proklamovanu članom 20. stav 2. Ustava Republike Srbije.¹⁵ Tom odredbom je predviđeno da se dostignuti nivo ljudskih i manjinskih prava ne može smanjivati. Međutim, treba naglasiti da se pravo da se neko smatra krivično neodgovornim ne može smatrati ljudskim ili manjinskim pravom, ni po Ustavu RS, ni po međunarodnim konvencijama koje se bave ovom problematikom.

Ako bi se pojam „dostignutog nivoa prava“ šire tumačio, u smislu zabrane pooštavanja određenih kaznenopravnih rešenja, to bi, po logici stvari, sprečavalo bilo kakvo pooštavanje kazni, uvođenje novih krivičnih dela, uvođenje kazne doživotnog zatvora i sl., što nije bila intencija ustavotvorca. Krivično pravo se menja zavisno od praktičnih potreba, ono mora da prati društvenu realnost, a pomenuto „šire tumačenje“ bi *de facto* sprečilo unošenje bilo kakvih novih inkriminacija grčevito se držeći postojećih rešenja, što je apsolutno neprihvatljivo. Po istoj logici moglo je da se osporava i uvođenje kazne doživotnog zatvora ili recimo unošenje krivičnih dela protiv bezbednosti računarskih podataka, pod obrazloženjem da dostignuti nivo prava nalaže da se lice ne može smatrati odgovornim za kompjuterski kriminal jer je njegovo „dostignuto pravo“ da se smatra neodgovornim za ta dela?!

Ovaj argument jedino može imati uporište u određenim „preporukama“ međunarodnih tela, ali ne i u potvrđenim i obavezujućim međunarodnim aktima. Kako Konvencijom UN o pravima deteta, videli smo, nije predviđena minimalna starosna granica za snošenje krivice, tim pitanjem se bavio Komitet UN za prava deteta 2007.

Responsibility after School Incidents. <https://hungarytoday.hu/govt-considers-lowering-minimum-age-of-criminal-responsibility-after-school-incidents/>, 16. april 2024.

14 Government of the Netherlands, *Penalties for juvenile offenders.* <https://www.government.nl/topics/sentences-and-non-punitive-orders/penalties-jvenile-offenders>, 18. april 2023.

15 Ustav Republike Srbije, *Sl. glasnik RS* 98/2006 i 115/2021.

godine i preporučio je državama da se ona postavi između 14 i 16 godina, istakavši da je njeno postavljanje ispod 12 godina „međunarodno neprihvatljivo“.¹⁶ Preporuke Komiteta su revidirane 2019, nakon što su Gruzija i Panama snizile granicu krivične odgovornosti, pa je svim državama preporučeno da povise granicu krivične odgovornosti na 14 godina ako je ona niže postavljena i da „ni pod kakvim okolnostima ne snižavaju granicu krivične odgovornosti u nacionalnim zakonodavstvima“.¹⁷ Međutim, kako sam naziv govori, reč je samo o međunarodnim „preporukama“ koje nemaju obavezujuće pravno dejstvo. Takve preporuke se periodično menjaju i revidiraju zavisno od preovlađujućih potreba i nahođenja članova takvih komiteta, za razliku od međunarodnih konvencija koje su obavezujuće za države potpisnice i čija izmena zahteva složeniju pravnu proceduru. Zato ne iznenađuje činjenica da je, uprkos takvim „preporukama“, u Boliviji 2014. godine granica krivične (ne)odgovornosti snižena sa 16 na 14 godina, u Panami sa 14 na 12, a Kina je 1. marta 2021 napravila odstupanje za krivičnu neodgovornost mlađih od 16 godina, propisujući da i deca starija od 12 godina mogu krivično odgovarati za taksativno navedena teška krivična dela sa elementima nasilja.¹⁸ Osim toga, preporuke međunarodnih komiteta da se „zadrži postojeće stanje“, odnosno da se ne spušta granica krivične odgovornosti maloletnika, deluju licemerno ako se istovremeno ne insistira i na njenom podizanju u državama u kojima je ona nerazumno nisko postavljena.

1.2. *Protektivni model postupka prema maloletnicima*

Neophodno je osporiti stav da je postupak prema maloletnicima Republike Srbije odraz nekog „modernog“ evropskog diverzionog modela sa elementima restorativne pravde.¹⁹ Tačno je da taj postupak sadrži diverzione i restorativne elemente, ali je velika zabluda da su oni posledica usvajanja nekih novih i progresivnih ideja, imajući u vidu da je struktura tog postupka rađena po sovjetskom modelu, a da „diverziona“ mogućnost nepokretanja postupka prema maloletniku iz razloga celishodnosti datira iz 1959. godine! Sva ona rešenja kasnije proklamovana Pekinškim pravilima i Konvencijom o pravima deteta već su postojala u tadašnjem jugoslovenskom zakonodavstvu, čak i u mnogo većoj meri nego što su ih ti akti propisivali.

I dan-danas, države koje „progresivni Zapad“ smatra represivnim, poput Rusije i bivših sovjetskih republika, imaju daleko „protektivnije“ odredbe prema maloletnim učiniocima krivičnih dela i višu postavljenu granicu krivične odgovornosti. Dok u Rusiji, Ukrajini, Litvaniji, Jermeniji, Azerbedžanu ili Belorusiji ta granica iznosi 16 godina, u Velikoj Britaniji i Švajcarskoj ona iznosi 10, a mnoge američke

16 UN Committee on the Rights of the Child (CRC), General comment No. 10 (2007): Children's Rights in Juvenile Justice, 25 April 2007, CRC/C/GC/10, par. 32 i 33. <https://www.refworld.org/docid/4670fca12.html>, 2. april 2024.

17 UN Committee on the Rights of the Child (CRC), General comment No. 24 (201x), replacing General Comment No. 10 (2007), par. 33. <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/CRC/GC24/GeneralComment24.pdf>, 7. april 2024.

18 A. Wong (2024). „Can lowering the minimum age of criminal responsibility be justified? A critical review of China's recent amendment“. *The Howard Journal of Crime and Justice* 63(1).

19 S. Čopić (2023). „Snižavanje starosne granice krivične odgovornosti: večita dilema?“. *CRIMEN* 3: 243.

države je uopšte i ne predviđaju, čime omogućuju da svako, bez obzira na uzrast, može odgovarati za krivično delo, pod uslovom da ima odgovarajući psihički odnos prema tom delu! Zbog toga se protektivni (zaštitnički) model postupka prema maloletnicima zapravo povezuje sa pravnom tradicijom nekadašnjih socijalističkih, „jakih“ država i opravdano se smatra odrazom preterane državne intervencije i negacije same volje maloletnika, insistiranjem na njegovoj „zaštiti“, što se onda u praksi ponekad svodi na ozbiljnu protivrečnost da se maloletnik „štiti više nego što bi on sam sebe štatio“.²⁰

Obrisi tog modela vidljivi su u našem zakonodavstvu još od Zakona o krivičnom postupku iz 1948. godine (ZKP/48), a po rečima autora tadašnjeg ZKP, „postupak je uvažio mnoge ideje koje su došle do izražaja u propisima o postupku u predmetima maloletnika u RSFSR i u nekim drugim naprednim zakonodavstvima“.²¹ Po ugledu na sovjetsko zakonodavstvo, ZKP/48 je sadržao odredbe o hitnosti postupka prema maloletnicima, zabrani suđenja u odsustvu, obaveznom braniocu, isključenju javnosti sa glavnog pretresa, sastavu suda za maloletnike, zahtevu da sudije porotnici „imaju iskustva u vaspitavanju dece“ i sl. U postupku se nisu utvrđivale okolnosti važne za samo krivično delo već i okolnosti važne za ocenu duševne razvijenosti maloletnika, prilike u kojima živi i okolnosti pod kojima je učinio krivično delo, a u ZKP/48 je takođe bilo propisano da „niko ne može biti oslobođen dužnosti svedočenja u pogledu činjenica koje se odnose na utvrđivanje duševne razvijenosti maloletnika i prilika u kojima maloletnik živi“ (ZKP/48, čl. 311 st. 4). Aktivnu ulogu u postupku imali su i roditelji odnosno starioci maloletnika i organ starateljstva, koji bi se uvek obaveštavali o glavnom pretresu i ispitivali u postupku.²²

U Zakoniku o krivičnom postupku iz 1953. godine taj model je dodatno razrađen, propisivanjem da su sud i svi drugi državni organi dužni da postupaju sa posebnom obazrivošću kako se vođenje postupka ne bi štetno odrazilo na ličnost maloletnika, zatim primarne nadležnosti suda u mestu u kome maloletnik ima prebivalište odnosno boravište, obaveznog izdvajanja postupka prema maloletniku koji zajedno sa punoletnim licem izvrši krivično delo, insistiranja na merama izdvajanja maloletnika iz dotadašnje sredine umesto određivanja pritvora i istražnog zatvora, nemogućnosti osude maloletnika na naknadu troškova ili namirenje imovinsko-pravnog zahteva, nevezanosti suda za predlog tužioca da li će maloletniku izreći kaznu ili vaspitnu meru, zabrane da se u štampi objavljuje identitet maloletnika i sl.²³

Izmenama i dopunama Zakonika iz 1959. godine postupak prema maloletnicima je još detaljnije regulisan, tako da je dobio formu koja je, uz neke izmene, i dan-danas na snazi. U tom smislu, sama struktura postupka prema maloletnicima postavljena 1959. godine i sačinjena od pripremnog postupka koji vodi sud u postupku pred većem za maloletnike ostala je ista. U pripremnom postupku se ne utvrđuju samo činjenice vezane za krivično delo već i za ličnost maloletnika i prilike u kojima živi. Jedini ovlašćeni tužilac u tom postupku bio je (i ostao) javni tužilac, a za krivična dela koja su se gonila po predlogu ili po privatnoj tužbi oštećeni je

20 M. Škulić (2011). *Maloletničko krivično pravo*. Beograd: Pravni fakultet, 98.

21 V. Bayer (1946). „Motivi Nacrta Zakona o krivičnom postupku“. *AJ* 49–18–25.

22 Zakon o krivičnom postupku, *Službeni list FNRJ* 97/48

23 Zakonik o krivičnom postupku, *Službeni list FNRJ* 40/53

mogao da predloži javnom tužiocu da pokrene postupak. Ako javni tužilac odluči da ne pokrene postupak prema maloletniku, oštećeni je imao mogućnost da se obrati sudskom veću koje, ako proceni da postupak treba voditi, obavezuje javnog tužioca da u njemu učestvuje. Ista pravila važe i danas. Iz tog vremena datira i mogućnost nepokretanja postupka prema maloletniku iz razloga celishodnosti, ako je reč o lakšem krivičnom delu a javni tužilac pokretanje postupka smatra necelishodnim s obzirom na prirodu krivičnog dela, okolnosti pod kojima je učinjeno, raniji život maloletnika i njegova lična svojstva. Zakonom je bila propisana i aktivna uloga organa starateljstva u tom postupku – javni tužilac ga je uvek obaveštavao o pokretanju postupka, a organ starateljstva je imao pravo da se upozna sa tokom postupka, da stavlja svoje predloge, da ukazuje na činjenice i dokaze.²⁴

Shodno tome, najveći broj postojećih rešenja iz oblasti maloletničkog krivičnog prava nije posledica usvajanja nekih „međunarodnih standarda“ i konvencija već suštinski potiče iz 1959. godine. U vezi sa tim, teško je braniti tezu da se, od vremena kada se vrata nisu zaključavala i moglo se „bezbrizno spavati na klupi u po dana i noći“ malo toga promenilo, počevši od strukture i učestalosti kriminaliteta, organizacije i stručnosti centara za socijalni rad i organa starateljstva, pa i zrelosti, načina odrastanja i vaspitanja samih maloletnika, o čemu će u narednim poglavljima biti više reči.

2. STRUKTURA I KARAKTERISTIKE MALOLETNIČKOG KRIMINALITETA

Protivnici snižavanja starosne granice krivične odgovornosti to dalje argumentuju statističkim padom maloletničkog kriminaliteta poslednjih godina i dominacijom imovinskog kriminaliteta u ukupnoj strukturi maloletničkog kriminaliteta.²⁵

Tezu o padu maloletničkog kriminaliteta poslednjih godina, merenom po broju podnetih krivičnih prijava, ne možemo dovesti u vezu sa problematikom spuštanja starosne granice krivične odgovornosti jer ukoliko maloletnici danas vrše krivična dela manje nego ranije, utoliko će ih i manje pogoditi eventualno spuštanje starosne granice krivične odgovornosti. Po logici stvari, spuštanje te granice bi se odrazilo samo na one koji vrše krivična dela, a ako ih maloletnici danas, kako kaže statistika, vrše ređe nego ranije, onda će i veći broj maloletnika ostati „van oštrice“ krivičnog zakonodavstva.

Teza o dominantnom imovinskom kriminalitetu u strukturi maloletničkog kriminaliteta parcijalna je i delimično tačna. Dok su osamdesetih godina prošlog veka krivična dela protiv imovine činila čak 80% prijavljenih dela maloletnika, danas je taj procenat mnogo manji, što potvrđuje tezu da kriminalitet maloletnika polako menja strukturu i da od dominantno imovinskog polako dobija karakter nasilničkog.²⁶

24 Zakon o izmenama i dopunama Zakonika o krivičnom postupku, *Službeni list FNRJ* 52/59

25 S. Čopić, 241.

26 Đ. Ignjatović (2015). „Kriminalitet maloletnika: stara tema i nove dileme“. *Maloletnici kao učinioci i žrtve krivičnih dela i prekršaja*, ur. I. Stevanović. Beograd: Institut za kriminološka i socijološka istraživanja, 22.

Ako se procentualno posmatra broj prijavljenih krivičnih dela maloletnika protiv imovine, on je 1995. godine iznosio 78%, trend se nastavio i 2000. godine (takođe 78%), da bi 2003. i 2004. godine broj prijave za imovinska krivična dela maloletnika počeo da opada (68%), a da raste broj prijave za tzv. nasilnički kriminalitet (krivična dela protiv života i tela, javnog reda i mira, nasilničko ponašanje i sl.).²⁷

Protiv maloletnika je 2022. godine podneto 2.410 krivičnih prijava, od čega 49% za krivična dela protiv imovine (1.188 prijava), 14,9% za krivična dela protiv života i tela (360 prijava), 10,3% za krivična dela protiv javnog reda i mira (250 prijava), 7,4% za krivična dela protiv zdravlja ljudi (178 prijava) i 6,4% za krivična dela protiv sloboda i prava čoveka i građanina (155 prijava).²⁸ Shodno tome, dok je sve do početka trećeg milenijuma imovinski kriminalitet činio 80% maloletničkog kriminaliteta, danas on iznosi 50%, a današnji maloletnici daleko češće nego ranije vrše krivična dela sa elementima nasilja.

Najčešće su prijave za krađe, teške krađe, telesne povrede, nasilničko ponašanje i neovlašćeno držanje opojnih droga, što je ilustrovano u tabeli 2.

Tabela 2

Krivično delo	Broj krivičnih prijava 2022. godine	14 godina	15 godina	16 godina	17 godina
Krađa	416	112	99	78	127
Teška krađa	364	116	73	67	108
Laka telesna povreda	248	102	48	51	47
Nasilničko ponašanje	232	75	42	53	62
Uništenje i oštećenje tuđe stvari	177	81	39	22	35
Neovlašćeno držanje opojnih droga	149	10	20	37	82
Nasilje u porodici	91	17	16	23	35
Ugrožavanje sigurnosti	83	19	20	17	27
Neovlašćeno korišćenje tuđeg vozila	73	19	11	19	24

27 Protiv maloletnika su 1995. godine podnete ukupno 5.064 krivične prijave, od toga 3.978 za krivična dela protiv imovine (78%), 2000. godine je podneto 3.458 krivičnih prijava, od toga za krivična dela protiv imovine 2.714 (78%), 2003. je podneto 2.415 prijava, od čega 1.656 za imovinska krivična dela, dok je 2004. podneto 3.120 prijava, od toga 2.128 za imovinska krivična dela (68%). Vidi: Republički zavod za statistiku – Bilten (2006). *Maloletni učinioci krivičnih dela u Republici Srbiji, 2021 – Prijave, optuženja i osude*. 2004, Beograd, 13.

28 Svi podaci preuzeti iz Biltena Republičkog zavoda za statistiku (2023). *Maloletni učinioci krivičnih dela u Republici Srbiji, 2022 – Prijave, optuženja i osude*. Beograd.

Krivično delo	Broj krivičnih prijava 2022. godine	14 godina	15 godina	16 godina	17 godina
Teška telesna povreda	70	18	14	15	23
Sitna krađa, utaja i prevara	68	18	20	19	11
Ugrožavanje javnog saobraćaja	56	7	10	12	27
Zlostavljanje i mučenje	42	17	11	8	6

Indikativno je da se veliki broj krivičnih prijava podnosi protiv maloletnika od 14 godina, dakle na donjoj granici krivične neodgovornosti, što svakako treba da bude alarm da je veliki broj dece tog uzrasta već u kriminalu. Kada je reč o teškim krađama, lakim telesnim povredama, nasilničkom ponašanju, zlostavljanju i mučenju, uništenju i oštećenju tuđe stvari, najveći broj krivičnih prijava je podnet upravo protiv lica ovog uzrasta. Raspoloživi podaci ne pokazuju da li su prema nekima od prijavljenih četrnaestogodišnjaka ranije već preduzimane određene mere iz oblasti socijalne zaštite i koliko su te mere bile efikasne da spreče dete da u budućnosti vrši krivično delo.

Prema poslednjim raspoloživim podacima Centra za socijalni rad, 2022. godine evidentirano je 855 dece mlađe od 14 godina u sukobu sa zakonom.²⁹ Raspoloživi podaci ne pokazuju koje su mere iz domena socijalne zaštite prema njima primenjene.

Da bi se ustanovilo koliko su mere iz domena socijalne zaštite efikasne, neophodno bi bilo ustanoviti koliko maloletnih učinilaca je i pre svoje 14 godine bilo u sukobu sa zakonom, pa je prema njima primenjena neka od tih mera, što bi zahtevalo usaglašavanje i upoređivanje registara centara za socijalni rad sa evidencijama koje vode sudovi. Takve statistike se, nažalost, ne vode. Prema Pravilniku o načinu vođenja evidencija o izrečenim vaspitnim merama i kazni maloletničkog zatvora, u evidencije o izrečenim krivičnim sankcijama unose se samo sankcije koje su ranije izrečene maloletniku, ali ne i mere iz oblasti socijalne zaštite koje su prema njemu eventualno primenjene pre njegove 14. godine (čl. 4 Pravilnika).³⁰ Kako organ starateljstva aktivno participira u postupku prema maloletnicima, ne isključujemo mogućnost da predstavnici centra za socijalni rad u svakom konkretnom slučaju neformalno informišu sudiju za maloletnike o tome, što je opet nedovoljno da se na državnom nivou stekne uvid o tačnom maloletničkom recidivizmu i efikasnosti mera iz sistema socijalne zaštite.

29 Taj broj je neznatno niži od petogodišnjeg proseka koji iznosi 889,2. Broj dece mlađe od 14 godina u sukobu sa zakonom je u proteklih pet godina iznosio: 1.019 (2018), 893 (2019), 862 (2020), 817 (2021), 855 (2022). Vidi: Republički zavod za socijalnu zaštitu (2023). *Deca u sistemu socijalne zaštite 2022*, 34, grafikon 4.3.

30 Pravilnik o načinu vođenja evidencije o izrečenim vaspitnim merama i kazni maloletničkog zatvora, *Sl. glasnik RS* 63/2006.

Dominacija lakih telesnih povreda u strukturi nasilničkog kriminaliteta ne treba da iznenađuje. Isti je slučaj i sa punoletnim učiniocima jer u životu, na svu sreću, daleko češće dolazi do svađa, tuča i lakših povreda nego do ubistava i trajnih telesnih oštećenja, ali ne sme ni da se „bagateliše“ jer i nanošenje lakih telesnih povreda ili nasilničko ponašanje predstavlja vid nasilništva i agresije ispoljene od maloletnika. Sama činjenica da je tih krivičnih dela pre dvadesetak godina bilo mnogo manje nego danas pokazuje da se izmenila struktura maloletničkog kriminaliteta i da je iz godine u godinu sve više onog nasilničkog na uštrb nekada dominantnog imovinskog kriminaliteta izvršenog od najmlađih.³¹

3. SVRHA KRIVIČNIH SANKCIJA PREMA MALOLETNICIMA

Krivične sankcije koje se mogu izreći maloletnicima jesu vaspitne mere, mere bezbednosti (sa izuzetkom zabrane vršenja poziva, delatnosti ili dužnosti) i kazna maloletničkog zatvora, koja se može izreći samo maloletnicima starijim od 16 godina. Primarne sankcije prema maloletnicima su vaspitne mere i one se dele na mere upozorenja i usmeravanja, u koje spadaju sudski ukor i posebne obaveze, zatim mere pojačanog nadzora i zavodske vaspitne mere. Pojačan nadzor može biti od roditelja, usvojioca ili staraoca, zatim pojačan nadzor u drugoj porodici ili pojačan nadzor od organa starateljstva. U zavodske vaspitne mere spadaju upućivanje u vaspitnu ustanovu, upućivanje u vaspitno-popravni dom i upućivanje u posebnu ustanovu za lečenje i osposobljavanje.

Opšta svrha krivičnih sankcija ogleda se u generalnoj i specijalnoj prevenciji (čl. 4 st. 2 i čl. 42 KZ), odnosno u uticaju na konkretno lice da više ne vrši krivična dela, što se postiže kažnjavanjem (specijalna prevencija), i uticaju na druge da ne vrše krivična dela, što se postiže strahom od kažnjavanja (generalna prevencija). U okviru te opšte svrhe krivičnih sankcija, svrha krivičnih sankcija prema maloletnicima je da se „nadzorom, pružanjem zaštite i pomoći, obezbeđivanjem opšteg i stručnog osposobljavanja, utiče na razvoj i jačanje lične odgovornosti maloletnika, na vaspitavanje i pravilan razvoj njegove ličnosti, kako bi se obezbedilo ponovo uključivanje maloletnika u društvenu zajednicu“ (čl. 10 st. 1 ZM).

Prema tome, vaspitne mere po samoj definiciji, za razliku od kazne maloletničkog zatvora, ne sadrže taj retributivni element „kažnjavanja“ već se insistira na vaspitavanju i pravilnom razvoju maloletnika, polazeći od toga da je i on sam žrtva svog delikta, pa ga treba zaštititi i pomoći mu da se „vrati na pravi put“. Jedino u slučaju maloletničkog zatvora zakonodavac predviđa i tu retributivnu komponentu, propisujući da je njegova svrha i „pojačan uticaj na maloletnog učinioca da ubuduće ne vrši krivična dela kao i na druge maloletnike da ne vrše krivična dela“ (čl. 10 st. 2 ZM).

31 U vezi sa tim, zanimljiv je i relativno visok broj krivičnih prijava za nasilja u porodici, dakle prema drugim članovima porodice, što je još uvek tabu tema u našem društvu. O tome: M. Ljubičić (2019). „Nasilje mladih nad roditeljima u Beogradu: Analiza dokumentacione građe“. *CRIMEN* 1: 19–36.

Svrha vaspitnih mera (kako im sam naziv govori i kako proizilazi iz njihove zakonske definicije) nije da se maloletnik „kazni“ već da mu se pomogne i da se (pre) vaspita, pa u vezi sa tim, ukazujući na ironiju pravnog sistema, jedan američki autor postavlja logično pitanje: „Znači li to da se deci na koju se ove mere zbog nedovoljnog uzrasta ne mogu primeniti ne pomaže?“³²

Potpuno je osnovana konstatacija da „kaznena politika naših sudova prema maloletnicima – u odnosu na ostale evropske zemlje – zaista pokazuje blagost“.³³ Maloletnički zatvor se izriče izuzetno retko i to najčešće u trajanju kraćem od dve godine, a najčešće vaspitne mere su mere pojačanog nadzora, dok su zavodske vaspitne mere slabo zastupljene. Primera radi, 2022. godine, od 1.213 krivičnih sankcija izrečenih maloletnicima, maloletnički zatvor je određen u četiri slučaja, a zavodske vaspitne mere u 80 slučajeva, što ukupno čini 6,9% izrečenih sankcija. U apsolutno najvećem broju slučajeva (93,1%) maloletnici su sankcionisani ukorom i posebnim obavezama ili merama pojačanog nadzora!³⁴

Maloletnicima je iste godine izrečeno 1.213 krivičnih sankcija. U tabeli 3 prikazan je broj „osuda“ i sankcija izrečenih za krivična dela koja su iste godine najčešće prijavljivana. Razumljivo je da je broj osuda uvek daleko manji od broja podnetih krivičnih prijava jer podnošenje krivične prijave ne mora uvek da rezultira pokretanjem postupka niti pokrenuti postupak uvek rezultira izricanjem sankcije. Nakon podnošenja krivične prijave, javni tužilac za maloletnike ima ovlašćenje da odbaci krivičnu prijavu ili da primeni jedan ili više vaspitnih naloga za lakša krivična dela, što se ne smatra krivičnom sankcijom i ne ulazi u ovu statistiku. Osim toga, osude koje ulaze u statistiku za 2021. godinu ne moraju da znače da su prijave za ta dela podnete iste godine, imajući u vidu trajanje postupka.

Tabela 3

Krivično delo	Broj izrečenih sankcija	Mere upozorenja i usmeravanja	Mere pojačanog nadzora	Zavodske mere
Krađa ³⁵	162	74	73	15
Teška krađa	220	74	114	32
Laka telesna povreda	97	48	47	2
Nasilničko ponašanje	132	78	53	1
Uništenje i oštećenje tuđe stvari	22	15	7	/

32 G. Maher (2005). „Age and Criminal Responsibility“. *Ohio State Journal of Criminal Law* 2: 503.

33 Đ. Ignjatović (2013). *Kompracija kriminaliteta i kaznene reakcije: Srbija – Evropa*. Beograd, 132.

34 Republički zavod za statistiku – Bilten (2023). *Maloletni učinioci krivičnih dela u Republici Srbiji, 2022 – Prijave, optuženja i osude*. Beograd.

35 Za to krivično delo je 2022. godine izrečeno i pet mera bezbednosti.

Krivično delo	Broj izrečenih sankcija	Mere upozorenja i usmeravanja	Mere pojačanog nadzora	Zavodske mere
Neovlašćeno držanje opojnih droga	173	103	65	5
Nasilje u porodici	35	18	16	1
Ugrožavanje sigurnosti	18	14	4	/
Neovlašćeno korišćenje tuđeg vozila	53	22	27	4
Teška telesna povreda ³⁶	52	18	28	4
Sitna krađa, utaja i prevara	8	4	3	1
Ugrožavanje javnog saobraćaja	31	8	23	/
Zlostavljanje i mučenje	19	2	17	/
Ukupno	1.022	478	477	65

Imajući u vidu statističke podatke, nesporno je da u sistemu krivičnih sankcija prema maloletnicima u Srbiji centralno mesto imaju vaspitne mere, a u strukturi vaspitnih mera izrečenih maloletnicima dominiraju nezavodske mere, odnosno mere upozoravanja i usmeravanja i mere pojačanog nadzora.³⁷ Međutim, to samo govori u prilog ekstremno blagoj kaznenoj politici prema toj vrsti učinilaca, ali ne vidimo kako ni zašto ta blaga kaznena politika govori u prilog tezi da starosnu granicu krivične odgovornosti ne bi trebalo spustiti? Naprotiv, jasna dominacija nezavodskih vaspitnih mera koje se izriču u praksi upravo govori suprotno, u prilog tom snižavanju, budući da se prema deci u sukobu sa zakonom reaguje dosta blago i nerepresivno, pa ni spuštanje te granice ne bi suštinski pogoršalo njihov položaj.

Mere koje se primenjuju prema deci mlađoj od 14 godina suštinski se ne razlikuju mnogo od nezavodskih vaspitnih mera. Zakonom o socijalnoj zaštiti (ZSZ)³⁸ nije posebno propisano koje se mere mogu preduzeti prema deci „u sukobu sa zakonom“, iz čega proizilazi da taj organ može primeniti bilo koju meru iz oblasti usluga socijalne zaštite koju smatra celishodnom za konkretan slučaj. Prema navodima Centra za socijalni rad, za decu mlađu od 14 godina najčešće se realizuje procena stanja, potreba i rizika za dete; razvija se plan usluga uz participaciju deteta i

36 Za to krivično delo su 2022. godine izrečene i dve kazne maloletničkog zatvora u trajanju od šest meseci do dve godine.

