

KAZNENA REAKCIJA U SRBIJI

VII DEO

priredio
Đorđe Ignjatović



Biblioteka

CRIMEN

40

*Ova tematska monografija nastala je
kao rezultat rada na Projektu br. 179051
„Kaznena reakcija u Srbiji kao ključni element pravne države“
koji finansira Ministarstvo nauke Republike Srbije*

© Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, 2017.

Sva prava zadržana. Nijedan deo ove knjige ne može biti reprodukovano, presnimano ili prenošen bilo kojim sredstvom – elektronskim, mehaničkim, kopiranjem, snimanjem, ili na bilo koji drugi način bez prethodne saglasnosti autora i izdavača.

KAZNENA REAKCIJA U SRBIJI

VII deo

Tematska monografija

Urednik

Đorđe Ignjatović

Recenzenti

Prof. dr Ljupčo Arnaudovski

Prof. dr Gorazd Meško

dr Jovan Ćirić

Beograd, 2017.

SADRŽAJ

PREDGOVOR	VII
<i>Zoran Stojanović</i> PROGANJANJE – NOVO KRIVIČNO DELO U KRIVIČNOM ZAKONIKU SRBIJE	1
<i>Dorđe Ignjatović</i> KAZNENI POPULIZAM	11
<i>Milan Škulić</i> ANGLOSAKSONSKA DOKTRINA „ODBRANE ZAMKA“ U KRIVIČNOM PRAVU SAD I NJENE MOGUĆE REFLEKSIJE NA NUŽNU ODBRANU U SRPSKOM KRIVIČNOM ZAKONODAVSTVU	33
<i>Boris Begović</i> MEĐUNARODNE MIGRACIJE I KRIMINAL: EKONOMSKA ANALIZA	79
<i>Dorđe Đorđević</i> ODMERAVANJE NOVČANE KAZNE U PREKRŠAJNOM PRAVU	95
<i>Nataša Delić</i> KRIVIČNOPRAVNI ZNAČAJ LAŽNOG ZAKLINJANJA – NEKA ZAPAŽANJA	110
<i>Goran P. Ilić</i> ZAPAŽANJA O UREĐENJU SUDIJSKE FUNKCIJE	132
<i>Igor Vuković</i> NUŽNA ODBRANA IMOVINSKIH DOBARA	141
<i>Marija Karanikić Mirić</i> ZABRANA NEPOŠTENE POSLOVNE PRAKSE	156
<i>Biljana Simeunović-Patić</i> PREVENCIJA NASILJA MLADIH IZ PERSPEKTIVE RAZVOJNE KONCEPCIJE RIŠARA TROMBLIJA	174

Ljubinka Kovačević

UNIVERZALNI MEĐUNARODNI STANDARDI O ZABRANI DEČIJEG
RADA I NJIHOVA PRIMENA U PRAVU REPUBLIKE SRBIJE. 186

Vanja Bajović

NEOKONZERVATIVNI PRISTUP U BORBI PROTIV MALOLETNIČKE
DELINKVENCije I ODGOVORNOST RODITELJA. 219

Ivan Đokić

O OBLICIMA SAUČESNIŠTVA U ENGLESKOM KRIVIČNOM PRAVU. 235

Ivana Marković

KRIVIČNOPRAVNI ZNAČAJ SATIRE. 248

Ana Tešić

VANDALIZAM I HULIGANIZAM. 259

PREDGOVOR

Četrdeseta knjiga u Ediciji CRIMEN je sedmi tom kolektivne monografije u kojoj su prikupljeni tekstovi četrnaest istraživača na projektu br. 179051 (*Kaznena reakcija u Srbiji kao ključni element pravne države*) finansiranom od strane Ministarstva prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

U prvom prilogu Zoran Stojanović analizira novu inkriminaciju u našem krivičnom zakonodavstvu – proganjanje. I ovde je došla do izražaja u drugim zemljama neuobičajena situacija da stručna grupa radi na predlogu novele Krivičnog Zakonika (KZ), vlada na svojoj sednici usvoji to rešenje i uputi ga parlamentu, a onda se poslanici vladajuće većine prema njemu počnu odnositi kao da je došao iz reda opozicije – „stvaralački” ga menjaju (autor takvu praksu smatra „lošim radom Narodne skupštine”) često obesmišljavajući samu logiku predloga. U ovom slučaju, izmenom izraza „radi naručivanja” terminom „radi nuđenja roba i usluga” inkriminacijom su obuhvaćeni i slučajevi agresivnog reklamiranja koji nemaju nikave veze sa proganjanjem kako je ono regulisano u uporednom pravu.

Drugi tekst čiji autor je urednik ove knjige ukazuje na zabrinjavajuće širenje kaznenog populizma u ovom vremenu. Iako pojava da se u pridobijanju glasača na izborima koriste retorika i praksa zaoštavanja kaznene reakcije nije nova, čini se da je odlučujući impuls dobila u anglosaksonskom svetu 1980-tih godina. Kao i u većini drugih stvari, kod nas se proširila dve decenije kasnije, preuzimanjem obrazaca izazivanja straha i panike, medijskih manipulacija i rečnika uglavnom iz britanske prakse (zlobnici bi to povezali sa pojavom savetnika iz Ujedinjenog Kraljevstva u mnogim našim ministarstvima posle 2000. godine). Tako se Srbija pridružila većini zemalja u kojima je na delu penalni populizam, ali (na sreću) ne i penalni nacionalizam kakav postoji u više bivših socijalističkih zemalja Centralne Evrope.

Milan Škulić skreće pažnju na pogrešno uverenje naših medija i laika da američka „doktrina odbrane kućnog praga” daje pravo svakom na čijem provatnom posedu se zatekne prestupnik da primeni bilo koju vrstu odbrane (uključujući i smrtonosnu silu) da bi se zaštitio. Budući da se ovakva zabluda često u javnosti koristi kako bi takva praksa bila ozakonjena i kod nas, autor detaljno analizira uslove koje treba da se ispune u odnosu na napad i odbranu da bi delatnost ugroženog lica ostala nekažnjena i dokazuje kako i u krivičnom pravu SAD u ovom pogledu važi princip proporcionalnosti. Na kraju, čini i predloge koji bi se u odnosu na institut nužne odbrane *de lege ferenda* mogli naći u našem KZ.

U radu u kome se bavi mogućim vezama međunarodnih migracija i zločina Boris Begović tvrdi da istraživanja zasnovana na ekonomskom modelu analize kriminaliteta nisu pokazala statistički značajnu vezu između navedenih pojava – bolje rečeno, došlo se do zaključka da se ona može konstatovati samo u odnosu na po-

jedine oblike kriminalne aktivnosti. Imajući u vidu nedovoljan broj istraživanja u ovoj oblasti, autor se zalaže za njihovo sprovođenje jer bi rezultati mogli da utiču ne samo na javne politike prema migracijama, nego i na opovrgavanje mnoštva predrasuda i stereotipa o migrantima u javnosti većine savremenih država.

Đorđe Đorđević piše o razlikama koje kod odmeravanja novčane kazne postoje u našem krivičnom i prekršajnom pravu. Uporedna analiza ove dve grane kaznenog prava proteže se i na institute ublažavanja i oslobođenja od kazne. Opšti zaključak je da se prilikom sledećih izmena prekršajnog prava moraju izbeći nejasne i neprecizne formulacije odredaba o odmeravanju novčane kazne koje sada stvaraju probleme u praksi.

U prilogu koji je napisala Nataša Delić tretira se krivično pravni tretman lažnog zaklinjanja. Komparativni i istorijski prikaz ove inkriminacije u engleskom i našem pravu, kao i analiza važećeg člana 335 KZ, osnova su da autorka predloži kako dekriminalizaciju (jednog oblika dela), tako i širenje zone kažnjivosti (za dela učinjena u postupku pred javnim beležnikom i za ona koja izvrše stručni saradnici).

Kritikom normi koje se odnose na izbor, trajanje i okončanje sudijske funkcije u Srbiji pozabavio se Goran Ilić. Posle prikaza međunarodni standarda i rešenja u našem Ustavu, zakonodavstvu i strateškim dokumentima, autor zaključuje da izvršna i zakonodavna vlast ugrožava proklamovanu nezavisnost suda i sudija. Zbog toga iznosi više predloga od kojih najvažniji zadiru u ustavna rešenja. Pre svega, po njegovom mišljenju, trebalo bi da se izbor sudija izuzme iz nadležnosti Narodne skupštine i poveri telima sastavljenim od sudija. Takođe, zalaže se i za ukidanje učešća laika u deljenju pravde – sudija porotnika.

Institut nužne odbrane – ali one koja se isključivo odnosi na zaštitu imovine – u centru je interesovanja Igora Vukovića. Njegova osnovna teza je da u slučajevima ugrožavanja bilo čije imovine ne postoji opravdanje za primenu smrtonosne sile – kako od strane ugroženog lica, tako i policije i privatnog obezbeđenja. Isti princip važi i za primenu smrtonosnih zamki postavljenih da bi se zaštitila materijalna dobra.

Marija Karanikić piše o zabrani nedopuštene poslovne prakse. Po uzoru na rešenja iz Direktive EU, i naše kazneno pravo predviđa prekršajno kažnjavanje za nedozvoljena ponašanja koja uključuju i nasrtljiva i obmanjujuća postupanja trgovaca prema potrošačima. Gledano sa stanovišta opštih pravnih principa, autorkin predlog da se izmeni postojeća odredba po kojoj na trgovcima leži teret dokazivanja da se ne radi o nepoštenoj poslovnoj praksi je osnovan. Međutim, pitanje je koliko bi takvo rešenje bilo dobro kada se imaju u vidu razmere prevarnog postupanja trgovaca u svakodnevnim prilikama jer bi ono očito bilo protiv interesa potrošača.

Kao osnov za kritiku načina na koji savremena kriminologija objašnjava nasilničko ponašanje mladih Biljana Simeunović uzima učenje kanadskog psihologa Rišara Tromblijia za koga je agresivnost primordijalni odgovor na frustraciju; drugim rečima, ono je „prirodno” ponašanje koje ne podrazumeva učenje. Iz toga proizlazi zaključak da je zadatak socijalizacije da dete nauči kako da reguliše agresivne impulse, odn. kako da na frustraciju reaguje na nenasilan način. Naravno, ovakvi stavovi imaju i značajne konsekvence na planu prevencije nasilja.

Aktuelnost priloga koji je propremila Ljubinka Kovačević (*Univerzalni međunarodni standardi o zabrani dečijeg rada i njihova primena u pravu Republike Srbije*) je naglašena naročito u ovom trenutku kada se u javnosti mogu čuti prigovori da se novi model dualnog obrazovanja može pretvoriti u kršenje navedene zabrane predviđene u međunarodnom i domaćem pravu. Istovremeno, autorka smatra da krivično zakonodavstvo Srbije pruža zadovoljavajuću zaštitu maloletnika od ekonomskog iskorišćavanja i sličnih zloupotreba.

Tekst Vanje Bajović na originalan način preispituje protivrečan odnos krivičnog i ostalih grana prava prema maloletnicima. Sa jedne strane, šire se njihova prava i razvija zaštitinički koncept, a sa druge se ne nalazi odgovarajući odgovor na izuzetno opasna dela koja lica u navedenom uzrastu vrše. Postojanje tog, kako ga savremena kriminologija naziva šizofrenog odnosa prema mladima (okarakterisan dihotomijom: kao žrtve su „anđeli”, kao prestupnici su „monstrumi”) mogao bi podstaći i članove radne grupe koji rade na izmenama Zakona o maloletnicim učiniocima krivičnih dela ... da preispitaju neka od postojećih i možda ponude neka nova rešenja u oblasti maloletničkog krivičnog prava.

Poslednja dva priloga učesnika na Projektu bave se oblicima saučesništva u engleskom krivičnom pravu (autor Ivan Đokić) i krivično pravnim značajem satire (Ivane Marković). Prvi je uvršćen zbog činjenice da rešenja u anglosaksonskom krivičnom pravu poslednjih decenija vrše snažan uticaj i na rešenja u pravnim sistemima evropskog kontinentalnog prava, dok drugi prilog (iako se zasniva prevashodno na nemačkim iskustvima u sankcionisanju uvredljivog tretiranja pojedinaca i socijalnih kolektiviteta) može imati odjeka i u našoj krivično pravnoj praksi.

Kako se vidi, prilozi u ovoj kolektivnoj monografiji ne samo da se bave raznovrsnom tematikom otvarajući mnoštvo konceptijskih pitanja, nego (u najvećem broju) mogu biti korisni i za naše praktičare, a još više poslužiti kao orijentir u kom pravcu bi se mogle kretati izmene našeg kaznenog zakonodavstva tokom pregovora o priključivanju Srbije EU kada se radi o ključnom Poglavlju 34 (*Vladavina prava*).

Kao dodatak u knjizi je objavljen i tekst Ane Tešić, studenta Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu koji je osvojio drugu nagradu na Petom konkursu za mlade kriminologe raspisanom od Kriminološke sekcije Srpskog udruženja za krivično pravnu teoriju i praksu. Komisija koje je ocenjivala prispele radove pohvalila je posebno činjenicu da je autorka pripremajući prilog na temu huliganizam i vandalizam sprovela i jedno interesantno istraživanje.

Za kraj, još jedna napomena: u Predgovoru prethodnog, šestog toma ove kolektivne monografije, izraženo je verovanje da je to poslednji kolektivni rad saradnika na Projektu broj 179051. A onda je odlučeno da svi projekti Ministarstva, pa i ovaj, budu nastavljeni i u toku ove, 2017. godine. Naravoučenije je: u Srbiji se nikada ne treba oprastati pre vremena.

PROGANJANJE – NOVO KRIVIČNO DELO U KRIVIČNOM ZAKONIKU SRBIJE

Apstrakt: Zakonom o izmenama i dopunama KZ iz 2016. godine u Krivični zakonik Srbije uneto je odredbama člana 138a novo krivično delo pod nazivom proganjanje. Tome nije prethodila kriminalnopolitička diskusija o opravdanosti ove inkriminacije. Osnov za njeno unošenje bila je Konvencija Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici (Istanbul, 11. maj 2011. godine) koju je Srbija ratifikovala krajem 2013. godine. Ostavljajući po strani pitanje legitimnosti ove nove inkriminacije, njeno zakonsko regulisanje skopčano je sa nizom problema koje nije jednostavno rešiti. Teškoće vezane za propisivanje ovog krivičnog dela dodatno je pratilo i to da su prilikom usvajanja učinjeni i ozbiljni propusti kojih nije bilo u Predlogu ZID KZ. Oni su rezultat lošeg rada Narodne skupštine i nerazumevanja poslanika ove kompleksne i osetljive inkriminacije koji su u usvojenom amandmanu napravili nekoliko propusta. Ipak, zadržane su njene osnovne konture iz Predloga ZID KZ. Pošto je odredba člana 138a stupila na snagu (primenjuje se od 1. juna 2017) u radu se razmatraju i određena pitanja sa kojima će se sudska praksa suočiti u primeni ove inkriminacije. Između ostalog, iako je u zakonskom opisu izostavljen uslov da se radnja izvršenja, odnosno proganjanje kao takvo mora preduzimati uporno (što podrazumeva izvesno ponavljanje) iz same prirode ovog krivičnog dela proizlazi da se ono ne može izvršiti jednokratnim preduzimanjem radnje izvršenja.

Ključne reči: proganjanje, stalking, radnja izvršenja, ugrožavanje kao posledica

UVOD

Zakonom o izmenama i dopunama KZ iz 2016. godine u Krivični zakonik je odredbama člana 138a uneto novo krivično delo pod nazivom proganjanje.¹ Odredbe ovog člana stupile su nedavno na snagu (1. juna 2017. godine). Povod za unošenje ove nove inkriminacije bila je tzv. Istanbulska konvencija (Konvencija Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici – Istanbul, 11. maj 2011. godine) koju je Srbija ratifikovala,² pa otuda i njena obaveza

1 * redovni profesor, profstojanovic@gmail.com

U našem jeziku ne postoji dovoljno precizan termin za ono što se želi da obuhvati ovom inkriminacijom. To ponašanje koje je, i pre usvajanja Istanbulske konvencije bilo inkriminisano u nekim zemljama, naročito onima koje pripadaju anglosaksonskom pravnom sistemu, na engleskom jeziku se označava kao „stalking“ (i u Istanbulskoj konvenciji se koristi taj termin). Izvorno „stalking“ (na nemačkom „Nachstellung“) bio je termin u vezi sa lovom na divljač koji je označavao prikradanje, vrebanje divljači. Taj termin se danas, osim u krivičnopravnoj, koristi i u psihološkoj i psihijatrijskoj literaturi za označavanje određene vrste ponašanja za koje je karakteristična upornost i ponavljanje i koje je podobno da kod lica prema kome je upravljeno izazove psihičku nesigurnost i strah.

2 „Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori“, broj 12. od 31. oktobra 2013.

da u svoje krivično zakonodavstvo unese određene inkriminacije, između ostalih i ovo krivično delo. Otuda je izostala kriminalnopolitička rasprava o opravdanosti uvođenja ovog krivičnog dela u kojoj bi, svakako, bili izneti određeni argumenti kako u prilog, tako i protiv uvođenja ove inkriminacije. Zbog toga se zakonodavac nije ni upuštao u ovo prethodno pitanje, već se ograničio na to kako da uobliči ovu inkriminaciju. Osnovni problem koji se ovde javlja jeste taj što većina radnji koje u svojoj ukupnosti mogu u određenom kontekstu da predstavljaju proganjanje, same po sebi, ako se izolovano posmatraju, nisu u dovoljnoj meri štetne da bi zasluživale inkriminisanje (npr. nametljivo ponašanje) a za neke od njih bi se moglo tvrditi čak i da su socijalno adekvatne. Nezavisno od ovog krivičnog dela za koje bi se i pronašli određeni razlozi koji idu u prilog njegovom predviđanju, zapaža se pojava da međunarodne konvencije sve češće čine raspravu o potrebi inkriminisanja nekog ponašanja (bez obzira da li se ona vodi u stručnim ili širim krugovima ili u parlamentu jedne zemlje) bespredmetnom i tako u suštini uzurpiraju pravo nacionalnog zakonodavca da odlučuje o tako važnom pitanju.³

Pomenuta konvencija nije bliže odredila obeležja krivičnog dela proganjanja. Ona samo ustanovljava obavezu država potpisnica da inkriminišu umišljajno ponavljanje pretećeg ponašanja usmerenog ka drugom licu koje kod tog lica prouzrokuje strah za sopstvenu bezbednost (član 34). To krivično delo je bilo već uneto u neka evropska krivična zakonodavstva nekoliko godina pre usvajanja Istanbulske konvencije (Nemačka, Italija, Austrija). U izvesnoj meri te su zemlje poslužile kao model za propisivanje ovog krivičnog dela u KZ Srbije, a ne one koje pripadaju anglosaksonskom pravnom sistemu koje to krivično delo poznaju još od ranije.⁴ Međutim, pripremljeni nacrt ovog krivičnog dela od strane Ministarstva pravde, kao i Predlog utvrđen od strane Vlade, bitno se razlikuju od usvojenog rešenja koje su u odnosu na predloženo rešenje poslanici promenili amandmanom u pogledu nekih bitnih obeležja. Novousvojeno rešenje u KZ Srbije sadrži i ozbiljne propuste kojih nije bilo u Predlogu ZID KZ. Oni su rezultat lošeg rada Narodne skupštine i preuzimanja stvari u svoje ruke od strane poslanika koji su, ne razumevajući kompleksnost i osetljivost ove inkriminacije, koju je i inače teško na zadovoljavajući način oblikovati krivičnopravnom normom, kroz usvojeni amandman napravili nekoliko propusta. Kao uslov za postojanje ovog krivičnog dela izostavljena je podobnost radnje da osetno ugrozi lični život pasivnog subjekta, zatim uslov da se radnja preduzima „uporno“, a umesto zloupotrebe podataka o личности drugog lica radi naručivanja robe i usluga, u usvojeni tekst je uneto radi „nuđenja“ robe ili usluga. Ipak, zadržane su njene konture iz Predloga ZID KZ. Pošto je odredba člana 138a stupila

- 3 Formalno gledajući, zakonodavac odlučuje onda kada potvrđuje neku međunarodnu konvenciju koja sadrži i obavezu unošenja u nacionalno zakonodavstvo određenih krivičnih dela. No, to se, po pravilu, čini bez ozbiljne rasprave, a pogotovo se prilikom potvrđivanja ne raspravlja o pojedinim rešenjima u nekoj konvenciji.
- 4 Na primer, stalking je kao krivično delo predviđeno u saveznoj državi Njujork 1999. godine, a prvi koraci u tom pravcu se preduzeli 1992. godine. Međutim, iako interesantno rešenje koje u nekim delovima može da bude uzeto u obzir prilikom iznalaženja rešenja koje bi odgovaralo Srbiji, ipak je ono dosta udaljeno od evropskog pristupa propisivanju određenih ponašanja kao krivičnih dela, kako uopšte, tako i u ovoj situaciji. Up. F. LaBuda, Stalking in New York, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade*, 3/2015, pp. 251–263.

na snagu (primenjuje se od 1. juna 2017) u radu će biti razmotrena i neka pitanja sa kojima će se sudska praksa suočiti u primeni ove inkriminacije.

Sa razlogom se može očekivati da će usvojeno rešenje u članu 138a KZ Srbije biti predmet obrade u našoj krivičnopravnoj literaturi,⁵ kao i zauzimanja stavova od strane sudske prakse koji bi donekle mogli da ublaže određene deficite koji su nastali prilikom formulisanja i usvajanja ove zakonske odredbe.

1. RADNJA IZVRŠENJA

I u slučaju da se pođe od toga da načelno postoji opravdanje da se inkriminišu ponašanja kojima se osetno ugrožava privatni život pojedinca, kao i da postojeće inkriminacije ne pružaju dovoljnu krivičnopravnu zaštitu u tom pogledu, javlja se problem kako bi trebalo da izgleda zakonski opis odnosno biće krivičnog dela proganjanja. Na prvom mestu, to je pitanje zakonskog preciziranja radnje izvršenja ovog krivičnog dela. Zakonodavac je u Srbiji to učinio na sledeći način.

Osnovni oblik krivičnog dela (stav 1) obuhvata pet različitih radnji izvršenja. One postoje kada se:

- 1) drugo lice neovlašćeno prati ili preduzimaju druge radnje u cilju fizičkog približavanja tom licu protivno njegovoj volji;
- 2) protivno volji drugog lica nastoji da se sa njim uspostavi kontakt neposredno, preko trećeg lica ili putem sredstava komunikacije;
- 3) zloupotrebljavaju podaci o ličnosti drugog lica ili njemu bliskog lica radi nuđenja robe ili usluga;
- 4) preti napadom na život, telo ili slobodu drugog lica ili njemu bliskog lica;
- 5) preduzimaju druge slične radnje na način koji može osetno da ugrozi lični život lica prema kome se radnje preduzimaju.

Te radnje moraju biti preduzete u toku određenog vremenskog perioda. Iako je to dosta neprecizna formulacija, ona ipak ukazuje na to da je za postojanje krivičnog dela potrebno ponavljanje određenih radnji što znači da ovo krivično delo ne bi moglo da postoji ako je radnja preduzeta samo jednokratno. Zato, ako se radnja preduzme više puta, čak i onda ako su u pitanju različite radnje predviđene u tač. 1. do 5, postojaće samo jedno krivično delo. Zbog prirode ovog krivičnog dela ne može se primeniti ni konstrukcija produženog krivičnog dela jer i inače postoji samo jedno krivično delo i onda kada je radnja ponavljana (naravno, prema istom pasivnom subjektu) i u toku dužeg vremenskog perioda. Ponavljanje određenih rad-

5 Za sada, ono je bilo samo predmet razmatranja u: Z. Stojanović, N. Delić, *Krivično pravo, Posebni deo*, IV izdanje, Beograd, 2017. Pri tome je, s obzirom da je reč o udžbeniku, prevladao i takav pristup u obradi ovog krivičnog dela. I rad D. Miladiunović-Stefanović se bavi određenim krivičnopravnim aspektima ovog krivičnog dela, ali pošto je pisan pre unošenja krivičnog dela proganjanja u KZ Srbije u njemu nije ni moglo da bude analizirano zakonsko rešenje. Između ostalog, u radu se ukazuje na određene argumente u prilog uvođenja posebnog krivičnog dela proganjanja. Up. D. Miladinović-Stefanović, Prilog raspravi o kriminalizaciji proganjanja, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, 72/2016, str. 158.

nji ulazi u sam pojam proganjanja, tako da se to u stranom zakonodavstvu često eksplicitno unosi u zakonski opis krivičnog dela proganjanja.⁶ Iako to u KZ Srbije nije učinjeno na eksplicitan način, ipak uslov da se radnja preduzima u „toku određenog vremenskog perioda“, ukazuje na to. Jedna radnja, sama po sebi, može biti potpuno irelevantna sa aspekta ostvarenosti bića krivičnog dela proganjanja. Tako, jedan telefonski poziv, ili upućivanje samo jednog SMS, bez obzira na sadržaj, ne može predstavljati radnju ovog krivičnog dela.⁷ Može se raditi o radnjama koje su istovetne, međusobno slične ili sasvim različite (telefonski razgovor, e – mail, sms itd).⁸

U pogledu toga kako su formulisani oblici radnje u zakonskom opisu krivičnog dela može se uputiti prigovor da su, naročito neke od njih, postavljene veoma široko. Tako, iako se to čini protivno volji nekog lica, veoma je širok krug radnji kojima neko može nastojati da se fizički približi drugom licu ili pak da uspostavi kontakt sa njim. To mogu biti i radnje koje iako nisu prihvatljive sa aspekta društvenih i moralnih normi u svakodnevnom životu nisu retke ali koje, same po sebi, ne zaslužuju da budu krivično delo (npr. nametljivo ponašanje). Njihovo ponavljanje i činjenica da se preduzimaju protivno volji lica prema kome su uperene, mogu samo donekle opravdati njihovo inkriminisanje. Čak ni onda, neke od tih radnji nije opravdano proglasiti radnjom izvršenja krivičnog dela. Tako, šta znači zloupotrebljavanje ličnih podataka radi nuđenja robe i usluga? Dostavljanje oglasa i reklama na nečiju poštansku ili e mail adresu (do koje je danas relativno lako doći) i uopšte preterano nametljivo i uporno reklamiranje robe i usluga može nekome veoma da smeta ali to, iako je neprihvatljivo sa aspekta korektnog poslovanja, u praksi nije retkost. Osim toga, koliko god da to nekome smeta teško da to može da ugrozi njegovo psihičko spokojstvo i da izazove strah za sopstvenu bezbednost ili bezbednost njemu bliskih lica. U pitanju je loša formulacija i nerazumevanje poslanika koji su podneli amandman koji je usvojen a u kome je umesto „radi naručivanja“ kako je stajalo u Predlogu ZID KZ koji je Narodnoj skupštini uputila Vlada, u konačnom tekstu usvojeno „radi nuđenja“.⁹ Ova odredba je, osim toga, i nejasna jer bi se mogla tumačiti

6 Tako u članu 612bis italijanskog KZ. No, i pored toga što se govori o ponovljenim radnjama izvršenja („condote reiterate“) više pitanja ostaje sporno. Jedino je jasno da se ponavljanje radnje postavlja kao bitno obeležje krivičnog dela i da ono ne može da se integriše samo u jednu i izolovanu epizodu. Up. M. Benedetti, R. Mazzola, M. Sciarrino, Stalking: comparazione nei sistemi di common e civil law, *Profiling – I profili dell'abuso*, 4/2014, p.15.

7 Slično i G. De Simone, Il delitto di atti persecutori (la struttura oggettiva della fattispecie), *Archivio Penale*, 3/2013, p. 24.

8 *Ibid.*, p. 23.

9 Predlog Vlade u tom pogledu (koji polazi i od rešenja u nekim stranim zakonodavstvima) ima određenog smisla i može se braniti. Na primer, ako bi izvršilac svakog dana naručivao taksi u određeno vreme za neko lice sa ciljem da ga uznemirava i stvori kod njega osećaj psihičke nesigurnosti, ili bi preko interneta u određenom vremenskom periodu naručivao određenu vrstu robe (pa čak i kada bi to bilo cveće, a da ne govorimo o raznoraznim drugim predmetima koji mogu da imaju i određeno simboličko značenje za žrtvu, naročito onu osetljiviju, kao što su noževi ili predmeti iz sex shop-a) ili neke usluge (kao što su one pogrebne). Osim toga, tu se u izvesnom smislu kao žrtva (prevare) javlja i lice koje isporučuje robu ili vrši usluge ukoliko neželjenu robu ili uslugu nije platio izvršilac već treba da je plati onaj za koga je naručena. Predlog ZID KZ Crne Gore u opisu ove radnje izvršenja sadrži „radi naručivanja“ (kao što je

i tako da izvršilac zloupotrebljava lične podatke pasivnog subjekta da u njegovo ime nudi robu ili usluge. To bi imalo više smisla i više bilo u skladu sa prirodom ovog krivičnog dela. Na primer, ako bi izvršilac davao oglase sa brojem telefona žrtve u kome ona, navodno, nudi usluge seksualnog karaktera. Ako se nije imala u vidu ta situacija, onda se inkriminacija u ovom delu ne bi ni mogla primenjivati jer bi vodila apsurdnom rezultatu da reklamiranje robe i usluga (u toku određenog vremenskog perioda) predstavlja krivično delo.

2. POSLEDICA KRIVIČNOG DELA

Kriminalni karakter propisanim radnjama moglo bi da da njihovo vezivanje za neku vrstu posledice, ili bar kada bi se u zakonskom opisu zahtevalo da su preduzete na način koji može da prouzrokuje posledicu na zaštitnom objektu, a to je pravo na privatni život i pravo na slobodno odlučivanje pojedinca u sopstvenoj privatnoj sferi. To je možda i najspornije pitanje koje se javlja prilikom propisivanja ovog krivičnog dela. Dilema je da li proganjanja treba da bude posledično ili delatnostno krivično delo. Ili, da li ga propisati kao delikt povrede ili delikt ugrožavanja.¹⁰ U načelu, šira krivičnopravna zaštita bi trebalo da se postigne ukoliko bi se ono propisalo kao delatnostno krivično delo, ali bi u tom slučaju ionako široka kriminalna zona (zbog prirode ovog ponašanja) bila još šira i neodređenija. Potpunija i šira zaštita žrtve, po pravilu, vodi pogoršanju položaja mogućeg učinioca.¹¹ Predlog ZID KZ iz 2016. godine pošao je od donekle kompromisnog rešenja koje je bliže tome da se krivično delo proganjanja, onako kako je bilo postavljeno u Predlogu, smatra krivičnim delom ugrožavanja. Ipak, za njegovo postojanje kao dovršenog krivičnog dela, nije bilo dovoljno obično ugrožavanje zaštitnog objekta, bilo je neophodno da se u konkretnom slučaju utvrdi (objektivna) podobnost radnje da prouzrokuje posledicu, tj. bilo je predviđeno da je radnja preduzeta na način koji osetno može da ugrozi lični život lica prema kome se krivično delo vrši.¹²

Međutim u usvojenom ZID KZ, samo oblik radnje izvršenja predviđen u tački 5 („druge slične radnje“) ima u zakonskom opisu moguću posledicu koja se ogleda u nekoj vrsti apstraktno – konkretne opasnosti. U tom slučaju, neophodno je da je radnja preduzeta na način koji osetno može da ugrozi lični život lica prema kome se krivično delo vrši. Moglo bi se pretpostaviti da je zakonodavac hteo da propiše svojstvo radnje, tj. njenu podobnost da prouzrokuje posledicu samo kod radnje iz

to bio slučaj i sa Predlogom ZID KZ Srbije) i teško se može očekivati da će poslanici prilikom usvajanja tog Predloga da, kao u Narodnoj skupštini Srbije, „naručivanje“ zamene sa „nuđenje“ robe ili usluga.

10 Kühl konstatuje da to u Nemačkoj odavno predstavlja kriminalnopolitičku temu o kojoj se živo diskutuje. Vid. K. Kühl, Stalking als Eignungsdelikt, *Zeitschrift für internationaale Strafrechtsdogmatik* 7/2016, p. 450.

11 *Ibid.*, p. 450.

12 Prema Predlogu Zakona i izmjenama i dopunama KZ CG (od 25.05. 2017) u čijoj pripremi je autor ovog rada takođe učestvovao, potrebno je da bilo koja od pet propisanih radnji izvršenja bude preduzeta na način koji može osetno da ugrozi život, zdravlje, telo ili način života pasivnog subjekta.

tačke 5. (a ne i u slučaju radnji iz tač. 1. do 4) zato da bi na tj način, koliko toliko, precizirao ovu neodređenu odredbu koja zahteva korišćenje tumačenja putem analogije.¹³ U svakom slučaju, to je okolnost čije se postojanje za dovršeno krivično delo, ako je reč o „drugim sličnim radnjama“ (tačka 5) mora utvrđivati. U stvari, tu se utvrđuje podobnost radnje da prouzrokuje određenu posledicu. Ostali oblici radnje izvršenja (tač. 1. do 4) se ne vezuju za tu (ili neku drugu) posledicu, tako da je u tim slučajevima reč o čistom delatnosnom krivičnom delu. Osim kod radnje u tački 5. i ostali oblici radnje izvršenja (tač. 1. do 4) mogu da u konkretnom slučaju prouzrokuju „osetno ugrožavanje ličnog života“ pasivnog subjekta. To ne znači da je reč o radnjama koje prouzrokuju apstraktnu opasnost, pa da zato zakon i ne zahteva da se utvrđuje mogućnost nastupanja posledice tj. da zakon polazi od neoborive pretpostavke da kod tih radnji uvek nastupa (apstraktna) opasnost. Pogotovo kod nekih oblika radnje izvršenja nema osnova tvrđenje da te radnje za posledicu imaju apstraktnu opasnost. Svakako, neobično je rešenje za koje se zakonodavac ovde opredelio a to je da se kod osnovnog oblika krivičnog dela kod jednog oblika radnje izvršenja zahteva neka vrsta posledice (ili podobnost te radnje da prouzrokuje određenu posledicu) a kod drugih ne.¹⁴ Ovo krivično delo je u nekim stranim zakonodavstvima postavljeno čak kao krivično delo povrede tako što se zahteva da je došlo do ozbiljnih (negativnih) promena u načinu života pasivnog subjekta usled preduzetih radnji.¹⁵ Kriminalnopolitički posmatrajući, opravdano bi bilo da se ne

- 13 Ona ipak nije toliko neodređena i široka koliko se to na prvi pogled čini. Naime, reč je o tumačenju putem analogije koje se kreće u okviru bića krivičnog dela i tumačenju eius dem generis (te druge radnje bi trebalo da budu iste vrste kao one prethodno navedene u okviru tač. 1. do 4). Štaviše, neke radnje za koje je prilično jasno da pod određenim okolnostima mogu osetno da ugroze lični život pojedinca, teško da bi se mogle smatrati sličnim u odnosu na one koje su prethodno propisane u tač. 1. do 4. Na primer, u nekim slučajevima, to bi moglo da bude oštećenje stvari, lažno prijavljivanje ili klevetanje koje se ponavlja i sistematski preduzima u odnosu na neko lice, ali te radnje nisu slične sa onima koje su prethodno navedene u zakonskom opisu krivičnog dela.
- 14 Do toga je inače došlo zato što je usvojen amandman narodnih poslanika, a ne Predlog Vlade, prema kome se za svih pet oblika radnje izvršenja zahtevala mogućnost nastupanja iste posledice. Osim toga što se za postojanje krivičnog dela prema Predlogu zahtevalo da se sve radnje proganjanja preduzimaju na način koji može osetno da ugrozi lični život pasivnog subjekta, on je sadržao i to da se proganjanje vrši, „uporno“ što ukazuje na određeni psihički odnos učinioa prema radnjama koje preduzima i predstavlja jednu od bitnih karakteristika ovog ponašanja. Taj uslov, između ostalog, takođe donekle sužava dosta široko postavljenu kriminalnu zonu kod ovog krivičnog dela. I već gore izneta razlika između amandmana poslanika i Predloga Vlade u pogledu zamene reči „naručivanja“ sa rečju „nuđenja“ dovela je do proširivanja kriminalne zone ove i inače široke inkriminacije.
- 15 Za nemačko pravo vid. G. Arzt, U. Weber, B. Heinrich, E. Hilgendorf, *Strafrecht, Besonderer Teil*, 3. Auflage, Bielefeld, 2015, p. 307. Na primer, takva posledica bi bila da lice usled radnji proganjanja sme da napusti stan samo u pratnji drugog. Bez obzira što je rešenje u nemačkom zakonodavstvu kritikovano pa je nedavno promenjeno i transformisano u krivično delo ugrožavanja (čime se značajno širi kriminalna zona), sa aspekta širine kriminalne zone rešenje koje je uvedeno u KZ Srbije nije prihvatljivo. Naime, prema novom rešenju u KZ Nemačke potrebno je da je reč o takvom ponašanju, odnosno radnji koja je podobna da teško naruši način života pasivnog subjekta („die geeignet ist, deren Lebensgestaltung schwerwiegend zu beeinträchtigen“). Up. Gesetz zur Verbesserung des Schutzes gegen Nachstellungen vom 1. März 2017 (Art. 1), BGBI, Teil I, Nr. 11, 2017.

zahteva ni suviše malo (tj. nikakva vrsta posledice) a ni suviše mnogo, a to je da je usled radnje proganjanja došlo do određenih negativnih posledica po pasivnog subjekta, Bilo je opravdano da se zahteva kod svih oblika radnje izvršenja da je ona objektivno (u konkretnom slučaju) bila podobna da ugrozi lični život pasivnog subjekta.¹⁶ Doduše, to bi u primeni stvorilo određene probleme koji, međutim, nisu nerešivi. Na podobnost radnje da objektivno ugrozi lični život pasivnog subjekta ukazuje postojanje određenih okolnosti u konkretnom slučaju kao što su stepen psihičkog pritiska na žrtvu koji je prouzrokovan ponašanjem učinioca, učestalost, kontinuitet i intenzitet radnji, njihova vremenska povezanost, psihičke i fizičke posledice pa i ponašanje žrtve koje može da ukazuje na to da je već ugrožen njen lični život.¹⁷

Kada su u pitanju radnje propisane u tač. 1. do 4. ne zahteva se nastupanje bilo kakve posledice, pa ni podobnost radnje da prouzrokuje ugrožavanje. To znači da preduzimanje neke od tih radnji istovremeno znači i postojanje dovršenog krivičnog dela što proširuje kriminalnu zonu kod ovog krivičnog dela. Jedino onda kada su u pitanju druge slične radnje potrebno je da postoji posledica a ona se ogleda u mogućnosti da te radnje osetno ugroze lični život lica prema kome se preduzimaju. Sud mora u konkretnom slučaju da utvrdi da je preduzeta radnja takva da može da ugrozi lični život pasivnog subjekta. U suprotnom, bio bi u pitanju nekažnjivi pokušaj.

3. SUBJEKTIVNI ELEMENT

Delo se može izvršiti samo sa umišljajem koji, u zavisnosti od oblika radnje izvršenja, mora da obuhvati sve bitne elemente, a kada su u pitanju „druge slične radnje“ izvršilac mora biti svestan toga da ih preduzima na način koji može osetno da ugrozi lični život lica prema kome se radnje preduzimaju i da to hoće. Zbog prirode ovog ponašanja, tj. zbog toga što izvršilac preduzima radnju kontinuirano (tj. u toku određenog vremenskog perioda) želeći da kod pasivnog subjekta prouzrokuje određene promene u njegovom ponašanju odnosno u njegovom psihičkom životu, treba uzeti da je neophodno postojanje direktnog umišljaja.

Zakonodavac je odustao od toga da u zakonski opis nedvosmisleno unese bitnu karakteristiku ovog ponašanja, a to je da se radnja višekratno ponavlja kao ispoljavanje subjektivnog odnosa učinioca prema pasivnom subjektu. Pošto je sklonost ka vršenju određenog ponašanja neprihvatljiv kriterijum za njegovo inkriminisanje (a i ne podrazumeva uvek materijalizovanje u vidu ponavljanja radnje) obično se u za-

16 Član 10. Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika koji je Vlada usvojila 9. novembra 2016. godine i uputila Narodnoj skupštini na usvajanje sadržao je upravo takvu formulaciju. tj. da je radnja preduzeta na način koji može osetno da ugrozi lični život pasivnog subjekta. Predlog je, u stvari, anticipirao ono rešenje koje je ove godine usvojeno u KZ Nemačke (vid. prethodnu fusnotu).

17 Slično i Kubiciel, Borutta zagovarajući rešenje koje se predlagalo u KZ Nemačke i koje je i usvojeno (vid. fusnotu 15). M. Kubiciel, N. Borutta, *Strafgrund und Ausgestaltung des Tatbestandes der Nachstellung* (§ 238 StGB), *Kriminalpolitische Zeitschrift* 3/2016, p. 195.

konskom opisu ovog krivičnog dela zahteva da je radnja preduzeta uporno, istrajno ili sl.¹⁸ Taj pojam osim subjektivne, ima i objektivnu komponentu, što olakšava njegovu primenu ukoliko se obuhvati zakonskim opisom krivičnog dela. Pošto u KZ Srbije to nije učinjeno, ostaje jedino da se na osnovu uslova da se radnja preduzima u toku određenog vremenskog perioda, koji je iz Predloga zadržan i u usvojenom tekstu, zaključi da je neophodno određeno ponavljanje radnje, a u vezi sa tim i izvesna istrajnost koja podrazumeva i određeni subjektivni odnos.

4. ZAPREĆENA KAZNA

Propisana kazna za osnovni oblik (stav 1) jeste novčana kazna ili zatvor do tri godine. Imajući u vidu izrazitu represivnost Krivičnog zakona Srbije moglo bi se oceniti da zakonodavac u pogledu zaprećene kazne za ovo krivično delo nije napravio eksces. Verovatno je na to uticala i činjenica da je reč o novom krivičnom delu, kao i da je za osnovni oblik krivičnog dela sa kojim postoje određene sličnosti, a to je krivično delo ugrožavanja sigurnosti, predviđena novčana kazna ili zatvor do jedne godine. Krivično delo ima teži (stav 3) i najteži oblik (stav 4). Ako je delom iz stava 1. izazvana opasnost po život, zdravlje ili telo lica prema kome je delo izvršeno ili njemu bliskog lica, učinilac će se kazniti zatvorom od tri meseca do pet godina. Ukoliko je usled dela iz stava 1. nastupila smrt drugog lica ili njemu bliskog lica, propisana je kazna zatvora od jedne do deset godina. Kada je reč o najtežem obliku, mogu se očekivati problemi u primeni u pogledu ostvarivanja uslova da se smrt može pripisati nehatu učinioca. Imajući u vidu psihičke posledice do kojih može doći kod pasivnog subjekta usled toga što je proganjan, moguće je da on sam učini nešto što može za posledicu imati njegovu smrt (npr. samoubistvo). Kao i kod drugih krivičnih dela kvalifikovanih težom posledicom i ovde, naravno, ne bi bilo dovoljno postojanje uzročne veze, potrebno je da se utvrdi da je postojao nehat učinioca u odnosu na smrt kao posledicu radnje proganjanja.

Bilo je moguće predvideti i neke druge kvalifikatorne okolnosti. No, to je kriminalnopolitičko pitanje koje najviše zavisi od procene zakonodavca. Tako, na primer, Predlog ZID KZ Crne Gore, osim težeg i najtežeg oblika koji su identični sa onima u KZ Srbije, predviđa još dva teža oblika s obzirom na pasivnog subjekta. Ako je proganjanje učinjeno prema bivšem bračnom ili vanbračnom drugu (stav 2), ili ako je učinjeno prema maloletnom licu, trudnoj ženi ili licu sa invaliditetom (stav 3), predviđena kazna je zatvor od tri meseca do pet godina.

5. ODNOS SA KRIVIČNIM DELOM UGROŽAVANJA SIGURNOSTI

Krivično delo proganjanja, tačnije radnja predviđena u tački 4 (pretnja napadom na život, telo ili slobodu drugog lica ili njemu bliskog lica) ima značajne slič-

18 Predlog ZID KZ iz 2016 (član 10) zahtevao je da se radnja preduzima „uporno“, ali se to obeležje nije našlo u amandmanu poslanika koji je usvojen i postao važeći zakonski tekst. U Predlogu ZID KZ Cne Gore to predstavlja obavezno obeležje krivičnog dela proganjanja.

nosti sa krivičnim delom ugrožavanja sigurnosti (član 138. KZ). Sticaj će uvek biti samo prividan i postojaće ili jedno ili drugo krivično delo u zavisnosti od toga šta je u konkretnom slučaju ostvareno. Kod krivičnog dela proganjanja pretiti se može i napadom na slobodu a ne samo na život ili telo. Ono što je još važnija razlika jeste to da se pretnja kod proganjanja mora ponavljati (odnosno mora trajati) dok je kod krivičnog dela ugrožavanja sigurnosti dovoljno jednokratno upućivanje pretnje. Ovakav stav, izostavljanjem uslova kod zakonskog opisa krivičnog dela proganjanja da se radnja krivičnog dela proganjanja preduzima „uporno“, donekle gubi osnov u jezičkom tumačenju. Ipak, sam pojam proganjanja, kao i teleološko tumačenje ostavljaju prostor za zastupanje tog stava. Proganjanje uvek, pa i onda kada je u pitanju pretnja iz tačke 4, podrazumeva da je radnja više puta preduzeta u toku određenog vremenskog perioda. U suprotnom, skoro da bi se u tom pogledu izgubila granica između ova dva krivična dela. Još jedan kriterijum za razgraničenje jeste posledica. Krivično delo ugrožavanja sigurnosti ima posledicu (subjektivni osećaj ugroženosti), što se kod proganjanja ne zahteva iako je to u određenom smislu ratio legis njegovog postojanja kao krivičnog dela.

ZAKLJUČAK

Iako je zakonodavac u Srbiji ispunio jednu od međunarodnih obaveza, a to je da predvidi kao krivično delo ono što se uobičajeno podvodi pod pojam stalking-a, nema osnova za tvrđenje da je on to učinio na uspešan način. Osim propusta koje je sam napravio, kao objektivna prepreka tome na putu stoji i kompleksnost i osetljivost ovog ponašanja, a s tim u vezi i poštovanje nekih krivičnopравnih principa i standarda. U osnovi, reč je o tome da se postavi jedna fina granica u odnosu na ponašanja koja nisu uvek socijalno prihvatljiva ali koja ne sadrže dovoljnu količinu štetnosti kako po društvo tako i po neposrednu žrtvu da bi bila predviđeno kao krivično delo čime bi se neopravdano ograničila sloboda pojedinaca odnosno potencijalnih učinilaca ovih krivičnih dela. S druge strane, postoje oni slučajevi kojima treba dati karakter kriminalnog jer se sistematski vrše na način koji ugrožava ili povređuje privatnu sferu pojedinca i njegovo pravo na autonomno vođenje svog privatnog života što, po pravilu, ima i druge negativne posledice kao što je ozbiljno ugrožavanje njegovog duševnog spokojstva i izazivanja određenih duševnih smetnji. To ne znači da bi biće ovog krivičnog dela trebalo usko postaviti, tj. ograničiti ga samo na one slučajeve u kojima je došlo do ozbiljnih negativnih posledica po pasivnog subjekta. To je ono jezgro koje je nesporno, a sve više od toga predstavlja zonu koja bi morala da bude predmet diskusije oko opravdanosti inkriminisanja (koja je, ovog puta, u potpunosti izostala) i predmet brižljivog formulisanja normativnog rešenja koje bi trebalo da obuhvati ni suviše malo a ni suviše mnogo.

LITERATURA

- Arzt, G., Weber, U., Heinrich, B., Hilgendorf, E., *Strafrecht, Besonderer Teil*, 3. Auflage, Bielefeld, 2015.
- Benedetti, M., Mazzola, R., Sciarrino, M., Stalking: comparazione nei sistemi di common e civil law, *Profiling – I profili dell'abuso*, 4/2014.
- De Simone, G., Il delitto di atti persecutori (la struttura oggettiva della fattispecie), *Archivio Penale*, 3/2013
- Kühl, K., Stalking als Eignungsdelikt, *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik* 7/2016
- Kubiciel, M., Borutta, N., Strafgrund und Ausgestaltung des Tatbestandes der Nachstellung (§ 238 StGB), *Kriminalpolitische Zeitschrift* 3/2016
- LaBuda, F., Stalking in New York, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade*, 3/2015.
- Miladinović-Stefanović, M., Prilog raspravi o kriminalizaciji proganjanja, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, 72/2016
- Stojanović, Z., Deliđ, N., *Krivično pravo, Posebni deo*, IV izdanje, Beograd, 2017.

Zoran Stojanović

Faculty of Law, University of Belgrade

STALKING – A NEW CRIMINAL OFFENCE IN CRIMINAL CODE OF SERBIA

SUMMARY

The Amendments to the Criminal Code of Serbia of 2016 include stalking as a new criminal offense under the provisions of Article 138a. The criminal-political discussion on the justification of this incrimination did not precede the adoption of this new criminal offense. The basis for the criminalization of stalking was only the Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Istanbul, 11 May 2011), which was ratified by Serbia in late 2013. Leaving aside the question of the legitimacy of introducing this new criminal offense, its legal regulation is followed by a series of problems that can not easily be solved. The difficulties associated with the prescribing of this criminal offense were additionally followed by the fact that during the adoption in Parliament serious omissions have been made. They are the result of the inadequate work of the parliament and the misunderstanding of the MPs of this complex and sensitive incrimination. They have made several mistakes changing the government's proposal. However, its basic outlines were retained from the proposed Amendments Act. Since the provision of Article 138a came into force (applied since June 1, 2017), some of the issues that court practice will face in the application of this incrimination are discussed in the paper. Among other things, although the legal description of a criminal offence stalking in Art. 138a does not require explicitly the condition that the action is undertaken persistently, the nature of this criminal offense presupposes that it can not be done by taking only one action. It must be undertaken persistently what implies a certain repetition of acts.

Keywords: stalking, act of perpetrating, endangering as a result of crime.

Dorđe Ignjatović*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

KAZNENI POPULIZAM

Apstrakt: Jedno od centralnih pitanja savremene kontrole kriminaliteta je jačanje kaznenog populizma koje je vidljivo u većini država. Autor analizira uzroke koji do tog trenda dovode, ukazujući na primere najpoznatijih slučajeva u razvijenim državama. Pažnja je posvećena i stanju u bivšim socijalističkim zemljama, pri čemu je ukazano da je u nekoliko njih posebno zabrinjavajući trend širenja kaznenog nacionalizma. Ukazano je kakva je u tom pogledu situacija u Srbiji. U završnim razmatranjima, navedeno je ono što povezuje države u kojima kazneni populizam nije uspeo da se učvrsti i razmotreni su razlozi zašto talasi moralne panike ne dovode uvek do penalnog populizma.

Gljučne reči: kriminalitet, kontrola, politika, strah od zločina, kazneni populizam i kazneni nacionalizam

UVOD

U prvim mesecima 2014. godine¹ kriminalitet bio je predmet ne samo specijalizovanih televizijskih emisija i novinskih tekstova pod oznakom „*Senzacionalno – uhapšen monstrum iz Zemuna*“ ili „*Uhapšen manijak iz autobusa*“, nego i predizbornih mitinga, plaćenih propagandnih poruka u medijima i bilborda na kojima se građani pozivaju da glasaju za neku od mnogobrojnih izbornih lista.

Dnevni list *Blic* 01. marta na naslovnoj strani najavljuje članak, pod prvim navedenim naslovom, tvrdnjom „*Očuh monstrum sedam godina silovao devojčicu*“. U tekstu na str. 18 navode se puno ime i prezime učinioca i njegove godine (45), njegova slika (sa pokrivenim očima) i dva antrfilea: u prvom se tvrdi da „*Majka brani supruga*“, a drugom do novinara je došao sadržaj izjave koju je u policiji dao zajednički sin osumnjičenog i devojčicine majke „*Tata je sa sestrom radio one stvari, kao na televiziji*“. Redakciji ovo očigledno nije bilo dovoljno pa je u broju od 02. marta, uz neizmenjenu sliku M.D. i izjavu majke (očigledno je promenila mišljenje) koja tvrdi „*On je očuh monstrum*“. U tekstu na str. 16–17 date su izjave suseda (koji „nisu znali da u komšiluku imaju monstruma“), fotografija kuće u Zemunu (novinar je očigledno ulazio unutra) sa posebnim antrfileom naslovljenim „*Pohaban nameštaj*“. Naravno, tekst je obogaćen i izjavom psihologa doc. dr M.M. „*Pedofili se ne mogu izlečiti*“.

Drugim navedenim slučajem bavi se list *Večernje novosti* koji u broju od 01. marta na str. 27 obaveštava čitaoce da je posle jednomesečne potere Kriminalistička policija privela Radišu M. (51) „zbog sumnje da je u dužem vremenskom periodu bludničio u vozilima javnog prevoza“. Sutradan, kako javlja isti list, grupa okuplje-

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

1 Namerno su kao primeri uzeti slučajevi od pre nekoliko godina kako bismo ih posmatrali sa vremenske distance.

nih građana na čelu sa ocem bliznakinja koje su prijavile šta su doživjele u autobusu otišla je pred kuću u kojoj živi porodica Radiše M. kako bi mu preko megafona skrenuli pažnju da znaju gde živi.

Prva stvar koja čitaocu u ovom trenutku padne na pamet je najblaže rečeno čuđenje: u kakvoj su vezi senzacionalistički tekstovi o „monstrumima“ i „manijacijama“ u dnevnoj štampi i predizborna kampanja u kojoj se glasači pozivaju da podrže neku od političkih partija na glasačkim mestima na kojima se „odlučuje njihova i sudbina zemlje“? Ma koliko to na prvi pogled izgledalo neobično, navedene (i mnoge druge sa kriminalitetom i kaznenom reakcijom povezane) pojave objedinjuje jedan pojam o kome se u krivičnim naukama posvećuje sve veća pažnja – to je **kazneni populizam**².

U daljem tekstu pokušaćemo da odredimo šta taj pojam znači, u kojim javnim oblicima se javlja, koje aktere angažuje i kakve su posledice primene ovog pristupa u kažnjavanju kriminalnih dela.

Definicija

U Rečniku na kraju svoje obimne knjige *Kriminologija* Tim Newburn navodi da se izraz „kazneni populizam“ (e. *penal populism*) odnosi na porast nove politike kontrole kriminaliteta koja dolazi do izražaja 1990-ih godina. Ona se ogleda naročito u pojačanoj politizaciji te kontrole i rastućem nastojanju političara da se priklone javnom gledištu (ili nekim njegovim oblicima) pri donošenju odluka koje se odnose na politiku suzbijanja kriminaliteta. Takav populizam koincidira sa zaoštavanjem kažnjavanja oličenim u izrazima „zatvorski sistem funkcioniše“ (e. *prison works*) i „zločin traži čvrstu ruku“ (e. *tough on crime*) /Newburn, 2007:950/.

Antony Bottoms koristi izraz „populistička kažnjivost“ (e. „*populist punitiveness*“ /Bottoms, 1995:40/ da izrazi usvajanje od strane političara i korišćenje za svoje potrebe onoga što veruju da je stav javnosti o kažnjavanju. Roberts i saradnici, pak, tvrde da kazneni populizam stavlja pridobijanje glasača ispred efektivnosti kažnjavanja /Roberts et al., 2003:5/. Drugim rečima, ovaj izraz označava niz kaznenih politika kojima je osnovni cilj pobjeda na izborima, a ne smanjenje kriminaliteta ili afirmisanje krivične pravde.

Ne dovodeći u pitanje ovakvo određenje pojma kazneni populizam, jedan od najboljih poznavalaca ove problematike i pisac istoimene knjige John Pratt ukazuje da se on ne može svesti samo u kategorije političkog oportunitizma koji traži izbornu popularnost ciničnim zalaganjem za pooštavanje kažnjavanja jer se veruje da će to dobiti podršku građana, nezavisno od trenda kriminaliteta. Političari zloupotrebljavaju takvu mogućnost, ali „kazneni populizam je mnogo više od toga“ /Pratt, 2007:3/.

2 Ovaj izraz nije potpuno nov u našoj literaturi. Tako je Zoran Stojanović u radu i krizi savremenog krivičnog prava upotrebio izraz „populistička kriminalna politika“ /Stojanović, 2003/, Snežana Soković govori o „novom punitivizmu“ /Soković, 2011/, a i autor ovog rada je u nekoliko radova pisao o ovom trendu u krivičnoj reakciji –v. Ignjatović, 2013a; Ignjatović, 2016.

1. ODNOS POLITIKA – KRIMINALNA POLITIKA: KRATAK ISTORIJAT

Odnos politike i kriminalne politike (preciznije – politike kontrole kriminalite- ta) ima dugu predistoriju. Stanje u kome se, u državama koje se žele predstaviti kao demokratske, vlast bez prestanka upinje da dokaže svoju kompetentnost ubeđiva- njem građana da čini sve kako bi ih zaštitila od kriminalnih aktivnosti – dok opozi- cija, naprotiv, dokazuje kako bi ona bolje obavljala takav zadatak – postoji već dugo.

1.1. Američka strana priče

U novijoj istoriji, prvi slučaj da se političar sa vrha piramide vlasti pozabavio stanjem kriminaliteta zabeležen je u SAD i to u XIX veku za vreme predsedniko- vanja Andrew Jacksona (oko 1828.). To je bilo vreme velikih potresa u američkom društvu (vezanih za intenzivnu urbanizaciju i industrijalizaciju, migracije na relaciji selo – grad, masovan priliv imigranata...) i Amerikanci su tada po prvi put krimi- nalitet počeli doživljavati kao pretnju poretku i bezbednosti države, pa je Jackson osetio potrebu da reaguje.

Sledeći period u kome je kontrola kriminaliteta dobila značajno mesto u agendi političara je period 1960–70. koji spada u najburnija razdoblja američke istorije (ja- čanje pokreta za građanska prava, antiratne demonstracije, rasne pobune i slučajevi ‘domaćeg terorizma’), ali i jačanja ideja abolicionista³ i širenja prava osumnjičenih lica⁴. Godine 1964. u predsedničkoj kampanji, Republikanac Barry Goldwater kri- tikuje Demokrate zbog popustljivosti pred naraslim kriminalitetom, pa je kandidat Demokrata i pobjednik na izborima (Lyndon Johnson) morao da prihvati retoriku zaoštavanja koja je pogodovala biračima jer su bili ne samo zastrašeni ubistvom Predsednika⁵, nego i predstavom o kriminalitetu zbog koje su 1968. po prvi put od uvođenja ispitivanja javnog mnjenja (1930.) izjavili da je zločin njihov prvi strah (veći i od kataklizme nuklearnog rata ili teške bolesti). Johnson preduzima akcije u dva smera: jedan je formiranje Predsedničke komisije sastavljene od vrhunskih teoretičara i praktičara čiji zadatak je bio da građanima realno objasni šta dovodi do kriminaliteta i predloži kako mu se suprotstaviti; sa druge strane, 1967. donosi se Zakon o sigurnosti na ulicama (*Safe Streets & Crime Control Act*) koji je pojačao ovlašćenja organa reda i suzio garancije prava licima osumnjičenim da su učinioci dela iz oblasti ‘uličnog kriminaliteta’.

Klatno orijentacije građana SAD u kaznenoj sferi je sve više naginjalo retribuci- ji (na primer, 1980-ih godina 2/3 stanovnika je bilo za smrtnu kaznu), pa je sledeći američki predsednik, Richard Nixon, vođen idejom da u tom pogledu ‘nešto valja

3 Vrhovni sud 1972. u slučaju *Furman v. Georgia* zaključuje da je primena smrtne kazne vid neuobičajenog i okrutnog kažnjavanja, što je bila jasna poruka retencionistima. Istina, već 1976. Sud je, pod pritiskom javnog mnjenja koje je bilo ubeđeno u porast najtežih oblika kriminaliteta, u slučaju *Gregg v. Georgia* zauzeo sasvim suprotan stav.

4 Slučajevi *Gideon v. Wainwright* iz 1963. i najpoznatiji: *Miranda v. Arizona* iz 1966.

5 John Kennedy je ubijen u do sada nerazjašnjenom atentatu novembra 1963. u Dalasu.

činiti' objavio 'rat zločinu' tražeći dodatna sredstva za osnivanje novih agencija za kontrolu kriminaliteta, naročito njegovih organizovanih oblika.

Zbog toga je 1970. donet i *Organized Crime Control Act*. Predsednik koji je ostao poznat kao prvi koji je bio prinuđen da demisionira, istakao se i poznatom retorikom o 'ratu organizovanom zločinu'⁶, ali noviji izvori pokazuju da je sa saradnicima iz svoje administracije bio umešan u nezakonite poslove sa kriminalnim sindikatima /Chambliss, 1988/.

Za vreme predsednika Carter-a zauzet je čvršći stav prema kriminalitetu u vezi sa narkoticima, javlja se krilatica 'rat drogama', kao i princip 'istina u kažnjavanju' (*truth in sentencing*) koja podrazumeva da osuđeni mora određeno vreme provesti u kaznionici (dakle, kazna se ne može skratiti ispod te granice ni u kom slučaju), kao i da postoji obaveza obaveštavanja žrtve da je učinilac krivičnog dela kojim je oštećena izašao na slobodu.

U Raegan-ovo doba populariše se i princip 'nulte tolerancije' koji je zaoštrio progon i dela koja su na granici kriminalne zone, dovodeći usput do daljeg ugrožavanja ljudskih prava svih koji se mogu smatrati pripadnicima „sumnjivih društvenih slojeva“. Posle pokušaja atentata na Predsednika, sužen je krug situacija u kojima se odbrana može pozvati na smanjenu uračunljivost učinioaca. Međutim, ono što je najkarakterističnije za to razdoblje je prošireno verovanje da je najbolji odgovor društva na kriminalitet koncept **red i zakon** (*law and order*).

U pitanju je specifična varijanta neoklasičnog pristupa koja, kako navodi Roger Burke /2009:211/, traži prestupnike u licima koja pripadaju nižim društvenim slojevima (npr. klasi proizvođača) i etničkim manjinama i zalaže se za njihovo ('primerno') kažnjavanje. Frank Schmalleger /1996:155/ ističe da je karakteriše zalaganje za donošenje još punitivnijih krivičnih zakona i pooštavanje zaprečenih kazni. Sudovima treba oduzeti mogućnost da ublažavaju propisane kazne, a isključena je mogućnost da se dužina dosuđene kazne skрати, bez obzira na razloge koji mogu govoriti u prilog takve odluke. Takođe, veruju da primena smrtno kazne odvrća potencijalne učinioce najtežih dela⁷.

U razdoblju u kome je predsedničku funkciju obavljao Clinton nastavljeno je sa pooštavanjem kažnjavanja, pri čemu su posebno fokusirana dela kojima se ugrožavaju žene i deca, kao i gonjenje seksualnih predatora⁸. U tom sklopu, donet je i poznati Megan zakon (*Megan Law*) koji je predvideo informisanje zajednice o tome da im se u susedstvo doselio opasan seksualni predator, a formiran je i nacionalni registar seksualnih prestupnika.

6 Njegove reči „organizovani zločin u SAD ... koga ne može neposredno iskoristiti – potkupljuje; koga ne može neposredno potkupiti – uništava ... To je zloćudni tumor koga treba iskoreniti“ /Luneev, 1966/ bile su vrlo primamljive građanima Amerike.

7 U trećem izdanju iste knjige, autor ukazuje koliko je oštar sukob između zastupnika koncepcije 'red i zakon' i kriminologa koji u centar interesovanja stavljaju zaštitu prava pojedinca /Schmalleger, 2004:131/.

8 Dane Chinski, Jimm Ruiz i Don Hummer napominju, da je – istina – to istovremeno i razdoblje u kome se ukazivalo da je kriminalitet simptom opštedruštvene bolesti i zato su uložena znatna sredstva za potrebe socijalnog stanovanja, angažovano je preko 100.000 novih policajaca, razvijena strategija 'policije u zajednici' ... /Chinski et al., 2014:1708/

Ovakve višedecenijske tendencije rezultirale su, uz ostalo, i enormnim povećanjem zavodske populacije, pa su SAD postale država sa najvišom stopom zatvorenika u svetu. Prema američkom Birou pravosudne statistike (*Bureau od Justice Statistics*), broj osuđenika je 1960. godine iznosio oko 200.000, da bi se oko 1985 udvostručio, 1995. iznosio milion, a 2000. godine skoro 1,4 miliona! Zanimljivo je da ovaj porast nije bio posledica povećanja broja krivičnih dela. Naprotiv, ona je u većini američkih gradova u međuvremenu značajno opala.

1.2. Britanska iskustva

Iako je preko Atlantika za mandata Ronalda Raegana jačao koncept 'Red i zakon', u Velikoj Britaniji sve do kraja osme decenije XX veka postojala je neka vrsta konsenzusa dve najvažnije političke partije (Konzervativaca i Laburista) oko pitanja kontrole kriminaliteta. Taj, kako ga u literaturi nazivaju „dvostranački konsenzus“ (e. *bipartisan consensus*) koji je počivao na ideji da se reakcija na porast kriminaliteta mora zasnivati na delovanju na njegove uzroke i rehabilitaciji prestupnika koju David Garand /2001/ označava kao „kazneni velfarizam“ (e. *penal-welfarizm*) trajao je sve do 1979. kada je u izbornoj kampanji Konzervativna partija izdala čuveni *Konzervativni Manifesto* koji u poglavljima „Borba protiv kriminaliteta“ i „Odvraćanje od zločina“ sadrži niz konstatacija koje su bile prvi primer korišćenje koncepcije 'Red i zakon' u Britaniji⁹.

„Od 1973. broj registrovanih krivičnih dela porastao je za polovinu, zbog čega sledeća vlada Konzervativaca neće žaliti sredstava za borbu sa kriminalitetom, dok će se na drugim mestima ekonomisati“ ... „Britaniji je potrebna snažna, efikasna i visokomoralna policija. Zaposlenima u policiji povećaćemo zarade i poboljšati radne uslove“ ... „Ključno je da nasilnici i razbojnici budu oštrije kažnjavani“ ... „Izmenićemo Krivični zakon koji ograničava dužinu zatvorskog zatvaranja za maloletne učinioce krivičnih dela i Zakon o deci mladeži kako bismo sudiji dali ovlašćenja da prema njima može primeniti mere zadržavanja i nadzora“ ... „Za mlade i ostale huligane neophodni su nam centri za prinudni boravak u kojima ćemo eksperimentisati sa strogim režimom zasnovanim na kratkom i snažnom šoku (e. *SSS – short, sharp shock*). Ovaj režim primeniće se i na mlade kriminalce“ ... „Mnogo ljudi zalaže se za primenu smrtno kazne. O tome neka odluče članovi Parlamenta. Pružićemo priliku novim članovima Donjeg doma da se slobodno izjasne o ovom pitanju“.¹⁰

Odlični poznavaoци istorije dominantnih kriminalno političkih ideja u posleratnoj Britaniji David Downes i Rod Morgan ističu još dva elementa koji su bili bitni za novu filozofiju torijevaca: ključnim zahtevom smatra se reforma sindikata i prava na štajk u cilju „prevencije nasilja, zastrašivanja i opstrukcije“; i drugo, insistira se na osam mera kojima je trebalo zaoštriti kontrolu imigracije, što je smatrano „esencijalnim za očuvanje rasne harmonije“ /Downes and Morgan, 1994:191/.

9 Kritički kriminolozi ukazali su koliko se ovom strategijom zamagljuje problem policijske prinude i autoritarne tendencije države. U toj kritici posebno su odlučni Phil Scraton i Joe Sim (Scraton, 1985; Sim, Scraton and Gordon, 1985).

10 Ovaj *Manifest* se može pronaći na internet sajtu Konzervativne partije: www.conservative-party.net/manifestos/1979/1979-conservative-manifesto.shtml

Kada su Konzervativci pobedili na tim izborima, držeći se – kao i svaka ozbiljna politička organizacija – u predizbornoj kampanji predstavljenih ciljeva, počela je u eri premijera Margaret Thatcher izgradnja onoga što se obično označava kao postmoderna kontrola kriminaliteta, a Garland je naziva „kasni modernizam“ (e. *late modernity*)¹¹. Tako je u Britaniji počelo da jača delovanje agencija za kontrolu kriminaliteta, koje su 'istovremeno počele da ohrabruju širu zajednicu da preuzme svoj deo odgovornosti za borbu protiv kriminaliteta. Broj lica lišenih slobode naglo je porastao i, paralelno sa uviđanjem da su kaznionice pretrpane i da zatvorenicima žive u lošim uslovima¹², početkom poslednje decenije prošlog veka donose se propisi usmereni na širu primenu vanzavodskih sankcija. Tim Newburn /2007:14/ navodi da su, iako su pomaci bili postepeni, to bili „prvi nagoveštaji optimističkog kretanja“ u kontroli kriminaliteta u Britaniji.

Taj trend mogao se zapaziti sve do 1993. kada je mladi član laburističke „vlade u senci“ Tony Blair je (po uzoru na to kako je u SAD Clinton preformulisao rukovodeće ideje svoje Demokratske partije za borbu protiv kriminaliteta) istakao svoju poznatu krilaticu „odlučno protiv kriminaliteta, snažno na uzroke zločina“ (e. *tough on crime, tough on causes of crime*). Te ideje još upornije zastupa od 1995. kada postaje vođa laburista. Nakoliko meseci posle toga, Michael Howard postao je ministar 'unutrašnjih dela' i pod pritiskom laburističke opozicije po prvi put neko ko se nalazi na ključnim državnim funkcijama pokazuje otklon od orijentacije u kažnjavanju koju su zastupali njegovi prethodnici. On se zalaže za punitivni pristup, vraćanje vere u zatvaranje kao 'lek za zločin' i za zastrašivanje kao osnovni cilj kažnjavanja:

„Nećemo više suditi o kvalitetu našeg sistema kaznene pravde prema opadanju broja pripadnika zavodske populacije ... Recimo to jasno – zatvaranje funkcioniše. Ono nam garantuje da smo zaštićeni od ubica, razbojnika i silovatelja – ali i opominje one koji nameravaju da izvrše zločin da dva puta razmisle da li da to urade“¹³.

- 11 Skoro da je tragikomično koliko je samozvanih eksperata i „analitičara“ u srpskim medijima tvrdilo kako bi u obračunu sa huliganima na sportskim stadionima trebalo kod nas primeniti „model kojim je gospođa Thatcher iskorenila izgreda sa fudbalskih stadiona u Engleskoj“. Niko od njih nije ni pokušao da prouči („tačerištički“) model kontrole kriminaliteta koji je iznedrio navedenu antihuligansku strategiju na Ostrvu. No, to nije ni bilo bitno – pažnja javnosti je uspešno i to nekoliko nedelja bila skrenuta sa ključnih državnih i društvenih tema na problem huliganizma. Do sledeće kampanje izazivanja „talasa moralne panike“ /o ovom fenomenu –v. Cohen, 1972; 2002/.
- 12 Newburn pominje da je od izuzetne važnosti bio jedan dokument o stanju kaznenih ustanova. To je Vulfov izveštaj (*Woolf Report /1991/*) koji su sastavili istoimeni ministar pravde i glavni inspektor penitencijarnih ustanova Steven Tumim. U Izveštaju oni nastoje da objasne uzroke nemira koji su izbili u više engleskih kaznionica pri čemu su neke bile potpuno demolirane. Penitencijarni sistem je po autorima ovog dokumenta pokazao nesklad između potreba i resursa; uslovi života zatvorenika su daleko od humanih, kako za one osuđene na dugotrajne, tako i one kojima su izrečena kratke kazne zatvora. Posebna pažnja pisaca posvećena je tretmanu osuđenika i često se tu citira delo Vulfovog izveštaja u kome se naglašava: „ne možemo se zadovoljiti time da ih samo zatvorimo i zaboravimo na njih. Moramo osigurati da penitencijarna služba na pravi način koristi vreme u kome se osuđenici nalaze u kaznenim ustanovama i da na najbolji način troši novac koji izdvajamo kako bismo ih zadržali u zavodima. Cilj mora biti da smanjimo njihovu sklonost da ponove krivična dela posle otpuštanja iz ustanove“ /HMSO, 1992:V/.
- 13 Apsurd je da ovaj visoki funkcioner britanskog pravosuđa nosi iste prezime kao poznati reformator kazne zatvora i penitencijarnih ustanova John Howard, pisac čuvenog dela *State of*

Newburn /2007:15/ smatra 2003. godinu ključnom za kaznenu politiku Britanije: tada se dogodilo ono što on naziva „novim dvostranačkim konsenzusom“. Od tada i vladajuća i opoziciona stranka usvajaju verovanje da su kažnjavanje i zastrašivanje ključni za kontrolu zločina. Prirodna posledica primene takve orijentacije bio je porast kažnjeničke populacije, potpuno suprotna tvrdnjama (koje su se mogle čuti u prethodnom periodu) da zatvaranje ne deluje (e. *prison dont works*) iz čega je nastao niz pokušaja da se kazna zatvora alternira ili zameni sa nezavodskim merama. Otuda Britanija od dolaska Blairove vlade na vlast beleži skok zavodske populacije koji je kako navodi Reece Walters /2007:16/ rastao za 15% godišnje, da bi 2005. dostigao 84.000 osuđenih lica. Sve po uzoru sa druge strane Atlantika.

Interesantno je da se, izuzev kod ubistva, opšta stopa kriminaliteta u SAD ne razlikuje mnogo od one u Britaniji; ali, stopa lica lišenih slobode u ovoj drugoj (iako najviša u Zapadnoj Evropi)¹⁴ pet puta je niža od one u SAD.

Međutim, mnogo značajnije promene dogodile su se u Britaniji na polju inkriminacija. Muncie i Goldston /2005/ tvrde da su kao posledica porasta autoritarnosti države u vreme vlade Novih laburista čitave grupe marginalizovanih i traumatizovanih ljudi (poput beskućnika, korisnika socijalne pomoći, mladih i onih koji su se osećali progonjenim) kriminalizovane. Februara 2005. objavljeno je da je u periodu od 1997. uvedeno čak 1.018 novih kažnjivih dela u kazneno pravo.

2. KAKO NASTAJE KAZNENI POPULIZAM?

Proces u kome nastaje kazneni populizam ne može se razumeti bez povezivanja sa nekim od ključnih kategorija savremenih društvenih nauka i kriminologije: ovde će neke od njih biti samo pomenute, dok će o drugima izlaganja biti detaljnije, onoliko koliko je neophodno za razumevanje penalnog populizma.

2.1. Rizično društvo i kriza legitimnosti

Pre svega, kazneni populizam treba povezati sa onim što se danas smatra postmodernom zajednicom koja se, sa puno osnova, označava kao „*rizično društvo*“; ono, kako je tvrdio nemački sociolog Urlih Beck, stvara ne samo materijalna dobra, nego proizvodi (i) „*rizik*“. U tom sklopu, nesigurnost izaziva i zabrinjavajuće stanje kriminaliteta /Beck, 2001:31/. Postmoderno društvo relativizuje većinu socijalnih kategorija tvrdeći da one predstavljaju ‘*društvene konstrukte*’ odn. pojave čiji smisao i značenje određuju grupe ljudi koji imaju moć da bilo koje delo čoveka proglase za neprihvatljivo, neutralno ili čak poželjno.

Prisons u kome je krajem XVIII veka tvrdio da „kaznionice uglavnom ne omogućavaju osnovne životne uslove kažnjениka“ /Howard, 1929:xix/ i zbog toga predložio niz mera zahvaljući kojima je stanje u penitencijarnim ustanovama poboljšano, a kazna opstala u penalnom sistemu novovekovnih država –v. prevod te knjige /Hauard, 2015/.

14 Prema podacima *Evropskog izvornika o kriminalitetu i krivičnom pravosuđu*, stopa osuđenih lica u Engleskoj i Velsu iznosila je 2006. godine 145 i u periodu 2003–7. porasla je za 6% –v. Ignjatović, 2013:156/.

Sledeći niz pitanja vezan je za *krizu legitimnosti vlasti* u moderno doba. William Chambliss i Robert Seidman u knjizi *Pravo, poredak i moć*, polaze od ideje da je suština pravnog poretka, odnosno onog njegovog dela koji donosi i primenjuje zakone (zakonodavstvo, sudovi i policija) da služi održavanju vlasti i privilegija. Istovremeno, da bi se ovo zamaglilo, šire se mitovi da pravne norme odražavaju opštedruštvene vrednosti; ako ne svih, ono većine članova zajednice; zbog toga – dugotrajno gledano – pravo navodno služi najboljim interesima društva, a pimenjuju ga vrednosno neutralne vladine agencije, kontrolisane od građana.

Relnost je sasvim drugačija. Svako ozbiljno i dugotrajno proučavanje pravnog poretka pokazuje da ključni uticaj na sadržinu njegovih normi nema nekakav 'javni interes' nego aktivnosti moćnih koji deluju preko interesnih grupa /Chambliss and Seidman, 1971:73/. Autori to dokazuju na primeru birokratskog karaktera policije i njene povezanosti sa političkom strukturom.

Oni polaze od stava da je organizacija zadužena za sprovođenje zakona, po prirodi stvari, birokratski ustrojena; sve ovakve agencije neposredno zavise od rasporeda sredstava koju vrše politički subjekti; zbog toga njeni članovi vode računa da svojim delovanjem maksimizuju korist i minimalizuju moguće pritiske na organizaciju; u cilju postizanja ovakvih efekata, organizacije za primenu zakona bave se onima koji su politički slabi ili nemoćni, uzdržavajući se da u postupak uzmu politički dominantne; zbog toga se prvi nesrazmerno češće pojavljuju kao 'pacijenti' policije od moćnika /Chambliss and Seidman, 1971:269/.

Iako su ovakve ideje podstakle mnoga istraživanja koja su nastojala da dokažu hipotezu o tome da pravne norme štite prevashodno interese moćnih i da krivično pravosuđe ne deluje na isti način protiv lica različitog rasnog i socioekonomskog statusa (SES), one, kako navode Stephen Brown, Finn-Aage Esbensen i Gilbert Geis /1996:350/ nisu imale mnogo uticaja na sistem krivičnog pravosuđa na Zapadu. Razlozi za to ne leže samo u statusu onih koji imaju vlast, tvrdokornosti samog sistema i odsustvu njegove volje za promenom. Kada navedemo osnovne kriminalno političke postulate koje pominje jedan od najznačajnijih predstavnika konfliktne teorije u kriminologiji Elliott Currie, biće jasnije o čemu se radi. On je za najvažnije zadatke politike kontrole kriminaliteta u XXI veku naveo 12 tačaka koje jasno pokazuju da se stvarna kontrola kriminaliteta, kako je on vidi, ne može odvojiti od zadiranja u ključne društvene odnose dotične zajednice.

Te mere kreću se od širenja kvalitetnog i intenzivnog ranog obrazovanja; preko obezbeđenja medicinske zaštite i pomoći ustanova za mentalno zdravlje mladih i njihovih roditelja; podrška programima za pomoć porodicama radi sprečavanja zloupotreba dece i nasilja u porodici; vreme provedeno u zavodskoj ustanovi trebalo bi koristiti konstruktivno kako bi prestupnici iz njih izlazili bolji, zdraviji i trezveniji; ustanoviti dostupan i nekazneni tretman zavisnika od narkotika; smanjiti neravnopravnost i socijalno osiromašenje podizanjem naniže cene rada koja je realno opala za 30% u 1980-im godinama i smanjiti razlike u zaradama između nadnica koje dobijaju žene u odnosu na muškarce; povećati stopu zaposlenosti; razviti nacionalni program pomoći porodicama, uključujući i novčanu pomoć pri rođenju deteta; pojačati odgovornost za ekonomsku i socijalnu stabilnost lokalnih zajednica; na istraživanjima zasnovati plan pomoći licima koja su u riziku; razviti razumne pre-

ventivne strategije za visokorizične zajednice; najzad, neophodno je izučiti razloge zašto neka društva imaju relativno nisku stopu kriminaliteta, a američko visoku. / Currie, 1989:11 et seq./

2.2. Društvo koje isključuje i kultura kontrole

Naravno, navedene mere, od kojih mnoge zahtevaju osmišljeno postupanje na osnovu ozbiljnih i dugoročnih naučnih istraživanja, za one koji donose odluke u savaremenim društvima predstavlja težu opciju. Mnogo je lakše izgraditi model onoga što Jock Young naziva „društvo koje isključuje“,¹⁵ dok jedan drugi značajan tumač kaznene reakcije u postmoderno doba – David Garland – ukazuje na razvoj koncepta „kulture kontrole“ kojim objašnjava reakciju na kriminalitet u SAD i Britaniji u dekadi 1970–80te i kasnije. Paralelno sa ekonomskom recesijom i političkom nestabilnošću, na vlast u ovim zemljama dolaze predstavnici desne političke orijentacije koji smatraju da je na izazove kriminaliteta potrebno odgovoriti odlučno, kombinovanom akcijom državnih organa, privatnog sektora bezbednosti i zajednice. Zona kažnjivosti se u obe države, kako smo to već naglasili, širi, pažnja javnosti se fokusira na određena dela (koja emocionalno dodiruju javnost) i učinioci koji pripadaju nižim društvenim slojevima – za njih Garland upotrebljava izraz „dostojni neprijatelji“ i dokazuje da je na delu „punitivna segregacija“ jer pri kažnjavanju prema njima ne treba pokazivati milost /Garland, 2001:142/.

U SAD i Britaniji u poslednjoj trećini XX veka postepeno izrasta novi, postmoderni model kontrole kriminaliteta, ili kako Garland /2001:142/ navodi, „kultura društva sa visokom stopom kriminaliteta“; a karakterišu je sledeće crte: 1) na visoke stope kriminaliteta gleda se kao na normalnu društvenu činjenicu; 2) kriminalitet se boji emocijama, fasinacijom, ali i strahom, nezadovoljstvom i osvetničkim osećanjima; 3) pitanja kriminaliteta se, zahvaljujući tome, oslanjaju na emocije i politizuju; 4) kriminalna politika se koncentriše na žrtve i zaštitu građana; 5) državna intervencija se doživljava kao neadekvatna i neefikasna; 6) privatni interes se uvodi u ovu oblast i cveta trgovina privatne sigurnosti; 7) predstavu o kriminalitetu stvaraju mediji, popularna kultura i stvoreno okruženje /Garland, 2001:163/.

U toj situaciji, i pored porasta stope kriminaliteta, preduzima se mnoštvo akcija kako bi se kod građana učvrstio utisak da oni koji zastupaju javne interese „čine sve kako bi se zlu stalo na put“. Njima je važnije šta glasači misle, nego šta kriminolozi i drugi eksperti u ovoj oblasti kažu. Argument „pa to svako zna“ zamenjuje stručnu analizu /Garland, 2001:20/¹⁶. Anthony Botooms /1995:40/ ukazuje da jačanje retributivnosti u naše doba počiva na uverenju kako javnost, generalno gledano, ima

15 Dakle, umesto nastojanja da se svi koji su prekršili socijalne norme integrišu u društvo, odgovor zajednice je takav da se oni ekskomuniciraju bez nade da se opet u nju vrata kao punopravni članovi –v. Young /1999/. U jednom ranijem radu /Young, 1971/ ovaj autor je primenio model pojačavanja devijantnosti (*deviancy application*) i dokazao da preterana reakcija na odstupajuća ponašanja vodi još težim kršenjima pravila.

16 Garland /2001:202/ ovaj model ne smatra jednim mogućim u naše doba jer ukazuje da postoje i visoko razvijena društva koja ne kopiraju ovakav pristup kriminalitetu: Kanada, Norveška, Holandija ili Japan – na primer. S druge strane, kada se radi o SAD, on smatra da su ključni činioci visoke stope kriminaliteta rasna podela, ekonomska nejednakost i raširenost primene ubilačkog nasilja. Apsurd je svoje vrste, kaže autor /Garland, 2001:IX/ da demokratska država koja toliko

punitivan pristup kontroli kriminaliteta. Drugim rečima, akteri u političkom procesu smatraju 'normalnim' da će javnosti (ili bar njenom dominantnom delu) goditi njihovo zalaganje za oštrije kažnjavanje.

Upravo u navedenoj logici nalazi se koren onoga što se označava kao penalni populizam, no za njegovo razumevanje od izuzetnog je značaja ukazati na nekoliko fenomena: to su strah od kriminaliteta i moralna panika, kao i ono što čini „vezivno tkivo“ koje ih spaja – mediji.

2.3. Uloga medija– strah od kriminaliteta i moralna panika

Ne ulazeći na ovom mestu u kontroverzno pitanje da li medijski izveštaji generišu nedopušteno ponašanje, nema sumnje da su štampani i elektronski mediji ti koji odlučujuće formiraju stavove građana o kriminalitetu i kažnjavanju. Uostalom, u literaturi se najčešće ističe da su mediji najvažniji činilac koji određuje stavove građana o zločinu i načinima na koje se na takva dela reaguje. Koliko oni odgovaraju stvarnom stanju, to je drugo pitanje.

Pre skoro pola veka, Nigel Walker /1973:332/ je konstatovao: „u svakom slučaju, prosečan građanin je sada mnogo obavešteniji o stanju kaznenog sistema nego pre nekoliko decenija, iako on i dalje ne shvata da su on i članovi njegove porodice mnogo više ugroženi od nepažljivih vozača nego od nasilnika ili seksualnih prestupnika, ili da kradljivci nisu mentalno poremećeni odn. niskog stupnja inteligencije“.

Kako to kažu Pamela Davies, Peter Francis i Chris Greer /2007:9/, zahvaljujući medijima, mi dobijamo ne predstavu o kriminalitetu, nego ono što oni korisnicima projektuju kao njegovu sliku. Zbog toga je moguće da **strah od zločina** bude izraženiji u sredinama sa nižom stopom kriminaliteta, nego u onima gde je ta stopa mnogo viša. Ključ za objašnjenje ovog paradoksa je način na koji mediji biraju događaje koje proglašavaju za udarne vesti i kako selekcionišu detalje (karakteristike radnje izvršenja, učinioca i žrtve) koje smatraju ključnim. Zbog toga je strah od zločina najizraženiji kod starih i lica ženskog pola, premda oni čine samo manji deo populacije viktimizovanih¹⁷.

Iako je o onome što za šta danas koristimo termin „**moralna panika**“ već bilo pisano¹⁸, njegovim tvorcom smatra se britanski kriminolog Stanley Cohen koji ga je prvi upotrebio u knjizi *Narodni demoni i moralna panika* koju je objavio 1972. Vremenom, taj izraz je postao oznaka za nesrazmernu i neprijateljsku društvenu reakciju na uslove, pojave, lica i grupe određene kao opasnost za socijalne vrednosti („*narodni demoni*“), koja uključuje stereotipno medijsko predstavljanje i vodi u traženje pojačane društvene kontrole i stvaranje spiralne reakcije¹⁹.

ljudi godišnje osudi na smrtnu kaznu ima 6–10 puta višu stopu kriminaliteta od ostalih razvijenih država –v. Ignjatović, 2016:102.

17 –v. za stanje u SAD: Karmen /2004:79/; kod nas: Ljubičić M., Labaš S. /2010/

18 Jock Young je posle dugotrajnog proučavanja pri kome je koristio metod posmatranja sa učestvovanjem, objavio već citirani rad u kome je pokazao kako se kroz „udruženi poduhvat“ medija, javnosti i policije jedna, po njemu, manje značajna aktivnost – kakvo je konzumiranje marihuane – pretvara u ozbiljan socijalni problem –v. Ignjatović, Ljubičić /2017/

19 Ovako moralnu paniku definiše Karim Murji /2001:175/.

3. POZNATI PRIMERI KAZNENOG POPULIZMA U RAZVIJENOM SVETU

Kao prvi primer primene kaznenog populizma mogu se uzeti izmene američkog krivičnog zakonodavstva o seksualnim predatorima čije žrtve su deca; kao i britanski slučajevi talasa moralne panike koji su doprineli ne samo širenju penalnog populizma na Ostrvu, nego izvršili i snažan uticaj na ostale zemlje.

3.1. Histerija zbog seksualne viktimizacije dece u SAD

Edwin Sutherland je u časopisu *Američka revija za sociologiju* 1950. objavio tekst *Širenje zakona o seksualnim psihopatama*. Konstatujući da su od 1937. čak 12 država koje čine SAD (uključujući i Distrikt Kolumbiju) usvojile zakone koji predviđaju (praktično) doživotno smeštanje lica proglašanih seksualnim psihopatama u duševne bolnice zbog neuračunljivosti. Ovakav način reagovanja bio je zasnovan na nizu tvrdnji koje su u to doba bile raširene u popularnoj literaturi.

Na primer da su žene i deca izuzetno ugroženi od seksualnih predatora; da broj takvih zločina raste brže od drugih krivičnih dela, da ih vrše „seksualni degenerici“, „zlotvori“ i „psihopate“, koji te sklonosti ne gube sa starenjem; da treba pažnju posvetiti i prvim, lakšim oblicima devijantnih ponašanja tih lica; da svaki psihijatar može dijagnostifikovati ovakav poremećaj.

Sutherland /1950:142/ tvrdi da se ovakvi stavovi održavaju iako su uglavnom pogrešni, ili u najmanju ruku – diskutabilni. Jedan od razloga je što ih medijski popularišu ne samo brojni psihijatri, nego i poznati predstavnici pravosuđa i političari²⁰. Zahvaljujući i toj činjenici, ovi zakoni su se širili u Americi u periodu 1937²¹ – 1949., nazavisno od činjenice da li je u vreme njihovog usvajanja u tim zemljama stopa ovakvih zločina porasla, a još manje u vezi sa komparativnim praćenjem o učestalosti tih dela u državama koje su te propise usvojile, u odnosu na one koje to nisu učinile. Autor se pita: šta je onda dovelo do širenja ovakvih normativnih zahvata? Odgovor se, po njemu, može naći u nekoliko činjenicama:

- prvo, u nastalom strahu koji je izazvan okolnošću da se nekoliko teških seksualnih krivičnih dela odigralo u kraćem vremenskom periodu²². Najpodesniji zločin koji izaziva histeriju kod ljudi je ubistvo deteta, a naročito ukoliko je do lišenja života došlo pri seksualnom napadu. Ljudi, navodi Sutherland, jednostavno ne mogu razumeti takva dela preduzeta prema deci – kada se radi o ovakvim napadima na žene, to se nekako i može pojmiti, ali seksualni napad na šestogodišnju devojčicu izaziva kod građana samo jedan zaključak: radi se o manijaku.

Potruga za takvim zločincima izaziva dodatni strah. Mediji učestalo izveštavaju o nastojanjima policije da ih otkriju i liše slobode, a dok se to ne dogodi odvija se

20 Tako navodi i članak provokativnog naziva 'Koliko je bezbedna Vaša ćerka' koji je jula 1947. u časopisu *American Magazine* objavio „večiti“ šef FBI Edgar Hoover.

21 Tada je donet prvi ovakav propis u Mičigenu.

22 Takav je bio slučaj u Indijani gde su se tri teška seksualna napada dogodila u Indijanopolisu, od čega su dva bila sa smrtnim ishodom.

nešto što bi se moglo nazvati kolektivnom agonijom. Sutherland piše o trodnevnoj akciji hapšenja ubice šestogodišnje Linda Glucoft u Los Anđelesu, novembra 1949. Policijski izveštaji o tome u kojoj je fazi istraga saopštavani su javnosti više puta dnevno, sva starija lica (sumnjalo se da učinilac pripada toj kategoriji) bila su zaustavljena na ulicama, izvođena iz automobila i sprovedena u policijske stanice, sumnjivi su bili naročito oni koji su bili zbunjeni onim što im se događa; blokirana je granica sa Meksikom; vršene su masovne racije u barovima, hotelima i ostalim mestima gde se zločinac mogao sakriti ... Mediji su iskoristili priliku i podsetili na šest sličnih zločina koji su se u tom gradu dogodili od 1924. što je još više pojačalo histeriju jer je stvoren utisak da se radi o „talasu zločina (e. *crime wave*)”²³.

Posle tri dana, učinilac²⁴ se vratio u Los Anđeles u nameri da se sam preda policiji, ali su mediji i od toga napravili spektakl. Slika policajca kome se predao objavljena je u svim nacionalnim medijima uz komentar da je to „onaj koji je uhapsio seksualnog manijaka“. Mediji su izveštavali o postupku koji je protiv zločinca vođen, javnost je delimično umirila činjenica da ga je tužilac optužio za najteži zločin – umorstvo²⁵; psihijatri su obnarodovali njegovu dijagnozu i činjenicu da je ubistvo izvršeno kako bi se prikrio seksualni delikt (plašio se da će zbog njega biti kažnjen).

- drugi činilac koji doprinosi promenama u krivičnom sistemu su aktivnosti zastrašene zajednice odn. javnosti. U slučaju koji je opisan, bilo je dovoljno da reporter lokalnog radija saopšti kako „se nešto mora uraditi sa seksualnim manijacima“ da redakcija bude zasuta stotinama telegrama: majka ubijene devojčice tražila je da se kazni izvršiočeva kći koja ga je, i kada se saznalo šta je uradio, u izjavama za medije branila; drugi su tražili da takvi učinioci budu kastrirani, treći da se podvrgnu mučenju; bilo je i predloga da se ukinu stiptiz predstave u barovima jer podstiču na razvrat, saveta roditeljima da kupe pištolje i naoružani prate decu u školu, a u kući nabave oštrog psa ...

Istovremeno, asocijacija roditelja i nastavnika je organizovala masovan miting na kome je od političara zatraženo da nešto preduzmu kako bi se nedužna deca zaštitila;

- na ovakve zahteve, prvo su reagovalе lokalne vlast, a zatim i predstavnici pravosuđa. Tako je u Los Anđelesu zasedalo Gradsko veće koje je donelo rezoluciju kojom se od zakonodavne vlasti traži da pooštре kažnjavanje seksualnih zločinaca, kao i da im se uskrati uslovni otpust. Prosvetni inspektor je tražio da se svi seksualni prestupnici koji se motaju oko škola bez odlaganja hapse i kažnjavaju; policijske

23 Ovo je jedna od najčešćih manipulacija javnim mnenjem: podaci o kriminalitetu se u pravosudnim statistikama i kriminologiji prikazuju za period od jedne godine. Kada se želi izazvati strah kod građana, umesto toga, navode se brojevi koji se odnose na znatno duži vremenski period (ovde je to 26 godina). Drugi vid manipulisanja je korišćenje „časovnika zločina“ (e. *crime clock*) u državama sa velikim brojem stanovnika („u SAD se silovanje dogodi svakih sedam minuta“). Victor Kappler, Mark Blumberg i Gary Potter /2000:8/ nazivaju ovakve manipulacije „alarmantnom statistikom“.

24 Zvao se Fred Stroble 67. godina stari pekar; smrtna kazna nad njim izvršena je 1952. u kaznionici San Kventin.

25 Novinari su trenutak kada je krivcu saopštena ta odluka propratili „važnom informacijom“ da su tada „njegovu lice i vrat oblile graške znojke“.

vlasti uputile su svim šerifima detaljno uputstvo kako da koordiniraju aktivnosti na otkrivanju i rasvetljavanju ovakvih dela. Državni tužilac Kalifornije je od svih policijskih stanica zahtevao da bez odlaganja primene propise o registrovanju ovakvih kriminalaca. Najzad, sve je začinio i već pomenuti šef FBI Edgar Hoover koji je zatražio „**sveopšti rat protiv seksualnih kriminalaca**“²⁶;

- sledeća, završna faza, bila je aktiviranje legislativnog mehanizma. U zakonodavnim organima formirani su komiteti zaduženi da daju predloge kako da se propisi o progonu seksualnih prestupnika poboljšaju. Najveće probleme u njihovom radu stvarali su urgentnost zadatka i protivrečni podaci kojima su raspolagali (dobijeni od policije i sadržani u medijskim izveštajima); dodatnu teškoću predstavljala je činjenica da su u tim telima u većini država dominirali psihijatri koji su, kao i uvek, unapred bili skloni da „medikalizuju oblast kaznene reakcije“²⁷. Sa retkim izuzecima, oni su bili ubeđeni da su seksualni delikti posledica mentalne patologije. U takvim uslovima, zakoni su donošeni po kratkom postupku, bez mnogo polemisanja. A onda su javnosti predstavljeni kao rezultat naučnih postulata i prosveteni i efikasan način reagovanja na ovaj osetljiv tip kriminalne aktivnosti.

Sutherland zaključuje da su dovoljna i dva zločina da dođe do histerične reakcije javnosti, koja je mnogo izraženija no ranije zbog raširenosti i uticaja medija; nakon reakcija pojedinaca i javnosti, političari prihvataju njihove zahteve, formiraju se zakonodavni komiteti i donose se zakoni koji se predstavljaju kao „konačno pronađen način kontrole opasnih seksualnih predatora“.

Međutim, ističe ovaj autor, ne završe svi slučajevi masovne histerije izazvane strahom na ovaj način. I navodi instruktivan primer: u Njujorku su 1937. četiri devojčice ubijene u seksualnim napadima. Jedan psihijatar je tim povodom tvrdio da su svi seksualni prestupnici mentalno defektni – kao što i svako lice sa mentalnim smetnjama – u ovom trenutku ili kasnije – postaje seksualni predator. Sve to dovelo je do histerije o kojoj je Austin MacCormick pisao u tekstu 'Aktuelni njujorški problem' časopisu *Mental Hygiene* januara 1938.: „danas je opasno komunicirati sa decom na ulici, osim ako niste dobro odeveni i opštepoznati u kraju. Može vam se dogoditi mnoštvo neprijatnosti ako pokušate da pomognete detetu koje se izgubilo, koje bespomoćno plače jer ne zna put do kuće – na primer da vas rulja napadne i čak povredi“.

Na prvi pogled, sve je išlo ka tome da država Njujork bude trinaesta u kojoj su usvojeni zakoni o seksualnim predatorima. To se ipak nije dogodilo. Nadležne vlasti u ovoj državi su rešile da odluku odlože na nekoliko meseci – kada prođe kolektivna histerija. A onda je bez žurbe formirana kompetentna komisija koju su činili stručnjaci iz različitih oblasti. Među njima nije došlo do saglasnosti o tome koliko bi zakon o seksualnim psihopatama bio od koristi. I zato – nikada nisu usvojeni; to što trend ovakvih dela u kasnijem periodu nije pokazivao porast bilo je dokaz

26 To je poslužilo uredniku nacionalne novinske agencije AP (Associated Press) da napiše kolumnu o tome kako političari na najvišim državnim funkcijama vide puteve kontrole ovakvih zločina.

27 John Galliher i Cheryl Tyree /1985/ smatraju da je ovo bio tipičan slučaj medikalizacije devijantnosti.

opravdanosti ovakog rešenja koje predstavlja primer odgovornog vođenja kriminalne politike.

3.2. *Moralne panike u Britaniji*

Već pomenuti rad koji je Stanley Cohen objavio 1972. bavi se objašnjenjem kako se jedan izolovan nepoželjan događaj kakav je fizički obračun i vandalizam dve mladalačke potkulture (modsi i rokeri) koji se odigrao 1964., zahvaljujući medijskom senzacionalizmu, zahtevima javnosti i aktivnostima konformistički orijentisanih pojedinaca („moralni krstaši“) pretvorio u poziv za obračun sa oličenjem svih zala koja ugrožavaju mirne građane – „narodnim demonima“.

Stuart Hall se sa saradnicima iz CCCS iz Birmingema bavio satanizacijom mladih crnaca koji su, zahvaljujući medijskoj manipulaciji stigmatizovani kao tipični izvršioци dela „ulične pljačke“²⁸. U knjizi objavljenoj 1978. oni su se bavili analizom produkcije (odn. društvenom konstrukcijom) vesti, ulozi moralnih krstaša koji su (motivisani neprihvatanjem „došljaka“ i imigranata kojima je data uloga „žrtvenog jarca“) situaciju dramatisovali emotivnim prilozima u rubrici „Pisma uredniku“; zahvaljujući stereotipizaciji, na ta lica svaljena je krivica za sve nevolje britanskog društva; takva klima odgovarala je društvenoj eliti koja je već počela da napušta ideale države blagostanja i prelazi na autoritarni populizam /Murji, 2001:176/.

Kasniji talasi moralne panike izbijali su zbog mnoštva drugih pojava. Karim Murji nabrāja: ponašanja mladih, seks, maloletnički kriminalitet, samohrane majke, zloupotrebu dece, bolesti ljudi (HIV) i životinja („lude krave“); Cohen u Predgovoru III izdanju svoje knjige navodi sledeće „mušterije moralne panike“: 1. mlade nasilne muškarce iz radničkih porodica; 2. nasilje u školi (zlostavljanje vršnjaka i pucnjava); 3. narkomane (‘pogrešna lica’ koja zloupotrebljavaju droge na pogrešnim mestima); 4. zloupotrebe dece, satanistički rituali i registar pedofila; 5. seks, nasilje i medijsko blamiranje; 6. lica koja traže socijalnu pomoć i samohrane majke; 7. izbeglice i tražioci azila /Cohen, 2002:viii et seq./.

Ian Marsh i Gaynor Malville /2009/ navode još dva oblika: „kukuljice“ (nošenje kapuljača koje mladima pokrivaju lice) i po posledicama možda najznačajniji – pedofiliju.

Javnost su u Britaniji krajem prošlog veka bombardovali slučajevima pedofilije, pa se događalo da su se u nekim listovima (kakav je *Daily Mail*) za mesec dana 25 puta na naslovnim stranama nalazili tekstovi o zlostavljanju dece i pedofilima (iako su se napisi često odnosili na isti slučaj). Uz ostalo, takva atmosfera ohrabrila je seriju brutalnih napada na lica za koja se sumnjalo da imaju pedofilske sklonosti. U Portsmautu u atmosferi nasilja i linča čitave porodice su primorane da pobegnu iz svojih stanova, u drugim krajevima zemlje došlo je do paljenja kuća onih koji su bez osnova sumnjiveni kao seksualni prestupnici /Marsh and Malville, 2009:62/. U takvoj klimi laburistička vlada je donela mere koje su pooštrile kažnjavanje seksualnih prestupnika; uz to, oni su morali da se registruju u policiji – propis je po imenu

28 Ne – razbojništva (*robbery*), što je do tada bio uobičajeni izraz u Britaniji za takva dela. Mediji su umesto njega počeli da za takva dela koriste američki izraz „ulična pljačka“ (*mugging*) kako bi pokazali da su mladi crnci glavni izvršioци takvih dela sa obe strane Atlantika.

žrtve simbolično nazvan Sarin zakon (*Sarah Law*). A onda je *News of the World* počeo da objavljuje njihova imena, fotografije i moguće adrese iz Registra seksualnih prestupnika (kampanja je nazvana „imenuj i osramoti“ – *name and shame*). Iako su policijske vlasti i probacione službe skretali pažnju da je ova praksa opasna i da može ugroziti upravo one u čije ime mediji deluju (dece) jer će pedofili početi da se skrivaju, mediji su nastavili sa navedenom praksom objavljujući povremeno i naslove tipa „I vešanje tih skotova bila bi preblaga kazna za njih“²⁹.

Možda nabolji komentar razloga javljanja talasa moralne panike dao je Victor Jupp /2001:125/; oni su, po njemu, ne samo sredstvo da se skrene pažnja javnosti sa stvarnih socijalnih problema, nego i da se opravda surovo postupanje policije i opšti pravac kaznene reakcije koji je oličen u sintagmi „red i zakon“. Čini se da je ovaj autor potpuno u pravu: jer ko medije izveštava o delima koja bi mogla da uznemire javnost i ko im kasnije dostavlja uznemirujuće podatke kako se zločinac držao u istrazi, šta je rekao i koliko je imao sažaljenja prema žrtvi – upravo izvršni organi, odn. organi reda (koristi se formulacija „iz pouzdanih izvora u policiji saznajemo“) koji su pod neposrednim uticajem dominantne društvene grupe. Kada se kolo uspešno zavrti³⁰ i javnost počne da traži primerno kažnjavanje zločinaca koji zaslužuju najoštrije kažnjavanje, onda se pojavljuju oni koji su dali početni impuls i „poštujući volju naroda“ obećavaju ono što on traži – još oštrije kazne, a to znači – još više policajaca, još više zatvorenika, nove kaznionice. To su krajnji efekti penalnog populizma.

4. PENALNI POPULIZAM I NACIONALIZAM U POSTSOCIJALISTIČKIM ZEMLJAMA

Države u tranziciji iz socijalističkog u kapitalistički društveni sistem u tom razdoblju izgrađuju specifičan pristup kaznenoj reakciji koji će biti pojašnjen na primeru država Centralne Evrope i Srbije.

4.1. Bivše komunističke države Centralne Evrope

Autorica Lynne Haney je, proučavajući stanje u državama u Mađarskoj, Poljskoj, Slovačkoj i Češkoj Republici, konstatovala da ih karakterišu jačanje punitivnosti i penalni populizam koji domiraju u oblasti sankcionisanja krivičnih dela. Zaoštravanje kaznene reakcije koja se u većini zemalja ogleda u pozivanju na neophodnost uvođenja ‘reda i zakona’, uključujući i kažnjavanje po principu „tri greške i izvan igre si“³¹, nehumanog postupanja sa izbeglicama i azilantima ... U nastojanja da se kazneni populizam proširi uključeni su i senzacionalistički mediji, ali i nevladin

29 –v. Ignjatović /2016:149/.

30 U tome u nekim zemljama ulogu imaju i nevladine organizacije, ali i za njih se, sa puno osnova, može reći da su takođe pod uticajem vladajućih struktura – bilo domaćih ili onih iz inostranstva – što se može proveriti uvidom u podatke o tome ko ih finansira.

31 Rešenje preuzeto iz američkog krivičnog zakonodavstva (*three strikes and you're out*) po kome se učiniocu trećeg (u početku se odnosilo samo na nasilnička) krivičnog dela izriče kazna doživotnog zatvora.

sektor i društveni pokreti³². Sa druge strane, iz oblasti planiranja politike konrole kriminaliteta sve više su istiskivani stručnjaci³³.

Interesantno je da ovaj trend nije došao do izražaja u prvim godinama bolne tranzicije iz socijalističkog u kapitalistički sistem, već kasnije, kada se stanje u pogledu stope kriminaliteta stabilizovalo³⁴. Autorka se poziva na jednog poljskog autora (Krzysztof Krajewski) koji kao punitivnost podstiču: radikalne socijalne promene, etničke tenzije i cinični političari.

Ovi poslednji (državni i politički lideri) sreću se u zemljama Centralne Evrope sa nekoliko problema: 1) prvi je nepoverenje koje građani prema njima iskazuju; 2) drugi je to što je proces evropeizacije (kroz pristupanje EU) podrazumevao preduzimanje mnoštva mera po zahtevu briselske administracije, što je kod njih izazivalo strah od gubljenja kontrole i utisak da su onemogućeni da zaštite nacionalne interese; 3) opšta nesigurnost – istovremeno vršenje trostrukih promena: političkih, ekonomskih i socijalnih dovelo je građane u stanje anksioznosti i straha.

U toj situaciji nacionalizam se pojavljuje kao platforma za zaštitu nacionalnih interesa, za radikalizaciju pojedinih grupa i brzo se (kao zaraza) širi, nudeći mnoštvo ideja i akcija. Njegova retorika posebno je prihvatljiva ljudima koji se osećaju izgubljeno jer im nudi blagodet pripadništva nacioni i pruža im osećaj sigurnosti. Istovremeno, on koristi medijski senzacionalizam i pomenute etničke tenzije

Na toj osnovi kazneni populizam prerasta u „**penalni nacionalizam**“ a Haney koristi ovaj termin kako bi označila novu sliku kriminaliteta i linije socijalnog uključivanja i isključivanja u srednjeevropskim postsovjetskim državama u kojima „kazneni nacionalizam“ predstavlja, najkraće rečeno, penalnu filozofiju koja kontrolu kriminaliteta izjednačava sa zaštitom nacionalnog suvereniteta. Tu je kršenju zakona predstavljeno kao nešto mnogo dublje i opasnije od pukog nepoštovanja krivičnih normi. /Haney, 2011/ Širi se logika „žrtvenog jarca“ u kojoj se „oni drugi koji nisu deo našeg naciona“ okrivljuju za sve nedaće kroz koje se prolazi: tu ulogu imaju Rumuni u Transilvaniji, Mađari u Slovačkoj, Rusi u Poljskoj i – u svim zemljama Romi (netrpeljivost prema njima pokazuju i time što ih ne nazivaju tako nego Ciganima). Čak se tvrdi da postoji „ciganski kriminalitet“ koji je po svojoj prorodi i opasnosti koju za društvo predstavlja – poseban fenomen. Na takve stavove nadovezuju se izjave publicista i političara koje se granice se rasizmom. Među takve „bisere“ mogu se ubrojati tvrdnja bivšeg predsednika Češke (Vaclav Klaus) kako su Cigani pedofili jer „oni krađu našu decu“; jedan drugi političar iz iste zemlje (Miroslav Sladek) smatra da „za Cigane nema potrebe obazirati se na uzrast kod utvrđivanja njihove krivične odgovornosti. Ona kod njih počinje sa rođenjem – jer se rađaju kao najveći kriminalci“. Ili tekstovi mađarskog publiciste (Zsolt Bayer) u

32 U Mađarskoj je tako formirana paravojna formacija 'Civilna garda za bolju budućnost' na koju se ozbiljno računa u oblasti antikriminalnog delovanja.

33 Kako je to navela Klara Kerezi /2009/, u Mađarskoj su tokom dve decenije eksperti sistematki isključivani iz stvaranja politike suzbijanja kriminaliteta.

34 To se ne podudara sa poznatom tvrdnjom koju je izrekao Dario Melossi: otklon od punitivnosti najveći je u državama koje izlaze iz perioda rata, diktature i okupacije /Melossi, 2011:54/. Kao primer, mogu se navesti posleratna Holandija, period posle aparhejda u Južnoj Africi i drugi primeri sa tog kontinenta i iz Latinske Amerike.

kojima se tvrdi da se „Ciganski kriminalci moraju u svakom trenutku smestiti izvan zajednice. Oni su tolika opasnost da je njihovo isključivanje iz društva obavezno. Nema nikakve potrebe da ih reintegriramo“ ... „oni ne žele da žive sa ljudima – oni su životinje i ponašaju se kao životinje“ /-v. Haney, 2016/. Ovaj novinar, kao i već pominjani Vaclav Klaus kao da su dozvali Hitlerovo vreme kada su, svaki za sebe, izjavili da „i na Cigane treba primeniti *konačno rešenje*“ (šifra pod kojom je u nacističkoj Nemačkoj izvršen Holokaust nad Jevrejima).

4.2. Stanje u Srbiji

Pre svega, sa ne malom dozom zadovoljstva, treba konstatovati da gore navedenih ekscesa (koji su se u najmanju ruku mogli podvesti pod „govor mržnje“ i rasizam) u kriminalnoj politici Srbije nema. Kao što i po odnosu prema izbeglicama i azilantima možemo biti primer mnogim državama članicama Evropske Unije, kao i onima koji dele po svetu lekcije iz ljudskih prava i demokratije.

Međutim, kada se radi o penalnom populizmu, ima ga i po mnogo čemu podseća na u svetu zabeležene slučajeve. I kod nas u njemu ima mesta i za senzacionalističke medije koji su snabdeveni ‘informacijama sa nadležnog mesta’, i saopštavanja pikantnih detalja iz policijske istrage i novinskih naslova poput onog „Gorećeš u paklu monstrume“; ima i obraćanja zvaničnika koji podgrevaju atmosferu (zalaganje jednog ranijeg ministra pravde za uvođenje američkog načina odmeravanja kazne po sistemu kumulacije³⁵ i za kastraciju seksualnih prestupnika); ima i navrat – nanos izmena krivičnog zakonodavstva (koje – kod nas rade anonimne grupe – za razliku od SAD i većine drugih zemalja gde je sastav komisija poznat javnosti)³⁶; ima i po imenima žrtava nazvanih zakona koji u pojedinim slučajevima potpuno odudaraju od opštih instituta našeg krivičnog prava³⁷.

Kao plod jedne takve kampanje donet je poseban zakon o sprečavanju nasilja u porodici čije efekte ćemo tek videti. Prethodila mu je višemesečna medijska kampanja koja je sondirala teren za usvajanje rešenja od kojih su mnoga u suprotnosti sa pravnim postulatima i prelaze u sferu onoga za šta se pre jednog veka zalagao Enrico Ferri – predeliktno kažnjavanje koje je, čak i u Italiji tridesetih godina prošlog veka bilo neprihvatljivo³⁸.

Trenutno je u toku jedna nova kampanja – da se za ubice dece uvede nova kazna: doživotni zatvor. Dakle, onome ko je izvršio teroristički napad, delikt genocida ili najteže ratne zločine (gde među žrtvama nema dece), masovnom ubici koji je

35 Pa bi osuda i kod nas mogla glasiti „na 250 godina zavora“ (!?!).

36 Posebno su zanimljiva parlametarna nadmetanja (idealno je da budu pokrivena TV prenosima) u kojima se predstavnici vlasti i opozicije nadmeću ko će predložiti retributivnije mere u takve zakone.

37 -v. Ristivojević /2012:58/.

38 Zakon uvodi kategoriju „mogućeg učinioca nasilja“ (budućeg učinioca krivičnog dela), stavlja policajcima u zadatak da vrše procenu rizika koji jedan član porodice predstavlja za ostale, što je zadatak koji je toliko zahtevan, da ga i stručnjaci – psihijatri i kriminolozi, u situacijama kada treba da predvide buduće ponašanje nekog lica, koliko god mogu – izbegavaju -v. Ristivojević /2017/:

u domu penzionera lišio života dve stotine štićenika, bila bi izrečena maksimalna kazna od 40 godina, dok bi za ubicu deteta bio predviđen doživotni zatvor. Kad se već nije uspelo sa uvođenjem te kazne pre nekoliko godina, sada bi se uvela (prvo) za dela kod kojih bi bilo neoportuno suprotstaviti se (za takve je već spremna argumentacija: 'ko to može biti protiv zaštite najdragocenijeg što imamo – dece?'). Verovatno bi, kasnije tom spisku dodavana i druga dela (npr. ona vezana za narkotike – 'šta drugo predvideti prema onima koji drogama truju mladež?' i tako dalje).

Penalni populizam je deo opšteg trenda zaoštavanja kaznene reakcije u Srbiji koji započinje sa paničnim zakonodavstvom³⁹ donetim posle ubistva premijera Đinđića, a manifestovao se prvo sprovođenjem kontroverzne akcije Sablja⁴⁰; kasnije se nastavio širenjem zone kažnjivosti⁴¹, pooštavanjem zaprečenih kazni, ograničenjima slobode sudova u izricanju kazni⁴², uvođenjem zabrane ublažavanja kazne za neka krivična dela, kao i zabranom da se učiniocima određenih dela dozvoli uslovni otpust; nastavlja se praksa javnog prozivanja sudova zbog donetih odluka koje ne odgovaraju slici o zločinu koji su stvorili mediji. Posledica ovakvog pooštavanja kaznene politike⁴³ je i porast zavodske populacije koja od sredine prošle decenije znantno premašuje kapacitete kaznenih ustanova. Ono što je najintersantnije je da u međuvremenu nije zabeležen dramatičan porast kriminaliteta u Srbiji koji bi opravdao primenu ovakve kaznene filozofije.

ZAKLJUČNE NAPOMENE

Sa retkim izuzecima, u većini savremenih država u oblasti kontrole kriminaliteta primetne su tendencije penalnog populizma koji se svodi na pridobijanje glasača na izborima, pokazujući istovremeno i jednostranost, nekompetentnost i nedelotvornost; idući u krajnjoj liniji nasuprot stvarnom osećanju građana o pravdi. Umesto toga, penalni populizam se oslanja na indukovanje straha, na manipulacije, steretipizaciju i proglašenje manjinskih grupa za tipične „neprijatelje naroda“. Insi-stira se na emocionalnim reakcijama i zato se fokusira na dela čije žrtve izazivaju najemotivnije reagovanje (deca), sve to u cilju dobijanja podrške za još oštrije kažnjavanje (polaze od toga da je prosečan građanin sklon retributivnom odgovoru na zločin). U tome im pomažu mediji, nevladin sektor, ali i 'moralni krstaši' koji žale za starim dobrim vremenima kada se u porodici i firmi znalo ko je gazda, kada je

39 –v. Ignjatović, 2005.

40 – Milena Tripković /2016/ govori o 11.000 pritvorenih lica, dok neki podaci ukazuju da je u toj akciji lišeno slobode preko 12.000 ljudi.

41 Krivično pravo umesto krajnjeg sredstva (lat. *ultima ratio*) postaje prvo oruđe za kontrolu kriminaliteta.

42 Istina, stvari nisu otšle tako daleko kao u Makedoniji gde su, po uzoru na rešenje u SAD, podzakonskim aktom donetim od strane nenadležnog organa, uveden „tarifni sistem“ u kome je precizirano koliko kazna za koji od oblika dela može (u okviru zakonskog maksimuma i minimuma) biti određena –v. Arnaudovski /2017/.

43 Zasnovane na onome što se u nemačkoj krivičnoj literaturi naziva *Feindstrafrecht* – krivično pravo namenjeno neprijateljima. Takvo gledanje na prestupnike kao na neprijatelje društva koje po svaku cenu treba eliminisati (Stojanović, 2016:133)

vladao kult rada i poštovanja normi. Posledice ovakve strategije su porazne: društvo sve više troši na finansiranje kaznenog mehanizma, a strah od zločina je sve veći; kaznionice su sve punije, a ljudi se ne osećaju ništa sigurnije. Još teže je stanje u zemljama u kojim je kazneni populizam prerastao u penalni nacionalizam koji se manifestuje u širenju rasističkih predrasuda i nedostojnom tretmanu azilanata i izbeglica.

Na početku smo rekli 'u skoro svim državama', što znači da penalni populizam nije zla sudbina u svim sredinama, pa se postavlja pitanje šta je zajedničko državama gde on nije pustio koren? Čini se da su to dve stvari: otklon od neoliberalnog pristupa kažnjavanju i jačanje kaznene filozofije karakteristične za države blagostanja – briga o dobrobiti svakog ljudskog bića i politika inkluzije i readaptacije, umesto retribucije i isključivanja⁴⁴.

Sa druge strane, iskustva zemalja koje nisu podlegle stihiji penalnog populizma pokazuju da su se uspešno oduprle trendu amaterizacije u sferi kontrole kriminaliteta i zadržale stručnjake u ključnim telima u kojima se usvaja kriminalno politička strategija (primeri Kanade i Nemačke).

Ovde bi trebalo naglasiti da čak i u situacijama u kojima dolazi do panične reakcije javnosti izazvane delima koja građane emocionalno potresaju, oni koji donose odluke nikako ne smeju podleći hysteriji i odlučiti se za izmene u kaznenom zakonodavstvu koje možda umiruju javno mnjenje, ali donose više štete no koristi. To je odlično pokazao slučaj sa pomenutom hysterijom koja je pred Drugi svetski rat izbila u Njujorku: tada su vlasti – umesto urgentnog pristupanja izmenama zakonodavstva, odustale od ishitrenog noveliranja krivičnih propisa. Kasnije se pokazalo, bez ikakvih štetnih posledica,

Ovo znači da nije nužno da moralna panika i hysterična reakcija javnosti prerastu u još jednu manifestaciju penalnog populizma. Kao najbolji primer mogu se navesti slučajevi masovnih ubistava u školama koji izazivaju nesrazmernu zastrašenost američke javnosti. Takvi tragični događaji, bez izuzetka rezultiraju zahtevima javnosti da se građanima ograniči (čak zabrani) posedovanje vatrenog oružja u SAD. Gledano sa stanovišta logike, sasvim osnovan predlog. Međutim, takvi zahtevi nikada nisu uspeali iz jednog jasnog razloga: asocijacija proizvođača oružja je u Americi toliko moćan akter da na sve načine (uključujući i finansiranje predsedničkih kampanja svih kandidata) može da blokira takve inicijative.

Ili primer sa inicijativom da se, povodom jednog tragičnog ubistva mladića u Nišu u Srbiji ponovo uvede smrtna kazna. Nekoliko dana posle događaja, društvene mreže su na Internetu beležile veliki broj potpisnika tog predloga. A onda su odgovorni predstavnici vlasti obavestili javnost kakve bi posledice po spoljnopolitički položaj Republike imalo usvajanje predloga. I zahutala inicijativa je okončana.

Navedeno samo pokazuje da, bez obzira što se penalni populizam oslanja na mnoštvo aktera (mediji, nevladin sektor, građanske inicijative, volonteri i 'moralni krstaši') – ipak u celom tom konglomeratu krajnju reč imaju nosioci vlasti odn. moći. Zato je u pravu Tim Newburn /2007:15/ koji iznosi dve bitne tvrdnje koje

44 U ovom pogledu, potpuno je u pravu Vanessa Barker koja je obradila iskustva skandinavskih država koje se uspešno opiru svetskom trendu kaznenog populizma /Barker, 2013/.

bi trebalo da imaju u vidu istraživači u ovoj oblasti: – da razmišljanje o zločinu i politici kontrole kriminaliteta uvek mora imati u vidu kulturni i politički kontekst u kome se stvari odvijaju; – i da nije moguće utvrditi direktnu povezanost stope kriminaliteta i vrste i oštine kaznene reakcije.

LITERATURA

- Arnaudovski Lj. /2017/: Uloga na sudot vo odmeruvanje na vidot i visinata na kaznata, *Makedonska revija za kezneno pravo i kriminologija*, n^o 1
- Barkes V. /2013/: Nordic exceptionalism revisited– explaining the paradox of a Janus-faced penal regime, *Theoretical Criminology*, n^o 1
- Beck (Bek) U. /2001/: *Rizično društvo– u susret novoj moderni* (prevod), Beograd
- Bottoms A. /1995/: Philosophy and politics of punishment and sentencing –in: *Politics of Sentencing Reform* (Clarkson C. and Morgan R.), Oxford
- Brown S., Esbensen F. and Geis G. /1996/: *Explaining Crime and its Context* (2nd ed.), Cincinnati
- Burke R. /2009/: *Introduction to Criminological Theory* (3 ed.), Cullompton
- Chambliss W. /1988/: *On the Take: From Petty Crooks to President*, Bloomington
- Chambliss W. and Seidman R. /1971/: *Law, Order and Power*, Reading
- Chinski D., Ruiz J. and Hummer D. /2014/: Poitics and crime policy –in: *Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice* (Albanese J., ed.), Malden
- Cohen S. /1972/: *Folk Devils and Moral Panic– Creation od Mods and Rockers*, London [Cohen S. /2002/: *Folk Devils and Moral Panic– Creation od Mods and Rockers*, 3rd ed., London]
- Currie E. /1989/: Confronting crime: Looking toward the twenty-first century, *Justice Quarterly*, n^o 6
- Davies P., Francis P. and Greer C. /2007/: Victims, crime and society –in: *Victims, crime and society* (Davies P. et al., eds.), Los Angeles
- Downes D. and Morgan R. /1994/: ‘Hostages to Fortune’? The Politics of Law and Order in Post-War Britain –in: *Oxford Handbook of Criminology* (Maguire M., Morgan R. and Reiner R. eds.), Oxford
- Gallihier J. and Tyree C. /1985/: Edwin Sutherland’s research on the origins of sexual psychopath laws– an early case study of the medicalization of deviance, *Social Problems*, n^o 2
- Garland D. /2001/: *The Culture od Control – Crime and Social Order on Contemporary Society*, Oxford
- Haney L. /2016/: Prisons of the past– penal nationalism and the politics of punishment in Central Europe, *Punishment & Society*, n^o 3
- Howard J. /1929/: *State of Prisons*, London [Hauard Dž. /2015/: *Stanje u zatvorima* (prevod), Beograd]
- Ignjatović Đ. (2005): Koliko polazni koncepti i granice krivično-pravne zaštite odgovaraju današnjim oblicima kriminaliteta –in: *Kazneno zakonodavstvo– progresivna ili regresivna rešenja* (Radovanović D. ed.), Beograd
- Ignjatović Đ. /2013/: *Komparacija kriminaliteta i kazne reakcije: Srbija – Evropa*, Beograd
- Ignjatović Đ. /2013a/: Kuda ide krivično izvršno pravo Srbije?, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, n^o 3

- Ignjatović Đ. /2016/: *Kriminologija* (13 ed.), Beograd
- Ignjatović Đ. i Ljubičić M. /2017/: Mediji i kriminalitet– večita kriminološka tema –in: *Pravosuđe i mediji* (Stevanović I., Pavićević O., eds.), Beograd
- Kappler V., Blumberg M. and Potter G. /2000/: *Mytology of Cime and Criminal Justice*, Prospect Hills
- Karmen A. /2004/: *Crime Victims– Introduction to Victimology*, 5th ed., Belmont
- Kerezsi K. /2009/: Crime prevention i Hungary– why is it so hard to argue for necessity of a community approach? –in: *Crime Prevention Policies in Comparative Perspective* (Craford A. ed.), Boulder
- Ljubičić M., Dragišić S. /2010/: Strah od zločina– istraživanje stavova studenata, *Sociološki pregled*, n^o 4
- Marsh I. and Melville G. /2009/: *Crime, Justice and Media*, London
- Melossi D. /2011/: Neoliberalism' elective affinities– penalty, political economy and international relations –in: *Travels of Criminal Question– Cultural Embeddednes and Difussion* (Melossi D. et al eds.), Oxford
- Muncie J. and Goldston B. /2005/: England and Wales: the new correctionalism –in: *International Development of Juvenile Justice* (Muncie J. and Goldston B. eds.), London
- Newburn T. /2007/: *Criminology*, Cullompton
- Pratt J. /2007/: *Penal Populism*, London
- Ristivojević B /2012/: Aktuelna pitanja sadašnjeg stanja materijalnog krivičnog zakonodavstva Srbije –in: *Aktuelna pitanja krivičnog zakonodavstva – normativni i praktični aspekti* (Bejatović S., ed.), Zlatibor
- Ristivojević B. /2017/: Da li je novi Zakon o sprečavanju nasilja u porodici opredmećenje pojave tzv. bezbednosnog prava, *Crimen*, n^o 1
- Roberts J. et al. /2003/: *Penal Populism and Public Opinion*, New York
- Schmalleger F. /1996/: *Criminology Today*, Englewood Cliffs [Schmalleger F. /2004/: *Criminology Today*, 3rd ed., Upper Saddle River]
- Scraton P. /1985/: *The State of the Police*, London
- Sim J., Scraton P. and Gordon P. /1987/: Introduction: Crime, the State and the Critical Criminology –in: *Law, Order and the Authoritarian State: Readings in Critical Criminology* (Scraton P. ed.), Milton Keynes
- Soković S. /2011/: Savremene globalne tendencije u kontroli kriminaliteta– karakteristike, perspektive i osvrt na domaće prilike, *Crimen*, n^o 2
- Stojanović Z. /2003/: Kriza savremenog krivičnog prava, *Prava čoveka*, n^o 5–6
- Stojanović Z. (2016): *Politika suzbijanja kriminaliteta*, Beograd
- Tripkovic M. /2016/: Beyond punitivness? Governance of crime and authoritarian heritage in Serbia, *Punishment & Society*, n^o 3
- Walker N. /1973/: *Crime and Punishment in Britain*, Edinburgh
- Walters R. /2007/: Critical criminology and intesification of the authoritarian state –in: *Expanding the Criminological Imagination – Critical Readings in Criminology* (Barton A. et al. eds.), Cullompton
- Young J. /1971/: Role of police as amplifiers of deviance, negotiators of drug control as seen in Notting Hill –in: *Images of Deviance* (Cohen S., ed.), Harmondsworth
- Young J. /1999/: *Exclusive Society*, London

DOKUMENTI

HMSO /1992/: *Doing Time or Using Time*, London

Wolf Report /1991/: *Prison Disturbances April 1990*, London

INTERNET IZVORI

www.conservative-party.net/manifestos/1979/1979-conservative-manifesto.shtml

SKRAĆENICE

CCCS (Center for Contemporary Cultural Studies) – Centar za savremene kulturalne studije iz Birminghama

HMSO – Her Majesty's Stationery Office

Đorđe Ignjatović

Faculty of Law, University of Belgrade

PENAL POPULISM

SUMMARY

Penal populism as a trend in the crime control policy can be understood only when it connects with the fear of crime, moral panics, media manipulation and a crisis of the authorities legitimacy in modern states. After pointing out the mechanisms of formation and functioning of populism in the United States, Britain and the former socialist countries, the author states that in Serbia in the new millennium, regardless of the relatively stable state crime occurred, there has been a strengthening of punitiveness and expansion of penal populism. At the same time, it is fortunate that the wave of penal nationalism has not spilled over from the north, from the former communist countries of Central Europe.

Believing that penal populism is not in the sphere of criminal reactions inevitable fate, the author mentions the common features of the countries that have not succumbed to this trend. This is a rejection of the postulates of neo-liberal penal policy and keeping lines of what is called in criminology „penal-welfarism“. Then, a clear commitment to the strategic decision-making in the field of crime control must be decisively influenced by experts and the results of scientific research rather than emotion, manipulation, myths and stereotypes. Finally, to strengthen of penal populism (in addition to the media, the public, NGOs and other stakeholders), contribute substantially actors of government, it is necessary to its highest representatives acting aware of its responsibility for the situation in the society rather than the aim of winning over voters collect points efforts to strengthen of retributivism. Because the consequences are devastating: society is increasingly spent on financing the penalty mechanism, and the fear of crime is increasing; penitentiaries are all overweight, and people do not feel any more secure.

Keywords: crime, control, policy, fear of crime, penal populism, penal nationalism

ANGLOSAKSONSKA DOKTRINA „ODBRANE ZAMKA“ U KRIVIČNOM PRAVU SAD I NJENE MOGUĆE REFLEKSIJE NA NUŽNU ODBRANU U SRPSKOM KRIVIČNOM ZAKONODAVSTVU

Apstrakt: U radu se objašnjava suština anglosaksonske doktrine „odbrane zamka“, odnosno „odbrane doma“ u krivičnom pravu SAD, kao podvrste nužne odbrane, koja u krivičnom pravu SAD predstavlja oblik „odbrane“ koja zavisno od konkretne države u okviru SAD, isključuje bilo protivpravnost, bilo krivičnu odgovornost, odnosno u svakom slučaju, predstavlja osnov koji isključuje postojanje krivičnog dela.

U radu se objašnjavaju i osnovne normativne komponente nužne odbrane u srpskom Krivičnom zakoniku, uz ilustrovanje zakonskih odredbi i određenih teorijskih stavova i nekim primerima iz sudske prakse. Posebno se analiziraju moguće refleksije anglosaksonske doktrine „odbrane zamka“, odnosno „odbrane doma“ u krivičnom pravu SAD, u pogledu zakonskog rešenja i sudske prakse koja se odnosi na nužnu odbranu u krivičnom pravu Srbije.

Autor posebno ističe, u našoj stručnoj, ali i laičkoj javnosti (koja se zbog nekih drastičnih primera iz prakse u novije vreme posebno zainteresovala za nužnu odbranu), slabo uočeno ili čak ignorisano pravilo, da je u većini država SAD, jedan od uslova za postojanje nužne odbrane (samoodbrane), da se primenjuje sila koja je *proporcionalna napadu*. To praktično predstavlja zahtev postojanja određene *srazmernosti* između napada i odbrane, odnosno proporcionalnosti između sredstava, intenziteta i načina napada i sredstava, intenziteta i načina odbrane, kao i odgovarajuće proporcionalnosti između napadnutog dobra i dobra napada na koje se usmerava odbrana, što inače, formalno nije slučaj u srpskom krivičnom pravu.

Iz ovoga proizlazi i da je osnovna svrha anglosaksonske doktrine „odbrane zamka“, odnosno „odbrane doma“ u krivičnom pravu SAD, baš ublažavanje uslova „proporcionalnog odgovora“, što je u američkom krivičnom pravu posebno značajno u pogledu razlikovanja napada koji podrazumevaju „smrtonosnu“ ili „nesmrtonosnu“ silu.

U kontekstu razmatranja nekih aktuelnih i mogućih problema koji proizlaze, kako iz zakonskih rešenja koja se u krivičnom pravu Srbije odnose na nužnu odbranu, tako i iz dominantnih stavova sudske prakse, a posebno s obzirom na određene refleksije anglosaksonske doktrine „odbrane zamka“, odnosno „odbrane doma“ u krivičnom pravu SAD, što se često svodi i ne nerazumevanje suštine te koncepcije, autor izlaže i određene moguće predloge u *de lege ferenda* smislu.

Osim predloga u *de lege ferenda* smislu utemeljenih na refleksijama anglosaksonske doktrine „odbrane zamka“, koji su „radikalnijeg“ karaktera, u tekstu se navode i umereni(ji) *de lege ferenda* predlozi, zasnovani na primeru iz Krivičnog zakonika Kraljevine Jugoslavije, te istovetnom uzoru iz važećeg nemačkog krivičnog prava. Pored toga, u tekstu se poseb-

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

no skreće pažnja na mogućnost da se u krivičnom zakonodavstvu Srbije, omogućiti da veći krivičnopravni značaj pod određenim uslovima, dobije i ekstenzivno prekoračenje nužne odbrane.

Ključne reči: krivično pravo, nužna odbrana, uporedno pravo, krivično pravo SAD, doktrina odbrane zamka.

1. UVODNA RAZMATRANJA

Danas je izuzetno porastao značaj *uporednog krivičnog prava* i to primarno u oblasti krivičnog procesnog prava (pre svega zato što i mnoge evropske države u svoje krivične postupke unose značajne adverzijalne elemente), a znatno manje kada se radi o krivičnom materijalnom pravu, koje je čini se, u nacionalnim okvirima nešto „imunije“ u odnosu na preuzimanje odgovarajućih uporednopravnih „obrazaca“ i modela.¹

Jasno se uočava da krivično pravo SAD ostvaruje značajan uticaj na druge nacionalne krivičnopravne sisteme, što je posledica i relevantnih istorijskih i političkih okolnosti, poput i inače izuzetno značajne uloge SAD nakon dva svetska rata, a posebno posle Drugog svetskog rata u tzv. Zapadnoj hemisferi, kao naravno i šire, nakon svojevrstne „pobede“ SAD u „hladnom ratu“. Međutim, taj uticaj je ipak, prilično limitiran kada se radi o krivičnom materijalnom pravu, što je posebno upadljiva diskrepanca u odnosu na izrazito enorman uticaj krivičnog procesnog prava SAD, na druge nacionalne krivičnoprocesne sisteme (čak i one koji su inače, načelno kontinentalno-evropske orijentacije),² što je na primer, posebno upadljivo u pogledu uvođenja različitih oblika *stranačkog sporazumevanja* u krivičnom postupku, a po uzoru na taj za SAD posebno tipičan krivičnoprocesni mehanizam, odnosno sumarni tip krivičnog postupka, odnosno krivičnoprocesnu formu, terminološki poznatu pod različitim izrazima – kao „ispregovrano priznanje“ krivice, odnosno krivičnog dela, „nagodba“ (*Plea bargaining*), „deal“ i sl.

Između američkog i srpskog materijalnog krivičnog prava postoje velike i bitne razlike, ali i brojne relevantne sličnosti, što se odnosi i na opšti pojam krivičnog dela, koji suštinski i u SAD, kao i u Srbiji, ima objektivno-subjektivni karakter, te se u tom pogledu mogu uočiti određene značajne i interesantne sličnosti.³ Određene bitne sličnosti se mogu uočiti i kada se radi o drugim krivičnopravnim institutima.

1 Više o tome: M.Škulić, *Osnovne karakteristike velikih uporednih krivičnoprocesnih modela i njihov uticaj na reformu krivičnog postupka Srbije*, Pravna riječ – časopis za pravnu teoriju i praksu, broj 33/2012, Udruženje pravnika Republike Srpske, Banja Luka, 2012., str. 467 – 486.

2 Više o tome: T.Weigend, *Should We Search for the Truth, and Who Should Do it ?*, *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, Vol. 36, Number 2, Chapel Hill, 2011., str. 414.

3 Više o tome: M.Škulić, *Opšti pojam krivičnog dela u Sjedinjenim Američkim Državama – sličnosti i razlike u odnosu na srpsko krivično pravo*, tematska monografija: „Kaznena reakcija u Srbiji“, V deo, (ur. Đ.Ignjatović), Beograd, 2015., str. 47 – 74.

2. OSNOVNI IZVORI KRIVIČNOG PRAVA SJEDINJENIH AMERIČKIH DRŽAVA

Iako je kolevka anglosaksonskog prava Engleska,⁴ danas se, što je pomalo paradoksalno, ali zakonomerno proizlazi iz opšte istorijske i političke uloge SAD poslednjih decenija, a naročito posle Drugog svetskog rata i kasnijeg „trijumfa“ u „hladnom ratu“, tipičnim savremenim predstavnikom tog velikog pravnog sistema smatraju Sjedinjene Američke Države.⁵

Krivično pravo SAD je nastalo pod snažnim uticajem klasičnog engleskog krivičnog prava, što se naravno, ogleda i u njegovim izvorima, pre svega onom tipičnom izvoru danas uobičajeno poznatom kao *common law* sistem precedentno ustrojenog prava, a koji u savremeno doba na globalnom sve više gubi na značaju, jer većina modernih država nastoji da se primarno više oslanja na striktno formalne izvore krivičnog prava, tj. zakone, a manje na sudske precedente.⁶ To naravno ne znači da ni u modernim krivičnopravnim sistemima, sudska praksa nema veliki značaj.

Krivično pravo SAD još uvek izvire iz prilično heterogenih izvora:

1) većina krivičnopravnih odredbi je propisana zakonima (statutima) država, kao i zakonima (statutima) koji se donose na saveznom nivou;

2) krivično pravo je delom sadržano u trgovinskoj, sanitarnoj, zdravstvenoj, finansijskoj i poreskoj regulativi, koju se usvaja kako na saveznom, tako i na nivou država, odnosno regulatornih agencija;

3) jedan deo krivičnog prava izvire i neposredno iz Ustava SAD; te

4) krivično pravo se danas u retkim prilikama u nekim od država SAD stvara i kao *common law*, što je inače, po uzoru na takvo pravo Engleske, bio prvi i najraniji izvor krivičnog prava u SAD, a svodi se na svojevršno običajno pravo, odnosno obuhvata pravo i inkriminacije koje svojim odlukama stvaraju same sudije (*judge-made crimes*).⁷ Tako su na primer, u državi Masačusets (*Masschussets*) u SAD,

4 Engleska je u poslednje vreme u najvećoj meri napustila klasičan *common law* sistem kao izvor krivičnog prava, tako da se danas daleko najveći broj krivičnih dela u Engleskoj propisuje zakonima (statutima), dok Škotska još uvek ostaje daleko vernija klasičnom *common law* sistemu, što znači da i u toj državi postoje „zakonska“ krivična dela, tj. krivična dela propisana statutima, ali je još uvek veći broj krivičnih dela svrstan u *common law*, a i ona krivična dela koja su predviđena statutima su se tamo našla neposrednim preuzimanjem iz *common law* sistema. Više o tome: F.Lyall, *An Introduction to British law*, „Nomos Verlagsgesellschaft“, Baden-Baden, 2000, str. 182.

5 Za razliku od trgovinskog prava, poreskog prava, građanskog prava itd., koja se primarno regulišu na saveznom nivou, materijalno krivično pravo je u SAD tradicionalno regulisano zakonima država članica federacije, pri čemu su kodifikacije u većini država orijentisane na rešenja prisutna u Modelu krivičnog zakona (*Model Penal Code*). Više o tome: P.Hay, *U.S – amerikanisches Recht*, „Verlag C.H.Beck“, München, 2000, str. 259.

6 Više o tome: M.Škulić, *Načelo zakonitosti i princip krivice u krivičnom pravu kao segmenti pravne države*, tradicionalna tematska međunarodna naučna konferencija, zbornik: „Principi vladavine prava“, Udruženje za međunarodno krivično pravo i „Intermex“, Tara, 2017., str. 95 – 96.

7 T.J.Gardner and V.Mainan, *Criminal Law – Principles, Cases and Readings*, „West Publishing Company“, St. Paul, New York, Los Angeles, San Francisco, 1980, str. 30 i str. 31. Inače, izraz *crime* se uobičajeno može prevesti kao *zločin* (on i potiče od latinske reči *crimen*), ali je u čisto krivičnopravnom smislu, kako sa stanovišta našeg pozitivnog krivičnog prava, tako i sa stanovišta

„common law“ krivična dela (zločini), kažnjivi čak i kada nikada nisu propisani statutom.“⁸

Izraz „common law“ se uobičajeno koristi kao termin za pravo stvoreno od strane samih sudija, što je prvobitno bilo tipično u ugovornom pravu, ali je potom ono obuhvatilo i definisanje krivičnih dela, kao i sudsku interpretaciju zakona, s tim da je pravo suda da „kreira“ krivična dela široko egzistiralo do 19. veka, a ono je samo u retkim prilikama opstalo i do danas.⁹

Common law je najstarija forma krivičnog prava u SAD, koja je razvijena u Engleskoj i od strane engleskih kolonista prenesena u SAD, a podrazumeva kompleksan sistem nepisanog prava razvijenog iz običaja, opštih principa i prakse, priznate u sudskim odlukama, a iz njega izvire koncept sudskog precedenta koji podrazumeva da sud svojom odlukom rešava određeno pitanje, a onda tom odlukom vezuje sebe, ali i druge sudove u odnosu na isti ili veoma sličan slučaj, koji bi se pojavio u budućnosti.¹⁰

Iako deo izvora krivičnog prava SAD nije zakonskog karaktera, što je posebno karakteristično za „common law“, činjenica je da se danas veoma retko može dogoditi da krivično delo bude propisano nezakonskim izvorom prava, ili čak „kreirano“ od strane suda.¹¹ Međutim i pored toga, nije sporno da se u toj državi, kao i u većini drugih država anglosaksonske pravne provenijencije, načelo zakonitosti, bitno drugačije shvata nego u kontinentalnoj Evropi.

Za samu Englesku koja se nesporno smatra rodonačelnicom anglosaksonskog pravnog sistema, pa i krivičnog prava SAD, a naročito *common law* sistema kao izvora krivičnog prava, se danas primećuje da njeno pravo suštinski poznaje načelo *nullum crimen, nulla poena, sine lege*, u smislu da se nijedna kazna ne može izreći ako pre izvršenja krivičnog dela nije bila propisana odgovarajuća zabrana ponašanja koje predstavlja krivično delo, kao i kazna za takvo delo,¹² s tim da su danas krivič-

jednog ustaljenog opšteg rezonovanja, uobičajeno da se samo najteža krivična dela tretiraju kao „zločini“. Pri tom je nesporno da izraz „zločin“ nije sadržan u našem pozitivnom krivičnom pravu, osim kada se radi o nekim međunarodnim krivičnim delima – zločin protiv čovečnosti i ratni zločini ili kada je u pitanju nekadašnje krivično delo zločinačkog udruživanja. Stoga je u stvari, adekvatnije da se, po pravilu, engleski termin *crime*, na srpski prevodi kao *krivično delo*.

- 8 J.R.Nolan, *Massachusetts Practice – Criminal Law*, West Publishing CO, St. Paul, Minn., 1976, str. 2.
- 9 R.G.Singer and J.Q.La Fond, *Criminal Law – Examples and Explanations* „Aspen Law & Business“ New York, 1997, str. 2.
- 10 D.Hall, *Criminal Law and Procedure*, „Lawyers Cooperative Publishing & Delmar Publishers“, New York, 1992, str. 35.
- 11 Tako se u literaturi ističe da je u SAD nakon Drugog svetskog rata sve prisutnija težnja za kodifikacijama, što se ogleda i u tome da je Američki pravni institut 1952. godine započeo rad na donošenju jedinstvenog Krivičnog zakonika, koji bi obuhvatio i sistematizovao postojeća krivična dela propisana brojnim statutima, a taj posao je deset godina kasnije rezultirao „Modelom krivičnog zakonika“ (*Model Penal Code*), koji nikada nije usvojen, pa i nema obavezujući karakter, ali je ostvario jak uticaj na zakonodavstvo država članica SAD, mada se i sada ironično ističe da je težnja za kodifikacijom u SAD rezultirala time da je krivično pravo u ovoj državi danas kodifikovano u 50 krivičnih zakona koji se međusobno dosta razlikuju. Više o tome: V.Bajović, *Sporazum o priznanju krivice*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2009., str. 17 – 18.
- 12 C.Graf von Bernstoff, *Einführung in das englische Recht*, „C.H.Beck`sche Verlagsbuchhandlung“, München, 2000, str. 247.

na dela i u Engleskoj pretežno zakonskog karaktera, a veoma su retko sadržana u *common law* izvoru prava.

3. SUMARNI OSVRT NA OPŠTE OSNOVE KOJI U KRIVIČNOM PRAVU SAD ISKLJUČUJU POSTOJANJE KRIVIČNOG DELA ILI ONEMOGUĆAVAJU KRIVIČNO GONJENJE – „ODBRANE“

U tzv. „Common law“ krivičnompravnom sistemu, koji se i inače, smatra više „procesno orijentisanim“, svako se krivično delo sastoji iz dve osnovne normativne komponente: s jedne strane, to su sve okolnosti na kojima se zasniva „krivičnopravna odgovornost“, a te okolnosti predstavljaju spoljašnje osobine kod svakog krivičnog dela (*actus reus*) ili potiču iz unutrašnje strane (tzv. *mens rea*); s druge strane, postoji pojam tzv. „odbrana“ (*defences*), koji obuhvata sve osnove isključenja krivične odgovornosti i pri tom je takođe povezan sa određenim procesnim preprekama za krivično gonjenje, kao što je to na primer, zastarelost, tako da krivično delo postoji samo ako ne egzistira neki od tih isključujućih osnova.¹³

U odnosu na krivično delo, odnosno delo koje bi inače (da nema tih osnova), bilo krivično delo mogu se ispoljiti određeni osnovi koji isključuju njegovo postojanje. Ti osnovi koji isključuju postojanje krivičnog dela, odnosno krivičnu odgovornost ili krivično gonjenje konkretnog lica, odnosno potencijalnog učinioca krivičnog dela, se nazivaju „odbrane“ (*defenses*) i postoje u nekoliko oblika, teorijski podeljenih prema određenim kategorijama:¹⁴

1) odbrane zasnovane na nedostatku kapaciteta da se učini krivično delo, gde spadaju: a) dečiji uzrast (*infancy*),¹⁵ b) intoksikacija, pri čemu se razlikuju dobrovoljna intoksikacija, kada se postupa slično kao što je to kod nas slučaj sa institutom skrivljene neuračunljivosti (*actiones libere in causa*), neskrivljena intoksikacija koja ima značaj koji je sličan, odnosno identičan neuračunljivosti; te v) neuračunljivost učinioca u vreme izvršenja krivičnog dela (*insanity*);¹⁶

2) odbrane koje isključuju krivicu za delo (izvinjavaju ga) ili opravdavaju činjenuje takvog dela koje bi inače bilo krivično, gde spadaju: a) prinuda, b) krajnja nužda, v) pristanak povređenog, g) pravna zabluda u nekim slučajevima,¹⁷

13 H.Satzger, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, Nomos“, Baden-Baden, 2005, str. 177.

14 J.M.Scheb and J.M.I.Scheb, *Criminal Law and Procedure*, Fourth Edition, „Wadsworth & Thomson Learning“, Belmont, 2002, str. 338..

15 Više o tome: M.Škulić, *Starosna granica sposobnosti za snošenje krivice u krivičnompravnom smislu*, zbornik: „Uloga javnog tužioca u pravnom sistemu – sa posebnim osvrtom na problematiku efikasnosti krivičnog postupka i maloletničku delinkvenciju“, Udruženje javni tužilaca Srbije,, 2009., str. 27 – 28.

16 Više o tome: M.Škulić, *Neuračunljivost i intoksikacija u krivičnom pravu SAD – sličnosti i razlike sa neuračunljivošću i skrivljenom neuračunljivošću u srpskom krivičnom pravu*, „NBP – nauka, bezbednost policija – žurnal za kriminalistiku i pravo“, „Kriminalističko-policijska akademija“, broj 2/2015, Beograd, 2015., str. 1 – 25

17 U SAD se primarno insistira na principu *ignorantio legis non excusat* („ignorance of the law is no excuse“), a samo se u veoma limitiranim slučajevima (što je u praksi izuzetno retko), neskrivljenoj pravnoj zabludi, odnosno pravnoj zabludi iz opravdanih razloga, pridaje značaj osnova koji isključuje postojanje krivičnog dela.

d) stvarna zabluda pod određenim okolnostima, đ) postojanje alibija okrivljenog,¹⁸

3) odbrane koje opravdavaju upotrebu sile, gde spadaju: a) samoodbrana, b) odbrana drugih lica, v) odbrana određenih materijalnih vrednosti, odnosno dobara, gde se posebno ističu – odbrana kuće, odnosno „doma“, te odbrana imovine;

4) odbrane zasnovane na ustavnim ili zakonskim propisima, gde spadaju: a) ustavni imunitet koji poseduju određena lica, b) druge forme imuniteta, v) delovne načela *ne bis in idem*, te g) zastarelost krivičnog dela; kao i

5) odbrane zasnovane na prethodnom nelegalnom delovanju nadležnih organa, gde spadaju: a) zabranjeno provociranje na krivično delo, te b) krivično gonjenje zasnovano na nekom diskriminatorском kriterijumu u odnosu na okrivljenog.¹⁹

4. VIDOVI ODBRANE U KRIVIČNOM PRAVU SAD KOJI OPRAVDAVAJU UPOTREBU SILE

Krivično pravo SAD ne poznaje nužnu odbranu kao jedinstven institut prava na odbranu od protivpravnog napada (slučaj sukoba *prava sa nepravom*), na način na koji se nužna odbrana definiše u većini kontinentalno-evropskih krivičnih zakonodavstava. U SAD je mogući osnov koji opravdava krivično delo, odnosno isključuje njegovo postojanje, nekoliko vidova odbrane koja opravdava upotrebu sile. Svi ti oblici ovakvih odbrana puno asociraju na nužnu odbranu u kontinentalno-evropskom krivičnom pravu. U odbrane koje čine dozvoljenim upotrebu sile u odnosu na drugo lice spadaju:

1) samoodbrana,

2) odbrana drugih lica, te

3) odbrana određenih materijalnih vrednosti, odnosno dobara koja uživaju pravnu zaštitu (pravom zaštićenih dobara).

Nužna odbrana u krivičnom pravu SAD, u osnovi svoje poreklo vodi iz izvornog engleskog *common law* krivičnogpravnog sistema. Samoodbrana spada u engleskom krivičnom pravu „*common law* odbranu, koja dozvoljava da lice koristi razumnu silu da bi sebe ili drugog odbranio od napada ili da bi odbranio svoju imovinu“, a u savremenom krivičnom pravu Engleske i Velsa je samoodbrana i zakonski regulisana (s. 3 of the Criminal Law Act, 1967).²⁰

Istorijski posmatrano, nužna odbrana je u engleskom krivičnom pravu prvobitno smatrana osnovom izvinjenja učinioca, što znači da je isključivala

18 Citirani autori (J.M.Scheb and J.M.I.Sheb), u ovoj sistematici koja se doslovno citira, alibi svrstavaju među „izvinjavajuće“ ili „opravdavajuće“ osnove, ali je to u stvari, pogrešno, jer ako učinilac ima kredibilan alibi, to znači da uopšte nije mogao da učini krivično delo, odnosno tada nema ni *actus reus*-a konkretnog krivičnog dela, kada je reč o licu koje ima alibi, što znači da se tu ne radi o njegovom „opravdanoj“ radnji (*opravdavajući osnov*) ili radnji u pogledu koje nije kriv (*izvinjavajući osnov*), već tu uopšte ni ne postoji radnja takvog lica.

19 *Ibid.*, 336 – 366.

20 C.McAlhone and R.Huxley-Binns, *Criminal Law – the Fundamentals*, Second Edition, „Sweet & Maxwell“ and „Thomson-Reuters“, London, 2010, 431.

krivicu, a kasnije se tretira kao osnov opravdanja učinioa,²¹ što znači da isključuje protivpravnost.

U klasičnom common law sistemu se samoodbrana isključivo odnosila na odbranu života i tela pod određenim okolnostima, a u savremenom engleskom krivičnom pravu, koje je u ovom pogledu zakonskog karaktera, razlikuju se samoodbrana (*Self-defence*) i javna odbrana (*Public defence*), odnosno odbrana određenih opštih vrednosti.²²

4.1. Samoodbrana u krivičnom pravu SAD kao osnovni i izvorni vid odbrane koji opravdavan upotrebu sile

Samoodbrana je osnovan i izvorna vrstga odvrane koja u krivičnom pravu SAD opravdava upotrebu sile. Ostali vidovi odbrane od protivpravnog napada, poput odbrane drugih, odbrane imovine, a posebno odbrane stana, odnosno „doma“, su izvedeni iz prava na samoodbranu.

Pravo na samoodbranu se u krivičnom pravu SAD smatra tradicionalnim ljudskim pravom, koje proizlazi iz principa koji se tretira kao „univerzalno prihvaćen“, a po kojem svaki čovek ima pravo da se zaštiti od napada koje mu pretili u određenoj situaciji, čak i kada bi to ponašanje u normalnim okolnostima predstavlja krivično delo.

Svaka država u SAD omogućava optuženom da se brani tvrdnjom o postupanju u samoodbrani, bez obzira na težinu krivičnog dela za koje se optužuje, a takva pravila postoje i na saveznom nivou, kada se radi o krivičnim delima „saveznog značaja“. Neka specifična pravila koja se odnose na samoodbranu se međusobno ipak prilično razlikuju u pojedinim državama SAD.

4.1.1. Osnovne karakteristike samoodbrane u krivičnom pravu SAD

Samoodbrana kao osnov koji isključuje postojanje krivičnog dela u krivičnom pravu SAD, ispoljava sledeće osnovne karakteristike:

1) Samoodbrana se smatra *pravom* svakog čoveka, kojim se može zaštititi pre svega od protivpravnog napada, ali u nekim situacijama i od drugih vrsta „izvora zla“ koje mu pretili;

2) Samoodbrana se primarno posmatra kao način „odbrane“ u krivičnom postupku, odnosno kao vrsta procesne aktivnosti kojom okrivljeni (branjenik), može da u procesnom smislu parira pravnom napadu tužioca koji tvrdi da je okrivljeni u određenim okolnostima učinio krivično delo; te

3) Samoodbrana se u većini država SAD odnosi kako na odbranu od napada određene vrste, što asocira na nužnu odbranu u kontinentalno-evropskom krivičnom pravu, tako i na mogućnost otklanjanja određene nastupele opasnosti, onda kada je opasnost povezana sa određenim napadom, odnosno kada se smatra

21 I.Đokić, *Opšti pojam krivičnog dela u anglo-američkom pravu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, edicija *Crimen*, Beograd, 2016., str. 124.

22 C.Elliot and F.Quinn, *Criminal Law*, Ninth Edition, „Pearson“, Essex, 2012, str. 364 – 365.

napadom, a što bi sa stanovišta kontinentalno-evropskog krivičnog prava, primarno bila krajnja nužda.