37 S. Ćopić, 242.

38 Zakon o socijalnoj zaštiti, *Sl. glasnik RS* 24/2011 i 117/2022 – odluka US.

roditelja/staratelja/hranitelja; realizuje se savetodavni rad, posredovanje kod drugih institucija (najčešće obrazovnih i zdravstvenih) radi uključivanja deteta u odgovarajuće tretmane ili konferencija slučaja sa prisustvom svih relevantnih institucija radi iznalaženja rešenja koje je u najboljem interesu deteta; kao i usluga dnevnog boravka za decu sa poremećajem u ponašanju.³⁹

U vezi sa tim, postavlja se pitanje „pa zašto onda uključivati više dece u krivičnopravni sistem, ako se merama iz domena socijalne zaštite može postići cilj?“⁴⁰ S. Čopić sama daje odgovor na to pitanje, navodeći da postoje deficitarnost mera socijalne zaštite i velika nejednačenost u njihovoj dostupnosti u različitim lokalnim samoupravama, uz predlog da je potrebnije raditi na jačanju kapaciteta socijalne zaštite umesto da se snižava starosna granica krivične odgovornosti.⁴¹ Slažemo se sa konstatacijom da je neophodno raditi na jačanju kapaciteta socijalne zaštite, ali je neophodno i praktično razmišljati o tome šta raditi dok se ta utopistička ideja ne realizuje i dok taj duboko oslabljeni, maltene nepostojeći sistem ne ojača.

Na kraju krajeva, sankcije koje se izriču maloletnicima relativno su blage i držinski se ne razlikuju znatno od mera iz oblasti socijalne zaštite osim što ih ne izriču socijalne službe već pravosudni organi, čiji autoritet samo može delovati podsticajno i zastrašujuće na dete da se „uozbilji“ i prestane sa kršenjem propisa. U tom smislu i ne vidimo da bi se spuštanjem starosne granice krivične odgovornosti položaj dece u sukobu sa zakonom drastično „pogoršao“, osim što bi ih možda strah od „krivične odgovornosti“ odvratilo od vršenja krivičnih dela.

4. PSIHOFIZIČKA I SOCIJALNA (NE)ZRELOST MALOLETNIKA

Taj argument se zasniva na postavci da su deca do određenog uzrasta psihofizički nerazvijena pa nisu u stanju da sagledaju posledice svog ponašanja i da na maloletnike utiče čitav niz egzogenih faktora (porodica, škola, vršnjaci i sl.) koji vode kriminalnom ponašanju. Reč je, dakle, o psihičkim i socijalnim činiocima koji utiču na maloletničku delinkvenciju.

4.1. Psihološki faktori

S. Čopić se ne upušta u argumentaciju da današnja deca ranije sazrevaju, jer se time „bave stručnjaci iz drugih oblasti“, ali navodi da nema bitne razlike u razvoju nervnog sistema dece danas i ranije, da se razvoj prefrontalnog korteksa mozga zaokružuje tek oko 25. godine, pa da postupanjem dece i mladih više upravlja deo mozga koji je odgovoran za osećaje, impulse, agresivnost i instiktivno ponašanje.⁴² To početno polazište zvuči nam pomalo kontradiktorno i teško nam je da odvojeno

39 N. Živković (2020). „Krivična neodgovornost dece – zločin bez kazne i moguća rešenja“. *Strani pravni život* 3: 157.

40 S. Čopić, 243.

41 *Ibid.*

42 S. Čopić, 237, 238.

posmatramo zrelost maloletnika (kojom autorka odbija da se bavi) i moždani razvoj (kojim se autorka bavi), pa pretpostavljamo da se suština svodi na tvrdnju da se današnja deca ne razlikuju od nekadašnje dece jer nema razlike u njihovom nervnom sistemu, pa se, po toj logici, danas ne može govoriti o njihovom ranijem sazrevanju.

To „psihološko“ stanovište može se osporavati po više osnova. Ako se pođe od iznete postavke da su deca uvek i svuda ista jer nema razlike u njihovom nervnom sistemu,⁴³ postavlja se logično pitanje ima li razlike u nervnom sistemu dece u različitim državama, u kojima je granica krivične odgovornosti različito postavljena. Znači li to da deca u Engleskoj, SAD, Švajcarskoj ili Holandiji sazrevaju ranije od dece u Rusiji, Danskoj, Luksemburgu ili Portugaliji? Znači li to da su deca u Srbiji nekada ranije sazrevala, imajući u vidu da je u Kaznitelnom zakoniku za Knjaževstvo Srbije iz 1860. godine bilo predviđeno da krivična odgovornost nastupa sa navršenih 12 godina? Naravno da je odgovor negativan.

Logika koja krivičnu odgovornost dece isključuje pozivanjem na nedovoljnu razvijenost njihovog nervnog sistema znači indirektno prihvatanje stava da je krivična odgovornost dece isključena po osnovu neuračunljivosti (nisu sposobna da shvate značaj svog dela niti da upravljaju svojim postupcima). To je neprihvatljivo jer se deca ne mogu poistovetiti sa neuračunljivim licima, a u Krivičnom zakoniku se ne navodi uzrast učinioaca kao biološki ili psihološki osnov koji bi isključivao njegovu uračunljivost.⁴⁴ Ako bi se prihvatilo suprotno, onda bi trebalo uvesti i gornju granicu krivične odgovornosti imajući u vidu opštepoznatu činjenicu da psihofizičke sposobnosti pojedinca opadaju nakon određenih godina. Na kraju krajeva, različiti ljudi sazrevaju u različito vreme, neki desetogodišnjaci su dosta zreli za svoje godine, a neki sedamdesetogodišnjaci ostanu „večita deca“. To opet ne znači da treba da budu izuzeti od odgovornosti za krivična dela koja vrše, a posebno ne znači da bi granicu krivične odgovornosti trebalo postaviti na 25 godina budući da se tada naučno „zaokružuje razvoj prefrontalnog korteksa mozga“! Prema tome, osnov isključenja krivice kod dece uopšte se ne može tražiti u postojećim osnovima koji važe za punoletne učinioce već je reč o neoborivoj zakonskoj pretpostavci krivične neodgovornosti lica do određenog uzrasta, koja zavisi isključivo od nahodjenja zakonodavca.⁴⁵

U pogledu (ne)zrelosti maloletnika, pojedini autori ističu da je težina izvršenog dela najbolji dokaz „zrelosti“ maloletnika, da ukazuje na „zreo um“ izvršilaca⁴⁶ i da je protektivno maloletničko krivično pravo svojevremeno nastalo sa ciljem da zaštiti „nezrelu decu“ koja bi vršila sitne krađe po prodavnicama, džeparenja i slične nestašluke, ali nije pogodno oružje za obračunavanje sa današnjim maloletnicima

43 S. Čopić, 238.

44 M. Škulić osnovano ističe da je izjednačavanje dece sa neuračunljivim osobama „ponižavajuće“ i da bi se tada kod svakog deteta moralo utvrđivati postojanje nekog od bioloških osnova neuračunljivosti (duševna bolest, privremena duševna poremećenost, zaostali duševni razvoj ili neka druga teža društvena poremećenost). M. Škulić (2010). „Starosna granica sposobnosti za snošenje krivice u krivičnoppravnom smislu“. *CRIMEN* 2: 212–213.

45 V. Bajović (2017). „Neokonzervativni pristup u borbi protiv maloletničke delikvencije i odgovornost roditelja“. *Kaznena reakcija u Srbiji*, VII deo, ur. Đ. Ignjatović. Beograd: Pravni fakultet, 220–223.

46 J. H. Difonzo (2001). „Parental Responsibility for Juvenile Crime“. *Oregon Law Review* 80(1): 13.

koji vrše svirepa razbojništva, silovanja i ubistva.⁴⁷ Zrelost je nemoguće egzaktno izmeriti, dečji nervni sistem je isti danas i ranije, ali struktura maloletničkog kriminaliteta o kojoj je bilo reči, koja se menja i sve više poprima elemente nasilničkog, potvrđuje ove teze. Na drugim naukama je da odgovore zašto je do toga došlo i šta je na to imalo pretežni uticaj. Činjenica je da na sazrevanje maloletnika ne utiče samo „zaokruživanje moždanog razvoja“ već i egzogeni faktori, sredina, škola, društvo, porodica, socijalni status, digitalno okruženje i tome slično, pa iako „nema razlike u nervnom sistemu“ današnje i nekadašnje dece, ima razlike u svim tim i drugim socijalnim faktorima.

Na kraju krajeva, današnje vreme nosi još jedan paradoks u smislu pojačanih prava deteta, u okviru koje se razmatra zabrana njihovog fizičkog kažnjavanja, ostavlja im se mogućnost da prijave roditelje zaštitniku građana i sl., dok se, s druge strane, ostavlja isti stepen njihove (ne)odgovornosti. Tako je jedno od prava deteta i pravo na zaštitu privatnosti, pa bi, hipotetički, dete moglo da prijavi roditelja koji mu „uđe“ u *Instagram* profil, iako se takve kontrole najčešće vrše u interesu zaštite deteta od pedofila, dečje pornografije i sličnih opasnosti koje dolaze iz sajber prostora. Shodno tome, detetu se, s jedne strane, priznaje sposobnost da proceni kada ga roditelji „zlostavljaju“ i da prijavi roditelje nadležnim organima, ali mu se ne priznaje sposobnost da bude „krivo“ u smislu shvatanja značaja svog dela i njegovih posledica?!

4.2. Socijalni faktori posmatrani iz ugla položaja oštećenog

U pogledu socijalnih faktora, S. Čopić osnovano navodi da na maloletnički kriminalitet presudno utiču egzogeni faktori kao što su uticaj porodice, vršnjaka, škole, neadekvatno korišćenje slobodnog vremena, uticaj sredstava masovne komunikacije i sl.⁴⁸ Drugim rečima, nisu mladi krivi što vrše krivična dela jer su već i oni sami žrtve nesrećnih životnih okolnosti. Taj argument polazi od krajnje humanih postavki da decu učinioce koji su i sami žrtve jer nisu imali tu sreću da se rode u boljim porodicama, bogatijim državama i boljem socijalnom i ekonomskom okruženju ne treba kažnjavati već im treba pomoći i „izvesti ih na pravi put“.

To jeste nesporno i tačno, ali opet nameće pitanje zaštite i satisfakcije stvarnih žrtava maloletničkog kriminaliteta. Raspoloživi statistički podaci pokazuju da su žrtve maloletničkog kriminaliteta najčešće druga deca, odnosno njihovi vršnjaci. Primera radi, 2022. godine, od 128 krivičnih dela protiv života i tela izvršenih od maloletnika, u 82 slučaja (64%) žrtve su bile takođe mlađe od 18 godina! Isto tako, 2021. godine, od 131 krivičnog dela protiv života i tela, u 59 slučajeva žrtve su bile mlađe od 18 godina, a od ukupno sedam ubistava izvršenih od maloletnika te godine, tri žrtve su bile takođe maloletna lica. Jedino u slučaju imovinskog kriminaliteta maloletnika žrtve su najčešće „odrasli“, odnosno lica starija od 18 godina.⁴⁹

47 *Ibid.*, 9.

48 S. Čopić, 238.

49 Republički zavod za statistiku – Bilten (2022). *Maloletni učinioci krivičnih dela u Republici Srbiji, 2021 – Prijave, optuženja i osude*. Beograd, 61

Shodno tome, žrtve „vaspitno zapuštene“ dece neretko su druga deca, pa se nameće pitanje pravičnosti krivične neodgovornosti lica mlađih od 14 godina, odnosno „zločina koji ostaju nekažnjeni“ posebno iz vizure te druge, „dobre“ dece. Samim tim, postavlja se pitanje „humanog“ karaktera maloletničkog krivičnog prava koje, štiteći decu „nasilnike“, ide na uštrb dece „žrtava“. U Konvenciji o pravima deteta propisano je da „u svim aktivnostima koje se tiču dece... najbolji interesi deteta biće od prvenstvenog značaja“ (čl. 3(1)), ali opet treba imati u vidu da taj član ne može da se tumači samo u interesu deteta „učinioca“ već i u interesu deteta stvarne žrtve njegovog delikta. Jer ako dete „učinioca“ doživljavamo kao „žrtvu“ spleta nesrećnih okolnosti pa ga pravno štitimo, dolazimo u situaciju da druga deca kao žrtve ne uživaju nikakvu pravnu zaštitu od tog „pravno zaštićenog“ deteta.

Posmatrano iz vizure „žrtve“, posledica krivičnog dela je ista bez obzira na to da li je izvršilac ima 12, 17, 35 ili 75 godina, ali njena pravna i moralna satisfakcija itekako zavise od uzrasta učinioca. Tako, ako je lice oštećeno razbojništvom izvršenim od trinaestogodišnjaka, pravno posmatrano, žrtva je u istom položaju kao da je imovinu izgubila u poplavi ili zemljotresu, odnosno usled neke „više sile“. Prestupnici u takvom slučaju ne mogu krivično odgovarati, žrtva ne može tražiti namirenje imovinskopravnog zahteva u krivičnom postupku (jer takvog postupka i nema) i jedino joj preostaje da u dugotrajnom, iscrpljujućem i neizvesnom parničnom postupku „o svom trošku“ zahteva naknadu štete od roditelja izvršioca. Takav pristup je sporan iz ugla generalne pravičnosti jer „zaštitom izvršioca“ pravo dodatno viktimizuje žrtvu koja se oseća nemoćnom i nezaštićenom pred prestupnikom mlađim od 14 godina.

Oštećeni u krivičnom postupku očekuje od države da mu pruži odgovarajuću moralnu i materijalnu satisfakciju do koje ne dolazi ako je imao tu „nesreću“ da bude žrtva deteta mlađeg od 14 godina. Ako pođemo od stava da se deci ispod 14 godina delo „ne može propisati u krivicu“ i da za isto ne mogu krivično odgovarati, iz vizure žrtve to bi predstavljalo istu situaciju kao da je recimo do lišenja života, telesne povrede ili druge posledice došlo usled poplave, požara, zemljotresa ili neke druge „više sile“.

Ovde se, dakle, *a priori* otklanja svaka uzročnost između ponašanja deteta i povrede nanete žrtvi kao i između roditeljskog vaspitanja i ponašanja deteta.⁵⁰ To je nelogično i nepravedno eliminisanje takvih delikata iz domena krivičnog prava, posebno iz ugla oštećenog koji u konkretnom slučaju povredu svog zaštićenog dobra ne može pripisati „višoj sili“ jer „zna ko mu je povredu naneo“, ali mu pravo ne priznaje takve optužbe zbog učiniočevih „mladih godina“. Osećajući se nemoćnim i nezaštićenim od pravnog sistema (države), oštećeni može doći u iskušenje da pribegne samopomoći, to jest da se „osveti“ detetu-učiniocu i njegovim roditeljima, za šta će kasnije sam krivično odgovarati. Oponenti spuštanja starosne granice krivične odgovornosti kao jedan od argumenata navode da bi se na taj način u krivič-

50 Osim za krivično delo zapuštanje i zanemarivanje maloletnog lica za koje može odgovarati roditelj vaspitno zapuštenog deteta, ali to delo je prevashodno propisano u interesu samog maloletnika, ne i u interesu žrtve njegovog delikta. O tom krivičnom delu: Z. Stojanović (2019). *Komentar Krivičnog zakonika*, IX izmenjeno i dopunjeno izdanje. Beograd: Službeni glasnik, 638–640.

nopravni okvir „stavilo sve više dece“, ali upravo se zbog nemogućnosti reagovanja države na te delikte pojedinac može odlučiti da „preuzme stvar u svoje ruke“, čime se ciklus nasilja ne prekida već nastavlja.

U tom smislu, elementarna pravičnost nalaže da „krivicu“ za takvo ponašanje snosi ili sam učinilac ili pak njegovi zakonski zastupnici koje zakon obavezuje da „brinu o njemu“, što, između ostalog, podrazumeva i „brigu da se trećem licu ne nanese zlo“. To bi, dakle, podrazumevalo ili spuštanje starosne granice krivične odgovornosti maloletnika ili uvođenje nekog vida krivične odgovornosti roditelja za delikte svoje dece,⁵¹ a idealno bi bilo kumulativno uvođenje obe mere, u smislu spuštanja te granice, za sva ili pak samo za najteža krivična dela i uvođenja posebne „roditeljske odgovornosti“ za krivična (odnosno protivpravna) dela, izvršena od učinilaca ispod tog uzrasta.

ZAKLJUČAK

Privilegovan položaj maloletnika u krivičnom pravu odraz je opštih humanih tendencija da se mladim licima pruži „dodatna šansa“ i da se „izvedu na pravi put“ pružanjem mera podrške i pomoći. Međutim, pravo ne može i ne treba da bude „partikularno humano“ jer humanost prema učiniocu u tom slučaju, po logici stvari, podrazumeva nehumanost prema žrtvi. Na taj način se dolazi do paradoksalne situacije da krivično pravo faktički „štiti“ decu sa početka teksta, koja su zapalila beskućnika, bacila svog vršnjaka sa mosta, ubila svoje vršnjake, i zanemaruje interese žrtve i njenu moralnu satisfakciju, pa se zarad apstraktne „humanosti“ zatvaraju oči pred konkretnim zločinima. Poslednjih godina takvih zločina je sve više pa se ne može govoriti o izolovanim i sporadičnim slučajevima koji izazivaju stanje „moralne panike“ imajući u vidu da izazivaju veliko uznemirenje javnosti, na koje država nema adekvatan odgovor. Nije sporno da bi trebalo raditi na jačanju sistema socijalne zaštite i drugih preventivnih mera, ali se, nažalost, čini da te mere, mahom forsirane različitim inkluzivnim projektima, od kojih profitiraju njihovi nosioci ali ne i deca, ne daju apsolutno nikakve praktične rezultate.

Prema tome, pitanje spuštanja starosne granice krivične odgovornosti ispod 14 godina trebalo bi razmotriti „ne samo zbog pojedinačnih slučajeva koji povremeno zaintrigiraju javnost, nego zbog činjenice da je ova granica određena u jedno drugo doba i za maloletnike koji su imali potpuno drugačiji način života i uzrast u kome su sazrevali“.⁵² U prilog tome govori i struktura maloletničkog kriminaliteta koji sve više poprima nasilnički oblik, a posebno je zabrinjavajuća činjenica da su žrtve maloletničkog kriminaliteta neretko druga deca, pa se nameće logičko pitanje da li pravo, štiteći decu učinioce, zapravo ide na uštrb dece žrtava.

51 Odgovornost roditelja za krivična dela izvršena od njihove krivično neodgovorne dece nespojiva je sa osnovnim krivičnopravnim principom individualne subjektivne odgovornosti, ali nije nemoguća imajući u vidu da se od tog principa odstupa u slučajevima, recimo, odgovornosti komandanta za krivična dela izvršena od vojnika pod njegovom komandom. Zdrava logika nalaže da bi roditelji trebalo više da se bave vaspitanjem i nadzorom nad svojom decom nego vojni ili civilni zapovednik licima pod svojom komandom. O tome: V. Bajović (2017), 231–232.

52 Đ. Ignjatović (2015), 30.

Protivnici spuštanja starosne granice krivične odgovornosti uglavnom se pozivaju na argument „prihvaćenih međunarodnih standarda“ i na humanu, altruističku konstataciju da su deca učinioci krivičnih dela najčešće i sami žrtve loših društveno-ekonomskih prilika koje ih „teraju u kriminal“, zbog čega ih ne treba kažnjavati već im treba pomoći.

Prvi argument je, videli smo, neodrživ, imajući u vidu različito postavljenu starosnu granicu krivične neodgovornosti u različitim državama, uz interesantnu konstataciju da je ona načelno niže postavljena u tzv. liberalnim i demokratskim državama nego u bivšim komunističkim državama čiji se sistemi i danas, iz vizure različitih međunarodnih komiteta i tela, smatraju „represivnim“.

Drugi argument koji polazi od „zaštite i interesa“ deteta jeste osnovan, ali je nepravičan i neodrživ u praksi. Nepravičnost se ogleda u tome što ne treba posmatrati samo zaštitu i interese deteta učinioca već i zaštitu i interese deteta žrtve i žrtava uopšte, koje se osećaju nemoćnim u sistemu u kome ne mogu da ostvare ni materijalnu ni moralnu satisfaksiju nakon izvršenog krivičnog dela. Neodrživost se ogleda u neadekvatnosti mera iz oblasti socijalne zaštite u savremenom digitalnom i prilično nasilnom okruženju da decu „izvedu na pravi put“. Tranziciona društva poput našeg, na „večitoj raskrsnici“ između Istoka i Zapada, usvajaju socijalistički protekcionizam prema maloletnicima, ujedno težeći liberalnim, kapitalističkim i individualnim vrednostima koje zanemaruju porodicu, državu i naciju, stavljajući u središte pojedinca odgovornog za svoje izbore i svoje postupke.

Argumentacija kojom se ističu struktura i karakteristike maloletničkog kriminaliteta i svrhe sankcija koje im se izriču zapravo ide u prilog spuštanju te granice. Raspoloživi statistički podaci, naime, pokazuju da maloletnički kriminalitet, od pretežno imovinskog, poslednjih godina u sve većoj meri poprima karakteristike nasilničkog, a dela koja maloletnici (i deca) vrše sve su brutalnija. Snižavanje stope maloletničkog kriminaliteta je irelevantno, budući da snižavanje ove granice neće pogoditi one koji ne vrše krivična dela.

Na kraju krajeva, sankcije koje se izriču mlađim maloletnicima su relativno blage i sadržinski se ne razlikuju mnogo od mera iz oblasti socijalne zaštite koje se izriču deci učiniocima, osim što ih ne izriču socijalne službe već pravosudni organi, čiji autoritet samo može delovati podsticajno i zastrašujuće na dete da se „uozbilji“ i prestane da krši propise. U tom smislu i ne vidimo da bi se spuštanjem starosne granice krivične odgovornosti položaj dece drastično pogoršao, osim što bi ih možda strah od „krivične odgovornosti“ odvratio od vršenja krivičnih dela.

U tom kontekstu zastupamo stav da bi krivičnu odgovornost trebalo spustiti na 12 godina za sva ili alternativno samo za krivična dela sa elementima nasilja, a u pogledu „krivično neodgovorne“ dece uvesti neki vid roditeljske krivične odgovornosti za njihov delikt. Jer dete, samim rođenjem (pravno posmatrano i začetkom), postaje pravni subjekt pa se posledice njegovih radnji ili bol naneta žrtvi ne mogu pripisivati „višoj sili“ već isključivo njegovoj krivici ili krivici njegovih roditelja.

LITERATURA

- Bajović V. (2017). „Neokonzervativni pristup u borbi protiv maloletničke delikvencije i odgovornost roditelja“. *Kaznena reakcija u Srbiji*, VII deo, ur. Đ. Ignjatović. Beograd: Pravni fakultet.
- Bayer V. (1946). „Motivi Nacrta Zakona o krivičnom postupku“. AJ 49–18–25
- Bliecke V. (2023). „Too Young to Be a Criminal? What International Law Has to Say About Lowering the Minimum Age of Criminal Responsibility“. *International Law & International Legal Thought*. <https://voelkerrechtsblog.org/too-young-to-be-a-criminal/>.
- CRIN (Child Rights International Network). *Minimum Ages of Criminal Responsibility Europe*. <https://archive.crin.org/en/home/ages/europe.html>
- CRIN (Child Rights International Network). *Minimum Ages of Criminal Responsibility Around the World*. <https://archive.crin.org/en/home/ages.html>
- Ćopić S. (2023). „Snižavanje starosne granice krivične odgovornosti: večita dilema?“ *CRIMEN* 3.
- Difonzo J. H. (2011). „Parental Responsibility for Juvenile Crime“. *Oregon Law Review* 80(1).
- Drakić D. (2020). *O krivičnoj odgovornosti maloletnika*. Novi Sad: Izdavačka knjižnica Zorana Stojanovića.
- Đokić I. (2016). *Opšti pojam krivičnog dela u anglo-američkom pravu*. Beograd: Pravni fakultet – Edicija Crimen.
- ECHR. *T. v. The United Kingdom*, App. No. 24724/94, Judgment of 16 December 1999, pars. 71, 72.
- Government of the Netherlands, *Penalties for juvenile offenders*. <https://www.government.nl/topics/sentences-and-non-punitive-orders/penalties-juvenile-offenders>
- Hungary Today. *Gov't Considers Lowering Minimum Age of Criminal Responsibility after School Incidents*. <https://hungarytoday.hu/govt-considers-lowering-minimum-age-of-criminal-responsibility-after-school-incidents/>
- Ignjatović Đ. (2013). *Kompracija kriminaliteta i kaznene reakcije: Srbija – Evropa*. Beograd.
- Ignjatović Đ. (2015). „Kriminalitet maloletnika: stara tema i nove dileme“. *Maloletnici kao učinioci i žrtve krivičnih dela i prekršaja*, ur. I. Stevanović. Beograd: Institut za kriminološka i socijološka istraživanja.
- Ljubičić M. (2019). „Nasilje mladih nad roditeljima u Beogradu: Analiza dokumentacione građe“. *CRIMEN* 1.
- Maher G. (2005). „Age and Criminal Responsibility“. *Ohio State Journal of Criminal Law* 2.
- Mason, M. (2005). „The U.S. and the International Children's Rights Crusade: Leader or Laggard?“. *Journal of Social History* 38(4).
- Republički zavod za socijalnu zaštitu (2023). *Deca u sistemu socijalne zaštite 2022*. Beograd.
- Republički zavod za statistiku – Bilten (2006). *Maloletni učinioci krivičnih dela u Republici Srbiji, 2021 – Prijave, optuženja i osude, 2004*. Beograd.
- Republički zavod za statistiku – Bilten (2022). *Maloletni učinioci krivičnih dela u Republici Srbiji, 2021 – Prijave, optuženja i osude*. Beograd.
- Republički zavod za statistiku – Bilten (2023). *Maloletni učinioci krivičnih dela u Republici Srbiji, 2022 – Prijave, optuženja i osude*. Beograd.
- Standardna minimalna pravila Ujedinjenih nacija za maloletničko pravosuđe. <https://cpd.org.rs/wp-content/uploads/2017/11/Standardna-minimalna-pravila-Ujedinjenih-nacija-Pekinska-pravila.pdf>

- Stojanović Z. (2019). *Komentar Krivičnog zakonika*, IX izmenjeno i dopunjeno izdanje. Beograd: Službeni glasnik.
- Škulić M. (2010). „Starosna granica sposobnosti za snošenje krivice u krivičnompravnom smislu“. *CRIMEN* 2.
- Škulić M. (2011). *Maloletničko krivično pravo*. Beograd: Pravni fakultet.
- UN Committee on the Rights of the Child (CRC), General comment No. 10 (2007): Children’s Rights in Juvenile Justice, 25 April 2007, CRC/C/GC/10, par. 32 i 33. <https://www.refworld.org/docid/4670fca12.html>
- UN Committee on the Rights of the Child (CRC), General comment No. 24 (201x), replacing General Comment No. 10 (2007), par. 33. <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/CRC/GC24/GeneralComment24.pdf>
- Živković N. (2020). „Krivična neodgovornost dece – zločin bez kazne i moguća rešenja“. *Strani pravni život* 3.
- Wong A. (2024). „Can lowering the minimum age of criminal responsibility be justified? A critical review of China’s recent amendment“. *The Howard Journal of Crime and Justice* 63(1).

PRAVNI IZVORI

- Ustav Republike Srbije, *Sl. glasnik RS* 98/2006 i 115/2021.
- Zakon o ratifikaciji Konvencije Ujedinjenih nacija o pravima deteta, *Sl. list SFRJ – Međunarodni ugovori* 15/90 i *Sl. list SRJ – Međunarodni ugovori* 4/96 i 2/97.
- Krivični zakonik, *Sl. glasnik RS* 85/2005, 88/2005 – ispr., 107/2005 – ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 i 35/2019.
- Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnompravnoj zaštiti maloletnih lica, *Sl. glasnik RS* 85/2005.
- Zakon o socijalnoj zaštiti, *Sl. glasnik RS* 24/2011 i 117/2022 – odluka US.
- Pravilnik o načinu vođenja evidencije o izrečenim vaspitnim merama i kazni maloletničkog zatvora, *Sl. glasnik RS* 63/2006.
- Zakon o krivičnom postupku, *Službeni list FNRJ* 97/48
- Zakonik o krivičnom postupku, *Službeni list FNRJ* 40/53
- Zakon o izmenama i dopunama Zakonika o krivičnom postupku, *Službeni list FNRJ* 52/59

Vanja Bajović*

LOWERING THE AGE OF CRIMINAL RESPONSIBILITY: A DIFFERENT VIEW ON THE ETERNAL DILEMMA

SUMMARY

The journal *Crimen* 3/2023 published an article entitled “Lowering the age limit of criminal responsibility: an eternal dilemma?” in which the author presents arguments against this solution. The aim of this analysis is to provide the opposite arguments, in favor of lowering the minimum age of criminal responsibility, so that the reader can make his judgment based on the *pro* and *contra* argumentation.

Opponents of lowering the minimum age of criminal responsibility (MACR) mostly refer to the argument of “accepted international standards” as well as to the humane, altruistic statement that children perpetrators of criminal offenses are most often victims of poor socio-economic conditions that “force them into crime”, so that they should not be punished, but that they should be helped.

In the first part of the paper are analysed international standards and MACR in European and non-European countries. We are proving that international standards regarding MACR does not exist, but MACR is different in different countries. The structure of juvenile crime in Serbia is analysed in the second part. Statistical data show that juvenile crime in recent years is increasingly violent and brutal, what confirm the thesis that MACR should be lowered.