4) Samoodbrana se u većini država SAD odnosi isključivo na odbranu „sebe samog“, što znači, da se ona kao i što to bukvalno proizlazi iz njenog naziva (*self-defense*), odnosno u terminološkom smislu, tiče isključivo prava konkretnog čoveka, tj. potencijalne ili aktuelne žrtve da isključivo lično od sebe odbija određeni napad, odnosno otklanja odgovarajuću opasnost, a kada se radi o napadu ili opasnosti u odnosu na druga lica, tada eventualno postoji poseban osnov, koji se i formalno označava kao „odbrana drugih lica“. ²³

Samoodbrana se u krivičnom pravu SAD definiše kao pravo čoveka da koristeći dozvoljeni „nivo“, odnosno intenzitet sile, spreči odgovarajuću povredu ili nasilje, odnosno reaguje na napad čija je žrtva ili na opasnost koju mu pretili ili koja je već nastala. Ovde postoji nekoliko krivičnopravno relevantnih problema, što se svodi na sledeća osnovna pitanja:

1) Koji je dopušten intenzitet sile ili nasilja u odnosu na napad, odnosno zlo čije nastupanje pretili ?

2) Šta se dešava kada se prekorači intenzitet odbrane koji se smatra dozvoljenim u odnosu na napad određene vrste ?

3) Kakav je značaj isprovociranog napada od strane „žrtve“ odnosno lica koje se potom, brani u odnosu na napad koji je prethodno isprovociran ?

4) Da li lice ima dužnost povlačenja u odnosu na napad, odnosno nasilje ili povredu koja pretili, ako je to moguće u konkretnim okolnostima ?

5) Kako se rešava problem zablude, tj. šta se dešava kada lice koje se „brani“ – u stvari (ne)opravdano smatra da određeni napad, odnosno opasnost postoje, a u stvarnosti oni ne egzistiraju ?

Kao što je prethodno već objašnjeno, sve države SAD omogućavaju pozivanje učinioca na samoodbranu, što znači da krivičnopravni sistemi svih država SAD poznaju pravila po kojima se reguliše načelna dozvoljenost samoodbrane, ali se pri tom, od države do države razlikuju neka konkretna normativna rešenja.

4.1.2. Osnovni uslovi napada i odbrane od napada u krivičnom pravu SAD

Načelni *ratio legis* postojanja samoodbrane kao osnova koji isključuje postojanje krivičnog dela, te predstavlja procesno-pravni mehanizam „odbrane“ učinioca je isti u svim državama SAD, kao i nekoliko osnovnih pravila, koja se svode na:

1) mora postojati neposredni napad, tj. napad koji je već započeo ili koji neposredno predstoji, odnosno takva opasnost, što se odbija/otklanja delovanjem u samoodbrani;

2) učinilac dela u samoodbrani, odnosno lice koje se brani, mora imati razuman strah da će ukoliko ne preduzme aktivnosti u pravcu samoodbrane, biti povređen na odgovarajući način;

3) odbrana je moguća samo dok napad postoji, a ako je napad prestao, samim tim, tj. u momentu prestanka napada, prestaje i mogućnost dalje odbrane, te

23 *Ibidem.*

4) napad ne sme biti izazvan, odnosno isprovociran.

Napad, odnosno pretnja da će doći do određene povrede, mora da nastupi ili neposredno predstoji, on mora da ima tzv. immanentan karakter. I sama pretnja napadom, ako je ozbiljna i stvarna, opravdava upotrebu sile u cilju sprečavanja/odbijanja napada koji neposredno predstoji.

U američkoj sudskoj praksi se smatra da pretnja, kao oblik napada ili jasan nagoveštaj budućeg napada, može da bude i samo *verbalna* – „sve dok se time realno stavlja u izgled da će potencijalna žrtva biti napadnuta, te tako kod nje izaziva neposredan strah od fizičke povrede, ali da pri tom, same po sebi – „uvredljive reči koje nisu praćene realnom pretnjom da će se naneti neposredna fizička povreda, ne opravdavaju upotrebu sile u samoodbrani.²⁴

Onda kad je napad završen, odnosno kada više nema pretnje napadom, ne postoji ni pravo na samoodbranu. Američka sudska praksa je u tom pogledu nekada i nešto „fleksibilnija“, naročito kada se radi o veoma agresivnim napadima, odnosno pretnjama po život i telo žrtve, koja se potom „brani“, ili „i dalje brani“, onda kada više i nema napada, tj. kada nije opravdano pozivanje na samoodbranu. U američkoj krivičnopravnoj teoriji se ističe da se načelno svaka upotreba sile od strane „žrtve“, upravljena protiv napadača u takvom slučaju smatra činom osвете i odmazde, a ne samoodbranom.²⁵

4.1.3. Teorijski koncept i praktični standard „razumnog čoveka u krivičnom pravu“ SAD u odnosu na (samo)odbranu/nužnu odbranu

Prilikom ocene da li je kod lica kojem pretil napad ispoljen strah od napada, koji je opravdan, te se može smatrati *razumnim*, uzima se načelno u obzir standard „razumnog čoveka“ u konkretnim okolnostima. To znači da se u praksi ocenjuje da li bi jedan „razuman čovek“ u istoj situaciji, konkretno ponašanje potencijalnog napadača, realno doživeo kao neposrednu pretnju nanošenjem fizičke povrede ili čak prouzrokovanja smrti kod potencijalno napadnutog, odnosno kod buduće/moguće žrtve.

Potrebno je da se *kumulativno* ispituju *dva aspekta*:

- 1) standard razumnog čoveka uopšte i
- 2) delovanje konkretnih okolnosti.

Procenjuje se da li bi čovek koji se prema određenim „standardnim kriterijumima“ može smatrati razumnim, u konkretnim okolnostima, smatrao da postoji protivpravni napad u odnosu na koji ima pravo na nužnu odbranu.

Koncept „razumnog čoveka“ je pravni standard koji se ceni s obzirom na sve konkretne objektivne i subjektivne okolnosti konkretnog slučaja, a u praksi se ponekad ispoljavaju i prilično različita tumačenja u praksi. U krivičnopravnoj teoriji SAD se kao „obraci“ rezonovanja *razumnog čoveka* u određenoj situaciji postojanja

24 J.P.Senna & L.G.Siegel, *Criminal Justice*, Eight Edition, „West/Wadsworth – An International Thomson Publishing Company“, Belmont, 1999, str. 187 – 188.

25 J.M.Scheb and J.M.I.Scheb, *Criminal Law and Procedure*, Fourth Edition, „Wadsworth & Thomson Learning“, Belmont, 2002, str. 338.

aktuelne/potencijalne pretnje napadom, koriste raznovrsni primeri, pa se to tako ilustruje i na sledeći način, koji uključuje i element *stvarne zablude*: „Dva prolaznika koji su jednom drugom potpuni stranci mimoilaze se tokom šetnje u gradskom parku. Osa iznenada proleti jako zujeći vrlo blizu glave jednog od prolaznika. Videći to, drugi prolaznik preduzima odgovarajući „prijateljski gest“, te pokretima ruke pokušava da otera osu, ali druga osoba, nesvesna da se u stvari radi o „pomoći“, odnosno teranju ose, takve radnje doživi kao napad, te „braneći se“, udari rukom drugog čoveka.“ U ovom slučaju je sa stanovišta rezonovanja američke krivičnopravne prakse suštinsko pitanje da li se u datim okolnostima iznenadni pokret rukom jednog čoveka u pravcu drugog, sa stanovišta uobičajenog rezonovanja jednog tipičnog *razumnog čoveka* može objektivno tretirati kao postojanje/ispoljavanje opasnosti od neposrednog napada, koji bi mogao da prouzrokuje relevantnu fizičku povredu kod „napadnutog“ čoveka, tj. onoga koji smatra da posedujući pravo na samoodbranu, može opravdano delovati tako da odgovarajućim aktivnostima, odnosno povredom „napadača“, odbije napad.

4.1.4. Putativna samoodbrana i odbrana od napada uopšte u krivičnom pravu SAD

Problem tzv. putativne samoodbrane se u američkom krivičnom pravu uglavnom definiše kao *imperfektna samoodbrana*. Ona se isključivo odnosi na odbranu u zabludi da postoji napad na život ili telesni integritet.

Pod imperfektnom odbranom od napada, podrazumeva se situacija kada čovek koji „se brani“, lično odnosno sasvim subjektivno strahuje od napada, tj. smatra da bi realno mogao da bude žrtva napada koji će potencijalno prouzrokovati neposredne fizičke povrede ili bi čak, mogao dovesti do smrti, ali se u konkretnim okolnostima, radi o strahu koji „objektivno nije razuman“. Tu se faktički i u logičkom smislu, uopšte ni ne radi o „odbrani“, jer napada realno nema, ali je relevantno kako je i zašto došlo do zablude o postojanju relevantnog napada na život ili telo.²⁶

U američkoj praksi imperfektna samoodbrana najčešće ima značaj osnova koji omogućava blaže kažnjavanje, a ako nije došlo do težih posledica, moguće je i potpuno oslobađanje od kazne ili čak krivično negonjenje lica koje se neadekvatno „brnilo“, odnosno postupalo u tzv. imperfektnoj odbrani. Ovo pravilo vodi poreklo još iz staroengleskog prava, odnosno klasičnog *common law* sistema, u okviru kojeg se putativna samoodbrana/odbrana drugih, smatra opravdanim ukoliko je kod učinioca postojala *razumna zabluka* o postojanju napada koji opravdava odbranu od njega (*Reasonable Mistake and Putative Defences*).²⁷

4.1.5. Isprovocirani napad

U većini država SAD je zabranjena odbrana od isprovociranog napada, tj. osoba koja je svojim prethodnim aktivnostima izazvala napad druge osobe, nema pravo

26 Ibidem.

27 Više ot tome: A.Ashworth, *Principles of Criminal Law*, „Oxford University Press“, Oxford, New York, 2003, str. 234 – 236.

da se potom, u odnosu na takav napad brani, odnosno da se ako povredi takvog napadača, potom poziva da je to učinila u samoodbrani. Drugim rečima objašnjeno, radi se o uslovu koji se svodi na neskrivljenost napada. Naravno, nije svaka provokacija podjednako značaja i u osnovi se radi o *questio facti*.

Ukoliko se radi o verbalnoj provokaciji, usled koje potom sledi napad na život i telo, ni tada po pravilu, ne bi bilo moguće da se radi o samoodbrani, koja bi apsolutno isključila postojanje krivičnog dela, odnosno opravdavala krivično delo, ali to može imati značajnog uticaja na kaznu, odnosno opredeljivanje za vrstu krivične sankcije i meru kazne.

4.1.6. *Proporcionalni odgovor kao osnovni element nužne odbrane i problem srazmernosti kod samoodbrane u krivičnom pravu SAD*

Da bi postojala samoodbrana, mora se raditi o tzv. proporcionalnom odgovoru na konkretan napad. Uslov *proporcionalnog odgovora* podrazumeva da je odbrana suštinski *adekvatna po intenzitetu* u odnosu na napad, odnosno njegov intenzitet.

U američkom krivičnom pravu se često spominje „nivo pretnje“ od napada koji je u pitanju u konkretnom slučaju. Ovaj uslov suštinski predstavlja zahtev *srazmernosti*, što znači da se zahteva postojanje odgovarajućeg *srazmernog balansa* između načina i sredstava odbrane u odnosu na način napada, odnosno sredstva kojima se napad realizuje u konkretnom slučaju.

U američkoj sudskoj praksi se uobičajeno uslov „proporcionalnog odgovora“ na napad, odnosno u pogledu napada, striktno posmatra u svetlu *vrste, oblika i intenziteta sile*, koja se efektivno ispoljava u već započetom napadu, odnosno koja predstavlja suštinsku sadržinu napada ili koja se jasno nagoveštava u pretnji napadom, kada se radi o napadu koji u konkretnim okolnostima realno neposredno predstoji. Stoga, ukoliko se napad realizuje ispoljavanjem tzv. smrtonosne sile ili ako se pretnja od napada, onda kada napad tek predstoji, tiče smrtonosne sile, moguća je primena iste takve, tj. smrtonosne sile prilikom odbijanja napada, a obrnuto, ukoliko se napad usmerava na izazivanje telesnih povreda, odnosno ako se pretni nanošenjem takvih povreda, tada se prilikom odbrane od takvog napada, ne sme koristiti „smrtonosna sila“.

4.1.7. *Ključno razlikovanje „smrtonosne“ i „nesmrtonosne“ sile*

U nekim državama SAD se pravi i dodatna izuzetno velika razlika prema kriterijumu da li se kod napada radi o *smrtonosnoj* ili *nesmrtonosnoj sili*, bez obzira što napad svakako ima protivpravan karakter, tj. nezavisno od toga što se kod samoodbrane radi o *koliziji neprava* (napad) i *prava* – odbrana od napada. U nekim američkim legislativama se tako, ako je u pitanju nesmrtonosna sila ispoljena prilikom aktuelnog, tj. već započetog napada ili napada koji tek predstoji (pretnja napadom), omogućava vrlo široko pravo odbrane, što praktično znači da se napadnuti čovek potpuno slobodno može braniti, ali naravno, u skladu sa uslovom tzv. proporcionalnog odgovora, odnosno srazmernim načinom i proporcionalnim sredstvima odbrane. To znači da u ovakvoj situaciji, napadnuti može svojom odbranom koja nema smrtonosni karakter, potpuno slobodno i prema sopstvenom nahodjenju

„parirati“ napadu, a nije dužan da pokuša da na bilo koji drugačiji način izbegava napad.²⁸

Obrnuto, kada se radi o smrtonosnoj sili ispoljenoj kod napada, odnosno pretne napadom, zahteva se da napadnuti čovek, pre nego što i sam reaguje smrtonosnom silom u okviru svoje odbrane, pokuša da izbegne napad, što se čak odnosi i na pokušaj bekstva, tj. od njega se očekuje da racionalno „ispita“ mogućnost da napad izbegne bekstvom.

Naravno, kako ipak nesporno postoji *pravo na odbranu* od protivpravnog napada, u praksi se tumačenja da li je učinilac prethodno pokušao da izbegne takav napad, pre nego što je upotrebio smrtonosnu silu, po pravilu, realizuju u korist napadnutog, odnosno čoveka koji se branio u konkretnom slučaju.

Razlikovanje dejstva i značaja smrtonosne i nesmrtonosne sile je posebno i u stvari, *ključno uticalo* na razvijanje tzv. zamak doktrine, odnosno doktrine „**odbrane zamke**“ ili *odbrane doma*, što će se detaljnije objasniti u daljem tekstu.

4.2. Odbrana drugih lica

Osnovna pravila koja važe i u odnosu na samoodbranu, su ista ili veoma slična, kao i kada se odgovarajuća sila koristi za zaštitu drugih od napada, odnosno određenih vidova opasnosti usmerenih protiv drugih lica. Ovde je u stvari, u funkciji odbrane čovek koji nije sam neposredno napadnut.

I u pogledu odbrane drugih lica, načelno je pravilo da učinilac mora imati razumno uverenje da sama napadnuta osoba u konkretnom slučaju poseduje pravo na samoodbranu, te tada iz tog izvornog prava samog napadnutog čoveka, ali koji se sam ne brani, bilo što to iz određenog razloga ne želi ili (što je u praksi znatno češće), jednostavno nije sposoban za odbranu, proizlazi pravo drugih lica da brane lice koje je žrtva napada. To praktično znači da u ovakvoj situaciji moraju postojati svi oni uslovi koji se i inače, traže za postojanje legitimne samoodbrane, te samo tada i neko drugo lice, a ne samo ona osoba koja je neposredno žrtva napada koji je već u toku ili kojim se preti, tj. koji neposredno predstoji, ima pravo odgovarajućeg delovanja u odnosu na napadača.²⁹

4.3. Odbrana drugih materijalnih vrednosti i dobara u krivičnom pravu SAD i osnovne karakteristike doktrine „odbrane zamka“

Kao značajne vrednosti u SAD se tradicionalno posebno ističu odbrana kuće, odnosno „doma“, te odbrana imovine. Odbrane kuće, odnosno doma u kojem se živi (*castle doctrine*), se svodi na poseban specifičan vid samoodbrane, ali u određenom kontekstu zajedno sa odbranom samog doma. Tada se uz odbranu „dom“, mogu braniti i druge materijalne vrednosti, odnosno dobra koja su sa njim povezana, odnosno ugrožena napadom na sam dom.

28 E.Eldefonso and A.R.Coffey, *Criminal Law – History, Philosophy, Enforcement*, „Harper & Row Publishers“, New York, 1981, str. 75 – 76.

29 *Ibidem*.

Drugim rečima objašnjeno, *čovjek brani dom*, može da brani i život, telo i raznovrsne imovinske vrednosti, na način kojim se u određenom meri odstupa od inače zahtevanog uslova *proporcionalnog odgovora*, koji podrazumeva i odgovarajuću *srazmernost* između dobara koja se napadaju i načina odbrane, kao i njenog intenziteta. Ovo je posebno značajno u kontekstu razlikovanja *smrtonosne* i *nesmrtosne* sile kao elementa napada.

Materijalna dobra se shodno pravilima krivičnog prava SAD uvek štite i onda kada se uz napad na ličnost, napadaju i dobra koja žrtvi pripadaju i tada se primenjuju ista pravila koja važe i u slučajevima redovne, odnosno uobičajene i „klasične“ samoodbrane.

Tada se praktično radi o nekoj vrsti „adhezije“ odbrane takvih drugih dobara koja ne predstavljaju neposredno život i telo, jer se u slučaju klasične samoodbrane, primarno brane život i telesni integritet napadnutog čoveka, a uz odbranu tih vitalnih dobara, mogu se braniti/štititi i druga dobra koja su napadnuta u istom kontekstu, odnosno povezano sa napadom na život i telo.

Pod određenim uslovima, koji su u krivičnom pravu SAD ponekad usko povezani (što zavisi i od konkretne legislative, odnosno zakonskog rešenja u pojedinim američkim državama) i sa pravilima koja se odnose na prinudu, odnosno stanje nužde kao vrstu „odbrane“, tj. materijalno-pravnog osnova koji isključuje postojanje krivičnog dela, materijalna dobra se mogu od napada braniti i sama po sebi, što znači i onda kada se ne radi o napadu na dom.

U SAD se tradicionalno, što proizlazi i iz određenih istorijskih razloga, ispoljava izuzetno velika pažnja zaštiti *kućnog doma*. Radi se o tzv. zamak doktrini (*Castle Doctrine*).³⁰

Istorijski razlozi davanja velikog značaja doktrini „odbrane doma“ u krivičnom pravu SAD, nisu povezani samo sa i inače, značajnom ulogom te doktrine u klasičnom *Common law* krivičnopravnom sistemu (jer ona u osnovi potiče iz engleskog krivičnog prava, koje je i „rodonačelnik“ krivičnog prava SAD), već i iz nekih specifičnih istorijskih konotacija u SAD, kao države koju su stvarali ljudi koji su na novom kontinentu tražili novu šansu i novi dom, a koji su pri tom u svojoj postojbini često izgubili dom ili bežali od ratova, bede i gladi.

Prema koncepciji *odbrane doma* (bukvalno – *odbrana zamka*), čovek koji je napadnut u svojoj kući, odnosno domu u kojem živi, ima izuzetno široko pravo na odbranu, kako pogledu intenziteta odbrane u odnosu na napad, odnosno „proporcionalnost odgovora“, tako i u pogledu uslova koji se u nekim državama SAD razlikuju prema kriterijumu *karaktera* sile koja se ispoljava prilikom napada, tj. s obzirom na to da li se radi o smrtonosnoj ili nesmrtonosnoj sili.

Naime i one države SAD koje načelno ne omogućavaju odbranu smrtonosnom silom, u odnosu na odgovarajući napad, pre nego što se bar pokušalo izbegavanje napada na drugačiji način, pa i bekstvom, ako je ono moguće, ipak odstupaju od ovog pravila kada se radi o odbrani doma, odnosno odbrani čoveka koji brani kuću, tj. stan u kojem živi ili se u svom domu brani od protivpravnog napada.

30 Više o tome: J.M.Scheb and J.M.I.Scheb, *op.cit.*, str. 354 – 355.

5. OSNOVI ELEMENTI NUŽNE ODBRANE U KRIVIČNOM PRAVU SRBIJE

Da bi određena radnja, tj. neko činjenje ili nečinjenje (propuštanje činjenja – u slučaju postojanja dužnosti činjenja), bilo krivično delo, potrebno je da se radi o radnji koja je protivpravna, zakonom propisana kao krivično delo, te koja je skrivljena,³¹ što znači da učinilac mora da u vreme izvršenja dela ima uzrast koji ga čini sposobnim za snošenje krivice,³² te da ispolji umišljaj ili nehat, onda kada se radi o krivičnom delu koje je moguće učiniti iz nehata.

Nekada konkretni događaj, odnosno određena radnja ili njeno propuštanje, na prvi pogled predstavlja krivično delo (naročito u „očima laičke javnosti“), ali to neće biti tako jer se ne radi o protivpravnom aktu, Takav je slučaj i sa nužnom odbranom koja je jedan od osnova koji isključuju protivpravnost. Delo učinjeno u nužnoj odbrani nije protivpravno, naprotiv, ono je pravom dozvoljeno, pa samim tim i nije krivično delo. I sa moralnog i etičkog stanovišta u opštem smislu, se prema kriterijumu elementarne pravičnosti, nužna odbrana, kao vid sukoba *prava (odbrana)* sa *nepравom (napad)*, se načelno smatra *legitimnom*.

Nekada dok je društvena opasnost formalno bila tzv. materijalni element opšteg pojma krivičnog dela u našem krivičnom zakonodavstvu, tj. u vreme jugoslovenskog krivičnog prava, pa i prava Srbije, do novog Krivičnog zakonika iz 2006. godine, vladajuće teorijsko shvatanje je bilo da nužna odbrana isključuje postojanje krivičnog dela, jer delo učinjeno u nužnoj odbrani, ne predstavlja *društveno opasno delo*.³³

Za nužnu odbranu se uobičajeno konstatuje da je „prvobitno nastala u vezi sa krivičnim delom ubistva“, te da predstavlja „jedan od najstarijih instituta opšteg dela krivičnog prava“, koji se uobičajeno označava kao klasičan „sukob prava sa nepravom“. ³⁴

Svako ima pravo na nužnu odbranu. Iako se uobičajeno ljudi koji nisu pravnici smatraju da se nužna odbrana svodi na neku vrstu samoodbrane ili odbranu isključivo života i tela (što je povezano i sa „istorijatom“ nužne odbrane koja se nekada

31 Ovdje se, kao što je to i inače, uobičajeno sa stanovišta vladajućeg shvatanja u našoj krivičnopravnoj literaturi kao jedan od objektivnih elemenata krivičnog dela, navodi *radnja*, iako se, u jednom životnom smislu, uvek kada je reč o krivičnim delima nečinjenja (propuštanje „dužnog činjenja“), suština krivičnog dela sastoji baš u tome što učinilac nije preduzeo radnju u pogledu koje je postojala njegova dužnost da je preduzme. To je konačno i razlog da u nekim krivičnopravnim doktrinama, radnja uopšte i nije element opšteg pojma krivičnog dela, kao što je to na primer, slučaj u Nemačkoj, mada je naravno, nemačka krivičnopravna teorija mnogo prostora posvetila pojmu i značenju radnje u krivičnopravnom smislu.

32 Više o tome: M.Škulić, *Starosna granica sposobnosti za snošenje krivice u krivičnopravnom smislu*, zbornik: Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja, Četvrti deo, priredio Đ.Ignjatović, Beograd, 2010., str. 83 – 106.

33 Grupa autora (red. N.Srzentić), *Komentar Krivičnog zakona SFRJ*, „Savremena administracija“, Beograd, 2006., str. 51 – 52.

34 Z.Stojanović, *Krivično pravo – opšti deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, i „Pravna knjiga“, 20. izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, 2013., str. 147.

isključivo svodila na odbranu od „smrtonosnog napada“ na život i telo), to nije tako, jer svaki čovek ima pravo da štiti od protivpravnog napada kako život i telesni integritet, tako i svoju imovinu, odnosno svako pravom zaštićeno dobro – kako ono koje pripada njemu samom, tako i pravom zaštićeno dobro drugog lica.

Prema odredbama Krivičnog zakonika neće postojati krivično delo ako je određeno delo, koje je inače propisano kao krivično delo, učinjeno u nužnoj odbrani, što znači da je učinjeno radi odbrane svog ili tuđeg dobra od istovremenog protivpravnog napada. Dakle, mora se raditi o napadu koji realno postoji, što znači da je stvaran prema svim svojim bitnim obeležjima. Taj napad mora biti upravljen na neko pravom zaštićeno dobro, poput života i tela, imovine itd.

5.1. Uslovi napada

Uslovi napada su da je on kumulativno: 1) ponašanje čoveka, 2) uperen protiv nekom pravom zaštićenog dobra, 3) protivpravan, 4) istovremen i 5) stvaran.³⁵

5.1.1. Čovek kao napadač

Napadač može biti samo *čovek*. Na primer, ako nekoga napadne životinja, poput opasnog psa, takav se pas tretira kao sredstvo koje za napad koristi čovek koji ga je nahuškao da napadne. Međutim, ako je pas napao nezavisno od volje svog vlasnika, odnosno potpuno bez uticaja čovekove radnje na napad psa, ili je na primer, reč o psu u dvorištu i sl., tada se tu u stvari, ni ne radi o napadu koji omogućava nužnu odbranu, ali i tada postoji mogućnost postupanja u krajnjoj nuždi i onda je u toj situaciji pas vrsta opasnosti koja se može otklanjati prema pravilima krivičnog prava o krajnjoj nuždi.

Napad predstavlja „ljudsku radnju upravljenu na povredu pravno zaštićenog dobra, kojom se za ovo dobro stvar neposredna opasnost od povrede“, pri čemu se radnja napada redovno sastoji u činjenju, ali izuzetno, nije isključeno i nečinjenje“, što znači da nekada „propuštanje ima karakter napada protiv kojeg je dozvoljena odbrana“, poput na primer, odbijanja lekara da pruži pomoć licu kojem je život u opasnosti, kada takvo odbijanje/propuštanje dužne radnje ima karakter protivpravnog napada“.³⁶

5.1.2. Usmerenost napada prema bilo kojem pravom zaštićenom dobru

Napad može biti upravljen u odnosu na *bilo koje pravom zaštićeno dobro*, što znači da se napad može usmeriti na sva pravom zaštićena dobra i interese, odnosno sve vrednosti koje se načelno štite pravom, počev od života i tela, zdravlja, pa do slobode kretanja, seksualne slobode, imovine itd.

35 Z.Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, „Službeni glasnik“, Beograd, 2012., str. 87.

36 Grupa autora (deo koji je pisao M.Babić: *Komentar krivičnih/kaznenih zakona u Bosni i Hercegovini*, knjiga I, zajednički projekat Veća Evrope i Evropske komisije, „Savet Veća Evrope i Evropska komisija“, Sarajevo, 2005., str. 138.

Među pravnozaštićena dobra se u teoriji svrstavaju raznovrsna dobra koja pripadaju pojedincu i koja su u praksi najčešće meta napada, poput života, slobode, imovine itd., ali i dobra koja pripadaju pravnim licima, pa i državi.³⁷

5.1.3. Protivpravnost napada

Napad mora biti sam po sebi *protivpravan*, što znači da se na primer, ne može učinilac krivičnog dela kojeg policija hapsi, odnosno lišava slobode, braniti u odnosu na takav „napad“, odnosno samo hapšenje, tj. lišenje slobode koje se realizuje prema određenom pravnom osnovu. U sudskoj praksi je na primer u nekim situacijama zaključivano i da je dozvoljena odbrana u odnosu na one radnje koje predstavljaju prekoračenje nužne odbrane.

Takođe je nužna odbrana moguća i nakon što je prethodno već postojala drugačije usmerena nužna odbrana. Na primer, čovek štiteći imovinu odbije napad lopova na svoju stvar, što predstavlja nužnu odbranu u odnosu na svojinu, ali onda potom još juri lopova koji beži, nameravajući da ga telesno povredi ili čak liši života. Tada lopov, iako je prethodno samo pokušao imovinsko krivično delo, ima pravo da se brani i štiti svoj telesni integritet i život, jer napada više nema u situaciji kada prvobitni napadač odustaje i počinje da beži.

Napad je protivpravan i onda kada ga je napadnuti na neki način izazvao, pa je tako na primer, u našoj sudskoj praksi zaključeno da ljubavnik udate žene ima pravo da se brani od prevarenog muža koji ga je „zatekao na delu“. ³⁸ Izazivanje napada ne sme biti protivpravno, što je jasno u primeru „ljubavnika kojeg napada prevareni muž“, jer bračna prevara nije krivično delo, niti uopšte, predstavlja protivpravan čin, mada svakako nije moralna. Ako je napad izazvan protivpravnim aktom, što je posebno upadljivo ako je takav akt krivično delo, onda je pitanje da li bi u odnosu na takav napad, bila dozvoljena nužna odbrana. Mišljenja smo da, slično kao što se to čini u nemačkom krivičnom pravu,³⁹ treba praviti razliku između izazivanja napada koje samo po sebi stvara situaciju da onaj ko je izazvan načelno ima i sam pravo na nužnu odbranu i izazivanja napada kod kojeg nema prava na nužnu odbranu, poput primera sa „prevarenim mužem“. U prvom slučaju se napad od strane čoveka koji je prethodno napadnut, praktično ne bi smatrao napadom, jer bi se ovaj samo branio (pod uslovom da nužnu odbranu ne prekorači), dok bi u drugom slučaju, postojao protivpravni napad, u odnosu na koji bi bila dozvoljena nužna odbrana.

Izazivanje napada koje bi isključilo mogućnost da se na njega odgovori nužnom odbranom, bi moralo biti takvo da se za njega „izazivač može smatrati krivim“, što je nesporno kada je *namerno*, ali takođe i kada nije namerno, ali je preduzeto iz određene nepažnje, kao što se to konstatuje i u nemačkoj krivičnopravnoj teoriji,⁴⁰ a ovde inače, s obzirom da izazivanje ne mora da bude i krivično delo po sebi, nije adekvatno upotrebljavati termine kao što su „umišljaj“ i „nehat“.

37 M.Babić i I.Marković, *Krivično pravo – opšti dio*, 4. izmenjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci, Banja, Luka, 2013., str. 158.

38 Z.Stojanović, (*Komentar Krivičnog zakonika*), *op.cit.*, str. 87.

39 J.Wessels und W.Beulke, *Strafrecht – Allgemeiner Teil – die Straftat und Ihr Aufbau*, 33., neu bearbeitete Auflage, „C.F.Müller Verlag“, Heidelberg, 2003, str. 116.

40 *Ibidem*.

Međutim, svakako ne treba mešati izazivanje napada od njegovog provociranja,⁴¹ kada učinilac praktično u nameri da učini krivično delo, na primer teško telesno povredi žrtvu ili je čak ubije, provocira čoveka nameravajući da ga izazove na napad, koji bi potom sam iskoristio, tvrdeći da se „samo branio“.

5.1.4. Istovremenost napada

Napad mora biti *istovremen*, što znači da je nužna odbrana moguća samo onda kada je napad započeo i dok traje, a smatra se da je ona dozvoljena i kada napad očigledno predstoji.

Ako je napad definitivno prestao, onda više nema prostora za nužnu odbranu, to i u logičkom smislu nije moguće, jer se čovek može braniti samo ako napad zaista postoji.

U stvari, po logici stvari, uslov istovremenosti je zajednički i za napad i za odbranu, a on se teorijski može pripisati bilo napadu (kao što se to u ovom tekstu čini, a na temelju prethodno citiranog stava u literaturi, ali i zakonskog teksta),⁴² bilo odbrani, jer su praktično i napad i odbrane korelativni, te se ostvaruju u isto vreme.

Po logici stvari, ne može biti odbrane, ako nema napada, da bi se neko branio, on mora biti napadnut, odnosno da bi se bilo koje dobro branilo, ono se mora povređivati ili ugrožavati napadom. Kada napad prestane, samim tim prestaje i pravo na odbranu. Dakle, ako je učinilac, poput na primer, provalnika zatečenog u stanu prilikom teške krađe, prestao sa krađom, napušta mesto događaja i beži, tada ga ne može vlasnik stana sustići i lišiti života ili uopšte povrediti. Međutim, vlasnik stana ga i u toj situaciji može lišiti slobode, ako je to realno moguće, uz dužnost da ga sprovede policiji ili javnom tužiocu, odnosno da te organe bez odlaganja obavesti o tome, što se svodi na lišavanje slobode flagrantno učinioca krivičnog dela za koje se goni po službenoj dužnosti.⁴³

Potpuno isto kao što je prethodno objašnjeno (u pogledu uslova protivpravnosti napada), da osumnjičeni kojeg policija po zakonskom osnovu lišava slobode, nema pravo da se brani u odnosu na takvo hapšenje, jer tada nema protivpravnog napada, tako se ni flagrantni učinilac kojeg građanin lišava slobode u skladu sa pravilima Zakonika o krivičnom postupku, ne može braniti, jer ni tada ne postoji napad u odnosu na koji bi postojalo pravo na nužnu odbranu.

Vladajuće shvatanje prihvata ispunjenost uslova istovremenosti i u slučaju preduzimanja određenih automatskih „zaštitnih mera“ koje se aktiviraju tek u trenutku napada, poput puštanja električne struje u žičanu ogranu ili aktiviranja eksploziva

41 Više o tome: I.Vuković, *Isprovocirani napadi i druga ograničenja nužne odbrane*, u zborniku (ur. Đ.Ignjatović): „Kaznena reakcija u Srbiji“, Deo I, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2011., str. 193 – 209.

42 U samoj zakonskoj odredbi se uz napad koristi atribut – „istovremeni“.

43 Naime, svaki građanin ima pravo na tzv. građansko hapšenje. To znači da svako a ne samo neposredno oštećeni ima pravo da liši slobode lice koje je zatekao da vrši krivično delo za koje se goni po službenoj dužnosti (tzv. flagrantni učinilac), ali je dužan da to lice potom, odmah preda javnom tužiocu ili policiji, a da ako to ne može da učini, bez odlaganja o tome obavesti policiju ili javnog tužioca. Više o tome: M.Škulić, *Lišenje slobode od strane građana*, Arhiv za pravne i društvene nauke, broj 3, Beograd, 1999., str. 277 – 302.

prilikom pokušaja obijanja brave, s tim što u praksi prilikom takvih situacija često dolazi do prekoračenja nužne odbrane.⁴⁴

Sudska praksa se bavila i svojevrsnim *sukcesivnim međusobno povezanim napadima*, tj. nekom vrstom *produženog napada*, gde između prvog napada, postoji „pauza“, nakon koje sledi drugi napad, a nužna odbrana je ispoljena, kako u odnosu kako na primarni, tako i u pogledu naknadnog napada.

Sud je konstatovao da „kada oštećeni izvrši dva napada na okrivljenog između kojih je protekao kraći vremenski period, oba napada treba posmatrati kao jedan krivično-pravni događaj, a u obrazloženju presude se konstatuje:⁴⁵ „Prvostepenom presudom okrivljeni je oglašen krivim za prekoračenje nužne odbrane, jer je nakon sukoba sa oštećenim i ubadanja okrivljenog od strane oštećenog nožem u predelu leve potkolenice iz revolvera ispalio projektil u oštećenog i naneo mu telesnu povredu u vidu jedne prostreline mekih tkiva prepubičnog predela leve butine, nakon čega je stao u šank, dok je oštećeni za to vreme utvrdio da je povređen pa je prišao okrivljenom i nožem ga ubo u predelu leve strane trbuha, a zatim i u predelu desnog ramena nakon čega je okrivljeni levom rukom uhvatio sečivo noža i iz revolvera koji je držao u desnoj ruci počeo da puca, pa je oštećenom na taj način naneo telesnu povredu i to jednu prostrelinu trbuha i jednu prostrelinu grudnog koša, od kojih povreda je pokojni oštećeni nakon toga i preminuo.

Dakle, ono što je bitno kod ove situacije u pravnom smislu je, da je napadač nožem prvo naneo laku telesnu povredu napadnutom, da je potom nakon ranjavanja nastavio napad na taj način što je prišao napadnutom koji je stajao za šankom i nožem ga ubo u predelu leve strane trbuha, a zatim u predelu desnog ramena, vršeći napad nožem dužine od 18 santimetara, sredstvom nesporno podobnim za lišenje života i to u pravcu vitalnih delova tela napadnutog, čime je njegov telesni integritet bio značajno ugrožen i kada levom rukom hvata sečivo noža, kojim napadač preti, a iz revolvera koji je držao u desnoj ruci počinje da puca u pravcu tela napadača. Iz svega navedenog proizilazi da su radnje koje je preduzeo okrivljeni predmetnom prilikom, a koje se ogledaju u ispaljivanju više hitaca u pravcu oštećenog u trenutku kada oštećeni neizazvan prethodnim ponašanjem okrivljenog, protivpravno napadnut i ubadan nožem u pravcu vitalnih organa nesumnjivo predstavlja odbranu koja je neophodno potrebna da učinilac od svog dobra odbije napad.

U konkretnom slučaju očigledno radi se o jednom krivično-pravnom događaju, sa usko uzročno povezanim radnjama okrivljenog i oštećenog, a obzirom da su sve radnje bile uzročno uslovljene, vremenski i prostorno povezane. Stoga činjenica da između dva napada, oštećenog na okrivljenog protekao kraći vremenski period ne može uticati na takav način, da se u konkretnoj situaciji posmatraju kao dva nezavisna i samostalna događaja, kako to čini prvostepeni sud. Prvostepeni sud pogrešno nalazi da se prekoračenje granice nužne odbrane ogleda u činjenici da je postupanje okrivljenog prešlo onu meru nužne odbrane koja je bila neophodno potrebna da

44 Z.Stojanović, *Krivično pravo*, „CID“, Podgorica, 2008., str. 134.

45 Presuda Apelacionog suda u Beogradu Kž1. 457/15 od 6. novembra 2015. i presuda Višeg suda u Beogradu K. 26/15 od 22. aprila 2015. godine) – Iz Biltena Višeg suda u Beogradu, broj 87/2016, Intermex, Beograd, Priredili: sudija Aleksandar Stepanović, sudija Aleksandar Trešnjev, samostalni savetnik Bojana Stanković (Intermex – sudska praksa).

okrivljeni odbije postojeći protivpravni napad, jer odbrana okrivljenog, po intenzitetu nije bila srazmerna napadu. Stoga je drugostepeni sud preinačio prvostepenu presudu tako što je okrivljenog oslobodio od optužbe na osnovu člana 423. tačka 1. ZKP, jer je našao da je okrivljeni postupao u stanju nužne odbrane.“

5.1.4.1. Ekstenzivno prekoračenje nužne odbrane u stvarnoj zabludi da istovremeni protivpravni napad još uvek traje

Ukoliko je učinilac počeo da se brani u trenutku započinjanja napada ili čak pre napada, kada je bilo izvesno da napad neposredno predstoji, što je u skladu sa pravilima koja se odnose na nužnu odbranu (član 19 stav 2. KZ), ali je pri tom, nastavio sa radnjama „odbrane“ i nakon što je napad već prestao ili nije na vreme prestao sa „odbrambenim“ radnjama, tada praktično postoji tzv. ekstenzivno prekoračenje nužne odbrane, odnosno te radnje se više ne smatraju odbrambenim radnjama i učinilac njima čini krivično delo u pogledu kojeg prethodna situacija (istovremeni protivpravni napad), može da se tretira kao olakšavajuća okolnost prilikom odmeravanja kazne.

Međutim, moguće je da do ekstenzivnog prekoračenja nužne odbrane dođe i usled *neskrivljene zablude*, što znači u situaciji kada učinilac nije bio dužan i nije mogao da izbegne zabludu u pogledu već nastupelog prestanka istovremenog protivpravnog napada. To će po logici stvari, u praksi pre svega, biti slučaj, kada se radi o veoma kratkom vremenskom intervalu od momenta faktičkog prestanka napada, pa do trenutka kada učinilac koji se prvobitno branio nastavlja sa svojim radnjama, te konačno u jednom trenutku prestaje sa njima. To može biti bukvalno i par sekundi, ako se radi o uzajamnom obračunu vatrenim oružjem, kao na primer, kada napadač ispaljuje hitac ili više hitaca, napadnuti mu uzvraća sa nekoliko hitaca, od kojih je poslednji hitac ispaljen u trenutku kada je prvobitni napadač već prethodno ranjen, ispustio oružje, ili je ostao bez municije, počeo da uzmiče, čak eventualno i beži, odnosno, što je realnije, tek započinje bekstvo, ali tako da učinilac, tj. lice koje se prethodno branilo, u kontekstu celokupne situacije ne može uopšte biti svesno i uvideti da prvobitni napadač prestaje sa napadom ili čak započinje bekstvo i sl.

Tada se može raditi o stvarnoj zabludi, koja se u našoj literaturi pretežno označava kao stvarna zabluda *u širem smislu*, a koju deo literature smatra stvarnom zabludom o protivpravnosti,⁴⁶ se svodi na *pogrešnu predstavu o postojanju osnova isključenja protivpravnosti*. To znači da je učinilac bio u stvarnoj zabludi da postupa u nužnoj odbrani.

46 Z.Stojanović (*Komentar, op.cit.*, str. 123 – 124), objašnjava da se u članu 28. stav 2. KZ., razlikuju *dve vrste stvarne zablude*. 1) zabluda o stvarnim obeležjima bića krivičnog dela i 2) zabluda o razlozima isključenja protivpravnosti, tj. o osnovama koje isključuju postojanje krivičnog dela, pri čemu se našoj literaturi inače, ove dve vrste stvarne zablude često nazivaju stvarnom zabludom u užem smislu (stvarna zabluda o obeležjima bića krivičnog dela) i stvarnom zabludom u širem smislu (stvarna zabluda o osnovama isključenja protivpravnosti), što ovaj autor kritikuje smatrajući da je osnovna razlika između te dve vrste zablude u tome što prva vrsta deluje u odnosu na element predviđenosti dela u zakonu, a druga u odnosu na element protivpravnosti, te stoga, nema razloga da se jedna smatra stvarnom zabludom u užem, a druga u širem smislu.

Konkretnije objašnjeno, učinilac je bio u stvarnoj zabludi, tako što je smatrao da se i dalje brani od istovremenog protivpravnog napada. Ta stvarna zabluda (*stvarna zabluda o osnovu isključenja protivpravnosti*),⁴⁷ se odnosi na postojanje okolnosti koja bi, da je zaista postojala (istovremeni protivpravni napad), činila delo dozvoljenim.

Ekstenzivno prekoračenje nužne odbrane u stvarnoj zabludi je slično klasičnoj putativnoj nužnoj odbrani, s tim da kod tipične ili „kompletne“ putativne nužne odbrane, napada uopšte ni u jednom trenutku nije bilo, a u situaciji ekstenzivnog prekoračenja nužne odbrane, istovremeni protivpravni napad je jedno vreme postojao, ali je nakon nekog vremena on prestao, a učinilac koji je započeo odbranu, je svoje radnje nastavio i posle prestanka napada, smatrajući pogrešno, tj. u zabludi da istovremeni protivpravni napad još uvek traje.

Ovde se radi o nekoj vrsti „nekompletne“ ili necelovite putativne nužne odbrane, jer u početku nužna odbrana postoji, jer postoji i *stvaran* istovremeni protivpravni napad, ali u međuvremenu taj napad prestaje i tada učinilac koji nastavlja sa radnjama za koje pogrešno veruje da su odbrambene, praktično postupa u specifičnoj *putativnoj nužnoj odbrani*.

Ako je stvarna zabluda učinioca koji ekstenzivno prekoračuje nužnu odbranu, bila neotklonjiva, što je uvek *questio facti*, tada ono delo koje je učinio prilikom takve zablude, ne predstavlja krivično delo (član 28. stav 1. KZ), jer je isključena krivica takvog učinioca,⁴⁸ a ukoliko je učinilac bio u stvarnoj zabludi usled nehata, tada krivica učinioca nije isključena ako se radi o nehatnom krivičnom delu, tj. može postojati *nehatna krivica*,⁴⁹ što znači da će postojati krivično delo učinjeno iz nehata, kada zakon takvo krivično delo predviđa (član 28 stav 3 KZ).

Naša teorija se nije mnogo bavila pitanjem ekstenzivnog prekoračenja nužne odbrane kao mogućeg vida *putativne nužne odbrane*, tako što se odbrana, koja je započeta u skladu sa zakonom, tj. dok je napad trajao, nastavlja u zabludi da napad još uvek postoji i nakon što je istovremeni protivpravni napad prestao, a u ranijoj jugosloveskoj krivičnopravnoj teoriji se ovo pitanje razmatralo pre svega, sa stanovišta subjektivnog elementa kod lica koje se brani i braneći se, nužnu odbranu ekstenzivno prekoračuje. Konstatuje se: „Pošto do prekoračenja nužne odbrane može doći kako sa umišljajem, tako i iz nehata, te će i učinilac odgovarati za delo učinjeno sa umišljajem, a za delo učinjeno iz nehata, samo ako zakon određuje da se se kazniti za to delo i u slučaju njegovog izvršenja ih nehata.“⁵⁰ Naravno, treba imati u vidu i da je ovo shvatanje bilo izraženo u vreme kada je stvarna zabluda u tadašnjem našem krivičnom zakonodavstvu bila regulisana drugačije nego što je to sada s,učaju u odredbama pozitivnog krivičnog zakonodavstva.

Naime, prema tada važećem članu 16. stav 1 KZ SFRJ, učinilac koji u vreme izvršenja krivičnog dela nije bio svestan njegovog zakonom određenog obeležja ili koji je pogrešno smatrao da postoje okolnosti prema kojima bi, da su one stvarлно

47 Drugačije objašnjeno, radi se o stvarnoj zabludi o *dozvoljenosti dela*, odnosno stvarnoj zabludi o postupanju koje je u skladu sa zakonskim pravom..

48 Z.Stojanović (*Komentar*), *op.cit.*., str. 125.

49 *Ibidem*.

50 Grupa autora (red. N.Srzentić), *op.cit.*, str. 57.

postojale, to delo bilo dozvoljeno, nije bio krivično odgovoran, a u skladu sa članom 16. stav 2 KZ SFRJ, ako je učinilac bio u zabludi usled nehata, krivično je odgovoran za krivično delo učinjeno ih nehata, kada zakon i za takvo delo određuje krivičnu odgovornost. Dakle, tadašnja teorija je ispravno zaključivala da stvarna zabluda „u širem smislu“, što znači ona stvarna zabluda koja se odnosi na pogrešno verovanje da postoje okolnosti koje bi, da su zaista postojale, delo činile dozvoljenim (što se odnosi i na putativno ekstenzivno prekoračenje nužne odbrane),⁵¹ isključuje krivičnu odgovornost za umišljajna krivična dela, kada je *neotklonjiva*, a ako je do nje došlo iz nehata, kada se radi o *otklonjivoj* stvarnoj zabludi,⁵² učinilac može da odgovara za nehatno krivično delo, ako je za konkretno delo propisano da se za njega odgovara i kada se učini iz nehata.⁵³

5.1.5. Stvaran napad

Napad mora da bude *stvaran*. Samo je u odnosu na napad koji zaista postoji, realno egzistira, moguća odbrana.

„Odbrana“ u odnosu na realno nepostojeći napad, u stvari i nije odbrana, jer realno nema napada u odnosu na koji bi se ona ostvarivala. Takva aktivnost se smatra putativnom odbranom, što se svodi na svojevrsnu *zabludu* u odnosu na postojanje napada koji bi inače, opravdavano odbranu, a koji u stvarnosti ne postoji. Reč je o *zabludi o napadu* iz koje potom, proističe aktivnost, koja onda sama po sebi, može predstavljati određeno krivično delo, a za koju učinilac („napadnuti“ realno nepostojećim napadom), smatra da predstavlja odbranu.

Kada se čovek „brani“ od *nepostojećeg napada*, tada nema nužne odbrane, a ako je učinilac tako „braneći se“, učinio krivično delo, to se rešava primenom zakonskih odredbi koje se odnose na stvarnu zabludu, što je objašnjeno u prethodnom tekstu.

5.2. Uslovi odbrane

Postoje i uslovi koje mora ispuniti odbrana, da bi se mogla smatrati nužnom odbranom u krivičnopravnom smislu. Uslovi odbrane su da je kumulativno: 1) kroz

51 *Ibidem*.

52 *Ibid.*, str. 88.

53 U vladajućoj jugoslovenskoj krivičnopravnoj teoriji (*Ibidem*), se podela na ove dve vrste stvarne zablude, iz koje bi mogla *proizići krivična odgovornost* učinioca (**otklonjiva** stvarna zabluda), ili bi *krivična odgovornost učinioca bila isključena* (**neotklonjiva** stvarna zabluda), zasnivala na oceni postojanja ili nepostojanja *krivice učinioca* u odnosu na zabludu, što je interesantno, jer *krivica* nije bila u to vreme striktan zakonski termin. Tako se konstatuje: „Stvarna zabluda može da bude otklonjiva ili neotklonjiva. Neotklonjiva stvarna zabluda postoji kada učinilac nije mogao niti je bio dužan da ima svest odnosno pravilnu predstavu o onome o čemu nije imao svest, odnosno o čemu je imao pogrešnu predstavu. Postojanje takve stvarne zablude istovremeno znači i u odsustvo njegove krivice za zabludu u kojoj se nalazi.“

Ovde se praktično *krivica* odnosno njeno odlustvo kod učinioca, koji je u neotklonjivoj stvarnoj zabludi, poistovećuje sa *nehatom* (kao najblažim vidom krivice, bez obzira što u to vreme to nije formalno tako, niti na sličan način, bilo propisano u krivičnom zakonodavstvu), jer se zatim navodi: „Otklonjiva stvarna zabluda postoji kada se učinilac usled svog nehata nalazi u stvarnoj zabludi, što znači da je učinilac bio dužan i mogao da ima svest, odnosno tačnu predstavu o krivičnom delu koje je učinio. Stoga se otklonjiva stvarna zabluda pojavljuje kao nehatno skrivljena stvarna zabluda.“

radnju odbrane ostvareno biće nekog krivičnog dela, 2) upravljena prema nekom napadačevom dobru, 3) neophodno potrebna za odbijanje napada.⁵⁴

5.2.1. Usmerenost odbrane protiv napadača

Ona prvo mora biti usmerena protiv napadača, tako se njome povređuje ili ugrožava neko njegovo dobro, poput života i tela, slobode itd.

5.2.2. Ostvarivanje odbranom bitnih elemenata krivičnog dela

Odbranom se čini nešto što je inače krivično delo, poput ubistva, teške telesne povrede, lišavanja slobode i sl., ali to neće biti krivično delo jer je isključena protivpravnost, pošto svako ima pravo da se brani, odnosno da svoje ili tuđe dobro brani od istovremenog protivpravno napada.

Ako neko odbije napad a da pri tom ni na koji način ne povredi napadača, odnosno ne učini nešto što bi inače, bilo krivično delo, tada u opšte u krivičnopravnom smislu i ne postoji nužna odbrana, već je to vid faktičke odbrane, bez činjenja nečega što bi inače, bilo krivično delo.

5.2.3. Uslov da odbrana mora biti neophodno potrebna i problem srazmernosti

Najvažniji uslov je ipak, u suštini da odbrana mora biti *neophodno potrebna* u odnosu na napad. To znači da ipak nije sve dopušteno u odbrani sopstvenog ili tuđeg dobra.

Iako se u našem krivičnom zakonodavstvu kao uslov odbrane formalno ne zahteva odgovarajuća *srazmernost* u odnosu na napad u smislu vrednosti dobra koja se napada i dobra koje se povređuje prilikom odbrane,⁵⁵ u sudskoj praksi se mogu uočiti primeri stava da neka vrsta srazmernosti mora da postoji, jer se smatra da samo ona odbrana koja je u određenoj meri srazmerna napadu, odnosno adekvatna napadu s obzirom na njegovu vrstu, intenzitet i druge kvalitativne i kvantitativne kriterijume, može da se smatra odbranom koja je u konkretnom slučaju bila neophodno potrebna. U teoriji se smatra da svakako postoje određene *socijalno-etičke*

54 Z.Stojanović, (*Krivično pravo – opšti deo*), *op.cit.*, str. 148.

55 Inače, u našoj relativno starijoj krivičnopravnoj literaturi se često i *striktno* kao uslov navodila *srazmernost*, iako ni u tada važećem Krivičnom zakonu SFRJ, nije u odredbama koje su se odnosile na nužnu odbranu, kao uslov navođena srazmernost između dobra (nije se ni spominjalo „dobro“, već je korišćena poznata formulacija – „od sebe ili drugog...“), koje se odbranom štiti od protivpravnog napada.

Uslov srazmernosti se tako na primer, povezano sa zahtevom da odbrana bude „neophodno potrebna“, izričito spominje u jednom veoma poznatom udžbeniku krivičnog prava, koji je decenijama korišćen za obrazovanje pravnika na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, što je svakako značajno uticalo i na tadašnju sudsku praksu, čiji su stavovi u velikoj meri „živi“ i danas. Više o tome: N.Srzić, Stajić, Lj.Lazarević, *Krivično pravo – opšti deo*, Beograd, 2000., str. 143. U ovom poznatom udžbeniku iz doba SFRJ, se navodi: „Da bi odbrana bila neophodno potrebna, mora postojati srazmernost između napada i odbrane, što znači da treba da postoji srazmernost u pogledu vrednosti napadnutog dobra i napadačevog dobra.“

granice nužne odbrane, što je posebno upadljivo kada se radi o „situaciji krajnje nesrazmere dobara.“⁵⁶

Neophodnost odbrane podrazumeva potrebu je da se u određenoj razumnoj meri štedi napadačevo dobro, ali tako da to ne ugrozi efikasnost odbrane. Znači, može se napadač na imovinu i lišiti života u nekim okolnostima, na primer, čovek zatekne provalnika i udari ga nekom teškom stolicom po glavi i tako liši života, ali se ne može tek tako lišiti života samo zato što je napao nečiju imovinu, a postojao je alternativni efikasan način odbrane, koji se ne bi sveo na lišavanje čoveka života.

Odbrana ne mora biti uvek samo defanzivna, već može imati i odgovarajući ofanzivni karakter, ako se drugačije čovek ne bi mogao efikasno braniti. Od značaja su i sredstva napada i odbrane. Da bi se smatralo da se radi o odbrani koja je bila neophodno potrebna u tom pogledu mora postojati neka načelna ali ne i apsolutna korelativnost.

Na primer, napadača nožem, napadnuti može lišiti života i pištoljem ili napadača golim rukama, koji je fizički jak i pokušava da napadnutog udavi golim rukama, napadnuti može lišiti života nekim oruđem ili hladnim oružjem i sl. Međutim, ako postoji neka izrazita nesrazmera između sredstava napada i odbrane, to podrazumeva da takva odbrane nije bila neophodno potrebna i smatraće se da je nužna odbrana prekoračena, kao na primer, ako napadača golim rukama, napadnuti hladnokrvno liši života pucanjem iz vatrenog oružja. Međutim ako je napadač fizički veoma jak ili poznaje neke efikasne borilačke veštine i tada bi se moglo smatrati da postoji srazmernost između načina i sredstava napada i modaliteta i sredstava odbrane. Uglavnom, tu nema neke definitivne zakonske formule, već je to procena u praksi, koja se zasniva na svim relevantnim objektivnim i subjektivnim okolnostima konkretnog slučaja.

Dakle, formalno posmatrano, a za razliku od prethodno objašnjenih uslova koji se odnose na nužnu odbranu u krivičnom pravu SAD, koji se odnose i na zahtev *proporcionalnosti* između napada i odbrane od napada, u srpskom krivičnom zakonodavstvu se proporcionalnost, što je praktično, drugi termin za *srazmernost*, ni ne zahteva, ali je očigledno da se u praksi prilikom ocene da li je odbrana u konkretnom slučaju bila *neophodno potrebna*, suštinski vodi računa i o tome da li su vrsta, način i intenzitet odbrane, bili proporcionalni odgovarajućem kvalitetu i kvantitetu napada.

I u našoj starijoj krivičnopravnoj teoriji i u vreme koje se odlikovalo bitno drugačijim društvenim uslovima, pa i drugačijom svešću o dominantnim društvenim vrednostima, drugom vrstom dominantnog oblika svojine i sl., zaključivalo se, da ne sme postojati neka izrazito velika nesrazmera između dobra koje se brani u nužnoj odbrani i dobra napadača koje se tom prilikom povređuje-. Konstatovano je da se „klasični institut nužne odbrane zasniva na *individualističkom principu*, tako da je dozvoljena nužna odbrana od neskirljenog protivpravnog napada, bez obzira od koga dolazi, bez obzira na intenzitet napada i bez obzira na kvalitet napadnutog do-

56 Više o tome: I.Vuković, *O socijalno-etičkim granicama nužne odbrane uopšte i situacije krajnje nesrazmere dobara*, u zborniku, sveska 2, (ur. Z.Isailović): „Pravni sistem i društvena kriza“ – međunarodna naučna konferencija „Kosovska Mitrovica 2011.“, str. 431 –448.

bra, sa mogućnošću povređivanja vrednijeg dobra od onog koje je napadnuto“, ali se u „novije doba i u teoriji i u praksi, nužna odbrana ograničava primenom *socijalno-etičkog principa*“, shodno kojem, se „ne dopušta prilikom nužne odbrane velika nesrazmernost između dobara koja su ugrožena napadom i onih koja se povređuju pri odbrani.“⁵⁷

Čovek ima pravo da se brani i nije dužan da napad izbegava na druge načine, na primer, bežanjem, već se može srazmerno suprotstaviti napadu i onda ne čini krivično delo, ako povredi neko dobro napadača. Nepostojanje dužnosti „bežanja“ odnosno dužnosti izbegavanja napada na odgovarajući defanzivni način je nesporna i u sudskoj praksi.⁵⁸

Iako to nije zakonski uslov, ne može se potpuno isključiti značaj odgovarajuće srazmernosti između napadnutog dobra i dobra napadača koje se povređuje jer bi suprotno rezonovanje bilo sporno i sa stanovišta elementarne pravičnosti i morala. Na primer, učinilac pokušava krivično delo sitno delo krađe, a napadnuti se brani tako što napadača liši života. Takva odbrana se suštinski ne bi mogla smatrati neophodno potrebnom.

Odbrana mora biti neophodno potrebna u odnosu na konkretan napad. Nužna odbrana nije dozvoljena po svaku cenu, u odnosu na „bilo kakav napad“ i bez obzira na sve, što znači da u praksi postoje i određena *socijalno-etička* ograničenja, iako formalno ona kao takva ne egzistiraju u „čistom“ zakonskom tekstu.

U sudskoj praksi se uslov da je odbrana *neophodno potrebna* radi odbijanja konkretnog protivpravnog napada, najčešće ceni u kontekstu celokupne situacije, što se po pravilu svodi i na ocenu „načina“ odbijanja napada, pri čemu u praksi uticaj ima i vrsta napada o kojem se radi. U jednom slučaju iz sudske prakse se radilo o „verbalnom napadu“, koji je odbijen na *drastičan način*, te sud konkretno nije ni našao da takav verbalni „ispad“, predstavlja napad u odnosu na koji je moguća nužna odbrana, zbog čega je i oceno da se uopšte ni ne radi o nužnoj odbrani, pa samim tim, ni o njenom prekoračenju: „Kada je u konkretnom slučaju svađa između oštećenog i majke okrivljenog mogla da se zaustavi na način drugačiji od onog koji je odabrao okrivljeni – ubod nožem oštećenog, okrivljeni nije postupao u stanju nužne odbrane a samim tim nužnu odbranu nije ni mogao prekoračiti.“⁵⁹

U *obrazloženju citirane sudske odluke se navodi*: „Sud je posebno cenio i navode branioca okrivljenog iz završne reči da u konkretnom slučaju ima mesta primeni odredbe člana 19. Krivičnog zakonika, odnosno da je okrivljeni postupao u nužnoj odbrani, odnosno da bi otklonio napad koji je trajao i koji je bio upućen prema

57 Grupa autora (red. N.Srzentić), *op.cit.*, str. 56.

58 „Lice koje je izloženo protivpravnom napadu nije dužno da bježeći ili dozivajući upućenost izbegava napad, već ima legitimno pravo da od sebe odbije istovremeni ili neposredno predstojeći protivpravni napad, pa se po osnovu izostanka takvih radnji ne može isključiti njegovo postupanje u nužnoj odbrani.“ (Rješenje Okružnog suda u Banjoj Luci broj: 011-0-Kž-08-000 053 od 22.04.2008. godine) http://www.okruznisud-bl.com/index.php?option=com_content&view=article&id=181:nuna-odbrana-&catid=57:krivino&Itemid=76.

59 Iz presude Osnovnog suda u Zaječaru – 3K.310/2011 od 20.05.2011.godine, koja je potvrđena presudom Apelacionog suda u Beogradu Kž1 4237/11 od 26.09.2011.godine, Priredio: sudijski pomoćnik Mišić Aleksandar. (Intermex – sudska praksa).

njegovoj majci te da je i preduzeo radnju kojoj je cilj bio da se odbije protivpravni napad, odnosno da je okrivljeni prekoračio granice nužne odbrane. Naime, nužna odbrana je ona odbrana koja je neophodno potrebna da učinilac od svog dobra ili dobra drugoga odbije istovremeni protivpravni napad. Sud nalazi, imajući u vidu svedočenje svedoka oštećenog V. da majku okrivljenog nije hvatao za vrat, te činjenicu da majka okrivljenog nije posvedočila ni pred istražnim sudijom ni na glavnom pretresu da je nju oštećeni V. hvatao rukama ta vrat ili da je tukao – udarao pesnicama po telu, da je odbrana okrivljenog u delu gde se brani da je video da je majka ležala na podu sa podignutim rukama u predelu lica, a oštećeni V. je bio savijen nad njom, udarao je pesnicama po telu, te da nije baš video na kom mestu je udarao, te da je isti jednog momenta uhvatio njegovu majku obema rukama oko vrata, neosnovana i obesnažena svedočenjem majke optuženog-svedoka K. i oštećenog V., iz kojih razloga sud nalazi da okrivljeni kritičnom prilikom dana 28.03.2011. god. nije postupao u stanju nužne odbrane, jer po nalaženju suda nije ni bilo napada oštećenog V. a prema svedoku K., i to napada kao delatnosti čoveka kojim se povređuje ili ugrožava pravno zaštićeno dobro nekog lica, te samim tim ovde nije ni bilo nužne odbrane okrivljenog Z. upravljene protiv navodnog napadača a kojoj bi osnovni smisao bio neutralisanje napada. Nesporno je da je bilo svađe i to žustre verbalne rasprave između oštećenog V. i svedoka K., ali ne i napada oštećenog V. prema svedoku K. Samom činjenicom da sud nalazi da u ovom konkretnom slučaju okrivljeni Z. nije postupao u nužnoj odbrani, sud nalazi da na strani okrivljenog nema ni prekoračenja nužne odbrane.“

Nije dopuštena gruba nesrazmernost između onoga što se odbranom štiti, odnosno pravom zaštićenog dobra na koje je usmeren napad i povrede napadača, odnosno njegovog dobra, što znači da nije dopušteno odbrana na način koji nije bio neophodno potreban u odnosu na konkretan napad. Na primer, načelno se iz socijalno-etičkih razloga, ne može imovina štiti rutinskim lišavanjem života napadača. To je pravilo, ali u nekim okolnostima se može smatrati da je i ubistvo napadača opravdano, kao kada se provalnik zatekne u stanu, te još napadne i čoveka u nameri da zadrži stvari koje je prethodno ukrao, kada bi se radilo o razbojničkoj krađi. U takvoj situaciji nije od značaja ni na primer, činjenica da je takav učinilac faktički bio u stanju da izvršenjem razbojničke krađe u ovom primeru, mogao doći čak do neke male imovinske koristi, jer u stanu nije bilo vrednijih stvari i sl.

Ukoliko postoji gruba neadekvatnost između onoga što se štiti i načina zaštite, tj. kada je u odnosu na napad primenjena odbrana koja nije bila neophodno potrebna u konkretnim okolnostima, tada postoji prekoračenje nužne odbrane. U tom slučaju onaj ko se branio odgovara za krivično delo koje je učinio u takvim okolnostima, ali je to neka vrsta privilegovane situacije, jer on može biti blaže kažnjen ili čak potpun oslobođen od kazne, onda kada je do prekoračenja nužne odbrane došlo usled jake razdraženosti ili prepasti izazvane napadom.

5.2.4. Problem odbrambene volje

Naša teorija krivičnog prava, uglavnom ne ističe da je uvek neophodno postojanje i posebnog *subjektivnog elementa* kod nužne odbrane, koji bi se svodio na neophodnost da onaj ko se brani od istovremenog protivpravnog napada, to čini sa

odbrambenom voljom, što bi značilo da se radnje odbrane vrše sa svešću da se time odbija istovremeni protivpravni napad i voljom da se to čini. U samom zakonskom tekstu se striktno takav uslov ne spominje, a naravno, u teorijskom smislu se u kontekstu drugih uslova koji se odnose na nužnu odbranu uopšte, a posebno njen „odbrambeni segment“, može izvlačiti i zaključak o neophodnosti da bude ispunjen i takav, uslov, a moguće je i suprotno stanovište.

Kao što ćemo to biti detaljnije objašnjeno u daljem tekstu, u nemačkom krivičnom pravu, čija je definicija nužne odbrane relativno slična onoj koja postoji u srpskom krivičnom pravu, se redovno ističe zahtev da kod nužne odbrane mora postojati i takav poseban subjektivni element.

Postojanje neke vrste odbrambene volje ili čak povezano svesti i volje kod učinioca koji se brani, se ipak navodi kao uslov i kod pojedinih naših autora, uz posebno isticanje da je takav subjektivni element neophodan da bi nužna odbrana uopšte postojala, pa je stoga nužna odbrana isključena na primer, u dogovorenom fizičkom obračunavanju, jer ni jedan od učesnika ne postupa sa odbrambenom voljom, ali je pri tom, u takvom slučaju nužna odbrana isključena i zbog toga što „pristanak na obračun isključuje protivpravnost napada.“⁶⁰ Ova situacija se i u našoj relativno starijoj krivičnopravnoj literaturi objašnjavala u kontekstu uzajamnog napada.⁶¹

O ovom problemu piše i Z.Stojanović, konstatujući pri tom da je „sporno da li kod odbrane, mora postojati i subjektivni element koji se sastoji u svesti i volji napadnutog da odbija napad“, što se ilustruje određenim primerima:⁶² „Da li postoji nužna odbrana u situaciji kada napadnuti odbija napad, a da pri tome uopšte nije bio svestan da postoji napad, odnosno da je odbijao napad ? Moguće je da učinilac sa umišljajem ili iz nehata liši života neko lice, a da pri tome uopšte nije bio svestan da mu prethodi neposredni napad od to lica ? Ovo bi bio obrnuti slučaj od putativne nužne odbrane.“⁶³

6. SUŠTINA SUKOBA PRAVA SA „NEPRAVOM“ I RATIO LEGIS GRANICA PRAVA NA ODBRANU U SRPSKOM KRIVIČNOM PRAVU

Nužna odbrana se smatra tipičnim krivičnopravnim institutom koji potiče iz „instikta samoodržanja, što se ilustruje čuvenom konstatacijom Cicerona, koji smatrajući da nužna odbrana spada u *prirодно pravo*, koje kao takvo nije „ni

60 M.Babić i I.Marković, *op.cit.*, str. 163.

61 Više o tome: M.Đorđević, *Uzajamni napad i nužna odbrana*, Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo, broj 4/69, Beograd, 1969., str. 626 – 628.

62 I ovaj citirani autor (Z.Stojanović), kao posebno ilustrativni primer navodi „dogovoreni fizički obračun“, ali taj slučaj nešto drugačije objašnjava nego što to čine prethodno citirani autori (M.Bavić i I.Marković), pa tako navodi: „Na primer, kada jedno lice prihvati poziv drugog lica da se fizički obračunaju, nužne odbrane između ostalog nema i zato što nedostaje potreban subjektivni element. No, u sudskoj praksi se ili ne daje obrazloženje u pogledu toga koji uslov u toj situaciji nedostaje ili se pak ističe da se obojica nalaze u protivpravnom napadu, što takođe stoji.“

63 Z.Stojanović (*Krivično pravo – opšti deo*), *op.cit.*, str. 130.

pisano ljudskom rukom“, zaključuje: *lex non lata, sed nata*.⁶⁴ U našoj literaturi se ovo ponekad objašnjava i argumentima jednog čuvenog pravnog filozofa (*R.Jering*), koji u svojoj poznatoj raspravi „Borba za pravo“ načelno traži da se „protiv protivpravnog napada, čak i kad se on odnosi na najsitniji interes“, reaguje sa „maksimalnom energijom“,⁶⁵ a što autora kojeg citiramo navodi na „radikalan“ zaključak da se „tu radi o borbi prava protiv neprava“, gde „kod onoga ko se štiti nema subjektivne vinosti“,⁶⁶ a naročito nema namere da se povredi pravni poredak.⁶⁷

Kod nužne odbrane se radi o sukobu neprava sa pravom. Napad je nepravo, a odbrana u odnos na takav napad je pravo napadnutog čoveka. Ipak je pri tom, neophodna određena srazmernost između napada i odbrane. Onaj ko se brani ne sme da pretera u svojoj odbrani, ali naravno, nije neophodna i neka bukvalna srazmernost. Uslov srazmernosti nije formalno propisan u našem krivičnom zakonodavstvu, ali on proizlazi iz određenih etičkih zahteva.

Sušтина je da odbrana mora biti adekvatna, ali nije neophodna neka detaljna srazmernost između sredstava i načina napada i sredstva i načina odbrane, kao ni njihovog intenziteta, ali ipak, ako se u odbrani grubo pretera, može postojati njeno prekoračenje, što je prethodno objašnjeno. Granica je načelno utvrđena zakonom, tako što je propisano da odbrana mora biti „neophodno potrebna“ za odbijanje napada, ali sud u svakom konkretnom slučaju slobodno, a na temelju svih raspoloživih dokaza ocenjuje da li je ta granica dostignuta ili eventualno prekoračena.

Tako se u našoj krivičnopravnoj teoriji primećuje da „iako srazmernost dobara nije odlučujuća za postojanje nužne odbrane (kao kod krajnje nužde), ipak je opšteusvojen stav da odbrana nije opravdana ukoliko se radi o velikoj nesrazmeri između zaštićenog i povređenog dobra“, ali pri tom, „s druge strane, navedeni proporcionalitet napada i odbrane ne treba shvatiti kao potpunu ekvivalenciju kolidirajućih dobara, pa će se raditi o nužnoj odbrani i kad se povređuje napadačeve dobro veće vrednosti od onog koje je zaštićeno.“⁶⁸

64 Prema: M.P.Čubinski, *Naučni i praktični komentar Krivičnog zakonika Kraljevine Jugoslavije od 1929. godine*, „Geca Kon“, Beograd, 1934., str. 90.

65 Suština ovog shvatanja je u davanju izrazite i „maksimalne“ prevage pravu kada se ono nalazi u sukobu sa nepravom, što je naravno u novije vreme ipak bitno ograničeno socijalno-etičkim limitima.

66 Ovde treba imati u vidu da krivica u jezičkom smislu predstavlja sinonim za termin „vinost“ koji se nekada rutinski upotrebljavao u našem materijalnom krivičnom pravu, odnosno krivičnopravnoj teoriji. Naime, u našem je jeziku sasvim uobičajena reč *nevinost*, dok je reč *vinost* sasvim neuobičajena, osim u krivičnopravnom smislu.

Jezički je nesporno da su vin i nevin opozitnog značenja, što obrnuto, znači da su istog značenja i reči „vin“ i „kriv“, odnosno „vinost“ i „krivica“. Druga je stvar, što zakonodavac nešto drugačije reguliše u važećem krivičnom zakonodavstvu sadržaj krivice u odnosu na sadržaj vinosti u ranijem krivičnom zakonodavstvu, isto kao što se izraz krivična odgovornost više ne koristi u zakonskom smislu („spoj uračunljivosti i vinosti“), mada izraz „krivična odgovornost“, naravno i sada ima odgovarajuće teorijsko značenje, a još uvek je prilično prisutan i u našoj krivičnopravnoj praksi. Više o tome: M.Škulić, *Mere bezbednosti i načelo krivice u krivičnom zakonodavstvu Srbije*, zbornik: „Mere bezbednosti medicinskog karaktera – pravni i medicinski aspekti“ (regionalna zakonodavstva, iskustva u primeni i mere unapređenja), ur. S.Bejatović i I.Jovanović, Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd, 2017., str. 50.

67 M.P. Čubinski, *op.cit.*, str. 91.

68 M.Babić i I.Marković, *op.cit.*, str. 162.

Takođe, nekada neko štiteći imovinu velike vrednosti od koje bukvalno zavisi život i opstanak njegove porodice, praktično štiti život, odnosno normalan život porodice. Na primer, lopov pokušava da ukrade nekome celokupnu životnu ušteđevinu ili neku veoma značajnu svoju novca, čijim bi gubitkom praktično cela porodica bila upropaštena. Tada je pitanje da li bi odbrana bila prekoračena ako bi onaj ko se u ovoj situaciji brani, napadača ranio ili u nekim okolnostima, čak lišio života. Naša sudska praksa je u ovakvim slučajevima uglavnom prilično konzervativna i formalna, ali sam zakon daje prostora i za neka nešto šira tumačenja.

Nužna odbrana može biti prekoračena samo kada se radi o tzv. intenzivnom prekoračenju, to jest kada odbrana nije bila neophodno potrebna. To bi značilo da je ona bila „preterana“ i očigledno nepotrebna u takvom obliku, bez obzira što je postojalo pravo reagovanja na istovremeni protivpravni napad, tj. što se radilo o sukobu *prava sa nepravom*. To praktično znači da i „pravo“ u ovom slučaju, ako se ostvaruje na neadekvatan i „preteran“, suviše intenzivan način, samo po sebi, postaje određeno *nepravo*, tako što će postojati krivično delo učinjeno u prekoračenju granica nužne odbrane. Na primer, neko pokuša da od čoveka otme kesu sa namirnicama koje ovaj nosi sa pijace, a napadnuti ga ubije hicem iz pištolja ili ga ubode nožem u srce i sl.

Učiniocu koji je prekoračio granice nužne odbrane, može se kazna ublažiti, a ako je učinilac prekoračio granice nužne odbrane usled jake razdraženosti ili prepasti izazvane napadom, može se i osloboditi od kazne (član 19. stav 3 KZ).

Kada se radi o tzv. ekstenzivnom prekoračenju, njega naše zakonodavstvo ne prihvata kao prekoračenje nužne odbrane, jer se tada radi o napadu koji je već prestao, a kada nema napada, ne može više biti ni odbrane u odnosu na prestali / zaustavljeni napad. Tako učinjeno krivično delo onog ko se prethodno branio, pa sa „odbranom“ preterao, više i nije prekoračenje nužne odbrane, već predstavlja posebno krivično delo, ali naravno, to što je prethodno postojao protivpravni napad, predstavlja značajnu olakšavajuću okolnost za takvog učinioca, a pod određenim okolnostima slučaj koji se svodi na započinjanje odbrane kao opravdane reakcije na istovremeni protivpravni napad, ali kada učinilac sa radnjama odbrane nije „na vreme prestao“, što znači da ih je nastavio i po prestanku napada, može da se rešava i primenom instituta *stvarne zablude*, što je detaljnije objašnjeno u prethodnom tekstu prilikom analiziranja uslova *istovremenosti odbrane*.

Nekada u praksi nije sasvim jasno kada je napad zaista prestao, kao na primer, kada lopov koji je prethodno oduzeo tuđu stvar u nameri da njenim prisvajanjem sebi ili drugom pribavi protivpravnu imovinsku korist, beži sa mesta događaja sa stvarima koje je oduzeo. Tada u stvari, napad na imovinu još uvek traje, jer je ukradeno u posedu lopova.

Nekada se u praksi primenjuju i donekle „fleksibilna tumačenja“, posebno kada se radi o ekstenzivnom prekoračenju nužne odbrane. Nužna odbrana je moguća samo do napad traje, ako je napadač odustao i počeo da beži, prethodno napadnuti nema pravo da ga juri, stigne, povredi i sl., ali nekada praksa to šire tumači, vezano za određene subjektivne i objektivne okolnosti. Tako je onih nemirnih 90-ih godina, jedan čovek sklon nasilju i sa „debelim policijskim dosijeom“ ušao u jed-

nom restoranu u sukob sa drugim čovekom, takođe spremnim na obračun, ali ne iz striktno kriminalne sredine. Tada napad puca napadnutog, ranjava ga i počinje da beži, ali ga napadnuti sustiže i lišava života tako što ga udara po glavi revolverom koji mu je oteo.⁶⁹ Striktno u krivičnopravnom smislu ovo ne deluje kao prava nužna odbrana, ali je čovek koji je prethodno napadača lišio života ipak oslobođen jer je sud zaključio da je postupao u nužno odbrani. Verovatno je na odluku suda uticala ocena cele situacije, ukupan širi kontekst događaja, pa i kriminalna prošlost napadača, njegov nasilnički karakter i sl. Sve su ovo ipak, u osnovi vanpravni razlozi sa stanovišta krivičnopравnih normi i svode se na jedno veoma ekstenzivno tumačenje.

Nužna odbrana je posebno značajna kada se radi o odbrani u odnosu na *razbojništvo*, jer je razbojništvo i kod nas, kao i u svetu, krivično delo za koje se smatra da ga načelno vrše najopasniji kriminalci, pošto je to krivično delo spoj dva krivična dela – klasične krađe i prinude, ono drugim rečima objašnjeno – predstavlja krađu koja se vrši na prinudan način. Dakle, tuđa pokretna stvar se oduzima upotrebom sile ili pretnje da će se napasti na život ili telo, a to se čini u nameri da se prisvajanjem stvari sebi ili drugom pribavi protivpravna imovinska korist. Kada se neko brani od razbojnika koji načelno spadaju u kategoriju najtežih kriminalaca, za koje se često u sudsko-psihološkom, kriminalističkom i kriminološkom smislu, ističe da spadaju u učinioce koji se po pravilu odlikuju *najvišim nivoom tzv. kriminalne energije*,⁷⁰ onda naravno, nije uvek lako da se čovek koji se brani, sasvim racionalno opredeli u mahu i trenu, za pravno, pa i socijalno-etički najadekvatniji način odbrane, odnosno odbranu koja je realno neophodno potrebna.

7. NEKE REFLEKSIJE U SRPSKOJ JAVNOSTI PROIZIŠLE IZ UTICAJA KRIVIČNOG PRAVA I PRAKSE SAD – POSEBNO U POGLEDU „ODBRANE DOMA“ – EFEKAT ANGLOSAKSONSKE DOKTRINE „ODBRANE ZAMKA“

Zakoni i praksa u EU su kada je reč o nužnoj odbrani, relativno sličnim našim propisima. U tom je pogledu naš Krivični zakonik u suštini tipičan evropski zakonik. Nešto je drugačije u SAD, mada ni tamo to nije tako fleksibilno, kao što neko ponekad tumači, na temelju gledanja holivudskih filmova i pisanja sredstava javnog informisanja.

Na primer, Sindikat policije je nedavno traži da se Srbija „izjednači sa američkim propisima po pitanju prava na odbranu privatne svojine“. Čini se da taj sindikat ipak slabo poznaje uporedno pravo. Ni u SAD nije tako kao što zamišljaju oni koji su američko krivično pravo „naučili“ gledajući filmove, a rešenja iz našeg Krivičnog zakonika su veoma slična, često i identična onome što je tipično u Evropi, a u bitnim elementima se suštinski ne razlikuju ni od normativnih rešenja u krivičnom pravu SAD.

69 https://www.google.rs/?gws_rd=cr,ssl&ei=xQ1JWavzKsLOa_28tugH#q=Vidimo+se+u+citulji.

70 Više o tome: Ž.Aleksić i M.Škulić, *Kriminalistika*, IX izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2016., str. 340 – 341.

U SAD je donekle još uvek živa izvesna tradicija „divljeg zapada“, ali ni u toj državi nije moguće „tek tako“ i skoro „rutinski“ lišiti života čoveka, štiteći svoju imovinu, iako je načelno iz određenih tradicionalnih razloga, u SAD zaštita imovine veoma značajna. I u SAD je značajan uslov za samoodbranu, odnosno neku vrstu nužne odbrane, odgovarajuća srazmernost i većina država SAD ne dopušta primenu tzv. smrtonosne sile, ako napad nije usmeren na život i telo, već je napadnuta imovina.

Kao što je objašnjeno u prethodnom tekstu, postoje neke posebne situacije u SAD, koje opravdavaju šire tumačenje prava na odbranu od protivpravnog napada, a pre svega kada se napad usmerava ka „domu“, odnosno povezan je sa zaštitom „kućnog praga“ (što je slučaj i kada se radi o napadu na život i telo u okviru „doma“), ali ni tada se, naravno, ne radi o „blanko dozvoli za ubistvo“.

Naime, u SAD se, što je prethodno detaljnije objašnjeno, tradicionalno ispoljava izuzetno velika pažnja zaštititi *kućnog doma*, što predstavlja tzv. zamak doktrinu, ali se ni ta koncepcija ipak i naravno, ne svodi na pravo „slobodnog lova“ u odnosu na svakog „uljeza“ u sopstvenom domu.

Prema suštini koncepciji *odbrane doma* (bukvalno – *odbrana zamka*, ili „odbrana dvora“, odnosno „kućnog praga“ u metaforičnom smislu), čovek koji je napadnut u svojoj kući, odnosno domu u kojem živi, ima izuzetno široko pravo na odbranu, kako pogledu intenziteta odbrane u odnosu na napad, odnosno „proporcionalnost odgovora“, tako i u pogledu uslova koji se u nekim državama SAD razlikuju prema kriterijumu *karaktera* sile koja se ispoljava prilikom napada, tj. s obzirom na to da li se radi o smrtonosnoj ili nesmrtonosnoj sili.

Osnovni *ratio legis* doktrine *odbrane doma* se u SAD svodi na načelno pojačavanje krivičnopravne zaštite onog mesta koje se smatra jednim od osnovnih elemenata čovekovog spokojstva, a što je u SAD inače izuzetno važno i iz određenih istorijskih razloga.

Naime, Sjedinjene Američke Države su izvorno nastale kao izrazito *useljenička zemlja*, donekle i neka vrsta „obećane zemlje“. Većini imigranata u SAD, čak i u vreme kada se radilo o preteči SAD, tj. britanskoj koloniji u jednom delu, a u drugom delu prostoru bez vlasti („divlji zapad“), je bio „san“ i osnovni cilj da tamo pronađu bezbednost, utočište, blagostanje i sl. Sanjali su da preko okeana nađu svoj *dom*. To je bilo posebno značajno ljudima koji su bežali od gladi (posebno poput stotina hiljada Iraca), raznih oblika bede, rata i drugih nesreća ili su jednostavno, smatrali da je novi kontinent njihova nova velika šansa za novi početak i uspeh.

Konačno, mnogi od useljenika u SAD su u svojoj postojbini i bukvalno bili beskućnici. Stoga je i iz tih „simboličko-emozivnih razloga“, legitimna i efikasna zaštita doma tim ljudima bila jedna od primarnih vrednosti.

U nekim legislativama SAD su osnovna pravila koja se odnose na samoodbranu, odnosno vidove odbrane slične nužnoj odbrani u srpskom krivičnom pravu, čak donekle i strožija nego što je to u Krivičnom zakoniku Srbije, ali i tada doktrina odbrane doma utiče na šira ovlašćenja/mogućnosti u odbrani od protivpravnog napada.

Naime i one države SAD koje načelno ne omogućavaju odbranu smrtonosnom silom, u odnosu na odgovarajući napad, tj. onaj protivpravni napad koji i sam nije izveden silom koja se smatra smrtonosnom, a pre nego što se bar na adekvatan način pokušalo izbegavanje napada na drugačiji način, pa i bekstvom, ako je ono moguće, ipak odstupaju od ovog pravila kada se radi o odbrani doma, odnosno odbrani čoveka koji brani kuću, tj. stan u kojem živi ili se u svom domu brani od protivpravnog napada.⁷¹

8. DA LI SU MOGUĆE/POTREBNE MODIFIKACIJE PRAVILA SRPSKOG KRIVIČNOG ZAKONIKA KOJA SE ODNOSE NA NUŽNU ODBRANU

Čini se da su pravila našeg Krivičnog zakonika koja se odnose na nužnu odbranu uglavnom adekvatna, ali svakako ne i savršena. Relativno slična pravila postoje širom kontinentalne Evrope.

Formalno-pravno posmatrano, u velikoj meri su pravilima srpskog krivičnog zakonodavstva u pogledu nužne odbrane, slična i pravila koja postoje u krivičnom pravu SAD, ali je prethodno objašnjen značaj „doktrine odbrane zamka“ u toj državi uticao na znatno drugačija tumačenja praksi.

Naše materijalno krivično pravo je još uvek tipično kontinentalno-evropsko krivično pravo, a inače, naš Krivični zakonik, pa i kada je reč o delima protiv imovine, spada u sam evropski vrh po težini, odnosno visini propisanih kazni, što onda kada je reč o problematici nužne odbrane, pomalo „devalvira“ zakonsku mogućnost (ne)ograničenog ublažavanja kazne u slučajevima prekoračenja nužne odbrane.

S druge strane, možda je naša praksa još uvek nedovoljno sklona nešto širem tumačenju u pogledu ispunjenosti uslova koji se odnose na nužnu odbranu, tj. prilikom ocenjivanja u konkretnim slučajevima – kada postoji a kada ne postoji takva vrsta „pravno-odobravajuće“ odbrane u odnosu na konkretan protivpravan napad.

Praksa krivičnih sudova u Srbiji je uglavnom načelno sklona prilično restriktivnom pristupu u vrednovanju načina i intenziteta odbrane koji je čine *neophodnom*, odnosno *adekvatnom*, u potrebnoj meri da bi se smatralo da je čovek postupao u nužnoj odbrani, te da delo koje je učinio braneći se ne predstavlja krivično delo, jer nije protivpravno delo. Čini se da ovde nije toliko problem u zakonskim normama, koliko u suviše krutoj praksi, ali se takođe, čini da bi možda i određene modifikacije zakonskih pravila u pravcu davanja više „slobode“ i više „prostora“ u odnosu na pravom dozvoljene mogućnosti u odbrani od protivpravnog napada, suštinski mogla da budu adekvatna.

Takođe, možda bi trebalo razmisliti i o tome da se u zakonu omogući blaže kažnjavanje, a pod određenim uslovima i oslobođenje od kazne, ne samo kada se radi o intenzivnom prekoračenju limita nužne odbrane, već i kada je u pitanju ekstenzivno prekoračenje nužne odbrane, dakle ne samo onda kada je primenjen viši nivo i intenzitet odbrane od onog koji je realno bio neophodno potreban, već i onda kada

71 E.Eldefonso and A.R.Coffey, *op.cit.*, str. 75.

je odbrana započeta dok je napad postojao, ali se praktično produžila u određenom vremenu i onda kada je napad već prestao. Tada to u stvari, formalno više i nije odbrana, ali imajući u vidu da je ona započeta dok je napad trajao, a da čovek koji se brani zbog stresa kojem je izložen, straha i sl., nije uvek u stanju da realno i „hladne glave“ procenjuje kao te na vreme „zakoči“ svoju odbranu, čini se da bi zakonodavac mogao da i ovakvu situaciju podvede pod vid prekoračenja nužne odbrane.

9. MOGUĆI PREDLOZI U *DE LEGE FERENDA* SMISLU – UKOLIKO SE TEŽI ODGOVARAJUĆEM PROŠIRENJU PRAVA NA ODBRANU

Uzimajući u obzir određene modele iz uporednog krivičnog prava, pa i neka iskustva iz naše prakse, moguće je formulisati određene predloge u *de lege ferenda* smislu i to u *dve osnovne normativne varijante*:

1) Mogući su određeni kompleksniji predlozi u *de lege ferenda* smislu, koji bi se temeljili na nekim od prethodno objašnjenih osnovnih karakteristika anglosaksonske doktrine „odbrane zamka“, što može imati određenog smisla, bez obzira što srpsko krivično pravo, ne samo geografski, već i suštinski, pripada kontinentalno-evropskoj „porodici“, jer kao što je to već objašnjeno u prethodnom tekstu, između nužne odbrane u krivičnom pravu SAD i nužne odbrane u srpskom krivičnom pravu, ima i prilično značajnih, pa i upadljivih sličnosti;

2) Moguća je i jedna u pravno-tehničkom i normativnom pogledu sasvim neznatna „intervencija“ u *de lege ferenda* smislu, koja bi se temeljila na definiciji nužne odbrane koja postoji u nemačkom krivičnom pravu (§ 32 StGB), a koja bi se svodila na jednostavnu zamenu jednog sadašnjeg uslova u srpskom Krivičnom zakoniku u odnosu na nužnu odbranu, a to je da ona mora biti *neophodno potrebna*, atributom koji bi odbranu označavao „samo“ kao *odgovarajuću*, odnosno *potrebnu*,⁷² dakle bez sadašnjeg pojačavanje atributom koji odbranu određuje kao „neophodnu a što bi donekle omogućilo i određena nešto šira tumačenja u našoj sudskoj praksi, ako se smatra da za time postoji potreba.

Konačno, nezavisno od ove dve varijante predloga u *de lege ferenda* smislu, koji se temelje na iskustvima iz uporednog krivičnog prava, smatramo da bi trebalo razmisliti i o mogućnosti da se određeni krivičnopravni značaj striktno da i *ekstenzivnom prekoračenju nužne odbrane*, što ćemo kao svoj *de lege ferenda* predlog, navesti u okviru prve varijante *de lege ferenda* predloga, jer su oni i inače formulisani znatno opširnije i kompleksnije u odnosu na drugu varijantu.

9.1. *Kompleksniji predlozi u de lege ferenda smislu – primarno orijentisani u relevantnoj meri na anglosaksonsku doktrinu „odbrane zamka“*

Kao što je prethodno već detaljnije objašnjeno, institut nužne odbrane je u srpskom krivičnom pravu, uređen veoma slično tipičnim kontinentalno-evrops-

⁷² *Erforderlichkeit der Notwehrhandlung – „potrebnost“ (adekvatnost) radnje nužne odbrane.*

kim krivičnim modelima nužne odbrane, ali konačno, on ima i mnogo relevantnih sličnosti i sa nužnom odbranom (samoodbranom/odbranom drugih) u krivičnom pravu SAD, bez obzira na bitno drugačiju normativnu sistematiku, ali i niz drugih značajnih razlika.

Čak je u većini krivičnopравnih sistema država SAD, pravo na nužnu odbranu u normativnom smislu nešto *uže formulisano*, nego u srpskom krivičnom pravu, jer je bitan uslov za (samo)odbranu, odnosno nužnu odbranu, postojanje odgovarajuće *proporcionalnosti*, što je samo drugi izraz za *srazmernost*, između napada i odbrane, a što u stvari, predstavlja izvesno *suženje prava na odbranu*, naročito u kontekstu, u krivičnom pravu SAD veoma važne podele protivpravnog napada na dve osnovne vrste:

- 1) protivpravni napad koji se smatra korišćenjem „smrtonosne sile“ i
- 2) protivpravni napad koji se realizuje „nesmrtonosnom silom“.

Ovo je i bio osnovni razlog (što je suštinski povezano i sa nekim značajnim „istorijskim konotacijama“), da u krivičnom pravu SAD, doktrina „odbrane doma“, dobije tako veliki značaj, jer se njenom efektivnom primenom, na izvestan način praktično i značajno „olabavljuje“ striktan zahtev *srazmernosti*, tj. Odgovarajuće *proporcionalnosti* između napada i odbrane.⁷³

Uslov *srazmernosti* kod instituta nužne odbrane, *formalno i nije propisan* u srpskom Krivičnom zakoniku, gde se, kao što je to kod nas i inače uobičajeno, samo zahteva da je konkretna odbrana u odnosu na konkretan napad – *neophodno potrebna*, što znači da bi formalno, tj. u čisto normativnom smislu, svaka odbrana koja je *neophodno potrebna* za odbijanje protivpravnog napada od svog ili tuđeg pravom zaštićenog dobra, bila adekvatna, ako je istovremena sa napadom, te bez obzira na (ne)postojanje *srazmernosti* između napada i odbrane, tj. ukoliko postoje svi neophodni zakonski uslovi, koji se odnose kako na napad, tako i na odbranu u odnosu na njega.

To znači da bi formalno posmatrano, odbrana u srpskom krivičnopравnom ambijentu načelno bila adekvatna nezavisno od postojanja ili nepostojanja odgovarajuće *proporcionalnosti* između vrste i načina napada, te sredstava koje koristi napadač i vrste, načina i sredstava odbrane, odnosno bez obzira na postojanje ili nepostojanje *srazmernosti* između pravnih dobara koja se napadaju i pravom zaštićenih dobara napadača, koja se povređuju nužnom odbranom. U praksi, kao što je objašnjeno u prethodnom tekstu, a to je takođe i vladajući stavi teorije, to nije tako, što znači da se oceni *srazmernosti* ipak daje određeni značaj.

Naša krivičnopравna teorija, a što vodi svoje poreklo još iz ustaljenih stavova jugoslovenske teorije krivičnog prava, dakle i ipak, iz određenih, u osnovi etičkih razloga zahteva da donekle postoji odgovarajuća *srazmernost* između napada i odbrane, a i praksa je tome veoma sklona. Samo bi iz tih razloga, a ne zato što sadašnje zakonsko rešenje suštinski ne omogućava i određena šira tumačenja, eventualno moglo da se razmisli i o određenim predlozima u *de lege ferenda* smislu, naravno, jedino ako se smatra da je zaista potrebno u praksi omogućiti šire pravo na odbranu

73 E.Eldefonso and A.R.Coffey, *op.cit.*, str. 75.

svojih ili tuđih pravnih dobara, od protivpravnih napada koji sami po sebi, predstavljaju krivična dela, a čini se da ima određenih argumenata u prilog tome.

Dakle, moguće je, a posebno u kontekstu određenih i kod nas već zapaženih refleksija anglosaksonske doktrine „odbrane doma“, čija je primena posebno upečatljiva u SAD, te određene atmosfere već stvorene u našoj, ne samo laičkoj, već delom i stručnoj javnosti, nastale zbog nekih zapaženih slučajeva u praksi,⁷⁴ razmisliti o predlozima u *de lege ferenda* smislu, koji bi se načelno zasnivali na sledećim osnovnim postavkama:

- Kako praksa već i inače, vodi računa o odgovarajućoj srazmernosti između napada i odbrane (tumačeći je u formalnom smislu pretežno kao aspekt ocene da li je odbrana bila „neophodno potrebna), mogao bi se takav uslov i formalno uvesti u KZ, ali tako da on na odgovarajući način bude funkcionalno povezan sa već sada postojećim zakonskim uslovom da odbrana mora biti neophodno potrebna.
- Dovoljno bi bilo da se uopšteno navede da je neophodno da između napada i odbrane, ne postoji „velika“ „gruba“, ili „očigledna“ nesrazmernost i sl., a ne i da se precizira da mora postojati striktna srazmera između dobara koje se napada i onoga koje se povređuje u odbrani, jer bi to institut nužne odbrane suviše i sasvim nepotrebno približilo institutu krajnje nužde, što nije adekvatno, jer je nužna odbrana sukob *prava sa nepravom*, a kod krajnje nužde se radi o sukobu *dva prava*.

To znači da bi se uslov srazmernosti samo delom odnosio na pravna dobra, odnosno pravom zaštićena dobra (onoga koji se brani i napadača), o čemu se i sada u praksi vodi računa, više na temelju jednog „opšteg etičkog imperativa“, nego zakonskih normi, a primarno bi se ticao srazmernosti/proportionalnosti između kvaliteta i kvantiteta napada (sredstvo napada, način

74 Neke reakcije u našoj javnosti, pa i u sredstvima javnog informisanja, su imale i oblike tzv. *moralne panike*, što se svodi na stvaranje atmosfere da su u Srbiji drastično uvećana nasilnička krivična dela, a naročito razbojništvo, te provalne krađe i uopšte „masovni“ napadi na „privatnu svojinu“, kada čovek koji se „brani“, zbog „uskih i loših rešenja u našem krivičnom zakonodavstvu“, rizikuje da i sam „rutinski“ odgovara za krivično delo, što je navelo neke radikalne kritičare sadašnjeg koncepta nužne odbrane u srpskom KZ-u da se založe za suprotno ovome, davanje prava vlasniku stana da „rutinski likvidira provalnika“ i sl., pozivajući se pri tom da „takva pravila postoje u SAD“ i u nekim drugim državama, što naravno nije baš tako.

Takođe se u delu naše prilično punitivno nastrojene javnosti često ističe da je prošlo vreme kada privatna svojina nije bila „suviše važna“, jer sada ona dominira, a ne društvena svojina, te da se stoga novim rešenjima u KZ-u mora omogućiti dosledna zaštita privatne svojine i na radikaln(ij) e načine.

Naravno, iako se i u ovom tekstu ukazuje na neka preuska tumačenja nužne odbrane u praksi, te izlažu i mogući predlozi u *de lege ferenda* smislu, nije moguće složiti se sa tako radikalnim pogledima na nužnu odbranu i zaštitu „privatne svojine“, a konačno i većina evropskih država, koje tradicionalno poklanjaju veliku pažnju zaštiti privatne svojine (poput Nemačke), svojim krivičnim zakonodavstvom ne omogućava takve „radikalne metode zaštite“, naprotiv, a to takođe nije slučaj (kao što to pogrešno zamišljaju pobornici takvih rešenja kod nas), čak ni u krivičnom pravu SAD. Više o tzv. moralnoj panici: F.E.Hagan, *Introduction to Criminology – Theories, Methods and Criminal Behavior*, 6th Edition, „Sage Publications“, Thousand Oaks, California, 2008., str. 450.

napada, intenzitet itd), te kvaliteta i kvantiteta odbrane u odnosu na takav napad, što se u stvari i sada u osnovi može podvesti pod već postojeći zakonski uslov prema kojem odbrana mora biti *neophodno potrebna*.

- Zatim bi trebalo obrnuto, omogućiti da se nužna odbrane ne smatra prekorachenom i kada je bitno narušena srazmernost između napada i odbrane, ukoliko se radi o odbrani prostorija u kojima se živi, odnosno odbrani u tim prostorijama, a naročito kada je napadom ugrožena porodica, odnosno život i telo čoveka koji se brani i njemu bliskih lica.
- Konačno, čini se da bi trebalo dati određeni krivičnopravni značaj i *ekstenzivnom prekorachenju nužne odbrane*, u smislu odgovarajućeg „privilegovanja“ onoga ko se branio i tako braneći se, tj. započinjući da vrši radnje odbrane, te realizujući odbranu u određenom vremenskom periodu, u tome „preterao“, tako što „nije na vreme (pre)stao“ sa odbranom.

Naime, u praksi ima primera da nije sasvim jasno kada je napad prestao, naročito u kontekstu sasvim razumljivog afektivnog stanja čoveka koji se brani, a čini se da institut stvarne zablude u praksi u ovim slučajevima ipak ne daje adekvatne rezultate.

...

Mogući konkretan predlog u *de lege ferenda* smislu bi se svodio na sledeće odredbe:⁷⁵

(1) Nije krivično delo ono delo koje je učinjeno u nužnoj odbrani. (norma je ista kao i u sada važećem članu 19. stav 1. Krivičnog zakonika).

(2) *Nužna je ona odbrana koja je potrebna da učinilac od svog dobra ili dobra drugoga odbije istovremeni protivpravan napad.* (prva *de lege ferenda* alternativa).

75 Navodimo „kompletan zakonski tekst“, što znači i deo teksta koji je i sada u članu 19. važećeg Krivičnog zakonika, a pri tom stav 2. ovog člana Krivičnog zakonika se u *de lege ferenda* smislu, izlaže u dve varijante, gde se prva varijanta svodi na veoma kratku modifikaciju (koja se svodi na brisanje uslova „neophodnosti“ uz atribut „potrebna“ u odnosu na nužnu odbranu), istovetnu onoj koju navodimo u drugom „umerenijem“ predlogu u *de lege ferenda* smislu, što je učinjeno po uzoru na nemačko krivično pravo. Druga varijanta predloga u *de lege ferenda* smislu u odnosu na član 19. stav 2. KZ-a je opsežnija i ona po uzoru na krivično pravo SAD, sadrži i odgovarajuće formulisan uslov srazmernost, u „negativnom obliku“, što znači da je on sveden na zahtev da odbrana nije očigledno nesrazmerna napadu.

Pored osnovne odredbe sadržane u članu 19. stav 1. KZ-a, potpuno je isti i sada postojeći član 19. stav 3. KZ (prekorachenje nužne odbrane), a kompletno nove modifikacije su u novim st. 4 – 6. KZ-a.

Modifikacije iz člana 19. stav 4. KZ-a se svode na mogućnost posebnog privilegovanja učinioca koji je nužnu odbranu prekorachio, braneći sebe ili sebi bliska lica, tj. svoja dobra ili dobra sebi bliskih lica u svom stanu, što je takođe vid uticaja anglosaksonske doktrine *odbrane doma*, koja u svom radikalnijem obliku, dolazi do izražaja u modifikacijama iz člana 19. stav 5 KZ-a, shodno kojima pod određenim uslovima delo učinjeno u prekorachenju nužne odbrane, kada se radi o odbrani „doma“, uopšte ne bi ni bilo krivično delo.

Motivisani striktno razlozima pravičnosti i nekim primerima iz prakse (koja se u tom pogledu čini se, nerado oslanja na mogućnosti iz domena stvarne zablude), formulisali smo i modifikacije u članu 19. stav 6. KZ-a, kojima bi se omogućilo ublažavanje kazne, a pod određenim uslovima i oslobođenje od kazne, učinioca koji je ekstenzivno prekorachio nužnu odbranu.

(2) Nužna je ona odbrana koja je potrebna da učinilac od svog dobra ili dobra drugoga odbije istovremeni protivpravni napad i koja nije očigledno nesrazmerna napadu (druga *de lege ferenda* alternativa).

(3) Učiniocu koji je prekoračio granice nužne odbrane može se kazna ublažiti. Ako je učinilac prekoračio granice nužne odbrane usled jake razdraženosti ili prepasti izazvane napadom, može se osloboditi od kazne. (norma je ista kao i u sada važećem članu 19. stav 3. Krivičnog zakonika).

(4) Učinilac koji je prekoračio granice nužne odbrane, braneći svoje dobro ili dobro sebi bliskih lica od istovremenog protivpravnog napada u prostorijama koje koristi za stanovanje, može se osloboditi kazne.

(5) Delo učinjeno u prekoračenju granica nužne odbrane iz stava 4. ovog člana, kada do prekoračenja dođe usled jake prepasti ili razdraženosti učinioca usled istovremenog protivpravnog napada, nije krivično delo.⁷⁶

(6) Učinilac koji je započeo odbranu od istovremenog protivpravnog napada, a koji je usled jake prepasti ili razdraženosti nastavio započetu radnju i nakon što je napad prestao, može se blaže kazniti, a može se i osloboditi od kazne ako postoje naročito olakšavajuće okolnosti.

9.2. Jednostavna modifikacija u *de lege ferenda* smislu, zasnovana na našoj krivičnopravnoj tradiciji (§ 24 Krivičnog zakonika Kraljevine Jugoslavije), te na definiciji nužne odbrane u Krivičnom zakoniku Nemačke

Moguće je jednu formulisati jednu sasvim jednostavnu modifikaciju u *de lege ferenda* smislu, zasnovanu na starijoj jugoslovenskog krivičnopravnoj tradiciji, što znači na zakonskom rešenju koje je postojalo u Krivičnom zakoniku Kraljevine Jugoslavije iz 1929. godine.

Ova modifikacija u *de lege ferenda* smislu se može temeljiti i na uporedno-pravnom uzoru iz važećeg Krivičnog zakonika Nemačke, koji je inače istorijski posmatrano, znatno stariji od Krivičnog zakonika Kraljevine Jugoslavije, iz čega proizlazi da savremeno krivično pravo, ne mora u isto vreme biti i „mlado“ krivično pravo.

Prema odredbi (§ 24 stav 1 Krivičnog zakonika Kraljevine Jugoslavije, delo učinjeno u nužnoj odbrani nije protivpravno, a u § 24 stav 2 ovog Krivičnog zakona, nužna odbrana je bila definisana kao „ona odbrana koje je *potrebna* da se od sebe

76 Ova *de lege ferenda* mogućnost, koja bi bila krajnja posledica odgovarajućeg prihvatanja, odnosno uzimanja u obzir određenih aspekata anglosaksonske doktrine „odbrane doma, je sa stanovišta naših uobičajenih krivičnopravnih rezona i kriterijuma, radikalnog karaktera, jer za razliku od *de lege ferenda* predloga iz „novog“ člana 19 stav 4. KZ-a, ona nema sasvim jasan teorijski osnov.

Naime, u članu 19. stav 4. se samo omogućava neograničeno ublažavanje kazne ili oslobodenje od kazne, ali krivično delo naravno, i dalje postoji, a na način formulisano u „novom“ članu 19. stav 5. KZ-a, isključilo bi se postojanje krivičnog dela, iako formalno ali i suštinski postoji *protivpravno*, kao i *ostali elementi opšteg pojma krivičnog dela* (član 14. stav 1 KZ), mada inače, u našem KZ-u, formalno sličan primer, postoji i sada kada se radi o institutu *dela malog značaja*.

ili drugog odbije istovremeni protivpravni napad.“ Praktično istovetna definicija nužne⁷⁷ odbrane je sadržana u pozitivnom nemačkom Krivičnom zakoniku.

Zakonska definicija nužne odbrane u Krivičnom zakoniku Nemačke je veoma kratka i relativno slična onoj u srpskom krivičnom zakoniku, a kao što je objašnjeno, praktično je istovetna definiciji iz Krivičnog zakonika Kraljevine Jugoslavije, te se svodi na sledeće odredbe:

Ko učini krivično delo u nužnoj odbran, ne postupa protivpravno (§ 32 Abs. 1 StGB).

Nužna odbrana je odbrana koja je potrebna, da se od sebe ili nekog drugog, odbije istovremeni protivpravni napad (§ 32 Abs. 2 StGB).

U nemačkoj krivičnopravnoj teoriji se sažeto i pojednostavljeno objašnjenje zakonske definicije nužne odbrane (§ 32 StGB), svodi na navođenje osnovnih *objektivnih karakteristika* – kako odbrane, odnosno „položaja koji nameće/omogućava odbranu (*Notwehrlage*), tako i odbrambene radnje (*Notwehrhandlung*), te *subjektivnog* elementa koji isključuje protivpravnost (*Subjektivesrechtsfertigungselement*).⁷⁸

Postoje sledeće *pretpostavke nužne odbrane* u nemačkom krivičnom zakonodavstvu, tj. u skladu sa § 32 Krivičnog zakonika Nemačke (*Strafgesetzbuch* – StGB):⁷⁹

(1) Objektivne karakteristike

(a) Položaj za nužnu odbranu

- napad na pravom zaštićeni interes
- istovremenost napada
- protivpravnost napada

(b) odbrambena radnja

- neposredni napadač
- potrebnost odbrambene radnje, što se ceni u odnosu na:
 - prikladnost
 - relativno blaža sredstva

- ❖ Obavezno proveravanje nepostojanja određenih zabrana, koje podrazumevaju nemogućnost nužne odbrane u odnosu na konkretan napad

77 Kako to objašnjava M.Čubinski, u raspravama tokom izrade Nacrta Krivičnog zakonika Kraljevine Jugoslavije, odnosno posebne vrste „projekta“, jedno vreme, tj. u verziji ih 1922. godine, se uz odbranu kod definicije nužne odbrane, umesto atributa „potrebna“, koristio atribut „neophodna“, što je po njegovom mišljenju, praktično „jedno isto“, jer kad se kaže da je odbrana *potrebna*, to bi značilo da je i *neophodna*. Vidi: M.P.Čubinski, *Naučni i praktični komentar Krivičnog zakonika Kraljevine Jugoslavije od 1929. godine*, „Geca Kon“, Beograd, 1934., str. 90.

Tim pre je ipak, po našem mišljenju, pogrešno spajanje oba ova atributa u našoj sadašnjoj zakonskoj definiciji nužne odbrane, gde odbrana treba da bude *neophodno potrebna*... Ovo bar u jednom jezičko-simboličkom smislu pomalo sužava izbor načina odbrane i predstavlja čini se, preteranu strogost na štetu onoga ko se brani od istovremenog protivpravnog napada, tj. nepotrebno daje osnovu za preterano restriktivna tumačenja u praksi kada je odbrana zaista „neophodno potrebna“ za odbijanje napada..

78 J.Wessels und W.Beulke, *op.cit.*, str. 117 – 118.

79 *Ibidem*.

- ◆ Očigledna nesrazmernost između pravnih dobara
 - ◆ Napad od strane dece, slaboumnih, nesposobnih za snošenje krivice
 - ◆ Provociranje napada, bilo namerno, bilo bez namere, ali na nepažljiv način.
- (2) Subjektivni element koji isključuje protivpravnost, odnosno *pravno opravdava nužnu odbranu* (odbrambena volja)

Položaj za nužnu odbranu se u nemačkoj krivičnopravnoj teoriji objašnjava primarno kao uslov *realnog postojanja protivpravnog napada*, pa se tako konstatuje: „Ko veruje da je napadnut, ali u stvarnosti mu nije zaprećeno, objektivno nije u položaju za nužnu odbranu“, kao na primer, kada neko čoveka srdačno zagrlji, a ovaj pomisli da taj „zagrljaj predstavlja napad“, te u odnosu na njega započne „odbranu“, što se svodi na *putativnu nužnu odbranu*.⁸⁰

Napad se smatra *istovremenim*, ukoliko *neposredno predstoji*, *započeo je* ili još uvek *traje*, a smatra se da su moguće i određene *preventivne mere* u odnosu na „budući, ali još nepostojeći napad“, pri čemu se u takvoj situaciji takve mere smatraju opravdanim, ukoliko bi „čekanje da napad započne“, značajno „pogoršalo“, tj. bitno umanjilo „šanse za odbranu“. ⁸¹ Kada se radi o „trajnim deliktima“ u nemačkom krivičnom pravu („na primer, otmica, protivpravno lišenje slobode, remećenje kućnog mira“), smatra se da je „napad istovremen sve dok traje protivpravno stanje.“⁸²

Protivpravnim se smatra svaki napad koji objektivno protivreči pravnim normama, ne samo krivičnopravnim normama, što znači da sam napad po sebi ne mora biti i krivično delo, da bi se smatrao protivpravnim, već je dovoljno da napada čini nešto što je zabranjeno, tj. protivpravno i čime zadire u pravo drugog.⁸³

Iako se u definiciji nužne odbrane u nemačkom krivičnom pravu, slično kao što je to decenijama bio slučaj i u Srbiji, odnosno u nekadašnjoj Jugoslaviji, govori o odbijanju istovremenog protivpravnog napada *od sebe ili drugog*, nikada u Nemačkoj nije bilo sporno da to ne svakako znači da se nužna odbrana tiče striktno samo života i tela, već se naprotiv, redovno konstatuje mogućnost da se čitav niz dobara i interesa zaštićenih pravom, legalno (od)brani od istovremenog protivpravnog napada, odnosno pod uslovima koji se tiču instituta nužne odbrane.

Potrebno je da brani dobro koje je „podobno da bude branjeno“, a pod takvim dobrom se podrazumeva svaki „pravom zaštićeni interes napadnutog, a ne samo život i telo“. ⁸⁴ Nije pri tom potrebno i da se pravna dobra koja mogu biti branjena, tj. koja su načelno podobna za odbranu (*notwehrfähige Rechtsgüter*), istovremeno i krivičnopravno zaštićena dobra, već je dovoljno da su zaštićena uopšte u pravnom

80 K.Kühl, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, „Verlag Franz Vahlen“, München, 2002, str. 139 – 140.

81 J.Wessels und W.Beulke, *op.cit.*, str. 110.

82 H.H.Jescheck, und T. Weigend *Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil*, Fünfte vollständig neubearbeitete und erweiterte Auflage, „Duncker & Humblot“, Berlin, 1996, str. 342.

83 J.Wessels und W.Beulke, *op.cit.*, str. 111.

84 H.H.Jescheck, und T. Weigend, *op.cit.*, str. 339.

sistemu, poput na primer, državine u nemačkom krivičnom pravu, koja se štiti samo u građanskopravnom smislu.⁸⁵

To znači da se u nemačkom krivičnom pravu, pod „pravim dobrom koje je podobno da bude (od)branjeno nužnom odbranom“ (*notwehrfähiges Rechtsgut*), nesporno podrazumevaju ne samo „pravom zaštićena dobra i interesi učinioca ili drugog lica“, već tu spadaju i „sva druga „individualna pravna dobra“, počev od života (takođe i nerođenog deteta), tela slobode itd, ali su, pored toga, kao „podobna da se brane nužnom odbranom“ u nemačkom krivičnom pravu uvrštena i veoma raznovrsna dobra zaštićena pravom, gde spadaju pravna dobra koja se tiču: intimne sfere, časti, prava na privatnost, koje se na primer ugrožava nedozvoljenim fotografisanjem, prava na noćni mir, prava na kućni odmor i kućni mir, prava na svojinu i državinu, pravo na lov itd.⁸⁶

Najvažniji uslov u nemačkom krivičnom pravu koji se odnosi na nužnu odbranu, je uslov koji je u praksi posebno složen za ocenu njegove (ne)ispunjenosti, a to je „potrebnost“ nužne odbrane (*Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung*), u svakom konkretnom slučaju.

Moglo bi se umesto „potrebnosti“, govoriti i o „odgovarajućoj“, odnosno „adekvatnoj“ odbrani, ali u svakom slučaju, ovde nije nužno da se radi o „neophodno potrebno“ radnji ili čak samo „neophodnoj“ radnji, kao što je to u našem krivičnom pravu. Razlika u jezičkom smislu nije (pre)velika, ali ipak, nije ni nebitna u krivičnopravnom smislu i na njoj će se temeljiti ova (znatno uža) varijanta predloga u *de lege ferenda* smislu.

U nemačkoj literaturi se u ovom pogledu radije govori o „odbrambenoj radnji“ ili „radnji odbrane“, nego samo o „odbrani“.

Opravdanom odbrambenom radnjom se smatra svaka radnja koja doprinosi delotvornoj, tj. efikasnoj odbrani, tako da se usled nje može očekivati najbrže mogući prestanak napada, pri čemu se načelno ne traži neko „vaganje između dobara“, koja se štite napadom i dobara napadača koja se povređuju odbranom, jer „pravo ne mora da ustukne pred nepravom“, ali se ipak zahteva da se prilikom odbrane odabere „relativno najblaže sredstvo“, što je u praksi uvek najspornije ukoliko se radi o korišćenju vatrenog ili hladnog oružja.⁸⁷

Nemačko krivično pravo zahteva da kada se radi o napadima od strane dece, očigledno slaboumnih lica ili su inače, u pitanju radnje lica koja nisu sposobna da snose krivicu (a u izuzetnim slučajevima i osoba kod kojih je sposobnost snošenja krivice bitno umanjena), obrati pažnja da se prilikom odbrane u najvećoj mogućoj meri poštede dobra takvih napadača, a takođe se u praksi uzimaju u obzir posebna „socijalno-etička ograničenja“, kada se radi o napadu i odbrani između lica koja se nalaze u bliskim porodičnim odnosima, poput supružnika.⁸⁸

85 C.Roxin, *Strafrecht – Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. vollständig neu bearbeitete Auflage, „Verlag C.H.Beck“, München, 2006., str. 547.

86 R.Schmidt, *Strafrecht – Allgemeiner Teil – Grundlagen der Strafbarkeit, Aufbau des strafrechtlichen Gutachtens*, 6. Auflage, „Rolf Schmidt Verlag“ Bremen, 2007, str. 133.

87 Ibid., str. 141 – 142.

88 J.Wessels und W.Beulke, *op.cit.*, str. 115.

Konačno, u nemačkom krivičnom pravu se posebno ističe da se odbrambena radnja striktno mora ispoljavati kao izraz „odbrambene volje“ (*Verteidigungswillen*).⁸⁹

Postojanje odbrambene volje „branioca“ predstavlja *subjektivni element koji opravdava nužnu odbranu*, a svodi se na zahtev da jedini motiv onoga koji se brani, mora biti baš i isključivo odbrana od istovremenog protivpravnog napada, te da prilikom odbrane ne smeju postojati neki drugi motivi, poput besa ili mržnje, jer bi tada bila isključena relevantna „odbrambena volja“.⁹⁰

Po uzoru na rešenje iz Nemačkog krivičnog zakonika, sasvim jednostavan predlog u *de lege ferenda* smislu bi se svodio na definisanje nužne odbrane samo kao *potrebne...*, a ne i *neophodno potrebne...*, što znači da bi odredba člana 19. stav 2. Krivičnog zakonika, trebalo da glasi:

„Nužna odbrana je ona odbrana koja je *potrebna* da učinilac od svog dobra ili dobra drugog, odbije istovremeni protivpravni napad.“

10. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Zbog nekih slučajeva u praksi, poslednjih godina, a posebno poslednjih meseci, bilo je mnogo naslova u štampi i čitavih obimnih novinarskih tekstova, koji su žučno ukazivali na „tešku nepravdu“ i ozbiljnu „anomaliju“ našeg krivičnog sistema, koji usled „neadekvatnih zakonskih rešenja“, dovodi do toga da čovek koji je samo „branio“ svoju imovinu, ili čak neposredno svoj život i telo ili svoju porodicu, potom „sasvim rutinski“ odgovara za krivično delo učinjeno u prekoračenju nužne odbrane (kada je primenio odbranu koja *nije bila neophodno potrebna – intenzivno prekoračenje*), ili čak da „automatski“ odgovara za krivično delo učinjeno nakon što je napad već prestao, tj. za slučaj *ekstenzivnog prekoračenja nužne odbrane*.

Mnogo je prilikom takvog, često i prilično ostrašćenog komentaranja u našoj javnosti, bilo ozbiljnog nerazumevanja *ratio legis*-a i uopšte, koncepta nužne odbrane u našem zakonodavstvu, a naročito je mnogo bilo nerazumevanja onoga što je zaista nužna odbrana u nekim drugim državama, a posebno u Sjedinjenim Američkim Državama, čije su rešenja, kao tobož vrlo liberalno i koje navodno omogućava „jednostavan lični obračun sa kriminalcima“, često energično hvalili pobornici radikalne izmene pravila koja se odnose na nužnu odbranu u srpskom krivičnom pravu.

89 Ovaj uslov, koji redovno navode nemački autori, bez obzira što on inače, nije striktno ni propisan odredbama Krivičnog zakonika Nemačke, se u našoj udžbeničkoj literaturi uglavnom ne spominje izričito, odnosno u smislu uslova koji bi svakako predstavljao *condicio sine qua non*. Izuzetak su M.Babić i I.Marković, koji navode: „*Subjektivna komponenta nužne odbrane je odbrambena volja*, koja **mora postojati na strani napadnutog** i koja podrazumeva da on radnju preduzima radi odbijanja napada.“

Nisu isključene ni situacije tzv. „slučajne nužne odbrane“, kada je učinilac izvršio krivično delo, a da uopšte nije svestan da je zapravo time delovao u nužnoj odbrani, odnosno odbio istovremeni protivpravni napad koji mu je pretio“ Više o tome: M.Babić i I.Marković, *op.cit.*, str. 163. Taj uslov u sklopu razmatranja problema odbrambene volje, navodi i Z.Stojanović, koji tvrdi da je „sporno da li kod odbrane, osim navedenih uslova, mora postojati i subjektivni element, koji se sastoji u svesti i volji napadnutog da odbija napad.“ Više o tome: Z.Stojanović, *op.cit.*, str. 130.

90 J.Wessels und W.Beulke, *op.cit.*, str. 117.

Čini se da je u našoj čak stručnoj javnosti, a naročito onoj koja je laička, a koja se zbog nekih drastičnih primera iz prakse u novije vreme posebno zainteresovala za nužnu odbranu, slabo uočava ili čak sasvim ignoriše pravilo, da je u većini država SAD, jedan od uslova za postojanje nužne odbrane (samoodbrane/odbrane drugih), da se primenjuje sila koja je *proporcionalna napadu*.

Uslov *proporcionalnosti* u krivičnom pravu SAD praktično predstavlja striktan zahtev postojanja određene relativno stroge *srazmernosti* između napada i odbrane, odnosno jasne proporcionalnosti između sredstava, intenziteta i načina napada i sredstava, intenziteta i načina odbrane, kao i dobara koja se štite odbranom i onih dobara napadača koja se povređuju radnjama odbrane, što sve inače, formalno i nije slučaj u pozitivnom srpskom krivičnom pravu.

Iz ovoga proizlazi i da je osnovna svrha anglosaksonske doktrine „odbrane zamka“, odnosno „odbrane doma“ u krivičnom pravu SAD, baš izvesno racionalno ublažavanje inače veoma strogih uslova „proporcionalnog odgovora“, što je u američkom krivičnom pravu posebno značajno u pogledu razlikovanja napada koji podrazumevaju „smrtonosnu“ ili „nesmrtonosnu“ silu.

Nužna odbrana kao vid sukoba *prava sa nepravom* ima veliki značaj u savremenom krivičnom pravu, iako ona u istorijskom smislu vodi poreklo iz davnih vremena krajnje rudimentarne regulative, a njen „pra predak“ je neka vrsta neposredne „samopomoći“, što znači, *elementarna samoodbrana*, pre svega života i tela.

Naravno, ni u savremenom pravnom sistemu, bez obzira na načelnu „premoć države“, pa nekada i njenu „svemoć“, ili težnju ka tome, ne može se ignorisati realna mogućnost, ali i potreba da se pojedinac u određenim situacijama i sam brani od istovremenog protivpravnog napada, odnosno da od takvog napada brani svoja i tuđa pravom zaštićena dobra.

Kako se radi o sukobu prava sa nepravom i kako čovek ima legitimno *pravo da se brani*, te da *brani i druge*, odnosno njihova pravom zaštićena dobra, te da brani čak i prilično raznovrsna pravna dobra, od protivpravnih napada, nužna odbrana ima nesporno i sasvim očigledno, ne samo pravni, već i veliki etički značaj.

Naravno, nužna odbrana u demokratskom društvu i pravnoj državi ima i svoje strogo definisane granice.

Ni prilikom legitimne odbrane nije i ne može sve biti dozvoljeno.

Zakonodavac ima priliku da razmisli i oceni „hladne glave“ da li sadašnja definicija nužne odbrane i uslovi za njeno postojanje i prekoračenje u Krivičnom zakoniku Srbije, ali i prema vladajućim stavovima naše prilično „konzervativne“ sudske prakse, suštinski odgovaraju potrebama i realnim društvenim uslovima, kao naravno, i pre svega, da li takvi uslovi odgovaraju građanima, te da eventualno, ako oceni da je to zaista potrebno ili čak neophodno, uvede i određene zakonske modifikacije, za koje načelno smatramo, da svakako, ne bi trebalo da budu radikalnog karaktera.

Ipak, ako se već teži odgovarajućem poboljšanju/modifikaciji krivično-pravnih pravila koja se odnose na nužnu odbranu, a naročito u kontekstu zaštite života i tela, ali i „doma“ od protivpravnih napada, onda bi pre svega (kao što je to detaljnije već objašnjeno u prethodnom tekstu), bilo sasvim adekvatno da se u

normativnom smislu nešto ublaži uslov „potrebnosti odbrane“ (odbrana koja je *potrebna*), tako što bi se eliminisao dodatni „pojačavajući“ uslov „neophodnosti“ (odbrana koja je „neophodno potrebna“). Pored toga (što je takođe, već detaljnije objašnjeno u prethodnom tekstu), ostaje i mogućnost da se racionalno/adekvatno redefiniše krivičnopravni značaj tzv. ekstenzivnog prekoračenja nužne odbrane.

LITERATURA

- Aleksić, Ž. i Škulić, M., *Kriminalistika*, IX izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2016.
- Ashworth, A., *Principles of Criminal Law*, „Oxford University Press“, Oxford, New York, 2003.
- Babić M. i Marković, I., *Krivično pravo – opšti dio*, 4. izmenjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci, Banja, Luka, 2013.
- Bajović, V., *Sporazum o priznanju krivice*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2009.
- Bernstoff, G., *Einführung in das englische Recht*, „C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung“, München, 2000.
- Weigend, T., Should We Search for the Truth, and Who Should Do it ?, *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, Vol. 36, Number 2, Chapel Hill, 2011.
- Wessels, J. und Beulke, W., *Strafrecht – Allgemeiner Teil – die Straftat und Ihr Aufbau*, 33., neu bearbeitete Auflage, „C.F.Müller Verlag“, Heidelberg, 2003.
- Vuković, I., *Isprovocirani napadi i druga ograničenja nužne odbrane*, u zborniku (ur. Đ. Ignjatović): „Kaznena reakcija u Srbiji“, Deo I, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2011
- Vuković, I., *O socijalno-etičkim granicama nužne odbrane uopšte i situacije krajnje nesrazmjerne dobara*“, u zborniku, sveska 2, (ur. Z. Isailović): „Pravni sistem i društvena kriza“ – međunarodna naučna konferencija „Kosovska Mitrovica 2011.“
- Gardner T.J. and Mainan, V., *Criminal Law – Principles, Cases and Readings*, „West Publishing Company“, St. Paul, New York, Los Angeles, San Francisco, 1980.
- Grupa autora (red. N. Srzentić), *Komentar Krivičnog zakona SFRJ*, „Savremena administracija“, Beograd, 1986.
- Grupa autora (deo koji je pisao M. Babić: Komentar krivičnih/kaznenih zakona u Bosni i Hercegovini, knjiga I, zajednički projekat Veća Evrope i Evropske komisije, „Savet Veća Evrope i Evropska komisija“, Sarajevo, 2005.
- Đokić, I., *Opšti pojam krivičnog dela u anglo-američkom pravu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, edicija *Crimen*, Beograd, 2016.
- Đorđević, M., *Uzajamni napad i nužna odbrana*, Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo, broj 4/69, Beograd, 1969.
- Eldefonso, E. and Coffey, A.R. *Criminal Law – History, Philosophy, Enforcement*, „Harper & Row Publishers“, New York, 1981,
- Elliot, C. and Quinn, F., *Criminal Law*, Ninth Edition, „Pearson“, Essex, 2012,
- Lyall, F., *An Introduction to British law*, „Nomos Verlagsgesellschaft“, Baden-Baden, 2000-.

- McAlhone, C. and Huxley-Binns, R., *Criminal Law – the Fundamentals*, Second Edition, „Sweet & Maxwell“ and „Thomson-Reuters“, London, 2010.
- Nolan, J.R., *Massachusetts Practice – Criminal Law*, West Publishing CO“, St. Paul, Minn., 1976.
- Jescheck, H.H. und Weigend T., *Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil*, Fünfte vollständig neuberarbeitete und erweiterte Auflage, „Duncker & Humblot“, Berlin, 1996.
- Kühl, K., *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, „Verlag Franz Vahlen“, München, 2002.
- Roxin, C., *Strafrecht – Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. vollständig neu bearbeitete Auflage, „Verlag C.H.Beck“, München, 2006.
- Satzger, H., *Internationales und Europäisches Strafrecht*, Nomos“, Baden-Baden, 2005.
- Senna, J.P.&Siegel, L.G., *Criminal Justice*, Eight Edition, „West/Wadsworth – An International Thomson Publishing Company“, Belmont, 1999.
- Singer, R.G. and La Fond, J.Q., *Criminal Law – Examples and Explanations*, „Aspen Law & Business“ New York, 1997.
- Srzentić, A., Stajić, N. i Lazarević, Lj, *Krivično pravo – opšti deo*, Beograd, 2000
- Stojanović, Z., *Krivično pravo – opšti deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, i „Pravna knjiga“, 20. izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, 2013.
- Stojanović, Z., *Komentar Krivičnog zakonika*, „Službeni glasnik“, Beograd, 2012..
- Stojanović, Z., *Krivično pravo*, „CID“, Podgorica, 2008.
- Scheb J.M. and.Scheb, J.M.I, *Criminal Law and Procedure*, Fourth Edition, „Wadsworth & Thomson Learning“, Belmont, 2002.
- Schmidt, R., *Strafrecht – Allgemeiner Teil – Grundlagen der Strafbarkeit, Aufbau des strafrechtlichen Gutachtens*, 6. Auflage, „Rolf Schmidt Verlag“ Bremen, 2007.
- Hagan, F.E., *Introduction to Criminology – Theories, Methods and Criminal Behavior*, 6th Edition, „Sage Publications“, Thousand Oaks, California, 2008.
- Hall, D., *Criminal Law and Procedure*, „Lawyers Cooperative Publishing & Delmar Publishers“, New York, 1992, str. 35.
- Hay, P., *U.S – amerikanisches Recht*, „Verlag C.H.Beck“, München, 2000.
- Čubinski, M.P *Naučni i praktični komentar Krivičnog zakonika Kraljevine Jugoslavije od 1929. godine*, „Geca Kon“, Beograd, 1934.
- Škulić, M., *Lišenje slobode od strane građana*, „Arhiv za pravne i društvene nauke“, broj 3/99, Beograd, 1999.
- Škulić, M., *Starosna granica sposobnosti za snošenje krivice u krivičnopravnom smislu*, zbornik: „Uloga javnog tužioca u pravnom sistemu – sa posebnim osvrtom na problematiku efikasnosti krivičnog postupka i maloletničku delinkvenciju“, Udruženje javni tužilača Srbije, Beograd,, 2009.
- Škulić, M., *Osnovne karakteristike velikih uporednih krivičnoprocesnih modela i njihov uticaj na reformu krivičnog postupka Srbije*, Pravna riječ – časopis za pravnu teoriju i praksu, broj 33/2012, Udruženje pravnik Republike Srpske, Banja Luka, 2012.
- Škulić, M *Neuračunljivost i intoksikacija u krivičnom pravu SAD – sličnosti i razlike sa neuračunljivošću i skrivljenom neuračunljivošću u srpskom krivičnom pravu*, „NBP – nauka, bezbednost policija – žurnal za kriminalistiku i pravo“, „Kriminalističko-policijska akademija“, broj 2/2015, Beograd, 2015.
- Škulić, M., *Opšti pojam krivičnog dela u Sjedinjenim Američkim Državama – sličnosti i razlike u odnosu na srpsko krivično pravo*, tematska monografija: „Kaznena reakcija u Srbiji“, V deo, (ur. Đ.Ignjatović), Beograd, 2015.

M.Škulić, *Načelo zakonitosti i princip krivice u krivičnom pravu kao segmenti pravne države*, tradicionalna tematska međunarodna naučna konferencija, zbornik: „Principi vladavine prava“, Udruženje za međunarodno krivično pravo i „Intermex“, Tara, 2017.

Škulić, M., *Mere bezbednosti i načelo krivice u krivičnom zakonodavstvu Srbije*, zbornik: „Mere bezbednosti medicinskog karaktera – pravni i medicinski aspekti“ (regionalna zakonodavstva, iskustva u primeni i mere unapređenja), ur. S.Bejatović i I.Jovanović, Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd, 2017.

Milan Škulić

Faculty of Law, University of Belgrade

ANGLO-SAXON DOCTRINE OF THE CASTLE DEFENSE IN THE CRIMINAL LAW OF THE UNITED STATES OF AMERICA AND ITS POSSIBLE REFLECTIONS ON THE NECESSARY DEFENSE IN THE SERBIAN CRIMINAL LAW

SUMMARY

In the paper explains the essence of the Anglo-Saxon doctrine of „defense of the castle,“ or „defense at home“ in the criminal law of the United States, as a subspecies of self-defense, which in criminal law SAD is a form of „defense“, which, depending on the particular state within the US, exclude any illegality, any criminal liability, but in all cases, it is the basis for the no existence of the criminal offence.

The author explains the basic normative component of self-defense, i.e. the necessary defense in the Serbian Criminal Code, with the illustrations of the legal provisions and certain theoretical positions and some examples from case law. In the text there is special analyzes of the possible reflection of the Anglo-Saxon criminal law doctrine „castle defense“ or „home defense“ in the criminal law of the United States, in terms of legal solutions and case law relating to necessary defense in the Serbian criminal law.

The author emphasizes, that Serbian even expert and lay public (which has, due to some drastic examples from practice in recent times, special interest in self-defense), poorly observed or even ignored the rule that exists in most US states, in accordance with, one of the important conditions for the existence of self-defense is that applies a force which is proportional to the attack. This is practically the requirements of the existence of a certain proportionality between the assault and defense, and proportionality between the means, intensity and mode of attack and resources, intensity and mode of defense, as well as appropriate proportionality between the attacked good and a good of a attacker, i.e. the person who attacks. That conditions does not exist in the Serbian criminal law.

Because of that, the main purpose of the Anglo-Saxon doctrine of „defense of the castle,“ or „defense at home“ in the criminal law of the United States, just mitigate conditions of the „proportional response“, which is in the American criminal law particularly important in terms of distinguishing attacks that involve „lethal“ or „non-lethal“ force.

In the context of some current and potential problems arising as well from legislation that is in criminal law Serbia relating to self-defense, and too from the dominant attitudes of judicial practice, especially with regard to certain reflections Anglo-Saxon doctrine of

„defense of the castle,“ or „ defense at home „in the criminal law of the United States, which is often reduced and no misunderstanding of the essence of this concept, the author presents certain possible *de lege ferenda* proposals, i.e. the proposals for some possible modification or amendments in the Criminal Code of Serbia.

Besides *de lege ferenda* proposals based on Anglo-Saxon doctrine of „defense of the castle,“ which are „radical“ character, the text referred to the more moderate *de lege ferenda* proposals, based on the example of a provisions in Criminal Code of the Kingdom of Yugoslavia and positive German criminal law. In addition, the author draws the attention to the possibility that a extensively exceeding the self-defense, i.e. necessary defense allows under certain circumstances the greater importance in the criminal law of Serbia

Keywords: Criminal Law, Necessary Defense, Self-defense, Comparative Law, Criminal Law of the USA, Doctrine of the Castle Defense, Castle Doctrine.

Boris Begović*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu i
Centar za liberalno-demokratske studije

MEĐUNARODNE MIGRACIJE I KRIMINAL: EKONOMSKA ANALIZA¹

Apstrakt: Cilj je rada da razmotri postojanje, mehanizme, smer dejstva i snagu uzročno-posledične veze između međunarodnih migracija i nivoa kriminala u zemlji dolaska. Bekerov model, osnovni model ekonomske analize kriminala, korišćen je kao konceptualni okvir za teorijsko sagledavanje mehanizama uzročno-posledične veze između migracija i kriminala. Pokazalo se da postoje protivrečni efekti – povećano doseljavanje može dovesti i do uvećanja i do umanjenja nivoa kriminala, a efekti se menjaju i u vremenu, sa procesom asimilacije doseljenika. Odatle sledi nalaz da se isključivo empirijski može utvrditi šta je ishod migracija u pogledu nivoa kriminala. Dosadašnja empirijska istraživanja, koja su uspešno rešila glavne metodološke probleme, poput endogenosti objašnjavaće promenljive ili problem merenja ključnih promenljivih, nisu ponudila nedvosmislene rezultate. U pojedinim slučajevima pokazalo se da ne postoji statistički značajna veza između migracija i kriminala, a u onim slučajevima u kojima je ona identifikovana, pokazalo se da je reč je o relativno slaboj vezi i ona je identifikovana isključivo u slučaju pojedinih krivičnih dela iz oblasti imovinskog kriminala. Nije zabeležena statistički značajna veza između migracija i nasilničkog kriminala.

Ključne reči: međunarodne migracije, imovinski kriminal, nasilnički kriminal, Bekerov model, ekonometrijski modeli.

1. UVOD

Međunarodne migracije svakako su fenomen koji u poslednje vreme privlači dosta pažnje, kako akademske, tako i široke javnosti. Ekonomisti uglavnom blagonaklono gledaju na međunarodne migracije (Collier, 2013, i Milanovic, 2016, na primer), budući da u njima vide poboljšanje – migranti prelaze iz jednog u drugo, institucionalno i tehnološki superiorno okruženje, pa se time povećava efikasnost korišćenja njihove radne snage, uvećava se njihova produktivnosti i dohodak koji privstavaju na tržištu ovog proizvodnog faktora. Stoga se u ekonomskoj literaturi ističe da međunarodne migracije predstavljaju najefikasnije sredstvo za ubrzano smanjenje siromaštva u svetu i ujednačavanje globalne raspodele dohotka (Milanovic, 2016). Shodno tome, normativna ekonomska analiza ukazuje na poželjnost slobodnih tokova ljudi, pa time i radne snage, tj. poželjnost slobodnih međunarodnih migracija, uviđajući, naravno, da postoje znatna ograničenja tim tokovima, nastala, pre svega, u političkom procesu donošenja kolektivnih odluka.

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

1 Zahvaljujem se Đorđu Ignjatoviću, Nikoli Iliću, Mariji Karanikić Mirić i Marku Paunoviću na komentarima i korisnim sugestijama. Naravno, niko od njih ne snosi nikakvu odgovornost za eventualne preostale greške.

Ekonomska analiza međunarodnih migracija ukazala je na najznačajnije konkretne makroekonomske i mikroekonomske efekte koji te migracije imaju, kako na zemlje porekla migranata, tako i na zemlje njihovog doseljavanja. Dosadašnja ekonomska istraživanja u zemljama dolaska bila su usredsređena pre svega na efekte migracija na tržište radne snage, naročito u pogledu izmene ponude radne snage i nezaposlenosti, odnosno, šire posmatrano, na demografiju zemalja doseljavanja. Upravo se u demografskim problemima, prevashodno usled starenja stanovništva, na primer u Evropi, migracije i njihov snažan uticaj na ponudu radne snage posmatraju kao jedan od osnovnih preduslova dinamičnog privrednog rasta (Åslund i Djankov, 2017).

Iako je na relevantnost teme „veze međunarodnih migracija i kriminala“ ukazano prilično rano (Taft, 1933), relativno mali broj ekonomskih istraživanja bio je posvećen uticaju migracija na nivo kriminala u zemlji doseljavanja, odnosno mehanizmu i snazi te uzročno-posledične veze.² Ovakvo stanje stvari može da bude opasno sa stanovišta definisanja državne politike prema migracijama. Reč je o tome da javnost u zemljama doseljavanja ima snažno izraženi sud da međunarodne migracije (što se svodi na doseljavanje stranaca u te zemlje) dovode do rasta nivoa kriminala, te u skladu sa tim podržava zaoštavanje politike doseljavanja i jačanje barijera prema migracijama. Istraživanja javnog mnjenja u najrazvijenijim zemljama pokazala su da većina stanovnika smatra, delom verovatno pod uticajem stereotipa i senzacionalističkih medijskih izveštaja, da su daleko opasniji nepovoljni efekti međunarodnih migracija na nivo kriminala, nego na povećanje konkurencije na tržištu radne snage i povećanje nezaposlenosti starosedelaca – autohtonog stanovništva.³ To znači da eventualne zablude u pogledu postojanja, smeru dejstva i snage uzročno-posledične veze između međunarodnih migracija i kriminala mogu da dovedu do pogrešne kolektivne odluke kojom se takve migracije ograničavaju, odnosno sputavaju.

Cilj je ovog rada da razmotri postojanje, mehanizme, smer dejstva i snagu uzročno-posledične veze između međunarodnih migracija (u daljem tekstu samo migracije) i nivoa kriminala u zemlji dolaska.⁴ Navedeni cilj uslovljava i strukturu rada. Prvo će, unutar osnovnog teorijskog modela ekonomske analize kriminala, biti razmotreni mehanizmi kojima migracije mogu da utiču na kriminal i njegov nivo. Snagu delovanja identifikovanih mehanizama trebalo bi empirijski istražiti, tako da sledi razmatranje najznačajnijih metodoloških problema vezanih za empi-

2 Ova ocena ne važi za druge naučne pristupe ovoj uzročno-posledičnoj vezi, poput kriminološkog, sociološkog i antropološkog o čemu najbolje svedoče zbornici koje su uredili McDonald (2009), Bucierious i Tonry (2014) i Guia *et al.* (2016). Svoj doprinos domaćoj kriminološkoj literaturi dao je Ignjatović (2016).

3 Prema rezultatima takvih istraživanja koje navode Fitzgerald *et al.* (2012), u Zapadnoj Evropi 59% ispitanika smatra da „imigranti povećavaju nivo kriminala“, dok ih je u Nemačkoj čak 66%. Na alternativnu formulaciju pitanja „Da li problemi kriminala postaju gori sa imigracijom stranaca?“, 73% ispitanika u Zapadnoj Evropi odgovara potvrdno, dok ih je u Nemačkoj 77%. U oba slučaja, procenat se uvećava ukoliko su u pitanju ljudi zainteresovani za politiku, što znači da upravo oni stvaraju pritisak da se ograniči migracija.

4 Pod nivoom kriminala u ovom radu se podrazumeva isključivo relativni nivo kriminala, tj. njegova stopa.

rijsku analizu ove uzročno-posledične veze. Time se stvaraju uslovi za prikazivanje rezultata najznačajnijih empirijskih istraživanja veze između migracija i kriminala u sledećem odeljku rada. Sledi zaključak.

2. TEORIJSKO OBJAŠNJENJE VEZE IZMEĐU MIGRACIJA I KRIMINALA

Teorijski model unutar koga se traži objašnjenje mehanizama uzročno-posledične veze između migracija i kriminala jeste standardni Bekerov model ekonomske analize kriminala (Becker, 1968) – u tom pogledu nema nesuglasica u savremenoj literaturi. Za potrebe ovog razmatranja treba koristiti manju modifikaciju prezentacije ovog modela, koja olakšava istraživanje navedene uzročno-posledične veze, budući da se usredsređuje na njene ključne mehanizme (Bell *et al.*, 2013)⁵. Shodno tome, pojedinac čini krivično delo jedino (dakle, reč je o potrebnom i dovoljnom uslovu) ukoliko je ispunjena sledeća nejednakost:

$$(1 - p)U(W_c) - pU(S) > U(W) \quad (1)$$

pri čemu je p verovatnoća kažnjavanja prestupnika⁶, $U(W_c)$ korisnost koju pojedinac crpi iz učinjenog krivičnog dela, S monetarni iskaz kazne, $U(S)$ negativna korisnost koju kazna S generiše, dok je $U(W)$ korisnost koja proizlazi iz angažovanja pojedinca na tržištu radne snage, tj. angažovanja u delatnostima koje su u skladu sa zakonom. Veličine W_c i W predstavljaju tzv. psihički dohodak, koji pored novčanog toka, predstavlja sve ono što dovodi do uvećanja korisnosti koju uživa pojedinac. Samim tim, navedeni model može uspešno da se koristi i za analizu neimovinskih krivičnih dela, pri kojima ne dolazi do novčanih tokova, niti do transfera bogatstva.⁷

Sve ono što uvećava vrednost leve strane nejednakosti (1) i umanjuje njenu desnu stranu, uvećava verovatnoću da će uslov nejednakosti biti ispunjen i da će, stoga, pojedinac učiniti krivično delo. Upravo se uporednom analizom svih tih elementa u slučaju doseljenika i autohtonog stanovništva, starosedelaca, može doći do zaključka o tome da li je veća verovatnoća da će navedena nejednakost biti ispunjena u slučaju jednih ili drugih.⁸

5 Detaljan prikaz standardnog Bekerovog modela, kao i pretpostavke na kojima se on zasniva, mogu se, što se domaće literature tiče, naći u: Begović (2015).

6 Učinilac krivičnog dela u ovom tekstu, lapidarnosti radi, naziva se prestupnik.

7 Prilikom razmatranja veze migracije i kriminala korišćenjem ovog modela često se, nažalost, implicitno pretpostavlja da veličina W predstavlja isključivo novčani tok, što nikako nije u duhu Bekerovog modela, koji se zasniva na psihičkom dohotku, pa se njegova primena neopravdano ograničava na imovinski kriminal. Takođe, pogrešan je nalaz da je u slučaju nezaposlenosti neminovno $W = 0$ (Bell *et al.*, 2013), budući da mehanizmi osiguranja od nezaposlenosti, odnosno socijalna pomoć, mogu nezaposlenom da obezbeđe određeni novčani tok.

8 Na empirijskom planu postavlja se pitanje razlikovanja doseljenika i starosedelaca. Dve su mogućnosti: jedna je da se pod doseljenicima podrazumevaju svi koji nisu rođeni na teritoriji zemlje u kojoj žive, a druga je da se pod doseljenicima podrazumevaju oni koji su se doselili, ali još nisu stekli državljanstvo. Samo rođenje u nekim zemljama ne znači neminovno dobijanje državljanstva.

Analizu treba započeti razmatranjem prihoda pojedinaca na tržištu radne snage, odnosno nadnice kao prihoda radne snage u tom slučaju, i to razmatranjem ljudskog kapitala, koji se, uz odgovarajuću disciplinu na poslu, pretiče u produktivnost rada, pa time i u zaradu prisvojenu na tržištu radne snage. Prva komponenta ljudskog kapitala jeste obrazovanje. Empirijska istraživanja su pokazala (Borjas, 1994) da je obrazovanje doseljenika u najvećem broju slučajeva niže u odnosu na (prosečno) obrazovanje starosedelaca. To se može objasniti činjenicom da do migracija dolazi iz zemalja sa nižom produktivnošću rada u zemlje sa višom, koja je posledica, između ostalog, i boljeg sistema obrazovanja i veće obuhvaćenosti stanovništva tim sistemom, što potvrđuje i uvid u međunarodne statistike i odgovarajuće indikatore za zemlje odliva i zemlje doseljavanja stanovništva. Naravno, ova regularnost ne znači da je u svim slučajevima nivo obrazovanosti doseljenika niži od nivoa obrazovanosti starosedelaca, što potvrđuje i fenomen odliva mozgova, tamo gde postoji, ali ova regularnost važi u slučaju srednjih vrednosti nivoa stečenog obrazovanja.

Zanimljiva regularnost jeste da su migracije najintenzivnije iz zemalja koje karakteriše velika nejednakost u raspodeli dohotka ka zemljama u kojima postoji manja nejednakost u tom pogledu. Na osnovu te regularnosti formulisan je model (Roy, 1951, i Borjas, 1987) čiji je rezultat, pod pretpostavkom da troškovi migracije ne zavise od nivoa obrazovanja, da se sa najsnažnijim ekonomskim podsticajima za migraciju suočavaju one zemlje koje imaju visok stepen nejednakosti raspodele dohotka, i to ono njihovo stanovništvo koje poseduje obrazovanje niže od proseka, tj. oni radnici koji na tržištu rada prisvajaju nadnicu koja je niža od prosečne, budući da će prelazak u zemlje nižeg stepena nejednakosti raspodele dohotka dovesti do povećanja njihove nadnice. Nasuprot tome, oni čije su nadnice iznad proseka imaju podsticaj da se sele iz zemalja sa ujednačenijom raspodelom dohotka u zemlje sa višim stepenom nejednakosti te vrste. Nezavisno od toga, rezultati osnovnog modela u skladu su sa činjenicama: nivo obrazovanja doseljenika u jednu zemlju u proseku je niži od nivoa obrazovanja njenih starosedelaca – autohtonih stanovnika. Stoga su, u opštem slučaju, doseljenici u inferiornom položaju na tržištu radne snage.

Drugi razlog nižeg nivoa ljudskog kapitala doseljenika leži u njihovoj inferiornosti u pogledu poznavanja jezika zemlje u koju su došli. Intuitivno je jasno, a i empirijski potvrđeno, da je dobro poznavanje jezika u najvećem broju slučajeva ključno za punu integraciju na domaćem tržištu radne snage. Naravno, u tom pogledu doseljenici ne mogu da konkurišu starosedelcima i njihovom poznavanju maternjeg jezika, tako da se i na ovoj osnovi umanjuje relativni ljudski kapital doseljenika, pa time stvara i ojačava njihov inferiorni položaj na tržištu radne snage. Međutim, opravdano je pretpostaviti da protekom vremena u zemlji doseljavanja raste poznavanje jezika te zemlje – što je raniji dolazak u novu zemlju, tj. što je boravak u novoj sredini duži, niži je stepen inferiornosti na jezičkoj osnovi.

U ovom pogledu postoje zanimljiva odstupanja od navedenog osnovnog nalaza. Jedno od njih jeste da se i u zemlji porekla i u zemlji doseljavanja govori isti jezik, da starosedelci obe zemlje imaju isti maternji jezik, pa onda ne dolazi do inferiornosti doseljenika u ovom pogledu, poput migracija iz Velike Britanije u SAD ili Australiju, ili migracija iz Irske u Veliku Britaniju. Dodatna je mogućnost da je

maternji jezik stanovnika zemlje doseljavanja zvaničan jezik u zemlji porekla, iako nije maternji jezik njenih stanovnika. U tom slučaju (poput stanovnika Indije ili Šri Lanke i njihovog iseljavanja u Veliku Britaniju, na primer) relativno je mala inferiornost doseljenika u jezičkom pogledu. Međutim, pripadnost istoj etničkoj grupi ne znači neminovno jezičku kompatibilnost doseljenika. Kako navode Piopiunik i Ruhose (2017), iseljavanje etničkih Nemaca iz Rusije i drugih istočnoevropskih zemalja u Nemačku krajem XX veka pokazalo je da njihovo znanje nemačkog jezika daleko ispod potrebnog za punu integraciju na nemačkom tržištu radne snage.

Konačno, deo ljudskog kapitala svakog pojedinca čine poznanstva koja je sklopio i društvene mreže koje je uspostavio ili kojima se pridružio. Ovaj svojevrsni „društveni kapital“ koji pojedinac poseduje predstavlja specifičnu komponentu njegovog ljudskog kapitala, budući da mu omogućava da lakše savlada poslovne probleme sa kojima se suočava i, na taj način, uvećava produktivnost svog rada. Svako gradi sopstvenu društvenu mrežu, a odluka da se iseli iz jedne u drugu zemlju znači da svoju već izgrađenu mrežu u zemlji porekla ostavlja za sobom i da u zemlji doseljavanja u pogledu društvene mreže kreće od nule. Izgradnja sopstvene društvene mreže u novoj sredini zahteva vreme, tako da je doseljenik u prvim godinama po dolasku svakako inferioran na tržištu radne snage u ovom pogledu u odnosu na starosedeoce.

Svi navedeni mehanizmi ukazuju na to da je pozicija doseljenika na tržištu radne snage u pogledu njihovog ljudskog kapitala inferiorna u odnosu na starosedeoce. To se i empirijski pokazalo u SAD, pri čemu raste razlika u prosečnoj nadnici doseljenika u odnosu na starosedeoce – sa 6,5% 1960. godine na 19% 2000. godine (Borjas, 2003). Formalno posmatrano, desna strana nejednakosti (1) u slučaju doseljenika uzima manju vrednost nego u slučaju starosedelaca, pa je *ceteris paribus* veća verovatnoća da će biti ispunjen uslov za započinjanje kriminalnog angažovanja – da je desna strana nejednakosti manja od leve. Ekonomsko obrazloženje ispunjenja ovog uslova jeste da su oportunitetni troškovi vremena doseljenika manji nego iz vremena starosedelaca, pa je stoga veća verovatnoća da će se uključiti u kriminalne aktivnosti. Postojanje diferencirane stope nezaposlenosti, pri kojoj bi veća bila stopa nezaposlenosti doseljenika, samo pojačava ovaj nalaz.

Sada se, pošto je razmotrena desna strana nejednakosti, postavlja pitanje nje leve strane. Ukoliko bi ta strana nejednakosti bila istovetna i za doseljenike i za starosedeoce, onda bi jednoznačan teorijski nalaz ovog modela bio da su doseljenici skloniji činjenju krivičnih dela i da migratorni tokovi, budući da menjaju kompoziciju stanovništva tako što se uvećava učešće doseljenika, neminovno dovode do porasta nivoa kriminala. Međutim, i veličine na levoj strani nejednakosti (1) razlikuju se, odnosno mogu da se razlikuju za doseljenike i starosedeoce.

Očigledna razlika u kazni predstavlja mogućnost proterivanja migranta koji je učinio krivično delo, kazna koja ne može da se primeni na starosedeoce, tj. državljanke zemlje u kojoj žive. Naravno, ukoliko migrant u nekom trenutku dobije državljanstvo zemlje dolaska, nestaje i mogućnost njegovog proterivanja, pa u tom pogledu nestaje razlika između doseljenika i starosedelaca. S obzirom na to da je osnovni motiv migranta napuštanje sopstvene zemlje, deportacija predstavlja izuzetno tešku

kaznu, odnosno ona generiše znatnu negativnu korisnost. Stoga je opravdano pretpostaviti da je kompozitna zaprećena kazna za migrante za određeno krivično delo viša nego odgovarajuća kazna za starosedeoce.

Sledeća komponenta vrednosti na levoj strani nejednakosti jeste verovatnoća kažnjavanja. Nju čini verovatnoća otkivanja i privođenja prestupnika, kao i verovatnoća donošenja pravosnažne osuđujuće presude. Ukoliko se pretpostavi da je policijski nadzor nad doseljenicima intenzivniji od nadzora nad starosedeocima, odatle sledi da je verovatnoća otkrivanja i privođenja doseljenika veća. Takođe, ukoliko se pretpostavi da doseljenici u proseku mogu da računaju na slabiju pravnu pomoć, što mogu da prate i predrasude o njihovoj navodno prirodnoj sklonosti ka kriminalu, veća je verovatnoća da presuda bude osuđujuća.

Konačno, korisnost od činjenja krivičnog dela zavisi od toga koliko je dobro pojedinac povezan, tj. koliko je razgranata i robustna njegova kriminalna društvena mreža. Opravdano je pretpostaviti da je društvena mreža doseljenika u zemlji dolaska relativno mala i slaba, bez obzira na to da li je reč o kriminalnim društvenim mrežama ili onima koje to nisu. Shodno svemu navedenom, leva strana nejednakosti, što znači neto očekivana korisnost od bavljenja kriminalom, za doseljenike je niža nego za starosedeoce.

Naravno, ovaj nalaz treba primiti sa rezervom. Postoje specifični slučajevi, poput dela italijanskih doseljenika u SAD krajem XIX i početkom XX veka kojima je sicilijanska mafija obezbeđivala veoma delotvornu kriminalnu društvenu mrežu, uz relativno velike mogućnosti zarade od bavljenja kriminalom (Gambetta, 1993). Takođe, mafija je obezbeđivala i nižu verovatnoću kažnjavanja (za njene članove ili saradnike bilo je teško pribaviti dokaze) i odgovarajuću pravnu pomoć, što je umanjivalo verovatnoću osuđujuće presude, pa time i verovatnoću kažnjavanja.

Ipak, nezavisno od odstupanja od regularnosti koja se mogu javiti i na jednoj i na drugoj strani nejednakosti, može se pretpostaviti da je očekivana neto korisnost od bavljenja kriminalnom manja za doseljenike nego za starosedeoce i da se isti takav odnos javlja u slučaju korisnosti od bavljenja poslovima koji su u skladu sa zakonom. Stoga, ne može da se donese jednoznačan teorijski zaključak o uzročno-posledičnoj vezi migracija i kriminala, odnosno o njenom rezultatu. Teorijski ne postoji dokaz ni da povećanje migracija uvećava, niti da umanjuje nivo kriminala. Navedeni zaključak važi i za kriminal u celini, ali i za pojedine vrste kriminala, odnosno specifična krivična dela. Ne postoji nijedan razlog zbog čega bi se neka krivičnih dela isključila iz navedenog teorijskog nalaza.