The third part of the paper deals with juveniles sanctions. They are relatively mild and do not differ much from the measures of social protection, except that they are not imposed by social services but by judicial authorities, whose authority can only act encouragingly and frighteningly on the child to stop with criminal behaviour. In this sense, we do not see that lowering the MACR would drastically “deteriorate” the position of children, except that perhaps the fear of “criminal responsibility” would deter them from committing criminal offenses.

In the end, we deal with the psycho-physical (in)maturity of children starting from the premise that we should not only observe the protection and interests of the child perpetrator, but also the protection and interests of the child victims and victims in general, who feel powerless in a system in which they cannot achieve material or moral satisfaction. Statistics show that the most common victims of juvenile crime are other children, and protection of the child-perpetrator in such cases means neglect of the child-victim. The law cannot and should not be only “particularly human”, neither for the sake of abstract “humanity” turn an eye to concrete crimes.

The issue of lowering the age of criminal responsibility below 14 should be considered because this limit was set at another time and for minors who had a completely different lifestyle and who committed mostly property crimes. Having in mind all that, we advocate that MACR should be reduced to 12 years for all or alternatively only for violent crimes, and in terms of “criminally irresponsible” children, some form of parental criminal responsibility should be introduced. Because the child, by birth itself becomes a legal subject, and the consequences of his actions or the pain inflicted on the victim cannot be attributed to “force majeure”, but exclusively to their guilt or the guilt of their parents.

Key words: minors, criminal responsibility, age limit, Serbia, repression, prevention

* Faculty of Law, University of Belgrade, bajovic@ius.bg.ac.rs.

UDK: 344.13(497.11)

doi: 10.5937/crimen2401102Z

PREGLEDNI NAUČNI RAD

PRIMLJEN / PRIHVAĆEN: 19.01.2024 / 30.04.2024.

Vinko Žnidaršič*

Stefan Milisavljević**

ANALIZA OSOBINA SUBJEKATA KRIVIČNIH DELA PROTIV VOJSKE SRBIJE ODREĐENIH KRIVIČNIM ZAKONIKOM***

Apstrakt. Način na koji Krivični zakonik Republike Srbije prepoznaje učinioce dela protiv Vojske Srbije, iako je jezički sličan načinu na koji se određuju odnosi u Vojsci Srbije i Ministarstvu odbrane, u svojoj biti sadrži značajne razlike u odnosu na način na koji su oni definisani u Zakonu o Vojsci Srbije. Ovlašćenim licima koja vode krivične postupke to može predstavljati problem jer uglavnom nedovoljno poznaju organizaciju Vojske Srbije i ne snalaze se u njenim mnogobrojnim propisima. Zbog toga je problem pravnog određenja lica koje Krivični zakonik određuje kao učinioce krivičnih dela istražen metodom analize sadržaja i poređenjem propisa i šire naučne literature.

Krivičnim zakonikom Republike Srbije kao učinioци krivičnih dela protiv Vojske Srbije određeni su: *vojno lice, vojni starešina, potčinjeni, službeno lice koje vrši službu na granici, rukovalac skladišta, građanin Srbije, komandant ratnog broda, član posade ratnog broda i član posade vojnog vazduhoplova*. Daljom analizom sadržaja propisa Vojske Srbije, lica kao što su *potčinjeni, rukovalac skladišta, građanin Srbije i član posade vojnog vazduhoplova* jasno su određena u svim uporednim zakonima i propisima. Manja terminološka odstupanja nastaju u određenju pojma *vojnih lica*, dok su neki drugi subjekti bitno drugačije određeni pomenutim propisima (na primer, *vojni starešina*, koji je u stvari lice čija je funkcionalna dužnost *starešine; službena lica koja vrše službu na granici* koja ne mogu izvršiti krivična dela protiv Vojske Srbije jer ta kategorija lica od 2007. godine podleže pod nadležnost Ministarstva

* Vojna akademija Univerziteta odbrane u Beogradu, vinko.znidarsic@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-1449-0448>

** Sektor za ljudske resurse Ministarstva odbrane, stefan.milisavljevic91@gmail.com.

*** Naučni rad je rezultat istraživanja u naučnoistraživačkom projektu koji je finansiralo Ministarstvo odbrane Republike Srbije *Model upravljanja razvojem sposobnosti sistema odbrane*, pod brojem: VA-DH/1/22-24. Ovog rada ne bi bilo na u njegovom stvaranju nije učestvovala i Tanja Mladenović iz Vojne akademije Univerziteta odbrane u Beogradu. Njena stručnost, posvećenost, trud i angažovanje u istraživanju bili su od suštinskog značaja, a njene ideje i perspektive obogatile su pristup temi na način koji je doprineo boljem razumevanju i analizi.

unutrašnjih poslova ili *komandant ratnog broda* i *član posade ratnog broda*, koji se mogu nalaziti samo na *vojnom brodu*).

Ključne reči: Krivični zakonik, krivično delo protiv Vojske Srbije, vojna lica, vojni starešina, potčinjeni

1. UVOD

Prilikom pokretanja pretkrivičnih ili krivičnih postupaka ovlašćena lica nailaze na brojne probleme, a jedan od njih je da određenim nazivom imenuju lica za koja imaju neki od oblika sumnje da su učinioci krivičnih dela protiv Vojske Srbije (u daljem tekstu: VS). Lica koja čine ta krivična dela uglavnom se nalaze u brojnoj državnoj organizaciji koja se zove VS. Ona ima posebne zakone, pravila i propise, kojima se regulišu život i rad njenih pripadnika. Posebnost pravnih akata donetih od ministra odbrane ili nadležnih lica Ministarstva odbrane i VS, njihove stalne izmene i brojnost u odnosu na ostale državne organe čine da se ovlašćena lica koja ne rade u tom sistemu ne snalaze jer upoznavanje sa tom materijom traži vreme i druge resurse. Oblast propisivanja vojnih krivičnih dela u krivičnom zakonodavstvu Republike Srbije tek treba da se usklađuje sa evropskim standardima u odnosu na promene u organizaciji i položaju VS.

Javni tužioci, kao ovlašćena lica za vođenje istraga i podizanje optužnica, mahom su „civilni“ i uglavnom nemaju iskustvo koje bi ih pripremio da prepoznaju i razlikuju sve kategorije lica koje postoje u VS. To nije pravilo jer se i licima koja rade u VS dešava da ne znaju da razlikuju pojedine kategorije lica. Na primer, česta je pojava da se oficir izjednačava sa starešinom, čije određenje je predstavljeno u potpoglavlju 2.2 kao rezultat sprovedenog istraživanja.

Ako postoji verovatnoća da tužioci, sudije i pravobranioци nisu sigurni kako da odrede lica, pa zbog toga odgađaju postupanje, u skladu sa zakonskim rokovima, lako je uočiti da postoji potreba da se pravno opišu i navedu izvori opisa lica koja se Krivičnim zakonikom Republike Srbije (u daljem tekstu: KZ) označavaju kao učinioci krivičnih dela protiv VS.

U ovom istraživanju je istražen problem određenja lica koja su u KZ određena kao učinioci krivičnih dela protiv VS. Istraživanje je izvedeno uz primenu naučnih metoda. Korišćenjem metode analize sadržaja Krivičnog zakonika¹, Zakona o Vojsci Srbije² i ostalih propisa koji su navedeni u pregledu korišćene literature, određena su lica koja se određuju kao učinioci krivičnih dela protiv VS. U kvantitativnu analizu sadržaja uključeno je prebrojavanje pojmova koji su sadržani u odredbama KZ, kako bi se jasno utvrdilo gde, koliko i u kom kontekstu se određena lica navode. Kvalitativna analiza sadržaja pomenutih dokumenata je obuhvatila i detaljnu analizu teksta kako bi se razumeli značenje i kontekst i interpretirao sadržaj dokumenata u vezi sa određenjem lica koja su bila predmet istraživanja.

Analizom svih prikupljenih podataka o licima i njihovom određenju utvrđeni su zaključci koji su predstavljeni u radu.

1 Krivični zakonik – KZ, *Sl. glasnik RS* 85/05, 88/05 – ispr., 107/05 – ispr., 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16 i 35/19.

2 Zakon o Vojsci Srbije – ZoVS, *Sl. glasnik RS* 116/07, 88/09, 101/10 – dr. zakon, 10/15, 88/15 – odluka US, 36/18, 94/19 i 74/21 – odluka US.

2. ODREĐENJE LICA KOJA SE PREPOZNAJU KAO UČINIOCI KRIVIČNIH DELA PROTIV VOJSKE SRBIJE

U u glavi 35. KZ, predviđeno je 36 krivičnih dela protiv VS, i to od člana 394. do 430, osim člana 405, koji se odnosi na oslobođenje od kazne za dela iz čl. 400. do 404. U tim članovima KZ, kao lica koja mogu biti učinioci krivičnih dela protiv VS, određeno je više kategorija lica.

Da bi se utvrdilo koji profesionalni pripadnici VS se određuju kao učinioci krivičnih dela protiv VS, korišćena je analiza sadržaja KZ i došlo se do rezultata prikazanih u tabeli (tabela 1).

*Tabela 1. Profesionalni pripadnici i druga lica bićem krivičnog dela
u KZ određena kao učinioci krivičnih dela protiv VS*

Profesionalni pripadnik VS	Bićem krivičnog dela lice određeno kao	Član KZ																Ukupno navoda											
		398.	399.	400.	401.	402.	403.	404.	405.	406.	407.	408.	409.	410.	411.	412.	418.		421.	422.	423.	424.	425.	426.	427.	428.	429.	430.	
Vojno lice	Učinitelj		4	1	2			1		1		1		1		1	2				2								15
	Drugo	1			1	1	1	4						1										1		1			11
Vojni starešina	Učinitelj				1				1				1									1		1					5
	Drugo											1	1																2
Potčinjeni	Učinitelj																										1		1
	Drugo									2														1			1		4
Službeno lice koje vrši službu na granici	Učinitelj										1																		1
Rukovalac skladišta	Učinitelj															1													1
Građanin Srbije	Učinitelj																		1	2									3
Komandant ratnog broda	Učinitelj																						1						1
	Drugo																						1						1
Član posade ratnog broda	Učinitelj																						1						1
	Drugo																						1						1
Član posade vojnog vazduhoplova	Učinitelj																						1						1

Za lica koja se pojavljuju kao učinioci krivičnih dela protiv VS koja mogu izvršiti lica i koja nemaju posebna obeležja koja bi ih razlikovala od bilo kojeg drugog građanina nije traženo određenje u propisima, osim za građanina Republike Srbije (čl. 423. i 424. KZ). S druge strane, za učinioce krivičnih dela sa „blanketnim karakterom“, čija su bitna obeležja izražena kao kršenje određenih pravila ponašanja kojima se uređuju odnosi u vojsci kao što je – potčinjeni (čl. 430. KZ) prepoznati

su i istraženi. Osim toga, prepoznate su kategorije: službeno lice koje vrši službu na granici (čl. 408. KZ), komandant ratnog broda, član posade ratnog broda i vojnog vazduhoplova (čl. 426. KZ) i rukovalac skladišta (čl. 412. KZ).

Rezultat analize sadržaja KZ je da su kao učinioци krivičnih dela protiv VS određeni: 1) vojno lice, 2) vojni starešina, 3) potčinjeni, 4) službeno lice koje vrši službu na granici, 5) rukovalac skladišta, 6) građanin Srbije, 7) komandir ratnog broda, 8) član posade ratnog broda i 9) član posade vojnog vazduhoplova.

Za svako lice koje je prepoznato kao učinilac istraženi su zakoni i propisi VS i navedeno je gde i kako su određeni.

2.1. Vojno lice

Za većinu predviđenih krivičnih dela protiv VS određeno je da učinioци mogu biti vojna lica.

Krivična dela u kojima je učinilac *vojno lice* određena su u čl. 399, 400, 401, 405, 407, 409, 411, 418, 421. i 424. KZ i u ovih 10 krivičnih dela protiv VS vojno lice se 15 puta navodi kao učinilac.

Međutim, u krivičnim delima navedenim u čl. 398, 401, 402, 403, 404, 411, 427. i 429. KZ, u tih osam krivičnih dela vojno lice se navodi 11 puta, ali ne kao učinilac krivičnog dela, već kao lice u drugom svojstvu (tabela 1).

Tabela 2. Značenje izraza *vojno lice* u KZ

Krivični zakonik Republike Srbije				Zakon o Vojsci Srbije		
Vojno lice	Profesionalni vojnik	Profesionalni oficir	↔	Profesionalna vojna lica (čl. 9. ZoVS)		Oficir u radnom odnosu na neodređeno vreme
		Profesionalni podoficir	↔			Oficir u radnom odnosu na određeno vreme
		Oficir po ugovoru	↔			Podoficir u radnom odnosu na neodređeno vreme
		Podoficir po ugovoru	↔			Podoficir u radnom odnosu na određeno vreme
		Vojnik po ugovoru	↔			Profesionalni vojnik
		Vojnik na odsluženju vojnog roka	↔		Vojnici na služenju vojnog roka	
		Student vojne akademije	→?		Kadeti vojnoškolskih ustanova	
		Učenik vojne škole	↔		Učenicima vojnoškolskih ustanova	
		Lice iz rezervnog sastava dok se kao vojni obveznik nalazi na vojnoj dužnosti	↔		Lica u rezervnom sastavu dok se nalaze na vojnoj dužnosti	
		Civilno lice koje vrši određenu vojnu dužnost	→?			
		↔?		Lica na drugom stručnom osposobljavanju za oficire i podoficire		

Prema odredbi člana 112. KZ *vojnim licem* se smatra profesionalni vojnik (profesionalni oficir, profesionalni podoficir, oficir po ugovoru, podoficir po ugovoru i vojnik po ugovoru), vojnik na odsluženju vojnog roka, student Vojne akademije, učenik vojne škole, lice iz rezervnog sastava dok se kao vojni obveznik nalazi na vojnoj dužnosti i civilno lice koje vrši određenu vojnu dužnost (tabela 2)

Lica koja su navedena u KZ imaju svoja određenja u ZoVS i drugim propisima Ministarstva odbrane i VS, donetim od ministra odbrane ili drugog nadležnog lica (tabela 2).

Upoređujući lica koja se smatraju *vojnim licem* u KZ i u ZoVS, pronalazi se da se slično određena lica navode u članu 7. pod nazivima: profesionalno vojno lice, vojnik na služenju vojnog roka i lice u rezervnom sastavu dok se nalazi na vojnoj dužnosti u VS, kao i učenik i kadet vojnoškolskih ustanova koji se školuje za vojne dužnosti.

Uočava se da se u ZoVS, u odnosu na KZ, lica drugačije imenuju, pa tako se umesto profesionalnog vojnika navodi kategorija profesionalno vojno lice; umesto student Vojne akademije – kadet vojnoškolske ustanove, umesto vojnik na odsluženju vojnog roka – vojnik na služenju vojnog roka.

U daljem tekstu biće predstavljeni rezultati i diskusija analize sadržaja KZ, ZoVS i ostalih podzakonskih akata VS kojima se uređuje istraživana materija.

2.1.1. Profesionalni vojnik

Vojno lice za koje KZ smatra da je *profesionalni vojnik*, u članu 8. ZoVS podudara se sa licem koje se tu imenuje kao *profesionalno vojno lice*.

U KZ se smatra da su *profesionalni vojnici*: profesionalni oficir, profesionalni podoficir, oficir po ugovoru, podoficir po ugovoru i vojnik po ugovoru. Za ta lica se u ZoVS mogu pronaći lica koja bi odgovarala tom opisu iako se nazivi neznatno razlikuju.

Tako se lica koja su u KZ određena kao *profesionalni oficir* i *oficir po ugovoru* mogu prepoznati u članu 8. ZoVS kao *oficiri u radnom odnosu na neodređeno i određeno vreme*, visokog obrazovanja i osposobljeni za obavljanje vojnih dužnosti.

Lica koja su KZ određena kao *profesionalni podoficir* i *podoficir po ugovoru* u članu 8. ZoVS mogu se prepoznati kao *podoficiri u radnom odnosu na neodređeno i određeno vreme*, koji imaju najmanje srednje obrazovanje i osposobljeni su za obavljanje vojnih dužnosti.

Lice koje je u KZ određeno kao *vojnik po ugovoru*, u članu 8. ZoVS može se prepoznati kao *profesionalni vojnik*, koji ima najmanje osnovno obrazovanje, koji je odslužio vojni rok pod oružjem ili je na drugi način vojno obučen i koji je u radnom odnosu na određeno vreme radi obavljanja vojnih dužnosti (čl. 9. ZoVS). Ovde se uočava podudaranje pojmova *profesionalni vojnik* u KZ i u ZoVS.

U KZ se smatra da je *profesionalni vojnik* lice koje je *oficir* (profesionalni i po ugovoru), *podoficir* (profesionalni i po ugovoru) ili *vojnik po ugovoru*. U ZoVS je određeno da je *profesionalni vojnik* jedan od nekoliko *profesionalnih vojnih lica* (ostali su oficiri i podoficir u radnom odnosu na neodređeno i određeno vreme).

Ovde treba napomenuti da su podoficiri i svršeni učenici Srednje stručne vojne škole „1300 kaplara“, koji su se, u skladu sa Zakonom o vojnom obrazovanju, školovali radi prijema u profesionalnu vojnu službu. U praksi krivičnih sudova ta terminološka neusklađenost bi mogla da stvori probleme. Na primer, zbog neusklađenosti pojmova u pomenutim propisima moglo bi da se dogodi da tužilac vodi postupak protiv lica koje u VS obavlja dužnost profesionalnog vojnog lica – podoficira u radnom odnosu na određeno vreme, pri čemu on mora navesti da je on vojno lice – profesionalni vojnik – podoficir po ugovoru. Pošto je on potpisao ugovor u kome je to lice: profesionalno vojno lice – podoficir u radnom odnosu na određeno vreme, to lice ne ispunjava zakonski uslov jer on nije *profesionalni vojnik* prema ZoVS.

Zbog toga bi, terminološkim usaglašavanjem, trebalo izmeniti jedan ili oba zakona jer bi u suprotnom samo *profesionalni vojnici* koji su potpisali ugovor prema ZoVS mogli odgovarati za krivična dela protiv VS u kojima su učinioci određeni kao *vojna lica*. Bez obzira na sličnost naziva, jedino *profesionalni vojnik* je pojmovno u aktima Ministarstva odbrane i VS određen kao *profesionalni vojnik*. *Oficiri i podoficiri* ne ispunjavaju uslov da su *profesionalni vojnici* zato što su oni jedna od potkategorija pojma *profesionalnih vojnih lica*. U praksi sudova do sada nije uočen slučaj koji bi potvrdio taj scenario, ali bi, bez obzira na to, bilo dobro terminološki usaglasiti zakone.

2.1.2. Vojnik na odsluženju vojnog roka

Lice koje se u KZ (čl. 112) određuje kao *vojno lice – profesionalni vojnik – vojnik na odsluženju vojnog roka*, u ZoVS (čl. 7) određeno je kao *vojno lice – profesionalno vojno lice – vojnik na služenju vojnog roka*. Za isto lice se u ZoVS, ali i u Zakonu o vojnoj, radnoj i materijalnoj obavezi³, koristi i izraz *vojni obveznik*, odnosno *lice koje se javilo za dobrovoljno služenje vojnog roka*. Status vojnih obveznika regulisan je članom 4. Zakona o vojnoj, radnoj i materijalnoj obavezi, kojim se definiše položaj lica koja su obuhvaćena vojnom obavezom i uređuju prava, odnosi i obaveze lica u vezi sa izvršenjem vojne obaveze.

U kategoriju *vojnika na odsluženju vojnog roka* iz KZ svrstava se i lice koje je u ZoVS određeno kao *lice na drugom stručnom osposobljavanju za oficira i podoficira* (čl. 7), čime se isključuje prenošenje svojstva vojnog lica na lica u civilnoj službi i obuhvataju ne samo lica na dobrovoljnom služenju vojnog roka, već i lica na dobrovoljnom služenju vojnog roka koja su izabrana za vojno stručno osposobljavanje za rezervne oficire⁴ i koji su prema ovoj normativi obuhvaćeni pojmom vojnika na služenju dobrovoljnog služenja vojnog roka sa oružjem.

Članom 4. stav 1. tačka 2) Zakona o vojnoj, radnoj i materijalnoj obavezi određeno je da je vojni obveznik „vojnika na služenju vojnog roka sa oružjem ili bez oružja i vojnika koji dobrovoljno služi vojni rok sa oružjem“. Taj stav je izmenjen 2010. godine⁵, kada je, iz razloga funkcionalnih i organizacionih promena u VS

3 Zakon o vojnoj, radnoj i materijalnoj obavezi, *Sl. glasnik RS* 88/09, 95/10 i 36/18.

4 „Regrut koji ima visoku školsku spremu može biti izabran za slušaoca kursa za rezervne oficire.“ Zakon o vojnoj, radnoj i materijalnoj obavezi, čl. 30. st. 1.

5 Zakon o vojnoj, radnoj i materijalnoj obavezi, *Sl. glasnik RS* 95/10.

i ustrojavanja profesionalne vojske, usvojena Odluka o obustavi obaveze služenja vojnog roka⁶ kojom se služenje vojnog roka obavlja po principu dobrovoljnosti.

U stavu 3. člana 4. navodi se da „regrut postaje vojnik na služenju vojnog roka sa oružjem ili bez oružja danom stupanja u Vojsku Srbije i postaje vojno lice, a prestaje da bude vojno lice danom otpusta ili prekida služenja vojnog roka“ – iz čega se može zaključiti da ne postoji razlika u položaju lica koja su na služenju vojnog roka sa oružjem ili bez oružja. U stavu 4. istog člana na isti način se reguliše položaj lica koja su se javila na dobrovoljno služenje vojnog roka sa oružjem.

Imajući u vidu da, prema trenutno važećoj normativi, ne postoji mogućnost dobrovoljnog javljanja za služenje vojnog roka bez oružja, na služenje vojnog roka mogu biti upućena jedino lica koja su se dobrovoljno javila za služenje vojnog roka sa oružjem.

Važno je zapažanje da postoji određenje lica na stručnom osposobljavanju za prijem u profesionalnu vojnu službu u svojstvu oficira, nakon završenog školovanja u građanstvu. Svojstva tih lica određena su Pravilnikom o vojnostručnom osposobljavanju za rezervne oficire Vojske Srbije i vojnom osposobljavanju za lica koja su kandidati za prijem u profesionalnu vojnu službu.⁷ To nisu lica na dobrovoljnom služenju vojnog roka, ali im se, na osnovu člana 7. stava 2. ZoVS, priznaje svojstvo vojnog lica dok su na vojnostručnom osposobljavanju.

2.1.3. Student vojne akademije

Učiniac krivičnog dela kojeg KZ naziva vojnim licem – *student vojne akademije* lako bi se mogao poistovetiti sa licem koje se u ZoVS naziva *kadetom vojnoškolske ustanove* koji se školuje za vojne dužnosti i koji se u pogledu prava i obaveza smatra vojnim licem.

Međutim, student i kadet nisu ista kategorija lica iako se u oba zakona smatraju *vojnim licima*. U članu 52. Zakona o vojnom obrazovanju⁸ prepoznaju se dve kategorije lica koja upisuju osnovne i integrisane akademske studije, a to su kadeti i studenti. *Kadet* je lice koje je upisalo Vojnu akademiju ili Medicinski fakultet Vojnomedicinske akademije, finansirano je iz budžeta Republike Srbije i školuje se radi prijema u profesionalnu vojnu službu. *Student* je lice iz građanstva koje se školuje u svojstvu samofinansirajućeg studenta za sopstvene potrebe i čije studije ne obuhvataju isti program praktičnih oblika nastave, odnosno deo studija koje se odnose na vojnostručno osposobljavanje.

Uz osnovne akademske studije u vojnim visokoškolskim ustanovama realizuju se master, specijalističke i doktorske akademske studije i na njim se, prema članu 53. Zakona o vojnom obrazovanju, upućuju lica koja su profesionalni pripadnici VS i državni službenici, koji se finansiraju iz budžeta Republike Srbije i koja upisom stiču status *studenta*. Takvo normativno rešenje postoji zbog toga što je predviđen viši spektar mogućnosti za upućivanje na dodatna školovanja i usavršavanja profesionalnih pripadnika VS i Ministarstva odbrane. Ne postoje prepreke da lica iz građanstva

6 Odluka o obustavi obaveze služenja vojnog roka, *Sl. glasnik RS* 95/10.

7 *Sl. vojni list* 14/19 i 28/20.

8 *Sl. glasnik RS* 36/18.

upišu studije drugog ili trećeg nivoa u svojstvu samofinansirajućeg studenta ukoliko ispunjavaju uslove za upis.

Iz ovog nalaza može se zaključiti da, iako terminološki različita, lica koja imaju status *kadeta* u vojnoobrazovnoj ustanovi i smatraju se vojnim licem prema ZoVS, pojmovno se mogu potpuno poistovetiti sa *studentom vojne akademije* koji je određen u KZ. Ta okolnost bi mogla imati pravno problematične implikacije ukoliko bi za učinioca bio određen kadet Medicinskog fakulteta Vojnomedicinske akademije, zato što to lice nije ni student niti je na Vojnoj akademiji.

U skladu sa takvim određenjem krivično gonjenje lica sa statusom studenta doktorskih ili specijalističkih studija Medicinskog fakulteta Vojnomedicinske akademije može da se pokaže problematično.

Takođe, u skladu sa novim pravcima razvoja međuinstitucionalne saradnje, Vojna akademija školuje lica za potrebe Ministarstva unutrašnjih poslova, te je upitno da li će se ta lica podvesti pod kategoriju „studenta“ ili „kadeta“. Ta lica su u statusu *vojnog lica* prema članu 7. ZoVS jer se ubrajaju u *lica na drugom stručnom osposobljavanju za oficire* koja ipak nisu navedena u KZ.

Iako se u praksi mogu javiti nesaglasje i terminološko razmimoilaženje, pa se čak može reći da je „kadet“ interni pojam VS dok je „student“ eksterni naziv kadeta vojnoškolske ustanove, terminološka neusklađenost može se na kraju sagledati i rešiti uvidom u dozvolu za rad Vojne akademije iz 2009. godine. Naime, ta se ustanova u skladu sa standardima za akreditaciju visokoškolskih ustanova, konkretno Pravilnikom o standardima i postupku za akreditaciju studijskih programa⁹, akredituje kao visokoobrazovna ustanova. U skladu sa dozvolom za rad iz 2009. godine,¹⁰ Vojna akademija je počela sa radom radi ostvarivanja osnovnih, master i doktorskih akademskih studija i odobreno joj je da izvodi određene studijske programe. U dozvoli za rad je definisano koliko studenata može biti upisano na kom studijskom programu, te se ukrštanjem raznih propisa može izvesti zaključak da je, u civilnom zakonodavstvu, u kome se primenjuju odredbe KZ, kadet u stvari sinonim za studenta, dok se konkretan pojam kadet može koristiti samo u svetlu primene ZoVS, Zakona o odbrani, Zakona o vojnom obrazovanju i njihovih podzakonskih akata, ali ukoliko bi došlo do izvršenja jednog od krivičnih dela spomenutih u ovom radu, tumačenjem pojma student kroz prizmu pomenutih propisa nesporno bi se utvrdilo da je reč samo o sinonimima, te da ne postoji mogućnost da kadet pokuša da izbegne posledice svojih dela predstavljanjem terminološke neusklađenosti pravnom prazninom.

2.1.4. Učenik vojne škole

Učinioc krivičnog dela koga KZ prepoznaje kao *vojno lice – učenik vojne škole*, prema članu 7. ZoVS, može se poistovetiti sa: *učenikom vojnoškolske ustanove* koji se školuje za vojne dužnosti i koji se u pogledu prava i obaveza smatra vojnim licem. Učenik je, prema članu 46. Zakona o vojnom obrazovanju, lice koje ima osnovno ob-

9 Sl. glasnik RS 13/19, 1/21, 19/21 i 51/23.

10 Ministarstvo prosvete Republike Srbije, Dozvola za rad br. 612-00-00894/2009-4 od 7. decembra 2009.

razovanje, upisalo je i pohađa srednju vojnu školu. Dakle, u određenju tog lica kao učinioca krivičnog dela protiv VS zakoni su usaglašeni, ali donekle i nedorečeni.

Naime, problem primene KZ na tu kategoriju lica javlja se pre svega u određenosti krivičnih dela koja ta lica mogu učiniti. Ako uzmemo da se u skladu sa članom 7. ZoVS vojnim licima smatraju, između ostalih, i učenici vojnoškolske ustanove koji se školuju za vojne dužnosti, dolazimo do kategorije maloletnog lica, odnosno učenika Srednje stručne vojne škole „1300 kaplara“ ili Vojne gimnazije, koje je navršilo 14 godina života, ali se može dogoditi da u trenutku izvršenja krivičnog dela nema navršenih 18 godina života te spada u kategoriju maloletnika. Takvim redosledom stvari dolazimo do primene odredaba Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica.¹¹

Ugovor kojim ta maloletna lica stiču status učenika vojne škole, odnosno vojnog lica, ne potpisuju sami već ga zajedno potpisuju roditelj ili staratelj i učenik kao maloletno lice. Opštim posmatranjem tog problema stiče se utisak da zbog navedenih pravnih činjenica ne bi trebalo da maloletni učenik spada u kategoriju vojnih lica zbog prava i obaveza iz službe.

Još jedan problem koji se može javiti u izjednačavanju pojma vojno lice sa učenicom srednje vojne škole, uključujući diskusiju da li protiv lica voditi postupak kao da je vojno lice ili civilno lice, jeste i činjenica da status lica na školovanju prestaje pod određenim uslovima pa, između ostalog, i ispisivanjem iz škole, isključenjem iz škole, pravnosnažnom presudom za krivično delo koje, prema posebnim propisima, predstavlja smetnju za prijem u profesionalnu vojnu službu ili povlači gubitak službe u VS; upućivanjem na izdržavanje kazne zatvora duže od dva meseca izrečene za krivično delo i zbog drugih slučajeva. Može se zaključiti da će od trenutka pokretanja krivičnog postupka zbog postojanja osnova sumnje da je izvršeno krivično delo protiv VS zavisiti i terminološko određivanje lica.

2.1.5. Lice iz rezervnog sastava dok se kao vojni obveznik nalazi na vojnoj dužnosti

Učinioc krivičnog dela koga KZ prepoznaje kao *lice iz rezervnog sastava dok se kao vojni obveznik nalazi na vojnoj dužnosti*, prema članu 7. ZoVS, može se poistovetiti sa *licem u rezervnom sastavu dok se nalazi na vojnoj dužnosti u Vojski Srbije* i koje se u pogledu prava i obaveza smatra vojnim licem.

Prema Zakonu o vojnoj, radnoj i materijalnoj obavezi, nakon regulisanja vojne obaveze (izvršenjem civilne službe, služenjem vojnog roka sa oružjem ili bez oružja, odnosno dobrovoljnim služenjem vojnog roka sa oružjem), lice se uvodi u rezervni sastav VS (odnosno u rezervni sastav civilne zaštite, ukoliko je lice vojnu obavezu izvršilo vršenjem civilne službe) i dobija svoj raspored u skladu sa planovima teritorijalnog organa u čijoj evidenciji se nalazi. Status lica iz rezervnog sastava u vezi sa ispunjavanjem vojne obaveze (na primer, dok je pozvano na vojnu vežbu), regulisan je stavom 7. člana 4. tog zakona, gde je određeno da „lice u rezervnom sastavu postaje vojno lice danom javljanja na dužnost u Vojsku Srbije, a gubi status vojnog lica danom otpusta iz Vojske Srbije“.

11 *Sl. glasnik RS 85/05.*

2.1.6. *Civilno lice koje vrši određenu vojnu dužnost*

U ZoVS ne postoje odredbe koje bi direktno mogle da se odnose na kategoriju „civilno lice koje vrši određenu vojnu dužnost“. Civilna lica su, prema članu 6. ZoVS, određena kao pripadnici VS, zajedno sa vojnim licima, ali kao dve odvojene kategorije lica. Civilna lica na službi u VS su vojni službenici i vojni nameštenici. Vojni službenik je lice čije se radno mesto sastoji od poslova iz nadležnosti VS ili s njima povezanih opštih pravnih, informatičkih, materijalno-finansijskih, računovodstvenih i administrativnih poslova, dok je vojni nameštenik lice čije se radno mesto sastoji od pratećih pomoćno-tehničkih poslova u VS (čl. 10. ZoVS).

Civilna lica, kao lica koja nemaju čin, u skladu sa članom 21. ZoVS i tačkom 8. Pravila službe Vojske Srbije, mogu se izuzetno postaviti da obavljaju dužnost starešine i tada imaju zvanje prema dužnosti koju obavljaju. To znači da civilna lica mogu obavljati dužnosti načelnika, direktora ili upravnika.

Osim vršenja dužnosti starešine, civilno lice može da vrši i dužnost organa unutrašnje službe. U okviru unutrašnje službe, osim profesionalnih vojnih lica, za dežurne se u jedinicama i ustanovama određuju i civilna lica. Prema tački 98. Pravila službe¹², unutrašnju službu vrše svi pripadnici VS, a prema tački 99. stav 4, za tu službu se određuju i civilna lica. U tački 102. stav 4. civilna lica na službi u VS imaju isti položaj kao i profesionalna vojna lica dok dežuraju.

2.1.7. *Lica na drugom stručnom osposobljavanju za oficire i podoficire*

Lica na drugom stručnom osposobljavanju za oficire i podoficire određena su kao *vojna lica* u ZoVS, međutim, u KZ se ne određuju kao *vojna lica* ili kao bilo kakva druga lica koja mogu biti učinioi krivičnih dela protiv VS. Ta anomalija to lice svejedno ne oslobađa odgovornosti jer se kao oficir, podoficir, profesionalni vojnik, kadet, student ili učenik i dalje svrstava u jednu od kategorija *vojnog lica* prema KZ.

2.2. *Vojni starešina*

Krivična dela u kojima je učinilac *vojni starešina* određena su čl. 401, 406, 410, 425. i 427. KZ. U vezi sa tih pet krivičnih dela protiv VS vojni starešina je pet puta naveden kao učinilac. Osim toga, u jednom krivičnom delu navedenom u članu 409. KZ, jednom se navodi ali ne kao učinilac krivičnog dela već kao lice u drugom svojstvu (tabela 1).

Svojstvo *vojnog starešine* „može imati svako vojno lice ako se nalazi na takvoj dužnosti ili položaju da s obzirom na svoju dužnost i položaj, može učiniti delo u pogledu svih njegovih bitnih obeležja koja su istaknuta u zakonskom opisu dela kod koga učinilac može biti samo vojni starešina“.

Za razliku od vojnog lica, *vojni starešina* je određenija kategorija lica. U široj javnosti, pa čak i među profesionalnim vojnim licima, taj pojam se poistovećuje sa licima koja su u činu oficira i podoficira. Prema članu 21. ZoVS: „Dužnost starešine

12 Generalštab Vojske Srbije, Pravilo službe Vojske Srbije, VK PRS br. 2–3 od 18. decembra 2015. (posebno izdanje).

u Vojsci Srbije vrši vojno lice koje ima čin. Izuzetno od stava 1. ovog člana, dužnost starešine može vršiti i lice koje nema čin, s tim da to lice ima odgovarajuće obrazovanje za dužnost koju vrši.“ Dakle, vojna lica su i profesionalna vojna lica (oficiri, podoficiri i profesionalni vojnici), ona imaju činove (u rasponu od generala do razvodnika, u skladu sa čl. 22. ZoVS) i mogu vršiti i vojnu dužnost starešine.

Odredba tačke 8. Pravila službe Vojske Srbije to bliže određuje: „Dužnost starešine u Vojsci Srbije obavlja vojno lice koje ima čin. Starešina jedinice, zaključno sa četom i njoj ravnim jedinicama, je *komandir*. Starešina jedinice ranga bataljona, njemu ravnim i višim je *komandant*. Izuzetno, dužnost starešine može obavljati i lice koje nema čin. To lice ima zvanje prema dužnosti koju obavlja. Starešina ustanove je *načelnik*, *direktor* ili *upravnik*. Nazivi dužnosti *ostalih lica u jedinici ili ustanovi* određuju se formacijom i sistematizacijom.“

Dakle, *vojne starešine* prema KZ, odnosno samo *starešine* prema ZoVS, mogu biti i profesionalna vojna lica (oficiri, podoficiri i profesionalni vojnici) i civilna lica, imajući u vidu da svojstvo starešine proizilazi iz činjenice da su oni lica koja su postavljena na dužnost koja je označena kao starešinska.

2.3. Potčinjeni

Krivično delo u kojem je učinilac *potčinjeni* određeno je članom 430. KZ. U vezi sa tim krivičnim delom protiv VS jednom je naveden kao učinilac. Osim toga, u krivičnim delima navedenim u čl. 406, 427. i 430. KZ, četiri puta je u ta tri krivična dela naveden kao lice u drugom svojstvu (tabela 1).

Pošto u KZ nije određeno koje lice se smatra potčinjenim, bliže određenje je dato u članu 20. ZoVS, u kojem se navodi da, prema odnosu u službi, pripadnici VS mogu biti pretpostavljeni i potčinjeni. Pretpostavljeni je lice koje na osnovu zakona ili drugog propisa komanduje, odnosno rukovodi organizacionim delom. Potpunije određenje *pretpostavljenog* lica dato je u tački 9. Pravila službe Vojske Srbije, gde je navedeno da se pretpostavljenima, bez obzira na čin, smataju: 1) komandant garnizona (garnizonskog mesta) – svim licima na službi u jedinicama odnosno ustanovama u pogledu opšteg reda i službe u garnizonu (garnizonskom mestu); 2) komandant kasarne – baze ili drugog vojnog objekta – svim licima na službi u jedinicama i ustanovama u kasarni – bazi ili drugom vojnom objektu u pogledu opšteg reda i službe; 3) komandant broda (komandir plovnog sredstva) – svim licima dok se nalaze na brodu ili plovnom sredstvu u pogledu opšteg reda, discipline, službe, bezbednosti broda ili plovnog sredstva i sigurnosti plovidbe; 4) komandant zgrade – svim licima na službi u zgradi u pogledu opšteg reda i discipline; 5) vođa vazduhoplova – svim licima dok se prevoze vazduhoplovom u pogledu bezbednosti ljudstva i vazduhoplova; 6) starešina vojne zdravstvene ustanove (bolnice, ambulante i sl.) – svim licima dok se nalaze na lečenju i oporavku u pogledu opšteg reda i službe u zdravstvenoj ustanovi; 7) nastavnici (vojna i civilna lica) – učenicima, kadetima vojnoškolskih ustanova koji se školuju za vojne dužnosti, licima na drugom stručnom osposobljavanju za oficire i podoficire i svim profesionalnim pripadnicima VS na školovanju i usavršavanju, bez obzira na čin i zvanje, u pogledu reda i discipline na času.

Važnost određenja pretpostavljenog bitna je zato što se u tački 9. Pravila službe Vojske Srbije *potčinjenim* licima smatraju sva ostala lica u komandi, jedinici, upravi odnosno ustanovi u odnosu na lica koja se smatraju *pretpostavljenima*.

Da se kao učinilac krivičnog dela može javiti *potčinjeni*, određeno je članom 430. KZ, i to samo ako se nalazi u odnosu potčinjenosti prema licu koje je izdalo naređenje. Odnosno, potčinjeni će u skladu sa odredbama KZ biti učinilac krivičnog dela protiv VS samo ukoliko se za izvršeno krivično delo može izreći pet godina zatvora ili teža kazna, ali pod uslovom da je potčinjeni znao da izvršenje naređenja predstavlja krivično delo. Samim tim, potčinjeni samo uslovno može biti učinilac krivičnog dela. Ako se prihvati teorija da je predsednik države vrhovni komandant VS, onda je kategorija „potčinjeni“ sveobuhvatna i može predstavljati sva ranije nabrojana lica bilo da su u statusu vojnog lica, službenog lica ili vojnog starešine, te je svaki pretpostavljeni starešina usled primene principa subordinacije ujedno i potčinjeni, što može biti i jedan od presudnih razloga za oslobođenje od odgovornosti za učinjeno krivično delo protiv VS.

2.4. Službeno lice koje vrši službu na granici

Krivično delo u kojem je učinilac *službeno lice koje vrši službu na granici* određeno je članom 408. KZ. U vezi sa tim krivičnim delom protiv VS jednom je navedeno kao učinilac (tabela 1).

Službena lica koja vrše službu na granici od 26. januara 2007. godine jesu pripadnici Granične policije Ministarstva unutrašnjih poslova.¹³ Povremena angažovanja jedinica VS u graničnom pojasu Republike Srbije, na primer, u takozvanoj migrantskoj krizi od 2015. godine, ne spadaju u kategoriju službe na granici jer ona više ne postoji u Zakonu o Vojsci Srbije. Aktivnosti koje izvodi VS uz administrativnu liniju prema Autonomnoj Pokrajini Kosovo i Metohija takođe ne spadaju u službu na granici i regulisane su posebnim aktima.

2.5. Rukovalac skladišta

Krivično delo u kojem je učinilac *rukovalac skladišta* određeno je članom 412. KZ. U vezi sa tim krivičnim delom protiv VS jednom je naveden kao učinilac (tabela 1).

Određenje dužnosti rukovaoca skladišta nalazi se u članu 55. Pravilnika o unutrašnjem uređenju i sistematizaciji formacijskih mesta u Vojsci Srbije, gde je propisano: „Uputstvom za unutrašnju organizaciju i rad se definišu poslovi za formacijska mesta profesionalnih pripadnika Vojske Srbije po mirnodopskoj formaciji, bez formacijskih mesta profesionalnih vojnika.“ Za dužnosti ostalih lica Pravilo službe Vojske Srbije i Pravilnik o unutrašnjem uređenju i sistematizaciji formacijskih mesta u Vojsci Srbije propisuju da se određuju formacijom i sistematizacijom, odnosno Uputstvom za unutrašnju organizaciju i rad, a u njih se ubraja i rukovalac skladišta.

13 Tanjug, MUP preuzeo obezbeđenje granice od Vojske, Mondo, 1. februar 2007, <https://mondo.rs/Info/Srbija/a49150/MUP-preuzeo-obezbedjenje-granice-od-Vojske.html>.

Ostale slične dužnosti izvršilaca su: administrator, arhivar, veterinar, vozač, vrtlar, instruktor, laborant, manipulant, nastavnik, protivpožarac, referent, rukovalac, saradnik, strelac, tehnički sekretar, čuvar i druge.

2.6. *Građanin Republike Srbije*

Krivična dela protiv VS u kojima je učinilac *građanin Republike Srbije* određena su čl. 422. i 423. KZ. U vezi sa tim krivičnim delima triput je naveden kao učinilac (tabela 1).

Već u članu 1. Zakona o državljanstvu Republike Srbije¹⁴ određeno je da je građanin Republike Srbije lice koje ima državljanstvo Republike Srbije. S tim u vezi, ukoliko se javi problem prilikom jasnog određenja učinioa krivičnog dela protiv VS u ranije nabrojane kategorije koje mogu izazvati polemiku zbog terminološke neusklađenosti, takvo lice se uvek, u krajnjem slučaju, može podvesti pod građanina Republike Srbije kako se ne bi izbegla odgovornost za učinjeno krivično delo.

2.7. *Komandant ratnog broda, član posade ratnog broda i član posade vojnog vazduhoplova*

Krivično delo u kojem su učinioi *komandant ratnog broda, član posade ratnog broda i član posade vojnog vazduhoplova* određeno je članom 426. KZ. U vezi sa tim krivičnim delom protiv VS ta tri lica su po jednom navedena kao učinioi. Osim toga, u istom krivičnom delu *komandant ratnog broda i član posade ratnog broda* su po jednom navedeni kao lice u drugom svojstvu (tabela 1).

Kao učinilac krivičnog dela u članu 426. KZ određeni su komandant i članovi posade ratnog broda. U ZoVS lice koje bi se moglo podvesti pod tu kategoriju ne postoji zato što je prestankom Državne zajednice Srbije i Crne Gore prestala da postoji Ratna mornarica u kojoj su zakonom bili određeni ratni brodovi koji su se nalazili na Jadranskom moru u teritorijalnim vodama Crne Gore. Zbog izmenjenih okolnosti na unutrašnjim plovnim putevima u Republici Srbiji, Pravilom o brodskoj službi iz 2010. godine¹⁵, već u članu 1, određeno je da je *vojni brod* Republike Srbije plovni objekat koji vije zastavu rečnih jedinica VS i ima formacijom predviđenu vojnu posadu koja je pod komandom vojnog lica.

Iz toga se može zaključiti da u VS ne postoje ratni brodovi i da u skladu sa tim odredbu KZ treba usaglasiti tako da umesto *ratni* bude *vojni brod* ili primenjivati ostale članove KZ koji se odnose na odbijanje naređenja ili nesavesno vršenje službe.

Određenje *člana posade vojnog vazduhoplova* je mnogo jasnije u Zakonu o vazdušnom saobraćaju Republike Srbije¹⁶ koji određuje da su vojni vazduhoplovi Republike Srbije vazduhoplovi koji su upisani u Registar vojnih vazduhoplova i koji

14 *Sl. glasnik RS* 135/04, 90/07 i 24/18.

15 Generalštab Vojske Srbije, Pravilo brodske službe, Direkcija za izdavačku i bibliotečko-informacionu delatnost, Vojnoizdavački zavod, Vojna štamparija, Vojna knjiga, knj. 1612, Beograd 2010.

16 Zakon o vazdušnom saobraćaju Republike Srbije, *Sl. glasnik RS* 73/10, 57/11, 93/12, 45/15, 66/15 – dr. zakon, 83/18 i 9/20.

moгу da lete prema pravilima letenja koja vađe za opšti ili operativni vazdušni saobraćaj.¹⁷ Članovi posade civilnih, vojnih i ostalih državnih vazduhoplova su letačka posada, kabinska posada i dodatni članovi posade, čiji broj i sastav zavisi od tipa vazduhoplova, priručnika za upravljanje vazduhoplova, operativnog priručnika korisnika vazduhoplova i propisa Direktorata civilnog vazduhoplovstva Republike Srbije (član 5).

Članovima posade vojnog vazduhoplova se, i prema Pravilniku o letenju vojnih vazduhoplova Republike Srbije³², određuje da obavljaju određenu dužnost u okviru posade na za to propisanom mestu u vazduhoplovu, da su odgovorni vođi vojnog vazduhoplova i kada nije dozvoljeno letenje članu posade (član 25).

ZAKLJUČAK

Na samom početku osnovnih odredaba KZ jasno je naglašeno da se krivične sankcije mogu izricati samo licima koja je taj propis odredio i nijednom drugom ili slično nazvanom licu. Aktuelni normativni okvir VS nije usaglašen sa KZ u pojmovnim određenjima i može dovesti do različitih tumačenja i posledičnog pogrešnog davanja svojstava licima koja ih nemaju.

Tužiocima, sudijama, pravobraniteljima i drugim učesnicima u istražnim i sudskim postupcima uglavnom nisu upoznati sa aktuelnostima u propisima VS, što može dovesti do nesnalazanja u određenju naziva učinioaca nekog od krivičnih dela. Loše imenovanje učinioaca nekada dovodi do dugotrajnih i skupih krivičnih postupaka koji bi bili izbegnuti da je status učinioaca na početku postupka bio jasno određen.

U KZ su imenovani sledeći učinioци krivičnih dela protiv VS: *vojno lice, vojni starešina, potčinjeni, službeno lice koje vrši službu na granici, rukovalac skladišta, građanin Srbije, komandant ratnog broda, član posade ratnog broda i član posade vojnog vazduhoplova*.

U propisima VS, počevši o ZoVS, pa i u ostalim dokumentima, pronađeni su sinonimi za sva nabrojana lica osim za jedno. Lice nazvano *službeno lice koje vrši službu na granici* to ne može da bude zbog toga što su nadležnosti graničnih poslova preneti na Graničnu policiju koja se nalazi u strukturi Ministarstva unutrašnjih poslova i samim tim bi to krivično delo i učinioaca trebalo izmestiti iz tog poglavlja KZ.

Razlika u imenovanju se javlja i u slučaju *komandanta ratnog broda i člana posade ratnog broda*. U propisima VS i Republike Srbije propisano je da su ratni brodovi samo *vojni brodovi*. Pošto ta kategorija brodova više ne postoji u propisima, naziv tog broda bi trebalo uskladiti u propisima. Iako je nesporno na koje brodove se misli u KZ, treba da postoje jasne odrednice i treba razmotriti pojmovno uređenje prilikom neke od narednih izmena KZ.

Vojni starešina je lice čija je dužnost propisima VS određena kao dužnost *starešine*. Iako šira javnost dužnost starešine izjednačava sa licima kao što su oficiri i podoficiri, tu dužnost obavljaju i vojnici i civilna lica.

17 Pravilnik o letenju vojnih vazduhoplova Republike Srbije, *Sl. vojni list* 14/18.

Najznačajnije odstupanje je uočeno u bližem određenju *vojnih lica*. U KZ je određeno da je *vojno lice*: profesionalni vojnik (profesionalni oficir, profesionalni podoficir, oficir po ugovoru, podoficir po ugovoru i vojnik po ugovoru), vojnik na odsluženju vojnog roka, student Vojne akademije, učenik vojne škole, lice iz rezervnog sastava dok se kao vojni obveznik nalazi na vojnoj dužnosti i civilno lice koje vrši određenu vojnu dužnost.

U ZoVS se drugačije određuje pojam vojnih lica, te bi to trebalo uskladiti sa pojmovnikom KZ kojim bi se odredilo da su vojna lica: profesionalna vojna lica (oficir u radnom odnosu na neodređeno i određeno vreme, podoficir u radnom odnosu na neodređeno i određeno vreme i profesionalni vojnik), vojnik na služenju vojnog roka, kadeti i učenici vojnoškolskih ustanova i lica u rezervnom sastavu dok se nalaze na vojnoj dužnosti.

U propisima VS pod određenim okolnostima civilno lice se može naći na vojnoj dužnosti. Osim toga, u propisima VS određuje se status licima na drugom stručnom osposobljavanju za oficire i podoficire koja nisu određena u KZ.

Jednostavan predlog kojim bi se prevazišli problemi u tumačenjima jeste da se u KZ upotrebi samo naziv *vojna lica* zato što se u ZoV pojmovno određuje koja lica mogu da budu profesionalna vojna lica.

Predstavljeni rezultati mogu pomoći ovlašćenim licima kada imaju nedoumicu da odrede učinioce krivičnog dela protiv VS, a ubuduće bi bilo dobro i da se propisi terminološki usaglase.

LITERATURA

- Bugarški T. (2022). Serbia: Criminal Law of the Republic of Serbia. 157–204. *Criminal Legal Studies. European Challenges and Central European Responses in the Criminal Science of the 21st Century*, ed. E.Váradi-Csema. Miskolc–Budapest: Central European Academic Publishing. https://doi.org/10.54171/2022.evcs.cls_6.
- Jović M. (2013). Blanketna krivična dela. *Pravne teme*, 1(03), 68.
- Leštanin B. (2017). Saradnja Ministarstva unutrašnjih poslova i Međunarodnih snaga bezbednosti na Kosovu i Metohiji, sa posebnim osvrtom na Policijsku upravu Kraljevo. *NBP – Journal of Criminalistics and Law* 22(2), 63.
- Lutovac N., Pavlica J. (1980). *Krivična zaštita oružanih snaga SFRJ*. Beograd: Vojnoizdavački zavod.
- Milosavljević B. (2018). *Sistem bezbednosti Republike Srbije: ustavne dimenzije*. Beogradski centar za bezbednosnu politiku. Beograd: Unagraf. ISBN 978–86–6237–159–1
- Ministarstvo prosvete Republike Srbije (2009). Dozvola za rad br. 612–00–00894/2009–4 od 7. decembra 2009.
- Pajović M. (2012). Application of the content (of documents) analysis in study of archival material. *Vojno delo* 64(3), 402–417.
- Starčević S., Blagojević S. (2018). Migrantska kriza – angažovanje Vojske Srbije. *Zbornik Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja* 37(2), 46.
- Stojanović Z. (2006). *Komentar Krivičnog zakonika*, 1. izdanje. Beograd: Službeni glasnik.
- Stojanović Z. (2013). Da li je Srbiji potrebna reforma krivičnog zakonodavstva? *CRIMEN – časopis za krivične nauke* 2, 119–143.

- Tanjug. MUP preuzeo obezbeđenje granice od Vojske. Mondo, 1. februar 2007. <https://mondo.rs/Info/Srbija/a49150/MUP-preuzeo-obezbedjenje-granice-od-Vojske.html>, poslednji pristup 2. januara 2023.
- Vukosav M. (2002). *Zbirka sudskih odluka*. Knjiga 3. Beograd. Krivični zakonik, *Sl. glasnik RS* 85/05, 88/05 – ispr, 107/05 – ispr, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16 i 35/19.
- Zakon o državljanstvu Republike Srbije, *Sl. glasnik RS* 135/04, 90/07 i 24/18.
- Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica, *Sl. glasnik RS* 85/05.
- Zakon o vazdušnom saobraćaju Republike Srbije, *Sl. glasnik RS* 73/10, 57/11, 93/12, 45/15, 66/15 – dr. zakon, 83/18 i 9/20.
- Zakon o vazdušnom saobraćaju Republike Srbije, *Sl. glasnik RS* 73/10, 57/11, 93/12, 45/15, 66/15 – dr. zakon, 83/18 i 9/20.
- Zakon o vojnoj, radnoj i materijalnoj obavezi, *Sl. glasnik RS* 88/09, 95/10 i 36/18.
- Zakon o vojnom obrazovanju, *Sl. glasnik RS* 36/2018.
- Zakon o Vojsci Srbije, *Sl. glasnik RS* 116/07, 88/09, 101/10 – dr. zakon, 10/15, 88/15 – odluka US, 36/18, 94/19 i 74/21 – odluka US.
- Pravilnik o letenju vojnih vazduhoplova Republike Srbije, *Sl. vojni list* 14/18.
- Pravilnik o standardima i postupku za akreditaciju studijskih programa, *Sl. glasnik RS* 13/19, 1/21, 19/21, 51/23.
- Pravilnik o vojnostručnom osposobljavanju za rezervne oficire Vojske Srbije i vojnom osposobljavanju za lica koja su kandidati za prijem u profesionalnu vojnu službu, *Sl. vojni list* 14/19 i 28/20.
- Odluka o obustavi obaveze služenja vojnog roka, *Sl. glasnik RS* 95/10.
- Generalštab Vojske Srbije (2012). Pravilo službe Vojske Srbije, VK PRS broj 2–3 od 18. decembra 2015. (posebno izdanje).
- Generalštab Vojske Srbije (2010). Pravilo brodske službe. Beograd: Direkcija za izdavačku i bibliotečko-informacionu delatnost, Vojnoizdavački zavod, Vojna štamparija, Vojna knjiga, knj. 1612.

Vinko Žnidaršič*

Stefan Milisavljević**

ANALYSIS OF CHARACTERISTICS OF PERPETRATORS
OF CRIMINAL OFFENSES AGAINST
THE SERBIAN ARMED FORCES AS DEFINED
BY THE CRIMINAL CODE***

SUMMARY

The Criminal Code of the Republic of Serbia recognizes individuals as perpetrators of offenses against the Serbian Armed Forces in a manner that, although linguistically similar to the way relationships are determined within the Serbian Armed Forces and the Ministry of Defense, fundamentally differs from the definitions provided by the Law of the Serbian Armed Forces. This may pose a challenge for authorized individuals leading criminal proceedings, as they often lack sufficient knowledge of the organization of the Serbian Armed Forces and struggle with its numerous regulations. The issue of legally defining individuals designated as perpetrators of criminal offenses by the Criminal Code is therefore explored through the method of content analysis and a comparison of regulations and broader scientific literature.

According to the Criminal Code of the Republic of Serbia, individuals designated as perpetrators of criminal offenses against the Serbian Armed Forces include: military personnel; military superiors; subordinates; officials performing border duties; warehouse manager; citizen of Serbia; commander of a warship; member of a warship's crew; and member of a military aircraft crew. Through further analysis of the content of the regulations of the Serbian Armed Forces, clear definitions are provided for individuals such as subordinates, warehouse managers, citizens of Serbia, and members of a military aircraft crew in all comparative laws and regulations. Minor terminological deviations arise in the definition of the concept of military personnel, while some other subjects are significantly differently defined in the mentioned regulations (such as military superiors, who are actually individuals with the functional duty of a superior; officials performing border duties, who, since 2007, fall under the jurisdiction of the Ministry of Internal Affairs and cannot commit criminal offenses against the Serbian Armed Forces; or the commander of a warship and a member of a warship's crew, who can only be found on a military vessel).

Key words: Criminal Code, Criminal offences against the Serbian Armed Forces, servicemen, Military officer superior, Subordinate

* Military Academy, University of Defense in Belgrade, vinko.znidarsic@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-1449-0448>

** Sector for Human Resources in the Ministry of Defence, stefan.milisavljevic91@gmail.com

*** This paper was written as a part of the scientific research project funded by the Ministry of Defence, Republic of Serbia, *Defence system capability development management model*, number: VA-DH/1/22–24.