Promena tokom vremena, odnosno doseljenička „zrelost“, može doneti izmene odnosa pojedinih veličina. Što protekne više vremena od doseljenikovog dolaska, više se menjaju veličine promenljivih koje čine teorijski model kriminala. Uvećava se, na primer, ljudski kapital (ovladava se stranim jezikom, formiraju se društvene mreže), pa se stoga uvećava i mogućnost zarade bavljenjem delatnostima koje su u skladu sa zakonom. Međutim, uvećava se očekivana korisnost od bavljenja kriminalom usled eliminacije mogućnosti deportacije (ukoliko se dobije državljanstvo), umanjivanja verovatnoće pravosnažne osuđujuće presude, (bolje pravno zastupanje) i uspostavljanja kriminalnih društvenih mreža. Stoga se i u ovom smislu ne može

dati jednoznačan zaključak u pogledu efekata „sazrevanja“ doseljeničke populacije i njene asimilacije u društvo zemlje dolaska na relativni nivo kriminala doseljenika u odnosu na starosedeoce.

Sve dosad razmotreno odnosilo se isključivo na direktne posledice migracija po kriminal, odnosno na uslove pod kojim bi doseljenici činili krivična dela i uključili se u kriminalne aktivnosti. Pored toga, međutim, migracije mogu da imaju i indirektno posledice po nivo kriminala, odnosno mogu da dovedu do promene u pogledu uključivanja starosedelaca u kriminalne aktivnosti. Reč je o tome da pojavljivanje doseljenika na tržištu radne snage može da dovede i najčešće dovodi do promene korisnosti starosedelaca od bavljenja poslovima koji su u skladu sa zakonom. Uočeno je (Collier, 2013) da migracije mogu, naročito u nekim segmentima tržišta radne snage, da dovedu do značajnog uvećanja nezaposlenosti i do isto tako značajnog umanjenja nadnice koja se plaća za određene poslove, pre svega one na kojima su angažovani zaposleni sa nižim nivoom ljudskog kapitala. Shodno tome, u takvim slučajevima umanjuje se vrednost desne strane nejednakosti za starosedeoce, pa se time uvećava verovatnoća ispunjenja dovoljnog uslov za bavljenje kriminalnim delatnostima, čime se uvećava učešće starosedelaca u takvim aktivnostima i, na taj način, povećava nivo ukupnog kriminala u zemlji. Dakle, prestupnicima doseljenicima pridružuju se i prestupnici starosedeoeci.

Konačno, u savremenoj literaturi pominje se i pitanje autoselekcije migranata (Collier, 2013). Već samom odlukom da napuste matičnu zemlju, migranti su pokazali da nisu prosek svoje sredine, ako ništa drugo ono u pogledu preduzimljivosti koja ih krasi. Ipak, nije bitno po čemu su to migranti iznad sredine iz koje potiču, barem njenog proseka, već u kojoj se meri razlikuju od proseka zemlje doseljavanja.

Teorijsko razmatranje uzročno-posledične veze između migracija i kriminala pokazalo je da se ne može doneti jednoznačni zaključak u pogledu postojanja te veze, njene snage, kao i efekta do koga će ona dovesti. Neizvesno je da li će uvećanje migracija dovesti do porasta ili pada nivoa kriminala. Stoga je jasno da se treba usredsrediti na empirijska istraživanja ove uzročno-posledične veze.

3. NAJZNAČAJNIJI METODOLOŠKI PROBLEMI EMPIRIJSKIH ISTRAŽIVANJA

Svako empirijsko istraživanje veze između migracija i kriminala suočava se sa određenim brojem ozbiljnih metodoloških problema. Jedan od njih vezan je za nedovoljni varijabilitet promenljivih koje se razmatraju, između ostalog i zbog malog broja opservacija u slučaju vremenskih serija (*time series*), kao i nepostojanje mogućnosti za modeliranje dejstva sa docnjom u slučaju uporednih podataka (*cross-section*), što sve dovodi do izraženih problema pri formiranju ekonometrijskih modela.

Stoga se kao praktično jedina razborita opcija za empirijska istraživanja ove vrste koriste modeli panela podataka. Oni obezbeđuju dovoljno veliku varijabilnost, dovoljan broj opservacija, a dopuštaju i modeliranje dejstva objašnjavajućih promenljivih sa docnjom. Sva savremena empirijska istraživanja uticaja migracija

na kriminal zasnivaju se upravo na formiranju ekonometrijskog modela panela podataka.

U tom svetlu treba razmotriti i problem merenja ključnih promenljivih u modelu. Fenomen tamne brojke kriminala, tj. potcenjenosti nivoa kriminala do kojeg dolazi korišćenjem podataka iz policijskih statistika ili anketa žrtava poznat je još od samog početka empirijskog istraživanja kriminala (Ignjatović, 2011). Ovome treba dodati i problem merenja broja migranata, odnosno promene tog broja. Reč je o tome što se, poput broja krivičnih dela, i broj migranata zasniva na prijavljivanju, pa se stoga može pretpostaviti da je broj koji se pojavljuje u bazama podataka pristrasan nadole, odnosno da je potcenjen u odnosu na stvarni broj migranata. Očigledno je da su podaci i o zavisnoj i o objašnjavajućoj promenljivoj pristrasni nadole. Kada se odstupanja njihove stvarne od zabeležene vrednosti ne bi menjala u vremenu i prostoru, rezultati ekonometrijskih modela bili bi tačni, budući da se tim modelima ocenjuje varijabilitet zavisne promenljive koji se može objasniti varijabilitetom objašnjavajuće promenljive. Međutim, u panelu podataka greška u merenju i jedne i druge promenljive menja se u zavisnosti od područja posmatranja i menja se u vremenu, od godine do godine posmatranja. Štaviše, greška u merenju jedne promenljive (nivoa kriminala) nezavisna je u odnosu na grešku merenja druge (broja migranata), pa su zbog svega toga rezultati ekonometrijske analize koja koristi ova-ke podatke netačni.

Rešenje ovog problema predstavlja primena metode fiksnih efekata područja i fiksnih efekata vremena. Na primer, što se zavisne promenljive tiče, primena ovog metoda (Bianchi *et al.*, 2012) dovodi do ocene nivoa kriminala CR_{it}^* (najčešće se koristi logaritmovana vrednost), koja zavisi od fiksnih efekata područja (θ_i), fiksnih efekata godine (θ_t), definisanih kao veštačke (*dummy*) promenljive, kao i od nivoa kriminala iskazanog relativnim brojem krivičnih dela dobijenim na osnovnu statističkog praćenja pojave (CR_{it}):

$$CR_{it}^* = \theta_i + \theta_t + CR_{it} \quad (2)$$

Fiksni efekti područja i vremena u sebi obuhvataju dejstvo svih onih faktora koji deluju na zavisnu promenljivu, a nisu obuhvaćeni specifikacijom regresionog modela kao neka od objašnjavajućih promenljivih. Otuda fiksni efekti područja i vremena u sebi sadrže i grešku u merenju, kako zavisne, tako i objašnjavajućih promenljivih. Istovetno je delovanje ovakve specifikacije na grešku u merenju migracija, kao i bilo koje druge objašnjavajuće promenljive.

Naravno, pored rešavanja problema greške u merenju, u regresioni model potrebno je uključiti, kao objašnjavajuće promenljive, sve one faktore koji na nivo kriminala deluju nezavisno od migracija, poput nivoa bruto domaćeg proizvoda, stope nezaposlenosti, gustine naseljenosti, procenta stanovništva u gradovima, verovatnoće otkrivanja prestupnika, zaprećene kazne i tome slično. Dakle, sve one objašnjavajuće promenljive koje su već korišćene u ekonometrijskim istraživanjima kriminala. Pri tome se može dogoditi da se izostavi neka od relevantnih objašnjavajućih promenljivih – neka od veličina koja deluje na nivo kriminala, a to se *a priori* ne zna.

Poznato je da izostavljanje relevantnih objašnjavajućih promenljivih iz modela doводи do pristrasnosti rezultata tog modela, pa se kao statistički značajne prihvataju one ocene parametara koje to u stvari nisu.

Uključivanje fiksnih efekata područja i vremena znatno ublažava taj problem jer je dejstvo onih promenljivih koje su izostavljene iz regresionog modela obuhvaćeno fiksnim efektima, kako područja, tako i vremena. Budući da se fiksni efekti područja i vremena mogu ocenjivati isključivo u modelima panela podataka, izvesno je da je to praktično jedini metodološki korektan pristup za ekonometrijsko istraživanje uticaja migracija na kriminal.

Naravno, kao i u svakom ekonometrijskom istraživanju, postavlja se pitanje endogenosti objašnjavajuće promenljive. Postojanje takve endogenosti, odnosno postojanje snažne uzročno-posledične veze od zavisne ka objašnjavajućoj promenljivoj, doводи do pristrasnosti rezultata regresionog modela, pa se kao statistički značajne mogu prihvatiti one ocene parametara koje to u stvari nisu. Teorijski posmatrano, postoji osnovana sumnja da nivo kriminala ima uticaja na migracije, i to se može objasniti uz pomoć nekoliko mehanizama.

Prvo, preferencije ljudi, pa time i migranata, takve su da oni žele da žive u uslovima niskog kriminala, odnosno više vole nižu verovatnoću da postanu njegove žrtve. Stoga bi područja na kojima se beleži visok nivo kriminala bila manje atraktivna za doseljavanje. Drugim rečima, što je viši nivo kriminala na određenom području, umanjuju se migracije na to područje. Drugi mehanizam posredno je vezan za kriminal. Reč je o tome da visoki nivo kriminala na određenom području svedoči o skromnim mogućnostima prisvajanja korisnosti putem angažovanja u delatnostima koje su u skladu sa zakonom, pre svega usled visoke nezaposlenosti. Migranti nemaju podsticaj da odlaze u ona područja u kojima je visoka stopa nezaposlenosti, budući da se na taj način umanjuje verovatnoća dobijanja posla i verovatnoća uživanja korisnosti na osnovu angažovanja u delatnostima koje su u skladu sa zakonom. I u ovom slučaju važi nalaz da se sa povećanjem nivoa kriminala na određenom području umanjuje doseljavanje na njega. Konačno, nivo kriminala utiče na cene stanovanja, odnosno na cene nekretnina na određenom području. Što je viši nivo kriminala na određenom području, niže su cene nekretnina na njemu, budući da se umanjeno korisnosti svih stanovnika tog područja zbog visokog nivoa kriminala preliva na niske cene stanovanja – očigledan primer delovanja negativnih eksternih efekata. Međutim, niske cene stanovanja jesu atraktivne za migrante, imajući u vidu njihovo izraženo budžetsko ograničenje, snažnije nego u slučaju starosedelaca, pa se stoga može zaključiti da uvećanje nivoa kriminala na određenom području ovim mehanizmom doводи do porasta atraktivnosti tog područja za migrante, pa time i do uvećanja njihovog broja na njemu.

Takođe, empirijski je potvrđeno postojanje uzročno-posledične veze od kriminala ka migracijama u slučaju internih međugradskih migracija u Brazilu (De Sousa, 2013). Podaci koji su korišćeni pri ovoj analizi odnosili su se na 3.559 urbanih područja, a dobijeni su na osnovu dva popisa stanovništva (1991. i 2000. godine). Korišćeno je nekoliko specifikacija regresionog modela i nekoliko postupaka ocene njegovih parametara, a pokazalo se, u najvećem broju slučajeva, da postoji statistički

značajna negativna ocena parametra uz kriminal na području (gradu) doseljavanja, što znači da uvećanje nivoa kriminala u određenom gradu umanjuje migracije usmerene ka njemu. Očigledno da u ovom slučaju pad cena stanovanja, odnosno nekretnina nije bio dovoljan da kompenzuje dejstvo direktnog i indirektnog (preko nezaposlenosti) pogoršanja nivoa korisnosti do koga dolazi sa porastom nivoa kriminala.⁹

Sve navedeno govori da u ekonometrijskim istraživanjima odnosa migracija i kriminala zasnovanim na panelima podataka postoji problem endogenosti objašnjavajuće promenljive. U savremenim ekonometrijskim istraživanjima te vrste primenjene su dve osnovne strategije rešavanja ovog problema. Jedna je strategija prirodnog eksperimenta, tj. situacije u kojoj postoji neka druga, nesporno egzogena veličina, koja odlučujuće utiče na nivo doseljavanja na određeno područje. Pionir i Ruhose (2017) iskoristili su doseljavanje etničkih Nemaca u matičnu zemlju i način njihove prostorne alokacije kao prirodni eksperiment. Naime, nemačka državna politika jeste da oni etnički Nemci koji se prijavljuju za doseljavanje u matičnu zemlju bivaju administrativno raspoređeni, što čini nadležno telo pri Saveznoj vladi. Telo zaduženo za raspoređivanje vodi računa o određenom broju faktora, na primer lokaciji rođaka koji su eventualno došli ranije, ali nivo kriminala svakako nije jedan od njih. Kada dobiju raspored, doseljenici imaju zabranu preseljavanja na bilo koje drugo mesto u zemlji u periodu od tri godine od doseljavanja u Nemačku. Na taj način, populacija etničkih Nemaca kao migranata na nivou određene teritorijalne jedinice egzogena je u odnosu na nivo kriminala na toj jedinici.

Mogućnosti korišćenja prirodnog eksperimenta su, naravno, ograničene, pa su ostala savremena istraživanja koristila drugačiji pristup, koji se zasniva na korišćenju instrumentalne promenljive, one promenljive koja je visoko korelisana sa objašnjavajućom promenljivom (migracije na određeno područje), ali nije korelisana sa zavisnom promenljivom, odnosno sa slučajnom greškom modela. Zanimljivu instrumentalnu promenljivu koristi Chalfin (2013), koji je istraživanje usmerio ka posledicama po nivo kriminala u SAD do kojih dovodi doseljavanje Meksikanaca. Imajući u vidu da suša (zbog visokog učešća poljoprivrede kao delatnosti u ukupnoj meksičkoj zaposlenosti) dovodi (zbog izraženog pada dohotka velikog broja domaćinstava) do snažnih podsticaja za iseljavanje i odlazak u SAD, podaci o padavinama koriste se kao instrumentalna promenljiva. Umanjenje padavina dovodi do jačanja migracija Meksikanaca ka SAD, a uvećanje padavina do njihovog slabljenja, pri čemu se koriste podaci na nivou meksičkih saveznih država, a pretpostavlja se da se ne menja prostorna raspodela meksičkih doseljenika u SAD. Očigledno je da

9 Zanimljiva je specifikacija regresionog modela koji je koristio De Sousa (2013), a u kome se kao objašnjavajuća promenljiva koristi nivo kriminala na području sa kojega su se migranti iselili. Teorijski je korektan nalaz da potencijalni migrant donosi odluku na osnovu relativnog kriminala, tj. odnosa nivoa kriminala na području na kome živi i na području na koje namerava da se iseli. Shodno tome, De Sousa (2013) u regresioni model unosi i nivo kriminala na području porekla migranta kao objašnjavajuću promenljivu, uz napomenu da teorijski treba očekivati pozitivnu vrednost parametra uz nju. Međutim, u najvećem broju slučajeva, ocena parametra uz ovu promenljivu nije bila statistički značajna. Očigledno da kriminal kao faktor koji „vuče“ ka određenom području ima snažnije dejstvo nego kriminal kao faktor koji potiskuje iz određenog područja.

je ova promjenljiva u potpunosti izolovana od uticaja nivoa kriminala na području dolaska meksičkih iseljenika.

Spenkuch (2014), formirajući regresioni model panela podataka za područje SAD, instrumentalnu promjenljivu traži u regularnosti da doseljenici jedne etničke grupe teže da se nastane u svojevrsnim etničkim grozdovima (*clusters*) u prostoru, pa je ta činjenica korišćena za ranija istraživanja migracija (Card, 2001). Pretpostavka na kojoj se zasniva instrumentalna promjenljiva jeste da se raspodela etničkih grupa po okruzima ne menja, tj. da svako povećanje doseljavanja određene etničke grupe dovodi do njenog proporcionalnog povećanja u svakom od posmatranih okruga. Na taj način dobija se instrumentalna promjenljiva kojom se ocenjuje objašnjavajuća promjenljiva u prvom stepenu, pa se potom ta ocena koristi kao objašnjavajuća promjenljiva u drugom stepenu ocenjivanja – postupak poznat kao ocena dvostepenim najmanjim kvadratima.

Sličan postupak za dobijanje instrumentalne promjenljive kojom se iskazuju migracije oslobođene uticaja nivoa kriminala korišćen je i u slučaju evropskih zemalja – na primer, u istraživanju uticaja migracija na kriminal u Italiji (Bianchi *et al.*, 2012) i Velikoj Britaniji (Bell *et al.*, 2013). Isto tako, pretpostavlja se da postoji stalnost u pogledu prostorne raspodele doseljenika, s tim što se doseljenici posmatraju po zemlji porekla, nezavisno od njihove etničke pripadnosti. Na taj način, uzima se u obzir ona promena doseljeničke populacije na određenom području koja je posledica dejstva faktora koji dovode do njihovog potiskivanja iz matične zemlje, a ne njihovog privlačenja na određeno područje zemlje dolaska, koje je, između ostalog, pod uticajem nivoa kriminala na tom području. Jednostavno, broj migranata koji napuštaju određenu zemlju, prema „ključu“ koji se zasniva na inicijalnoj prostornoj raspodeli, pretvara se u instrumentalnu promjenljivu kojom se iskazuje broj doseljenika na određenom području. Na taj način izolovan je uticaj bilo kakve promene intenziteta kriminala na nivou određenog područja na doseljavanje u to područje.

Konačno, treba dopustiti mogućnost da postoje razlike između samih migranata, odnosno motiva zbog kojih su otišli iz svoje matične zemlje. Najbitnija je razlika između azilantata (izbeglica) i ekonomskih migranata. Ta razlika ima značajne implikacije na tretman doseljenika u zemlji dolaska. Dok se ekonomski migranti slobodno kreću i sami biraju mesto boravka, azilanti obično imaju znatna ograničenja u tom pogledu. O tome treba voditi računa pri empirijskim istraživanjima veze između migracija i kriminala.

4. REZULTATI NAJZNAČAJNIJIH EMPIRIJSKIH ISTRAŽIVANJA

Butcher i Piehl (2007), korišćenjem mikrouzoraka upotrebljenih pri popisu stanovništva u SAD u 1980, 1990. i 2000. godini, istraživali su razlike u procentu muške populacije u kohorti između 18–40 godina u zatvoru.¹⁰ Pokazalo se da je taj

¹⁰ Ovo istraživanje predstavlja samo nastavak, primenom istovetne metodologije, istraživanja (Butcher i Piehl, 1998) koje je obuhvatalo samo 1980. i 1990. godinu. Nije došlo ni do kakve promene rezultata, osim što se dalje povećala razlika između relativne zatvorske populacije doseljenika i starosedelaca.

procenat, tj. odnos zatvorske i ukupne populacije, pet puta niži u slučaju doseljenika u poređenju sa starosedeočima. Štaviše, pokazalo se da tokom vremena dolazi do povećanja te razlike. Autori, na osnovu rezultata logit regresionog modela, odbacuju mogućnost da je to posledica deportacije, koja bi mogla direktno da utiče na umanjenje veličine zatvorske populacije, već navedene empirijske nalaze objašnjavaju povoljnom autoselekcijom migranata i pojačanim dejstvom generalne prevencije na njih. Iako ne postoji nikakav konkretan dokaz u prilog teze o autoselekciji, autori spekuliraju da se u SAD sve više i više doseljavaju oni pojedinci koji imaju manju predispoziciju za činjenje krivičnih dela, pa je stoga manja relativna zatvorska populacija. Naravno, zaključak o relativnoj veličini zatvorske populacije doseljenika sam po sebi ne mora da znači da ista takva razlika postoji i u nivou kriminala. Za zaključak o tome potrebno bi bilo ustanoviti i da li postoje razlike u pogledu strukture krivičnih dela, od čega zavisi trajanje zatvorske kazne, verovatnoće kažnjavanja (kompozitna verovatnoća sa verovatnoćom otkrivanja i verovatnoćom izricanja osuđujuće presude), prevremenog otpusta sa izdržavanja kazne ili kazni koje ne podrazumevaju (isključivo) izdržavanje zatvorske kazne.

Na efekte koje na nivo kriminala u SAD imaju meksički doseljenici usredsredio se Chalfin (2014). On je posmatrao efekte do kojih dovode te migracije u periodu 1986–2004. godine, i to u svim onim gradskim područjima koja su, prema popisu iz 1980. godine, imala više od 500.000 stanovnika. Instrumentalna promenljiva za imigraciju iz Meksika bila je, kako je već napomenuto, količina padavina, uz pretpostavku da suša dovodi do pada dohotka znatnog broja domaćinstava i pojačavanja migracija ka SAD. Niti jedna od specifikovanih regresija nije pokazala statistički značajne rezultate. Prema ovom istraživanju, migracije nemaju nikakvog efekta na kriminal – ne postoji statistički značajna veza između migracija iz Meksika u SAD i nivoa kriminala u zemlji doseljavanja.

Uticanjem migracija na kriminal u SAD bavio se Spenkuch (2014), i to korišćenjem panela podataka za sve okruge u SAD (ukupno 3.117 okruga) u periodu počev od 1980. zaključno sa 2000. godinom. Koristio je isključivo dekadne (popisne) podatke, dakle tri opservacije u vremenu. Autor ukazuje na to da se pokazalo da povećanje imigracije dovodi do porasta samo određenih, dakle ne svih vrsta imovinskih krivičnih dela, pre svega razbojništva i krađa automobila. Međutim, ponuđeni rezultati ocena parametara ekonometrijskog modela, kao i testiranje njihove robusnosti, pokazali su da ova regularnost, ukoliko važi, važi samo u slučaju doseljenika koji poseduju nizak ljudski kapital, pa time i malu verovatnoću za uspeh na tržištu radne snage, tj. u poslovima koji su u skladu sa zakonom.

Velika Britanija je u svojoj skorašnjoj istoriji iskusila dva velika talasa useljavanja. U prvom su dominirali migranti koji su tražili azil, uglavnom u poslednjoj deceniji XX veka, dok su u drugom talasu, posle 2004. godine, dominirali ekonomski migranti, pre svega iz zemalja koje su te godine pristupile Evropskoj uniji, pa su se za njih time otvorile granice (tadašnjih) zemalja članica. Bell *et al.* (2013) su, za istraživanje ova dva talasa, formirali ekonometrijski model panela podataka, pri čemu se opservacije odnose na 371 lokalnu zajednicu na području Engleske i Velja. Problem endogenosti objašnjavajuće promenljive javio se samo u slučaju drugog

talasa migracija, budući da su azilanti usmeravani u određene lokalne zajednice, nezavisno od njihove želje, gde su čekali rešenje svog zahteva za dobijanje azila u Velikoj Britaniji. U slučaju ekonomskih migranata korišćena je instrumentalna promenljiva zasnovana na zemlji porekla doseljenika i pretpostavci da se ne menja prostorna raspodela doseljenika iz svake posmatrane zemlje, na način objašnjen u prethodnom odeljku. Rezultati navedenih ekonometrijskih modela su nedvosmisleni: u slučaju azilanata, sa povećanjem ulaska u zemlju (potencijalnih) doseljenika došlo do skromnog, ali statistički značajnog povećanja nivoa imovinskog kriminala, dok nivo nasilničkog kriminala ne beleži promenu. Zanimljivo je da se smanjuje nivo imovinskog kriminala u slučaju povećanja doseljavanja ekonomskih migranata. Vrednosti parametara su negativne, male, ali statistički značajne. Iako autori napominju da je to u skladu sa rezultatima osnovnog teorijskog modela, što je svakako tačno, ostaje nejasno koji je to konkretan uzročno-posledični mehanizam doveo do ovakvog rezultata.

Bianchi *et al.* (2012) istraživali su odnos migracija i kriminala u slučaju Italije, koristeći regresioni model panela podataka na nivou od 95 italijanskih provincija u periodu počev od 1990. zaključno sa 2003. godinom. Korišćena je instrumentalna promenljiva zasnovana na podacima o inicijalnoj geografskoj raspodeli doseljenika i dinamici doseljavanja iz svake pojedinačne zemlje, dakle oslanjajući se na podatke o tome šta potiskuje ljude da iz svoje zemlje migriraju ka inostranstvu, a ne šta ih privlači u konkretnu italijansku provinciju. Pokazalo se da je statistički značajna veza zabeležena jedino kod razbojništva, dok se takva veza ne primećuje u slučaju bilo kog drugog krivičnog dela. Uzimajući u obzir da razbojništva čine veoma mali deo krivičnih dela u Italiji, autori zaključuju da je, iako migracije utiču na povećanje nivoa kriminala u toj zemlji, taj uticaj veoma mali. Stoga se i ne pojavljuje statistički značajna razlika u opštem nivou kriminala pod uticajem migracija.

Već je napomenuto da je useljavanje etničkih Nemaca u matičnu zemlju posle 1990. godine predstavljalo svojevrstan prirodni eksperiment. Upravo su tu situaciju iskoristili Piopiunik i Ruhose (2017) za formiranje regresionog modela panela podataka. Ocenjivanje tog modela pokazalo je da postoji statistički značajna veza između povećanja nivoa kriminala i doseljavanja etničkih Nemaca. Ta veza je jača na onim područjima na kojima je i pre tog doseljavanja bio visok nivo kriminala, na kojima već postoji visoko učešće stranaca (doseljenika) i visoka gustina naseljenosti, kao i snažnije izražena nezaposlenost. Nažalost, kao zavisne promenljive nisu korišćeni nivoi određenih vrsta kriminala, odnosno frekvencije određenih specifičnih krivičnih dela, tako da ne znamo da li se ovaj rezultat odnosi i na nasilnički i na imovinski kriminal. Jedno od objašnjenja ovakvog rasta nivoa kriminala leži u činjenici da je očekivana kazna za doseljenike nemačkog porekla lišena mogućnosti deportacije. Reč je o tome da oni dobijaju nemačko državljanstvo, pa su u tom pogledu izjednačeni sa starosedeočima, što dovodi do ujednačavanja očekivane vrednosti kazne za krivična dela. U uslovima njihovog nižeg ljudskog kapitala, naročito obrazovanja i znanja jezika, verovatnoća za ispunjene nejednakosti (1) u slučaju etničkih Nemaca – doseljenika očigledno se uvećava.

Konačno, Debnath i Roy (2013) bavili su se empirijskim istraživanjem efekata internih migracija između indijskih saveznih država na nivo kriminala. Analiza

je obuhvatila svih 15 saveznih država u periodu između 1991. i 2009. godine. Korišćen je regresioni model panela podataka, mada nije vođeno računa o mogućoj endogenosti objašnjavajuće promenljive. Ipak, ova analiza nije pokazala postojanje statistički značajne veze između migracija i nivoa kriminala. Iako je u ovom slučaju reč o internim, a ne o međunarodnim migracijama, rezultati ovog istraživanja uvršćeni su u pregled, budući da je u pitanju zemlja sa izuzetno brojnim i heterogenim stanovništvom, tako da se njeni interni migratorni tokovi mogu, po svojim karakteristikama, uporediti sa međunarodnim.¹¹

5. ZAKLJUČAK

Osnovni zaključak ovog rada jeste da postoji raskorak između velikog značaja koji temi povezanosti migracija i kriminala daje široka i politički aktivna javnost i relativno malog broja naučnih istraživanja ovog fenomena. Takođe, pokazalo se da raskorak postoji i u osnovnim nalazima naučnih istraživanja, s jedne strane, i opšte-prihvaćenih stavova široke javnosti o snazi i karakteru te veze, s druge.

Na teorijskom planu, Bekerov model, osnovni model ekonomske analize kriminala, nudi konceptualni okvir za teorijsko sagledavanje mehanizama uzročno-posledične veze između migracija i kriminala, usredsređenih na poređenje neto korisnosti od angažovanja u kriminalnim delatnostima i korisnosti od angažovanja na tržištu radne snage, u delatnostima koje su u skladu sa zakonom. Sagledavanje tih mehanizama pokazalo je da postoje protivrečni efekti – povećano doseljavanje može dovesti i do uvećanja i do umanjenja nivoa kriminala. Štaviše, efekti se menjaju i u vremenu, sa procesom asimilacije doseljenika. Dakle, isključivo se empirijski može utvrditi šta je ishod migracija u pogledu kriminala.

Metodološki problemi koji prate empirijska istraživanja veze između migracija i kriminala jasni su i nisu ništa novo u odnosu na uobičajene probleme empirijskih, odnosno ekonometrijskih istraživanja: problem merenja zavisne i osnovne objašnjavajuće promenljive, problem izostavljanja relevantnih promenljivih iz specifikacije regresionog modela i, konačno, najvažniji problem: endogenost objašnjavajuće promenljive. Za prva dva navedena problema postoje dobra rešenja unutar modela panela podataka, zasnovana na ocenjivanju fiksnih efekata područja i vremena. Endogenost objašnjavajuće promenljive može da se reši uvođenjem odgovarajuće instrumentalne promenljive, kao i, u izuzetnim slučajevima, korišćenjem prirodnog eksperimenta.

Dosadašnja empirijska istraživanja nisu ponudila nedvosmislene rezultate. U nekim slučajevima pokazalo se da ne postoji statistički značajna veza između migracija i kriminala. U nekim drugim slučajevima, u onima u kojima je zabeleženo postojanje takve veze, reč je o relativno slaboj vezi i ona je identifikovana isključivo kod pojedinih krivičnih dela iz oblasti imovinskog kriminala. Nije zabeležena statistički značajna veza između migracija i nasilničkog kriminala. Jedini mogući

11 Iako se Beckly (2015) bavi zanimljivom temom, heterogenošću doseljeničkih domaćinstva i efektima te heterogenosti na kriminal u Stokholmu, specifičnost izabrane teme uslovlila je odluku da se prikazivanje rezultata tog istraživanja ne uvrsti u ovaj rad.

izuzetak u tom pogledu jeste Nemačka i specifični slučaj doseljavanja etničkih Nemaca, mada je u ovom istraživanju reč isključivo o agregatnom nivou kriminala, bez diferencijacije na različita krivična dela, odnosno vrste kriminala.

Osnovni problem je, međutim, mali broj empirijskih istraživanja, odnosno mali broj zemalja obuhvaćen takvim empirijskim istraživanjima. Stoga je verovatno najpreči zadatak akademske zajednice koja se bavi ovim fenomenima da sprovodi takva istraživanja, pogotovo u zemljama intenzivnog doseljavanja, naročito imajući u vidu da su rešeni osnovni metodološki problemi i da su, makar u tim zemljama, dostupne i pouzdane, kako baze podataka o kriminalu, tako i one o doseljavanju i iseljavanju. Bitno je i to da rezultati istraživanja dopru do široke javnosti, kako bi se rasprava o državnoj politici prema migracijama vodila na osnovu naučnih nalaza, a ne preovlađujućih utisaka i stereotipa. Ipak, akademska zajednica može samo u ograničenoj meri da utiče na to kako će se koristiti nalazi naučnih istraživanja, ali svakako može da široku javnost na prikladan način obavesti o njima.

LITERATURA

- Åslund, A., Djankov, S. (2017). *Europe's Growth Challenge*, Oxford University Press, Oxford.
- Becker, G.S. (1968). Crime and punishment: An economic approach, *Journal of Political Economy*, Vol. 76(2): 443–478.
- Beckley, A.L. (2015). Age at immigration and crime in Stockholm using sibling comparison, *Social Science Research*, Vol. 53(1): 239–251.
- Begović, B. (2015). *Ekonomska analiza generalne prevencije*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd.
- Bell, B., Fasani, F., Machin, S. (2013). Crime and immigration: Evidence from large immigrant waves, *Review of Economics and Statistics*, Vol. 95(4): 1278–1290.
- Bianchi, M., Buonanno, P., Pinotti, P. (2012). Do immigrants cause crime?, *Journal of European Economic Association*, Vol. 10(6): 1318–1347.
- Borjas, G.J. (1987). Self-selection and the earnings of the immigrants, *American Economic Review*, Vol. 77(4), 531–553.
- Borjas, G.J. (1994). The economics of immigration, *Journal of Economic Literature*, Vol. 32(4): 1667–1717.
- Borjas, G.J. (2003). The Labor Demand Curve Is Downward Sloping: Reexamining the Impact of Immigration on the Labor Market, *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 118(4): 1335–1374.
- Bucerius, S.M., Tonry, M. eds. (2014). *The Oxford Handbook of Ethnicity, Crime and Immigration*, Oxford University Press, Oxford.
- Butcher, K.F., Piehl, A.M. (1998). Recent immigrants: Unexpected implications for crime and incarceration, *Industrial and Labor Relations Review*, Vol. 51(4): 654–679.
- Butcher, K.F., Piehl, A.M. (2007). Why are immigrants incarceration rates so low?: Evidence on selective immigration, deterrence, and deportation, *NBER Working Paper 13229*, National Bureau of Economic Research, Cambridge, Massachusetts.
- Card, D. (2001). Immigration inflows, native outflows, and the local labor market impacts of higher immigration, *Journal of Labor Economics*, Vol. 19(1): 22–64.

- Chalfin, A. (2014). What is the contribution of Mexican immigration to U.S. crime rates?: Evidence from rainfall shocks in Mexico, *American Law and Economics Review*, Vol. 16(1): 220–268.
- Collier, P. (2013). *Exodus: Immigration and Multiculturalism in the 21st Century*, Allen Lane and imprint of Penguin Books, London.
- De Sousa, F.L. (2013). Does crime affect migration flows?, *Papers in Regional Science*, Vol. 91(S1): S99–S111.
- Debnath, A., Roy, N. (2013). Linkage between internal migration and crime: Evidence from India, *International Journal of Law, Crime and Justice*, Vol. 41(1): 203–212.
- Fitzgerald, J., Curtis, A.K., Corliss, C.L. (2012). Anxious Politics: Worries about crime and immigration, *Comparative Political Studies*, Vol. 45(4): 477–506.
- Gambetta, D. (1993). *The Sicilian Mafia: The Business of Private Protection*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts.
- Guia, M.J., Koulish, R., Mitsilegas, V. eds. (2016). *Immigration Detention, Risk and Human Rights: Studies on Immigration and Crime*, Springer Verlag, Heilderberg.
- Ignjatović, Đ. (2011). Ignjatović, Đ. (2005), *Kriminologija*, XI izdanje, Dosije Studio, Beograd.
- Ignjatović, Đ. (2016). Migracije kao kriminološki problem: kriminalitet migranata – iskustva SAD, *Strani pravni život*, broj 01/2016: 29–56.
- McDonald, W.F. ed. (2009). *Immigration, Crime and Justice*, Jai Emerald Group Publishing Limited, Bingley, UK.
- Milanovic, B. (2016). *Global Inequality: A New Approach for the Age of Globalization*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts.
- Piopiunik, M., Ruhose, J. (2017). Immigration, regional conditions, and crime: Evidence from an allocation policy in Germany, *European Economic Review*, Vol. 92(1): 258–282.
- Roy, A. (1951). Some thoughts on the distribution of earnings, *Oxford Economic Papers*, Vol. 3(1): 135–146.
- Spenkuch, J.L. (2014). Understanding impact of immigration on crime, *American Law and Economics Review*, Vol. 16(1): 177–219.
- Taft, D.R. (1933). Does immigration increase crime?, *Social Forces*, Vol. 12(1): 69–77.

Boris Begović

Faculty of Law, University of Belgrade
Center for liberal-democratic studies

INTERNATIONAL MIGRATION AND CRIME: AN ECONOMIC ANALYSIS

SUMMARY

The aim of the paper is to explore the existence, mechanisms, direction and strange of the causality between international migrations and crime in immigration country. Becker's model, i.e. the basic model of crime economics was used as a conceptual framework for the theoretical consideration of the mechanisms of the causality between migrations and

crime. It was demonstrated that there were countervailing effects – increase in migrations can produce both increase or decrease in crime, and the effects are changing in time, with the assimilation of the migrants. Accordingly, the results of the migration on crime can be only empirically established. Contemporary empirical analyses, that have successfully solved the main methodological issues, like endogeneity of the explanatory variables and mismeasurement of the key variables, did not produce unambiguous results. In some cases, no statistically significant relations between migrations and crime have been recorded, and in the other cases, those in which such a relation was statistically significant, the relation was weak and only in the cases of specific property crimes. No statistically significant relations between migrations and violent crime were recorded.

Keywords: international migrations, property crime, violent crime, Becker's model, econometric models.

ODMERAVANJE NOVČANE KAZNE U PREKRŠAJNOM PRAVU

Apstrakt: Novčana kazna je daleko najčešće izricana prekršajna kazna pa je stoga i njeno odmeravanje u prekršajnom pravu veoma osetljivo i značajno pitanje. Za razliku od drugih kazni pri čijem se odmeravanju ne pojavljuju značajnije razlike između krivičnog i prekršajnog prava (kazna zatvora i rad u javnom interesu), problematika odmeravanja novčane kazne dodatno je usložnjena činjenicom da su u našem prekršajnom pravu, za razliku od krivičnog, paralelno prisutna tri sistema propisivanja i odmeravanja novčane kazne: sistem relativno određenih kazni, sistem apsolutno određenih kazni i sistem proporcionalno određenih kazni. Različite mogućnosti za odmeravanje kazne pri primeni ovih sistema manifestuju se ne samo kod redovnog odmeravanja kazni, već i kod primene instituta ublažavanja kazne i oslobođenja od kazne. Stoga bi prilikom sledećih izmena Zakona o prekršajima trebalo precizirati pojedine odredbe o odmeravanju kazne kako ne bi dolazilo do određenih dilema prilikom njihove primene u praksi.

Ključne reči: odmeravanje kazne, novčana kazna, prekršajno pravo, ublažavanje kazne, oslobođenje od kazne

1. SPECIFIČNOSTI ODMERAVANJA KAZNE U PREKRŠAJNOM PRAVU

Odmeravanje kazne je vrlo značajan i istovremeno veoma složen zadatak od čijeg pravilnog rešavanja umnogome zavisi ostvarenje svrhe kažnjavanja. Složenost ovog problema proističe iz potrebe da izrečena kazna bude u što većoj meri prilagođena, s jedne strane, težini učinjenog delikta, što nalaže zahtev pravičnosti, a s druge strane, ličnosti njegovog učinioca, kako bi njeno dejstvo na učinioca bilo što potpunije. Do odmeravanja kazne dolazi u svim kaznenim postupcima, dakle ono je svojstveno svim granama našeg kaznenog prava.

Naše prekršajno pravo ima svoja posebna pravila o odmeravanju kazne koja se unekoliko razlikuju od pravila o odmeravanju kazne u drugim granama našeg kaznenog prava. Glavne specifičnosti odmeravanja kazne u prekršajnom pravu ispoljavaju se kada je u pitanju propisivanje i odmeravanje novčane kazne, kao najčešće izricane kazne u prekršajnom pravu. Za razliku od našeg krivičnog prava koje primenjuje samo jedan sistem propisivanja i odmeravanja kazni, pa i novčane kazne, sistem relativno određenih kazni, i privrednoprestupnog prava koje primenjuje dva sistema, sistem relativno određenih kazni i sistem proporcionalnog odmeravanja kazni, naše prekršajno pravo koristi tri sistema propisivanja i odmeravanja novčane kazne, i to: sistem relativno određenih kazni, sistem apsolutno određenih kazni i

* redovni profesor, djordje.djordjevic@kpa.edu.rs

sistem proporcionalno određenih kazni. Primena tri različita sistema odmeravanja novčane kazne posledica je tri različita načina propisivanja ove kazne koje poznaje naš Zakon o prekršajima (u danjem tekstu ZOP)¹: novčana kazna propisana u rasponu, novčana kazna propisana u fiksnom iznosu i novčana kazna propisana u srazmeri.

1.1. Novčana kazna propisana u rasponu

Propisivanje novčane kazne u rasponu posebnog minimuma i maksimuma osnovni je način propisivanja kazni u našem prekršajnom pravu i predviđen je u članu 39, stav 1. ZOP. Ovakav način propisivanja svih kazni, pa i novčane, odgovara sistemu relativno određenih kazni koji je, kao što smo već rekli, prihvaćen i u našem krivičnom i u privrednoprestupnom pravu. To je i inače najprihvaćeniji sistem u savremenom kaznenom pravu uopšte, počev još od francuskog KZ iz 1810. godine, kada je prvi put primenjen, da bi se kasnije proširio i u krivičnom zakonodavstvu drugih zemalja i održao kao vladajući u savremenom krivičnom pravu uopšte. Ovakav sistem odmeravanja kazne odlikuje se propisivanjem kazne za svako pojedinačno kažnjivo delo u zakonu, ne u fiksnim iznosima, već u intervalima minimuma i maksimuma, u kom rasponu sud odmerava kaznu u svakom konkretnom slučaju. Prednost ovakvog sistema je u tome što zadržava zakonsko odmeravanje kazne i time omogućava ostvarivanje kaznene politike zakonodavca, ali relativiziranjem zakonski odmerene kazne kroz propisivanje kazni u intervalima, a ne fiksnim iznosima, omogućava aktivnu ulogu suda u procesu odmeravanja kazne, koji u propisanim okvirima utvrđuje konačnu visinu kazne koju će izreći. Na taj način je omogućeno da sud izvrši individualizaciju kazne u svakom konkretnom slučaju, imajući u vidu sve karakteristike konkretnog učinjenog dela i sve osobenosti ličnosti učinioca i njegovog odnosa prema delu koje je učinio.² Time se, s jedne strane, otklanja nedostatak zakonskog odmeravanja kazne koje kaznu određuje prema delu i njegovoj težini posmatranom apstraktno, bez mogućnosti prilagođavanja kazne konkretnom delu i učiniocu, a s druge strane ograničava sud u odmeravanju kazne na zakonske okvire propisanih kazni, čime se otklanja opasnost da kaznena politika sudova izađe iz okvira kaznene politike zakonodavca. Sve to vodi usklađivanju ove dve kaznene politike i onemogućavanju neopravdanih razlika u praksi sudova do čega bi dolazilo ako bi odmeravanje vršili bez ikakvih okvira postavljenih u zakonu.

Ovakav sistem određivanja kazni prihvaćen je i u savremenom prekršajnom pravu mnogih zemalja (na primer u Francuskoj³, Nemačkoj⁴, Austriji⁵ i dr). Realizaciju ovakvog sistema odmeravanja kazne u prekršajnom pravu vrše sudovi za

1 Službeni glasnik RS, br. 65/2013 i 13/2016.

2 Stojanović Z.: *Krivično pravo, opšti deo*, Beograd, 2013, str. 316.

3 Varinard A; Joly-Sibuet E: Les problèmes juridiques et pratiques posés par la différence entre droit pénal et droit administratif pénal, *Revue internationale de droit pénal*, No. 1–2/1988. str. 194.

4 Weigend T: The legal and practical problems posed by the difference between Criminal Law and Administrative Penal Law, *Revue internationale de droit pénal*, No. 1–2/1988. str. 76. i 77.

5 Miklau R: The legal and practical problems posed by the difference between Criminal Law and Administrative Penal Law, *Revue internationale de droit pénal*, No. 1–2/1988. str. 111.

prekršaje utvrđujući u svakom konkretnom slučaju vrstu i visinu odmerene kazne koju izriču učiniocu prekršaja. Pri tome, ako su propisom kojim je određen prekršaj alternativno propisane dve kazne, prekršajni sud koji odmerava kaznu prvo određuje vrstu kazne koju će izreći, a zatim i njenu meru.

U našem prekršajnom pravu pravila o tome kako sud postupa prilikom odmeravanja kazne data su u ZOP, u članu 42, gde se propisuje da se kazna za prekršaj „odmerava u granicama koje su za taj prekršaj propisane, a pri tome se uzimaju u obzir sve okolnosti koje utiču da kazna bude veća ili manja, a naročito: težina i posledice prekršaja, okolnosti pod kojima je prekršaj učinjen, stepen odgovornosti učinioca, ranija osuđivanost, lične prilike učinioca i držanje učinioca posle učinjenog prekršaja“. Sve te okolnosti, zavisno od konkretnog slučaja, mogu se pojaviti ili kao otežavajuće ili kao olakšavajuće. Korišćenje formulacije „a naročito“ pre navođenja ovih okolnosti ukazuje na to da ovo nabrojavanje nije iscrpno, odnosno da je moguće pri odmeravanju kazne uzimati u obzir i druge okolnosti koje nisu taksativno navedene, a koje mogu biti od značaja za ocenu težine konkretnog prekršaja i ličnosti njegovog učinioca. Navedene su, dakle, samo najkarakterističnije okolnosti koje se javljaju u vezi sa svakim učinjenim prekršajem i koje se samim tim moraju ceniti u svakom konkretnom slučaju. Osim toga ove okolnosti date su veoma uopšteno tako da se većina konkretnih okolnosti datog prekršaja može podvesti pod neku od njih.

U vezi sa tim pomalo iznenađuje da pomenuta odredba o odmeravanju kazne ZOP ne sadrži sve one okolnosti koje poznaje naš Krivični zakonik (u daljem tekstu KZ), a da se za to ne vidi opravdan razlog. Odredba ZOP, za razliku od KZ, ne sadrži okolnosti kao što su pobude iz kojih je delo izvršeno i odnos učinioca prema žrtvi, od kojih ona prva, pobude iz kojih je delo izvršeno, upravo kod prekršaja može da bude veoma značajna.⁶ To naravno ne znači da i ove okolnosti ne mogu da budu od značaja za odmeravanje kazne po ZOP, bez obzira na to što nisu izričito pomenute, jer navođenje ovih okolnosti u zakonu nije limitativno.

Kada je reč o ranijoj prekršajnoj osuđivanosti ona je obuhvaćena pojmom povrata. U prekršajnom pravu pod ovim pojmom podrazumeva se okolnost da je učiniocu ranije bila izrečena neka prekršajna sankcija. Povrat u našem prekršajnom pravu predstavlja fakultativnu otežavajuću okolnost, ali samo pod uslovom da od pravosnažnosti odluke o prekršaju kojom je učiniocu izrečena prekršajna sankcija nije prošlo više od četiri godine (član 42, stav 2. ZOP). U protivnom, ova okolnost ne može biti uzeta kao otežavajuća pri odmeravanju prekršajne kazne. Ovaj rok je produžen u odnosu na ZOP iz 2005, što se može oceniti kao opravdano jer duži rok omogućava bolji uvid u ponašanje okrivljenog.⁷

Postoji još jedna okolnost koju ZOP ističe kao relevantnu za odmeravanje prekršajne kazne, a to je imovno stanje učinioca. U tom smislu u članu 42, stav 3. ZOP izričito se navodi da će se prilikom odmeravanja visine novčane kazne uzeti

6 Đorđević Đ: Problemi međusobnog usaglašavanja odredaba prekršajnog i krivičnog prava, u publikaciji „Kaznena reakcija u Srbiji, V deo“, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd, 2015, str. 148.

7 Šušnjara M: Izmene u sistemu prekršajnih sankcija, u publikaciji „Primena novih odredbi u Zakonu o prekršajima“, Pravosudna akademija i USAID Srbija, Beograd, 2013, str. 91.

u obzir imovno stanje učinioca. Pošto se novčana kazna može izreći za prekršaj i pravnom licu postavlja se pitanje da li se ova odredba odnosi i na odmeravanje novčane kazne pravnom licu, s obzirom da zakon koristi izraz „imovno stanje“ koji se uobičajeno koristi za fizičko lice. To svakako ne treba shvatiti tako da prilikom odmeravanja kazne pravnom licu ne treba ceniti njegovu ekonomsku moć, već da je ZOP pod pojmom „imovno stanje učinioca“ verovatno podrazumevao i ekonomsko stanje pravnog lica,⁸ jer je i pravno lice mogući učinilac prekršaja i to učinilac kome se po pravilu izriče novčana kazna. Ipak se čini da bi u cilju izbegavanja određenih nedoumica bilo bolje ovde uneti i izraz „ekonomsko stanje pravnog lica“,⁹ jer izraz „imovno stanje“ zaista više asocira na fizičko lice.

Ova okolnost je data odvojeno od ostalih otežavajućih i olakšavajućih okolnosti, jer je ona relevantna samo za odmeravanje novčane kazne. Međutim, pošto je novčana kazna daleko najčešće izricana sankcija u prekršajnom pravu, značaj ove okolnosti za odmeravanje kazne u prekršajnom pravu je veoma veliki, znatno veći nego u krivičnom pravu. Ocena imovnog stanja učinica (odnosno ekonomskog stanja pravnog lica) kao obavezan element pri izicanju novčane kazne izraz je težnje ka ujednačavanju novčanog kažnjavanja lica različitog imovnog stanja, odnosno želje da izrečena kazna podjednako pogodi učinioca prekršaja bez obzira na njegovo imovno stanje.

1.2. Novčana kazna propisana u fiksnom iznosu

Članom 39, stav 2. ZOP predviđena je mogućnost da novčana kazna bude propisana i u fiksnom iznosu. Ovakav način propisivanja kazne odgovara sistemu apsolutno određenih kazni. Ovaj sistem bio je prihvaćen u francuskom KZ iz 1791. godine, a u savremenom krivičnom pravu uglavnom je napušten. Međutim, on se u prekršajnom pravu u različitim varijantama odavno primenjuje u mnogim zemljama.¹⁰

Ovakav način odmeravanja kazne po pravilu se primenjuje samo na najlakše prekršaje. Kao što je rečeno, njegov najveći nedostatak je što isključuje svaku mogućnost individualizacije kazne i njenog prilagođavanja u svakom konkretnom slučaju težini učinjenog prekršaja i ličnosti njegovog učinioca. Ipak, njegova primena može se opravdati ne samo celishodnošću i efikasnošću ovakvog načina kažnjavanja, već i time što su u pitanju najlakši prekršaji kod kojih su svi konkretni slučajevi praktično isti sa gledišta težine učinjenog prekršaja, a karakteristike ličnosti učinioca prekršaja nisu od značaja. Kod ovih prekršaja po pravilu ne dolaze do izražaja neke takve olakšavajuće ili otežavajuće okolnosti koje bi mogle da utiču da se novčana kazna izrekne u manjem ili većem iznosu. Čak ni imovno stanje učinioca, kao obavezan element odmeravanja novčane kazne, ovde nije od posebnog značaja, jer su kazne koje se izriču u minimalnim ili blizu minimalnih iznosa u kojima se novčana kazna uopšte može izreći. Naše prekršajno pravo, kad su u pitanju ovi

8 Vuković I: *Prekršajno pravo*, Beograd, 2015, str. 97, str. 94.

9 Delibašić T: Predlozi izmena Zakona o prekršajima, *Pravni život* br. 11/2009, str. 232.

10 Delmas-Marty M: Différenciation des systèmes juridiques de sanctions à dominante pénale ou administrative, *Revue internationale de droit pénal*, No. 1–2/1988, str. 35.

prekršaji, propisuje posebne kaznene okvire koji su znatno niži od onih koji važe za prekršaje gde je novčana kazna data u rasponu (član 39, stav 2. ZOP). S obzirom na to da je reč o najlakšim, samim tim i najbrojnijim prekršajima, u takvim slučajevima sve je podređeno brzini i efikasnosti prekršajnog postupka.

Kod ovakvog načina kažnjavanja praktično ne postoji kaznena politika organa koji izriču ove kazne, što nije ni potrebno jer bi ona u takvim slučajevima bila bez ikakvog značaja. Težište kaznene politike i ostvarivanja svrhe kažnjavanja kod ovih prekršaja je na organima koji propisuju prekršaje, pa je na njima obaveza da pri propisivanju kazni imaju u vidu takvu kaznenu politiku, sagledavajući kako apstraktnu težinu propisanih prekršaja tako i moguće osobenosti pojedinačnih konkretno učinjenih prekršaja. Osnovni problem ovde je u tome da se pravilno oceni da li je kod pojedinih prekršaja ovakav način propisivanja kazne odgovarajući, ne samo sa gledišta brzine postupka i efikasnosti izvršenja kazni, već i sa gledišta utvrđivanja visine novčane kazne kao adekvatne kazne za određeni prekršaj.

Naše prekršajno pravo propisuje da se za ovakve prekršaje, za koje je novčana kazna određena u fiksnom iznosu, vodi posebna vrsta skraćenog postupka, tzv. postupak izdavanja prekršajnog naloga.¹¹ Ova vrsta postupka prvi put je uvedena u naše prekršajno pravo Zakonom o prekršajima iz 2013. godine.

1.3. Novčana kazna propisana u srazmeri

Treći sistem odmeravanja novčane kazne u našem prekršajnom pravu je proporcionalan. On se primenjuje kad su u pitanju prekršaji iz zakonom izričito navedenih oblasti, a to su, po ZOP, oblasti javnih prihoda, javnog informisanja, carinskog, spoljnotrgovinskog i deviznog poslovanja, životne sredine, prometa roba i usluga i prometa hartijama od vrednosti (član 39, stav 4. ZOP). Ovakvo odmeravanje kazne predviđeno je samo kod onih grupa prekršaja kod kojih to odgovara samoj prirodi prekršaja. U pitanju su prekršaji kod kojih je novčani iznos određenog elementa prekršaja od najvećeg značaja za ocenu težine učinjenog prekršaja, tako da je potrebno upravo taj iznos imati u vidu pri odmeravanju kazne. U tim oblastima zakonom se mogu propisati kazne u srazmeri sa visinom pričinjene štete ili neizvršene obaveze, vrednosti robe ili druge stvari koja je predmet prekršaja.

Ovaj sistem već dugi niz godina se primenjuje i u prekršajnom pravu mnogih zemalja, na primer, u prekršajnom pravu Italije¹², Francuske¹³, Švajcarske¹⁴ i dr. Suština ovog sistema je u tome što prema njemu nisu u novčanim iznosima zakonski određeni opšti minimum i maksimum novčane kazne niti su propisani kod pojedinih prekršaja propisima kojima je prekršaj određen, već se kazna odmerava u određenoj srazmeri sa novčanim iznosom koji odgovara kvantitativno izraženoj vrednosti nekog elementa prekršaja, kao što su pričinjena šteta, pribavljena imovinska korist

11 v. Marinović M: Prekršajni nalog, u publikaciji „Nova rešenja za unapređenje efikasnosti prekršajnog postupka“, Pravosudna akademija i USAID Srbija, Beograd, 2013, str. 59–80.

12 Dolcini E: Les problèmes juridiques et pratiques posés par la difference antre droit criminel et droit administratif pénal, Revue internationale de droit pénal, No. 1–2/1988. str. 281.

13 Varinard A; Joly-Sibuet E: op. cit. str. 195.

14 Gauthier J: Les problèmes juridiques et pratiques posés par la difference antre droit criminel et droit administratif pénal, Revue internationale de droit pénal, No. 1–2/1988. str. 409.

ili neki drugi element prekršaja. U našem prekršajnom pravu u pitanju je srazmera sa visinom pričinjene štete, neizvršene obaveze ili vrednosti robe koja je predmet prekršaja. U ZOP je određen maksimum te proporcije koja se može primeniti pri propisivanju i odmeravanju kazne, i ona iznosi najviše do dvadesetostrukog iznosa pomenutih vrednosti i najviše do petostrukog iznosa opšteg maksimuma novčane kazne za pojedine kategorije učinilaca.

Ovaj sistem sadrži i elemente kako zakonskog, tako i sudskog odmeravanja kazne. Zakonsko odmeravanje kazne dolazi do izražaja utoliko što se zakonom određuje maksimalna proporcija koja se može primeniti pri propisivanju i odmeravanju kazne, a propisom kojim je određen prekršaj propisuje se maksimum proporcije za taj prekršaj, a sudsko tako što prekršajni sud odmerava koju će proporciju, u propisanom okviru, da primeni u konkretnom slučaju. Tako se i pri ovakvom odmeravanju uzimaju u obzir sve okolnosti koje utiču da kazna bude veća ili manja (otežavajuće i olakšavajuće okolnosti), jer od njih zavisi koja će se proporcija u propisanim okvirima primeniti. Na taj način postiže se da odmerena kazna u takvim slučajevima odgovara pre svega težini učinjenog prekršaja, ali da istovremeno bude prilagođena i svim drugim okolnostima koje u konkretnom slučaju karakterišu učinjeni prekršaj i njegovog učinioca. Ovakav način odmeravanja kazne može se primeniti u odnosu na fizička, pravna i odgovorna lica i preduzetnike.

ZOP je odredio samo maksimum proporcije, a ne i njen minimum.¹⁵ Međutim, posebnim propisom kojim je određen prekršaj može biti utvrđen i minimum i maksimum proporcije u okviru kojih se prekršajni organ može kretati prilikom odmeravanja kazne za konkretan prekršaj. Tako Carinski zakon¹⁶ u čl. 292. i 293. propisuje prekršaje za koje će se učinilac kazniti novčanom kaznom od jednostrukog do četverostrukog iznosa vrednosti robe koja je predmet prekršaja, odnosno iznosa carinskih dažbina za robu koja je predmet prekršaja. Međutim, ZOP ne određuje da li srazmera koja se primenjuje mora biti izražena primenom celih brojeva ili je moguća primena decimala, na primer 2,5 puta. Ovakva mogućnost otvara i pitanje da li bi koeficijent proporcije mogao biti i manji od jedan, na primer 0,5. Odgovor na ovo pitanje je pozitivan. U tom smislu, na primer, Zakon o poreskom postupku i poreskoj administraciji¹⁷ predviđa u čl. 177. i 178. prekršaje za zaprećenom novčanom kaznom izraženom u različitim procentima od 10% do 100% dugovanog poreza.

2. UBLAŽAVANJE KAZNE

Institut ublažavanja kazne postoji i u našem prekršajnom kao i krivičnom i prirednoprestupnom pravu.

Pod ublažavanjem kazne podrazumeva se odmeravanje kazne blaže po vrsti ili po meri od kazne propisane za učinjeni delikt. Naš ZOP predvideo je ublažavanje

15 Đorđević Đ: *Prekršajno pravo*, Beograd, 2015, str. 75.

16 Službeni glasnik RS, br. 18/2010, 111/2012, 29/2015 i 108/2016.

17 Službeni glasnik RS, br. 80/2002, 84/2002 – ispr., 23/2003 – ispr., 70/2003, 55/2004, 61/2005, 85/2005 – dr. zakon, 62/2006 – dr. zakon, 63/2006 – ispr. dr. zakona, 61/2007, 20/2009, 72/2009 – dr. zakon, 53/2010, 101/2011, 2/2012 – ispr., 93/2012, 47/2013, 108/2013, 68/2014, 105/2014, 91/2015 – autentično tumačenje, 112/2015, 15/2016 i 108/2016.

kazne kao opšti institut, koji se može primeniti u dva slučaja: kad je to zakonom izričito propisano, i kada sud koji odmerava kaznu, na osnovu uslova koji su predviđeni Zakonom o prekršajima, oceni da kaznu treba ublažiti.

U odredbama ZOP o ublažavanju kazne (član 43) navedeni su opšti uslovi za ublažavanje kazne, ali je neopravdano izostala odredba o tome da se kazna može ublažiti i u slučajevima kada je to zakonom predviđeno (prekoračenje nužne odbrane i krajnje nužde, kompulzivna sila i pretnja, pravna zabluda, pomaganje) kakva postoji u KZ (član 56, tač. 1, KZ).¹⁸ Objašnjenje da je to već učinjeno u prethodnim odredbama koje se odnose na pomenute institute stoji,¹⁹ ali sledeći takvu logiku kod odredbe o oslobođenju od kazne (o čemu će biti još reči) nije trebalo pominjati prekoračenje nužne odbrane i krajnje nužde kao slučajeve kod kojih može doći do oslobođenja od kazne, jer je to već prethodno učinjeno kod tih instituta. U svim propisanim slučajevima ublažavanje je fakultativno, tj. kazna se može ali ne mora ublažiti.

Drugi slučaj odnosi se na ublažavanje kazne na osnovu opšte odredbe ZOP po kojoj sud može ublažiti kaznu učiniocu prekršaja pod opštim uslovima predviđenim ovim zakonom, tj. ako prekršajem nisu prouzrokovane teže posledice, i ako postoje olakšavajuće okolnosti koje ukazuju da se i sa ublaženom kaznom može postići svrha kažnjavanja (član 43, stav 1. ZOP). Ovi uslovi su dati kumulativno, što znači da moraju biti ispunjena oba da bi moglo doći do ublažavanja kazne. U teoriji postoji i mišljenje da je ovaj prvi uslov nepotreban, jer je uvek ispunjen, s obzirom da se „nevrednost prekršajnog delikta redovno iscrpljuje u samom nepoštovanju propisa“.²⁰

Takođe je ispuštena i odredba o tome da u slučajevima kada postoji mogućnost oslobođenja od kazne, pa ta mogućnost ne bude iskorišćena, sud može učiniocu kaznu neograničeno ublažiti. Bez ovakve odredbe, koja postoji u KZ (član 57, stav 4. KZ), dolazi se do nelogične situacije da sud u nekim slučajevima učinioca može da oslobodi od kazne (na primer, u slučaju stvarnog kajanja), a da kaznu ne može da mu ublaži (osim ako su ispunjeni opšti uslovi za ublažavanje kazne).²¹ Da bi se izbegla ovakva nelogičnost sud bi u takvim situacijama morao da se rukovodi logičkim principom *argumentum a maiore ad minus* (ko može više, može i manje).²²

Zakonom o prekršajima određeni su i načini na koje se kazna može ublažiti. To može biti izricanjem kazne ispod najmanje mere kazne koja je propisana za taj prekršaj, ali ne ispod zakonskog minimuma te vrste kazne, ili izricanjem novčane kazne ili kazne rada u javnom interesu umesto propisane kazne zatvora (takođe ne ispod njihovog zakonskog minimuma) ili izricanjem samo jedne u slučajevima kada su kumulativno propisane i kazna zatvora i novčana kazna.

18 Đorđević Đ: Novi Zakon o prekršajima i novine u opštem delu prekršajnog prava, „*Nauka, bezbednost, policija*“, br. 2/2014, str. 22.

19 Mrvić-Petrović N: *Komentar novog Zakona o prekršajima*, Beograd, 2014, str. 44.

20 Vuković I: *Prekršajno pravo*, Beograd, 2015, str. 97, str. 95.

21 Đorđević Đ: U susret novom Zakonu o prekršajima Republike Srbije, *Nova rešenja u kaznenom zakonodavstvu Srbije i njihova praktična primena*, Zlatibor, 2013, str. 508.

22 Mrvić-Petrović N: *Komentar novog Zakona o prekršajima*, Beograd, 2014, str. 45.

Iz iznetog možemo da zaključimo da institut ublažavanja kazne ima značajno mesto i u prekršajnom pravu i da se njegovom primenom u nekim slučajevima može postići bolja i pravičnija individualizacija prekršajne kazne. Međutim, može se postaviti pitanje da li se ovaj institut može primeniti uvek, bez obzira kako je u konkretnom slučaju propisana novčana kazna, u rasponu, fiksno ili u odgovarajućoj srazmeri. U vezi sa tim pojavljuju se određene dileme.

Najmanje dilema ima kad su u pitanju kazne propisane u rasponu posebnog minimuma i maksimuma. Ublažavanje je ovde uvek moguće bez obzira da li se radi o ublažavanju po vrsti, meri ili putem izricanje samo jedne od kumulativno propisanih kazni. Ublažavanjem se može izreći blaža vrsta kazne (novčana kazna ili rad u javnom interesu umesto kazne zatvora) pri čemu nije određeno koja će od ove dve vrste kazni imati prioritet pri zameni kazne zatvora.²³ Zakonom nije predviđena mogućnost da novčana kazna ili rad u javnom interesu ublažavanjem zamene jedna drugu, niti je određena gradacija u težini ove dve kazne, pa samim tim ni koja bi koju mogla da zameni. Ni kod ublažavanja kazne po meri kod ovog sistema ne pojavljuju se značajniji problemi jer se kazna ublažava ispod posebnog, ali ne i ispod opšteg minimuma te vrste kazne. Problemi se eventualno mogu pojaviti ako dođe do izmena Zakona o prekršajima i povišavanja opšteg minimuma neke kazne, a ove izmene nisu pratile i odgovarajuće izmene drugih propisa koji sadrže odredbe o prekršajima, pa dođe do situacije da je kod nekog prekršaja posebni minimum niži od opšteg.²⁴ Takođe nisu sporne situacije kada se ublažavanjem izriče samo jedna od dve kumulativno propisane kazne, jer su u našem prekršajnom pravu kumulativno propisane samo kazna zatvora i novčana kazna.

Na prvi pogled dilema oko ublažavanja nema ni kad su u pitanju novčane kazne propisane u fiksnom iznosu: kazne su fiksirane i ublažavanja nema. Međutim, po ZOP u slučajevima kada se radi o prekršajima sa fiksnom propisanom novčanom kaznom umesto redovnog prekršajnog vodi se tzv. postupak izdavanja prekršajnog naloga, kao varijanta skraćenog postupka. U slučaju da okrivljeni ne prihvati ovako utvrđenu odgovornost za prekršaj on može da podnese zahtev za sudske odlučivanje na osnovu koga se pred sudom vodi redovni prekršajni postupak.²⁵ Postavlja se pitanje može li u ovom postupku da dođe do ublažavanja kazne, jer u ovom postupku, bez obzira što je kazna određena fiksno, sud utvrđuje činjenice pa se može dogoditi da konstatuje i postojanje nekog od uslova za ublažavanje kazne. Iako ZOP o tome ništa izričito ne govori odredba člana 174, stav 7. ZOP koja kaže da, „Ako sud utvrdi da je okrivljeni koji je zahtevao sudske odlučivanje odgovoran za prekršaj, svojom odlukom će ga obavezati da novčanom kaznu iz prekršajnog naloga plati u punom iznosu kao i da nadoknadi sudske troškove“ ne ostavlja mesta za tumačenje u smislu mogućnosti primene instituta ublažavanja kazne u ovakvom slučaju. Međutim, ako su ispunjeni uslovi za oslobođenje od kazne, koje je po našem mišljenju

23 Vuković I: *Prekršajno pravo*, Beograd, 2015, str. 97, str. 96.

24 Vuković I: *Prekršajno pravo*, Beograd, 2015, str. 92; Mrvić-Petrović N: *Komentar novog Zakona o prekršajima*, Beograd, 2014, str. 42. i 45.

25 Marinović M: Prekršajni nalog, u publikaciji „*Nova rešenja za unapređenje efikasnosti prekršajnog postupka*“, Pravosudna akademija i USAID Srbija, Beograd, 2013, str. 73.

moguće uvek, bez obzira na način propisivanja novčane kazne, pa sud okrivljenog ne oslobodi od kazne, ne vidi se ni jedan razlog zašto ne bi mogao da mu kaznu neograničeno ublaži.

Najviše nedoumica izaziva mogućnost primene ublažavanja kazne u slučaju da je novčana kazna propisana u srazmeri. Striktним jezičkim tumačenjem odredbe člana 43. ZOP koja kaže da će se pod određenim uslovima „izreći kazna ispod najmanje mere kazne koja je propisana za taj prekršaj“ može se zaključiti da ublažavanje ovde nije moguće jer nema „najmanje mere propisane kazne“. Suštinski, ta najmanja mera kazne vezuje se za najniži iznos propisane proporcije, pa bi se kod prekršaja kod kojih je određen posebni minimum srazmere veći od opšteg minimuma ove srazmere, moglo primeniti ublažavanje kazne. Međutim, kao što je već rečeno u izlaganju o novčanoj kazni određenoj u srazmeri, nije sasvim jasno da li je ZOP uopšte odredio opšti minimum ovako propisane kazne. Naime, moglo bi se na osnovu formulacije zaključiti da je to jednostuka srazmera, ali gore navedeni primeri pokazuju da je pojedinim propisima određena i srazmera u nižoj vrednosti. Tako ostaje nejasno da li bi se, na primer, ako bi za neki prekršaj bila propisana srazmera od trostrukog do desetostrukog iznosa pričinjene štete, ublažavanjem mogla izreći kazna od, na primer, dvostrukog iznosa pričinjene štete. No, primeri novčanih kazni propisanih u srazmeri sa određenim posebnim minimumom su u praksi dosta retki pa bi čak i prihvatanje mogućnosti ublažavanja kazne u ovakvim slučajevima imalo veoma mali značaj. Međutim, ako su i kod prekršaja sa novčanom kaznom propisanom u srazmeri ispunjeni uslovi za oslobodjenje od kazne, kazna se svakako može i neograničeno ublažiti.

3. OSLOBOĐENJE OD KAZNE

Oslobodjenje od kazne je institut prekršajnog prava čijom se primenom, u zakonom predviđenim slučajevima, učinilac prekršaja može osloboditi od kazne iako je prekršajno odgovoran. Iako se u ovom slučaju kazna ne izriče, pa samim tim i ne odmerava, ipak se i ovde u izvesnom smislu radi o nekoj vrsti odmeravanja kazne, jer se u ovakvim slučajevima kazna učinioocu smanjuje do njenog potpunog anuliranja.²⁶ Na taj način se predviđanjem instituta oslobodjenja od kazne daje još šira mogućnost individualizacije u pogledu kažnjavanja.

Oslobodjenje od kazne po Zakonu o prekršajima (član 44. ZOP) moguće je u tri situacije: u slučajevima prekoračenja nužne odbrane i krajnje nužde, ako je prekoračenje učinjeno pod naročito (posebno) olakšavajućim okolnostima; u slučajevima kada učinilac prekršaja za koji je propisana novčana kazna dobrovoljno otkloni posledice nastale izvršenjem prekršaja ili nadoknadi pričinjenu štetu pre nego što je saznao da je okrivljen (tzv. stvarno kajanje); i kada je prekršaj učinjen iz nehata, a posledice dela tako teško pogađaju učinioca da izricanje kazne u takvom slučaju očigledno ne bi odgovaralo svrsi kažnjavanja. U ovim slučajevima sud učinioca može oglasiti odgovornim, sa svim posledicama koje to sa sobom nosi (upis u registar sankcija, naknada troškova postupka i dr.) ali ga može i osloboditi od kazne.

26 Đorđević Đ: *Prekršajno pravo*, Beograd, 2015, str. 79.

Učiniocu u tom slučaju takođe može biti izrečene i zaštitna mera, kao i mera oduzimanje imovinske koristi.²⁷

Odredba ZOP po kojoj se, ako je pomenuto prekoračenje nužne odbrane i krajnje nužde učinjeno pod naročito (posebno)²⁸ olakšavajućim okolnostima, učinilac može osloboditi od kazne, predstavlja novinu u našem prekršajnom pravu i doneta je po ugledu na rešenja iz KZ. Po odredbama starog Zakona o prekršajima iz 2005. godine o nužnoj odbrani i krajnjoj nuždi, učinilac se u ovakvim slučajevima nije smatrao odgovornim za prekršaj, što je svakako povoljnija situacija za učinioca od fakultativne mogućnosti oslobođenja od kazne.²⁹

Oslobođenja od kazne u slučaju prekoračenja nužne odbrane i krajnje nužde pod naročito olakšavajućim okolnostima postavljeno je fakultativno, odnosno određeno je samo kao mogućnost, a da li će ona biti iskorišćena zavisi od odluke suda u konkretnom slučaju. Kao naročito (osobito) olakšavajuće okolnosti mogu se, kao i u krivičnom pravu, uzeti okolnosti koje se uzimaju u obzir prilikom odmeravanja kazne, ali su ovde posebno izražene po svojoj brojnosti ili intenzitetu. To su u osnovi one iste okolnosti koje se uzimaju u obzir i u krivičnom pravu.³⁰

Drugi osnov za oslobođenje od kazne koji predviđa ZOP je otklanjanje posledica prekršaja ili naknada štete od strane učinioca pre nego što je saznao da je okrivljen. Ovakav slučaj se u krivičnopravnoj i prekršajnopravnoj teoriji naziva stvarno kajanje. Da bi postojao ovaj osnov za oslobođenje od kazne predviđena su dva uslova: da je u pitanju prekršaj za koji je propisana novčana kazna, i da je učinilac posle izvršenog prekršaja, a pre nego što je saznao da je okrivljen, otklonio posledice dela ili nadoknadio štetu prouzrokovanu prekršajem.

Ovaj osnov oslobođenja od kazne može se, dakle, primeniti samo ako su u pitanju prekršaji za koja je propisana novčana kazna. Zakonodavac se opredelio za ovakvo rešenje verovatno želeći da iz ove mogućnosti isključi najteže prekršaje. Jezičkim tumačenjem odredbe može se zaključiti da se ograničenje ne odnosi na prekršaje za koje su alternativno propisane i kazna zatvora i novčana kazna. Međutim, ciljno tumačenje verovatno bi išlo u pravcu da je intencija zakonodavca bila da se odredba odnosi samo na lakše prekršaje, dakle na one za koje je propisana „samo novčana kazna“. Isključivanje iz ove mogućnosti samo prekršaja za koje je propisana samo kazna zatvora ne samo da je verovatno nepotrebno, nego je i bez većeg značaja jer je broj ovakvih prekršaja veoma mali. Dakle, bolje je bilo opredeliti se ili da se ova odredba odnosi na sve prekršaje ili, ako se već želeo suziti krug tih prekršaja, samo na one sa zaprećenom samo novčanom kaznom.

Prema drugom uslovu da bi postojalo stvarno kajanje potrebno je da je učinilac posle izvršenog prekršaja, a pre nego što je saznao da je okrivljen, otklonio posledice dela ili nadoknadio štetu prouzrokovanu prekršajem. Stvarno kajanje treba da

27 Mrvić-Petrović N: *Komentar novog Zakona o prekršajima*, Beograd, 2014, str. 45.

28 Kad je u pitanju prekoračenje nužne odbrane Zakon koristi termin „naročito olakšavajuće okolnosti“, a kod prekoračenja krajnje nužde „posebno olakšavajuće okolnosti“, a da se ne vidi nikakav opravdan razlog za ovu terminološku neusklađenost.

29 Mrvić-Petrović N: *Komentar novog Zakona o prekršajima*, Beograd, 2014, str. 23. i 25.

30 Vuković I: *Prekršajno pravo*, Beograd, 2015, str. 42.

je učinjeno dobrovoljno³¹ tj. da je učinilac sam odlučio da otkloni posledicu koju je prouzrokovao. Stoga neće postojati stvarno kajanje ako je učinilac na otklanjanje posledice bio prinuđen delovanjem drugih lica ili nastalim okolnostima. Ocenu dobrovoljnosti treba ceniti prema svim okolnostima pod kojima je do otklanjanja posledice došlo, a posebno u zavisnosti od toga da li je učinilac otklonio posledicu pre nego što je učinjeno delo otkriveno i pokrenut postupak. U tom pogledu više momenata može da bude relevantno: momenat otkrivanja dela, momenat otkrivanja učinioca i momenat pokretanja postupka. Isto tako može da bude relevantan i momenat saznanja učinioca za pomenute tri okolnosti. Po tom pitanju ZOP se opredelio za momenat saznanja učinioca da je okrivljen, dakle da je protiv njega pokrenut prekršajni postupak, kao najrelevantniji za ocenu dobrovoljnosti njegovog postupanja. To je, po pravilu, momenat uručivanja prvog poziva okrivljenom radi saslušanja uz dostavljanje zahteva za pokretanja prekršajnog postupka.³²

Najzad, treba istaći da je stvarno kajanje moguće samo kod izvesnih prekršaja kod kojih je, po prirodi stvari, moguće otkloniti posledicu na način kako je to već izloženo, dok kod ostalih prekršaja postojanje stvarnog kajanja nije moguće.

Treći osnov za oslobođenje od kazne koji predviđa Zakon o prekršajima je slučaj koji postoji kada posledice nehatno učinjenog prekršaja tako teško pogađaju učinioca da izricanje kazne u takvom slučaju očigledno ne bi odgovaralo svrsi kažnjavanja. Ograničenje primene ovog osnova oslobođenja od kazne samo na učinioca nehatnih prekršaja opravdano je jer kod umišljajno učinjenih prekršaja stepen krivice učinioca svakako isključuje mogućnost da bi se oslobođenjem od kazne mogla ostvariti svrha kazne i bez njenog izricanja, kako u pogledu specijalne, tako i u pogledu generalne prevencije. Ipak, stoji konstatacija da ovaj uslov u prekršajnom pravu ima daleko manji značaj s obzirom da za razliku od krivičnog, u prekršajnom pravu nehat predstavlja pravilo, a ne izuzetak.³³

Zakon očigledno težište problema stavlja na posledice učinjenog prekršaja koje treba da teško pogađaju njegovog učinioca. On ne ističe izričito koje posledice u ovakvom slučaju treba imati u vidu, ali je očigledno da se pod posledicama prekršaja smatraju sve neposredne, ali i posredne posledice koje su iz učinjenog prekršaja proizašle, a ne samo one posledice koje kod konkretnog prekršaja predstavljaju obeležje njegovog bića. Na to ukazuje i upotreba množine u zakonskom određivanju uslova za postojanje ovog osnova oslobođenja od kazne („kad posledice dela“), tako da pod posledicama dela u ovakvim slučajevima treba imati u vidu ne samo posledice koje su obeležje bića konkretno učinjenog prekršaja, već i sve druge posledice koje su pored njih nastupile ili koje su kasnije iz jednih ili drugih proizašle.³⁴ Zakon ne određuje vrste posledica koje treba da su nastupile, ali po samoj prirodi stvari kao posledice koje teško pogađaju učinioca uzimaju se posledice po život i telo samog učinioca. U praksi je sporno da li u pitanju mogu biti i posledice u odnosu

31 Delić N.: Poravnanje učionica i oštećenog kao osnov za oslobođenje od kazne, u publikaciji „Kazneno zakonodavstvo: progresivna i represivna rešenja“, Beograd, 2005. str. 294.

32 Vuković I: *Prekršajno pravo*, Beograd, 2015, str. 97.

33 Vuković I: *Prekršajno pravo*, Beograd, 2015, str. 97.

34 Đorđević Đ: Oslobođenje od kazne u prekršajnom pravu, u publikaciji „Kriminalitet u Srbiji i instrumenti državne reakcije“, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd, 2016, str. 155.

na imovinu³⁵ koje su po prirodi lakše od onih koje se odnose na telo, ali čini se da ni njih ne treba isključiti ako su one izuzetno teške i teško pogađaju učinioca. Ovo pogotovu važi za prekršajno pravo gde su po prirodi stvari ovakve posledice češće.