*Višnja Randelović**

KRIVIČNO DELO PRINUDNOG ZAKLJUČENJA BRAKA U MEĐUNARODNOM KRIVIČNOM PRAVU

Apstrakt. Praksa primene prinude prema licima ženskog pola sa ciljem zasnivanja bračne zajednice je postala učestala tokom oružanih sukoba. Pred međunarodnim krivičnim sudovima otvorilo se pitanje kvalifikovanja prinudnog braka kao „drugog nehumanog dela“ u okviru zločina protiv čovečnosti. Da bi mogla prethodno da odgovore na pitanje da li je prinudni brak po svojoj prirodi i težini sličan drugim radnjama zločina protiv čovečnosti i da, samim tim, odluče da li može da se podvede pod kategoriju drugih nehumanih dela, veća pred različitim međunarodnim krivičnim sudovima su morala da istraže etiološko-fenomenološku dimenziju prinudnih brakova. U radu se ukazuje na etiološko-fenomenološku dimenziju prinudnog braka kao međunarodnog krivičnog dela i analiziraju pravna shvatanja različitih međunarodnih krivičnih sudova u određivanju prinudnog braka kao drugog nehumanog dela, njegovog razgraničenja od drugih radnji zločina protiv čovečnosti sa kojima ima određenih sličnosti i određivanja pojma prinudnog braka budući da to delo nije izričito propisano ni u jednom od statuta međunarodnih krivičnih sudova.

Ključne reči: prinudni brak, druga nehumana dela, stalni Međunarodni krivični sud, Specijalni sud za Sijera Leone, Vanredna veća u sudovima Kambodže

1. UVOD

Prinudnim zaključenjem braka se povređuje jedno od osnovnih prava svakog ljudskog bića da slobodnom voljom stupi u brak, koje je kao takvo priznato u mnogim međunarodnim aktima, ali i u ustavima i zakonima većine država u međunarodnoj zajednici. Radi zaštite tog prava čoveka, u velikom broju država je prinudno zaključenje braka propisano kao krivično delo. I dok se u pojedinim državama to krivično delo često vrši u praksi, u drugim državama je reč o sporadičnim, izolovanim slučajevima (Ранђеловић 2023), ali posebnu pažnju izaziva njegovo masovno vršenje za vreme oružanih sukoba. U praksi pojedinih međunarodnih krivičnih sudova izvedeni su brojni dokazi koji su ukazali na rasprostranjenost prakse prinudnih brakova tokom oružanih sukoba i na neke osnovne etiološko-fenomenološke

* Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, vmilekic@jura.kg.ac.rs.

karakteristike tih „brakova“. I pored toga, još uvek ni u jednom od statuta međunarodnih krivičnih sudova krivično delo prinudnog braka nije izričito propisano već se krivično goni kao radnja zločina protiv čovečnosti – druga nehumana dela. Iako se može reći da je danas, i pored dosta lutanja i zauzimanja različitih, nekada čak i suprotstavljenih stavova, sudska praksa međunarodnih krivičnih sudova po pitanju prinudnog braka već razvijena u određenoj meri, u literaturi se ne može pronaći jedno opšteprihvaćeno mišljenje o definisanju prinudnog braka, njegovom razgraničenju od pojedinih drugih krivičnih dela i o samoj radnji izvršenja tog krivičnog dela. Posebno je interesantna polemika o određivanju suštinske prirode tog krivičnog dela kao dela dominantno seksualnog nasilja ili kao dela u kojem dimenzija seksualnog nasilja nije ključna. Ako se to delo dodatno posmatra kroz prizmu rodno zasnovanog nasilja i rodnih uloga, rasprava postaje još komplikovanija.

U tom smislu, cilj autorke ovog rada je da ukaže na etiološko-fenomenološku dimenziju prakse prinudnog zaključenja braka u oružanim sukobima, radi utvrđivanja uzroka takve prakse, određivanja žrtava i učinilaca i oblika u kojima se takva praksa ispoljava. Takođe, u radu se analiziraju stavovi sudske prakse međunarodnih krivičnih sudova i doktrine, o (ne)postojanju potrebe za tom inkriminacijom u međunarodnom krivičnom pravu, njenom odnosu sa drugim međunarodnim krivičnim delima i o određivanju *actus reus* prinudnog braka.

2. ETIOLOŠKO-FENOMENOLOŠKA DIMENZIJA

Imajući u vidu različite stavove iznete u praksi međunarodnih krivičnih sudova o tome da li se prinudni brak može podvesti pod druga nehumana dela, pogotovo o okolnosti da li je prinudni brak po svojoj prirodi i težini sličan drugim radnjama zločina protiv čovečnosti, svi sudovi su morali da istraže i ispituju etiološko-fenomenološku dimenziju pojave.

2.1. Kambodža

Kako bi moglo da zauzme stav o praksi prinudnih brakova tokom oružanog sukoba u Kambodži, Veće u predmetu 002/02 pred Vanrednim većima u sudovima Kambože ispitalo je praksu zaključivanja brakova u Kambodži pre oružanog sukoba. Iako su rituali sklapanja braka bili uslovljeni različitim socioekonomskim, vremenskim, geografskim i topografskim uslovima, mogu se izdvojiti neke osnovne karakteristike tih rituala u populaciji Kmera pre 1975. godine. Tako, budući supružnici mahom nisu bili uključeni u dogovaranje brakova već je to bila stvar njihovih porodica. Roditelji su spajali buduće supružnike vodeći računa o sličnoj društvenoj pozadini dveju porodica. Deca uglavnom nisu protivrečila odluci svojih roditelja, ali su sinovi ipak imali određeni uticaj na izbor svoje supruge, dok su ćerke mogle da budu konsultovane o budućem supružniku, a ponekad su mogle i da odbiju zaključenje braka. Dan venčanja je obeležavala raskošna ceremonija. Smatralo se da je samo venčanje stvar zajednice, pa su prisustvovali roditelji, rodbina, komšije, monasi, pripadnici lokalne vlasti (kao što je starešina sela), čime je bračna zajednica stvo-

rena, ovlašćena i blagoslovena od celokupne zajednice. Ceremonija je mogla da traje od jednog do sedam dana i podrazumevala je tradicionalnu muziku i ples, raskošnu garderobu, sečenje kose mladencima, vezivanje njihovih ruku itd. Monasi su u njoj imali značajnu ulogu – čitali su propoved, davali savete mladencima i isterivali zle duhove. Nakon ceremonije, supružnici su se povlačili u kuću jednih od roditelja, retko su bili informisani o tome kako da se ponašaju tokom prve bračne noći, dok se razovor o konzumiranju braka smatrao tabu temom (Judgment, 2018: 265–272).

Tokom oružanog sukoba, način sklapanja braka je potpuno izmenjen. Naime, jedna od osnovnih ideja komunističke politike Crvenih Kmera bilo je povećanje populacije Kambodže. Da bi ostvarili taj cilj, lideri su prinuđavali devojčice i devojke da se udaju za muškarce koje prethodno nisu poznavale, a takav brak bi bio i zvanično zaključen i potvrđen od ovlašćenih subjekata. Ceremonije zaključenja braka, kojima bi bilo obuhvaćeno između 20 i 60 parova istovremeno, održavane su na različitim mestima, bez prisustva članova porodice, a parovi su odmah zatim bili prinuđeni da brak konzumiraju pod prismotrom pripadnika Crvenih Kmera. Konačni cilj je bio rađanje dece koja bi postala pristalice i glasači režima (Judgment, 2018: 1799–1806, 1832–1844).

2.2. *Sijera Leone*

Pre oružanog sukoba, u Sijera Leoneu su postojale tri vrste braka: običajni, religijski (islamski ili hrišćanski) i civilni. Svaka vrsta braka je prilikom zaključenja podrazumevala obilje tradicionalnih rituala, običaja i ceremonija (Scharf & Mattler 2005: 3–4). Jedna od osnovnih karakteristika oružanog sukoba u Sijera Leoneu bilo je masovno seksualno nasilje. Postojala je učestala praksa otmica devojaka i devojčica koje su „dodeljivane“ pripadnicima pobunjeničkih grupa kako bi postale njihove „supruge“. Tokom prinudnog braka, koji je u nekim slučajevima trajao i više godina, devojke i devojčice su bile podvrgnute učestalom seksualnom nasilju, ali i kujanju, čišćenju i prinudnom radu u vidu nošenja teškog tereta. U situacijama kada ostanu u drugom stanju, bile su prinuđivane da iznesu trudnoću do kraja i da brinu o deci koju su dobile u prinudnom braku. Nakon okončanja sukoba, određeni broj otetih devojaka nije hteo da ode od „svojih muževa“ iz različitih razloga – kako ne bi „rasturile“ porodicu, zbog razvijanja „stokholmskog sindroma“, zato što njihove primarne porodice nisu želele da ih prihvate nazad ili nisu imale gde da odu jer su im primarne porodice ubijene (Taylor 2003: 26, 44).

2.3. *Uganda*

U predmetu *Ongven*, pred stalnim Međunarodnim krivičnim sudom svedočilo je sedam žena o seksualnom i rodno zasnovanom nasilju koje je prema njima učinio okrivljeni Ongven. Svih sedam žena je bilo oteto iz svojih domova od vojnika LRA. Najmlađa je imala sedam, a najstarija 19 godina u vreme otmice. Nakon otmice bile su izabrane od okrivljenog i prisiljene da se priključe njegovom domaćinstvu ili su mu bile „dodeljene“ (Trial Judgment, 2021: 739–747). Nakon smeštanja u domaćinstvo okrivljenog Ongvena, svih sedam žrtava je živelo u okru-

ženju prinude, u kome im nije bilo dozvoljeno da odu, bile su okružene stražom i stavljeno im je do znanja da će biti ubijene ukoliko pokušaju da pobjegnu. Okružene prinude u kome su se nalazile podrazumevalo je seksualno nasilje, prebijanje, prinudni rad i izdavanje naređenja da nekoga ubiju. Svih sedam žrtava su postale „supruge“ okrivljenog Ongvena i morale su da održavaju bračni odnos isključivo sa njim. Pri tome, nikakvih tradicionalnih rituala sklapanja braka nije bilo, pa su žrtve identifikovale različite momente kada su smatrale da je brak „zaključen“: kada ih je okrivljeni oteo, kada su osetile obavezu da prihvate njegov zahtev da ostanu u njegovom domaćinstvu kao supruge ili kad su prvi put imale prinudni seksualni odnos sa okrivljenim (Trial Judgment, 2021: 747–751). Osim redovnih seksualnih odnosa, prinudni brak je podrazumevao svakodnevno, redovno obavljanje kućnih poslova, kao što su kuvanje, rad u bašti, pranje veša, donošenje i cepanje drva, nošenje i pranje sudova, donošenje vode, pranje, negovanje okrivljenog kada je povređen itd. (Trial Judgment, 2021: 766).

Dok je etiološko-fenomenološka dimenzija prinudnog braka tokom sukoba u Sijera Leoneu i Ugandi vrlo slična, praksa prinudnih brakova tokom sukoba u Kambodži oslikava drugačije etiološko-fenomenološke karakteristike. Naime, konačni cilj prinudnog zaključenja braka tokom sukoba u Kambodži bilo je rađanje dece koja bi postala pristalice i glasači režima. Ovde postoji jedan drugačiji kontekst prinudnog braka, gde su oba supružnika prinuđena od trećeg lica da zakluče brak, pa su oba supružnika žrtve tog krivičnog dela. Dok se prinudno zaključenje braka tokom sukoba u Sijera Leoneu i Ugandi može posmatrati kao oblik rodno zasnovanog nasilja, u Kambodži to nije slučaj, s obzirom na to da su žrtve bile i muškog i ženskog pola, a cilj je bilo povećanje populacije, a ne vršenje nasilja prema ženama upravo zato što su su žene. Ipak, rodna dimenzija je vidljiva u smislu da su muškarci nekada i imali pravo da izaberu suprugu, dok žene takvo pravo uopšte nisu imale, nego su čak nekada odvođene u grupama radi udaje za dosta starije muškarce ili muškarce sa invaliditetom (Judgment, 2018: 1814–1816). Takođe, rodna dimenzija je uočljiva u situacijama kada bi žena odbila da zaključi brak ili da ga konzumira, kada su mogle da budu prijavljene vlastima i fizički kažnjavane, nekad čak i silovane, dok takve kazne u istim situacijama prema muškarcima nisu primenjivane (Judgment, 2018: 1829–1832). Konačno, iako prvobitna viktimizacija (prinudno zaključenje braka) nije bila apsolutno rodno zasnovana, svaka dalja viktimizacija tokom trajanja prinudnog braka imala je karakteristike rodno zasnovanog nasilja.

3. KRIVIČNO DELO PRINUDNOG BRAKA U PRAKSI MEĐUNARODNIH SUDOVA

Krivično delo prinudnog braka bilo je predmet suđenja u svega nekoliko situacija pred međunarodnim krivičnim sudovima, i to pred Specijalnim sudom za Sijera Leone (SSSL), Vanrednim većima u Kambodži i pred stalnim Međunarodnim krivičnim sudom (MKS). To ne znači da u oružanim sukobima koji su bili predmet postupaka pred drugim međunarodnim krivičnim sudovima nije bilo prakse prinudnih brakova (dokazi, na primer, ukazuju na masovne slučajeve prinudnog

zaključenja braka tokom oružanog sukoba u Ruandi i sporadične slučajeve za vreme sukoba u bivšoj Jugoslaviji), već samo da nije bilo podignutih optužnica za ta dela ili su ona krivično gonjena na osnovu kvalifikacije nekih drugih krivičnih dela (O'Brien, 2022: 8). Na primer, u predmetu *Kunarac i drugi* pred Međunarodnim krivičnim tribunalom za bivšu Jugoslaviju, okrivljeni Kunarac je oglašen krivim, između ostalog, i za silovanje i porobljavanje kao zločine protiv čovečnosti. Jedna od žrtava je šest meseci, koliko je bila pritvorena, konstantno bila silovana od okrivljenog Kunarca koji ju je zadržao isključivo za sebe, dok je drugim vojnicima bilo zabranjeno da je siluju. Žrtva je morala da ispunjava sve naredbe i sve zahteve okrivljenog i da obavlja kućne poslove (Gong-Gershowitz 2009: 59).

Praksa tokom oružanih sukoba je pokazala da za jednom inkriminacijom kao što je prinudni brak potreba itekako postoji, međutim, ni u jednom od statuta međunarodnih krivičnih sudova to krivično delo nije izričito propisano. Upravo zbog toga prilikom suđenja za to krivično delo međunarodni sudovi su se suočavali sa brojnim izazovima.

3.1. Određivanje pojma prinudnog braka kao zločina protiv čovečnosti

Međunarodni krivični sudovi su se na različite načine trudili da odrede pojam prinudnog braka, na šta je dosta uticala i utvrđena etiološko-fenomenološka dimenzija prinudnih brakova. U predmetu *AFRC* pred SSSL, Tužilaštvo je objasnilo da prinudni brak podrazumeva ponašanje koje se određeno vreme preduzima muškarac koji prinudava ženu na vezu sa svim bračnim obavezama, u kojoj postoje podela kućnih poslova i seksualni odnosi kao u braku (Decision on Prosecution Request for Leave to Amend the Indictment, 2004: 6). Prema stavu Tužilaštva, prinudni brak podrazumeva „izgovaranje reči ili preduzimanje drugog ponašanja sa namerom dobijanja bračnog statusa upotrebom sile ili pretnjom upotrebom sile ili prinude, kao što su one izazvane strahom od nasilja, prinudom, pritvaranjem, psihološkim ugnjetavanjem ili zloupotrebom moći u odnosu na žrtvu, ili iskorišćavanjem okruženja prinude, sa namerom dobijanja bračnog statusa“ (Prosecution Final Trial Brief, 2006: 261). Žalbeno veće je zaključilo da je za vreme sukoba u Sijera Leoneu prinudni brak predstavljao situaciju u kojoj je učinilac, ili lica za koja je odgovoran, rečima ili ponašanjem, prinudio primenom sile ili pretnjom upotrebe sile drugo lice da služi kao bračni partner, što za posledicu ima teške patnje ili fizičku ili psihičku povredu žrtve (Appeal Judgment, 2008: 64). Takav stav nailazi na kritike okolnosti da krivično delo može da se izvrši izgovaranjem reči jer bi to značilo da samo izgovaranje reči, odnosno jedna deklarativna izjava sama po sebi predstavlja kršenje međunarodnog krivičnog prava, što nije u skladu sa zahtevom da međunarodna krivična dela predstavljaju najteža dela za čije je suzbijanje zainteresovana celokupna međunarodna zajednica niti bi takva radnja mogla da predstavlja delo slične prirode i težine sa ostalim radnjama zločina protiv čovečnosti (Gong-Gershowitz 2009: 61; Gekker 2014: 129).

Interesantno je mišljenje Pretresnog veća u predmetu *Tejlor* pred SSSL da je fraza „bračno ropstvo“ (eng. *conjugal slavery*) primerenija od izraza „prinudni brak“

i da to kažnjivo ponašanje predstavlja kombinaciju seksualnog ropstva i prinudnog rada u domaćinstvu (Judgement, 2012: 160).

Analizom pravnih shvatanja iznetih u presudi u predmetu 002/02 pred Vanrednim većima u Kambodži, može se zaključiti da je u krivičnom delu prinudnog braka akcenat stavljen na dve povrede: *prvo*, na povredu učinjenu žrtvama muškog i ženskog pola prinudnim nametanjem statusa supružnika od režima Crvenih Kmera na organizovanim ceremonijama bez tradicionalnih rituala i običaja i, *drugo*, na silovanje koje je nakon toga sledilo (Judgment, 2018: 2063–2064).

U predmetu *Ongven* pred MKS, Pretresno veće je objasnilo da je osnovno pravo svakog lica da stupi u brak na osnovu slobodne volje i da brak stvara jedno stanje zasnovano na dobrovoljnoj i ugovornoj vezi. Centralni element prinudnog braka je nametanje žrtvi bračnog statusa, to jest nametanje, bez obzira na žrtvinu volju, obaveza koje proističu iz braka, uključujući bračnu vezu isključivo sa „suprugom“ i posledičnu društvenu stigmatizaciju. Osim toga što je nelegalno, takvo stanje proizvodi društvene, etičke i religijske posledice po žrtvu, koje imaju ozbiljan uticaj na njenu fizičku i psihičku dobrobit. Samim tim, povreda koju žrtva trpi usled prinudnog braka može obuhvatati i odbacivanje od zajednice, mentalnu traumu, povredu njenog dostojanstva i lišenje osnovnog prava da sama izabere supružnika (Trial Judgment, 2021: 959–962). Zaključno, Veće smatra da prinudni brak, kao drugo nehumano delo, podrazumeva prisiljavanje osobe, bez obzira na njenu volju, na bračnu zajednicu sa drugom osobom, primenom fizičke ili psihičke sile, pretnje silom ili iskorišćavanjem okruženja prinude. Prinudni brak je trajno krivično delo jer obuhvata ceo period trajanja prinudne bračne veze, a prestaje kada žrtva bude oslobođena iz takve veze (Trial Judgment, 2021: 962–963).

Može se primetiti da određivanje pojma prinudnog braka nije bilo jednoobrazno u praksi međunarodnih krivičnih sudova. Dok SSSL akcenat stavlja na prinudne seksualne odnose, prinudni rad u domaćinstvu i nametanje statusa „supruge“ bez legalno zaključenog braka, Vanredna veća u Kambodži kao centralne elemente prinudnog braka navode nedavanje saglasnosti na zaključeni brak i silovanje nakon zaključenog braka. MKS iznosi drugačije viđenje suštine prinudnog braka, stavljajući u fokus povredu autonomije žrtve i kršenje njenih ljudskih prava (Maloney, O'Brien, & Oosterveld 2023: 7–8).

3.2. Prinudni brak kao „drugo nehumano delo“

Specijalni sud za Sijera Leone je prvi međunarodni krivični sud koji se suočio sa problematikom prinudnog braka i razvio sudsku praksu u vezi sa tim krivičnim delom. Prvi predmet u kome je razmatrano pitanje prinudnog braka jeste predmet *AFRC* u kome je Tužilaštvo, u tačkama optužnice koje se odnose na seksualno nasilje, prinudni brak podvelo pod druga nehumana dela kao radnju zločina protiv čovečnosti. Samim tim, prethodno je trebalo objasniti kakvo značenje imaju i koja sve ponašanja obuhvataju druga nehumana dela, kako bi se zatim utvrdilo da li se prinudni brak može podvesti pod ovu kategoriju.

U predmetu *AFRC* se radnja izvršenja određena kao druga nehumana dela objašnjava kao „rezidualna klauzula“ koja obuhvata širok spektar ponašanja koja

nisu izričito nabrojana u čl. 2. Statuta SSSL, u kome su propisani zločini protiv čovečnosti. Ipak, iz te radnje izvršenja, prema mišljenju Pretresnog veća, moraju biti izuzeti akti seksualne prirode koji su precizno propisani u čl. 2. g) Statuta kao silovanje, seksualno ropstvo, prisilna prostitucija, prisilna trudnoća i bilo koji drugi oblik seksualnog nasilja (Judgment, 2007: 215). Veće je smatralo da, s obzirom na to da su akti seksualnog nasilja izričito nabrojani u Statutu, ta lista predstavlja *numerus clausus*, pa se ne može širiti dodavanjem novih radnji. Samim tim, Veće se rukovodilo logikom da u druga nehumana dela sledstveno mogu ulaziti samo radnje neseksualnog nasilja.

Žalbena veće u predmetu *AFRC* preispitalo je takav stav i stalo na drugačije stajalište. Analizirajući praksu međunarodnih krivičnih sudova, Žalbena veće je ukazalo na širok dijapazon radnji koje su bile određene kao druga nehumana dela, kao što su: prinudno premeštanje, seksualno i fizičko nasilje izvršeno na leševima, druge teške fizičke i mentalne povrede, prinudno svlačenje žena i prinuđivanje da tako javno marširaju, prinuđavanje žena da gole rade važbe, prinudni nestanak, prebijanje, tortura, seksualno nasilje, ponižavanje, maltretiranje, psihološko zlostavljanje, zatvaranje u nehumanim uslovima. Odluka o tome da li se neko ponašanje može kvalifikovati kao drugo nehumano delo donosi se od slučaja do slučaja, na osnovu ocene prirode ponašanja, konteksta u kome je preduzeto, ličnih prilika žrtve, kao što su uzrast, pol, zdravstveno stanje i uticaj takvog ponašanja na fizičko i mentalno stanje i moral žrtve (Appeal Judgment, 2008: 59–60). Na osnovu takvih stavova u praksi međunarodnih krivičnih sudova, Žalbena veće je našlo da je pogrešno mišljenje Pretresnog veća da kategorija drugih nehumanih dela obuhvata samo radnje neseksualne prirode.

Kada je otklonjena dilema da li druga nehumana dela obuhvataju i akte seksualnog nasilja ili ne, trebalo je zauzeti stav da li prinudni brak uopšte može da se podvede pod kategoriju drugih nehumanih dela. Pošlo se od elemenata drugih nehumanih dela određenih u Elementima krivičnih dela stalnog Međunarodnog krivičnog suda¹ na sledeći način: 1. učinilac je nehumanim delom naneo tešku patnju ili tešku povredu po telo, psihičko ili fizičko zdravlje; 2. delo je bilo sličnog karaktera kao druga dela navedena u čl. 2. od a) do h) Statuta SSSL; 3. učinilac je bio svestan faktičkih okolnosti koje su ustanovile karakter dela (Judgment, 2007: 215). Pri tome, oklonost da li činjenje ili propuštanje zadovoljavaju drugi navedeni element – da su po karakteru slični drugim propisanim radnjama zločina protiv čovečnosti, procenjuje se od slučaja do slučaja, uzimajući u obzir lične okolnosti žrtava koje obuhvataju uzrast, pol, zdravlje i fizičke i psihičke posledice ponašanja (Judgment, 2007: 215).

Na pitanje da li prinudni brak zadovoljava uslove da se svrsta u kategoriju drugih nehumanih dela i samim tim kvalifikuje kao zločin protiv čovečnosti, Žalbena veće je u predmetu *AFRC* odgovorilo potvrdno navodeći da žrtve prinudnog braka trpe fizičko povređivanje na taj način što su podvrgnute ponavljanim aktima silo-

1 International Criminal Court, *Elements of Crimes*, adopted at the 2010 Review Conference, replicated from the Official Records of the Review Conference of the Rome Statute of the International Criminal Court, Kampala, 31 May – 11 June 2010.

vanja i seksualnog nasilja, prinudnom radu, telesnom kažnjavanju i lišavanju slobode. Mnoge žrtve su pretrpele psihološke traume jer su prinuđavane da posmatraju ubijanje ili sakaćenje bliskih članova porodice, pre nego što su prinudnim putem postale supruge onih koji su ta krivična dela izvršili, ali i traume usled etiketiranja kao supruga pobunjenika, zbog čega su izopštene iz svojih zajednica. Kada bi zatrudnele u prinudnom braku, i žene i deca su trpeli dugoročnu stigmatizaciju. Da bi ocenilo da li je delo prinudnog braka sličnog karaktera kao druge radnje zločina protiv čovečnosti, Žalbeno veće je uzelo u obzir prirodu ponašanja učinioca, posebno atmosferu nasilja u kojoj su žene i devojčice otimane, njihovu ranjivost i posledice ponašanja učinioca po fizičko i psihičko zdravlje i moralno stanje žrtve, i zaključilo da je prinudni brak delo sličnog karaktera kao i nekoliko drugih radnji zločina protiv čovečnosti, kao što su porobljavanje, pritvaranje, mučenje, silovanje, seksualno ropstvo i seksualno nasilje (Appeal Judgment, 2008: 65–66). Stavovi o prinudnom braku zauzeti od Žalbenog veća u predmetu *AFRC* potvrđeni su kasnije od Žalbenog veća u predmetu *RUF* pred SSSL (Appeal Judgment, 2009: 262).

U predmetu *002/02* pred Vanrednim većima u Kambodži, Pretresno veće je kvalifikovalo prinudni brak kao drugo nehumano delo u okviru zločina protiv čovečnosti, navodeći da druga nehumana dela predstavljaju rezidualnu kategoriju kojom se inkriminišu ponašanja koja ispunjavaju sve kriterijume zločina protiv čovečnosti, ali ne odgovaraju nijednoj propisanoj radnji u okviru zločina protiv čovečnosti (Judgment, 2018: 380).

U predmetu *Ongwen* pred stalnim Međunarodnim krivičnim sudom, Tužilaštvo je okrivljenom stavilo na teret da je učinio druga nehumana dela, kao radnju zločina protiv čovečnosti, i to u obliku prinudnog braka. Kako Statutom MKS prinudni brak nije izričito predviđen kao krivično delo, Predsudeće veće je trebalo da odgovori na sporno pitanje da li se ponašanje stavljeno na teret okrivljenom – da je prinudio žene da služe kao bračni partneri, može podvesti pod druga nehumana dela kao radnja izvršenja zločina protiv čovečnosti. Predsudeće veće se pozvalo na praksu SSSL, prema kojoj prinudni brak može da se podvede pod druga nehumana dela kada optuženi upotrebom sile, pretnjom upotrebom sile, prinudom, iskorišćavanjem prinudnih okolnosti, prouzrokuje da jedna ili više osoba služe kao bračni partneri, a učinilac zna da je njegovo ponašanje deo šireg ili sistematskog napada usmerenog protiv civilnog stanovništva i da predstavlja nanošenje teških patnji, teškog povređivanja telesnog integriteta, ili mentalnog ili fizičkog zdravlja, koje je po karakteru dovoljno slično radnjama izvršenja zločina protiv čovečnosti. Predsudeće veće se priklonilo tako zauzetom stavu pred SSSL (Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen, 2016: 39–43). Sudeće veće se u tom predmetu pozvalo i na raniju sudsku praksu pred MKS, prema kojoj druga nehumana dela predstavljaju rezidualnu kategoriju koja zahteva da odnosna radnja ne može da se podvede ni pod jednu taksativno propisanu radnju zločina protiv čovečnosti. Ipak, Veće je smatralo da druga nehumana dela ne moraju postojati samo kada preduzeta radnja ne potpada ni pod jednu drugu radnju zločina protiv čovečnosti već i u slučaju kada celokupan obim kažnjivog ponašanja nije potpuno obuhvaćen nijednom drugom propisanom radnjom zločina protiv čovečnosti. Kao

primer radnje koja delom obuhvata neku od propisanih radnji zločina protiv čovečnosti, ali delom ima i svoja sopstvena obeležja po kojima se razlikuje od drugih propisanih radnji. Veće navodi prinudni brak (Trial Judgment, 2021: 959–962).

3.3. *Razgraničenje prinudnog braka od drugih sličnih radnji zločina protiv čovečnosti*

Sledeće pitanje koje se otvorilo u praksi međunarodnih krivičnih sudova jeste razgraničenje prinudnog braka od drugih sličnih radnji zločina protiv čovečnosti. Naime, kako je Tužilaštvo u predmetu *AFRC* pred SSSL svrstalo prinudni brak u kategoriju drugih nehumanih dela, a to delo ipak obuhvata i akte seksualnog nasilja, bilo je važno napraviti razliku i razdvojiti prinudni brak od seksualnog nasilja, čiji su oblici već nabrojani u čl. 2. g) Statuta. U tom smislu Tužilaštvo je objasnilo da prinudni brak, iako obično podrazumeva seksualne odnose, ima svoja sopstvena karakteristična obeležja po kojima se razlikuje od ostalih radnji seksualnog nasilja. Seksualno ropstvo ne mora nužno da dovede do prinudnog braka jer žrtva koja se nalazi u seksualnom ropstvu nije nužno u obavezi da se pretvara da je supruga učinioca, kao što ni žrtva nekog drugog oblika seksualnog nasilja nije nužno u obavezi da preduzima sve radnje koje se preduzimaju u braku. Tužilaštvo je zaključilo da prinudni brak kao nehumano delo može da obuhvata seksualno nasilje ili ropstvo, ali i neke različite elemente (Prosecution Final Trial Brief, 2006: 261).

Ipak, Pretresno veće je u presudi zauzelo stav da priloženi dokazi idu u prilog tome da se ponašanje koje se okrivljenima stavlja na teret treba kvalifikovati kao seksualno ropstvo, a ne kao prinudni brak u okviru drugih nehumanih dela. Pozivajući se na Rimski statut i Elemente krivičnih dela, Pretresno veće navodi sledeće elemente krivičnog dela seksualnog ropstva: 1. učinilac je vršio bilo koja ili sva ovlašćenja koja pripadaju pravu na vlasništvo nad jednim ili više lica, kao što su kupovina, prodaja, pozajmljivanje ili trampa takvog lica, ili nametanje im sličnog lišenja slobode; 2. učinilac je izazvao da se to lice ili lica angažuju u jednoj ili više radnji seksualne prirode; 3. učinilac je takvo ponašanje preduzeo u nameri da se uključi u radnju seksualnog ropstva ili sa razumnim znanjem da postoji verovatnoća da se takva radnja desi (Judgment, 2007: 218). Prema izvedenim dokazima, odnos učinilaca prema njihovim „suprugama“ bio je odnos vlasništva nad njima i uključivao je kontrolu nad žrtvom, odnosno nad njenom seksualnošću, kretanjem, radom. Takođe, činjenica da je učinilac nazivao žrtvu „suprugom“ upućuje na njegovu nameru da se koristi svojim vlasništvom nad njom, a ne na nameru da nameće bračni ili kvazibračni status žrtvi u smislu uspostavljanja međusobnih bračnih obaveza. Veće je istaklo da nijedna žrtva nije smatrala sebe udatom u tako uspostavljenom odnosu, a nije bilo ni dokaza da je neka od žrtava koja je uzeta za suprugu ostala sa svojim takozvanim mužem nakon okončanja neprijateljstva (Judgment, 2007: 219–220).

Žalbeno veće je zauzelo drugačiji stav. Naime, Žalbeno veće je ukazalo na stav Tužilaštva da se prinudni brak razlikuje od drugih dela seksualnog nasilja po primeni prinude učinioca prema žrtvi radi bračnog udruživanja i, dok prinudni brak može u nekim slučajevima da se poklapa sa seksualnim ropstvom, u praksi on ne

mora uvek da podrazumeva da je žrtva podvrgnuta nedobrovoljnom seksualnom odnosu. Žalbeno veće smatra da su tokom suđenja izvedeni obimni dokazi u prilog tome da su učinioci prinudnog braka imali nameru da nametnu prinudnu bračnu zajednicu žrtvama, pre nego da se koriste svojim vlasništvom nad njima, i dokazi da prinudni brak nije pretežno krivično delo seksualne prirode. Naime, u sukobu u Sijera Leoneu je postojala praksa sistematskih otmica žena i devojčica iz njihovih domova i zajednica, kako bi služile kao bračne partnerke vojnicima AFRC-a. Žrtve su morale da se sele od mesta do mesta zajedno sa trupama i prinuđavane su da ispunjavaju brojne bračne dužnosti kao što su redovni seksualni odnosi i prinudno obavljanje domaćih, kućnih poslova kao što su čišćenje i kuvanje za svoje muževe, iznošenje prinudne trudnoće do kraja i briga o deci rođenoj u prinudnim brakovima. Za uzvrat, od muževa se očekivalo da svojim suprugama obezbede hranu, odeću i zaštitu, između ostalog, i zaštitu od silovanja od drugih muškaraca, a takva zaštita ne postoji u slučajevima kada se žene koriste isključivo u seksualne svrhe (Appeal Judgment, 2008: 61–62). Na osnovu svega analiziranog Žalbeno veće je zauzelo stav da nije ispravna odluka da je delo prinudnog braka u potpunosti obuhvaćeno delom seksualnog ropstva, imajući u vidu da postoje dva ključna elementa koja čine prinudni brak različitim i samostalnim delom. *Prvo*, prinuđavanje žrtve od učinioca primenom sile ili pretnje upotrebom sile, rečima ili ponašanjem učinioca ili osoba povezanih sa njim da stupi u prinudnu bračnu zajednicu sa drugom osobom, što za posledicu ima velike patnje ili teške fizičke ili mentalne povrede po žrtvu. *Drugo*, za razliku od seksualnog ropstva, prinudni brak podrazumeva i obuhvata odnos isključivosti između muža i žene, čija povreda može dovesti i do disciplinskih posledica. U tom smislu, prinudni brak nije pretežno krivično delo seksualne prirode (Appeal Judgment, 2008: 64).

I u predmetu *Ongwen* pred MKS odbrana je tvrdila da se ponašanje okrivljenog treba podvesti pod seksualno ropstvo. Ipak, Veće je istaklo da seksualno ropstvo i prinudni brak nisu ista ponašanja jer je ključni element prinudnog braka „nametanje braka žrtvi“, to jest nametanje, zanemarujući volju žrtve, obaveza povezanih sa brakom i socijalnog statusa učiniočeve „supruge“. Činjenica da je takav brak nelegalan nije relevantna već je relevantno da je brak faktički nametnut žrtvi zajedno sa društvenom stigmatizacijom koja ga prati. Samim tim, žrtve prinudnog braka trpe dodatne, različite patnje od žrtava seksualnog ropstva. Ključno je da se prinudnim brakom povređuje pravo nekog lica da slobodnom voljom zaključi brak i zasnuje porodicu (Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen, 2016: 39–43). Imajući sve to u vidu, Veće je zauzelo stav da prinudni brak nije u potpunosti obuhvaćen drugim radnjama zločina protiv čovečnosti. Silovanje i seksualno ropstvo, kao radnje zločina protiv čovečnosti, postoje nezavisno od prinudnog braka. Dok seksualno ropstvo predstavlja ograničavanje ili kontrolu učinioca nad seksualnom autonomijom žrtve dok se nalazi u stanju ropstva, prinudni brak podrazumeva nametanje bračne veze žrtvi od učinioca. Ono ne mora nužno da podrazumeva vlasništvo nad žrtvom, što je ključan element seksualnog ropstva. Isto tako, ni silovanje ne podrazumeva nametanje bračnog statusa žrtvi (Trial Judgment, 2021: 962–963).

4. ZAKLJUČAK

U analizi sudske prakse međunarodnih krivičnih sudova uočava se nekoliko spornih pitanja koja se odnose na prinudni brak. Prvo, kako odrediti *actus reus* prinudnog braka? Drugo, da li prinudni brak može da se svrsta u druga nehumana dela kao radnju zločina protiv čovečnosti? I treće, da li prinudni brak pretežno predstavlja delo seksualnog nasilja ili ne? Od odgovora na to pitanje zavisi i razgraničenje prinudnog braka od nekih drugih radnji zločina protiv čovečnosti, posebno od seksualnog ropstva.

S obzirom na to da krivično delo prinudnog braka nije propisano ni u jednom od statuta međunarodnih krivičnih sudova i da je u praksi međunarodnih krivičnih sudova bilo dosta razmimoilaženja u definisanju prinudnog braka, neophodno je odrediti pojam tog krivičnog dela. Prilikom definisanja prinudnog braka kao međunarodnog krivičnog dela, jedna od mogućnosti jeste da se pođe od njegove definicije sadržane u brojnim međunarodnim aktima (pre svega u Konvenciji o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici, tzv. Istanbulske konvenciji) i nacionalnim zakonodavstvima, prema kojoj prinudni brak predstavlja prinuđavanje drugog lica upotrebom sile ili pretnje da zaključi brak. Takva polazna definicija zahteva neke modifikacije na nivou međunarodnog krivičnog prava jer se prilikom izlaganja o etiološko-fenomenološkoj dimenziji moglo videti da, osim u Kambodži, u ostalim situacijama nije bilo zvaničnog zaključivanja braka već je jednostavno stvorena prinudna zajednica nalik na bračnu, što je sledstveno povlačilo i preuzimanje svih dužnosti koje iz bračne zajednice proizlaze. Zato bi *actus reus* međunarodnog krivičnog dela prinudnog braka mogao da se odredi kao *prinudno nametanje ili prinudno zasnivanje, upotrebom sile ili pretnje, bračne zajednice*. U tom smislu, to delo i treba razumeti u skladu sa stavovima zauzetim u predmetu *Ongven* i međunarodnim aktima, odnosno kao kršenje osnovnog prava nekog lica da slobodnom voljom zaključi brak i zasnjuje porodicu.

Prinudni brak podriva brak kao instituciju, koristeći je kao opravdanje za vršenje mnoštva drugih krivičnih dela, kao što su porobljavanje, tortura, silovanje, seksualno ropstvo, prinudna trudnoća itd. Brak koji podrazumeva promene u pravnom i društvenom statusu supružnika, uz nametanje određenih prava i obaveza koje iz braka proističu, kada dobija formu prinudnog braka, takođe povlači određene promene, ali u vidu negativnih posledica po žrtvu, koje se uglavnom odnose na njenu stigmatizaciju i društvenu odbačenost. Na taj način se podriva i stvaranje zdravih i stabilnih porodica, kao stubova svakog društva (Scharf & Mattler 2005: 8–9).

Ipak, i predložena definicija ima nedostatke, kao i definicije usvojene u međunarodnim aktima i nacionalnim zakonima jer je akcenat na samom činu prinudnog zaključenja braka, odnosno prinudnog zasnivanja bračne zajednice, ali ostaje zanemareno sve nasilje koje žrtva trpi imajući u vidu trajni karakter tog krivičnog dela, koje za posledicu ima psihičke traume, povredu dostojanstva, društvenu stigmatizaciju itd. Tako se stvara utisak da jedan deo kriminalnog ponašanja koje prinudni brak podrazumeva ostaje nepokriven. Iz tog razloga bi se moglo razmisliti o uvođenju još jednog elementa u definiciju prinudnog braka – da je, osim prinude

na zasnivanje bračne zajednice, učinilac prouzrokovao da se pasivni subjekt uključi u akte seksualne prirode i/ili prinudni rad u domaćinstvu, trudnoću i podizanje dece (Scharf & Mattler 2005: 21). Na taj način bi se uvažili i različiti stavovi izneti u literaturu o tome šta se smatra zaštitnim objektom prinudnog braka, da li sama institucija braka, odnosno pravo na zaključenje braka slobodnom voljom, ili određena druga prava žrtve (pravo na slobodu, pravo na polnu slobodu, pravo na zaštitu od prinudnog rada itd.), ili i jedno i drugo (O'Brien, 'Don't kill them, let's choose them as wives': the development of the crimes of forced marriage, sexual slavery and enforced prostitution in international criminal law, 2015: 7). Prema stavovima u teroriji, prinudni brak je višeslojno delo, koje, osim prinude da se zasnjuje bračna zajednica, uključuje silovanje, seksualno ropstvo, prinudnu trudnoću, prinudni rad u domaćinstvu itd. (Frulli 2008: 1036), što znači da ima više zaštitnih objekata, koje sve treba uzeti u razmatranje prilikom određivanja pojma prinudnog braka. Posebno bi trebalo razmotriti kako se zaštitni objekat prinudnog braka uklapa u zaštitni objekat zločina protiv čovečnosti uopšte (O zaštitnom objektu zločina protiv čovečnosti: Ristivojević 2011).

Na pitanje da li se prinudni brak može svrstati u kategoriju drugih nehumanih dela treba odgovoriti potvrdno. Naime, prema Elementima krivičnih dela stalnog Međunarodnog krivičnog suda, da bi neka radnja mogla da se kvalifikuje kao drugo nehumano delo, potrebno je da, uz ostvarenje svih opštih elemenata zločina protiv čovečnosti, budu ostvarena i dva dodatna elementa: 1. da je učinilac nehumanim delom naneo teške patnje, ili tešku povredu po telo ili po mentalno ili fizičko zdravlje; 2. da je takvo delo po karakteru bilo slično nekom drugom delu iz čl. 7. par. 1. Statuta MKS. Sličnost dela po karakteru treba razumeti kao njihovu sličnost po prirodi i težini.² Iz analiziranih sudskih presuda se vidi da prinudni brak po svojoj prirodi ima sličnosti sa nekim radnjama zločina protiv čovečnosti, pre svega sa silovanjem i seksualnim ropstvom. Naime, prinudni brak podrazumeva i vršenje radnji silovanja i seksualnog ropstva, ali sadrži još neke dodatne elemente u odnosu na te radnje. Osim toga što je žrtva prinudnog braka izložena stalnom seksualnom nasilju, ona je izložena i još nekim dodatnim patnjama, koje se ogledaju u prinudavanju na obavljanje kućnih poslova, obavljanje teških fizičkih poslova, trudnoći do koje je došlo usled seksualnog nasilja u prinudnom braku i negovanju rođene dece. Dakle, prinudni brak je *po prirodi* sličan dvema drugim radnjama zločina protiv čovečnosti, a *po svojoj težini* ne samo da se može izjednačiti sa tim radnjama nego ih i nadmašuje jer obuhvata još veći obim kažnjivog ponašanja u odnosu na silovanje i seksualno ropstvo.

Iz toga proizlazi i razlikovanje između prinudnog braka, s jedne strane, i seksualnog nasilja (pogotovo silovanja i seksualnog ropstva), s druge strane. Naime, prema radnji izvršenja, prinudni brak obuhvata, ali i prevazilazi radnje seksualnog nasilja kao zločina protiv čovečnosti. Prinudni brak ne obuhvata samo akte seksualnog nasilja već podrazumeva da se žrtva prinudava da obavlja sve one poslove i dužnosti koje proističu iz bračne zajednice, što obuhvata vrlo širok dijapazon radnji, počev od kućnih poslova (čišćenje, kuvanje itd.), preko brige o navodnom suprugu,

2 International Criminal Court, Elements of Crimes, Art. 7(1)k, p. 8–9.

do iznošenja trudnoće i čuvanja dece rođene u prinudnom braku. Pored posledice seksualnog nasilja, prinudni brak obuhvata i dodatne posledice po žrtve u vidu nevoljnog stvaranja bračnog statusa i samim tim nevoljnog preuzimanja svih dužnosti koje taj status podrazumeva. Uz to ide i dodatna stigmatizacija žrtve, a često i njena odbačenost od zajednice. Prema tome, prinudnim brakom se ne povređuje samo polna sloboda žrtve već i njeno pravo da zaključi brak i zasnuje porodicu slobodnom voljom. Dakle, delo ima jedan novi kvalitet u odnosu na akte seksualnog nasilja. Akcenat je na nametanju žrtvi prinudne bračne zajednice. Zbog toga je opravdano zaključiti da je prinudni brak i delo protiv polne slobode, ali i delo protiv braka i porodice. Podvođenje prinudnog braka pod neku od radnji seksualnog nasilja u okviru zločina protiv čovečnosti značilo bi zanemarivanje jednog širokog opsega kriminalnog ponašanja koje, osim seksualnog nasilja, prinudni brak sobom nosi.

Na osnovu svega navedenog, *de lege ferenda* bi trebalo razmisliti o neposrednom propisivanju prinudnog braka u Statutu stalnog Međunarodnog krivičnog suda imajući u vidu da je to krivično delo postalo česta praksa u oružani, sukobima i da se u praksi međunarodnog krivičnog pravosuđa iznose dosta različiti stavovi o prirodi, težini i odnosu tog krivičnog dela sa drugim radnjama zločina protiv čovečnosti.³ To je posebno važno imajući u vidu brojne međunarodne akte koji upućuju na inkriminisanje prinudnog braka i brojna nacionalna zakonodavstva koja takvu inkriminaciju sadrže.

LITERATURA

- Appeal Judgment, SCSL-04-16-T (Special Court for Sierra Leone February 22, 2008).
- Appeal Judgment, SCSL-04-15-A (Special Court for Sierra Leone October 26, 2009).
- Decision on Prosecution Request for Leave to Amend the Indictment, SCSL-04-16-T (Special Court for Sierra Leone May 6, 2004).
- Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen, ICC-01/04-01/15 (International Criminal Court March 23, 2016).
- Frulli, M. (2008). Advancing International Criminal Law – The Special Court for Sierra Leone Recognizes Forced Marriage as a “New” Crime against Humanity. *Journal of International Criminal Justice*, 1033–1042.
- Gekker, E. (2014). Rape, Sexual Slavery, and Forced Marriage at the International Criminal Court: How Katanga Utilizes a Ten-Year-Old Rule but Overlooks New Jurisprudence. *Hastings Women’s Law Journal*, 105–134.
- Gong-Gershowitz, J. (2009). Forced Marriage: A “New” Crime Against Humanity? *Northwestern Journal of International Human Rights*, 53–76.
- Judgement, SCSL-03-01-T (Special Court for Sierra Leone May 18, 2012).
- Judgment, SCSL-04-16-T (Special Court for Sierra Leone June 20, 2007).
- Judgment, Case 002/02 (Extraordinary Chambers for Cambodia November 16, 2018).

3 Zahtevi za neposredno propisivanje prinudnog braka kao zločina protiv čovečnosti u Statutu stalnog Međunarodnog krivičnog suda izneti su na sednici VI komiteta Ujedinjenih nacija, održanoj u aprilu 2023. godine, na kojoj se raspravljalo o daljem razvoju zločina protiv čovečnosti. <https://press.un.org/en/2023/gal3680.doc.htm>.

- Maloney, K., O'Brien, M., & Oosterveld, V. (2023). Forced Marriage as the Crime Against Humanity of 'Other Inhumane Acts' in the International Criminal Court's Ongwen Case. *International Criminal Law Review*, 1–26.
- O'Brien, M. (2015). 'Don't kill them, let's choose them as wives': the development of the crimes of forced marriage, sexual slavery and enforced prostitution in international criminal law. *The International Journal of Human Rights*, 1–21.
- O'Brien, M. (2022). Gender Dimension of Forced Marriage in International Criminal Court. In I. Rosenthal, V. Oosterveld, & S. SáCouto, *Gender and International Criminal Court* (pp. 1–38). Oxford Academic.
- Presuda, IT-96–23/1-T (Međunarodni krivični tribunal za bivšu Jugoslaviju, 22. februar 2001).
- Prosecution Final Trial Brief, SCSL-04–16-T (Special Court for Sierra Leone December 6, 2006).
- Рањеловић, В. (2023). Кривично дело принудног закључења брака у законодавству Србије са освртом на решења у земљама ЕУ и међународном кривичном праву. *Усклађивање њравној сисџема Србије са сџандардима Евројске уније* (стр. 387–404).
- Ristivojević, B. (2011). О заштитном објекту злочина против човећности: ново рухо међународног права о људским правима. *Crimen*, 52–66.
- Scharf, M., & Mattler, S. (2005, October). Forced Marriage: Exploring the Viability of the Special Court for Sierra Leone's New Crime Against Humanity. *Case Research Paper Series in Legal Studies, Western Reserve University*, pp. 1–24.
- Taylor, L. (2003). "We'll Kill You If You Cry" – *Sexual Violence in Sierra Leone Conflict*. Human Rights Watch.
- Trial Judgment, ICC-01/04–01/15 (International Criminal Court February 4, 2021).

Višnja Randelović*

CRIMINAL OFFENSE OF FORCED MARRIAGE IN INTERNATIONAL CRIMINAL LAW

SUMMARY

During armed conflicts in some countries, it became a common practice for fighters to force women to serve as wives. Although there is usually no official conclusion of marriage, in this way a relationship is created that is in many ways similar to a conjugal relationship. In a forced marriage, “wives” were expected to maintain regular sexual relations with their “husbands”, but also to perform housework, get pregnant, take care of born children and their “husbands”. Having this practice in mind, the Prosecutor before the Special Court for Sierra Leone determined this behavior as forced marriage and qualified it as other inhuman acts within the framework of crimes against humanity. This opened the door for a lot of legal problems related to the “new” crime. Namely, the question arose as to what the criminal act of forced marriage entails, i.e. what is the *actus reus* of this criminal act. Then, what is the difference between forced marriage and some other acts of crimes against humanity that are similar to it, such as, for example, sexual slavery. And finally, is forced marriage an act that is similar in its character to other acts of crime against humanity, so that it could be classified as other inhumane acts. The paper analyzes the etiological-phenomenological dimension of forced marriages in Cambodia, Sierra Leone and Uganda. After that, decisions of Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, Special Court for Sierra Leone and permanent International Criminal Court are analyzed regarding all disputed issues related to forced marriage: the status of this act in international criminal law, the relationship with other similar international criminal offenses and the concept of forced marriage. Finally, proposals *de lege ferenda* are presented regarding the definition of forced marriage and its explicit prescription in international criminal law.

Key words: forced marriage, other inhumane acts, permanent International Criminal Court, Special Court for Sierra Leone, Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia

* Faculty of Law, University of Kragujevac, vmilekic@jura.kg.ac.rs.

IZ ISTORIJE KRIVIČNIH NAUKA

V. Начела о кажњењу стицаја.*

Начела о кажњењу стицаја нису једнака и код идеалног, и код стварног стицаја; на против она су различна код једног и другог облика стицаја.

С тога би било погрешно, кад би се хтела одредити нека правила, која да важе о кажњењу стицаја у *опите*. То би могао да буде само извор нејасноће и неправде при суђењу о појединим облицима стицаја.

Само *засебним* говором и начелима, која вреде о кажњењу идеалног стицаја; и опет *засебним* говором о истим начелима при кажњењу стварног стицаја, – може се дати јасан појам о тим начелима. Тек тако кад се ради може се добити поуздано основа за примену правде при одређивању степена казнене одговорности код једног или другог облика стицаја.

За то ћемо се потрудити да *засебно* изложимо начела о кажњењу и једног и другог облика стицаја онако, како она стоје према савременој науци и напредним законодавствима у казненом праву.

Ну још пре тога неће бити сувишно да кратко поменемо, која су начела важила у римском праву о кажњењу стицаја у *опите*.

Првашње одредбе римских закона о томе биле су више предмети казног *поступка*. У почетку докле је суђење о кривицама зависило само од тужбе (*quaestio*) тужилац је код стицаја морао да бира кривицу, због које хоће да тужи, па кад би изабрао *једну* није могао тужити и за другу. *Једном* тужбом тужилац није могао обухватити више стицајних кривица нити за ове подносити другу засебну тужбу.¹

Међу тим доцније, увиђајући и само неправду и непрактичност таквог рада, римско право напустило је тај ограничени систем тужаба (*quaestiones*) код стицаја и допустило је да се у случају стицаја ко може тужити и судити за *све* стицајне кривице.

* Јован Ђ. Авакумовић, *Теорија казног права, други део*, Београд, 1889, стр. 1071–1102.

1 Geib, Geschichte des römischen Criminalprocesses. Rein, Criminalrecht der Römer, стр. 244 и 247; Heffter, Lehrbuch, § 164.

То је постало опште начело о тужбама за кривице *ма ког рода*. Ну што се тиче начела о примени казне, римско је право постављало разлику између *crimena* (злочинстава и престапа од опште важности) и *delicta privata* (кривице зависно од тужбе приватног лица). За ону прву врсту римско право имало је у разна времена тројакe одредбе што се тиче казна. Или су изрицане казне за *све* кривице, па се све скупљало у једно; или је узета најтежа казна за *основицу*, па се она поштравала због осталих кривица; или се најпосле примењивала само казна најтеже кривице, само кад би то било могуће према природи те казне. Тако је било код оне прве врсте кривица. А код *delicta privata* на против вазда су примењиване казне свију кривица.²

После те напомене из римског права да пређемо на *данашње* стање о кажњењу оба облика стицаја.

Тако:

А. начела, која важе о кажњењу идеалног стицаја.

Систем о кажњењу идеалног стицаја није тако тежак и сложен, као што је то случај код стварног стицаја.

И у старијем, и у новијем казненом праву важило је и важи као опште правило: да код идеалног стицаја треба у главном применити *казну само оне кривице, која је најтежа*.

Ну то правило, и ако је са свим природно, може да буде основа правди само онда кад се буде разумело право његово значење. Таквом, у осталом врло праведном, поставком наравно да се не мисли рећи, као да остале, мење, кривице не би требало да долазе *ни у какв* рачун при одређењу казне код идеалних стицаја.

Ко би *тако* разумео она горња правила, тај би погрешно против првих основа правде.

Са свим је природно, да не би било праведно кад би се једнако казнио онај, који би *једним* актом урадио *јенду* кривицу; као и онога, који би својим *једним* делом урадио *два* или *више* кажњивих дела, па можда још напред *знао* да ће из његове радње настати два кажњива дела. Правда би захтевала да судија у том последњем случају не сме губити из вида ни остале мање кривице оптуженикове при одређењу казне. За то све остале кривице морају тада да служе као мерило за увећање казне. А према томе као и опште начело при одређивању одговорности и казне код идеалног стицаја можемо констатовати ово:

1. Није допуштено код идеалног стицаја употребити казне *свију кажњивих дела*, већ само ону, која је одређена за *најтеже* дело; а пред тога

2 Rein стр. 248.

2. Остала кажњива дела морају да служе као законска основа за *повећање* казне; и најпосле
3. Ну и с том законском основом о повећању казне због вишине кажњивих дела, казна опет *не сме прећи највећу казну* одређену за *најтежу* кривицу од оних које се налазе у идеалном стицају.

Такво гледиште о кажњењу идеалног стицаја данас заступају како научници, тако и новија казнена законодавства у образованих народа.³

Ну наводећи то као опште начело науке и казнених законодавстава, морамо одмах отклонити једну сумњу, која би могла код некога да постане због погрешног разумевања оне поставке: да код идеалног стицаја треба применити казну *најтеже* кривице.

Тај израз не значи то: да би код идеалног стицаја требало увек кривцу одредити *највећу* меру казне, која је законом одређена за *најтеже* кажњиво дело.

Ну на против оно начело значи само то: да ће судија у таквом случају истина примењивати казну *најтеже* кривице; али опет да се, према засебним приликама и особинама кажњивог дела, мора да креће између највеће и најмање мере казне, која је у закону одређена за ту *најтежу* кривицу. А кад се то разуме као основица при одређењу казне онда се, наравно, може оптуженику да одреди и *највећа* мера казне за дотичну *најтежу кривицу*; али тако исто могла би да се досуди и мања мера од те казне. Примена једног или другог увек ће зависити од тога што би се нашло да кривац не би заслужио ону највећу меру казне, коју одређује закон за ону најтежу кривицу или што би се нашло противно.

Правило је дакле само то: да се код идеалног стицаја примењује само казна *најтежег* кажњивог дела, али не увек и његова *највећа мера*. Некад *може* и то да буде, кад би се, према осталим приликама и околностима дела, нашло, да би то одговарало степену повређене правде. Али то *не мора* увек да буде; на против може да се одреди и *мања* казна само кад би се нашло, да би та мања казна била сразмерна према величини кажњивог дела с једне стране и личним особинама кривца с друге стране.

На кратко да кажемо, и у таквом случају, као и у другим оптужењима и приликама, треба *слободно* да се одређује величина казне према величини како *објективне*, тако и *субјективне* казнене одго-

3 Berner, Lehrbuch, стр. 235;
Feuerbach, Lehrbuch, стр. 212,
Ortola, Elements de droit pénal, стр. 519 и 520, и
Hélie, Theorie du code pénal, књига I, стр. 244,
Oppenhoff, Strafgesetzbuch, стр. 127.

ворности у сваком поједином случају оптужења. А та околност што се у идеалном стицају морају да налазе бар *две* кривице, није *законска обавеза*, да би се само с тога морала увек применити *највећа* мера казне најтеже кривице од оних, које сачињавају идеални стицај.

Толико смо сматрали за потребно да објаснимо ову ствар. А после тог објашњења, можемо утврдити стално правило о кажњењу идеалног стицаја. Оно се може исказати овако: *код идеалног стицаја треба применити казну најтеже кривице, за коју би било узето да је оптуженик крив, па поред тога треба казну поштрипти због осталих кривица у стицају.*

То је начело, које важи о томе у данашњем казненом праву.

Ну и ако је то начело опште признато, опет његова *практична* примена није баш без тегоба. Лако је исказати, да код идеалног стицаја ваља применити казну *најтеже* кривице. Али није увек тако исто лако погодити, *која* је доиста најтежа кривица између више њих. Зна се, да закони не одређују само једну казну, већ *разне* као: смртну казну; робију; заточење; затвор, безчастне и новчане казне. Та разноликост казна већ је *први* узрок, да је практички тешко баш увек одредити која је кривица најтежа. Кад закон за разне кривице, које су саставни делови идеалног стицаја, одређује на прилику смртну казну; робију; заточење; или затвор. Онда, наравно да није тако тешко одлучити се *која* је кривица најтежа. Разуме се, да ће одлука гласити да је *најтежа* она кривица, за коју је одређена смртна казна; а да су лакше оне кривице, за које су одређени они други облици казне. У *таквом* случају, у осталом, није ни важно питање о саразмерној одредби казне према *броју* кривица у идеалном стицају. Тада би, као што је познато, смртна казна, која *уништава* и саму личност човечију искључила сваку могућност да се, после тога или у исто време, изврше и други облици казне према истом оптуженику.