Posledice učinjenog dela treba da tako teško pogađaju učinioca da izricanje kazne u takvom slučaju ne bi odgovaralo svrsi kažnjavanja. Ovaj uslov za postojanje osnova za oslobođenje od kazne ukazuje i na same razloge zbog kojih se ovaj osnov može prihvatiti. Izricanje kazne učiniocu prekršaja u funkciji je ostvarivanja svrhe kažnjavanja koja je kao specijalna i generalna prevencija izražena u odredbama čl. 5, st. 2. ZOP o svrsi prekršajnih sankcija i čl. 33, st. 2. ZOP o svrsi kažnjavanja. Tako je kao svrha propisivanja, izricanja i primene prekršajnih sankcija pomenutim članom određeno poštovanje pravnog sistema od strane građana i nastojanje da se u buduću ne čine prekršaji, a u okviru ovako određene opšte svrhe prekršajnih sankcija, „svrha kažnjavanja je da se izrazi društveni prekora učiniocu zbog izvršenog prekršaja i da se utiče na njega i na sva ostala lica da ubuduće ne čine prekršaje“.

Mogućnost oslobođenja od kazne „učinioca prekršaja učinjenog iz nehata kada posledice dela tako teško pogađaju učinioca da izricanje kazne u takvom slučaju očigledno ne bi odgovaralo svrsi kažnjavanja“, preuzeta iz KZ, iako u krivičnom pravu ima svoj puni smisao, u prekršajnom pravu će retko biti primenjena, jer je teško zamisliti situaciju u kojoj posledice nekog prekršaja tako teško pogađaju učinioca (najteža posledica po učinioca prekršaja obično je to što će biti kažnjen!).³⁶ Takve situacije, po pravilu su povezane sa krivičnom, a ne prekršajnom odgovornošću.³⁷

Kao što je već istaknuto u izlaganju o ublažavanju kazne, iako to ZOP izričito ne predviđa logično je da se u slučaju ispunjenosti uslova za oslobođenje od kazne učiniocu kazna može i neograničeno ublažiti. Ovo proizlazi iz primene logičkog principa „ko može više, može i manje“ koji se u ovom slučaju mora primeniti.³⁸

Za razliku od krivičnog, naše prekršajno pravo doskora (do donošenja Zakona o prekršajima iz 2013) nije predviđalo mogućnost oslobođenja od kazne. Imajući u vidu prirodu delikata i relativno lake prekršajne kazne, ovaj institut objektivno ima u prekršajnom manji značaj i sigurno će biti ređe primenjivan nego u krivičnom pravu.³⁹ Ipak, čini se da njegovo predviđanje u prekršajnom pravu može biti od koristi, jer predstavlja još jednu dodatnu mogućnost prilagođavanja prekršajne kazne težini učinjenog prekršaja i ličnosti učinioca.⁴⁰

Govoreći o uslovima za primenu instituta oslobođenja od kazne ZOP nigde ne pominje da li se ovaj institut može primeniti na sve prekršaje za koje je zaprećena

35 Lazarević LJ: *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije*, Beograd, 2006, str. 204.

36 Đorđević Đ: U susret novom Zakonu o prekršajima Republike Srbije, u publikaciji „Nova rešenja u kaznenom zakonodavstvu Srbije i njihova praktična primena“, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu i „Intermeks“ Beograd, Zlatibor, 2013, str. 508.

37 Vuković I: *Prekršajno pravo*, Beograd, 2015, str. 97.

38 Stojanović Z.: *Krivično pravo, opšti deo*, Beograd, 2013, str. 327.

39 Mrvić-Petrović N: Materijalno-pravne odredbe Zakona o prekršajima, u publikaciji „Primena novih odredbi u Zakonu o prekršajima“, Pravosudna akademija i USAID Srbija, Beograd, 2013, str. 16.

40 Đorđević Đ: Oslobođenje od kazne u prekršajnom pravu, u publikaciji „Kriminalitet u Srbiji i instrumenti državne reakcije“, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd, 2016, str. 148.

novčana kazna, bez obzira na način kako je ona propisana. Teorijski, ne vidi se ni jedan razlog zbog koga se ovaj institut ne bi mogao primeniti na sve prekršaje za zaprećenom novčanom kaznom, pa čak i one sa fiksno određenom kaznom, ako se povodom njih vodi redovan sudski postupak (na osnovu zahteva za sudsko odlučivanje). Međutim, imajući u vidu već iznetu konstataciju o daleko manjem značaju oslobođenja od kazne u prekršajnom nego u krivičnom pravu, primena ovog instituta i na lakše prekršaje, sa zaprećenom novčanom kaznom (čak i onom u fiksnom iznosu, rezervisanom samo za najlakše prekršaje) ne bi imala velikog značaja i najverovatnije bi se svela samo na sporadične slučajeve.

ZAKLJUČAK

Izloženi načini odmeravanja kazne u našem prekršajnom pravu pokazuju da ono sadrži jedan razvijen i detaljno razrađen sistem odmeravanja kazne. Ovaj sistem je posebno složen kad je u pitanju odmeravanje novčane kazne s obzirom na njenu veliku primenu u prekršajnom pravu. Ta široka primena ove kazne u prekršajnom pravu, od veoma lakih do teških prekršaja sa velikom pričinjenom štetom, uslovlila je postojanje različitih načina propisivanja i odmeravanja novčane kazne sa ciljem njenog prilagođavanja različitim vrstama prekršaja.

Takav sistem omogućava realizaciju kaznene politike kako zakonodavca tako i sudova za prekršaje i obezbeđuje u svim konkretnim slučajevima pronalaženje što adekvatnijeg i što pravičnijeg reagovanja kaznom prema učiniocima prekršaja u različitim mogućim situacijama koje se u praksi pojavljuju. A upravo vođenjem takve kaznene politike i takvim odmeravanjem kazni za prekršaje najviše se može postići na ostvarivanju svrhe kažnjavanja za prekršaje i suzbijanju prekršajnog ponašanja u društvu, a time i zaštiti svih onih vrednosti koje se prekršajnim pravom zaštićuju.

Paralelno postojanje tri načina propisivanja i odmeravanja novčane kazne daje veće mogućnosti za njeno adekvatno odmeravanje, ali stvara i niz problema oko toga kako se koji sistem upotrebljava i koji se instituti vezani za odmeravanje kazne mogu u okviru njih primeniti. Osnovni razlog za nastajanje ovih problema jesu nedovoljno jasno i precizno formulisane odredbe ZOP koje ostavljaju prostor za različite dileme i dodatne tumačenja. Stoga bi prilikom narednih izmena i dopuna ZOP posebnu pažnju trebalo posvetiti i odredbama o odmeravanju kazne u smislu njihovog preciziranja. Rešenje bi moglo da se nađe i u okviru posebno formulisanih odredbi za odmeravanje novčane kazne koje bi imale u vidu postojanje tri različita načina njihovog propisivanja

LITERATURA

- Delić N.: Poravnanje učionica i oštećenog kao osnov za oslobođenje od kazne, u publikaciji „Kazneno zakonodavstvo: progresivna i represivna rešenja“, Beograd, 2005.
- Delibašić T: Predlozi izmena Zakona o prekršajima, *Pravni život* br. 11/2009.
- Delmas-Marty M: Différenciation des systèmes juridiques de sanctions à dominante pénale ou administrative, *Revue internationale de droit pénal*, No. 1-2/1988.

- Dolcini E: Les problèmes juridiques et pratiques posés par la difference antre droit criminel et droit administratif pénal, *Revue internationale de droit pénal*, No. 1–2/1988.
- Đorđević Đ: U susret novom Zakonu o prekršajima Republike Srbije, u publikaciji „*Nova rešenja u kaznenom zakonodavstvu Srbije i njihova praktična primena*“, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu i „Intermeks“ Beograd, Zlatibor, 2013.
- Đorđević Đ: *Prekršajno pravo*, Beograd, 2015.
- Đorđević Đ: Novi Zakon o prekršajima i novine u opštem delu prekršajnog prava, „*Nauka, bezbednost, policija*“, br. 2/2014.
- Đorđević Đ: Problemi međusobnog usaglašavanja odredaba prekršajnog i krivičnog prava, u publikaciji „*Kaznena reakcija u Srbiji V deo*“, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd, 2015.
- Đorđević Đ: Oslobođenje od kazne u prekršajnom pravu, u publikaciji „*Kriminalitet u Srbiji i instrumenti državne reakcije*“, Kriminalističko-policajska akademija, Beograd, 2016.
- Gauthier J: Les problèmes juridiques et pratiques posés par la difference antre droit criminel et droit administratif pénal, *Revue internationale de droit pénal*, No. 1–2/1988.
- Lazarević LJ.: *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije*, Beograd, 2006.
- Marinović M: Prekršajni nalog, u publikaciji „*Nova rešenja za unapređenje efikasnosti prekršajnog postupka*“, Pravosudna akademija i USAID Srbija, Beograd, 2013.
- Miklau R: The legal and practical problems posed by the difference between Criminal Law and Administrative Penal Law, *Revue internationale de droit pénal*, No. 1–2/1988.
- Mrvić-Petrović N: *Komentar novog Zakona o prekršajima*, Beograd, 2014.
- Mrvić-Petrović N: Materijalno-pravne odredbe Zakona o prekršajima, u publikaciji „*Primena novih odredbi u Zakonu o prekršajima*“, Pravosudna akademija i USAID Srbija, Beograd, 2013.
- Stojanović Z.: *Krivično pravo, opšti deo*, Beograd, 2013.
- Šušnjara M: Izmene u sistemu prekršajnih sankcija, u publikaciji „*Primena novih odredbi u Zakonu o prekršajima*“, Pravosudna akademija i USAID Srbija, Beograd, 2013.
- Varinard A; Joly-Sibuet E: Les problèmes juridiques et pratiques posés par la difference antre droit pénal et droit administratif pénal, *Revue internationale de droit pénal*, No. 1–2/1988.
- Vuković I: *Prekršajno pravo*, Beograd, 2015.
- Weigend T: The legal and practical problems posed by the difference between Criminal Law and Administrative Penal Law, *Revue internationale de droit pénal*, No. 1–2/1988.

Djordje Djordjevic

Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade

DETERMINATION OF SENTENCE IN MISDEMEANOR LAW

SUMMARY

The fine is by far the most frequently imposed misdemeanor penalty, therefore determination of this sentence presents one very sensitive and important issue. Unlike some other penalties where no significant differences between misdemeanor law and criminal law determinations exist (imprisonment and community service), determination of fine is especially complex. In our misdemeanor law (unlike the criminal law), there are three systems for sentencing and determination of fine: the system of relatively defined penalties, the system of absolutely defined penalties, and the system of proportionally defined penalties. Different possibilities for the determination of sentence (within some of those three systems) manifest themselves not only in the case of the regular determination of sentence, but also with the application of mitigation of penalty and remittance of penalty. Hence, next changes of the Code of Misdemeanors should formulate more precisely some provisions on determination of sentence in order to avoid certain dilemmas related to their application in practice.

Keywords: Determination of Sentence, Fine, Misdemeanor Law, Mitigation of Penalty, Remittance of Penalty.

KRIVIČNOPRAVNI ZNAČAJ LAŽNOG ZAKLINJANJA – NEKA ZAPAŽANJA

Apstrakt: Autor se u radu bavi pitanjem krivičnog značaja lažnog zaklinjanja. U datom kontekstu daje prikaz i vrši analizu osnovnih i dopunskih obeležja bića krivičnog dela davanje lažnog iskaza (član 335. KZ) koje spada u glavu krivičnih dela protiv pravosuđa. U skladu sa primarnim predmetom interesovanja, posebna pažnja je posvećena težem obliku ovog krivičnog dela koji postoji kada svedok, veštak, prevodilac ili tumač daje lažni iskaz u krivičnom postupku ili pod zakletvom (član 335, stav 3. KZ). U drugom delu rada, autor ukratko daje prikaz geneze inkriminisanja lažnog zaklinjanja i davanja lažnih iskaza u sudskim postupcima u našem pravu. Nakon toga, dovodi se u pitanje opravdanost ponovnog propisivanja težeg oblika krivičnog dela davanje lažnog iskaza koji je vezan za polaganje zakletve. U trećem delu rada prikazano je englesko rešenje krivičnog dela krivokletstva koje je specifično po tome što ga odlikuju prihvatanje subjektivne teorije o pojmu lažnog iskaza i zakletva kao sredstvo upozorenja svedoka da treba da govori istinu. Na kraju rada izneti su određeni zaključci i predlozi u vezi eventualnih izmena i dopuna bića krivičnog dela davanje lažnog iskaza. Sve navedeno je potkrepljeno odgovarajućim argumentima.

Ključne reči: zakletva, lažno zaklinjanje, krivokletstvo, davanje lažnog iskaza, krivična dela protiv pravosuđa.

UVODNE NAPOMENE

Davanje lažnog iskaza pod zakletvom tzv. „lažno zaklinjanje“ je u zakonodavstvu Srbije predviđeno kao jedan od oblika krivičnog dela davanje lažnog iskaza (član 335, stav 2. KZ) koje spada u glavu krivičnih dela protiv pravosuđa. Ovu glavu čine ona krivična dela kojima se štiti pravilno i zakonito funkcionisanje pravosuđa kao posebne funkcije državne vlasti koja se, pored ostalog, odlikuje osobenom organizacijom, nezavisnošću i specifičnim metodima postupanja. Zbog svoje izuzetne važnosti funkcionisanje pravosuđa je i predmet krivičnog zaštitne.

Iako se objekti zaštite krivičnih dela iz ove glave u krajnjoj liniji mogu svesti na zajednički genusni pojam – pravilno i nesmetano funkcionisanje pravosuđa, u suštini, oni su kod pojedinih krivičnih dela ipak, međusobno različiti. Tako, krivično delo davanje lažnog iskaza (član 335. KZ) po svojoj prirodi predstavlja sasvim autonomnu kategoriju koja ima specifičan objekt zaštite i uslovno rečeno, spada u podgrupu krivičnih dela čije vršenje nije upravljeno samo protiv pravosuđa u užem smislu reči.¹ Ovom inkriminacijom, naime, pruža se zaštita, kako pravosudnim, tako i drugim državnim organima koji na osnovu zakonskih ovlašćenja u kontekstu

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

1 M. Pisani, *La tutela penale delle prove formate nel processo*, Milano 1959, 168.

ostvarivanja svoje funkcije donose odluke koje su od značaja za individualne i društvene interese. Da bi dati organi donosili pravilne i zakonite odluke potrebno je da one budu zasnovane na pravilno i potpuno utvrđenom² činjeničnom stanju.³ U velikom broju slučajeva, kao što je poznato, nadležni organi činjenično stanje utvrđuju na osnovu iskaza određenih lica.

Sve rečeno upućuje na zaključak da postoji ne samo opšti, već i pojedinačni interes da u odgovarajućim postupcima data lica govore istinu.⁴ Njihova obaveza jeste da svojim istinitim iskazima doprinesu donošenju pravilne i zakonite odluke. U suprotnom, nadležni organi mogu biti dovedeni u zabludu prilikom utvrđivanja pravno relevantnih činjenica⁵ što za posledicu može imati donošenje nepravilne i nezakonite odluke. Stoga, da bi se, u slučajevima kada pravosudni i drugi državni organi utvrđuju činjenično stanje na osnovu iskaza određenih lica, obezbedilo da ta lica daju istinite iskaze, inkriminisano je davanje lažnih iskaza.⁶

I

Istorijski posmatrano, genaza inkriminisanja lažnog zaklinjanja i davanja lažnih iskaza vezana je za nastanak i afirmaciju određenih dokaznih sredstava u sudskim postupcima kao i za pojavu pojedinih procesnih subjekata.

U pitanju je najpre, bila zakletva kao iracionalno dokazno sredstvo koje tokom vremena gubi značaj samostalnog dokaznog sredstva⁷ i postepeno se afirmiše kao sredstvo kojim se pojačava dokazna snaga, drugih racionalnih dokaznih sredstava, prevashodno svedočenja, a potom i veštačenja.⁸

- 2 Utvrđivanje podrazumeva nepristrasno ispitivanje da li nešto postoji ili ne. V. Bajović, *O činjenicama i istini u krivičnom postupku*, Beograd 2015, 70.
- 3 Činjenice su pojave od čijeg pravilnog utvrđivanja zavisi donošenje pravilne odluke. *Ibid.*, 20. Činjenično stanje jeste skup događaja, stanja, odnosa, predmeta i svojstava koji su od značaja za odlučivanje o krivičnomaterijalnim i krivičnoprocesnim pitanjima. S. Brkić, *Krivično procesno pravo I*, Novi Sad 2014, 293.
- 4 Nemačka doktrina pak, smatra da se ovom inkriminacijom ne štiti individualni, već samo opšti interes tj. jedino se štiti pravosuđe, odnosno javno poverenje u njegovo funkcionisanje. Schönke, Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, München 2001, 1320. U istom smislu i M. Babić, I. Marković, *Krivično pravo, posebni dio*, Banja Luka 2013, 327.
- 5 U skladu sa odredbom člana 83. ZKP, pravno relevantne činjenice bi bile one činjenice koje čine obeležja krivičnog dela, od kojih zavisi primena neke druge odredbe Krivičnog zakonika i od kojih zavisi primena odredaba krivičnog postupka – to su činjenice od kojih zavisi primena neke zakonske norme. U zavisnosti od toga da li su date činjenice „relevantne“ za primenu procesne ili materijalne odredbe, dele se na procesno-pravno relevantne i materijalno-pravno relevantne činjenice. V. Bajović, 23.
- 6 Vid. G. La Cute, „Falsa testimonianza“, *Enciclopedia Giuridica*, Roma XIII/1989, 504, Lj. Karanović, „Krivična odgovornost za davanje lažnog iskaza“, *Pravni život*, Beograd 9–10/1959, 18. i R. Jović, „Krivično delo davanje lažnog iskaza“, *Pravni život*, Beograd 2/1980, 36.
- 7 Prema navodima, kažnjavanje lažnog zaklinjanja objašnjava se sa jedne strane, samom prirodom zakletve kao strogo religioznog čina, a sa druge strane, prirodom lažne zakletve shvaćene kao uvrede Boga. F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*, Lucca 1889, 279.
- 8 Budući da su svi sudski postupci toga doba bili u potpunosti verbalni, svedok je svojim lažnim iskazom u značajnoj meri menjao realnost i polaganje zakletve na takav iskaz, prema tadašnjem

U tom smislu, nadalje primarni značaj imaju racionalna dokazna sredstva, sve- dočenje i veštačenje, čija primena podrazumeva saopštavanje određenih činjenica tj. iskazivanje.⁹ Od suštinske važnosti jeste i pojava prevodioca i tumača kao spored- nih procesnih subjekta, kao i uvođenje dokaznog sredstva saslušanjem stranaka.¹⁰

Jednom rečju, permanentna integracija normi materijalnog krivičnog prava i normi procesnih prava koje se odnose na dokazna sredstva u sudskim postupcima jeste ono što suštinski karakteriše razvoj i modifikaciju ovih inkriminacija.

II

U našem zakonodavstvu krivično delo davanje lažnog iskaza (član 335. KZ) ima više oblika: dva osnovna, teži, najteži i jedan privilegovani oblik.

Zajedničko obeležje za sve oblike krivičnog dela jeste radnja izvršenja koja se sastoji u davanju lažnog iskaza. Radnja izvršenja ovog krivičnog dela jeste činjenje – odgovarajuća izjava (tzv. izjavno krivično delo) koja se sastoji u aktivnom laganju i koja može biti: a) izjava da postoji činjenica koja ne postoji; b) izjava da ne postoji činjenica koja postoji; v) izjava koja u sadržinskom smislu podrazumeva prikaziva- nje neke činjenice koja postoji, na način koji ne odgovara objektivnom stanju stvari i najzad, g) izjava koja se sastoji u prećutkivanju neke činjenice koja ima značaj za samu sadržinu iskaza koji se daje, ukoliko se njenim izostavljanjem menja čitav kontekst iskaza u smislu da njegova sadržina više ne odgovara objektivnoj stvar- nosti.¹¹ Odbijanje davanja iskaza ne predstavlja radnju izvršenja krivičnog dela jer, kako konstatuje Živanović, u takvom slučaju uopšte nema iskaza, pa se prema tome ne može ni raditi o lažnom iskazu.¹²

Da bi postojalo krivično delo iskaz koji se daje mora biti lažan. Lažni iskaz je u osnovi neistinit iskaz tj. iskaz koji ne odgovara istini. Istiniti iskaz je onaj koji je saglasan sa objektivnom stvarnošću, koji označava stvarno, realno stanje, koji se podudara sa njim. Istinit iskaz je istovremeno i tačan iskaz. Shodno tome, neistinit iskaz je onaj koji označava objektivnu nesaglasnost sa stvarnošću. Neistinit iskaz može biti netačan (nesvesno neistinit) i lažan.¹³

verovanju, moglo je da izazove osvetu božanstva prema svim pripadnicima zajednice. F. M. Scarlata, „Falsità e falso (storia)“, *Enciclopedia del Diritto*, Milano XVI/1967, 505.

- 9 Naime, kako pravilno utvrđivanje činjenica postaje ključni deo postupka i sama crkva sve više izražava sumnju u božiji sud i druga „mistična“ sredstva dokazivanja i počinje da koristi racionalnija dokazna sredstva poput dokazivanja ispravama i svedocima. Ujedno se donose i stroga dokazna pravila koja kao kriterijum istinitosti postavljaju zakletvu dva svedoka ili priznanje okrivljenog. V. Bajović, 79.
- 10 Odvajanje religije i prava neizbežno je dovelo i do modifikacije inkriminisanja lažnog iskazivanja u sudskim postupcima te se postojanje krivičnog dela više nije vezivalo za lažnu zakletvu i svetogrđe već se smatralo da je davanje lažnog iskaza prevashodno upereno protiv pravosuđa tj. njegovog funkcionisanja. F. M. Scarlata, 507.
- 11 F. Antolisei, *Manuale di diritto penale, parte speciale II*, Milano 2008, 524. Ima i mišljenja da prećutkivanje predstavlja radnju nečinjenja. M. Babić, I. Marković, 327.
- 12 T. Živanović, *Osnovi krivičnog prava, posebni deo, Knjiga II*, Beograd 1923, 194.
- 13 Netačan, nesvesno neistinit iskaz nastaje usled grešaka koje se mogu javiti prilikom realizacije pojedinih psihičkih funkcija koje ulaze u sastav iskaza, a to su opažanje, pamćenje, mišljenje

U doktrini¹⁴ kao i u sudskoj praksi (VSS Kz. 72/63)¹⁵ nesporno je prihvaćen stav da smislu inkriminacije krivičnog dela davanja lažnog iskaza, po prirodi stvari, odgovara objektivna teorija o pojmu lažnog iskaza, prema kojoj je lažni iskaz onaj iskaz koji po svojoj sadržini ne odgovara stvarnosti, koji je u suprotnosti sa činjeničnim stanjem, jer će samo u tom slučaju objekt krivičnopravne zaštite biti ugrožen. Radi boljeg razumevanja treba reći da je u kontekstu ove teorije pojam lažnog iskaza u suštini složena, objektivno-subjektivna kategorija. To je iskaz koji je objektivno i subjektivno neistinit.¹⁶ Objektivno neistinit u smislu da nije u skladu sa objektivnom stvarnošću, a subjektivno neistinit u smislu da objektivno neistinit iskaz prati umišljaj davaoca iskaza, koji može biti direktan ili eventualni¹⁷ (Vrhovni vojni sud K.II 284/95).¹⁸ Shodno tome, nema krivičnog dela u slučaju objektivne istinitosti i subjektivne neistinitosti jer objektivno istinit iskaz, bez obzira na subjektivnu neistinitost ne može uticati na pravilno i zakonito donošenje odluke nadležnog organa.¹⁹ Takođe, krivičnog dela nema ni u slučaju objektivne neistinitosti i subjektivne istinitosti – tada nije reč o lažnom, već o netačnom iskazu jer nema umišljaja i davalac iskaza smatra da ono što iskazuje odgovara objektivnom stanju stvari (tzv. dobronamerni davalac iskaza /svedok/).²⁰ Doktrina je takođe jedinstvena u stavu da postojanje krivičnog dela pretpostavlja da lažni iskaz mora biti dat o pravno relevantnim činjenicama tj. činjenicama koje su od značaja za donošenje odluke u datom postupku.²¹ Navedeno stanovište prihvaćeno je i u sudskoj praksi (VS Vojvodine Kž. 41/82).²² Sam iskaz može biti lažan u celini ili delimično i otuda krivično delo postoji ne samo kada se lažno iskazuje o svim pravno relevantnim činjenicama, već i kada se o nekim pravno relevantnim činjenicama iskazuje istina, a o nekima laž, s tim što će u tom slučaju krivično delo postojati samo u odnosu na onaj deo iskaza koji je lažan (VSS Kž. 493/58).²³

i iskazivanje ili usled poremećaja u realizaciji psihičkih funkcija koje su sa njima povezane, npr. svesti, volje i emocija. Lažni iskaz predstavlja svesno iznošenje neistinitog iskaza. N. Delić, *Psihologija iskaza pojedinih učesnika u krivičnom postupku*, Beograd 2009, 52–54.

- 14 Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd 2016, 933, Grupa autora, redaktor Lj. Lazarević, *Komentar Krivičnog zakona Srbije*, Beograd 1995, 748, J. Tahović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd 1957, 542, D. Atanacković, *Krivično pravo, posebni deo*, Beograd 1981, 512, F. Bačić, Z. Šeparović, *Krivično pravo, posebni dio*, Zagreb 1997, 275, M. Babić, I. Marković, 327, F. Antolisei, 524, i Schönke, Schröder, 1321.
- 15 *Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije*, Beograd 1/1964, 15.
- 16 U tom smislu se govori od „modifikovanoj“ objektivnoj teoriji. Schönke, Schröder, 1321.
- 17 *Ibid*, 1338.
- 18 Cit. prema, M. Babić, I. Marković, 328.
- 19 U slučaju kada neko lice daje objektivno istinit iskaz, ali pri tome veruje da govori laž, u italijanskoj teoriji se smatra da je u pitanju putativno krivično delo. F. Antolisei, 525.
- 20 Kako se ističe, „kriterijum lažnosti iskaza ne zavisi od odnosa između rečenog i realnosti, već od odnosa između rečenog i svesti (znanja) davoca iskaza“. F. Carrara, 279.
- 21 Stojanović, 933, Grupa autora, redaktor Lj. Lazarević, 749, J. Tahović, 543, D. Atanacković, 512, F. Antolisei, 525, i Schönke, Schröder, 1320. Otuda, to ne bi mogle biti činjenice posredstvom kojih se na osnovu iskustva logički zaključuje, sa većom ili manjom verovatnoćom, o postojanju pravno relevantnih činjenica (indicije) kao ni činjenice na osnovu kojih se proverava verodostojnost izvora saznanja o pravno relevantnim činjenicama (pomoćne činjenice). S. Brkić, *Krivično procesno pravo I*, Novi Sad 2014, 293–294.
- 22 Cit. prema, Grupa autora, redaktor Lj. Lazarević, 750.
- 23 *Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije*, Beograd 1/1960, 17.

Osim radnje izvršenja, kroz koju se ovo tipično delatnosno krivično delo iscrpljuje (ne sadrži posledicu u užem smislu),²⁴ objektivna obeležja prvog osnovnog oblika krivičnog dela jesu i odgovarajuće svojstvo izvršioca krivičnog dela, odnosno procesna funkcija učesnika u određenom postupku koji se može javiti kao izvršilac i vrsta postupka u kojem se daje lažni iskaz.

Prema zakonskom tekstu, izvršilac prvog osnovnog oblika krivičnog dela može biti svedok, veštak, prevodilac ili tumač koji daje lažni iskaz pred sudom, u disciplinskom, prekršajnom ili upravnom postupku ili drugom zakonom propisanom postupku (član 335, stav 1. KZ).

Zakonski izraz „pred sudom“ označava da ovaj oblik krivičnog dela može biti učinjen u postupku pred sudovima opšte nadležnosti (osim krivičnih sudova) i privrednim sudovima kao sudovima posebne nadležnosti. Sporno je da li se ovo krivično delo može učiniti i u postupku pred sudom koji nema karakter državnog organa, odnosno u postupcima koji se vode pred arbitražom i sudovima časti koji se obrazuju pri odgovarajućim (npr. privrednim) komarama. Uzevši u obzir značaj sporova koji se vode pred arbitražnim sudovima i sudovima časti, kao i činjenicu da su dati sudovi institucionalizovani i da postoje i obrazuju se na osnovu zakona, treba smatrati da pojam suda u smislu ovog krivičnog dela obuhvata i te sudove, odnosno da u kontekstu ovog krivičnog dela sudom treba smatrati svaki sud koji se obrazuje i postoji na osnovu zakona.²⁵

Shodno navedenom, za prvi osnovni oblik krivičnog dela relevantni postupci jesu: parnični, vanparnični, postupak pred privrednim sudovima, prekršajni, disciplinski i upravni postupak, kao i postupci koji se vode pred arbitražnim sudom i određenim sudom časti, a koji su regulisani odgovarajućim podzakonskim aktima.

Za postojanje krivičnog dela potrebno je da je lažni iskaz dat pred organom koji je ovlašćen za vođenje određene vrste postupka i da su prilikom davanja iskaza ispunjene bitne procesne pretpostavke da bi se iskaz mogao koristiti kao dokaz u datom postupku.

Drugi osnovni oblik krivičnog dela postoji kada stranka prilikom izvođenja dokaza saslušanjem stranaka u sudskom ili upravnom postupku da lažni iskaz, a na ovom iskazu bude zasnovana odluka nadležnog organa (član 335, stav 2. KZ).

Prema zakonskom opisu ovaj oblik krivičnog dela, osim radnje izvršenja koja se sastoji u davanju lažnog iskaza, pretpostavlja i sledeća objektivna obeležja: a) izvršilac krivičnog dela može biti samo stranka u odgovarajućem postupku; b) stranka daje lažan iskaz prilikom izvođenja dokaza saslušanjem stranaka – neophodno je da se radi o procesnoj radnji izvođenje dokaza saslušanjem staranaka u skladu sa zakonom, otuda krivično delo ne može postojati u slučaju preduzimanja neke druge, slične radnje npr. kada je jedno lice preko punomoćnika dalo pismeni odgovor na tužbu, a nije saslušano kao stranka u parničnom postupku (OSB Kž.1534/93)²⁶ ili

24 Z. Stojanović, N. Delić, *Krivično pravo, posebni deo*, Beograd 2017, 265. Ima i mišljenja da je ovo posledično krivično delo i da se posledica sastoji u apstraktnoj opasnosti. Schönke, Schröder, 1333.

25 Z. Stojanović, 933.

26 *Bilten Okružnog suda u Beogradu*, Beograd 41–42/1994, 69.

kada lice u ostavinskom postupku daje nasledničku izjavu (ASB Kž.1 3599/12)²⁷ i v) dovršeno krivično delo pretpostavlja nastupanje objektivnog uslova inkriminacije koji se sastoji u tome da je na lažnom iskazu stranke zasnovana odluka nadležnog organa.

Teži oblik krivičnog dela predviđen odredbom stava 3, člana 335. KZ postoji kada je lažni iskaz dat u krivičnom postupku ili je dat pod zakletvom.

Izvršilac ovog oblika krivičnog dela može biti: svedok, veštak, prevodilac ili tumač, tačnije, to mogu biti isti procesni subjekti koji se javljaju kao izvršioci prvog osnovnog oblika krivičnog dela.

Prvu kvalifikatornu okolnost predstavlja vrsta postupka u kome se lažan iskaz daje. U teoriji je nesporno prihvaćen stav da razlog za težu inkriminaciju u slučaju kada je lažan iskaz dat u krivičnom postupku leži u samoj prirodi ovog postupka.²⁸ Težina ovog oblika krivičnog dela prevashodno je opredeljena njegovim neposrednim objektom zaštite – težište je na zaštiti krivičnog pravosuđa kao jednog od segmenata pravosuđa u širem smislu. Krivično delo postoji kada je lažni iskaz dat pred nadležnim organom u bilo kojoj fazi krivičnog postupka.

Svedok u krivičnom postupku – Pravni položaj svedoka u krivičnom postupku definišu odgovarajuće dužnosti i prava. Pored dužnosti odazivanja pozivu (i isključenja od dužnosti svedočenja), među dužnosti svedoka spadaju i dužnost davanja potpunog i istinitog iskaza i dužnost polaganja zakleteve.²⁹ Dužnost svedočenja podrazumeva pre svega obavezu svedoka da govori istinu i da ništa ne prećuti i organ postupka je dužan da svedoka u tom smislu opomene. Pored toga, organ postupka je obavezan da svedoka upozori da davanje lažnog iskaza predstavlja krivično delo (član 95, stav 1. ZKP).³⁰ Iako to u zakonu nije posebno predviđeno, treba smatrati da se navedena opomena i upozorenje obavezno unose u zapisnik.³¹ Jedna od dužnosti svedoka jeste i dužnost polaganja zakleteve (član 96. ZKP). Zakletva je obavezna i promisorna, što znači da se polaže pre davanja iskaza.³² Zakletva se po pravilu polaže na glavnom preteresu, a pre glavnog pretresa samo iz razloga previđenih u zakonu. Zakletva je laičkog karaktera i ogleda se u svečanom obećanju da će se dati istinit i potpun iskaz. Tekst zakletve glasi: „Zaklinjem se svojom čašću da ću o svemu što budem pitan govoriti samo istinu i da ništa od onoga što mi je poznato neću prećutati.“ Svedok zakletvu polaže usmeno, čitanjem njenog teksta, ili potvrdnim odgovorom nakon saslušanja sadržaja teksta zakletve koju je pročitao organ postupka. Nemi svedoci koji znaju da čitaju i pišu, potpisuju tekst

27 *Bilten Apelacionog suda u Beogradu*, Beograd 5/2013, 98.

28 Z. Stojanović, 934, Grupa autora, redaktor Lj. Lazarević, 752, M. Babić, I. Marković, 329. i D. Atanacković, 513.

29 S. Brkić, 334–339.

30 M. Škulić, *Krivično procesno pravo*, Beograd 2015, 204.

31 G. P. Ilić, M. Majić, S. Beljanski, A. Trešnjev, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Beograd 2013, 274.

32 Ima mišljenja da je prednost asertorne u odnosu na promisornu zakletvu u tome što se tek nakon davanja iskaza vidi da li svedoka treba zaklinjati, a svedok pred sobom ima dat iskaz i može da proceni da li na takav iskaz da položi zakletvu. T. Vasiljević, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Beograd 1957, 233.

zakletve, a gluvi, slepi ili nemi svedoci, koji ne znaju ni da čitaju ni da pišu zaklinju se uz pomoć tumača. Imajući na umu da se svedok ispituje ponaosob i bez prisustva ostalih svedoka, proizlazi zaključak da se zakletva polaže pojedinačno. Ukoliko svedok odbije da položi zakletvu ne postoji mogućnost njegovog sankcionisanja. Odbijanje i razlozi odbijanja svedoka da položi zakletvu uneće se u zapisnik.³³ Kako se navodi, okolnost da je svedok odbio da položi zakletvu ne znači nužno da je iskaz neistinit. U svakom slučaju, sud je obavezan, da poklanjajući veru iskazu saslušanog svedoka, oceni i da li je svedok pre saslušanja položio zakletvu (VSS Kž. 1430/03).³⁴ Ovde treba reći još i to da se pravila o saslušanju svedoka koja se odnose na obavezu upozorenja da davanje lažnog iskaza predstavlja krivično delo i na obavezu polaganja zakletve takođe, primenjuju kod sporazuma o svedočenju okrivljenog (bilo da je okrivljen u istom postupku u kome će svedočiti ili da se protiv njega vodi drugi postupak u odnosu na onaj u kome će svedočiti) i kod sporazuma o svedočenju osuđenog – data upozorenja predstavljaju obavezni element navedenih sporazuma (čl. 321. i 328. ZKP), kao i u jedinom slučaju potpuno anonimnog svedočenja tj. kada se prikriveni islednik izuzetno, pod šifrom ili pseudonimom, ispituje kao svedok u krivičnom postupku (član 187. ZKP).³⁵

Veštak u krivičnom postupku – Pravni položaj veštaka u krivičnom postupku, takođe definišu određene dužnosti i prava. Pored dužnosti odazivanja pozivu pozivu (i dužnosti davanja nalaza i mišljenja u određenom roku i dužnosti čuvanja tajnosti postupka), među dužnosti veštaka spadaju i dužnost savesnog, stručnog, nepristrasnog, tačnog i potpunog obavljanja veštačenja, odnosno davanje istinitog nalaza i mišljenja i dužnost polaganja zakletve.³⁶ Organ postupka po službenoj dužnosti ili na predlog stranke i branioca određuje veštačenje pismenom naredbom (izuzetno može i usmeno). Sadržaj naredbe, odnosno njeni obavezni elementi predviđeni su zakonom (član 118. ZKP). Kao poslednji obavezni element naredbe navedeno je upozorenje veštaku na posledice davanja lažnog nalaza i mišljenja. Takođe, predviđena je dužnost veštaka da položi zakletvu. Reč je o promisornoj zakletvi tj. svečanom obećanju datom pred organom postupka u propisanoj formi da će veštačenje biti obavljeno *lege artis*.³⁷ S obzirom na to da zakonska odredba propisuje da se stalni sudski veštak opominje na već položenu zakletvu, moglo bi se zaključiti da se jedino od *ad hoc* veštaka zahteva da pre veštačenja položi zakletvu. Međutim, pošto se upis u Registar veštaka vrši samo na osnovu rešenja o imenovanju koje donosi ministar nadležan za poslove pravosuđa, bez obaveze polaganja zakletve, opomena stalnog sudskog veštaka bi se mogla odnositi samo na zakletvu položenu u nekom prethodno vođenom postupku. To je u skladu sa obavezom or-

33 G. P. Ilić, M. Majić, S. Beljanski, A. Trešnjev, 278.

34 I. Simić, A. Trešnjev, *Zbrika sudskih odluka iz krivičnopravne materije, Knjiga šesta*, Beograd 2005, 271.

35 Vid. M. Škulić, *Organizovani kriminalitet, pojam, pojavni oblici, krivična dela i krivični postupak*, Beograd 2015, 434, 439. i 538.

36 S. Brkić, 355–356. i M. Škulić, 226.

37 Kako se ističe, „veštak zakletvu polaže pre otpočetog veštačenja da bi mu se na vreme skrenula pažnja, a skretanje pažnje je uzaludno po obavljenom poslu koji se često ne da poraviti.“ T. Vasiljević, 241.

gana postupka da prati rad veštaka. Za odbijanje polaganja zakletve nije predviđena sankcija, ali bi sud prilikom ocene dokazne vrednosti nalaza i mišljenja veštaka mogao da uzme u obzir datu okolnost. Zakletva se po pravilu polaže na glavnom preteresu, a pre glavnog pretresa samo iz razloga previđenih u zakonu. Veštaka koji je položio zakletvu pre glavnog pretresa, predsednik veća će upozoriti na to pre početka ispitivanja na glavnom pretresu. Zakletva koju polaže veštak je laičkog karaktera i u njoj je posebno istaknuta (naglašena) stručna sposobnost veštaka i njegovo savesno i nepristrasno postupanje. Zakletvom se veštak obavezuje da će se pridržavati objektivnih pravila nauke ili veštine i da će, ujedno, lično postupati tako da veštačenje obavi savesno, nepristrasno i po svom najboljem znanju, a nalaz i mišljenje iznese tačno i potpuno. Zakletva se polaže usmeno i to znači da veštak čita tekst zakletve ili, nakon što organ postupka pročita tekst zakletve, potvrđuje da će veštačenje obaviti u skladu sa pravilima date struke. S obzirom na mogućnost da se za veštaka izuzetno odredi strani državljanin, odnosno da veštačenje bude povereno stranom stručnoj ustanovi ili organu druge države, prilikom polaganja zakletve može doći do angažovanja prevodioca.³⁸

Prevodilac i tumač u krivičnom postupku – Stranke, svedoci i druga lica koja učestvuju u postupku imaju pravo da u toku postupka upotrebljavaju svoj jezik i pismo. Ako se postupak ne vodi na njihovom jeziku, biće poučeni o pravu na prevođenje. Ako se ne odreknu prava na prevođenje, obezbediće im se prevođenje na teret budžetskih sredstava. Prevođenje obuhvata ne samo njihove iskaze i iskaze drugih lica, već i isprave i drugi dokazni materijal. Prevođenje obavlja prevodilac.³⁹ Iako se u zakonskom tekstu u kontekstu prava na prevođenje pominje jedino prevodilac, date odredbe odnose se i na tumača.⁴⁰ Kako se navodi, prevodilac se razlikuje od tumača po tome što tumač posreduje u usmenom saobraćaju, a prevodilac i u prevođenju pismena sa jednog jezika na drugi.⁴¹ U istom smislu izjašnjava se i Vrhovni Kasacioni sud navodeći da je „tokom celog postupka bilo obezbeđeno usmeno prevođenje od strane tumača i sav pisani dokazni materijal je bio preveden na jezik nacionalne manjine“ (Kzp. 156/10).⁴² Pod pojmom tumač, osim lica koje poznaje strane jezike, podrazumeva se i lice koje poznaje govor gluvih i nemih.⁴³ Budući da se na prevodioce i tumače shodno primenjuju odredbe koje se odnose na veštake, to, pored ostalog, znači da prevodilac, odnosno tumač mora biti upozoren na obavezu verodostojnog prevođenja, odnosno tumačenja tj. upozoren na posledice davanja lažnog iskaza i da mora položiti zakletvu.

Drugu kvalifikatornu okolnost predstavlja činjenica da je lažni iskaz dat po zakletvom. U ovom slučaju teži oblik krivičnog dela postoji ukoliko svedok, veštak, prevodilac ili tumač u parničnom, vanparničnom postupku, postupku pred privred-

38 G. P. Ilić, M. Majić, S. Beljanski, A. Trešnjev, 315.

39 S. Brkić, 248.

40 T. Vasiljević, 225.

41 T. Vasiljević, M. Grubač, *Zakon o krivičnom postupku, sudska praksa i registar pojmova*, Beograd 1995, 120.

42 G. P. Ilić, M. Majić, S. Beljanski, A. Trešnjev, 87.

43 M. Rašić, „Glavo-nema lica kao učesnici u krivičnom postupku“, *Bilten Okružnog suda u Beogradu*, Beograd 37–38/1992, 18.

nim sudom, disciplinskom, prekršajnom, upravnom postupku ili postupku pred arbitražnim sudom, odnosno određenim sudom časti da lažni iskaz pod zakletvom.

Uzevši u obzir odgovarajuće odredbe relevantnih zakona tj. Zakona o parničnom postupku („Službeni glasnik RS“, br. 72/11, 49/13 – odluka US, 74/13 – odluka US i 55/14),⁴⁴ Zakona o vanparničnom postupku („Službeni glasnik SRS“, br. 25/82 i 48/88 i „Službeni glasnik RS“, br. 46/95 – dr. zakon, 18/05 – dr. zakon, 18/12, 45/13 – dr. zakon, 55/14, 6/15 i 106/15 – dr. zakon), Zakona o opštem upravnom postupku („Službeni glasnik RS“, br. 18/16)⁴⁵ – u kojima za svedoka, veštaka, tumača, odnosno prevodioca nije predviđena obaveza polaganja zakletve kao i sledeće činjenice: a) da se u postupku pred privrednim sudovima primenjuju pravila parničnog postupka; b) da je disciplinski postupak po svojoj prirodi vrsta kaznenog postupka koji bi se mogao definisati kao skup pravnih pravila ponašanja kojima se uređuju uzajamni odnosi između organa nadležnih za raspravljanje disciplinske odgovornosti i okrivljenih lica, a isto tako i, između tih organa i okrivljenih lica na jednoj strani i ostalih učesnika u postupku na drugoj strani, i određuju njihova prava, obaveze i način postupanja tokom trajanja postupka, što govori u prilog zaključku da je disciplinski postupak specifičan po mnogim karakteristikama, a između ostalog i po tome što se samo načelno neposredno reguliše zakonom, a detaljnije opštim aktima ili shodnom primenom odgovarajućih, uslovno rečeno, „modifikovanih“ odredbi ZKP;⁴⁶ v) da je Zakonom o prekršajima („Službeni glasnik RS“, br. 56/13, 13/16, i 98/16 – odluka US) predviđeno da se u prekršajnom postupku shodno primenjuju odredbe ZKP, osim ako ovim ili drugim zakonom nije drugačije predviđeno i da dati zakon sadrži odredbe koje se odnose na saslušanje svedoka i veštaka ne predviđajući pri tome obavezu polaganja zakletve; g) da se u odredbi člana 44. Zakona o arbitraži („Službeni glasnik RS“, br. 46/06) izričito navodi da se svedoci saslušavaju bez polaganja zakletve, a da se u pravilima o saslušanju veštaka zakletva ne spominje (član 45) i d) da se primera radi, u relevantnim odredbama (čl. 41–42) Pravilnika o sudu časti pri privrednoj komori Srbije („Službeni glasnik RS“, br. 39/06) i (čl. 54–55) Pravilnika o načinu rada, postupku, sastavu, načinu izbora i razrešenja sudija Suda časti Inženjerske komore Srbije („Službeni glasnik RS“, br. 16/12) za svedoka i veštaka ne predviđa polaganje zakletve, dok Statut lekarske komore Srbije („Službeni glasnik RS“, br. 111/06, 68/08, 14/10, 36/11 – odluka US, 43/11 i 22/12) u članu 197. propisuje da se u postupku pred Sudom časti u pogledu dokazivanja primenjuju odredbe ZOUP – zaključujemo da bi teži oblik krivičnog dela davanja lažnog iskaza koji je povezan sa polaganjem zakletve formalnopravno mogao da izvrši jedino svedok u disciplinskom postupku, ukoliko bi u konkretnom slučaju bile dosledno primenjene odgovarajuće odredbe ZKP. No, budući da disciplinski postupak nije u tolikoj meri formalan kao krivični postupak i da ga ne vode stručnjaci, faktički je i ovde isključena mogućnost da svedok daje iskaz pod zakletvom.

44 Kako se ističe, novi zakon iz 2011. godine bitno je izmenio gotovo vekovnu koncepciju parničnog postupka. A. Jakšić, *Građansko procesno pravo*, Beograd 2015, iz predgovora šestom izdanju, vid. i 437–454.

45 O značajnim novinama koje uvodi zakon iz 2016. godine vid. Z. R. Tomić, *Opšte upravno pravo*, Beograd 2017, 362–380.

46 D. Bunić, *Disciplinski postupak i njegov odnos sa krivičnim postupkom*, MR, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad 1986, 26.

U skladu sa nepred navedenim, jasno je da svedok, veštak, prevodilac i tumač jedino u krivičnom postupku daju iskaz pod zakletvom. Iz razloga što je u tom slučaju u pitanju prividini idealni sticaj po principu alternativiteta i što po pravilu, postoji davanje lažnog iskaza u krivičnom postupku (VKS Kzz. 43/11),⁴⁷ okolnost da je lažni iskaz dat pod zakletvom mogla bi imati značaj samo prilikom odmeravanja kazne. Data okolnosti mogla bi imati značaj otežavajuće okolnosti zbog toga što je lažni iskaz dat i uprkos položenoj zakletvi. Međutim, ukoliko npr. svedok odbije da položi zakletvu i da lažni iskaz, tada bi i odbijanje polaganja zakletve prilikom odmeravanja kazne moglo da ima značaj otežavajuće okolnosti. Sledstveno tome, svedok koji u krivičnom postupku da lažni iskaz odgovara za teži oblik krivičnog dela s obzirom na vrstu postupka u kome je dat lažni iskaz, a prilikom odmeravanja kazne značaj otežavajuće okolnosti može imati kako činjenica da je položio zakletvu, tako i činjenica da je to odbio, tj. da zakletvu nije položio – što istinu govoreći nije logično.

Najteži oblik krivičnog dela predviđen u stavu 4, člana 335. KZ postoji ako su usled dela iz stava 3. nasupile naročito teške posledice za okrivljenog. Nastupanje naročito teških posledica predstavlja faktičko pitanje koje se utvrđuje u svakom konkretnom slučaju. U pitanju je krivično delo kvalifikovano težom posledicom koja ne predstavlja samostalno krivično delo i stoga teža posledica može biti obuhvaćena kako nehatom, tako i umišljajem izvršioca (član 27. KZ). Za postojanje ovog oblika krivičnog dela nužno je utvrditi uzročnu vezu između davanja lažnog iskaza i nastupanja naročito teških posledica za okrivljenog. Izvršilac krivičnog dela može biti svedok, veštak, prevodilac ili tumač koji daje lažni iskaz u krivičnom postupku. Za ovaj oblik krivičnog dela nije od značaja da li je bila položena zakletva.

U stavu 5, člana 335. KZ propisano je da postoji fakultativni osnov za oslobodjenje od kazne ukoliko učinilac dobrovoljno opozove lažni iskaz pre nego što se donese konačna odluka. U pitanju je institut stvarnog kajanja koju podrazumeva izričit, dobrovoljni i blagovremeni opoziv lažnog iskaza i davanje novog, istinitog iskaza.

III

Ako pažnju usmerimo na istorijski razvoj inkriminisanja lažnog zaklinjanja i lažnog iskazivanja u sudskim postupcima u našem pravu, možemo da uočimo da sledeće:

Kaznitelni zakonik za Kneževinu Srbiju iz 1860. godine u glavi krivičnih dela koja nosi naziv „O krivokletniku, kletvoprestupniku i lažnom svedočanstvu“ pored ostalog, inkriminiše i tzv. pravo krivokletstvo, odnosno lažno zaklinjanje parničnih stranaka, koje se naziva „krivokletstvo u sopstvenoj stvari“ i davanje lažnog iskaza svedoka, odnosno lažnog mišljenja veštaka u građanskom postupku, pod zakletvom koja je položena pre ili nakon davanja iskaza, odnosno mišljenja, koje se naziva „krivokletstvo u tuđoj stvari“ (član 266) kao i krivokletstvo u krivičnom postupku, koje se u teoriji definiše kao „krivo zaklinjanje sa znanjem lažnosti zakletve,“ a koje

47 Neobjavljena sudska odluka.

može biti u korist optuženog ili na njegovu štetu (član 267).⁴⁸ Iako u samom zakonu to nije bilo izričito navedeno, smatralo se da se kao izvršilac ovog oblika krivičnog dela osim svedoka može javiti veštak, kao i tumač.⁴⁹ Najzad, inkriminisan je i lažni iskaz svedoka, odnosno lažno mišljenje veštaka koje je bez položene zakletve dato u parničnom postupku – radi se o slučajevima kada stranke svedoka ili veštaka oslobode polaganja zakletve (član 276).⁵⁰ Kako se navodi, stariji pisci su obično smatrali da zakletvena krivična dela spadaju u grupu krivičnih dela protiv religije, zbog izrazito religiozne forme zakletve, međutim kod ovih krivičnih dela objekt krivičnopravne zaštite nije religija nego pravosuđe i u prilog tome govori činjenica da nije inkriminirano krivokletstvo uopšte, npr. privatno krivokletstvo, već samo krivokletstvo pred sudom.⁵¹

Krivični zakonik Kraljevine Jugoslavije iz 1929. godine u glavi krivičnih dela protiv pravosuđa inkriminiše krivokletstvo i davanje lažnog iskaza bez položene zakletve. Predviđeno je da osnovni oblik krivokletstva postoji kada se pred sudom pod zakletvom nešto lažno iskazuje. Teži oblik krivičnog dela postoji kada se svedok veštak, prevodilac ili tumač „lažno zaklinju“ u krivičnom postupku, u korist ili na štetu optuženog, a najteži oblik, kada je lažni iskaz dat sa namerom da „osuđenik“ bude osuđen na smrt i osuda bude i izvršena (član 144).⁵² U teoriji se ističe, da dato rešenje polazi od gledišta da je zakletva „jedan moćan faktor u pravnoj svesti našeg naroda, s kojom se mora računati u sudskim sporovima prilikom iznalaženja istine i da se do istine najbolje dolazi ako imamo još i garantiju u religioznoj sankciji, a shodno tome, krivokletstvo jeste narušavanje obećanja koje je pred sudom dato u zakonom propisanoj religijskoj formi.“⁵³ Osim toga, predviđeno je da krivično delo postoji i kada svedok, veštak ili tumač u krivičnom postupku da lažni iskaz, lažno mišljenje ili lažno tumačenje bez položene zakleteve (član 146).⁵⁴ S tim u vezi se naglašava da lažno svedočenje bez položene zakletve predstavlja povredu ne samo dužnosti svedočenja koja se ispunjava prilikom istinitog iskazivanja nego predstavlja i povredu interesa javnog poretka koji zahteva utvrđivanje materijalne istine.⁵⁵

48 T. Živanović, *Osnovi krivičnog prava, posebni deo, Knjiga II*, Beograd 1923, 194. Kako se navodi, „kao karakterni znak ovih zakletvi koje su za nas od interesa, zapažamao na prvi pogled, da se za istinitost iskaza parničarevog ili svedokovog zahteva da je on to utvrdio zakletvom, u kojoj se poziva na Boga, koji rukovodi njegovim religijskim osećanjima. Zakletva na taj način postaje formalni akt, te se može reći, da ona i ne postoji, ako u njenom sadržaju nema pozivanja na Boga, jer je ona samo u toj propisanoj formi od važnosti za dokaz prava i pravnih odnosa. Po tome, pak, što se klevetnik u svojoj zakletvi poziva na Boga izlazi da je zakletva jedan akt religioznog karaktera“. D. Subotić, *O krivokletstvu i lažnom svedočenju*, Beograd 1907, 16.

49 Mišljenja je da je dato tumačenje je u skladu sa principom pravičnosti „da se lice koje je doprinelo da se izrekne pogrešna sudska odluka ne ostavi bez kazne zbog kakve nejasnosti zakonske, koja se razumnim tumačenjem da otkloniti, ali time ne tvrdimo da ovakvo stanje treba da ostane i dalje, već mislimo da bi bilo korisno ovo dopuniti u zakonu izričitom odredbom“. D. Subotić, 58.

50 T. Živanović, 195.

51 *Ibid*, 192.

52 Vid. M. Dolenc, *Tumač Krivičnog zakonika Jugoslavije*, Zagreb 1930, 212.

53 M. Čubinski, *Naučni i praktični komentar Krivičnog zakonika Kraljevine Jugoslavije od 1929. godine*, Beograd 1930, 266.

54 M. Dolenc, 213.

55 Đ. Karajovanović, *Komentar Opšteg krivičnog zakonika*, Beograd 1930, 163.

Krivični zakonik FNRJ iz 1951. godine („Službeni list FNRJ“, br. 13/51) u glavi krivičnih dela protiv pravosuđa predviđa krivično delo davanje lažnog iskaza (član 283). Izvršilac osnovnog oblika krivičnog dela može biti svedok, veštak, prevodilac ili tumač koji daje lažni iskaz pred sudom, u arbitražnom ili upravnom postupku. Teži oblici krivičnog dela postoje kada je lažni iskaz dat u krivičnom postupku i kada je lažni iskaz dat pod zakletvom (predviđena je kazna zatvora). Najteži oblik krivičnog dela postoji kada je iskaz dat pod zakletvom u krivičnom postupku (predviđena je kazna strogog zatvora), a osobito težak slučaj krivičnog dela postoji kada su usled lažnog iskaza nastupile osobito teške posledice za okrivljenog, u kom slučaju nije relevantno da li je lažni iskaz dat pod zakletvom ili je u pitanju običan/nezakleti lažni iskaz. Takođe je predviđeno da dobrovoljni opoziv lažnog iskaza predstavlja fakultativni osnov za blaže kažnjavanje ili oslobođenje od kazne. Kako se navodi, zakletva je svečano potvrđivanje istinitosti jedne činjenice ili jednog pravnog odnosa. Ona može biti odlučujuća, kada se daje da bi se time rešilo neko sporno pitanje ili dokazna, kada se njome potvrđuje neki drugi sam za sebe nedovoljni dokaz. Zakletva može biti i dopunska, kada treba da dopuni sudijsko uverenje o istinitosti jedne činjenice ili iskazna, kada treba da potvrdi ili podvuče vrednost datog iskaza. S obzirom na to kada se daje, može biti promisorna i asertorna. Zakletva je lažna ako se njome potvrđuje jedan lažani iskaz, prema tome, ono što je ovde bitno utvrditi je to da li je iskaz lažan ili ne. Ukoliko je iskaz lažan i zakletva je samim tim lažna.⁵⁶

Novelom Krivičnog zakonika FNRJ iz 1959. godine („Službeni glasnik FNRJ“ br. 30/59), pored ostalih izmena i dopuna inkriminacije davanja lažnog iskaza, izvršena je i dekriminalizacija davanja lažnog iskaza pod zakletvom.

Krivični zakon Srbije iz 1977. godine („Službeni glasnik SRS“, br. 26/77) takođe ne sadrži ovaj oblik krivičnog dela davanja lažnog iskaza (član 206)⁵⁷ i tako je bilo sve do donošenja Krivičnog zakonika iz 2006. godine kada je ponovo uveden teži oblik koji postoji ukoliko je lažni iskaz dat pod zakletvom (član 335, stav 3. KZ).

Nakon svega navedenog, pitanje koje se prvo nameće jeste zašto se zakonodavac 2006. godine odlučio na ponovno uvođenje ovog oblika krivičnog dela davanje lažnog iskaza. Kako se čini, *ratio legis* datog rešenja je teško identifikovati.

Naime, u skladu sa tada važećim propisima, sud je u parničnom (član 246. ZPP)⁵⁸ i u upravnom postupku (član ZOUN)⁵⁹ imao ovlašćenje da jedino od svedoka traži da položi zakletvu na iskaz koji je dao. Zakletva nije bila neophodni i nužni deo saslušanja svedoka tj. bila je fakultativana, po pravilu asertorna, nereligiozna, laička i po svojoj prirodi predstavljala je svečanu potvrdu istinitosti i potpunosti datog iskaza. Kako se u teoriji građanskog postupka navodi, „zakletva je zakonom propisana izjava koju daje svedok u znak potvrde istinitosti svog iskaza o činjenicama čije se postojanje utvrđuje u postupku“⁶⁰ i sud će ovu meru upotrebiti ako veruje da će to na svedoka uticati da govori istinu.⁶¹ Svedok nije morao da prihvati odluku

56 J. Tahović, 546–550.

57 Vid. Grupa autora, redaktor Lj. Lazarević, 747–755.

58 D. Poznić, V. Rakić-Vodinić, *Građansko procesno pravo*, Beograd 1999, 259.

59 S. Lilić, *Upravno pravo, Upravno procesno pravo*, Beograd 2014, 514–515.

60 S. Triva, *Rječnik građanskog procesnog prava*, Zagreb 1968, 441.

61 D. Poznić, V. Rakić-Vodinić, 259.

suda da položi zakletvu i za to nije bila predviđena mogućnost sankcionisanja. Polaganje, odnosno ne polaganje zakletve zavisilo je od volje svedoka. U doktrini je prisutan stav da ocenjujući odbijanje polaganja zakletve, sud nužno ulazi i u ocenu motiva, odnosno razloga koji su svedoka mogli navesti na takav postupak i shodno tome, iako je sud slobodan u oceni dokaza, u takvim slučajevima nije u potpunosti lišen primene logike, psihologije i iskustva uopšte i zato formiranje uverenja o istinitosti nekog iskaza koji je trebalo, a nije bio potvrđen zakletvom, predstavlja veoma složen zadatak.⁶² Data mogućnost svedoka da odbije polaganje zakletve imala je odgovarajući krivičnopravni značaj – polaganje odnosno ne polaganje zakletve opredeljivalo je oblik krivičnog dela davanje lažnog iskaza. Ukoliko bi svedok u parničnom ili upravnom postupku, nakon davanja lažnog iskaza odbio da položi zakletvu, postojao bi za osnovni oblik krivičnog dela, suprotno, ukoliko bi nakon davanja lažnog iskaza položio zakletvu, postojao bi za teži oblik krivičnog dela davanje lažnog iskaza.

Uzevši u obzir navedeno, dolazimo do zaključka da bi jedini razlog koji je doveo do propisivanja ovog težeg oblika krivičnog dela davanje lažnog iskaza mogao biti taj što je lažno zaklinjanje odnosno, krivokletstvo predviđeno u nemačkom krivičnom zakonodavstvu koje pored krivokletstva (*parag.* 154) sadrži i krivično delo davanje lažnog iskaza (*parag.* 153), koje je po uzoru na austrijsko pravo uvedeno 1946. godine. Smatra se da krivokletstvo predstavlja teže krivično delo u odnosu na davanje lažnog iskaza jer je u pitanju „kvalifikovani“ netačni iskaz. Ističe se pri tome, da krivokletstvo ne postoji samo zbog sakralne forme zakletve, koja danas više i nije obavezujuća, već zato što davanje lažnog iskaza pod zakletvom pretpostavlja tzv. „veći stepen verodostojnosti“ budući da je polaganje zakletve deo forme postupka koji se vodi pred nadležnim sudom i koji s obzirom na svoju prirodu i cilj, „uživa posebno javno poverenje.“⁶³

No, ovde treba primetiti da je u nemačkom, kako krivičnom (*parag.* 59. StPO), tako i građanskom postupku (*parag.* 391. ZPO) polaganje zakletve fakultativno, tj. da predstavlja izuzetak.

Takođe nije suvišno spomenuti i to da recimo, italijansko krivično zakonodavstvo ne inkriminiše krivokletstvo, tj. ne predviđa teži oblik krivičnog dela davanje lažnog iskaza ukoliko je lažni iskaz dat pod zakletvom i ako je u skladu sa odredbama procesnog prava predviđeno da svedoci polažu promisornu zakletvu. Smatra se naime, da je položena zakletva potpuno irelevantna za postojanje krivičnog dela jer predstavlja „obavezu svedoka, a ne instrument svedočenja.“⁶⁴

Najzad, ovde se nužno otvara i pitanje da li nepravdo koje je ostvareno davanjem lažnog iskaza pod zakletvom svedoka u parničnom ili upravnom postupku po „veličini i obimu“⁶⁵ odgovara nepravu realizovanom kroz davanje lažnog iskaza svedoka, veštaka, prevodioca i tumača u krivičnom postupku. Drugim rečima, da li ova dva oblika krivičnog dela davanja lažnog iskaza s obzirom na njihove neposredne

62 S. Triva, *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb 1978, 123.

63 Schönke, Schröder, 1320 i 1331.

64 F. Carnelutti, „Natura del giuramento“, *Rivista di Diritto e Processuale*, Padova, 1–2/1947, 183.

65 Z. Stojanović, *Krivično pravo, opšti deo*, Beograd 2017, 73.

objekte zaštite, – sa jedne strane, to je krivični postupak, a sa druge strane, to su parnični i upravni postupak, „zaslužuju“ istu zaprećenu kaznu.

IV

Inkriminisanje krivokletstva karakteristično je za anglo-američko pravo i u pojedinim zakonodavstvima u osnovi je usvojeno englesko rešenje koje odlikuje prihvatanje subjektivne teorije o pojmu lažnog iskaza i zakletva kao sredstvo upozorenja svedoka da treba da govori istinu.

U vreme nastajanja opšteg (starog/običajnog) prava (*common law*) u Engleskoj,⁶⁶ jedino lažno zaklinjanje koje je bilo sankcionisano, bilo je zaklinjanje porotnika. Tada je porota u sudskom postupku imala funkciju modernog svedoka i od njenih članova se očekivalo da poznaju činjenice koje su od značaja za rešavanje određenog spora i da o njima istinito iskazuju.⁶⁷

Kada su svedoci (u modernom smislu reči) počeli da se pojavljuju kao dokazno sredstvo u sudskim postupcima, njihovo lažno iskazivanje ni na jedan način nije bilo sankcionisano. Nakon toga, usledila je serija sudskih odluka koje su dovele do inkriminisanja krivokletstva.⁶⁸

Prema opštem pravu krivokletstvo se sastojalo u davanju lažnog iskaza pod zakletvom o pitanjima koja su od značaja u sudskom postupku. Shodno datim pravilima, takođe je bilo kažnjivo i lažno zaklinjanje van sudskog postupka prilikom davanja određenih izjava u skladu sa odgovarajućim propisima, npr. prilikom davanja izjave za potrebe dobijanja dozvole za venčanje.⁶⁹

U Zakonu o krivokletstvu (*Perjury Act*) iz 1911. godine, koji je kodifikovao i modifikovao opšte pravo i takođe integrisao, odnosno konsolidovao i pojednostavio pravila koja se odnose na krivokletstvo i srodna krivična dela iz više od 130 pojedinačnih propisa, predviđeno je da krivokletstvo postoji kada neko lice, koje je u sudskom postupku u skladu sa zakonom svesno (*wilfully*)⁷⁰ zakleto kao svedok ili tumač, da iskaz od značaja za taj postupak, za koji zna (*know*)⁷¹ da je neistinit ili za koji ne veruje (*not believe*) da je istinit.⁷²

Izvršilac krivokletstva može biti svedok i tumač. Međutim, kao izvršioci ovog krivičnog dela mogu se javiti ne samo svedoci „u pravom smislu reči“, tj. lica koja se u svojstvu svedoka u sudskom postupku saslušavaju u skladu sa odredbama procesnih prava zemalja kontinentalnog pravnog sistema, već se pod svedokom podra-

66 Vid. I. Đokić, *Opšti pojam krivičnog dela u anglo-američkom pravu*, Beograd 2016, 17–21.

67 J. F. Stephen, *A History of the Criminal Law of England*, London 1883, 134. Vid. V. Bajović, 80–81.

68 J. F. Stephen, 136.

69 J. W. C. Turner, *Russell on Crime*, London 1950, 291.

70 Primarno značenje ovog izraza obeležava svesno i voljno odlučivanje za nepravo, ali je vladajuć stav da on obuhvata i bezobzirnost kao oblik krivice. I. Đokić, 93–95.

71 Znanje je umišljaju odgovarajući oblik krivice za delatnosna krivična dela (*conduct crime*) ali se za razliku od umišljaja (koji se utvrđuje u odnosu na radnju i posledicu) tiče se okolnosti dela. *Ibid.*, 95–96.

72 P. R. Glazebrook, *Blackstone's Statutes on Criminal law*, London 1989, 126–127.

zumeva i veštak koji se po pravilu označava kao „stručni svjedok.“⁷³ No, kako se naglašava, do sada u praksi izgleda da nije bilo slučaja u kojem je neki veštak bio osuđen za krivično delo krivokletstva.⁷⁴

Nadalje, osim svjedoka, tumača i veštaka izvršilac krivokletstva može biti i okrivljeni u krivičnom postupku.

Zakonom o dokazima u krivičnom postupku (*Criminal Evidence Act*) iz 1898. godine predviđeno je da krivokletstvo može učiniti i okrivljeni koji se pod zakletvom saslušava u svojstvu svjedoka.⁷⁵

Pri tome, kako se u teoriji konstatuje, i u slučaju da okrivljeni bude oslobođen za krivično delo za koje mu sudi, iz razloga što je porota poverovala njegovom iskazu, nakon toga ipak može doći do podizanja optužnice za krivično delo krivokletstva. Tako je recimo, u slučaju *R. v Wheeler* iz 1917. godine trgovac koji je bio optužen u skladu sa Zakonom o prodaji hrane i lekova (*Sale of Food and Drugs Act*) iz 1875. godine, prilikom saslušanja u svojstvu svjedoka dao lažni iskaz kako bi uticao na sud u pogledu donošenja odluke o visini kazne i nakon toga je bio optužen za krivokletstvo jer je sud zaključio da je prilikom davanja datog iskaza, u skladu sa pomenutim zakonom iz 1898. godine, on bio „kompetentni svjedok odbrane, koji je zaklet u skladu sa zakonom.“⁷⁶

Da bi postojalo krivokletstvo iskaz koji se daje mora biti pod zakletvom budući da opšte pravilo koje važi u sudskim postupcima jeste da svi usmeni dokazi moraju biti izneti/dati pod zakletvom.⁷⁷ Kako se navodi, „pravo se ne oslanja na svedočenje bez zakletve ili svečane izjave jer niko ne može svedočiti u krivičnom ili u građanskom postupku ukoliko se položenom zakletvom ili svečanom izjavom ne obaveže da je odgovorno za istinitost onoga što će izneti i da je odgovorno u skladu sa odredbama Zakona o krivokletstvu iz 1911. godine, i pri tome, jedini kriterijum kompetentnosti (podobnosti) nekoga lica da svedoči jeste sposobnost da shvati prirodu zakletve.“⁷⁸

I prema opštem pravu postojanje krivokletstva je bilo vezano za položenu zakletvu. Iz razloga što je tada jedina zakletva bila ona kojom se „svevišnji Bog poziva da posvedoči da je iskaz istinit,“ tj. religijska zakletva, koja je u tadašnjem društvu imala izuzetan značaj, krivokletstvo se u to vreme smatralo prevashodno duhovnim prestupom tj. prestupom protiv religije.⁷⁹

Prema pravilima opšteg prava prilikom polaganja zakletve nije bilo neophodno da položena zakletva bude u skladu sa hrišćanskom religijom. Tada je za postojanje

73 T. Hodgkinson, *Expert Evidence Law and Practice*, London 1990, 214.

74 J. G. Hall, G. D. Smith, *The Expert Witness in Court*, London 1992, 82.

75 P. Huxley, M. O'Connell, *Blackstone's Statutes on Evidence*, London 1993, 2. No, kako se ističe, ovakve „aktivne“ odbrane okrivljenih su veoma retke, imajući u vidu da je tužilac jedino u tom slučaju ovlašćen da upozna porotu sa ranijim osudama okrivljenog, kako bi ga diskreditovala kao svjedoka. V. Bajović, 114.

76 J. C. Smith, B. Hogan, *Criminal Law*, London 1988, 742.

77 Ovde treba reći da ista pravila o dokazivanju važe kako u parničnom, tako i krivičnom postupku. V. Bajović, 74.

78 A. Keane, *Modern Law of Evidence*, London 1989, 92.

79 J. C. Smith, B. Hogan, 741.

krivokletstva, kako je odlučeno u slučaju *Omychund v Baker* iz 1744. godine, bilo „sasvim dovoljno“ da svedok veruje u Boga, kome se, shodno određenoj religiji koju propoveda, zaklinje.⁸⁰

I u zakonu iz 1911. godine, zakletva je zadržala svoj značaj, samo što je sa njom izjednačena i svečana izjava. Zakonom o zakletvama (*Oaths Act*) iz 1978. godine predviđena je mogućnost davanja svečane izjave za ona lica koja iz određenih razloga ne žele da polažu zakletvu. Kako se navodi, ovo pravilo se primenjuje u onim slučajevima kada praktično nije moguće bez neugodnosti ili bez zastoja u postupku položiti zakletvu na način koji odgovara religijskim verovanjima svedoka. Tada nadležni organ može dozvoliti da lice umesto zakletve da svečanu izjavu. Budući da svečana izjava ima istu snagu i efekte kao i zakletva, lice koje je dalo svečanu izjavu u skladu sa zakonom iz 1911. godine može pod istim uslovima odgovarati za krivokletstvo.⁸¹

Ovo pravilo sadržano je u odredbi člana 15. Zakona o krivokletstvu iz 1911. godine, u kome se, pored ostalog navodi da izraz „zakletva“ u slučajevima predviđenim ovim zakonom obuhvata i „potvrđivanje“ i „izjavljivanje“, a izraz „zakleti se“ u sličnim slučajevima obuhvata izraze „potvrditi“ i „izjaviti.“⁸²

U skladu sa navedenim pravilom, smatra se nadalje da lice koje nije kompetentni svedok, već je zakleto greškom, ne može biti odgovorno za krivično delo krivokletstva.⁸³ Tako je recimo, u slučaju *Clegg* iz 1868 godine, odlučeno da nema krivokletstva kada je jedno lice dalo iskaz u krivičnom postupku lažno se predstavljajući kao sin optuženog. Takođe, smatra se da nema krivokletstva ukoliko se utvrdi da jedno lice nije zakleto u skladu sa zakonom ili da nije obavezano datom izjavom.⁸⁴

Isto pravilo važilo je i u opštem pravu, pa je otuda u slučaju *Pritam Sing* iz 1958. godine postupak bio obustavljen jer je jedno lice koje je bilo Sik, iz razloga što kopija svete knjige Sika nije bila dostupna sudu, dalo iskaz pod svečanom izjavom, što tada nije bilo moguće. Ukoliko bi pak, do ove situacije došlo danas, smatralo bi se da postoji krivokletstvo jer bi u skladu sa pomenutim Zakonom o zakletvama iz 1978. godine, sa kojim je Zakon o krivokletstvu iz 1911. godine usklađen, bilo moguće da se umesto zakletve da svečana izjava.⁸⁵

Najzad, s obzirom na to da okrivljeni koji se saslušava u svojstvu svedoka daje iskaz pod zakletvom, nema krivokletstva ukoliko neistinito iskazuje prilikom davanja iskaza iz lože bez položene zakletve.⁸⁶

Prvi izuzetak od pravila da svaki usmeni dokaz u krivičnom ili građanskom postupku mora biti dat pod zakletvom sadržan je u odeljku 38. Zakona o deci i omladini (*Children and Young person Act*) iz 1933. godine u kome je predviđena mogućnost davanja iskaza bez polaganja zakletve u slučaju kada u krivičnom postupku

80 *Ibid.*

81 *Ibid.*

82 P. Huxley, M. O'Connell, 25–26.

83 J. W. C. Turner, 293.

84 J. C. Smith, B. Hogan, 741.

85 *Ibid.*, 742.

86 *Ibid.*

(ne i građanskom)⁸⁷ iskaz u svojstvu svedoka daje dete „u nezrelim godinama“ koje, prema mišljenju suda, ne može da shvati prirodu zakletve.⁸⁸

Pravilo da svaki usmeni dokaz u sudskom postupku mora biti dat pod zakletvom ima još jedan izuzetak. Naime, postoji specifičan propis koji predviđa mogućnost da okrivljeni u krivičnom postupku može dati iskaz i bez položene zakletve, koji ne predstavlja dokaz u smislu zakletog usmenog iskaza, ali može imati određeni značaj za postupak budući da je poroti data mogućnost da ga uzme u obzir ukoliko smatra „da je prihvatljiv s obzirom na okolnosti konkretnog slučaja.“⁸⁹ Tada, pak, lažno iskazivanje nije sankcionisano.

Nadalje treba reći da se prema opštem pravu smatralo da za krivokletstvo nije bitno da li je iskaz koji se daje sam po sebi istinit ili ne. Dovoljno je bilo da davalac iskaza smatra iskaz za neistinit ili ne smatra da je istinit. Za postojanje krivokletstva je prevashodno bio bitan subjektivni stav davaoca iskaza u odnosu na istinitost, odnosno neistinitost iskaza, a ne njegova objektivna istinitost, odnosno neistinitost.⁹⁰

Kada je reč o ovom pitanju u literaturi se često navodi odluka doneta u slučaju *Ockley v Whitley* iz 1662. godine, za koju se smatra da je prva u kojoj je navedeni stav decidirano potvrđen, a u kojoj se pored ostalog kaže „da se prema opštem pravu u slučaju krivokletstva ne može smatrati relevantnom odbrana koja se zasniva na tvrdnji da je dati iskaz bio istinit, ako je davalac iskaza verovao da je neistinit ili je po pitanju da li je iskaz istinit ili ne, bio nemaran“. Odnosno, kako je nakon toga odlučeno u slučaju *R v Pedly* iz 1784. godine, „postoji krivokletstvo kada se davalac iskaza zaklinje da veruje da je tačna činjenica za koju je morao da zna da je netačna.“⁹¹

Shodno navedenom, u teoriji je postavljeno pitanje da li postoji krivokletstvo ukoliko je predmetni iskaz istinit, a davalac iskaza veruje da je lažan ili ne veruje da je istinit, odnosno da li postoji krivokletstvo u slučaju subjektivne neistinitosti, a objektivne istinitosti datog iskaza. Nakon mnogobrojnih polemika, konačno je u slučaju *Rider* iz 1986. godine definitivno zaključeno da krivokletstvo postoji nezavisno od toga da li je iskaz koji je dat istinit ili ne, ukoliko se davalac iskaza lažno zakleo da smatra (veruje) da je iskaz istinit. Kako se navodi, iz ovog proizlazi da ukoliko davalac ikaza veruje da je iskaz istinit, neće postojati krivokletstvo, iako je iskaz objektivno neistinit i suprotno, ako neko da istinit iskaz misleći da je daje lažni iskaz, bez obzira što sadržina iskaza odgovara objektivnom stanju stvari, postojaće krivokletstvo. To znači da za postojanje krivokletstva nije potrebno da dati iskaz bude neistinit jer „suština krivokletstva, kako je sada definisano, nije lažni iskaz već bilo koji iskaz dat bez vere u njegovu istinitost.“ Međutim, prema navodima, izgleda da do sada u praksi nikome nije suđeno za krivokletstvo zbog davanja iskaza koji

87 Vid. Zakon o dokazima u građanskom postupku (*Civile Evidence Act*) iz 1968. i 1972. godine. J. Spencer, R. Flin, *The Evidence of Children*, London 1993, 27. i 32. i S. Uglow, *Criminal Justice*, London 1995, 192–193.

88 P. Huxley, M. O'Connell, 5.

89 R. Cross, C. Tapper, *Cross on Evidence*, London 1990, 122.

90 J. W. S. Turner, 302.

91 *Ibid.*

je bio istinit. Stoga u teoriji ima zahteva da se izvrši redefinisavanje zakonske odredbe tako da se krivokletstvom smatraju samo iskazi koji su sadržinski neistiniti.⁹²

U istom smislu je i stav Pravne komisije (*The Law Commission*) koja u svojim preporukama u Radnom izveštaju (*Working Paper*) broj 62, pored ostalog, ističe da bi krivokletstvo trebalo da postoji samo u onim slučajevima kada je iskaz neistinit, kada nije u skladu sa objektivnim stanjem stvari. Pri tome, treba napomenuti i to da Pravna komisija nije razmatrala opciju napuštanja zakletve jer bi to, prema navodima, pretpostavljalo kreiranje sasvim novog krivičnog dela, što bi uključivalo i regulisanje upozoravanja na predviđeno kažnjavanje. U datom kontekstu, Komisija na kraju zaključuje da je nesporna činjenica da je u većem delu stručne javnosti duže vreme aktuelan afirmativni stav u pogledu napuštanja zakletve, ali da je to pre svega šire društveno i političko pitanje koje, kao takvo, izlazi iz okvira krivičnog prava.⁹³

ZAVRŠNE NAPOMENE

Sledstveno svemu prethodno iznetom konstatujemo sledeće:

Donošenjem KZ iz 2006. godine krivično delo davanje lažnog iskaza (član 335. KZ) je izmenjeno, odnosno dopunjeno tako što je ponovo uveden teži oblik krivičnog dela koji postoji kada je lažni iskaz dat pod zakletvom. Predviđeno je da prvi teži oblik ovog krivičnog dela, osim u slučaju kada je lažni iskaz dat u krivičnom postupku, postoji i kada je u nekom od relevantnih postupaka lažni iskaz dat pod zakletvom. Kako je propisano, izvršilac ovog oblika krivičnog dela može biti svedok, veštak, prevodilac ili tumač. No, shodno, za ovaj oblik krivičnog dela, tada važećim relevantnim procesnim zakonima, izvršilac krivičnog dela mogao je biti jedino svedok u parničnom ili upravnom postupku, budući da je samo za ovog procesnog subjekta bila predviđena mogućnost polaganja zakletve. Zakletva je bila fakultativna, po pravilu asertorana i po sadržini je predstavljala svečanu izjavu, a svedok nije morao da prihvati odluku suda da položi zakletvu i to u procesnopravnom smislu ni na jedan način nije bilo sankcionisano. Međutim, polaganje, odnosno ne polaganje zakletve imalo je odgovarajući materijalnopravni značaj – ukoliko bi svedok nakon davanja lažnog iskaza položio zakletvu, postojao bi teži oblik krivičnog dela (član 335, stav 3. KZ), a ukoliko bi nakon davanja lažnog iskaza odbio da položi zakletvu, postojao bi osnovni oblik krivičnog dela davanja lažnog iskaza (član 335, stav 1. KZ). Uzevši u obzir rečeno, nužno se otvara pitanje da li je dato rešenje kriminalnopolitički bilo opravdano, odnosno, šta je bio *ratio legis* njegovog propisivanja. Sa druge strane pak, može se dovesti u pitanje i da li je u pogledu propisane kazne bilo osnovano izjednačiti davanje lažnog iskaza svedoka, veštaka, prevodioca i tumača u krivičnom postupku sa davanjem lažnog iskaza pod zakletvom svedoka u parničnom i vanparničnom postupku. Naime, ostaje „nejasno“ na koji način položena zakletva svedoka u parničnom ili upravnom postupku u potrebnoj meri

92 J. C. Smith, B. Hogan, 748.

93 *Laid before Parliament by the Lord High Chancellor Pursuant to section 3 of the Law Commission Act 1965*, London 1979, 2. i 7–8.

intenzivira dato nepravo i ovoj inkriminaciji obezbeđuje ekvivalentnu materijalnu legitimaciju.⁹⁴

Nadalje, budući da prema sada važećim relevantnim procesnim zakonima mogućnost polaganja zakletve više nije predviđena ni za jednog procesnog subjekta, pa ni za svedoka, jasno je da je ovaj oblik krivičnog dela potrebno dekriminalizovati. Jedino svedok, veštak, prevodilac i tumač u krivičnom postupku daju iskaz pod zakletvom i tada je teži oblik krivičnog dela opredeljen vrstom postupka u kome se lažni iskaz daje – to je krivični postupak. Okolnost da je iskaz dat pod zakletvom mogla bi imati značaj samo prilikom odmeravanja kazne. No, ostaje dilema da li bi to trebalo da bude otežavajuća ili olakšavajuća okolnost s obzirom na to da ni u krivičnom postupku odbijanje polaganja zakletva nije sankcionisano. Otuda, moguće je npr. da svedok u krivičnom postupku da lažni iskaz pod zakletvom i da ta okolnost prilikom odmeravanja kazne ima značaj otežavajuće okolnosti. Moguće je takođe, da svedok odbije da položi zakletvu prilikom davanja lažnog iskaza, što bi opet moglo da ima značaj otežavajuće okolnosti prilikom odmeravanja kazne.

Ne sporeći značaj koji zakletva tačnije rečeno, svečana izjava u krivičnom postupku ima kao sredstvo moralne opomene (opomene savesti) u cilju davanja istinitog iskaza, ali uzevši u obzir sledeće činjenice: a) da od davaoca iskaza zavisi da li će položiti zakletvu; b) da je načelno, dokazna snaga iskaza koji je dat pod zakletvom formalno izjednačena dokaznoj snazi iskaza koji je dat bez zakletve, i jedan i drugi iskaz se cene u skladu sa slobodnim sudijskim uverenjem i v) da nadležni organ ne upozorava davaoca iskaza na značaj zakletve, već samo na odgovornost za krivično delo davanje lažnog iskaza – smatramo da polaganje, odnosno ne polaganje zakletve ne bi trebalo da ima krivičnopravni značaj ni prilikom odmeravanja kazne. Mišljenja smo naime, da zakletva, svečana izjava koja se daje u krivičnom postupku, treba da bude jedino formalni akt časti (savesti) i kao takva da u konkretnom slučaju ostvari (ili ne ostvari) svoju suptilnu motivacionu funkciju prilikom davanja iskaza.

Najzad, kada je reč o zakonskom opisu krivičnog dela davanje lažnog iskaza i njegovim pojedinim oblicima, stojimo na stanovištu da je potrebno izvršiti sledeće izmene i dopune: a) dekriminalizovati teži oblik koji postoji kada je lažni iskaz dat pod zakletvom; b) za prvi osnovni oblik predvideti da može biti učinjen i u postupku pred javnim beležnikom i v) propisati da izvršilac krivičnog dela davanje lažnog iskaza u krivičnom postupku može biti i stručni savetnik (čl. 125–126. ZKP) koji istina, ne veštači, ali raspoložujući stručnim znanjem doprinosi stručnoj raspravi o predmetu veštačenja. Ukoliko uzmemo u obzir da stručni savetnik polaže zakletvu, svečanu izjavu kojom obećava da će iskaz koji će dati pred sudom biti *lege artis* i da njegov iskaz doprinosi kvalitetu nalaza i mišljenja tj. iskaza veštaka i u krajnjoj liniji oceni tog dokaza u skladu sa slobodnim sudijskim uverenjem, opravdano bi bilo predvideti ga kao mogućeg izvršioca krivičnog dela davanja lažnog iskaza i u skladu sa tim, za nadležni organ propisati obavezu da u tom smislu bude i upozoren.

Na kraju treba reći da nastavak aktuelne zakonodavne reforme koja teži izgradnji krivičnog prava koje će obezbediti efikasnu i efektivnu krivičnopravnu zaštitu,⁹⁵

94 Vid. Z. Stojanović, (2017), 66.

95 Vid. *Ibid*, 65.

kada je reč o posebnom delu zakonodavstva, pretpostavlja različite intervencije koje, pored ostalog, sa jedne strane, treba da obuhvate analitičko razmatranje postojećih kvalifikovanih oblika kod jednog broja krivičnih dela, među kojima je i krivično delo davanje lažnog iskaza (član 335. KZ), a radi njihovog preciznijeg određivanja i eventualnog sužavanja kriminalne zone putem delimične dekriminalizacije, a sa druge strane, treba da obuhvate i neophodno redefinisavanje pojedinih inkriminacija, poput datog krivičnog dela, u cilju usklađivanja odredaba materijalnog krivičnog prava sa odredabama krivičnog procesnog prava (kao i drugih relevantnih procesnih prava) da bi se na taj način očuvala njihova preko potrebna funkcionalna i sadržinska kohezija.

LITERATURA

- Antolisei, F. (2008): *Manuale di diritto penale, parte speciale II*, Milano.
- Atanacković, D. (1981): *Krivično pravo, posebni deo*, Beograd.
- Babić, M, Marković, I. (2013): *Krivično pravo, posebni dio*, Banja Luka.
- Bajović, V. (2015): *O činjenicama i istini u krivičnom postupku*, Beograd.
- Bačić, F, Šeparović, Z. (1997): *Krivično pravo, posebni dio*, Zagreb.
- Brkić, S. (2014): *Krivično procesno pravo I*, Novi Sad.
- Bunić, Ž. (1986): *Disciplinski postupak i njegov odnos sa krivičnim postupkom*, MR, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad.
- Vasiljević, T. (1957): *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Beograd.
- Vasiljević, T, Grubač, M. (1995): *Zakon o krivičnom postupku, sudska praksa i registar pojmova*, Beograd.
- Grupa autora, redaktor Lj. Lazarević (1995): *Komentar Krivičnog zakona Srbije*, Beograd.
- Glazebrook, P. R. (1989): *Blackstone's Statutes of Criminal law*, London.
- Delić, N. (2009): *Psihologija iskaza pojedinih učesnika u krivičnom postupku*, Beograd.
- Dolenc, M. (1930): *Tumač Krivičnog zakonika Jugoslavije*, Zagreb.
- Đokić, I. (2016): *Opšti pojam krivičnog dela u anglo-američkom pravu*, Beograd.
- Ilić, G. P, Majić, M, Beljanski, S, Trešnjev, A. (2013): *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Beograd.
- Jakšić, A. (2015): *Građansko procesno pravo*, Beograd.
- Jović, R. (2/1980): „Krivično delo davanje lažnog iskaza“, *Pravni život*, Beograd.
- Karajovanović, Đ. (1930): *Komentar Opšteg krivičnog zakonika*, Beograd.
- Karanović, Lj. (9–10/1959): „Krivična odgovornost za davanje lažnog iskaza“, *Pravni život*, Beograd.
- Keane, A. (1989), *Modern Law of Evidence*, London.
- La Cute, G. (XIII/1989): „Falsa testimonianza“, *Enciclopedia Giuridica*, Roma.
- Lilić, S. (2014): *Upravno pravo, Upravno procesno pravo*, Beograd.
- Pisani, M. (1959): *La tutela penale delle prove formate nel processo*, Milano.
- Poznić, D, Rakić-Vodinelić, V. (1999): *Građansko procesno pravo*, Beograd.
- Rašić, M. (37–38/1992): „Glavo-nema lica kao učesnici u krivičnom postupku“, *Bilten Okružnog suda u Beogradu*, Beograd.

- Simić, I, Trešnjev, A. (2005): *Zbrika sudskih odluka iz krivičnopravne materije, Knjiga šesta*, Beograd.
- Stephen, J. F. (1883): *A History of the Criminal Law of England*, London.
- Spencer, J, Flin, R. (1993): *The Evidence of Children*, London.
- Smith, J. C, Hogan, B. (1988): *Criminal Law*, London.
- Stojanović, Z. (2016): *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd.
- Stojanović, Z. (2017): *Krivično pravo, opšti deo*, Beograd.
- Stojanović, Z, Delić, N. (2017): *Krivično pravo, posebni deo*, Beograd.
- Subotić, D. (1907): *O krivokletstvu i lažnom svedočenju*, Beograd.
- Scarlata, F. M. (XVI/1967): „Falsità e falso (storia)“, *Enciclopedia del Diritto*, Milano.
- Schönke, Schröder. (2001): *Strafgesetzbuch, Kommentar*, München.
- Tahović, J. (1957): *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd.
- Tomić, Z. R. (2017): *Opšte upravno pravo*, Beograd.
- Triva, S. (1968): *Rječnik građanskog procesnog prava*, Zagreb.
- Triva, S. (1978): *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb.
- Turner, J. W. C. (1950): *Russell on Crime*, London.
- Ugłow, S. (1995): *Criminal Justice*, London.
- Hall, J. G, Smith, G. D. (1992): *The Expert Witness in Court*, London.
- Hodgkinson, T. (1990): *Expert Evidence Law and Practice*, London.
- Huxley, P, O'Connell, M. (1993): *Blackstone's Statutes on Evidence*, London.
- Carrara, F. (1889): *Programma del corso di diritto criminale*, Lucca.
- Carnelutti, F. (1–2/1947): „Natura del giuramento“, *Rivista di Diritto Procesuale*, Padova.
- Cross, R, Tapper, C. (1990): *Cross on Evidence*, London.
- Čubinski, M. (1930): *Naučni i praktični komentar Krivičnog zakonika Kraljevine Jugoslavije od 1929. godine*, Beograd.
- Živanović, T. (1923): *Osnovi krivičnog prava, posebni deo, Knjiga II*, Beograd.
- Škulić, M. (2015): *Krivično procesno pravo*, Beograd.
- Škulić, M. (2015): *Organizovani kriminalitet, pojam, pojavni oblici, krivična dela i krivični postupak*, Beograd.

DRUGI IZVORI:

- Laid before Parliament by the Lord High Chancellor Pursuant to section 3 of the Law Commission Act 1965*, London 1979,
- Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije*, Beograd 1/1960,
- Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije*, Beograd 1/1964,
- Bilten Okružnog suda u Beogradu*, Beograd 41–42/1994,
- Bilten Apelacionog suda u Beogradu*, Beograd 5/2013.

Nataša Delić

Faculty of Law, University of Belgrade

THE SIGNIFICANCE OF SWEARING A FALSE OATH IN CRIMINAL LAW – SOME OBSERVATIONS

SUMMARY

This work deals with the question of the significance of swearing a false oath in criminal law. The author describes and analyzes the basic and additional characteristics of the crime of giving a false statement (Article 335, CC), which is a crime against the justice system. In accordance with the primary subject of interest, special attention is given to the more severe form of this crime, which exists when a witness, expert witness, translator or interpreter make a false statement in a criminal process or under oath. After a brief consideration of certain norms from relevant procedural laws, the author states that the given rule from criminal law is not based on any procedural rules since it is not possible for a witness, expert witness, translator or interpreter to give a false statement under oath in civil procedure, extrajudicial proceeding or procedures in commercial courts, misdemeanor courts, courts of discipline, administrative courts, courts of arbitration, as well as courts of honor for members of certain professions – in other words, that is not possible in any procedure relevant to the more severe form of this crime in which the false statement is given under oath. Subjects of procedure that could commit this crime make statements under oath only in criminal trials. The crime of giving false statement in criminal procedure exists in this case, so the circumstance that a false statement was given under oath can be of significance only while determining the sentence. After that the author argues that prescribing the more severe form of the crime of giving false testimony (in which an oath is included) did not have its criminallypolitical justification in 2006, when this crime was reintroduced in the nation's legal system. In the third part of the work, the English version of the crime of perjury, which is specific for its acceptance of the subjective theory of false statement as well as an oath used as a mean of warning the witness to tell the truth, is described. In the end of this work certain conclusions and suggestions regarding possible terms and additions to the definition of the crime of giving false statement. All this is backed up with appropriate arguments,

Keywords: oath, swearing a false oath, perjury, giving false statement, crimes against the justice system.

Goran P. Ilić*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

Ustavni sud

ZAPAŽANJA O UREĐENJU SUDIJSKE FUNKCIJE

Apstrakt: U radu su analizirane ustavne odredbe koje se odnose na izbor, trajanje i okončanje funkcije sudije. Prilikom razmatranja osnovnih pitanja koja se postavljaju u vezi s navedenom problematikom, vođeno je računa o odgovarajućim međunarodnim standardima i dokumentima koji se odnose na uslove pod kojima se može vršiti sudijska funkcija. Autor smatra da uticaj i ovlašćenja koja ima izvršna i zakonodavna vlast suštinski dovodi u pitanje ustavom proklamovanu nezavisnost suda i sudija. Pored toga, načelo stalnosti sudijske funkcije u značajnoj meri je oslabljeno zbog uvođenja trogodišnjeg probnog perioda na koji se bira lice koje prvi put vrši sudijsku funkciju. Autor kritički analizira i ustavne odredbe koje, za razliku od prethodnog ustavnog rešenja, ovlašćuju zakonodavca da predvidi uslove za prestanak sudijske funkcije. U radu je razmotren i položaj sudije-porotnika i izneto je mišljenje da sudska veća treba da budu sačinjena isključivo od profesionalnih sudija. Na kraju, ali ne manje važno, autor ukazuje u kom pravcu bi bilo neophodno izmeniti ustavne odredbe kako bi sudijska funkcija postala nezavisna, samostalna i stalna.

Ključne reči: sud, sudija, funkcija, nezavisnost, stalnost, izbor, mandat, prestanak funkcije, razrešenje.

I

U Republici Srbiji sudska vlast je uređena u skladu s odgovarajućim ustavnim načelima. Jedno od najvažnijih, sadržano u članu 142. stav 1. Ustava Republike Srbije,¹ jeste načelo o *nezavisnosti suda*.² Njegov značaj je, pored ostalog, u tome što se ono može posmatrati i u svetlu nezavisnosti sudije koja zavisi pre svega od načina izbora sudije, trajanja mandata i prestanka njegove funkcije. Sudijskoj nezavisnosti značajno doprinosi i načelo *stalnosti sudijske funkcije*. Izuzetak od toga postoji u pogledu lica koje se prvi put bira za sudiju, budući da ono vrši sudijsku funkciju tri godine (član 146. Ustava RS).

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

1 Ustav Republike Srbije – Ustav RS, *Službeni glasnik RS*, br. 98/06.

2 Iako načelo *materijalne sigurnosti* predstavlja posebno važnu garanciju i zaštitu nezavisnosti suda i sudija, ono u Ustavu nije regulisano. Reč je o jednom od međunarodnih standarda koji garantuju i štite nezavisnost suda i sudija, a koji uključuju obavezu države da obezbedi sredstva koja su sudstvu potrebna za normalno odvijanje funkcija. U komparativnoj ustavnosti materijalnu samostalnost suda, u različitim modalitetima (npr. zakonsko regulisanje plata sudija, poseban sudske budžet i dr.) garantuje sam ustav. Marijana Pajvančić, „Ustavni položaj sudova u okviru organizacije vlasti (parlament, vlada, druge državne institucije – ustavni sud), njihovi međusobni odnosi i principi koji ih determinišu u sistemu podele vlasti (nacionalni i međunarodni pravni okvir)“, Marijana Pajvančić *et al.*, *Ustavni položaj sudske vlasti – analiza i preporuke za izmene*, Centar za pravosudna istraživanja, Organizacija za evropsku bezbednost i saradnju – Misija u Beogradu, Beograd 2016, 15.

S tim u vezi, u domaćoj doktrini preovlađuje mišljenje³ da je ustavni položaj sudija pogoršan donošenjem važećeg Ustava RS. Takav zaključak se izvodi iz činjenice da je, za razliku od Ustava Republike Srbije iz 1990. godine⁴ koji je jemčio stalnost sudijske funkcije u apsolutnom vidu (član 101. stav 1. Ustava RS/90), odredbom člana 146. Ustava RS proklamovana stalnost sudijske funkcije, ali je predviđen i izuzetak od ovog pravila za lice koje se prvi put bira za sudiju kada se izbor vrši na period od tri godine. Pored toga, dok je Ustav iz 1990. godine propisivao da sudiji prestaje funkcija kad to sam zatraži ili kad ispuni uslove za starosnu penziju utvrđene zakonom, a da sudija može biti razrešen dužnosti samo kad je osuđen za krivično delo na bezuslovnu kaznu zatvora od najmanje šest meseci ili za kažnjivo delo koje ga čini nepodobnim za vršenje sudijske funkcije, kad nestručno i nesavesno obavlja sudijsku funkciju ili kad trajno izgubi radnu sposobnost za vršenje sudijske funkcije (član 101. st. 2. i 3. Ustava RS/90), važeći Ustav pitanje prestanka mandata i razrešenje sudije najvećim delom prepušta zakonu (član 148. Ustava RS). Dekonstitucionalizacija ovih važnih i izuzetno osetljivih pitanja za položaj sudije utiče svakako i na položaj sudstva kao nezavisne grane vlasti.

Od ustavnih odredaba koje se odnose na funkciju sudije treba pomenuti i onu koja predviđa da u suđenju, saglasno članu 142. stav 4. Ustava RS, pored sudija učestvuju i sudije-porotnici, na način utvrđen zakonom. Međutim, zakonom se može propisati da u određenim sudovima i u određenim stvarima sude samo sudije (član 142. stav 5. Ustava RS).⁵

II

Kada je reč o izboru sudija, u doktrini je izneto gledište da određena rešenja koja sadrži Ustav RS ne doprinose nezavisnosti suda i sudija.⁶ Naime, Narodna

- 3 Ratko Marković, „Ustav Republike Srbije od 2006 – kritički pogled“, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu 2/2006, 21, 22; Tanasije Marinković, „Koje novine predviđa Predlog Ustava Republike Srbije“, *Srpska pravna revija* 5/2006, 51; Marijana Pajvančić, *Komentar Ustava Republike Srbije*, Fondacija Konrad Adenauer, Beograd 2009, 188, 189; Marijana Pajvančić, „Ustavni principi nezavisnog sudstva“, *Zakonodavni i institucionalni okvir nezavisnog sudstva u Republici Srbiji* (urednici M. Lazić, I. Pejić), Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Kondacija Konrad Adenauer, Niš 2009, 32; Vesna Rakić-Vodinelić, *Pravosudno organizaciono pravo*, Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu, Službeni glasnik, Beograd 2012², 154; Irena Pejić et al., *Pravna analiza ustavnog okvira o pravosuđu u Republici Srbiji – Nacrt*, Prvi deo, (komentari čl. 146, 147. i 148. Ustava RS), Beograd 2014.
- 4 Ustav Republike Srbije – Ustav RS/90, *Službeni glasnik RS*, br. 1/90.
- 5 Pajvančić ističe da je u ustavnom sistemu Republike Srbije prihvaćen kontinentalni tip porote, karakterističan, između ostalog, i po tome što sudije porotnici učestvuju u suđenju (M. Pajvančić, *Komentar Ustava Republike Srbije*, 183, 184). Reč je o ustanovi koja potiče iz nemačkog prava, tj. o prisedničkom sudu (*das Schöffengericht*) koji sudi u veću sačinjenom od jednog sudije po pozivu i dva prisednika. Prisednik (*der Schöffe*) je građanin koji kao pravno neobrazovano lice ravnopravno odlučuje s profesionalnim sudijom o činjeničnim i pravnim pitanjima. O nastanku ustanove prisednika u nemačkom pravu v. Vladimir Bayer, *Kazneno postupovno pravo Prva knjiga Poviestni razvoj*, Zagreb 1943, 77.
- 6 Marijana Pajvančić, „Ustavni položaj sudova u okviru organizacije vlasti (parlament, vlada, druge državne institucije – ustavni sud), njihovi međusobni odnosi i principi koji ih determinišu u sistemu podele vlasti (nacionalni i međunarodni pravni okvir)“, 11.

skupština, na predlog Visokog saveta sudstva (član 147. stav 1. Ustava RS), a u okviru svojih izbornih ovlašćenja, odlučuje o izboru sudija (član 99. stav 2. tačka 3. Ustava RS) apsolutnom većinom glasova (član 105. stav 2. tač. 12. i 13. Ustava RS) i tako neposredno utiče na personalni sastav suda. Ustavna rešenja pokazuju da Narodna skupština raspolaže punim kapacitetom ovlašćenja koja uključuju meritorno odlučivanje o izboru sudija, dok je kvalitet ovlašćenja Visokog saveta sudstva ograničen samo na podnošenje predloga na osnovu koga Narodna skupština bira sudije prilikom njihovog prvog izbora na ovaj položaj. Način izbora sudija u suprotnosti je sa načelom nezavisnosti suda, kao i međunarodnim standardom sadržanim u Osnovnim načelima Ujedinjenih nacija o nezavisnosti sudstva iz 1985. godine⁷ prema kome način izbora sudija treba da pruža zaštitu od imenovanja iz nedopuštenih motiva (načelo 10). Pored toga, Visoki savet sudstva ne raspolaže punim kapacitetom prava na nominovanje kandidata za predsednika Vrhovnog kasacionog suda, jer se u ovaj postupak uključuje, pored sudskih tela (opšta sednica Vrhovnog kasacionog suda) i nadležni odbor Narodne skupštine (član 144. stav 1. Ustava RS). Na taj način zakonodavna vlast neposredno utiče na proces nominovanja kandidata čime se sužavaju kompetencije sudskih organa u postupku predlaganja kandidata.

Prigovor se upućuje i ustavnim rešenjima⁸ koja propisuju da o izboru sudija, predsednika sudova i predsednika Vrhovnog kasacionog suda Narodna skupština odlučuje u skladu sa Ustavom (član 99. stav 2. tačka 3. i član 105. stav 2. tač. 12. i 13. Ustava RS). O izboru dela članova Visokog saveta sudstva koji se biraju, Narodna skupština pak odlučuje u skladu sa zakonom (član 153. stav 3. Ustava RS).⁹ Takvo rešenje nije u skladu sa načelom nezavisnosti, ne samo s obzirom na organ kome je poveren izbor, već i s obzirom na propise koji regulišu izbor (Ustav odnosno zakon).

Zavređuje da bude pomenuto da je u Nacionalnoj strategiji reforme pravosuđa za period 2013–2018. godine¹⁰ u ključnim načelima i prioritetima na prvom mestu izdvojena nezavisnost, negativno definisana kao odlika pravosudnog sistema u kome su pravosudne institucije i nosioci pravosudnih funkcija u svom radu oslobođeni svakog neprimerenog / nedozvoljenog uticaja i pritiska koji bi ometali ostvarivanje pravde, bez obzira na njihov izvor.¹¹ U vezi s tim je, premda se ta veza izričito ne naglašava, istaknuta i potreba za izmenom ustavnog okvira koja bi se sastojala u isključenju Narodne skupštine iz procesa izbora predsednika sudova, sudija, javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca, i članova Visokog saveta sudstva i Državnog

7 U.N. Basic Principles on the Independence of the Judiciary (*Adopted by the Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders held at Milan from 26 August to 6 September 1985 and endorsed by General Assembly resolutions 40/32 of 29 November 1985 and 40/146 of 13 December 1985*).

8 M. Pajvančić, „Ustavni položaj sudova u okviru organizacije vlasti (parlament, vlada, druge državne institucije – ustavni sud), njihovi međusobni odnosi i principi koji ih determinišu u sistemu podele vlasti (nacionalni i međunarodni pravni okvir)“, 11, 12.

9 Pri tome se među nadležnostima Narodne skupštine ova nadležnost izričito ne navodi.

10 Nacionalna strategija reforme pravosuđa za period 2013–2018. godine, *Službeni glasnik RS*, br. 9/10.

11 Slobodan Beljanski, „Položaj suda i sudija“, Marijana Pajvančić *et al.*, *Ustavni položaj sudske vlasti – analiza i preporuke za izmene*, Centar za pravosudna istraživanja, Organizacija za evropsku bezbednost i saradnju – Misija u Beogradu, Beograd 2016, 27.

veća tužilaca, u pravcu isključenja predstavnika zakonodavne i izvršne vlasti iz članstva u ovim telima, i uvođenje pravosudne akademije kao obaveznog uslova za prvi izbor na sudijsku i tužilačku funkciju.

III

Stalnost sudijske funkcije propisana je u članu 146. stav 1. Ustava RS. S obzirom da je reč o jednom od značajnih jemstava položaja sudije, razumljivo je da propisivanje izuzetka od načela stalnosti sudijske funkcije izaziva poprilično nedoumica. Naime, licu koje se prvi put bira za sudiju mandat traje tri godine, nakon čega se pod zakonom propisanim uslovima bira za stalno obavljanje sudijske funkcije (član 146. stav 2. i član 147. stav 3. Ustava RS).¹²

I u međunarodnim dokumentima se stalnost sudijske funkcije postavlja kao pravilo, pri čemu se dopušta i postojanje izuzetaka. Naime, pomenuta Osnovna načela Ujedinjenih nacija o nezavisnosti sudstva jemče sudiji stalnost funkcije do ispunjenja uslova za starosnu penziju ili isteka roka na koji je imenovan ili izabran (načelo 12). Odstupanje od stalnosti sudijske funkcije otvara u suštini dva pitanja, od kojih se prvo odnosi na probni mandat, dok se drugo tiče dužine mandata koja će jemčiti nezavisnost sudijske funkcije.

Kada je reč o probnom mandatu (što je slučaj s rešenjem sadržanim u članu 146. stav 2. Ustava RS), može se reći da se međunarodni standardi razvijaju u suprotnom smeru, jer se imenovanje ili izbor sudija na probni period smatra nesaglasnim sa sudijskom nezavisnoću.¹³ U tom smislu je u stavu 3.3. Evropske povelje o zakonu za sudije iz 1998. godine¹⁴ istaknuto da tamo gde postupak zapošljavanja sudija zahteva probni rad, obavezno kratkotrajan, ili tamo gde se sudija zapošljava na određeno vreme koje se može produžiti, odluku da se sudija ne primi u stalni radni odnos, odnosno da se ne produži period imenovanja, može doneti nezavistan organ ili se takva odluka donosi na njegov predlog, preporuku, s njegovom saglasnošću ili na osnovu njegovog mišljenja. Imajući to u vidu, Venecijanska komisija snažno preporučuje da se sudije po pozivu imenuju trajno do ispunjenja uslova

12 Beljanski ističe da je u članu 12. stav 1. Zakona o sudijama (*Službeni glasnik RS*, br. 116/08, 58/09 – odluka US, 104/09, 101/10, 8/12 – odluka US, 121/12, 124/12 – odluka US, 101/13, 111/14 – odluka US, 117/14, 40/15, 63/15 – odluka US, 106/15 i 63/16 – odluka US) stalnost sudijske funkcije propisana deskriptivno i bez ikakvih ograda u pogledu trajanja („*Sudijska funkcija traje neprekidno od prvog izbora za sudiju do navršanja radnog veka*“). Sve ovo, međutim, opovrgnuto je u članu 12. stav 3. istog zakona, odredbom koja je identična odredbi člana 146. stav 2. Ustava RS, s tim da logički nivo postavki sadržanih u ustavnoj i zakonskoj normi nije identičan. Odredba člana 146. stav 1. Ustava RS načelne je prirode i odnosi se na stalnost kao opštu kategoriju. Odredba člana 12. stav 1. Zakona o sudijama poseban je propis u kome se stalnost ne pominje, nego se detaljno, apodiktički i u apsolutnom obimu određuje trajanje sudijske funkcije. Od načela postoje izuzeci, a od posebne norme samo ako ona sama na njih upućuje ili ako predstavlja implikativni sud, što u Zakonu o sudijama nije slučaj. *Ibid.*, 25.

13 Magna Carta sudija proklamuje da se nezavisnost sudstva jemči u pogledu aktivnosti sudija, a naročito u vezi s imenovanjem do starosne granice za penzionisanje. Magna Carta sudija (osnovna načela), CCJE (2010)3 Završna verzija, Strazbur, 17. decembar 2010.

14 European Charter on the Statute of Judges (*Approved at a multilateral meeting organised by the Directorate of Legal Affairs of the Council of Europe in Strasbourg in July 1998*).

za starosnu penziju. Probni period je za sudije sporan sa stanovišta nezavisnosti i prednost treba dati sistemima u kojima kandidati za sudije nemaju puna sudijska ovlašćenja.¹⁵

Drugo pitanje koje se nameće kada je reč o vremenski ograničenom sudijskom mandatu odnosi se na dužinu vršenja sudijske dužnosti koja bi predstavljala jamstvo da će sudija biti nezavistan. Pojedini autori zastupaju gledište, uz pozivanje na određene međunarodne dokumente, da mandat ne sme biti kraći od deset godina da bi sudija uživao nezavisnost svoje dužnosti.¹⁶ I u praksi Evropskog suda za ljudska prava se kao jedno od merila za ocenu da li je ispunjen zahtev za nezavisnim sudom o kojem govori odredba člana 6. stav 1. Evropske konvencije o ljudskim pravima¹⁷ koristi trajanje mandata sudija. Pri tome Evropski sud za ljudska prava nije odredio koji je neophodni minimum trajanja sudijskog mandata, već je o tome odlučivao uzimajući u obzir okolnosti konkretnog slučaja. Nesumnjivo je da duži mandat predstavlja mogućnost da uslov iz člana 6. stav 1. EKLJP bude ispunjen.¹⁸

IV

Prestanak sudijskog poziva, a naročito razrešenje sudija predstavljaju izuzetno značajna pitanja za status sudija, pa je razumljivo da su ona predmet ustavne regulative.¹⁹ S tim u vezi, Preporuka N° R(94) 12 Komiteta ministara o nezavisnosti, efikasnosti i ulozi sudija²⁰ predviđa da svaka država članica u skladu sa ustavnim načelima i pravnom tradicijom može da predvidi odgovarajuće mere za sankcionisanje odgovornosti i disciplinskih grešaka sudije (§ 1. Načela VI). Pri tome sudije na stalnoj sudijskoj funkciji ne mogu biti opozvani bez opravdanog razloga ako nisu ispunili uslov za odlazak u starosnu penziju. Ovi razlozi, koji moraju da budu jasno određeni zakonom, mogu se primeniti u državama u kojima je sudija izabran na vremenski odgraničeni period, ili se mogu odnositi na slučaj u kojem je sudija nesposoban za obavljanje sudijske funkcije ili je učinio krivično delo ili tešku povedu disciplinskih propisa (§ 2. Načela VI).

Saglasno odredbi člana 148. stav 1. Ustava RS do prestanka sudijske funkcije dolazi:

-
- 15 European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), CDL-JD(2009)001-e, *Draft Report on the Independence of the Judicial System: Part I: The Independence of Judges*, § 33.
 - 16 V. Rakić-Vodinelić, 163.
 - 17 Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda sa dodatnim protokolima, uz nekoliko kasnijih izmena i dopuna – EKLJP, *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori*, br. 9/03, 5/05 i 7/05-ispravka i *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 12/10 i 10/15.
 - 18 Jasna Omejec, *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Evropskog suda za ljudska prava strazburški acquis*, Novi informator d.o.o., Zagreb 2013, 1132, 1133.
 - 19 M. Pajvančić, *Komentar Ustava Republike Srbije*, 188. U doktrini se govori i o *stabilnosti* sudijske funkcije kao važnom činiocu stalnosti sudijskog mandata. V. Rakić-Vodinelić, 163.
 - 20 Recommendation N° R (94) 12 du Comité des Ministres aux États membres sur l'indépendance, l'efficacité et le rôle des juges (*adoptée par le Comité des Ministres le 13 octobre 1994, lors de la 518e réunion des Délégués des Ministres*).

- a) na zahtev sudije;
- b) nastupanjem zakonom propisanih uslova;
- c) razrešenjem iz zakonom predviđenih razloga;
- d) ako ne bude izabran za trajno vršenje sudijske funkcije.

Istaknuto je da osnovni nedostatak navedene ustavne odredbe predstavlja „prepuštanje“ mogućnosti zakonodavcu da predvidi uslove za prestanak sudijske funkcije. Pri tome u doktrini postoji gledište²¹ o neophodnosti da se u Ustavu napravi jasna razlika između razrešenja i drugih razloga za prestanak sudijske funkcije. Osnovno je da sudski organi budu nadležni da odlučuju o prestanku mandata na lični zahtev ili nastupanjem zakonom propisanih razloga (deklaratorni akt), kao i u slučaju razrešenja (meritorno odlučivanje). Važno je i da se prilikom propisivanja razloga za razrešenje sudije izbegava korišćenje pravnih standarda kao što je „nesavesno“ postupanje.²²

V

Jedan od načina na koji određeno lice može da postane sudija jeste slučajni izbor. Takav pristup počiva na pretpostavci da se izricanje pravde može poveriti laikima, tj. ljudima iz naroda koji to čine uzgredno pored svog osnovnog zanimanja.²³ Naglasak je, dakle, na okolnosti da građanin, čak i kad ima odgovarajuće profesionalno obrazovanje, ne vrši sudijsku funkciju kao zanimanje, već to čini povremeno, što znači da nije u radnom odnosu kao sudija.²⁴

U uporednom pravu postoje određene razlike u vezi sa učešćem sudija-porotnika u suđenju, što se objašnjava tradicijom, istorijskim razvojem i vrstom postupka u kojem se odlučuje.²⁵ Učešće sudija-porotnika se danas uglavnom vezuje za mešovita sudska veća, pri čemu se u pojedinim oblastima odlučivanja od porotnika traži da imaju određene kvalifikacije.²⁶ Pojedini autori ističu da je uloga sudija-porotnika veća u oblasti krivičnog pravosuđa, dok se u građanskim predmetima suđenje uglavnom poverava profesionalnim sudijama.²⁷ Opravdanje za to se pronalazi u većem političkom značaju pitanja koja se raspravljaju u krivičnom postupku, što zahteva

21 M. Pajvančić, „Ustavni položaj sudova u okviru organizacije vlasti (parlament, vlada, druge državne institucije – ustavni sud), njihovi međusobni odnosi i principi koji ih determinišu u sistemu podela vlasti (nacionalni i međunarodni pravni okvir)“, 19.

22 I. Pejić *et al.*, (komentar člana 148. Ustava RS).

23 Srećko Zuglia, *Sudovi i ostali organi koji učestvuju u vršenju građanskog pravosuđa*, Školska knjiga, Zagreb 1956, 27.

24 Tihomir Vasiljević, *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*, Savremena administracija, Beograd 1981³, 74, 75. U nekim našim starijim propisima oni su nazivani povremenim sudijama. S. Zuglia, 30.

25 V. Rakić-Vodinić, 179, 180.

26 Na primer, odredbom člana 44. stav 2. Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica (*Službeni glasnik RS*, br. 85/05) propisano je da se sudije-porotnici biraju iz reda nastavnika, učitelja, vaspitača, kao i drugih stručnih lica koja imaju iskustvo u radu sa decom i mladima.

27 V. Rakić-Vodinić, 179, 180.

pojačanu kontrolu građana. Savremena kretanja ipak daju osnova za razmišljanje da potreba za učešćem sudija-porotnika sve više gubi opravdanje.²⁸ U prilog tome se mogu navesti i odgovarajuće odredbe Zakonika o krivičnom postupku²⁹ koje učešće sudija-porotnika svode isključivo na suđenje u prvom stepenu (reč je o trojnom i petornom sudećem veću) i to ako je propisana kazna zatvora preko osam godina (član 21. stav 1. tač. 1. i 2. ZKP).³⁰

Učešće sudija-porotnika povezano je i s kolegijalnošću suđenja, odnosno načelom zbornosti kao osnovnim načinom deljenja pravde u našem ustavnom poretku (član 142. stav 6. Ustava RS). Ako se uzmu u obzir važeći procesni zakoni, može se primetiti da postupci pred sudijom pojedincem postaju pravilo, a da se suđenje u veću svodi na izuzetak. U tom smislu i Preporuka N° R(86) 12 Komiteta ministara o merama za sprečavanje i smanjivanje opterećenja sudova³¹ predviđeno je gde god je to moguće da se suđenje u prvom stepenu odvija pred sudijom pojedincem.

*

* *

U Nacionalnoj strategiji reforme pravosuđa za period 2013–2018. godine ukazano je da nejasnost standarda izbora, opoziva, rezultata rada i napredovanja za sudije, ima za posledicu nejednaku delotvornost pravosudnih organa i smanjenje poverenja javnosti u sudijsku profesiju. U nastojanju da izvrši odgovarajuće normativno poboljšanje ove materije Visoki savet sudstva je doneo Pravilnik o kriterijumima, merilima, postupku i organima za vrednovanje rada sudija i predsednika sudova³² koji je menjan i dopunjavan 8. maja 2015. godine i 27. januara 2016. godine.³³ Ovaj zahvat se ne može oceniti kao zadovoljavajući, jer je neophodno izmeniti odgovarajuće ustavne odredbe, nakon čega bi na red došli zakonski i podzakonski akti.

U skladu s tim je potrebno da izbor sudija bude usklađen s međunarodnim standardima i poveren sudskim telima. Drugim rečima, iz nadležnosti Narodne

28 T. Vasiljević, 77, 78.

29 Zakonik o krivičnom postupku – ZKP, *Službeni glasnik RS*, br. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13 i 55/14.

30 S tim u vezi, u teoriji se ističe da je očigledna namera zakonodavca da samo za najteža krivična dela obezbedi prisustvo sudija-porotnika. I pored toga što predstavlja ustavnu kategoriju, učestvovanje sudija-porotnika u domaćim suđenjima često je bilo kritikovano kako u praksi tako i u teoriji kao neekonomično i lišeno suštine. U tom smislu, zakonodavac je pokušao da pronade realniju meru prisustva laičkog elementa, predviđajući učešće sudija-porotnika samo u postupcima za teža krivična dela. Goran P. Ilić *et al.*, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, *Službeni glasnik*, Beograd 2012, 114.

31 Recommendation N° R(86) 12 of the Committee of Ministers to Member States Concerning Measures to Prevent and Reduce the Excessive Workload in the Courts (*Adopted by the Committee of Ministers on 16 September 1986 at the 399th meeting of the Ministers' Deputies*).

32 Pravilnik o kriterijumima, merilima, postupku i organima za vrednovanje rada sudija i predsednika sudova, *Službeni glasnik RS*, br. 81/14.

33 Društvo sudija Srbije stavilo je na Pravilnik brojne primedbe. Društvo sudija Srbije, *Analiza jednogodišnje primene Pravilnika o kriterijumima, merilima, postupku i organima za vrednovanje rada sudija i predsednika sudova*, br. 26/16 od 14. septembra 2016. godine. S. Beljanski, 27, 28.

skuštine Republike Srbije treba izuzeti izbor sudija, predsednika Vrhovnog kasacionog suda i predsednika sudova. Pri tome bi se izbor sudija zasnivao na javnim, objektivnim, sveobuhvatnim i jedinstvenim kriterijumima koje donosi Visoki savet sudstva.³⁴ On bi ujedno bio nadležan za izbor sudija, dok bi valjalo razmotriti razloge *pro et contra* da izbor predsednika sudova bude poveren sudijama određenog suda ili Visokom savetu sudstva. Navedeno rešenje podrazumeva izostavljanje vremenskog ograničenje za prvi izbor lica koje se bira na sudijsku funkciju, kao i isključenje nadležnog odbora Narodne skupštine iz postupka predlaganja predsednika Vrhovnog kasacionog suda.

Kada je reč o prestanku sudijske funkcije neophodno je predvideti razloge za razrešenje sudije. S tim u vezi, u odnosu na predsednika Vrhovnog kasacionog suda potrebno je propisati razloge za njegovo razrešenje ili uputiti na razloge za razrešenje sudije.

Iz Ustava treba brisati odredbu koja se odnosi na učešće sudija-porotnika u suđenju. Pored toga, neophodno je propisati da se postupak u prvom stepenu vodi pred sudijom pojedincem, a da sud sudi u veću kada je to zakonom određeno.

LITERATURA

- Bayer, Vladimir, *Kazneno postupovno pravo Prva knjiga Poviestni razvoj*, Zagreb 1943.
- Beljanski, Slobodan, „Položaj suda i sudija“, Marijana Pajvančić *et al.*, *Ustavni položaj sudske vlasti – analiza i preporuke za izmene*, Centar za pravosudna istraživanja, Organizacija za evropsku bezbednost i saradnju – Misija u Beogradu, Beograd 2016.
- Vasiljević, Tihomir, *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*, Savremena administracija, Beograd 1981.³
- Ilić, Goran P. *et al.*, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Službeni glasnik, Beograd 2012.
- Marinković, Tanasije, „Koje novine predviđa Predlog Ustava Republike Srbije“, *Srpska pravna revija* 5/2006.
- Marković, Ratko, „Ustav Republike Srbije od 2006 – kritički pogled“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 2/2006.
- Omejec, Jasna, *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Evropskog suda za ljudska prava strazburški acquis*, Novi informator d.o.o., Zagreb 2013.
- Pajvančić, Marijana, *Komentar Ustava Republike Srbije*, Fondacija Konrad Adenauer, Beograd 2009.
- Pajvančić, Marijana, „Ustavni principi nezavisnog sudstva“, *Zakonodavni i institucionalni okvir nezavisnog sudstva u Republici Srbiji* (urednici M. Lazić, I. Pejić), Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Kondacija Konrad Adenauer, Niš 2009.
- Pajvančić, Marijana, „Ustavni položaj sudova u okviru organizacije vlasti (parlament, vlada, druge državne institucije – ustavni sud), njihovi međusobni odnosi i principi koji ih determinišu u sistemu podela vlasti (nacionalni i međunarodni pravni okvir)“, Marijana Pajvančić *et al.*, *Ustavni položaj sudske vlasti – analiza i preporuke za izmene*, Centar

34 Iz Visokog saveta sudstva potrebno je isključiti predstavnike izvršne i zakonodavne vlasti, a iz nadležnosti Narodne skuštine neophodno je izuzeti nadležnost za izbor dela članova Visokog saveta sudstva.

za pravosudna istraživanja, Organizacija za evropsku bezbednost i saradnju – Misija u Beogradu, Beograd 2016.

Pejić, Irena *et al.*, *Pravna analiza ustavnog okvira o pravosuđu u Republici Srbiji – Nacrt, Prvi deo, (komentari čl. 146, 147. i 148. Ustava RS)*, Beograd 2014.

Rakić-Vodinelić, Vesna, *Pravosudno organizaciono pravo*, Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu, Službeni glasnik, Beograd 2012.²

Zuglia, Srećko, *Sudovi i ostali organi koji učestvuju u vršenju građanskog pravosuđa*, Školska knjiga, Zagreb 1956.

Goran P. Ilić

Faculty of Law, University of Belgrade

Constitutional Court

OBSERVATIONS ON THE REGULATION OF THE JUDICIAL FUNCTION

SUMMARY

This paper analyzes the constitutional provisions relating to the selection, duration and completion of the judicial function. In considering the basic questions that were raised in connection with related issue, it is taken account of relevant international standards and documents which refer to the conditions under which it may exercise judicial functions. The author believes that the impact and powers that have the executive and legislative authorities substantially prejudice the independence of courts and judges proclaimed by the constitution. In addition, the principle of the permanent judicial function has been substantially weakened by introduction of the three year test period to which the selected person performs a judicial function for the first time. The author critically analyzes the constitutional provisions that, unlike previous constitutional solutions, authorizing the legislature to provide the conditions for termination of judicial function. The paper discussed the position of juror judge and expressed the opinion that the chambers should be composed exclusively of professional judges. Last but not least, the author indicates in which direction it would be necessary to change the constitutional provision in order to the judicial function to become independent, autonomous and permanent.

Keywords: court, judge, function, independence, continuity, election, mandate, termination of function, dismissal.

NUŽNA ODBRANA IMOVINSKIH DOBARA

Apstrakt: U srpskoj krivičnopravnoj sudskoj praksi postoji izvesna rezerva prema širokoj primeni instituta nužne odbrane. To se naročito odnosi na zaštitu imovinskih dobara od napadača. Dugo vremena se u zakonskoj definiciji nužne odbrane nalazila formulacija koja je granice zaštite svodila na „odbranu od sebe ili drugog“, što je u sudskoj praksi krug dobara podobnih za zaštitu restriktivno svodilo na lična dobra. Autor razmatra situacije u kojima dolazi do rizika da učinilac prekorači granice nužne odbrane imovine, naročito u okolnostima bekstva kradljivca ili upotrebe smrtonosnih zamki. Razmatraju se i ovlašćenja policije i pripadnika privatnog obezbeđenja.

Ključne reči: nužna odbrana, imovinska dobra, upotreba vatrenog oružja, građansko hapšenje.

1. UVODNA RAZMATRANJA

Iako se u posleratnim udžbenicima krivičnog prava uobičajeno tvrdilo da su načelno sva lična i imovinska dobra (život, telo, imovina, čast itd.) podobna da budu branjena u okviru instituta nužne odbrane,¹ jugoslovenska i srpska sudska praksa zauzimala je u tom smislu prilično restriktivan stav. Ovaj stav je počivao na krutom tumačenju zakonske definicije nužne odbrane, koja je podrazumevala odbranu „od sebe ili drugog“, što se pak tumačilo kao odbrana isključivo *ličnih* dobara, i to prvenstveno života i tela. Tako su u nekoliko odluka,² kod kojih je činjenično stanje podrazumevalo zaticanje oštećenih u krađi, sudovi zauzimali problematični zaključak da odbrana imovinskih dobara lišenjem života napadača (u oba primera radilo se o smrtnom ishodu) ne može da se okvalifikuje ni kao prekoračenje granica neophodno potrebne odbrane. Iako se u ovim odlukama neposredno ne odbacuje mogućnost odbrane imovine od napada, stiče se utisak da je velika nesrazmera između napadom ugrožene imovine i smrti napadača uslovljavala odbacivanje mogućnosti pozivanja na nužnu odbranu u celini, iako je sama činjenica napada opravdavala konstataciju da napad na imovinske vrednosti povlači pravo na odbranu, makar u prekoračenju. Tako je u jednom od navedenih primera sud zaključio da ne postoji prekoračenje nužne odbrane u slučaju usmrćenja sekirom lica zatečenog na delu krađe. Kako se u obrazloženju navodi, „ovakvo delo optuženog nije bilo neophodno potrebno za odbijanje napada na imovinu optuženog, te ne može biti ni reči o

* vanredni profesor, igorvu@ius.bg.ac.rs

1 Vid. npr. Aleksandar Stajić, u: N. Srzentić (red.) *et al.*, *Komentar Krivičnog zakona SFRJ*, Beograd 1986³, str. 52; Janko Tahović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, 1956, 96.

2 Presuda Saveznog vrhovnog suda, Kz. 111/55 i Vrhovnog suda NR Srbije, Kž 1498/51 (vid. Milić Tomanović, *Nužna odbrana i krajnja nužda*, Beograd 1995, str. 90, 97).

nužnoj odbrani, a sledstveno tome ni o njenom prekoračenju“.³ Krivični zakonik od 2006. godine je ovaj kruti stav sudske prakse pokušao da promeni, propisivanjem da je nužna ona odbrana koja je neophodno potrebna za odbijanje istovremenog protivpravnog napada „od svog dobra ili dobra drugoga“ (član 19 stav 2 KZ), sa idejom da bi pominjanje dobara moralo voditi zaključku da kao podoban objekt zaštite u obzir dolaze i imovinska dobra.⁴ U tom smislu, predmet naših razmatranja biće neke karakteristične konstelacije u kojima se ova problematika može pojaviti u praksi.

2. NUŽNA ODBRANA U USLOVIMA BEKSTVA KRADLJIVCA

Prema srpskom pravu institut nužne odbrane pretpostavlja *istovremenost* napada i odbrane. Okončani napad, nezavisno od dobra koje je ugrožavao, ne porađa pravo titulara na zaštitu, pa se učinilac u tom slučaju ne može pozvati ni na nužnu odbranu (član 19 stav 1 KZ), niti na njeno prekoračenje (član 19 stav 3 KZ). Ovde međutim postoji bitna razlika između odbrane ličnih i imovinskih dobara. U slučaju napada na život, telo, čast ili drugo lično dobro titulara, bekstvom napadača redovno prestaje i napad na dobro. U slučaju pak napada na imovinu, to što je kradljivac u bekstvu još uvek ne mora značiti da je napad na imovinu okončan; dok god kradljivac ne obezbedi *mirno pritežanje* na ukradenoj stvari, napad na imovinu i dalje traje, zasnivajući pravo vlasnika da prekinuto pritežanje povрати. U takvim okolnostima, uslov istovremenosti napada na imovinu i njene odbrane ostaje očuvan, osim ukoliko kradljivac ukradenu stvar u međuvremenu na odbaci, isključujući od tog momenta mogućnost pozivanja na dejstva nužne odbrane. Vlasnik supermarketa koji s leđa puca u kradljivca koji je iz radnje istrčao sa ukradenom robom, ali koju je nakon toga u panici bacio od sebe, ne bi po ovom osnovu stoga bio niti isključenjem postojanja krivičnog dela opravdan, niti ublažavanjem ili oslobođenjem od kazne privilegovan.⁵ Međutim, u slučaju da kradljivac pri sebi još uvek drži ukradene stvari, pozivanje na nužnu odbranu *a priori* nije isključeno, pa se u razmatranje uključuje standard „neophodno potrebne“ odbrane (imovine).

Ovde se međutim može postaviti pitanje da li ovaj standard omogućava da se onesposobljavanje kradljivca učini npr. pucanjem u njega s leđa od strane vlasnika imovine. Problem predstavlja činjenica da u institut nužne odbrane nisu ugrađeni mehanizmi koji onemogućavaju da branilac imovine ostane u granicama nužne odbrane u okolnostima nesrazmere vrednosti napadnutog dobra i povređenog dobra napadača. Branilac ima pravo da upotrebi bilo koje sredstvo koje delotvorno i efikasno odbija aktuelni napad, uz uslov da se prema okolnostima, uz poređenje sa drugim raspoloživim i dostupnim sredstvima, radi o najblažem načinu odbijanja napa-

3 *Ibid.*, str. 97.

4 Vid. Zoran Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd 2016⁵, str. 111.

5 U obzir bi eventualno, u slučaju njegove jake razdraženosti izazvane prethodnim napadom, uz ispunjenost drugih uslova, došla krivična odgovornost za privilegovano ubistvo na mah (član 115 KZ).

da. U takvim okolnostima, gde brzonogi begunac već odmiče sa ukradenom robom, realno se može dogoditi da vlasnik kao jedinu raspoloživu mogućnost zaštite svoje imovine prepozna onesposobljavanje napadača pucanjem iz vatrenog oružja.

U domaćoj i uporednoj krivičnopravnoj doktrini uglavnom postoji saglasnost da je pravu na nužnu odbranu imovine neophodno izvesno ograničenje na planu proporcionalnosti napadom ugroženih i odbijanjem napada povređenih dobara,⁶ ali je nejasno u kom stepenu. Tako Stojanović ukazuje da odbrana nije bila neophodno potrebna ako je došlo do grube nesrazmere dobara, to jest povrede „znatno vrednijeg“⁷ dobra napadača, ali je teško reći kako bi se ovaj kriterijum primenio u uslovima načelne neuporedivosti imovinskih vrednosti i ličnih dobara. Na skali apsolutnih vrednosti, život i telo nesumnjivo stoje iznad imovine, ali se ne može isključiti da između tela i imovine ne postoji izvesna zona preplitanja, koja bi omogućila zaključak da je odbrana imovine (visoke vrednosti ili velikog značaja za napadnutog, kao u primeru pokušaja uništenja njegove doktorske disertacije kao rezultata višegodišnjeg truda) povredom tela napadača (lakom telesnom povredom) bila neophodno potrebna. Takve nedoumice bi tim pre postojale ako bi se odlučivalo na temelju kriterijuma neke veće nesrazmere između vrednosti dobara.

U našoj doktrini, za razliku od teorijskih promišljanja s kraja XIX i s početka XX veka,⁸ danas je vladajuće stanovište da se imovina načelno ne može braniti usmrćenjem napadača.⁹ Pri tom, ovde mislimo na situacije u kojima nesporno nema, sa napadom na imovinu istovremeno pokrenutog ili očekivanog, napada na život ili telo.¹⁰ U tom smislu, upravo su situacije usmrćenja begunca što beži sa plenom pokazni primeri krajnje nesrazmere dobara, koja onemogućava pozivanje na nužnu odbranu. Stoga bi svaka odbrana imovine koja bi podrazumevala izvesnu ili vrlo verovatnu smrt kradljivca-begunca, npr. pucanjem s leđa u pravcu njegovih vitalnih organa, predstavljala prekoračenje granica nužne odbrane.¹¹ S druge strane, u nemačkoj literaturi vladajuće je shvatanje koje opravdava radnje koje izvesno ili vrlo verovatno dovode do teškog povređivanja kradljivca, npr. pucanjem u njegove

6 Britanska Kraljevska komisija 1879. godine u svom Izveštaju primećuje da bi pravo nužne odbrane čiji bi jedini zahtev bila njena neophodnost „opravdala svakog slabica, kojeg je neko snažniji trebalo da povuče za kosu, da puca u siledžiju, ako drugačije nije mogao da spreči napad“ (vid. A. J. Ashworth, „Self-defence and the Right to Life“, *Cambridge Law Journal* 2/1975, str. 296).

7 Z. Stojanović, str. 110.

8 U ovom periodu bilo je uvreženo stanovište da se dobro i najmanje vrednosti može štiti usmrćenjem napadača. Tako Avakumović u svojoj monografiji o nužnoj odbrani zaključuje da bi „i ubistvo bežećeg lopova, dokle ovaj još ne bio ostavio ili sklonio ukradenu stvar, dolazilo bi pod pojam nužne odbrane“ (J. Đ. Avakumović, *Nužna odbrana*, Beograd 1883, str. 71). Slično i Živanović zaključuje da se imovina i sloboda mogu braniti „i ubistvom napadača, ako se bez toga napad ne bi odbio“ (Toma Živanović, *Osnovi krivičnog prava Kraljevine Jugoslavije. Opšti deo. I. knjiga*, Beograd 1935, str. 234).

9 Vid. Radosav Risimović, *Nužna odbrana u krivičnom pravu*, Beograd 2012, str. 200.

10 Ovo ograničenje je vrlo bitno, jer će u većini situacija gde se istovremeno napada i telo i imovina (razbojništvo) okvir neophodno potrebne odbrane biti neuporedivo viši.

11 Igor Vuković, „O socijalno-etičkim granicama nužne odbrane uopšte i situacije krajnje nesrazmere dobara“, u: *Pravni sistem i društvena kriza. Druga sveska*, Kosovska Mitrovica 2011, str. 440.

noge, ako vrednost branjene imovine *prelazi* vrednost koja krađu čini *sitnom*.¹² Ako bi se ovaj kriterijum prihvatio, u okolnostima sitne krađe (krađe kod koje vrednost ukradene stvari prema srpskom pravu ne prelazi 5.000 dinara) imovinu bi bilo moguće braniti jedino ispaljivanjem hica upozorenja ili načinom odbrane kod kojeg je verovatno tek lako povređivanje kradljivca.

Iako se na prvi pogled čini da su ovako postavljene granice nužne odbrane imovine više naklonjene braniocu nego kradljivcu, ne treba zaboraviti da nužna odbrana, za razliku od krajnje nužde, omogućava povređivanje dobra veće vrednosti od onoga koje je napadom bilo ugroženo. To je donekle i razumljivo, jer bi uspostavljanje proste proporcionalnosti, umesto da ima odvratajući efekat, ohrabrivalo napadače da napadaju građane i njihovu imovinu. Stoga socijalno-etičko ograničenje na planu nesrazmere vrednosti ovih dobara ni ne polazi od obične, već tek drastične i krajnje nesrazmere. Ovde se utoliko postavljaju merila koja imaju za cilj da daju izvesne pokazatelje na planu apsolutnog poređenja i inače teško uporedivih vrednosti imovine i telesnog integriteta. *Načelno* će predstavljati krajnju nesrazmeru i prekoračenje granica nužne odbrane ako se sitna vrednost brani teškim telesnim povređivanjem, ili se kradljivac vrednijih stvari usmrćuje, iako to ne znači da sud ne može, zavisno od okolnosti pod kojima se odbrana vrši, učiniti izvesne izuzetke u oba smera. Ipak, to će biti malo verovatno imajući u vidu rigidan stav naše sudske prakse u pogledu nužne odbrane imovine koja okončava povređivanjem napadača. U prilog slično postavljenih granica utoliko govore i izvesni razlozi karakteristični za srpsko društvo. U tom smislu se zaista može tvrditi da bi omogućavanje odbijanja napada na imovinu ugrožavanjem tela kradljivca poduprlo nastojanje zakonodavca da koriguje restriktivno tumačenje sudske prakse, koje je raniju odredbu o odbijanju napada „od sebe ili drugog“ vezivalo prvenstveno za lična dobra.

U delu uporedne doktrine, sve su snažniji glasovi koji smatraju da upotreba vatrenog oružja i uopšte bilo kakve potencijalno smrtonosne sile nikada ne dolazi u obzir u odbrani imovine, nezavisno od njene vrednosti.¹³ Ovakav zaključak počiva na činjenici da je opravdanje nečijeg dela učinjenog u nužnoj odbrani, slično drugim osnovima isključenja protivpravnosti, zasnovano na ideji pretežnosti upletenih interesa. U tom smislu, vrednost života napadača uvek je vrednija od bilo koje imovinske vrednosti.¹⁴ I nezavisno od upoređivanja ovih dobara, imovina se načelno redovno može nadoknaditi, dok sa životom to nije slučaj. S druge strane, ne treba zaboraviti da i danas opstaju mišljenja koja insistiraju da nikakvo ograničavanje

12 Tako npr. Roxin u svom udžbeniku zastupa stanovište da granicu predstavlja vrednost ukradene stvari od 50 evra (vid. Claus Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I*, C. H. Beck, München 2006⁴, str. 700). Ova vrednost načelno odgovara granici sitne krađe prema srpskom pravu, naročito imajući u vidu da sličan iznos u relativnom smislu ima višu vrednost u srpskom društvu, koje je mnogo siromašnije od nemačkog.

13 Tako između ostalih Jan Arno Hessbruegge, *Human Rights and Personal Self-Defence in International Law*, New York 2017, str. 175; Fiona Leverick, „Defending Self-Defence“, *Oxford Journal of Legal Studies* 3/2007, str. 574; Javier Valls Prieto, Wayne N. Renke, „A Comparison of the Spanish and Canadian Law of Self-Defence“, *Alberta Law Review* 2009–2010, str. 857.

14 F. Leverick, str. 574.

nužne odbrane, pa ni u obliku nekakve velike nesrazmere kolidirajućih dobara, nije primereno.¹⁵

Kao poseban krivičnopravni problem može se postaviti i pitanje granica nužne odbrane u situaciji kada branilac imovine stigne kradljivca, i nakon toga od njega pokuša da oduzme prethodno ukradenu stvar. Ako je titular imovine ovlašćen da od kradljivca potražuje ukradenu stvar, onda se u pokušaju povraćaja stvari može ispostaviti da novi pritežalac nije raspoložen da mu oduzetu stvar prepusti. Vladajuće je stanovište da u sličnim primerima ovlašćenje ranijeg pritežaoca svakako podrazumeva mogućnost povraćaja stvari. U slučaju da se kradljivac povraćaju stvari fizički usprotivi, raniji pritežalac ovlašćen je da i silom povрати prekinuto pritežanje, budući da se ponašanje kradljivca tada može smatrati napadom na ličnost.

U uporednom zakonodavstvu nailazimo i na neke druge modele zaštite imovine u uslovima nužne odbrane.¹⁶ Tako prema Rimskom statutu Međunarodnog krivičnog suda, član 31(1)(c), učinilac nije krivično odgovoran ako je u vreme dela postupao razumno... da bi odbranio imovinu koja je neophodna za njegov opstanak ili opstanak drugog lica... protiv neposredne i protivpravne upotrebe sile, na način koji je proporcionalan stepenu opasnosti po... imovinu koja se štiti. Ovde se postupanje u nužnoj odbrani imovine dovodi u vezu sa ekonomskim značajem ovih vrednosti za opstanak titulara. Sličnu odredbu poznaje i krivično zakonodavstvo Sudana, u čijoj je praksi zabeležen i jedan interesantan slučaj zaštite materijalnih dobara (*Sudan Government v. Musa Gibril Musa*). Okrivljeni je živio u oblasti deficitarnom vodom u sušnom periodu godine (istočni Darfur). Nakon što su mu kradljivci pokrali zalihe, on se uputio u poteru za njima. Stigavši ih, zahtevao je da mu se vrati voda, što su lopovi odbili, preteći da će pucati u njega, ako ne ode. Okrivljeni je, naoružan sekirom, krenuo ka kradljivcima. Iako su ga ranili, on je uspeo da usmrti jednog od napadača. Sud je okrivljenog oslobodio, zaključivši da je on prouzrokovao smrt oštećenog „u zakonitom vršenju prava na odbranu sebe i svoje imovine“,¹⁷ polazeći upravo od činjenice da voda u ovim sušnim krajevima predstavlja dragoceni resurs.¹⁸

Ovaj primer pokazuje da na oblikovanje granica nužne odbrane u okolnostima zaštite imovine izvestan značaj može imati i momenat naročitog značaja izve-

15 Jürgen Baumann, Ulrich Weber, Wolfgang Mitsch, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bielefeld 2003¹¹, crp. 362.

16 U islamskim državama se imovina načelno smatra dobrom koje se može braniti nužnom odbranom, iako postoje razlike u vrednovanju pod kojim uslovima je upotreba smrtonosne sile u odbijanju napada opravdana. Među pravnicima šiitima dominira stanovište da je nužna odbrana zabranjena ako postoji velika verovatnoća da će napadač biti usmrćen, dok među pravnicima sunitima preovlađuje stav da je odbrana imovine dozvoljena čak i ukoliko prouzrokuje smrt napadača (vid. Ebrahim Ghodsi, „Legitimate Defence in the Criminal Law of Iran and Islam“, *Journal of Criminal Law* 2003, 355).

17 Samantha Krause, „Killing in Defence of Property: A Constitutional Approach“, *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg* 3/2012, str. 480.

18 U navedenom primeru bi i nezavisno od kriterijuma značaja ukradene stvari za opstanak titulara mogli zaključiti da je pravo na odbranu imovine podrazumevalo i pravo na povraćaj stvari od kradljivaca. Činjenica da su kradljivci ukradenu stvar branili napadom na titulara, omogućila je adekvatnu (neophodno potrebnu) odbranu više ne samo imovine već i života i tela.

sne imovine za opstanak titulara, ali, i obrnuto, da ne vrednost napada na imovinu takođe može biti umanjena, ukoliko je oduzimanje tuđe imovine uslovljeno okolnostima životne oskudice napadača. Tako je i u srpskom pravu, primera radi, ranije obličje sitnog dela krađe, utaje ili prevare dopuštalo izricanje sudske opomene ako je delo bilo učinjeno „radi neposredne potrošnje ili upotrebe za sebe ili članove svoje porodice“ (član 173 KZ Srbije od 1977.). Ipak, iako ova okolnost može imati izvestan uticaj na kažnjavanje potencijalnog kradljivca, ona ne pomera granice nužne odbrane imovine na dole. Titular imovine ima pravo da brani svoja materijalna dobra nezavisno od težine ekonomske pozicije potencijalnih napadača.

Inače, treba primetiti da se u krivičnim zakonodavstvima retko putem posebnih odredaba pravi izričita razlika između nužne odbrane ličnih i materijalnih dobara. Primer sličnog detaljnog uređivanja nužne odbrane imovine predstavlja Krivični zakonik Kanade, koji u članu 35 minuciozno razrađuje pretpostavke uspešnog pozivanja na postupanje u nužnoj odbrani imovine.¹⁹ Odredba je interesantna i po tome što zaštitu izričito vezuje za imenovane oblike napada – krađu, uništenje ili oštećenje imovine (vandalizam).²⁰ Da bi odbrana isključila protivpravost neophodno je da je prema okolnostima bila *razumna* (reasonable). Zakon ne daje bliže smernice kada bi to bio slučaj, ali je starija kanadska praksa (kao npr. u slučaju *R. v. Gunning*) uglavnom odbacivala mogućnost usmrćenja napadača na imovinu. Iako zakonodavac nije uneo uslov proporcionalnosti, u kanadskoj doktrini se ovaj izostanak ne tumači tako da ovaj uslov ne treba da postoji.²¹

3. UPOTREBA SMRTONOSNIH ZAMKI U ODBRANI IMOVINE

U kontinentalnom pravu, upotreba zamki prilikom odbrane imovine smatra se načelno prihvatljivom, uz nešto uvećan rizik da u takvom slučaju dođe do prekoračenja.²² Kako se učinilac brani od napada preduzimanjem zaštitnih mera, koje tek treba da se stave u dejstvo u slučaju eventualnog budućeg napada, na prvi pogled se čini da ovde uslov istovremenosti napada i odbrane i nije ispunjen. Međutim, budući da se zaštitni mehanizam po pravilu aktivira tek kada napad stvarno usledi, istovremenost napada i odbrane redovno postoji. Često međutim, s obzirom na to da se zamka aktivira bez prisustva branioca, koji bi intenzitet odbrane mogao da

19 Prvi uslov podrazumeva da je učinilac razumno verovao da je u mirnom pritežanju imovine, ili da razumno veruje da deluje uz ovlašćenje ili zakonito pomažući ovlašćenog lica. Druga pretpostavka zahteva da je optuženi razumno veruje da drugo lice stupa, oduzima, oštećuje ili uništava njegovu imovinu. Sledeći zahtev ukazuje da delo mora biti učinjeno upravo u cilju odbrane imovine. Najzad, poslednji, centralni i najsporniji uslov podrazumeva da je i samo delo učinjeno u odbijanju napada bilo prema okolnostima razumno.

20 Treba imati u vidu da bi uslov istovremenosti ovde bio ispunjen isključivo ukoliko bi oštećivanje imovine bilo aktuelno u vreme kada titular to uoči. Ne bi se moglo dozvoliti da se odbrana imovine dopusti i nakon što je oštećenje ili uništenje već učinjeno.

21 Kent Roach, „A Preliminary Assessment of the New Self-Defence and Defence of Property Provisions“, *Canadian Criminal Law Review* 2013, str. 297.

22 Vid. u srpskoj doktrini Ljubiša Lazarević, *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd 2011², str. 97; R. Risimović, str. 172; Z. Stojanović, str. 108.

prilagodi intenzitetu napada, nastupa prekoračenje neophodno potrebne odbrane. Kako vlasnici zamkama obezbeđuju prevashodno materijalnih vrednosti, i ovde se mogu dogoditi situacije usmrćenja napadača.

Slično vrednovanje upotrebe smrtonosnih zamki odlikuje i angloameričko pravo. U odluci koja je definisala granice prava na odbranu imovine u SAD (*People v. Ceballos*), sud je zaključio da „smrtonosna sila uglavnom ne može biti upotrebljena isključivo zbog zaštite imovine“, upravo na primeru aktiviranja opasnih mera zaštite.²³ Ovaj primer i argumentacija koja ga je pratila nam se čini interesantnim, pa ćemo se na njemu zadržati. U ovom slučaju, Vrhovni sud Kalifornije je ispitivao granice nužne odbrane imovine upotrebom vatrenog oružja u postavljanju smrtonosnih mehaničkih zamki potencijalnim kradljivcima. Optuženi je, naime, uočio tragove obijanja na vratima garaže, u kojoj je povremeno spavao, i u kojoj je čuvao imovinu približne vrednosti od 2.500\$. Pošto mu je iz kuće bilo ukradeno nešto alata, on je na vrata garaže tako montirao pištolj, da u slučaju otvaranja vrata dođe do opaljenja. Prilikom pokušaja dvoje tinejdžera, koji su i ranije pokušavali da uđu u garažu, da to ponove, pištolj je opalio i usmrtio jednog od njih. U svojoj odbrani, optuženi je istakao da bi u slučaju da je bio prisutan na licu mesta, usmrćenje napadača bilo opravdano, tako da bi morao biti opravdan isti ishod i u slučaju njegove odsutnosti, kao što se dogodilo. Sud je načelno odbacio upotrebu sličnih naprava u odbrani imovine zbog nepredvidivosti mogućih posledica. Istovremeno, odbačeno je pozivanje na nužnu odbranu u slučaju upotrebe smrtonosne sile prilikom zaštite nenastanjenih prostorija i ograničeno opravdanje u situacijama kada imalac nije prisutan u trenutku napada.

U ranijim odlukama je uglavnom zauzimana stanovište da okolnost da je branilac imovine odsutan u vreme aktuelnog napada ne utiče na opravdanje ubistva ili teške telesne povrede nanete kradljivcu, pa je primenjivan standard prema kojem je prihvatano postojanje nužne odbrane ako se radilo o provalniku, ali ne i ukoliko je žrtva bio pripadnik policije, sitni kradljivac ili neko ko je samo protivpravno stupao na vlasnikov posed. Utoliko, krivična odgovornost vlasnika imovine za ubistvo provalnika tokom noćnog upada u njegov stan nesumnjivo je mogla biti opravdana prema ranijem pravu. Prethodni kriterijum je ovom odlukom odbačen, uz argument da njegova primena ugrožava živote dece (npr. vlasnikovih ukućana), policije i drugih službi (npr. vatrogasaca koji gase požar na vlasnikovom posedu) koje u okviru svojih ovlašćenja imaju pravo da pristupe posedu građana. Prepuštanje samo spletu srećnih okolnosti da li će žrtva biti provalnik ili drugo lice ne opravdava slično razlikovanje. Istovremeno, sud se osvrnuo i na nemogućnost da se u uslovima odsutnosti branioca imovine adekvatno proceni neophodnost upotrebe smrtonosnih sredstava. „Tamo gde je vršilac radnje prisutan, uvek postoji mogućnost da će spoznati da smrtonosna sila nije neophodna; smrtonosne mehaničke naprave su međutim bez milosti ili obzira“. Utoliko se dakle pravi razlika između razumnog odbijanja aktuelnog napada i slepog, krajnje mehaničkog dejstva odbrambenog sredstva (vatrenog oružja).

23 *People v. Ceballos*, 526 P.2d 241, 249 (Cal. 1974). Vid. Thomas G. Quinn, „Justification of the Use of Deadly Force in the Protection of Property“, *California Law Review* 2/1976, str. 396.

Sud se međutim osvrnuo i na standard nužne odbrane imovine u uslovima prisutnosti vlasnika, zaključujući da je upotreba smrtonosne sile protiv napadača opravdana samo ukoliko se radi o provali koja razumno stvara osećaj ugroženosti života ili težeg telesnog povređivanja (great bodily harm). To, razume se, ne znači da sličan zaključak u uslovima odsutnosti vlasnika isključuje upotrebu smrtonosne sile prema napadaču koji aktuelno provaljuje u tuđ dom, i gde držalac stana ne može da nagađa da li je provalnik koji npr. noću upada u njegov stan naoružan ili nije. U tim okolnostima, štaviše, zahtev da se pravo na odbranu uslovi eventualnim prethodnim upozorenjem napadača čini se previsokim, budući da bi mogao dovesti život kućevlasnika u opasnost.²⁴

Ako se ovaj standard postupanja vlasnika i prihvati kao kriterijum, on se može napadati hipotetičkim tvrđenjem da vlasnik, iako odsutan u momentu napada na imovinu, ne može znati da li će prilikom povratka na svoj posed, ili tokom njegovog eventualnog povremenog obilaska, naići na nepozvanog. Ne samo što provalnik pri sebi po pravilu nosi alat za obijanje ili drugo hladno ili vatreno oružje, ili što se njegovo ponašanje u slučaju zaticanja *in flagrante delicto* ne može predvideti, već sama spremnost da se uđe u tuđi zatvoreni prostor, naročito noću,²⁵ razumno ukazuje da onome ko naleti na takvo lice preti izvesna opasnost po život ili telo. Međutim, sporno je da li slične hipotetičke pretpostavke može zameniti činjenica da vlasnik *in actu* nije prisutan. One počivaju na nekim zamišljenim očekivanjima, koja nemaju supstrat u realnom dešavanju.

Treba međutim reći da u krivičnim zakonodavstvima država angloameričkog pravnog kruga stav o nemogućnosti odbrane imovine ugrožavanjem života napadača nije jednodušno prihvaćen. Potpuno suprotno stanovište zastupljeno je u sudskoj praksi Južnoafričke Republike. Tako je u jednom karakterističnom primeru (*Ex parte Die Minister v Justisie: in re S v Van Wyk*) oslobođen odgovornosti vlasnik radnje, koji je, suočen sa nemogućnošću da se izbori sa učestalim krađama, uz obaveštavanje policije i upozorenja zalepljena na izlozima radnje, povezo sačmaru sa prozorom. Iako je oružje bilo povezano tako da provalnika pogodi u nogu, u kasnijoj provali je došlo do smrti kradljivca. U kasnijoj predstavi ministra, koji se obratio sudu sa pitanjem da li građani uopšte mogu biti opravdani primenjujući smrtonosnu silu u odbrani imovine, sud je ovu mogućnost jednoglasno prihvatio.²⁶

24 *Ibid.*, str. 403.

25 Još je u Starom zavetu, u Drugoj knjizi Mojsijevoj (Izlaska), bilo propisano da „ako se lupež uhvati gde potkopava, te bude ranjen tako da umre, da ne bude kriv za krv onaj koji ga bude ubio, ali ako se bude sunce rodilo, da je kriv za krv“ (2.Moj. 22:3). Iako na prvi pogled ova odredba opravdava usmrćenje napadača na imovinu, to je bilo ograničeno na provalne krađe u noćnim uslovima, gde je branilac imovine pre bio uplašen za život nego za materijalne vrednosti (Kenneth Lambeth, „Dismantling the Purported Right to Kill in Defence of Property“, *Southern Cross University Law Review* 5/2001, str. 85). Mogućnost usmrćenja kradljivca postoji i prema Justinijanovim Digestama (vid. 9.2.4.-9.2.5.).

26 Vid. S. Krause, str. 470; Stanley Yeo, „Killing in Defence of Property“, *Commonwealth Law Bulletin* 2/2010, str. 282.

4. NUŽNA ODBRANA IMOVINE I OVLAŠĆENJA POLICIJE ODNOSNO PRIPADNIKÂ PRIVATNOG OBEZBEĐENJA

U ovlašćenja koja se tiču postupanja policijskih službenika u srpskom pravu ugrađeni su mehanizmi koji odgovaraju krivično-pravnim granicama neophodno potrebne odbrane. Tako će policijski službenik „uvek upotrebiti najblaže sredstvo prinude kojim se može postići zakoniti cilj, srazmerno razlogu upotrebe i na način kojim se službeni zadatak izvršava bez nepotrebnih štetnih posledica“ (član 105 stav 3 Zakona o policiji).²⁷ Upotreba vatrenog oružja pritom je rezervisana isključivo za slučaj kada je ugrožen život službenika ili drugoga („kad je apsolutno nužno da od sebe ili drugog odbije istovremeni protivpravni napad kojim se ugrožava njegov ili život drugog lica“), i to samo ako se zadatak nije mogao izvršiti upotrebom drugih sredstava prinude (član 124 stav 1 ZP). S obzirom da se kao protivpravni napad, koji omogućava upotrebu vatrenog oružja, razume samo „napad vatrenim oružjem, imitacijom vatrenog oružja, opasnim oruđem ili napad drugim predmetom“ odnosno napad koji na neki drugi način „može ugroziti život policijskog službenika ili život drugog lica“, nema sumnje da je upotreba vatrenog oružja u slučaju isključivog napada na imovinu – isključena.