Исто тако, кад закон за једну кривицу, одређује робију; за другу заточење; за трећу затвор; а за четврту новчану казну, ни онда опет не би било тешко одредити, *која* би кривица по закону била најтежа. Одузимање *слободе* човеку ваљда је за њега теже него кад би му се одузело нешто имања на име казне. За то је опште правило да су казне: робија, заточење или затвор теже од новчаних казна. А опет кад би закон за више стицајних кривица одређивао све саме казне о лишењу слободе: робију; заточење или затвор, и ту је лако пронаћи *најтежу* кривицу. Према последицама тих разних облика казне ценећи, робија је наравно најтежа, па онда заточење; и најлакши је затвор. Кад су дакле за разне стицајне кривице одређена та сва три облика казне о лишењу слободе, ни тад није тешко знати, да у пракцици треба применити само *најтежу* казну, која је ту робија; а остале казне да треба да служе само за правац при одређивању робије између њене најмање и највеће мере.

Ну много је незгодније с проналаском *најтеже* казне онде, где закон за разне кривице у идеалном стицају одређује казне истина *једног облика*, али с разним максимумима и минимумима или другим речима с разном највећом и најмањом казном у истом облику. Тако кад би закон за сваку кривицу одређивао истина робију, али у једној већи минимум, а у другој већи максимум робије, ту онда настаје тешко питање: по чему да се рачуна казна за *тежу*, а по чему за *блажу*; да ли по максимуму у једном, или по минимуму у другом случају?

Да бисмо то питање, које је врло важно, што јасније представили, ми ћемо га најпре објаснити једним примером, па ћемо тек онда катати његову разрешицу.

Случај, који се замишља у том питању, може да се деси овако:

Петар уради, рецимо, две кривице у облику идеалног стицаја. За обе те кривице закон истина одређује робију, ну за једну од њих одређује *већи максимум*, а за другу *већи минимум*, на прилику за прву највише *петнаест* година робије и најмање две године робије, а за другу *највише* десет година, а најмање *три* године робије. Кад већ имамо и такав случај, који у пракци није редак према данашњим европским казним законима, питање је: која ће се кривица ту сматрати за *тежу*, а која за *лакшу*? Да се то рачуна и према максимуму и према минимуму одређене казне, то никако није могуће, кад закон за једну кривицу одређује већи максимум, а за другу већи минимум казне. Мора се дакле то рачунати било по једној, било по другој од тих чињеница; или само по максимуму, или само по минимуму. Кад би се то мерило по *највећој* мери казне, која се *може* да досуди, онда би несумњиво била *тежа* прва кривица; док на против ка би се то ценило по *најмањој* мери казне, која такође може да се одреди, или по минимуму – онда би била *тежа* она друга кривица, у којој је већи минимум казне.

Научници су у томе разног мишљења. Има их, који држе, да је *тежа* она кривица, за коју закон одређује *већи* максимум, ма да јој је минимум мањи; а други на против тврде, да је *тежа* она кривица која има *већи* минимум.⁴

Ми се слажемо с мишљењем оних првих научника, коју тежину кривице мере по величини максимума, Два разлога говоре у прилог таквог мишљења. Прво; тежина каквих законих последица мора се вазда да мери по њиховој *целини*, то јест каква она може да буде у *опште*, а не само у поједином случају оптужења. А кад се тако узме. – зацело је *строжа* она одредба законска, по којој се кривцу може досудити петнаест година робије, него она по којој се *ни у каквом случају*, не би могло досудити више од десет година робије. И друго;

4 Види Oppenhoff Strafgesetzbuch, стр. 127, прим 18.

зна се да сва напредна законодавства судијама остављају слободу да према засебним приликама личности и дела могу *силазити испод минимума* казне, коју би одређивао какав специјални закон. А према томе кад судија има на прилику она два минимума од три и две године робије, властан је, по закону, и у првом случају казну спустити до тог другог минимума, на прилику по нашем закону до две године робије. *Величина* минимума не утиче дакле ништа на *тежину* кривице; за то њену величину и не треба ценити по том минимуму. И треће; кад би се тежина кривице мерила по *минимуму*, могло би се у пракци десити да онај, који би какву кривицу извршио у облику *идеалног* стицаја, буде *блаже* кажњен од онога, коју би исту кривицу извршио као *једноставно* кажњиво дело. Да останемо, и за објашњење те поставке, при нашем горњем примеру

Кад би се тежина кривице ценила по већем минимуму, онда се не би смело за оне *обе* кривице у облику идеалног стицаја кривцу досудити казне *више од десет* година робије, и ако је за прву кривицу највећа мера казне *петнаест* година робије. Тако би морало бити с тога, што се зна, да се код идеалног стицаја казна одређује само *по најтежој кривици не прелазећи никако њен максимум*. Док на против за саму ону прву кривицу, кад не би била уређена у облику идеалног стицаја, могло би се досудити и *петнаест* година робије. Зар то не би била аномалија?!

Све то било би само јасан доказ, да је правилно оно мишљење, које напред исказасмо и као мишљење неких научника и као своје, а то је: да тежину кривице код разних максимума и минимума, треба рачунати само по величини максимума, а не по величини минимума.

То је опште правило, које важи код идеалних стицаја дела с одређеним казнама како робије, тако и заточења и затвора, с разним максимумима и минимумима.

Ну код казне затвора у вези с другом безчасном казном у пракци је важно још једно *засебно* питање. Тако, кад би закон за један *део идеалног* стицаја одређивао, истина *већи затвор*, али не у једно и казну *лишења грађанске части*; а за други део идеалног стицаја кад би на против одређивао *мањи затвор* али сем тога и лишење грађанске части, – онда је природно запитати: која би се од те две кривице сматрала за тежу; да ли она *са дужим затвором без лишења грађанске части, или она са краћим затвором и лишењем грађанске части?!*

Опште је признато, да би се у таквом случају за *тежу* сматрала она кривица за коју би поред затвора било одређено још и лишење грађанске части, и ако би казна затвора била *мања*.

За такво разумевање има више разлога. Прво, губитак грађанске части није *закона последица*, сваке осуде на затвор, као што је то случај код осуде на робију. На против при осудама на затвор, губитак

грађанске части пресудом се нарочито досуђује само онде, где закон то изреком налаже; то је дакле *засебна* казна поред затвора. И друго, последице губитка грађанске части трају *после издржаног затвора*; према томе с губитком грађанске части онај, који је осуђен и на мањи затвор трпи *нешто више* од онога, који би био осуђен на дужи затвор *без губитка грађанске части*. Овај чим издржи затвор, одмах ступа у сва грађанска права; док на против онај први и после издржаног затвора нема та права, трпи дакле неки облик казне и пошто је изашао из затвора. А то последње стање зацело је теже од оног, по ком какав осуђеник с издржаваним затвором постаје слободан у уживању свију грађанских права, као и да није био осуђен; није дакле све једно хоће ли ко, поред затвора, бити осуђен и на губитак грађанске части; и за то је *тежа* она кривица, у којој може бити и *те* осуде поред затвора.

Поред свију питања, која смо до сад расpravили, најпосле је код идеалног стицаја важно још и питање о новчаној казни, коју би закон за *блажу* кривицу, поред редовне казне, одређивао *само као споредну*. Треба знати, да ли би онда било допуштено, *поред употребљене казне за тежу* кривицу, где нема *споредне* новчане казне, још употребити и новчану казну као споредну из ове *блаже* законске одредбе?

У таквом случају важи као признато начело: да се не сме, поред казне за тежу кривицу, употребити и *споредна* новчана казна из блажег закона.

То је начело сасвим путно. Код идеалног стицаја правило је да се не примењују *обе* казне, већ само она, која је одређена за *тежу* кривицу. А кад би се у оном случају применила и новчана казна, па и ако само као споредна, то би значило у пракцици применити *оба* закона; то не би било ни више ни мање, већ радити против оног признатог начела о кажњењу идеалног стицаја у опште, које смо већ казали.

После тога остаје нам само још једно питање, па да завршимо говор о суђењу идеалног стицаја. Ми ћемо одмах да приступимо томе питању. Кад при кажњењу идеалног стицаја важи као правило да се кривац може осудити на казну одређену само за *најтежу* кривицу, онда да ли је потребно истраживати и судити и о осталим кривицама као саставним деловима идеалног стицаја; или је на против доста извидити и осудити само за *најтежу* кривицу?

Ко би замишљао, да због тога што би се у таквом случају могла досудити казна само за *најтежу* кривицу, не би требало ни истраживати, ни судити о осталим *мањим* кривицама, тај би погрешно. То би било погрешно из више разлога. Прво, оне мање кривице треба да служе судији за мерило при одређивању казне у границама максимума и минимума код најтеже кривице. Друго, од казнене одговорности зависи у исто време и грађанска одговорност за ту *мању*

кривицу. Нико се не би могао путем кривичног процеса осудити на грађанско плаћање, док се не би у исто време огласио за крива, и у том оптужењу. А таква грађанска осуда може да буде само поред истраге и осуде и о оној *мањој* кривици. И најпосле треће, та истрага и суђење и о *мањој* кривици потребно је и због тога, што би се, на случај да би какав кривац после осуде за кривице у идеалном стицају урадио кривицу истог рода, тек тада при том доцнијем суђењу могле применити законске одлуке о *поврату*, док на против то не би могло бити, кад за ранију кривицу истог рода не би било судске осуде, па и ако би то било с тога, што је дело било у идеалном стицају с каквом *тежом* кривицом *другог* рода.

Толико је било потребно да проговоримо о начелима, која важе о кажњењу идеалног стицаја.

Остаје нам још да се познамо с начелима која важе о кажњењу *стварног* стицаја, јер ова, као што смо и напред поменули, нису једна иста нити, по самој природи ствари, и могу бити једнака за та оба *разна облика* стицаја. За то ћемо сад засебно да говоримо о томе.

Б. Начела која важе о кажњењу стварног стицаја.

О кажњењу *стварног* стицаја биле су, у науци и законодавствима разних европских народа, три системе, које се у основу разликују једна од друге.

То су *кумуляциона, опсорпциона и средња система*.

Ми ћемо најпре казати, шта се разуме под сваком од те три системе, па онда ћемо дати нашу оцену о њима; и најпосле ћемо казати, која је од тих система најбоља према данашњем степену напретка и цивилизације, што се огледају у казненом праву.

1. Кумулациона система

Та система постављала је као правило о кажњењу стварног стицаја то: да увек треба најпре одредити казну за *сваки* злочин, који је саставан део стварног стицаја, па за тим да се у једну казну саберу све те засебно одређене казне. По тој системи, казна код стварног стицаја није ништа друго већ: *збир свију казна, које је кривац заслужио за свако од појединих саставних делова стварног стицаја*. С тога се та система и зове кумулациона, или српски говорећи, *сабирна*. Девиза те системе била је у оној изреци: "*Quot delicta, tot poenae*". („Колико злочина, толико казна"). Та система тражила је дакле строгу примену свију појединих казна за разна кажњива дела у облику стварног стицаја. Једино одступање од ове строге примене свију казна, допуштала је *сабирна* система само онда, *кад се природно не би могле применити све казне, које би за-*

кон одређивао запоједине саставне делове стварног стицаја. А то је бивало у оном случају, где би закон за једну од стицајних кривица одређивао *смртну казну или вечиту робију*, па би судија једну од тих казна већ изрекао за најтежу кривицу. У таквом случају разуме се да не би било могуће после смртне казне или вечите робије још на какву казну кривца осуђивати. То су случајеви где је већ и сама практика показала апсолутну немогућност примене те *сабирне системе* при кажњењу стварног стицаја.⁵

С таким јединим ограничењем, та *сабирна* система при изрицању казне о стварном стицају, имала је негда превагу у свима старим и старијим казним законодавствима. То је још и могло одговорати тадашњем степену човечанске цивилизације. Ну колико је више напредовао род људски; у колико је шири и дубљи корен захватала просвета и цивилизација, – у толико се све више и више увиђало, да је та *сабирна* система о кажњењу стварног стицаја само оличење неоправдане строгости. У колико су људи, благодарећи утицају просвете, постајали племенитији, – у толико су и државе у својим казним законима све више напуштале ту *сабирну* систему. А научници су ту систему још и пре осудили из више разлога као неправедну и несарамерно строго.

Први разлог за то био им је, што сабирајући тако све казне у опште могао би се створити такав резултат: да би се морао прећи максимум казне у опште. Неће бити сувишно да то објаснимо применом. Зна се, на прилику, да по нашем казном закону робија не сме бити већа од двадесет година. Међу тим кад би се онако применила *сабирна* система при кажњењу стицаја, могло би се десити, да се некоме одсуди *и преко двадесет година робије*. Рецимо да је ко урадио три кривице, од којих закон *за сваку* одређује *по десет година робије*.

Кад би се на тај стварни стицај строго применила система *сабирна*, онда би се таквом кривцу морало досудити *тридесет* година робије. А такво суђење било би колико неправедно, толико и незаконито и сасвим строго. Кад је законодавац одредио да робија не сме бити дужа од двадесет година, он је већ самим тим фактом исказао, да сваку осуду *преко тог броја* година робије сматра као претерану и

5 Bauer, Abhandlungen II стр. 41 и 54.
 Köstlin Revision, стр. 880;
 Berner, Lehrbuch, од 1863 год. стр. 236
 Ortolan, Elements du droit penal I део, стр. 519
 Hélie, Theorie du code penal I, стр. 244 и даље
 Oppenhuff Strafrecht, стр. 27 и даље;
 Feuerbach, Lehrbuch, стр. 212 до 217;
 Krug, Concurrrenz der Verbrechen стр. 4.

неоправдану строгост. Па кад би се, ма и путем сабирања више казна, за више кривица, дошло до резултата да се мора прећи преко те законске највеће мере казне. – онда је очевидно да би се тиме вређала воља закона. У томе би било неправде према човеку, који, и ако је дошао на оптуженичку клупу, опет за то није лишен права, да се и према њему врши само строга примена закона и правде, а ништа и преко тога.

Сем тога друго, строга примена сабирне системе при кажњењу стварног стицаја могла би да буде узрок, да ко за стварни стицај буде строже кажњен, него за исту кривицу у *поврату*. Обично казнени закони сматрају да је доста строгости, што одређују да се кривац, при поврату, може казнити, *поред редовне казне за урађену кривицу* још и *половином* исте казне због самог поврата. На прилику кад би ко за неку кривицу имао да претрпи *десет година* робије, онда би му се у поврату за исту кривицу могло осудити *највише петнаест* година робије. Док на против, кад би исто лице те исте кривице урадило у облику стварног стицаја, онда би му се за сваку од њих могло досудити по десет, дакле, у стварном стицају, за обе *двадесет* година робије. А такво суђење о поврату и стварном стицају, било би противно здравом разуму и правди. Зацело је више покварености код онога, који уради понова кривицу, по што је већ био кажњен за кривицу истог рода; него код онога; који небрежењем државних органа или најпосле, рецимо, и каквим случајем није ухваћен за прву кривицу, надајући се, да га ни у том злом делу неће власт ухватити. А кад је ван сваке сумње, да кривац, у поврату показује више покварености него у стварном стицају, – онда је природно, да због тога онај и осети већу строгост закона при поврату као производу његове веће личне казнене одговорности.

То су два главна разлога, против те сабирне, кумулационе системе о кажњењу стварног стицаја.

Увиђајући строгост и неправду, која је природна последица строге примене кумулационе системе, новија казнена законодавства напустила су је. Шта више и она законодавства, која се још нису могла ње потпуно оставити, састарала су се да накнадним допунама колико толико ублаже неправду те системе. Тим начином постало је данас и код њих као опште правило: да се ни по тој кумулационој системи не сме прећи највећа мера робије, баш да би по строгом сабирању, и излазило у поједином случају оптужења више од тога. То начело видимо исказано на прилику у пруском, нашем и опште – немачком казненом закону.⁶

6 Oppenhoff, Preussischees Strafrecht, § 57.

Наш казнени закон, додаток §-у 69.

Strafgesetzbuch fur das deutsche Reich од 15. маја 1871 год. § 74.

Ну и ова, ограничена примена кумулационе системе о одређењу казне за стварни стицај, свакако не може да промени мишљење о њеној неупутности.

У осталом баш и кад би се тим ограничењем и могла бар у неколико бранити та система, опет је апсолутно за осуду други правац, који је био код неких законодавстава јос строжи према кривцима у стварном стицају. Тако су нека законодавства строгост те кумулационе системе толико далеко примењивала, да су код стварног стицаја одредила, да се може *прећи из једног рода казне у други и онда, кад без стварног стицаја кривац никако не би могао бити осуђен на тај други род казне*. Под таквим неупутним утицајем те кумулационе системе одредио је, на прилику наш казнени закон, допуном §-а 223, да се казни *смрћу* онај, који би се налазио у стицају више опасних крађа, док је на против за *опасне крађе редовна казна робија*, а не *смрт*.

Ми не знамо како је наше законодавство могло изрећи тако ужасну строгост применом смртне казне онде, где јој је најмање било места. Нарочито не разумемо тај правац нашег законодавства с тога, што је и оно само за мање казне (робију, заточење или затвор) усвојило противно начело, то јест да се не сме приликом стицаја применити сва строгост кумулационе системе, као што смо то показали напред говорећи о § 69. нашег казног закона.

Ну на сваки начин морамо признати, да је наш казнени закон, одређујући за крађе смртну казну само због стварног стицаја, тиме урадио највећу погрешку, на коју га је могла навести строга примена кумулационе системе о кажњењу стицаја. А да је та неоправдана законска строгост о кажњењу опасних крађа у стицају, доиста последица само те кумулационе системе, најјаснији је доказ у томе, што, *без стицаја*, и наш казнени закон за опасне крађе *редовно* одређује *робију*, а не смртну казну. Ми држимо, да и сами они, који би још и данас могли бранити мишљење као да би држава имала права осудити на смртну казну онога, који би другог човека убио или иначе злонамерно и с предумишљајем живота лишио, да дакле ни они за цело не би могли ни са чим правдати ту *суровост* закона, да се и за *крађе* кривац *лишава живота*. У оном првом случају нечовечност, која би се огледала у одузимању човечјег живота и (ма и кривицу), још би се и могла извинити таквом истом нечовечношћу спрам другог човека од стране кривчеве, јер је и он другога незаконито лишио живота. Али у другом случају, то се извесно никако не би могло бранити, јер лишење имовине крађом, па ма колико велика да би она била, никада не би могло да буде равно лишењу човечјег живота, кад би се крадљивац за то казнио смрћу. Имаовина се може накнадити или иначе набавити, док на против кад се човек лиши живота, та драгоценост не може му се више никад вратити.

Толико смо сматрали за потребно да проговоримо о тој првој кумулационој системи при кажњењу стварног стицаја.

Сад је ред да пређемо на *другу* систему његову.

2. Апсорпциона система

Са свим противна кумулационој системи јесте система апсорпциона.

По овој системи код стварног стицаја примењивала би се казна само најтеже кривице. А све остале казне за мање кривице, које би биле саставни делови стварног стицаја, отпале би због те примене казне за најтежу кривицу. Остале мање кривице, по тој апсорпционој системи, само би толико имале утицаја, што би се судија због њих и према њима имао да креће у границама највеће и најмање казне за најтежу кривицу. Али на сваки начин по тој апсорпционој системи не би се смеле применити све казне, које би закон одређивао за поједине кривице, као саставне делове стварног стицаја. То не би смело бити с тога што се по тој системи *никад не би смело прећи преко највеће мере казне, одређене за најтежу кривицу*. А на тај начин сва она мања кажњива дела остала би, по тој системи, без казне, *која је одређена нарочито за те кривице*. Применом казне за најтежу кривицу у тој системи оличено је начело: да се тиме *искључују* казне за све остале мање кривице. С тога се може та система назвати *искључна*. Девиза те апсорпционе или искључне системе о кажњењу стварног стицаја налази се у овој правничкој изреци: “*roena major, arsorbet minorem*” (већа казна искључује мању).⁷

Ну та система ни најмање не одговара, основима правде.

Пре свега, по тој системи, не би било никакве разлике о кажњењу *стварног и идеалног* стицаја. Кад се том апсорпционом системом изриче као правило, да би требало применити казну само за најтежу кривицу; а мање кривице да треба употребити само за мерило при одређењу те казне за *најтежу* кривицу, – онда је то оно исто начело, које смо видели при одређењу казне код идеалног стицаја.

И код идеалног стицаја правило је, да се примењује само казна најтеже кривице, а остале да служе само као средство за одређење казне по тој најтежој законској одредби. А такво уравњање стварног и идеалног стицаја у законим последицама односно казне, не би било путно и оправдано. Извесно је, да има више покварености и дрскости код оног кривца, који би у *више прилика урадио више самосталних*

7 Berner, Lehrbuch, стр. 238.

Feuerbach, Lehrbuch стр. 216 прим. IV.

Oppenhoff, Strafgesetzbuch, стр. 132, прим. 23 и 24.

Ortolan, Eléments de odroit pénal 1. део стр. 520

Hélie, Tèorie, du code pénal 1. стр. 244.

кривица, или стварни стицај, – него код онога, који би само *једним* делом повредио више законских одредаба, који би се дакле налазио у идеалном стицају. За то би било са свим на свом месту, да се онај први казни *строже*, него овај други. Међу тим то не би било могуће, кад би се применило оно начело о апсорпционој или искључној системи за кажњење стварног стицаја.

Сем тога, ова искључна система била би природан узрок, те се закони не би вршили *једнако* према свима кривцима. Јер док би се и за само *једну једину кривицу* неком кривцу по закону могло досудити на прилику десет година робије, дотле се, по тој апсорпционој системи никако не би могло досудити *више* казне ни онеме, који би *ту исту кривицу урадио поред још неколико мањих кривица*. Међу тим та неједнакост у поступању с човеком, који би урадио *једну исту кривицу*, саму за себе или још и *поред других мањих кривица*, вазда би била само живи доказ људске и друштвене неправде према поједином оптуженику. То би био законски недостатак, а тај недостатак не би могао остати без видљивих штетних последица у држави, који би у своје казненом закону усвојила такво погрешно начело. И појединац и држава у опште морали би у таквом случају тешко осећати под ударцима тако погрешног законског принципа у судству. Судство тада не би могло вршити своју човечну улогу; која је увек била у томе, да што је више могуће отклања и ублажава судбу оптуженика, кад се већ не може то зло друштвено са свим да искорени. Појединац, као *кривац* осећао би тешко, што би трпео, да држава њега за *једну кривицу* казни онако исто као што другога казни *за такву исту кривицу и поред тога за још неке мање кривице*. А опет, појединац, као *оштећени* у оним мањим кривицама код стварног стицаја, имао би разлога сматрати, да његово повређено право није у држави нашло доста заштите, кад би кривац трпео казну само за другу кривицу, па и ако је ова већа од кривице, која је њему урађена. А најпосле и држава би ту нешто подносила неупутно. Она би морала осетити зло, које за собом повлачи стање, кад њени поједини грађани знају, да држава њихова права и интересе не чува и не заступа подједнако, већ једно више, а друго мање.

Најпосле треће, начело, које је оличено у тој апсорпционој системи, и опасно је за државни и друштвени организам у опште. Кад би се поставило као правило, да онај, који би урадио више кажњивих дела, треба да претрпи казну само за *најтежу* кривицу, а остале кривице да не могу имати ни толико утицаја, да би судија смео прећи преко највеће мере казне за ту *најтежу* кривицу, – значило би ни више, ни мање, већ рђавим људима, законском изреком, давати у неку руку допуштај да и даље раде зла дела, да врше кривице. Кад кривац зна да по што је урадио једну велику кривицу, за мање кривице, које би урадио после тога, неће по закону претрпети никакву

казну, онда не знамо шта би могло рђаве људе уздржати да не врше и друге кривице?! За цело ништа друго, сем њихова воља. А кад само од њихове воље буде зависило, да ли ће радити зла дела, која су законом жигосана као кажњива, онда ће у томе бити врло слабе, или боље рећи, неће бити никакве гаранције, да број кажњивих дела неће бити све већи и већи. Сама засведочена злочиначка воља код каквог човека у извршеном тежем злочину, већ би била жалосна узданица појединима и држави, да тај исти човек неће незаконо и злочински напасти још каква мања права државе или њених појединих грађана, а под законским закриљем казнене неодговорности за те мање кривице. Лукави, покварени, бистри и препредени зликовац, по што би урадио какву велику кривицу, за коју још не би био осуђен, могао би, поред такве искључне системе о кажњењу стварног стицаја, упуштати се још у безброј других *мањих* кажњивих дела, не бојећи се да ће и за њих претрпети какву казну. Он би се једино имао у таквом случају старати да круг својих кажњивих дела ограничи на то: да доцније не уради *већу* кривицу од *пређашње*; па кад би то постигао, ништа му, законски, не би сметало да тако рећи у облику заната, продужи вршење мањих кажњивих дела. Он би тада, по начелу те апсорпционе системе, могао само имати *хасне* од вршења доцнијих мањих кажњивих дела, а не би имао никакве опасности, ни за своју личност, ни за своју слободу због тих доцнијих *мањих* кривица.

А да би таква појава у свакој цивилизованој држави била више него јадна, једва је потебно и да поменемо. Безбедност имовна и лична била би с тога у држави изложена недогледним опасностима од стране појединих препредених и окорелих злочинаца, који би имали, с једне стране зле воље и спреме за вршење кажњивих дела, а с друге стране и доста вештине, да се за многа од тих кажњивих дела извуку од казнене одговорности чинећи само мање кривице од *пређашње*.

И да не говоримо више о тој апсорпционој системи, па већ и то што смо до сад о њој рекли, доста је за уверење, да је та система и неправедна и непрактична. То је узрок те је ова система данас и у науци, и у казним законодавствима, изгубила сваку важност. Научници су готово једногласно осудили ту систему о кажњењу стварног стицаја. А и законодавства готово махом заступају противна начела о томе. Доказ су о томе казнени закони: Пруске, Аустрије, појединих немачких држава; опште немачки казнени закон; шпански; португалски; руски; талијански и још многи други.⁸

Чудо је само да је француски казнени закон, који многим својим узвишеним идеама, може да служи као углед осталим казним законодавствима, — у том питању остао под утицајем те апсорпционе системе о кажњењу стварног стицаја. Ево шта о томе вели француски

8 Ortolan, књ. 1. стр. 528.

казнени закон (“*Code pénal*”): *En cas de conviction de plusieurs crimes et délits, la peine la plus forte sera seule prononcée.* (“На случај кад би се доказало да је ко урадио више злочина или престапа, изрећиће се казна само за најтежу кривицу” – §. 365). Истина да оба француска најбоља криминалисте, Хели о Ортолан (а нарочито онај последњи) нападају на ту одредбу француског казног закона као неупутну;⁹ али се и поред свог признатог научног ауторитета њиховог, опет та апсорпциона система, о кажњењу стварног стицаја одржала у француском казног закону. Таква одредба у француском казног закону јамачно има свој извор у познатој особини Француза, да хоће да буду племенити, хуманитарни у опште, па и према кривцима. Али ма колико да је *врло угледна* особина сваког народа, што хоће да је *племенит*, – опет се мора покудити и та особина, кад она за своју природну последицу редовно има зло, у место добра, кад та племенитост може да буде покретач поквареним људима да продуже радити зла с рачуном, да за та зла неће претрпети казну само за то, што још нису осуђени за ранију *већу* кривицу.

Не слажући се с тим гледиштем француског казног закона, и ми дакле осуђујемо ту апсорпциону систему о кажњењу стварног стицаја. Она је и неправедна и опасна, а и непрактична за државни живот.

Тако ценећи саму основу те апсорпционе системе престаћемо о њој даље да говоримо, а прећићемо на трећу систему о кажњењу стварног стицаја.

3. Средња система

Као што смо видели из нашег досадњег говора о кумулационој и апсорпционој системи при кажњењу стварног стицаја, обе те системе само су *крајности*, које се не дају правдати.

Прва је за покуду због своје претеране *строгости* према кривцу. А опет друга је за осуду због своје незаслужене *благости* према кривцу, и неправде према друштву у опште и појединим члановима државе на по се.

Па да би се избегле те неумесне крајности, наука о казног праву дошла је на трећу систему о кажњењу стварног стицаја, која се зове *средња*. Намера те системе та је: да код стварних стицаја кривац претрпи казну не само за *најтежу* кривицу, већ тако исто и за остале мање кривице. Да је то намера те системе у томе су сагласни сви браниоци њени. Само што се тиче начина о извршењу те намере, у пракци има међу научницима неке разлике. Тако једни то практички извршују на овај начин. Треба, веле, узети као основицу казну, која се одредила за најтежу кривицу, па онда ту казну треба

9 Helie, књ. I. стр. 344 и даље;
Ortolan књ. I. стр. 526 и даље.

повећавати сразмерно заслуженим казнама за остале мање кривице и тако добити *општу* казну за све кривице у стварном стицају.

А други опет мисле, да је боље то практички примењивати овако: треба, веле, за основицу узети *збир* заслужених казна за све кривице у стварном стицају, па онда ту збирну казну *умаљавати* сразмерно појединим личним и стварним приликама, док се не пронађе права мера казне. Или да кажемо још јасније. Онај први начин узима за своју полазну тачку казну *најтеже* кривице (роена мајор); а други начин тако сматра збирну казну, која је сразмерна делу. Ну ма колико да су различне полазне тачке у тим начинима о примени средње системе при кажњењу стварног стицаја, при свем том оба та начина имају као *заједничку* карактеристику то: да и по једном и по другом начину у стварном стицају кривац трпи казну за *сва* своја кажњива дела. Овде смо дужни дати неко мало објашњење, да нас не би ко рђаво разумео. Разуме се, да онакве примене средње системе апсолутно не би могло бити кад би се за најтежу кривицу досудила каква казна, која би са свим искључила примену сваке друге казне, као што је на пример смртна казна, или највећа мера робије, коју би какав положни закон у опште допуштао. Морамо додати, да је у томе примена средње системе слична примени кумулационе системе код таквих казна у стварном стицају. Ну при свем том, што та примена средње системе у томе има заједничку карактеристику с кумулационом, опет тај начин примене средње системе има свога практичног значаја у свима случајима, у којима би поред казне за најтежу кривицу, по закону још било могуће применити и друге мање казне. А то може да буде практично важно свуда, где се за најтежу кривицу не би досудила смртна казна или бар највећа мера робије по закону у *опште*. То је, као што је познато, далеко већи број кривица. За то је не само путна, већ и користна та средња система кад се хоће, да практична примена казне у појединим случајима оптужења одговори основима правде и једнакости пред законом. То је узрок, те је данас и у науци и у напредним казним законодавствима призната ова средња система као најбоља и најправеднија за одређење казне код стварних стицаја.¹⁰

Питање је само, који је бољи и практичнији од она два начина о извршењу ове средње системе: да ли онај први који узима за основицу казну најтеже кривице; или други, који има за полазну тачку *збирну* казну свију стицајних кривица. *Теоријски* говорећи можда има разлога за одбрану и једног и другог од та два начина о извршењу средње системе при кажњењу стварног стицаја. Ну у *практици* се

10 Berner, Lehrbuch стр. 237.
Oppenhoff. Strafgesetzbuch, стр. 132.
Feuerbach, Sehrbuch, стр. 217.
Ortolan I. део, стр. 522 и 528.

показало, да је далеко бољи онај први начин извршења, те средње системе. Први начин много је простији и лакши, него онај други. За то се тим начином не може да уради погрешка при примени његовој као што би то могао да буде случај у другом начину извршења. То је очито показала судска практика у државама, које су у закону усвојиле први начин извршења те средње системе. Тај први начин о извршењу те средње системе одавно је био усвојен у *аустријском* казненом закону. Док на против онај други начин њеног извршења био је одређен у многим новијим *немачким* казним законима. Па не само да су *аустријски* научници и практичари потврдили, да је бољи први начин о извршењу те средње системе, већ шта више и сами *немачки* научници и практични криминисте признали су тај први начин за бољи од онога другог, који су одредили њихови закони.¹¹ А то су они радили и једни и други с тога, што је практична примена другог начина средње системе стварала често врло многе тегобе, погрешке и неправде. Немци, пошто су увидели ту практичну погрешку неких својих закона брзо су одступали од тога.

Тако је *пруски* казнени закон напустио онај други начин примене средње системе одређујући, као и *аустријски* казнени закон, да при кажњењу стварног стицаја треба употребити онај *први* начин средње системе, то јест узимајући *за основицу* казну *најтеже* кривице.¹² А ту одредбу пруског казног закона усвојио је и најновији опште *немачки* казнени закон, задржавајући и начело употребе средње системе о кажњењу стварног стицаја, и одређујући да то треба извршавати по оном *првом* начину.¹³

Као што се већ могло видети из нашег говора о тој средњој системи при кажњењу стварног стицаја, и ми држимо, да је то најбоља, најпрактичнија и најправеднија система о кажњењу стварног стицаја. Ну то може бити само онда, кад се добро разуме та система. Треба знати, шта значи онај израз те системе, да ће се применити казна за *најтежу* кривицу као основица. То, што се каже, да по тој средњој системи треба узети за основицу казну *најтеже* кривице, па онда њу поштравати због осталих мањих кривица, не значи: да би се *увек морала да узме баш највећа мера казне за најтеже кривице*, па преко ње после да се казна поштрава. Не, на против по тој средњој системи о кажњењу стварног стицаја треба савршено слободно *одредити* казну за најтежу кривицу према осталим приликама и особинама дела и личности, а *без призрења на остале стицајне кривице*, па ту казну узети за основицу. Тако радећи, наравно да може да се одреди и *највећа* мера казне, коју би закон одређивао за најтежу кривицу; а може, тако исто, да се одреди и мања мера казне.

11 Feuerbach, стр. 217.

12 Oppenhoff, приметба 23. на стр. 132.

13 Das deutsche Strafgesetzbuch од 1871 § 5.

Па кад се тако засебно буде пронашла сразмерна казна за ту најтежу кривицу, онда би тек ту *сразмерно пронађену* казну најтеже кривице требало повисити по начелима, која важе о примени ове средње системе. За боље објашњење свега тога послужићемо се примером. Узмимо да је закон за најтежу кривицу у стварном стицају одредио десет година робије, а за остале мање кривице да је одредио по две, три и четири године робије. Кад бисмо према томе имали да одредимо казну за стварни стицај тих кривица, ми бисмо онда, по оном првом начину средње системе, најпре одредили колику казну да дамо за најтежу кривицу, па бисмо онда њу *пооштрили* због осталих мањих кривица. Кад бисмо нашли да кривац за најтежу кривицу не би заслужио више од три године робије, онда бисмо и за све кривце укупно могли да му дамо и мање од десет година робије. А на против кад бисмо нашли да би и за саму ону најтежу кривицу оптуженик заслужио, рецимо девет година робије, онда не би било ништа необично да му за све кривице *укупно* дадемо и највећу меру казне за најтежу кривицу. Шта више, по тој средњој системи о кажњењу стварног стицаја, ништа нам не би сметало, да у том случају, због оних мањих кривица, и пређемо ону *специјалну* највећу меру казне од десет година, све до границе законске највеће казне у *опште*, на прилику по нашем казненом закону до двадесет година робије.

Кад се тако разуме та средња система, она се у основу разликује од оне прве две системе о кажњењу стварног стицаја. Од прве, кумулационе, системе разликује се ова средња тиме, што не допушта *несразмерно нагомилавање свију казна у стицају заслужених*. А опет од друге, апсорпционе системе средња се разликује тиме, што не пропушта кривца, а да не осети казну за свако поједино кажњиво дело, и ако би оно било урађено у облику стварног стицаја с каквом другом *тежом* кривицом. И управо та њена разлика и јест оно чиме се та средња система одликује од прве две. У томе се и налази превага те средње системе над осталима. Та средња система постала је управо спајањем из прве две системе онога, што је у свакој од њих било добро, а у исто време избегавањем онога, што не ваља у њима. Кумулациона система није ништа друго, већ да се при кажњењу стварног стицаја полаже сва важност на објективну страну дела, то јест да се при одређењу казне судија руководи поглавито *бројем и важношћу повређеног права*. А опет апсорпциона система даје превагу *субјективној* страни. То значи да се при одређењу казне код стварног стицаја треба поглавито управљати по степену *личне* одговорности кривчеве у најтежем делу, а не по броју и величини извршених стицајних кривица. Па између те две крајности, кумулационе и апсорпционе системе, од којих се једна поводи само за објективном, а друга само за субјективном страном дела, дошла је та трећа система, која при кажњењу стварног стицаја не губи из вида ни објективну, ни субјективну страну дела. По субјективној страни та средња система

употребљује као основицу казну *најтеже* кривице; а из призрења на објективну страну дела, *пооштрава* ту казну због броја и важности осталих кривица, и ако мањих. Због тога се та средња система зове још и *пооштравна*, разумевајући то пооштравање овако, како га исказасмо. А водећи рачуна и о објективној страни средња је система избегла мане обе прве системе; за то је и боља од њих.

После тога држимо да би било сувишно још шта говорити за препоруку те средње системе.

Ну само држимо да ће бити поучно, да се у одељку, који је на реду, дотакнемо неких у сваком случају интересантних питања код стварног стицаја.

EDICIJA *CRIMEN*



Иван Ђокић



**ИЗВРШИЛАШТВО
У КРИВИЧНОМ ПРАВУ**

Edicija CRIMEN • Knjiga 50

Edicija CRIMEN • Knjiga 51

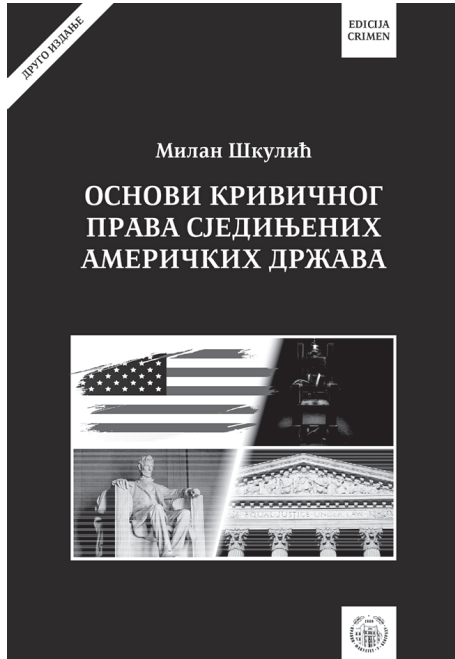


Наталија Лукић



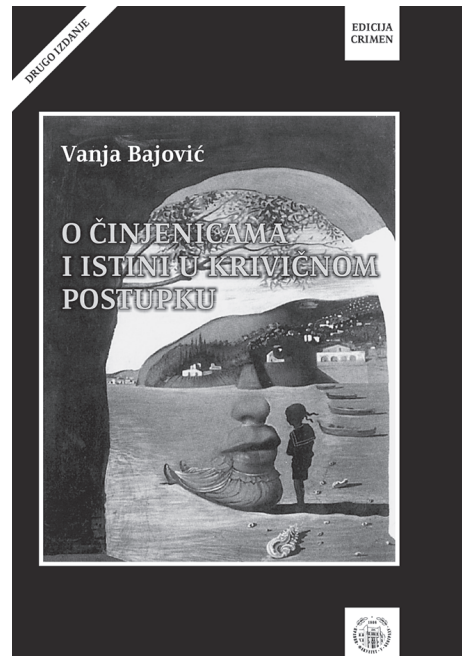
**КРИМИНАЛИТЕТ
КОМПАНИЈА –
КРИМИНОЛОШКИ АСПЕКТ**

EDICIJA *CRIMEN*



Edicija CRIMEN • Knjiga 53
Drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje

Edicija CRIMEN • Knjiga 34
Drugo izmenjeno izdanje



EDICIJA *CRIMEN*



Edicija CRIMEN • Knjiga 32
Drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje



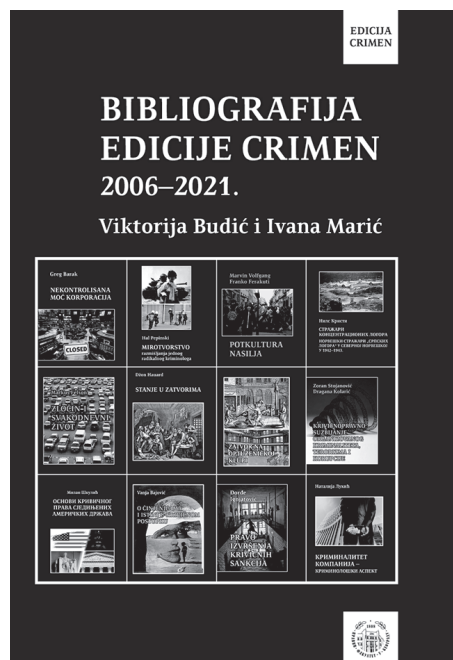
Edicija CRIMEN • Knjiga 37
Treće izmenjeno i dopunjeno izdanje

EDICIJA CRIMEN

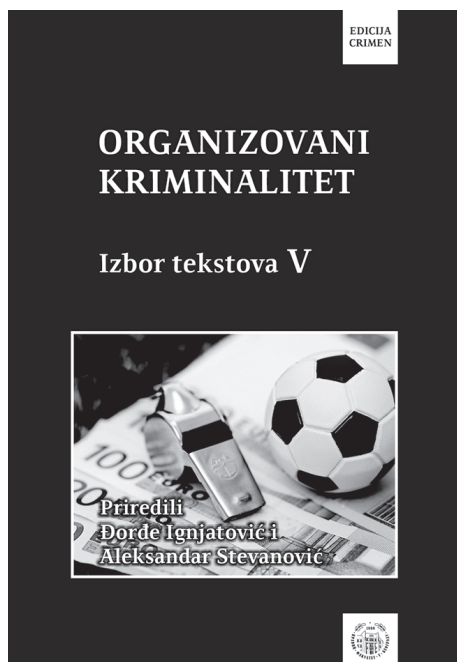


Edicija CRIMEN • Knjiga 55

Edicija CRIMEN • Knjiga 56

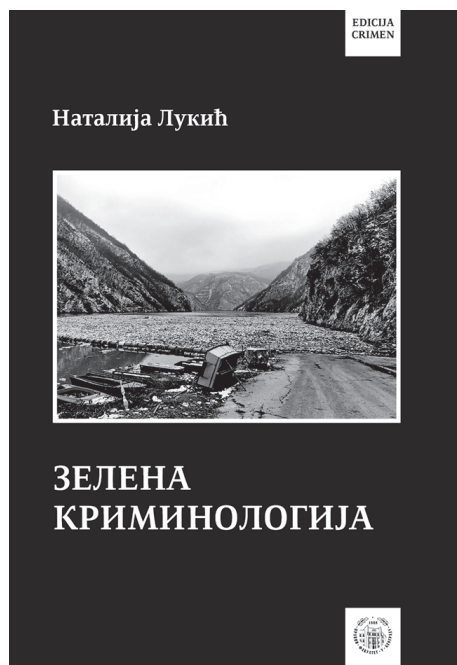


EDICIJA *CRIMEN*

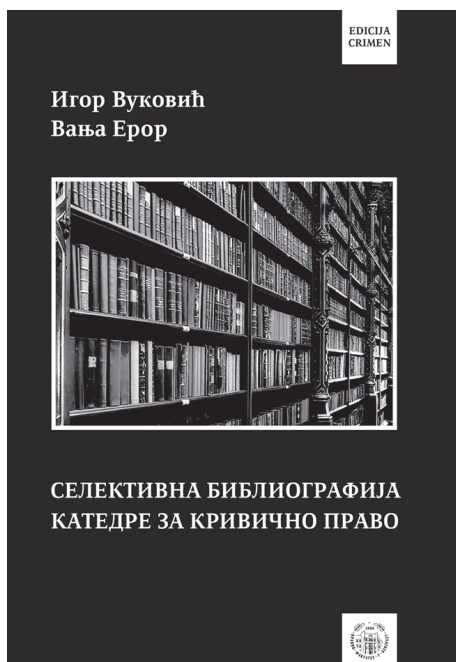


Edicija CRIMEN • Knjiga 58

Edicija CRIMEN • Knjiga 59

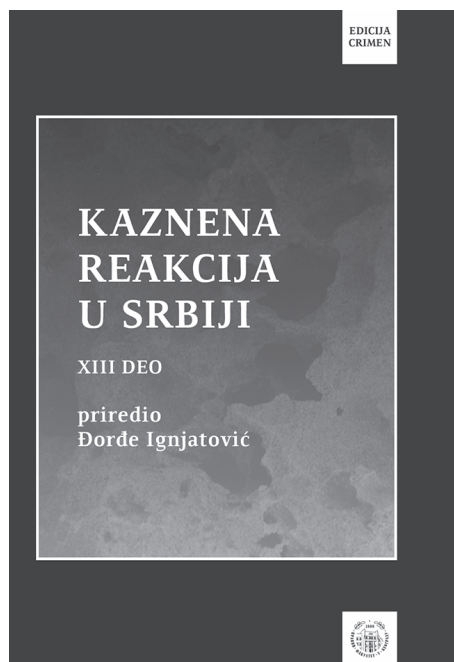


EDICIJA *CRIMEN*



Edicija CRIMEN • Knjiga 60

Edicija CRIMEN • Knjiga 61



U EDICIJI CRIMEN DO SADA OBJAVLJENO:

1. Ignjatović Đ.: PRAVO IZVRŠENJA KRIVIČNIH SANKCIJA (6 izdanja)
2. STANJE KRIMINALITETA U SRBIJI I PRAVNA SREDSTVA REAGOVANJA – I; [5. – II]; [10. – III]; [16. – IV] (Ignjatović Đ. ed.)
3. КОРУПЦИЈА – Основни појмови и механизми за борбу (Илић Г. прир.) (2 издања)
4. Žan Pradel: ISTORIЈAT KRIVIČNIH DOKTRINA (prevod: Perić O.)
6. Ignjatović Đ.: METODOLOGIЈA ISTRAŽIVANЈA KRIMINALITETA sa metodikom izrade naučnog rada (4 izdanja)
7. Делић Н.: НОВА РЕШЕЊА ОПШТИХ ИНСТИТУТА У КЗ СРБИЈЕ
8. Remzi Klark: KRIMINALITET U AMERICI (prevod Simeunović-Patić B.)
9. Simeunović D.: TERORIZAM (2 izdanja)
11. Žan Pradel: KOMPATIVNO KRIVIČNO PRAVO – Sankcije (prevod: Perić O.)
12. Ignjatović Đ.: TEORIЈE U KRIMINOLOGIЈI
13. Бајовић В.: СПОРАЗУМ О ПРИЗНАЊУ КРИВИЦЕ – Упоредно-правни приказ
14. Deni Sabo: OD ANTROPOLOGIЈE DO KOMPATIVNE KRIMINOLOGIЈE (prevod: Đokić I.)
15. Stojanović Z., Kolaric D.: KRIVIČNOPRAVNO REAGOVANJE NA TEŠKE OBLIKE KRIMINALITETA
17. Luk Hulsmann, Jacqueline Bernat de Celis: IZGUBLJENE KAZNE (prevod: Đokić I.)
18. Ignjatović Đ., Simeunović-Patić B.: VIKTIMOLOGIЈA
19. KAZNENA REAKCIЈA U SRBIЈI – I [23. – II]; [25. – III]; [28. – IV]; [31. – V]; [36. – VI]; [40. – VII]; [42. – VIII]; [46. – IX]; (Ignjatović Đ. ed)
20. Markus Felson: ZLOČIN I SVAKODNEVNI ŽIVOT (prevod: Lukić N.)
21. Marvin Volfgang, Franko Ferakuti: POTKULTURA NASILJA (prevod: Ljubičić D.)
22. Danilo Zolo: KO KAŽE HUMANOST... Rat, pravo i globalni poredak (prevod: Katanić Z.)
24. Ignjatović Đ.: KOMPATIVNA KRIMINALITETA I KAZNENE REAKCIЈE: SRBIЈA – EVROPA
26. Делић Н.: НОВА РЕШЕЊА У ПОСЕБНОМ ДЕЛУ КЗ СРБИЈЕ
27. Лукић Н.: СУЗБИЈАЊЕ ОРГАНИЗОВАНОГ КРИМИНАЛИТЕТА
29. Stojanović Z., Kolaric D.: KRIVIČNOPRAVNO SUZBIЈANJE ORGANIZOVANOG KRIMINALITETA, TERORIZMA I KORUPICIЈE (2 izdanja)
30. Begović, B.: EKONOMSKA ANALIZA GENERALNE PREVENCIЈE
32. Ignjatović Đ., Simeunović-Patić B.: VIKTIMOLOGIЈA – OPŠTI DEO (2 izdanja)
33. Džon Hauard: STANJE U ZATVORIMA (prevod: Ljubičić D.)
34. Bajović V.: O ČINJENICAMA I ISTINI U KRIVIČNOM POSTUPKU (2 izdanja)
35. Nils Kristi: GRANICE PATNJE (prevod: Vujičić N.)
37. Stojanović Z.: POLITIKA SUZBIЈANJA KRIMINALITETA (3 izdanja)
38. Tomas Matisen: ZATVOR NA OPTUŽENIČKOЈ KLUPI (prevod: Vujičić N. i Lozić A.)
39. Ђокић И.: ОПШТИ ПОЈАМ КРИВИЧНОГ ДЕЛА У АНГЛО-АМЕРИЧКОМ ПРАВУ (2 издања)
41. Hal Pepinski: MIROTVORSTVO razmišljanja jednog radikalnog kriminologa (prevod: Stevanović A. i Vujičić N.)
43. Нилс Кристи: НОРВЕШКИ СТРАЖАРИ „СРПСКИХ ЛОГОРА“ У СЕВЕРНОЈ НОРВЕШКОЈ 1942–1943. (превод: Буквић Р.)
44. ORGANIZOVANI KRIMINALITET – Izbor tekstova (prir. Ignjatović Đ. i Stevanović A.)
45. Tomas Matisen: KADENCA – Profesionalna autobiografija (prevod Vujančić M.)
47. ORGANIZOVANI KRIMINALITET – Izbor tekstova II (prir. Ignjatović Đ. i Stevanović A.)
48. KAZNENA REAKCIЈA U SRBIЈI X (Ignjatović Đ. ed.)
49. Greg Barak: NEKONTROLISANA MOĆ KORPORACIЈA (prevod: Stevanović A. i Petrović M.)
50. Ђокић И.: ИЗВРШИЛАШТВО У КРИВИЧНОМ ПРАВУ
51. Лукић Н.: КРИМИНАЛИТЕТ КОМПАНИЈА – Криминолошки аспект
52. ORGANIZOVANI KRIMINALITET – Izbor tekstova III (prir. Ignjatović Đ. i Stevanović A.)
53. Шкулић М: ОСНОВИ КРИВИЧНОГ ПРАВА СЈЕДИЊЕНИХ АМЕРИЧКИХ ДРЖАВА (2 издања)
54. KAZNENA REAKCIЈA U SRBIЈI XI (Ignjatović Đ. ed.)
55. ORGANIZOVANI KRIMINALITET – Izbor tekstova IV (prir. Ignjatović Đ. i Stevanović A.)
56. Budić V., Marić I.: BIBLIOGRAFIЈA EDICIЈE CRIMEN 2006–2021.
57. KAZNENA REAKCIЈA U SRBIЈI XII (Ignjatović Đ. ed.)
58. ORGANIZOVANI KRIMINALITET – Izbor tekstova V (prir. Ignjatović Đ. i Stevanović A.)
59. Лукић Н.: ЗЕЛЕНА КРИМИНОЛОГИЈА
60. Вуковић И., Ероп В.: СЕЛЕКТИВНА БИБЛИОГРАФИЈА КАТЕДРЕ ЗА КРИВИЧНО ПРАВО (2 издања)
61. KAZNENA REAKCIЈA U SRBIЈI XIII (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. Osim 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 imejl redakcije.

4. 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

P. Reichel (2005). *Comparative Criminal Justice Systems*, 4th ed., Upper Saddle River, p. 40

Prevodi knjiga

G. Barak (2020). *Nekontrolisana moć korporacija*, Beograd [orig. G. Barak (2017). *Unchecked Corporate Power*, Abingdon], p. 77

Zbornici

E. McLaughlin, J. Muncie (eds.) (2013). *Criminological Perspectives – Essential Readings*, 3rd ed., Los Angeles, p. xii

Ponovljene i uzastopne reference

P. Reichel, p. 140.

5.2. Reference za tekstove u časopisima i zbornicima:

Članci u časopisima

K. von Lampe (2019). Tackling Organized Crime, *CRIMEN – Časopis za krivične nauke*, 3, p. 219

Prilozi u zbornicima

U. Beck (2013). The terrorist threat – world risk society revisited. In: *Criminological Perspectives – Essential Readings* (McLaughlin E., Muncie J., eds.), 3rd ed., Los Angeles, p. 641

Alternativa

Bibliografske reference mogu se u tekstu navoditi modifikovanim APA stilom:

(Reichel, 2005: 40); (Barak, 2020: 77); McLaughlin, Muncie (2013: xii); (von Lampe, 2019: 219); (Beck, 2013: 641)

5.3. Reference za zakone i sudsku praksu

Preporučuje se citiranje prema nacionalnom metodu

5.4. Citiranje internet izvora

Osim 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 potcelina, druga potcelina itd. Podele u okviru poglavlja treba da budu zasnovane na sistemu 1.1.1., koji ostavlja mogućnost korišćenja sistema (a), (b), (c) u tekstu. Numerisanje paragrafa treba izbegavati.

1. PRVA POTCELINA VELIKIM SLOVIMA

1.1. Druga potcelina potamnjena slova (bold)

1.1.1. Treća potcelina u italiku ili podvučena

1.1.1.1. Ostale potceline malim slovima

AUTHOR GUIDELINES

1. The contributions must be original, they may not be published or submitted elsewhere in full or in part. Articles should preferably have an overall length of one author's sheet (not more than 45 000 characters including spaces). Text to be in electronic form in latin in Word for Windows, font Times New Roman, font size 12, double spacing including footnotes.

2. Texts for the section Articles must have: abstract of not more than 20 lines and five key words; summary of not more than 40 lines and with key words (both in English) and list of literature at the end of the article. Considering the fact that in this journal contributions in foreign languages will also be published, authors of these texts should submit abstract, summary, key words in the language of the foreign text and the Redaction of the journal will provide their translation in Serbian. All submitted articles are subjected further to editing by the journal editorial staff.

3. Apart from the printed text – page format A4, only one side of each sheet of paper used, with margins on top and on both sides of at least 3cm – text should also be sent on CD or on e-mail address of the Redaction.

4. Submit footnotes on separate pages at the end of the text, do not restart footnote numbering on each page, but number them consecutively.

5. References should contain following details:

5.1. References to Books:

General

P. Reichel (2005). *Comparative Criminal Justice Systems*, 4th ed., Upper Saddle River, p. 40

Collections of papers

E. McLaughlin, J. Muncie (eds.) (2013). *Criminological Perspectives – Essential Readings*, 3rd ed., Los Angeles, p. xii

Repeated and subsequent references

P. Reichel, p. 140.

5.2. References to texts in Journals and Collections of papers

Articles in Journals

K. von Lampe (2019). Tackling organized crime, *CRIMEN – Journal for Criminal Justice*, 3, p. 219

Contributions in Collections of papers

U. Beck (2013). The terrorist threat – world risk society revisited. In: *Criminological Perspectives – Essential Readings* (McLaughlin E., Muncie J., eds.), 3rd ed., Los Angeles, p. 641

Alternative

For bibliografic references in text authors can use modified APA style:

(Reichel, 2005: 40); (Barak, 2020: 77); McLaughlin, Muncie (2013: xii); (von Lampe, 2019: 219); (Beck, 2013: 641)

5.3. References to Legislation and Juridical Decisions

A method of citation according to the national method is recommended

5.4. Citation of Internet sources

Beside the Internet address, date of access to the document should also be written

http://crime.about.com/od/sex/a/rape_myths.htm, 27. mart 2010.

6. A space should be left between the headings and the text. The order of division should be indicated as clearly as possible: main division, first sub-division, second sub-division etc. The chapter division to be adopted is that based on the 1.1.1. system, which leaves the (a), (b), (c) system for use within the text. Paragraph numbering should be avoided.

1. FIRST SUB-DIVISION IN MEDIUM CAPITAL

1.1. **Second sub-division in bold lower case**

1.1.1. *Third sub-division in italics or underlined*

1.1.1.1. The remaining sub-divisions in medium lower case

CRIMEN

ČASOPIS ZA KRIVIČNE NAUKE || JOURNAL FOR CRIMINAL JUSTICE

(XV) 1/2024 pp. 1-156

CONTENTS

ARTICLES

- Milan Škulić, Evidential significance of information from communications obtained by encryption application/modified devices – such as *Sky ECC* and *EnchroChat* 3
- Igor Vuković, Born human as object of criminal law protection – differentiation from the fetus 56
- Jean-Marc Hausman, Prostitution legal reform in Belgium: Abandoning the abolitionist model in favour of a neo-regulatory approach 67
- Vanja Bajović, Lowering the age of criminal responsibility: a different view on the eternal dilemma. 82
- Vinko Žnidaršič, Stefan Milisavljević, Analysis of characteristics of perpetrators of criminal offenses against the Serbian armed forces as defined by the Criminal code. 106
- Višnja Randelović, Criminal offense of forced marriage in International criminal law 123

FROM THE HISTORY OF CRIMINAL JUSTICE

- Jovan Đ. Avakumović, Principles of punishing the concurrence of criminal offenses 138

ISSN 2217-219X