U angloameričkom pravu su ovlašćenja policije na planu upotrebe smrtonosne sile prema beguncima koje treba uhapsiti nešto šire postavljena. Tako Model Penal Code upotrebu smrtonosne sile smatra opravdanom: ako se radi o beguncima učiniocima težih krivičnih dela (felony); ako onaj ko primenjuje (smrtonosnu) silu (čuvar javnog reda ili građanin koji mu asistira) veruje da upotreba takve sile ne stvara znatan rizik povređivanja nevinih lica; ako je delo begunca podrazumevalo upotrebu ili pretnju upotrebom smrtonosne sile, ili je postojao znatan rizik da će lice koje treba uhapsiti izazvati smrt ili tešku telesnu povredu ukoliko lišenje slobode bude odloženo (paragraf 3.07). Kako vidimo, ovde se ovlašćenja organa reda orijentišu prema primarnom cilju neophodnosti hapšenja opasnih učinilaca teških krivičnih dela, nezavisno od ugroženosti života policijskog službenika ili drugog lica.

Nemogućnost usmrćenja napadača na imovinu predstavlja i svojevrsni *evropski standard*. Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda u članu 2 garantuje pravo na život, ne smatrajući međutim, između ostalih situacija, lišenje života protivpravnim ako je ono usledilo iz upotrebe sile koja je bila apsolutno nužna „radi odbrane nekog lica od nezakonitog nasilja“ (član 2 stav 2a). Većina autora smatra da ova konvencija ograničava isključivo delovanje državnih organa (pre svega policije) prema građanima, zbog čega lišenje života napadača na imovinu od strane građana – nije *a priori* isključeno.²⁸ U odbrani ovog stanovišta najčešće se navodi to što je EKLP inicijalno uređivala isključivo zaštitu građana od kršenja ljudskih prava koje prema njima vrše organi država. Osim toga, i sistematski tumačeći druge osnove isključenja protivpravnosti lišenja života, izgleda protivrečno da nije protivpravno (takođe pod pretpostavkom da je to bilo apsolutno nužno) lišenje

27 „Službeni glasnik RS“, br. 6/2016, u daljem tekstu ZP.

28 Vid. npr. Thomas Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München 2011⁵⁸, str. 294. U pogledu iscrpnog nabiranja zastupnika, vid. I. Vuković, str. 444.

života „kako bi se izvršilo zakonito hapšenje“ (član 2 stav 2b), npr. kradljivca koji se nakon krađe nalazi u bekstvu, a da to bude protivpravno ukoliko je kradljivac zatečen *in flagranti*.²⁹

Drugi pristup polazi od toga da EKLJP ograničava upotrebu smrtonosne sile u odbrani imovine i kada se radi o ovlašćenjima građana.³⁰ Ako nema nikakve sumnje da Konvencija zabranjuje pripadnicima policije da usmrte one koji napadaju isključivo imovinu, onda bi bilo krajnje nedosledno da obični građani budu ovlašćeni na upotrebu smrtonosne sile. Najzad, treće gledište ukazuje na to da Konvencija zabranjuje samo da napadač na imovinu bude *namerno* usmrćen. Ako je prema okolnostima branilac imovine u mogućnosti da puca samo u pravcu vitalnih delova tela, onda se on mora suzdržati od prava na odbranu. Ako bi međutim, što je i verovatnije, umišljaj u pogledu usmrćenja bio samo eventualni, odbrana imovine ne bi bila isključena.³¹ Ipak, ovaj zaključak teško možemo izvesti, iako i Konvencija govori o „namernom lišenju života“, budući da su i u drugim situacijama kada je opravdano usmrtiti, kao kada se to recimo čini u vršenju zakonitog hapšenja (član 2 stav 2b), autori Konvencije očigledno ciljali na eventualni umišljaj.³²

Čini nam se da formulacija „odbrane nekog lica od nezakonitog nasilja“ nije dovoljno određena da bi se nesumnjivo zaključilo da sadrži ograničenje nužne odbrane imovine i u nacionalnim zakonodavstvima.³³ Iako „odbrana lica“ i sam pojam nasilja impliciraju da se prevashodno mislilo na zaštitu ličnih dobara, ili eventualno i na zaštitu imovine u situacijama kada se do nje hoće doći nasilnim putem preko napada na titulara, ne vidimo dovoljan razlog da ovako neodređenu i krivičnoj terminologiji neupodobljenu formulaciju proširimo i na odbranu imovine od strane građana. Takav zaključak međutim ne znači da se, nezavisno od EKLJP i njenih odredaba, ne može utvrditi nemogućnost lišenja života napadača, ukoliko je napad ograničen na imovinska dobra. Takav zaključak, uostalom, kako smo videli, danas zastupa najveći broj autora.

Nema međutim sumnje da pripadnici *privatnih službe obezbeđenja* imovine i lica ne mogu imati viša ovlašćenja od lica koja kao organi državne uprave vrše policijske i druge poslove. Bilo bi zaista nelogično da navedeni subjekti imaju više prava nego policijski organi.³⁴ Srpski Zakon o privatnom obezbeđenju³⁵ u tom smislu

29 Praksa Evropskog suda za ljudska prava u međuvremenu je zauzela stav, prema kojem policijski službenici ne smeju da upotrebljavaju vatreno oružje radi hapšenja učinilaca nenasilnih krivičnih dela, i to nezavisno od procene da je smrtonosna sila neophodna za sprečavanje bekstva. To se ne odnosi samo na situacije namernog usmrćenja („shooting to kill“), već i na takvu upotrebu vatrenog oružja koja samo potencijalno može da usmrti. Vid. npr. Putintseva v. Russia, Appl. No. 33498/04, Judgment of 10 May 2012, para. 69; Nachova *et al.* v. Bulgaria, Appl. No. 43577/98 & 43579/98, Judgment of 6 July 2005, para. 95.

30 Vid. npr. Helmut Frister, „Die Notwehr im System der Notrechte“, *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 7/1988, str. 314.

31 Tako npr. C. Roxin, str. 699.

32 S pravom J. A. Hessbruegge, str. 94.

33 U tom pravcu i Z. Stojanović, str. 112.

34 S pravom Helmut Fuchs, *Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Grundlagen und Lehre von der Straftat*, Wien – New York, 2004⁶, str. 149.

35 „Službeni glasnik RS“, br. 104/2013 i 42/2015.

predviđa da pripadnici privatnih službi obezbeđenja vatreno oružje upotrebljavaju u skladu sa odredbama tog zakona, ali i zakona koji uređuje upotrebu oružja od strane ovlašćenih policijskih službenika (član 46 stav 1 tačka 7). Načelno, i ovde je u primeni sredstava prinude naložena postupnost i postupanje na način tako da se „izvršenje zadatka postiže sa najmanjim štetnim posledicama“. Osnovnu specifičnost ovlašćenja pripadnika privatnih službi obezbeđenja predstavlja ograničenje upotrebe mera prinude prema *mestu* odbijanja napada. Naime, ovlašćenja pripadnika obezbeđenja mogu se upotrebiti samo u šticeenom objektu ili prostoru, ili van šticeenog objekta i prostora, kada se vrši obezbeđenje transporta i prenosa novca i vrednosnih pošiljki, prilikom patroliranja, ili kada se vrše poslovi obezbeđenja lica (član 46 stav 2). Službeniku obezbeđenja dozvoljava se pritom upotreba vatrenog oružja „samo u slučaju nužne odbrane i krajnje nužde“, i uz uslov da se pre njegove upotrebe identifikuje i izda jasno upozorenje da namerava da upotrebi vatreno oružje („stoj, obezbeđenje, pucaću“). Od ovog redosleda radnji predviđa se i izuzetak, ako bi takvim postupanjem bio doveden u opasnost život pripadnika obezbeđenja ili lica koje štiti.

5. PROBLEMATIKA GRAĐANSKOG HAPŠENJA

Na granice nužne odbrane u uslovima bekstva kradljivca smisleno se naslanja i problematika građanskog hapšenja kao osnova isključenja protivpravnosti. Naime, osim policijskog hapšenja, Zakonik o krivičnom postupku dopušta da „svako može uhapsiti lice zatečeno pri izvršenju krivičnog dela za koje se goni po službenoj dužnosti“ (član 292). U našoj doktrini uglavnom se ne ukazuje na pretpostavke pod kojima bi ostvarenje krivičnog dela protivpravnog lišenja slobode (član 132 KZ),³⁶ ili pod okolnostima ovog ovlašćenja nekog drugog delikta, bilo isključeno. Što se vremenskih koordinata tiče, u literaturi se ukazuje da bi ono pokrivalo hvatanje učinioca krivičnog dela od strane očevidaca, drugih lica ako okolnosti upućuju na određeno lice kao učinioca (neko je npr. na licu mesta zatečen sa oružjem ili plenom), ali i kradljivca „do njegovog dolaženja u miran posed stvari“.³⁷ Osim definisanja pretpostavki koje se odnose momenat u kojem se učinilac dela lišava slobode, člana 292 ZKP-a ne utvrđuje koji bi načini onemogućavanja bekstva učinioca sa lica mesta činili hapšenje zakonitim, niti se to pitanje problematizuje u našoj doktrini. U izostanku sličnih pojašnjenja, granice građanskog hapšenja nužno je vezati za ovlašćenja službenih lica, pa ni u kom slučaju ovlašćenja običnih građana ne mogu prevazići one mogućnosti koje su na raspolaganju policijskim službenicima.

36 Lišenje slobode lica zatečenog pri vršenju krivičnog dela za koje se goni po službenoj dužnosti ne bi isključilo tek protivpravnost krivičnog dela iz člana 132 KZ, nego već prethodno ostvarenje njegovih obeležja, s obzirom na to da je „protivpravnost“ oduzimanja slobode kretanja pretpostavka ostvarenja bića dela.

37 Momčilo Grubač, Tihomir Vasiljević, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Beograd 2014¹¹, str. 535. Ove situacije kada je neko lice „zatečeno“ na delu izričito je bio definisao Zakonik o sudskom krivičnom postupku Kraljevine Jugoslavije (član 114). Činjenica da se lice zatiče pri izvršenju krivičnog dela upućuje na viši stepen verovatnoće (osnovanu sumnju) da se radi o učiniocu krivičnog dela za koje se goni po službenoj dužnosti (Milan Škulić, „Lišenje slobode od strane građana“, *Arhiv za pravne i društvene nauke* 3/1999, str. 286).

Smisao konstituisanja prava na lišenje slobode od strane građanâ počiva na sličnom opravdanju kao i institut nužne odbrane, na principu potvrđivanja prava, ideji da se hapšenjem učinilaca krivičnih dela čini društveno poželjno ponašanje koje štiti pravni poredak u celini, i na principu samozaštite, kao svojevrsnom pravu čoveka.³⁸ Zbog toga situacija građanskog hapšenja naliči konstelaciji *nužne pomoći*, u kojoj se podupire nužna odbrana drugoga. Nužnu pomoć dopušta i srpski zakonodavac, propisujući da je nužna ona odbrana u kojoj učinilac od sebe ili *drugog* odbija istovremeni protivpravni napad. Utoliko se lice ovlašćeno da liši slobode napadača, naročito ukoliko se radi o očevicu koji prisustvuje aktuelnom napadu, uz uslov da napad još uvek traje, može nalaziti u poziciji nužne pomoći, ili, ukoliko je napad okončan, pod okolnostima člana 292 ZKP. U pogledu pravnih pretpostavki, nužna pomoć se bitno ne razlikuje od odbrane vlastitih dobara, osim uslova da je domašaj pomoći ograničen voljom titulara dobra.³⁹

U anglosaksonskom common law pravu građanin je imao pravo i da liši života begunca, učinioca težih krivičnih dela, zločinâ (eng. *felony*), kako bi se onemogućilo njegovo bekstvo. Ovaj koncept ničim ograničenog građanskog hapšenja, međutim, razvijen je u vreme feudalnog društva, u kojem su zločini činili uzak krug najtežih delikata (razbojništvo, ubistvo, silovanje, paljevina, provalna krađa), koji su svi bili zaprećeni smrtnom kaznom. U takvim okolnostima, kada se smrtna kazna gotovo i nije mogla izbeći, uspostavljanje pravila, koje je podrazumevalo ovlašćenje ne samo pripadnika snaga reda već i običnih građana da zločinca u bekstvu liše života, činilo se kao logičan nastavak ovog dejstva, budući da je bilo svejedno da li će učinilac biti uhvaćen živ.⁴⁰ U međuvremenu se međutim broj zločina, zaprećen štaviše ne jedino smrtnom kaznom već pretežno kaznama zatvora, drastično uvećao, tako da je u izmenjenim okolnostima izvesno preispitavanje granica ovog ovlašćenja svakako moralo biti učinjeno. Stoga i Model Penal Code više ne dopušta da privatno lice *a priori* može da upotrebi smrtonosnu silu kako bi sprovelo hapšenje.

Treba uočiti da se pretpostavke nužne odbrane i građanskog hapšenja mogu i nadovezivati. Tako smo već konstatovali da je prema kontinentalnim rešenjima pravo na nužnu odbranu ograničeno vremenskim koordinatama trajanja napada. Kada napad prestane, gasi se i pravo napadnutog da se kreće unutar opravdanja garantovanog privilegijom neophodno potrebne odbrane. Razume se, napadnuti može krenuti i u poteru za beguncem, u želji da njegovim hvatanjem dobije izvesno zadovoljenje, ali se pretpostavke njegovog prava da begunca liši slobode sada kreću unutar instituta građanskog hapšenja, a ne nužne odbrane. To je, uostalom, nesporno i u našoj sudskoj praksi. Tako je u jednoj odluci sud odbacio postupanje okri-

38 Vid. I. Vuković, str. 432–433. Škulić smatra da bi *ratio legis* instituta počivao na ideji samopomoći samo ukoliko građansko hapšenje sprovodi oštećeni, a da ovde načelno dominira nastojanje da se građanima omoguću uključivanje u borbu protiv kriminaliteta (M. Škulić, str. 298).

39 Stoga ne bi bile ispunjene pretpostavke nužne pomoći ukoliko bi titular dobra npr. dao svoj pristanak na lišenje dela svoje imovine, nezavisno od toga kako prisutni posmatrač vrednuje ovaj čin vlasnika.

40 Van R. Mayhall, „Use of Deadly Force in the Arrest Process“, *Louisiana Law Review* 1/1970, str. 133, 137. Razlog za ovako dalekosežno ovlašćenje prepoznaje se i u činjenici da je i sam učinilac, suočen sa izvesnom smrću u slučaju hvatanja, bio motivisan da prema gonicima upotrebi smrtonosnu silu (K. Lambeth, str. 100).

vljenog u nužnoj odbrani zbog nepostojanja uslova istovremenosti, u situaciji gde je oštećena uspela da uz pomoć sina zadrži kradljivca koji joj je oteo tašnu, a gde je nakon toga njen suprug ovome naneo tešku telesnu povredu.⁴¹ Sud je opravdano prihvatio lišenje slobode lica zatečenog pri izvršenju krivičnog dela krađe, ali ne i njegovo kasnije povređivanje.

6. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Protiv mogućnosti da se imovina brani usmrćivanjem napadača govori činjenica da u savremenom pravu krivična dela koja ugrožavaju isključivo imovinske vrednosti nisu zaprećena smrtnom kaznom, ili nekim vidom lišenja slobode koji se smatra zamenom za smrtnu kaznu. Ako i najveći zločinci imaju pravo na život, zar bi onda životi napadača na imovinu bili manje vredni?⁴² Štaviše, i argumentacija koja je pratila ukidanje smrtne kazne između ostalog se pozivala na neprikosnovenost ljudskog života kao osnovne vrednosti. Ustavom garantovana neprikosnovenost prava na život (član 24 Ustava) u svakom slučaju predstavlja snažan argument protiv isključenja protivpravnosti lišenja života u zaštiti imovine. Polazeći od ovih okvira, može se reći da je opravdano načelno smatrati prekoračenjem ako je imovina odbranjena usmrćenjem kradljivca. Ipak, ovde treba ukazati da se to odnosi isključivo na situacije u kojima iz okolnosti proizlazi da uz napad na imovinu ne sledi i napad na telo. To u većini zamislivih primera neće biti tako često. Čim titular uoči da mu je imovina oduzeta, on će preduzeti mere da istu povrati. Ovo njegovo pravo povraćaja prekinutog pritežanja biće moguće sve dok kradljivac nije obezbedio svoje mirno pritežanje na stvari. Ukoliko dakle kradljivac bude u domašaju vlasnika imovine, ovaj će biti ovlašćen da povraćaj obezbedi i prinudom. To međutim ne podrazumeva i ovlašćenje da se kradljivac onemogućí i pucnjem iz vatrenog oružja „po svaku cenu“. Uslov neophodno potrebne odbrane u tom slučaju redovno neće biti ispunjen. Suzdržanost srpske sudske prakse u prihvatanju nužne odbrane uopšte, a naročito nužne odbrane imovine – nije opravdana. U kojoj meri će aktuelne tendencije u razvoju ovog instituta u uporednom zakonodavstvu i doktrini u našem pravu biti uvažene ostaje otvoreno, ali nema nikakve sumnje da postojeće stanje u tom smislu ne zadovoljava.

LITERATURA

Ashworth A. J., „Self-defence and the Right to Life“, *Cambridge Law Journal* 2/1975.

Avakumović J. Đ., *Nužna odbrana*, Beograd 1883.

Baumann Jürgen, Weber Ulrich, Mitsch Wolfgang, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bielefeld 2003¹¹.

41 Presuda Okružnog suda u Beogradu Kž. 524/06 od 27.3.2006. godine i presuda Petog opštinskog suda u Beogradu K. 598/04 od 1.11.2005. godine (vid. Ilija Simić, Aleksandar Trešnjev, *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije. Sedma knjiga*, Beograd 2006, str. 25).

42 K. Lambeth, str. 115.

- Fischer Thomas, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München 2011⁵⁸.
- Frister Helmut, „Die Notwehr im System der Notrechte“, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 7/1988.
- Fuchs Helmut, *Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Grundlagen und Lehre von der Straftat*, Wien – New York, 2004⁶.
- Ghods Ebrahim, „Legitimate Defence in the Criminal Law of Iran and Islam“, *Journal of Criminal Law* 2003.
- Grubač Momčilo, Vasiljević Tihomir, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Beograd 2014¹¹.
- Hessbruegge Jan Arno, *Human Rights and Personal Self-Defence in International Law*, New York 2017.
- Krause Samantha, „Killing in Defence of Property: A Constitutional Approach“, *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg* 3/2012.
- Lambeth Kenneth, „Dismantling the Purported Right to Kill in Defence of Property“, *Southern Cross University Law Review* 5/2001.
- Lazarević Ljubiša, *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd 2011².
- Leverick Fiona, „Defending Self-Defence“, *Oxford Journal of Legal Studies* 3/2007.
- Mayhall Van R., „Use of Deadly Force in the Arrest Process“, *Louisiana Law Review* 1/1970.
- Prieto Javier Valls, Renke Wayne N., „A Comparison of the Spanish and Canadian Law of Self-Defence“, *Alberta Law Review* 2009–2010.
- Quinn Thomas G., „Justification of the Use of Deadly Force in the Protection of Property“, *California Law Review* 2/1976.
- Risimović Radosav, *Nužna odbrana u krivičnom pravu*, Beograd 2012.
- Roxin Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I*, C. H. Beck, München 2006⁴.
- Simić Ilija, Trešnjev Aleksandar, *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije. Sedma knjiga*, Beograd 2006.
- Srzentić Nikola (red.) et al., *Komentar Krivičnog zakona SFRJ*, Beograd 1986³.
- Stojanović Zoran, *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd 2016⁵.
- Škulić Milan, „Lišenje slobode od strane građana“, *Arhiv za pravne i društvene nauke* 3/1999.
- Tahović Janko, *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, 1956.
- Tomanović Milić, *Nužna odbrana i krajnja nužda*, Beograd 1995.
- Vuković Igor, „O socijalno-etičkim granicama nužne odbrane uopšte i situacije krajnje nezrazmere dobara“, u: *Pravni sistem i društvena kriza. Druga sveska*, Kosovska Mitrovica 2011.
- Yeo Stanley, „Killing in Defence of Property“, *Commonwealth Law Bulletin* 2/2010.
- Živanović Toma, *Osnovi krivičnog prava Kraljevine Jugoslavije. Opšti deo. I. knjiga*, Beograd 1935.

Igor Vuković

Faculty of Law, University of Belgrade

NECESSARY DEFENSE OF PROPERTY

SUMMARY

There is a certain reserve to the wide application of the institute of self-defense in the Serbian criminal jurisprudence. This especially applies to the protection of property assets against an attack. For a long time in the legal definition of self-defense stood formulation, according to which protection was reduced to the defense of perpetrator or another. This formulation, according to the jurisprudence, restrictively excluded the protection of property. The author deals with situations where there is a risk that the perpetrator exceeds the limits of necessary defense of property assets, particularly in the circumstances of the escape or the use of deadly traps. The powers of police and private security are also considered.

Key words: Self-Defense, Property Protection, Use of a Firearm, Citizen's Arrest.

Marija Karanikić Mirić*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

ZABRANA NEPOŠTENE POSLOVNE PRAKSE

Apstrakt: U srpskom potrošačkom pravu je od 2010. godine zakonom definisana i zabranjena nepoštena poslovna praksa, uključujući nasrtljiva i obmanjujuća postupanja trgovaca prema potrošačima, a povrede te zabrane prekršajno su sankcionisane. Domaća pravila su pisana po uzoru na Direktivu o nepoštenoj poslovnoj praksi (2005), a u novom Zakonu o zaštiti potrošača (2014) veoma malo su izmenjena u odnosu na to kako su isprva glasila. Predmet ovog rada jeste pomenuta evropska direktiva koja definiše nepoštenu poslovnu praksu i načelno je zabranjuje, kao i odredbe domaćeg propisa kojima je direktiva transponovana u srpsko pravo. Ukazano je na pravno-političke razloge za intervenciju evropskog zakonodavca u ovoj oblasti, razmotrena je odluka da to učini instrumentom pune harmonizacije, kao i način na koji je sprovedeno usaglašavanje srpskog prava s imperativnim zahtevima evropskog instrumenta.

Ključne reči: Direktiva o nepoštenoj poslovnoj praksi, Zakon o zaštiti potrošača, puna (maksimalna) harmonizacija, nepoštena poslovna praksa, nasrtljiva i obmanjujuća poslovna praksa.

1. DIREKTIVA O NEPOŠTENJOJ POSLOVNOJ PRAKSI

Direktiva o nepoštenoj poslovnoj praksi (u daljem izlaganju: *Direktiva*)¹ usvojena je 2005. godine, kao odgovor evropskog zakonodavca na neujednačenost unutrašnjih pravila država članica Evropske unije, kojima se na nacionalnom nivou sankcioniše nepošteno postupanje trgovaca u poslovanju s potrošačima. Pravno-politički razlozi za usvajanje jednog ovakvog evropskog propisa tiču se zaštite ekonomskih interesa potrošača, s jedne strane, i nesmetanog funkcionisanja unutrašnjeg tržišta i posredne zaštite konkurencije, s druge strane.² Smatralo se da zatečeno stanje neusaglašenosti nacionalnih odredaba kojima se sankcioniše nepošteno tržišno postupanje trgovaca prema potrošačima stvara pravnu nesigurnost za potrošače, utiče na način na koji potrošači donose ekonomske odluke, narušava njihovu slobodu izbora i poverenje koje imaju u unutrašnje tržište, posredno narušava konkuren-

* vanredni profesor, marija@ius.bg.ac.rs

1 Directive 2005/29/EC of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market ('Unfair Commercial Practices Directive'), *OJ L* 149, 11 June 2005, 22–39.

2 Bram B. Duivenvoorde, *The Consumer Benchmarks in the Unfair Commercial Practices Directive*, Springer, Cham 2015, 16–18. Autor ukazuje na apstraktnost tako određenih ciljeva, predlaže da se konkretizuju i daje preporuke za unapređenje instrumenata za njihovo postizanje, recimo tako što bi se usvojile smernice za uniformno tumačenje opštih klauzula Direktive koje ometaju punu harmonizaciju. *Ibidem.*, 221–222. Više o tome kasnije.

ciju među trgovcima i povećava troškove i pravne rizike prekograničnog kretanja robe i usluga na unutrašnjem tržištu.³

Najopštije rečeno, evropski zakonodavac je u Direktivi bliže odredio pojam nepoštene poslovne prakse i zabranio takvu praksu trgovaca prema potrošačima te obavezao države članice da propišu kazne za povredu unutrašnjih propisa kojima se u nacionalno pravo transponuje pomenuta zabrana. Nepošteno postupanje prema potrošačima zabranjeno je u svim fazama posla: pre nego što je ugovor zaključen, u postupku zaključivanja, kao i pošto su trgovac i potrošač stupili u ugovorni odnos.

Direktiva izričito isključuje sopstveni uticaj na ugovorno pravo, a posebno na pravila o zaključenju, punovažnosti i pravnim dejstvima ugovora.⁴ Međutim, Sud pravde EU zauzeo je stav da pri procenjivanju da li je određena ugovorna odredba nepravična po merilu sadržanom u Direktivi o nepravičnim odredbama u potrošačkim ugovorima⁵ – nacionalni sud može da uzme u obzir i okolnost da se konkretno postupanje trgovca označava kao obmanjujuće po pravilima Direktive o nepoštenoj poslovnoj praksi.⁶ Drugim rečima, činjenica što je trgovac pri zaključenju odnosno pre zaključenja ugovora postupao na način koji ima svojstva nepoštene poslovne prakse – može da dovede do toga da se određena odredba u ugovoru kvalifikuje kao nepravična i, posledično, apsolutno ništava, po pravilima Direktive o nepravičnim odredbama u potrošačkim ugovorima, koja predstavlja jedan od stubova *ugovornog potrošačkog prava* EU.

Zabrana postupaka koji se kvalifikuju kao nepoštena poslovna praksa trgovca prema potrošačima načelno pripada javnopravnoj a ne privatnopravnoj komponenti materijalnog potrošačkog prava.⁷ Ipak, u novijoj literaturi pokazano je na koje sve načine Direktiva ostvaruje povratni uticaj na ugovorno potrošačko pravo i podstiče proces evropeizacije ugovornog prava.⁸ Primerice, Đurović tvrdi da je Direktiva namerno upotrebljena odnosno suptilno instrumentalizovana da bi se

3 O pravno-političkim razlozima za donošenje Direktive vid. Hans-W. Micklitz, „Unfair Commercial Practices and Misleading Advertising“, u: Norbert Reich, Hans-W. Micklitz, Peter Rott, Klaus Tonner, *European Consumer Law*, Intersentia, Cambridge–Antwerp–Portland 2014, 75–79.

4 Član 3 (2) Direktive.

5 Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, *OJ L* 95, 21 April 1993, 29–34.

6 Vid. odluku u predmetu Jana Pereničová and Vladislav Perenič v. SOS financ spol. s r. o., Case C-453/10 [2012] ECR I-0000.

7 Po tome se Direktiva o nepoštenoj poslovnoj praksi svrstava, recimo, uz Direktivu o opštoj bezbednosti proizvoda. Vid. Directive 2001/95/EC of 3 December 2001 on general product safety, *OJ L* 11, 15. January 2002, 4–17.

8 Ovo je osnovna teza u knjizi Mateje Đurovića, *European Law on Unfair Commercial Practices and Contract Law*, Hart Publishing, Oxford–Portland 2016, *passim*. a ukratko na str. 194–195. Recimo, Direktiva je uticala na građanskopravno razumevanje prevare i pretnje u slučajevima kada je potrošački ugovor zaključen pod uticajem obmanjujućeg odnosno nasrtljivog postupanja trgovca. Tako: M. Đurović, 193. Vid. takođe: Simon Whittaker, „The Relationship of the Unfair Commercial Practices Directive to European and National Contract Laws“, u: Stephen Weatherill, Ulf Bernitz (eds.), *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29. New Rules and New Techniques*, Hart Publishing, Oxford–Portland 2007, 139 i dalje.

zaobišao evidentan otpor država članica prema harmonizaciji nekih važnih oblasti ugovornog (potrošačkog) prava, gde spada, na primer, horizontalno propisivanje opšte dužnosti obaveštavanja i opšte dužnosti savesnog i poštenog poslovanja.⁹

Direktiva obavezuje države članice da propišu odgovarajuće pravne posledice povrede pravila kojima je u unutrašnji poredak transponovana zabrana nepoštenih poslovnih praksi. U tom kontekstu upotrebljena je u engleskoj verziji Direktive reč *kazne (penalties)*, dok se na drugim jezicima govori o *sankcijama* za nepošteno postupanje prema potrošačima (nem. *Sanktionen*, fr. *sanctions*). Postavilo se pitanje prirode pravnih konsekvenci nepoštenog poslovanja: moraju li to da budu kazne ili mogu da budu i građanskopravne sankcije. U velikom broju država članica propisane su kazne za trgovačke postupke koji se kvalifikuju kao nepoštena poslovna praksa, što ne isključuje mogućnost da potrošač zahteva naknadu štete od trgovca po opštim pravilima o odgovornosti. Smatra se da država članica može po svom izboru da propiše sankcije kako javnopravne tako građanskopravne prirode, kao i da optira za kombinaciju dva tipa sankcija ako u krajnjem ishodu propisane sankcije zadovoljavaju kriterijume iz člana 13 Direktive, to jest delotvorne su, srazmerne i odvratajuće.¹⁰

2. PREDMET ZAŠTITE KOJU PRUŽAJU PRAVILA DIREKTIVE

Centralni predmet zaštite jesu ekonomski interesi potrošača, ali se pojedine odredbe Direktive odnose i na njihovo zdravlje i ličnu bezbednost. Primera radi, kao nepoštena trgovačka praksa kvalifikuje se i neistinito navođenje da proizvod leči određenu bolest, poremećaj ili deformitet odnosno iznošenje neosnovanih tvrdnji o prirodi i značaju rizika kojima potrošač izlaže sebe i svoju porodicu propuštajući da pribavi određeni proizvod.¹¹

Partikularni i kolektivni interesi samih trgovaca ne uživaju zaštitu po pravilima Direktive. Međutim, nepoštena trgovačka praksa u poslovanju s potrošačima može da ima za posledicu ograničavanje, narušavanje ili sprečavanje konkurencije. U tom smislu, zaštitom ekonomskog interesa potrošača posredno se štiti konkurencija na unutrašnjem tržištu i partikularni interesi onih trgovaca koji se u svome poslovanju s potrošačima uzdržavaju od nepoštenih postupaka.

9 M. Đurović, 194–195. Usput, ugovorno pravo je najrazvijenija oblast privatnog prava EU, a ugovorno pravo EU najvećim delom jeste ugovorno potrošačko pravo. Zbog toga različite inicijative za evropeizaciju ugovornog prava polaze upravo od ugovornog potrošačkog prava. Tako: Zlatan Meškić, „Direktiva 2011/83/EU o pravima potrošača“, *Nova pravna revija – Časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo*, 1/2012, 43 i dalje. Više o značaju potrošačkih *acquis communautaire* za evropeizaciju privatnog prava: Stephen Weatherill, *EU Consumer Law and Policy*, Edward Elgar, Cheltenham–Northampton 2005, 149 i dalje.

10 Vid. detaljno: Dörte Poelzig, „Private or Public Enforcement of the UCP Directive? Sanctions and Remedies to Prevent Unfair Commercial Practices“ u: Willem van Boom, Amandine Garde, Orkun Akseli (eds.), *The European Unfair Commercial Practices Directive. Impact, Enforcement Strategies and National Legal Systems*, Ashgate, Farnham–Burlington 2014, 238–242.

11 Vid. tačke 12 i 17 Aneksa Direktive. U Aneksu su pobrojana ponašanja koja se imperativno smatraju nepoštenim i to bez obzira na okolnosti pod kojima su preduzeta.

Nije sporno da trgovac treba da postupa pošteno bez obzira na to da li posluje s potrošačem ili s drugim trgovcem. Međutim, zabrana nepoštene poslovne prakse ne proteže se na poslovne odnose između dva trgovca: Sam trgovac ne uživa zaštitu po odredbama Direktive.

Već neko vreme se raspravlja o tome da li bi zaštita od nepoštene poslovne prakse (i zaštita od nepravilnih ugovornih odredaba)¹² trebalo da se proširi na mala preduzeća. Prema jednom dobro branjenom stanovištu razlog za proširenje zaštite od nepoštene poslovne prakse na mala preduzeća ne sme da bude protekcija partikularnih ekonomskih interesa takvih (malih) trgovaca, nego samo potreba da se osigura neki od interesa koji su javni po svom karakteru, kao što je recimo zaštita konkurencije.¹³

3. PRAVNO-POLITIČKI RAZLOZI ZA INTERVENCIJU EVROPSKOG ZAKONODAVCA

Zakonodavna intervencija u cilju zaštite ekonomskih interesa potrošača opravdava se na najrazličitije načine. Kao uobičajene razloge za posebnu zaštitu potrošačkih ekonomskih interesa Kartrajt (*Cartwright*) izdvaja asimetriju informacija odnosno informacioni deficit na strani potrošača, negativne eksternalije, paternalizam i distributivnu pravdu.¹⁴

(1) Potrošač po prirodi stvari raspolaže s manje informacija o proizvodu nego trgovac, a ako je proizvod kompleksan, potrošač ostaje slabije informisan i kada su mu pružene tačne i potpune informacije o proizvodu koji pribavlja.

(2) Eksternalije se obično navode kao razlog za normiranje opšte bezbednosti proizvoda, a mnogo ređe kao razlog za posebnu zakonsku zaštitu ekonomskih interesa potrošača. Recimo, obično se kaže da pravilo o obaveznom osiguranju potrošačkog depozita spada u mere zaštite ekonomskih interesa potrošača od informacionog deficita, pošto potrošači po pravilu nisu u stanju da samostalno procene rizik od stečaja odnosno likvidacije banke. Međutim, Kartrajt izveštava da se kao razlog za nametanje obaveze osiguranja potrošačkih depozita u literaturi navode i negativne eksternalije kojima u tom slučaju mogu da budu izložene druge, sasvim zdrave banke, kao i finansijski sistem u celosti.

(3) Dalje, propisi o standardima kvaliteta i bezbednosti proizvoda štite potrošača od sopstvenog lošeg izbora i u tom smislu polaze s paternalističkih pozicija. Isto može da se kaže za zabranu nepoštenog oglašavanja proizvoda, koja počiva na premisi da potrošača treba sprečiti da napravi izbor koji nije u njegovom vlastitom najboljem interesu.¹⁵

12 Misli se na zaštitu koja je garantovana Direktivom o nepravilnim odredbama u potrošačkim ugovorima.

13 Tako: Jules Stuyck, „Do We Need ‘Consumer Protection’ for Small Businesses at the EU Level?“, u: Kai Purnhagen, Peter Rott (eds.), *Varieties of European Economic Law and Regulation. Liber Amicorum for Hans Micklitz*, Springer e-book, Cham 2014, 368–370.

14 Četiri argumenta koji slede izloženi su prema: Peter Cartwright, *Consumer Protection and the Criminal Law*, CUP, Cambridge 2004, 158–160.

15 Direktiva prepušta državama članicama da zabrane poslovnu praksu koja po njihovim merilima vreda ukus i pristojnost, čak i ako to ponašanje ne ograničava potrošačevu slobodu izbora. Vid.

(4) Konačno, Kartrajt smatra da se zakonodavac oslanja na shvatanja o distributivnoj pravdi onda kada kao razlog za intervenciju navodi nejednakost pregovaračkih pozicija trgovca, s jedne strane, i potrošača, s druge strane. Isto važi za propise kojima se trgovac obavezuje da informacije o svome proizvodu pruži tako da može da ih razume lakoveran odnosno nedovoljno obrazovan potrošač. Kada se propiše, kao što je to učinjeno Direktivom, da je trgovac dužan da sve informacije o proizvodu plasira na način odnosno u formi koja je potrebna da bi te informacije mogla da primi i razume jedna skupina potrošača, onda se dodatni troškovi takvog, specifikovanog načina obaveštavanja potrošača odnosno oglašavanja proizvoda, po prirodi stvari, prevaljuju na sve potrošače. To znači da postoji distributivni efekat pravila kojima se određene skupine potrošača (primera radi, lakoverni, neoprezni, neobrazovani ili ekonomski ugroženi) štite od informacionog deficita.

4. PUNA (MAKSIMALNA) HARMONIZACIJA

Direktiva o nepoštenoj poslovnoj praksi ima karakter maksimalne direktive.¹⁶ U tačkama 14 i 15 Preambule izričito stoji da je cilj Direktive maksimalna to jest puna harmonizacija; u članu 3 (5) Direktive propisan je rok u kojem države članice mogu da zadrže propise koji odstupaju od zahteva da se postigne puna harmonizacija; a u članu 3 (9) izričito je rečeno da se imperativ pune harmonizacije ne odnosi na nacionalne propise o finansijskim uslugama i nepokretnostima, iz čega *a contrario* proizlazi da taj imperativ stoji u ostalim slučajevima.¹⁷ Po opredeljenju za punu harmonizaciju ovaj instrument se svrstava, primera radi, uz Direktivu o potrošačkom kreditu¹⁸ i Direktivu o tajmšeringu.¹⁹

Direktive koje imaju za cilj maksimalnu to jest punu harmonizaciju nacionalnih pravnih poredaka nalažu državama članicama da obezbede upravo onaj stepen zaštite potrošača koji je propisan datom direktivom. Po tome se razlikuju od minimalnih direktiva koje državama članicama ostavljaju slobodu da potrošačima pruže jaču i kompletniju pravnu zaštitu od one koja im je osigurana evropskim propisom.

tačku 7 Preambule Direktive. Kartrajt smatra da je i to pravilo paternalističko, pri čemu uočava – kao i Miklic (*Micklitz*) – da u ovom slučaju predmet zaštite nisu *ekonomski* interesi potrošača. Vid. P. Cartwright, 159–160, H.-W. Micklitz (2014), 78.

16 Ovo je potvrđeno u nizu odluka Suda pravde EU, recimo: *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV v Plus Warenhandels-gesellschaft mbH*, Case C-304/08 [2010] ECR I-00217; *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co KG v 'Österreich'-Zeitungsverlag GmbH*, Case C-540/08 [2010] ECR I-10909; *VTB-VAB NV v Total Belgium NV and Galatea BVBA v Sanoma Magazines Belgium NV*, Joined Cases C-261/07 and C-299/07 [2009] ECR I-02949.

17 Vid. više: Willem H van Boom, „Unfair commercial practices“, u: Christian Twigg-Flesner (ed.), *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*, Edward Elgar, Cheltenham – Northampton 2016, 389.

18 Directive 2008/48/EC of 23 April 2008 on credit agreements for consumers, *OJ L* 133, 22. May 2008, 66–92. Vid. član 22 (1) te direktive.

19 Directive 2008/122/EC of 14 January 2009 on the protection of consumers in respect of certain aspects of timeshare, long-term holiday product, resale and exchange contracts, *OJ L* 33, 3. February 2009, 10–30. Vid. tačku 3 Preambule te direktive.

Minimalna harmonizacija je isprva bila deo političke pogodbe odnosno uslov da države članice uopšte pristanu na usaglašavanje nacionalnih propisa u svrhu zaštite ekonomskih interesa potrošača. U posledice minimalne harmonizacije ubraja se fragmentarna struktura evropskog potrošačkog prava, nejednak stepen zaštite koju potrošači uživaju u različitim državama EU, kao i neujednačeno razumevanje pojedinih važnih pravnih koncepata u praksama nacionalnih sudova.²⁰ Za razliku od minimalne, puna (ili maksimalna) harmonizacija uzima u obzir i interes trgovaca da uslovi poslovanja na unutrašnjem tržištu budu ujednačeni. Smatra se da puna harmonizacija može da smanji pravne rizike prekograničnog poslovanja, podigne nivo pravne sigurnosti za trgovce i njihovo pouzdanje u unutrašnje tržište.

Koncept maksimalne harmonizacije relativno je nov.²¹ Međutim, u literaturi se već ukazuje na činjenicu da puna harmonizacija ima i brojne nedostatke.²² Primerice, dovodi do toga da pojedine države članice moraju da redukuju zatečeni nivo zaštite potrošača: Prinuđene su da ukidaju postojeće garancije odnosno nacionalna pravila kojima pojačano štite ekonomske interese potrošača zato što im maksimalne direktive zabranjuju da u bilo kom smeru odstupe od imperativno propisanog standarda zaštite.

Puna harmonizacija je naročito osporavana u raspravama koje su prethodile usvajanju Direktive o pravima potrošača.²³ Kao odgovor na ta osporavanja, Evropska komisija je formulisala princip usmerene (ili ciljane) pune harmonizacije (*targeted full harmonization*):²⁴ Taj modalitet pune harmonizacije podrazumeva da je država članica slobodna da odstupi od usaglašenog imperativnog standarda u svim pitanjima koja su ostala izvan domašaja određene direktive. Drugim rečima, ako svrha određene direktive nije da se harmonizuju nacionalni propisi o određenoj stvari, nego ta stvar ostaje izvan područja primene predmetne direktive, onda države članice zadržavaju slobodu da konkretnu stvar uredе drugačije, naravno, ako u širem smislu ne protivreče zahtevima koje pred njih postavlja pravo EU.

Evo prostog primera za usmerenu (ili ciljanu) punu harmonizaciju: Po pravilu iz člana 9 (1) Direktive o pravima potrošača, potrošač ima na raspolaganju rok od

-
- 20 Tako: Stephen Weatherill, „The Consumer Rights Directive: How and why a quest for „coherence“ has (largely) failed“, *Common Market Law Review*, Vol. 49, 4/2012, 1282–1283.
 - 21 Evropska komisija je detaljnije razvila taj koncept u Strategiji zaštite potrošača 2007–2013. Vid. Communication of 13 March 2007 from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee, „EU Consumer Policy Strategy 2007–2013“, COM(2007) 99 final.
 - 22 Hans-W. Micklitz, Norbert Reich, „Crónica de una muerte anunciada: The Commission Proposal for a Directive on Consumer Rights“, *Common Market Law Review*, Vol. 46, 2/2009, 471 i dalje.
 - 23 Directive 2011/83/EU of 25 October 2011 on consumer rights, OJ L 304, 22. November 2011, 64–88. Osporavanje je intenzivirano 2008. godine, pošto je objavljen Predlog Direktive o pravima potrošača, zasnovan na principu pune harmonizacije. Vid. Proposal for a Directive on consumer rights, COM (2008) 614 final.
 - 24 Tačke 13 i 14 Preambule Direktive o pravima potrošača. Vid. više u: Klaus Tonner, „The Consumer Rights Directive and its Impact on Internet and other Distance Consumer Contracts“, u: N. Reich, H.-W. Micklitz, P. Rott, K. Tonner (eds.), *European Consumer Law*, 400–401. Vid. takođe: Norbert Reich, Hans-W. Micklitz, „Economic Law, Consumer Interests, and EU Integration“, u: N. Reich, H.-W. Micklitz, P. Rott, K. Tonner (eds.), *European Consumer Law*, 41–42.

14 dana da odustane od ugovora na daljinu odnosno od ugovora koji je sklopljen van poslovnih prostorija trgovca, a da za to ne navede nikakav razlog i da u načelu ne snosi nikakve troškove. Rok za odustanak teče od dana sklapanja ugovora o pružanju usluga, a kod kupoprodaje od dana kada potrošač odnosno treće lice koje nije prevoznik a odredio ga je potrošač – uspostavi fizičku vlast na stvari. Država članica je dužna da to propiše i ne može ni da produži, ni da skрати rok u kojem potrošač može da ostvari ovo svoje pravo. Međutim, država članica može da garantuje pravo na odustanak (u istom ili drugačijem roku) svim onim subjektima koji inače ne uživaju zaštitu po pravilima Direktive o pravima potrošača. To mogu da budu, recimo, nevladine organizacije, mala preduzeća ili fizička lica koja postupaju u profesionalnom kapacitetu.

Međutim, ni usmerena puna harmonizacija ne može da popravi fragmentarnu, nasumičnu i stoga preterano kompleksnu strukturu ugovornog potrošačkog prava EU. Štaviše, takav modalitet pune harmonizacija generiše nova neslaganja o tome šta bi trebalo da ostane izvan domašaja određenog evropskog propisa, jer sve što je izvan tog domašaja može slobodno da se normira nacionalnim propisom, u skladu s eventualnim ostalim ograničenjima koja je već postavio evropski zakonodavac. Postoji i shvatanje da usmerena puna harmonizacija jeste teorijski koncept zanemarljivog praktičnog značaja.²⁵

Sama Direktiva predviđa neka odstupanja od maksimalne harmonizacije.²⁶ Primera radi, evropski zakonodavac dopušta da pri prosuđivanju kako bi u datim okolnostima postupio hipotetički prosečan potrošač, nacionalni sudovi uzmu u obzir relevantne društvene, kulturne i jezičke specifičnosti.²⁷ Direktiva prepušta državama članicama da obezbede sprovođenje harmonizovanih nacionalnih pravila odnosno da po svome izboru propišu delotvorne, srazmerne i odvrćajuće sankcije za nepošteno poslovanje. Država članica je slobodna da propiše stroža pravila od onih koja su predviđena Direktivom ako to nalaže potreba da se zaštiti zdravlje ili bezbednost potrošača na njenoj teritoriji. To može da bude dodatno sankcionisanje nepoštenog postupanja trgovaca prema potrošačima u vezi s prometom lekova, alkohola i duvana.²⁸ Zbog svega rečenog postoje izvesne različitosti između unutrašnjih režima zabrane nepoštenog poslovanja uprkos tome što Direktiva načelno naređuje maksimalnu (ili punu) harmonizaciju.²⁹

25 Neki kažu da se usmerena (ili ciljana) puna harmonizacija koja se pominje u dokumentima Evropske komisije u svojoj praktičnoj dimenziji utapa u opštu politiku pune harmonizacije. Lucinda Miller, *The Emergence of EU Contract Law: Exploring Europeanization*, OUP, Oxford 2011, 85.

26 O tome Erika Budaite, Cees van Dam, „The Statutory Frameworks and General Rules on Unfair Commercial Practices in the 25 EU Member States on the Eve of Harmonization“, u: Christian Twigg-Flesner, Deborah Parry, Geraint Howells, Annette Nordhausen, *The Yearbook of Consumer Law 2008 (Markets and the Law)*, Ashgate, Aldershot–Burlington 2007, 109–113.

27 Tačka 18 Preambule Direktive.

28 Tačka 8 Preambule Direktive.

29 Pored pomenutih odstupanja, mogućnost da se ostvari puna harmonizacija ograničena je i odredbom člana 3 (4) same Direktive, koja propisuje da u sukobu odredaba Direktive s odredbama drugih direktiva koje uređuju neke posebne aspekte nepoštene poslovne prakse –

5. NEPOŠTENA POSLOVNA PRAKSA

Evropski zakonodavac je definisao i na načelnom nivou zabranio nepoštenu poslovnu praksu trgovaca prema potrošačima.³⁰ Upotreba generalne klauzule ovog tipa karakteristična je za pravne sisteme evropskog kontinenta, s tim što je njena svrha u početku vezivana za zaštitu konkurenata.³¹ Protivljenje nekih učesnika u zakonodavnom procesu, naročito onih iz Ujedinjenog Kraljevstva, dovelo je do toga da generalna klauzula bude uobličena kao opšta zabrana nepoštenog poslovanja, a ne kao pozitivno određena opšta obaveza trgovaca da s potrošačima posluju pošteno.³² Direktiva stoga ne sadrži definiciju poštene poslovne prakse i indikativan katalog poželjnih postupanja, nego definiciju nepoštene poslovne prakse i zatvoreni katalog zabranjenih postupaka.

Direktiva zabranjuje poslovnu praksu trgovaca prema potrošačima koja se kvalifikuje kao nepoštena jer kumulativno ispunjava dva uslova: prvo, suprotna je zahtevima profesionalne pažnje, i drugo, ima potencijal da znatno poremeti tržišno postupanje hipotetičkog prosečnog potrošača u datim okolnostima odnosno tržišno postupanje hipotetičkog prosečnog člana posebne grupe potrošača na koju se odnosi konkretna poslovna praksa. Prosečan potrošač je zamišljeni potrošač koji se kvalifikuje kao razumno informisan, pažljiv i oprezan, kada se uzmu u obzir relevantne društvene, kulturne i jezičke posebnosti. Sadržinu tog pravnog standarda određuju nadležni organi države članice, ali su i u tom poslu vezani pravom EU koje ih inače obavezuje. Pod posebnom grupom potrošača misli se na jasno određenu i prepoznatljivu skupinu potrošača koji su zbog svoje psihičke ili fizičke slabosti, uzrasta ili lakomislenosti naročito osetljivi na određenu vrstu proizvoda ili oglašavanja. Ako je trgovac bio dužan da zna za postojanje i svojstva grupe, njegova poslovna praksa se procenjuje prema zamišljenom prosečnom članu te grupe.

Pored ove opšte definicije nepoštene poslovne prakse, Direktiva bliže određuje dve posebne vrste nepoštenog poslovanja. U literaturi se one nazivaju „malim generalnim klauzulama.“³³ Reč je o posebnom definisanju i zabrani obmanjujuće i nasrtljive poslovne prakse trgovaca prema potrošačima, pri čemu obmanjujuća praksa obuhvata i obmanu ćutanjem. Konačno, u Aneksu I Direktive navedena su konkretna obmanjujuća i nasrtljiva postupanja trgovaca prema potrošačima, koja se kvalifikuju kao nepoštena bez obzira na okolnosti konkretnog slučaja. Taj kata-

prednost imaju te druge direktive. Više o maksimalnom karakteru Direktive i pitanjima koja su s tim u vezi ostala otvorena: Hans-W. Micklitz, „Minimum and Maximum Harmonization and the Internal Market Clause“, u: G. Howells, H.-W. Micklitz, T. Wilhelmsson, *European Fair Trading Law. The Unfair Commercial Practices Directive*, 35–39.

30 Član 5 (1) Direktive: Unfair commercial practices shall be prohibited.

31 Više o tome: Geraint Howells, „Introduction“, u: G. Howells, H.-W. Micklitz, T. Wilhelmsson, *European Fair Trading Law. The Unfair Commercial Practices Directive*, 2–5.

32 M. Đurović, 68.

33 Vid. na primer: Hans-W. Micklitz, „The General Clause on Unfair Practices“, u: G. Howells, H.-W. Micklitz, T. Wilhelmsson, *European Fair Trading Law. The Unfair Commercial Practices Directive*, 85–86; E. Budaite, C. van Dam, 107. Sažeto o tri male opšte klauzule u kojima se definišu nasrtljiva i obmanjujuća praksa te obmana ćutanjem (obmanjujuće propuštanje kao vrsta obmanjujuće poslovne prakse) vid. u: M. Đurović, 107–113.

log je zatvoren, to jest iscrpan, i sadrži trideset i jedno ponašanje trgovca prema potrošačima. U njemu se nalazi *numerus clausus* trgovačkih ponašanja za koja se ne može dokazivati da incidentno, s obzirom na okolnosti konkretnog slučaja, nisu nepoštene prema potrošačima.

Nepoštena poslovna praksa u najopštijem smislu obuhvata dva elementa: da je trgovac svojim postupanjem prema potrošaču povredio standard profesionalne pažnje i da takvo njegovo postupanje može znatno da poremeti ponašanje prosečnog potrošača. Pod profesionalnom pažnjom podrazumeva se posebna veština i obzirnost koje se od trgovca osnovano očekuju u poslovanju s potrošačima, prema zahtevima poštene trgovačke prakse odnosno opšteg načela savesnosti i poštenja za delatnost koju obavlja konkretan trgovac. Pod znatnim remećenjem tržišnog postupanja prosečnog potrošača misli se na narušavanje sposobnosti hipotetičkog prosečnog potrošača da donese informisanu odluku, odnosno da određeno ponašanje trgovca može da navede prosečnog potrošača da donese ekonomsku (tržišnu, transakcionu) odluku koju inače ne bi doneo.³⁴

Zabrana nepoštene poslovne prakse važi za vreme koje prethodi zaključenju ugovora između trgovca i potrošača, tokom zaključenja ugovora, kao i za vreme izvršavanja ugovornih obaveza. Štaviše, zabrana se odnosi na svako obraćanje trgovca potrošačima, bez obzira na to da li je potrošač inicirao kontakt. Nepoštena poslovna praksa je zabranjena nezavisno od toga da li je trgovac dužan da isporuči robu ili da pruži uslugu, da li je ugovor zaključen neposredno ili na daljinu, u poslovnim prostorijama ili izvan poslovnih prostorija trgovca. Radi se o horizontalnom propisu koji treba da obezbedi ne samo visok stepen zaštite potrošača nego i jednake uslove poslovanja na unutrašnjem tržištu. Međutim, u literaturi se ističe da način normiranja za koji se opredelio evropski zakonodavac dovodi u sumnju ostvarivost tog drugog cilja. Naime, pojedini autori tvrde da sama upotreba generalnih klauzula podriva cilj pune harmonizacije, odnosno da oslanjanje na široke koncepte poput *profesionalne pažnje* i *prosečnog potrošača* sprečava da pravila u državama članicama postanu ujednačena zato što se takvi koncepti u evropskim pravnim sistemima tradicionalno razumeju na različite načine.³⁵

Postupak utvrđivanja da li je određena poslovna praksa nepoštena opisan je u literaturi kao jedan trostepeni mehanizam:³⁶ (1) Pri prosuđivanju da li se određeno postupanje trgovca prema potrošačima kvalifikuje kao nepoštena poslovna praksa, nadležni organ države članice prvo proverava da li je reč o nekom od posebno određenih i uvek zabranjenih postupaka iz kataloga koji se nalazi u Aneksu I Direktive (tzv. *crna lista*). Tamo su pobrojana određena ponašanja koja se kvalifikuju kao

34 Vid. opštu klauzulu iz člana 5 (2) i definicije profesionalne pažnje i znatnog narušavanja tržišnog ponašanja potrošača iz člana 1 (1) tačke (e) i (h) Direktive.

35 Amandine Garde, „Can the UCP Directive Really Be a Vector of Legal Certainty?“, u: W. van Boom, A. Garde, O. Akseli (eds.), *The European Unfair Commercial Practices Directive. Impact, Enforcement Strategies and National Legal Systems*, 111.

36 Marija Karanikić, Hans-W. Micklitz, Norbert Reich, „Explanatory Memorandum to the Draft Proposal of a Model Consumer Law“, u: Marija Karanikić, Hans-W. Micklitz, Norbert Reich (eds.), *Modernising Consumer Law. The Experience of the Western Balkan*, Nomos, Berlin 2012, 180–181; M. Đurović, 68.

nepoštena bez obzira na konkretne okolnosti pod kojima ih je trgovac preduzeo. (2) Ako nije reč o nekom takvom postupku, nadležni organ ispituje da li se konkretno ponašanje trgovca kvalifikuje kao nepošteno po nekoj od takozvanih malih generalnih klauzula, to jest može li da se označi kao neki poseban tip nepoštene poslovne prakse. Naime, postoje tri male generalne klauzule u Direktivi. One sadrže opšta merila po kojima se utvrđuje da li je određena poslovna praksa nasrtljiva odnosno obmanjujuća, odnosno da li je to specijalan oblik obmanjivanja – propuštanjem. (3) Tek ako ni to nije slučaj, nadležni organ može da primeni veliku generalnu klauzulu iz člana 5 (2) Direktive, to jest da proveriti da li se konkretno ponašanje kvalifikuje kao nepoštena poslovna praksa po ovom najopštijem merilu. To će biti onda kada je konkretno postupanje protivno zahtevima profesionalne pažnje i uz to preti da znatno poremeti način na koji se na tržištu ponaša hipotetički prosečan potrošač.³⁷

Naravno, ukazivanje na trostepeni mehanizam jeste samo jedno jasno i efektno jezičko oblikovanje uobičajenog misaonog procesa. Korisno je, između ostalog, zato što može da služi kao protokol za postupanje organa koji treba da utvrdi da li je određena poslovna praksa nepoštena. Međutim, opisani misaoni proces nije ni po čemu specifičan za rezonovanje o nepoštenoj poslovnoj praksi. Naime, kada propis sadrži generalnu klauzulu i katalog pripadajućih posebnih slučajeva, ispitivanje pojedinačnog slučaja normalno nalaže da se pođe od posebnog ka opštem određenju obima pojma, to jest da se prvo proveriti da nije reč o nekom od posebno izdvojenih slučajeva iz kataloga, pa ako to nije tako, da se vidi da li konkretna situacija može da se podvede pod generalnu klauzulu.

Na primer, Direktiva o nepravničnim odredbama u potrošačkim ugovorima sadrži generalnu klauzulu koja bliže određuje pojam nepravlične ugovorne odredbe i listu konkretnih odredaba za koje se oborivo pretpostavlja da su nepravlične.³⁸ Zakon o obligacionim odnosima sadrži generalnu klauzulu o bitnoj zabludi kao mani volje i posebna pravila o tri vrste takve zablude: zabludi o bitnim svojstvima predmeta prestacije, zabludi o motivu kod dobroćinih ugovora i zabludi o ličnosti ugovornika kod ugovora zaključenih *intuitu personae*.³⁹ Katalog bitnih zabluda nije iscrpan; ako se u konkretnom slučaju ne radi o nekoj od posebno izdvojenih zabluda, ostaje mogućnost da se predmetna zabluda kvalifikuje kao bitna po najopštijem merilu sadržanom u generalnoj klauzuli. U svim ovim slučajevima određenje obima jednog pojma (pojma nepoštene poslovne prakse, nepravlične ugovorne odredbe, ili bitne zablude) polazi od posebnog prema opštem. To zahtevaju i način normiranja i pravila tumačenja.

37 Podrazumeva se da nadležni organ države članice ne primenjuje neposredno odredbu Direktive, nego odredbu odgovarajućeg nacionalnog propisa kojim se u unutrašnje pravo transponuje predmetna odredba Direktive. Ovo je izostavljeno jer se podrazumeva, a kada se stalno ponavlja – narušava jasnoću izlaganja.

38 Član 3 (2) i Aneks Direktive o nepravničnim odredbama u potrošačkim ugovorima. Isti mehanizam preuzimaju sva nacionalna prava Evrope koja su transponovala tu direktivu.

39 Vid. član 61 stav 1 i član 62 Zakona o obligacionim odnosima, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 (odluka USJ) i 57/89, *Službeni list SRJ*, br. 31/93 i *Službeni list SCG*, br. 1/2003 (Ustavna povelja).

6. NEPOŠTENA POSLOVNA PRAKSA U SRPSKOM POTROŠAČKOM PRAVU

Normativni osnov za uređivanje oblasti zaštite potrošača nalazi se u članu 90 Ustava Republike Srbije, u kojem je propisano da Republika Srbija štiti potrošače i da su posebno zabranjene radnje usmerene protiv zdravlja, bezbednosti i privatnosti potrošača, kao i sve nečasne radnje na tržištu.⁴⁰ Osnov za usklađivanje srpskog potrošačkog prava s pravom EU nalazi se članu 78 Zakona o potvrđivanju Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju, u kojem se Srbija obavezala na saradnju s evropskim zajednicama i državama članicama, u cilju usaglašavanja domaćih standarda zaštite potrošača s evropskim standardima.⁴¹ Ta saradnja obuhvata, između ostalog, obavezu domaćeg zakonodavca da nacionalne propise u oblasti zaštite potrošača uskladi s odgovarajućim propisima EU. Ako je zakonsko sankcionisanje nepoštene poslovne prakse u Srbiji i bilo podstaknuto ustavnim zabranom nečasnog postupanja na tržištu i obavezom države da štiti potrošače, sadržina usvojenih zakonskih pravila u potpunosti je uslovljena zahtevima Direktive o nepoštenoj poslovnoj praksi i obavezom države da unutrašnje standarde zaštite potrošača uskladi sa standardima EU.

Prvi pokušaj da se srpsko potrošačko pravo usaglasi sa zahtevima Direktive o nepoštenoj poslovnoj praksi učinjen je u Zakonu o zaštiti potrošača iz 2010. (u daljem izlaganju: ZZZP-2010).⁴² Prvobitna nacionalna pravila o nepoštenoj praksi trgovaca u potrošačkom kontekstu izmenjena su u određenoj meri 2014. godine, kada je usvojen Zakon o zaštiti potrošača koji je danas na snazi (u daljem izlaganju: ZZZP).⁴³ Promene koje su u domaćem režimu zabrane nepoštene poslovne prakse sprovedene 2014. godine bile su u najvećem broju kozmetičke i podrazumevale su pre svega terminološke korekcije zakonskog izraza iz 2010. Primerice, izrazi nepošteno poslovanje, pritužba, vraćanje novca, konkurent i jednostrani raskid zamenjeni su izrazima nepoštena poslovna praksa, reklamacija, povraćaj novca, drugi trgovac i odustanak od ugovora.⁴⁴ Umesto izraza *bitno umanjenje sposobnosti potrošača da razborito odlučuje*, u zakonu od 2014. stoji izraz *bitno umanjenje mogućnosti potrošača da ostvari potreban nivo obaveštenosti za odlučivanje*. Izgleda da je zakonodavac učinio napor da jezik domaćeg propisa približi doslovnom jezičkom izrazu Direktive na engleskom, pa otud poslovna praksa (*commercial practices*) umesto poslovanje, odustanak od ugovora (*withdrawal*) umesto raskid. Sve to, ipak, nema suštinski značaj za pitanje efikasnosti zaštite potrošača u Srbiji i usklađenosti domaćeg potrošačkog prava sa standardima EU.

40 Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 83/06.

41 Član 78 Zakona o potvrđivanju Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Evropskih zajednica i njihovih država članica, s jedne strane, i Republike Srbije, s druge strane, *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 83/08.

42 Zakon o zaštiti potrošača, *Službeni glasnik RS*, br. 73/10. Više o tom prvom pokušaju vid. M. Karanikić, H.-W. Micklitz, N. Reich, 180–183.

43 Zakon o zaštiti potrošača, *Službeni glasnik RS*, br. 62/2014 i 6/2016 (drugi zakon).

44 Važno je da se naglasi da optiranje zakonodavca za izraz *odustanak* ne dira u činjenicu da se tu radi o prestanku ugovora jednostranom izjavom volje jedne od ugovornih strana i to iz razloga koji su se stekli nakon što je ugovor punovažno zaključen (otud izraz *raskid* u ZZZP-2010).

Međutim, pojedine zakonske izmene iz 2014. ne mogu da se označe kao puke terminološke intervencije. Naime, srpski zakonodavac se 2010. godine bio oslonio na činjenicu što Srbija još uvek nije član EU te stoga još uvek ima tu mogućnost da potrošačima garantuje jaču zaštitu od one koja je predviđena potrošačkim direktivama i kada nalažu punu harmonizaciju.⁴⁵ Promene koje su sprovedene četiri godine kasnije ogleдалe su se, između ostalog, u čišćenju zakonskog teksta od odredaba o nepoštenoj poslovnoj praksi koje su obezbeđivale jaču zaštitu za potrošače nego Direktiva.⁴⁶

Na primer, brisane su odredbe ZZP–2010 kojima je bilo propisano da se u nepoštenu praksu ubraja i kao takva praksa sankcioniše povreda istim zakonom⁴⁷ ustanovljenih dužnosti obaveštavanja potrošača o njihovim pravima u vezi s označavanjem cena i pojedinim vrstama potrošačkih ugovora. To brisanje je sporno iz sledećeg razloga: Sama Direktiva propisuje da se uskraćivanje bitnih obaveštenja (*material information*) potrošaču kvalifikuje pod precizno određenim uslovima kao obmanjujuće propuštanje. To pravilo je preuzeto u ZZP.⁴⁸ Pored toga, u Aneksu II Direktive nalazi se indikativna lista odredaba propisa EU kojima se konstituiše dužnost obaveštavanja i uređuje način komuniciranja na tržištu. Aneks II Direktive nije transponovan u srpsko pravo, pa je odredba ZZP–2010 kojom je povreda nekih dužnosti obaveštavanja izričito bila podvedena pod pojam nepoštenog poslovanja činila da taj domaći propis bude bliži zahtevima Direktive nego što je to sada slučaj.

Ukinuto je i zakonsko proširenje obima pojma nepoštene poslovne prakse na povrede dužnosti obaveštavanja potrošača o njegovim pravima u vezi s: medicinskim proizvodima, finansijskim uslugama na daljinu, zajedničkim ulaganjem u prenosive hartije od vrednosti, posredovanjem u osiguranju, životnim osiguranjem i nekim drugim vrstama osiguranja, prodajom finansijskih instrumenata i prospektom koji se objavljuje u slučaju javne ponude hartija od vrednosti. Međutim, ukidanje ovih posebnih zakonskih pravila ne isključuje mogućnost da se ponašanje kojim se vređa dužnost obaveštavanja potrošača u konkretnom slučaju kvalifikuje kao nepoštena poslovna praksa po generalnoj klauzuli⁴⁹ ili po maloj generalnoj klauzuli o obmanjujućoj poslovnoj praksi⁵⁰ ili pak po maloj generalnoj klauzuli o obmanjivanju propuštanjem.⁵¹

Kao nepoštena poslovna praksa bila je sankcionisana i zloupotreba reči garancija i drugih reči i izraza sa sličnim značenjem. Pod zloupotrebom mislilo se na upotrebu ovih reči i izraza pri oglašavanju odnosno zaključenju ugovora tako da označe neko pravo koje potrošač već ima po samom zakonu. Zakonodavac je obri-

45 M. Karanikic, H.-W. Micklitz, N. Reich, 166.

46 Vid. detaljno o odredbama ZZP–2010 koje su pružale jaču zaštitu nego što naređuje Direktiva: M. Karanikic, H.-W. Micklitz, N. Reich, 180–183.

47 To znači da su od samog početka iz spiska dužnosti obaveštavanja čija se povreda kvalifikuje kao nepoštena poslovna praksa bile isključene povrede dužnosti obaveštavanja o potrošačkom kreditu, koji je posebno uređen Zakonom o zaštiti korisnika finansijskih usluga, *Službeni glasnik RS*, br. 36/2011 i 139/2014.

48 Vid. član 7 Direktive i član 20 ZZP.

49 Član 18 ZZP.

50 Član 19 ZZP.

51 Član 20 ZZP.

sao zabranu zloupotrebe reči garancija s takozvane crne liste poslovnih praksi koje se kvalifikuju kao nepoštene bez obzira na kontekst u kojem su preduzete, ali je ovu zabranu ostavio na drugom mestu⁵² i jednako je prekršajno sankcionisao.⁵³ Takođe, ostavio je širu odredbu koja je doslovno preuzeta iz Aneksa I Direktive i pod koju bi trebalo da može da se podvede poseban slučaj zloupotrebe koji je brisan. Po toj se odredbi predstavljanje nekog prava koje je potrošaču garantovano zakonom kao posebne prednosti koju trgovac nudi potrošaču uvek kvalifikuje kao nepoštena poslovna praksa bez obzira na okolnosti pojedinačnog slučaja.⁵⁴

Izgleda da je 2014. godine intencija zakonodavca bila da domaće pravo u potpunosti privede zahtevima Direktive i zahtevima prateće restriktivne prakse Suda pravde EU, koja konzistentno potvrđuje zabranu proširivanja zatvorene „crne liste“ poslovnih praksi koje se smatraju nepoštenim bez obzira na okolnosti preduzimanja, jer se odstupanjem od zadatog zatvorenog kataloga ometa puna harmonizacija.⁵⁵ Međutim, ako je to bio cilj poslednjih zakonskih izmena u ovoj oblasti, onda je trebalo bliže odrediti domašaj pravila o nepoštenoj poslovnoj praksi na način na koji je to učinjeno u članu 3 Direktive, čije odredbe nisu transponovane u srpsko pravo, a takođe je trebalo preuzeti i Aneks II Direktive.⁵⁶

Odredbama ZZP o nepoštenoj poslovnoj praksi preuzima se gotovo doslovno pravni režim koji je propisan Direktivom. Velika generalna klauzula, dve male generalne klauzule i zatvoreni katalog postupaka koji se po zakonu smatraju nepoštenim bez obzira na kontekst – u svemu slede odgovarajuće odredbe evropskog propisa.⁵⁷ Međutim, pravila o teretu dokazivanja i politika određivanja prekršaja bitno su promenjeni u odnosu na zakonski tekst iz 2010. te zavređuju poseban osvrt.

6.1. Teret dokazivanja

Jednostavno rečeno, pravilo iz člana 11 Direktive obavezuje države članice da propišu da u sudskom odnosno upravnom postupku u kojem se utvrđuje i sankcio-

52 Član 55 ZZP.

53 Član 160 stav 1 tačka 29 ZZP.

54 Tačka 10 Aneksa I Direktive; član 21 stav 1 tačka 10 ZZP.

55 Prva takva odluka doneta je 2009. godine u spojenim slučajevima *VTB–VAB NV v Total Belgium NV* i *Galatea BVBA v Sanoma Magazines Belgium NV* (*supra* fn. 17). Sud pravde EU zauzeo je stav da je protivno pravilima Direktive da država članica propiše opštu zabranu davanja kombinovane ponude potrošačima, bez obzira na kontekst i na okolnosti pod kojima trgovci to čine.

56 Na primer, u tom članu je propisano da Direktiva ne remeti nacionalna pravila o punovažnosti, zaključenju i pravnim dejstvima ugovora; pravila koja se tiču zdravstvenih aspekata i bezbednosti proizvoda; kodekse profesionalne etike; pravila o sertifikaciji i označavanju čistoće predmeta izrađenih od plemenitih metala. U istom članu stoji i da se maksimalna klauzula to jest zahtev pune harmonizacije ne odnosi na nacionalne propise o finansijskim uslugama i nepokretnostima; međutim, to pravilo i ne treba da se unese u nacionalni propis. Ono samo znači da je država članica slobodna da u tim oblastima garantuje jaču zaštitu od nepoštenog postupanja trgovaca prema potrošačima.

57 Član 17 stav 1 i član 18 ZZP odgovaraju članu 5 Direktive; član 19 ZZP članu 6 Direktive; član 20 ZZP odgovara članu 7 Direktive; član 22 ZZP odgovara članu 8 i članu 9 Direktive; u članu 21 i članu 23 ZZP preuzete su odredbe Aneksa I Direktive.

niše nepoštena poslovna praksa – trgovac snosi teret dokazivanja svojih činjeničnih tvrdnji u vezi sa sopstvenom poslovnom praksom osim ako nešto drugo ne nalažu okolnosti slučaja i na zakonu zasnovani interesi učesnika u postupku. Domaći zakonodavac je isprva bio propisao da trgovac snosi teret dokazivanja tačnosti podataka u vezi s proizvodom, koje je pružio pre, za vreme i nakon zaključenja ugovora.⁵⁸ Prvobitno pravilo je izmenjeno 2014. godine i sada glasi:⁵⁹ „Trgovac snosi teret dokazivanja da nije obavljao nepoštenu poslovnu praksu.“

Pravilo iz 2010. obvezivalo je trgovca da dokaže sopstvene činjenične tvrdnje o svom poslovanju. Oboriva zakonska pretpostavka da su činjenične tvrdnje samog trgovca o sopstvenom proizvodu netačne samo je potvrđivala opšti princip da predmet dokazivanja mogu da budu isključivo činjenice i da teret dokazivanja činjenica pada na onoga ko nešto tvrdi.

Nasuprot tome, novo zakonsko pravilo konstituiše oborivu pretpostavku da je trgovac obavljao nepoštenu poslovnu praksu. To ne treba razumeti doslovno: Nije na trgovcu da dokaže da uopšte nije poslovao, nego da se način na koji je poslovao ne kvalifikuje kao nepošten po merilima ZZP. Drugim rečima, predmet dokazivanja nije činjenica, nego pravna kvalifikacija. Sud je ovlašćen da pretpostavi da je postupanje trgovca prema potrošačima nepošteno po merilima ZZP ako trgovac ne dokaže suprotno. U izloženoj konstrukciji od trgovca se očekuje da sam upotrebi ranije pomenuti trostepeni mehanizam: da dokaže da se njegovo postupanje ne nalazi u zatvorenom katalogu praksi koje se smatraju nepoštenim bez obzira na okolnosti (član 21 i član 23 ZZP);⁶⁰ da dokaže da se njegov postupak ne kvalifikuje kao nepoštena – nasrtljiva ili obmanjujuća – poslovna praksa po merilima malih generalnih klauzula (član 19, član 20 i član 22 ZZP); konačno, da dokaže da se njegov postupak ne kvalifikuje kao nepošten po merilima velike generalne klauzule iz člana 18 ZZP. Primerice, trgovac treba da dokaže da njegovo postupanje nije ni obmanjujuće ni nasrtljivo po apstraktnim zakonskim merilima te da nije nepošteno u najopštijem smislu, to jest da nije suprotno zahtevima profesionalne pažnje i da ne bi navelo hipotetičkog prosečnog potrošača da donese ekonomsku odluku koju inače ne bi doneo. Ako ne obori zakonsku pretpostavku, to jest ako ne dokaže da se njegovo postupanje prema potrošačima pravno ne vrednuje kao nepošteno po merilima ZZP – trgovac se izlaže prekršajnoj odgovornosti.

Novo zakonsko pravilo o teretu dokazivanja moralo bi da se menja: Tim pravilom se kao predmet dokazivanja ne određuje *činjenična tvrdnja* nego *pravno vrednovanje*. Odredbama same Direktive propisano je da se pravilima domaćeg (ili nacionalnog) prava određuje na kome je teret dokazivanja, ali da bi bilo primereno da zakonodavac omogući nadležnim organima da od trgovaca zahtevaju da pruže dokaze za sopstvene *činjenične* tvrdnje. Pored toga, pravilo našeg prekršajnog postupka jeste da teret dokazivanja obeležja prekršaja i prekršajne odgovornosti pada

58 Član 19 stav 2 ZZP-2010. Sama Direktiva u članu 3 (1) propisuje da se zabrana nepoštene poslovne prakse odnosi na vreme pre, tokom i nakon zaključenja ugovora, a u članu 2 (1) (c) predviđa da proizvod obuvata svu robu i sve usluge uključujući nekretnine, prava i obaveze.

59 Član 17 stav 2 ZZP.

60 Ako se određeno ponašanje nalazi u tom katalogu, onda se ne može dokazivati da nije nepošteno.

na podnosioca zahteva za pokretanje prekršajnog postupka.⁶¹ Odredbom ZZP–2010 o teretu dokazivanja bilo je propisano da je trgovac dužan da dokaže tačnost činjeničnih tvrdnji o sopstvenom proizvodu, koje je sam bio saopštio potrošaču pre, za vreme ili nakon zaključenja ugovora. Nasuprot tome, u važećem ZZP oborivo se pretpostavlja i obeležje prekršaja i prekršajna odgovornost, a teret da dokaže suprotno prebačen je na trgovca.

Konačno, kao što se ne može pretpostaviti nesavesno postupanje u ugovornim odnosima, čak ni u fazi pregovaranja, nego se polazi od toga da strane savešno pregovaraju i ugovaraju – dok se ne dokaže suprotno, tako nije opravdano a ni oportuno da se načelno pretpostavi da je postupanje trgovaca prema potrošačima nepošteno dok se ne dokaže suprotno. Domaći zakonodavac je 2014. godine učinio upravo to: propisao je opštu zakonsku pretpostavku da se trgovci ponašaju nepošteno u tržišnim odnosima prema potrošačima; prekršajno je sankcionisano nepošteno trgovačko postupanje; i konačno, trgovcu je stavio na teret dokazivanje da nije postupao nepošteno, odnosno da nije prekršajno odgovoran.

6.2. *Određenost prekršajnih odredaba*

Države članice su dužne da propišu kazne za povrede nacionalnog propisa kojim su u unutrašnje pravo transponovana pravila Direktive.⁶² Domaći zakonodavac je to učinio najpre 2010. godine, a potom 2014. Isprva su prekršajno sankcionisana samo ponašanja s crne liste: novčana kazna je bila propisana jedino za postupke koji se nalaze u zatvorenom zakonskom katalogu postupaka koji se smatraju nepoštenim bez obzira na okolnosti slučaja. U toj konstrukciji nije bila propisana kazna za one postupke trgovaca koji se ne nalaze u iscrpnom katalogu, nego se kvalifikuju kao nepoštena praksa po merilima neke od generalnih klauzula. Obeležja svakog od propisanih prekršaja bila su relativno precizno određena, ali su bez sankcije ostala sva ona ponašanja koja se kao nepoštena kvalifikuju po opštijim merilima, to jest po generalnim klauzulama.

U važećem zakonu prekršaji su drugačije određeni. Prekršajna sankcija je propisana za poslovnu praksu koja se kvalifikuje kao nepoštena po opštim klauzulama iz članova 18–20 i 22 ZZP, kao i za sve posebne slučajeve koji su navedeni u članovima 21 i 23. Drugim rečima, obeležja pojedinih prekršaja određena su na manje precizan način, ali je zato omogućeno da se prekršajna sankcija izrekne za svako postupanje trgovca prema potrošačima koje se po merilima ZZP vrednuje kao nepoštena poslovna praksa.

7. ZAKLJUČAK

Usvajanje Direktive o nepoštenoj poslovnoj praksi predstavlja odgovor evropskog zakonodavca na neujednačenost unutrašnjih pravila kojima države članice

61 Vid. član 89 stav 2 Zakona o prekršajima, *Službeni glasnik RS*, br. 65/2013, 13/2016 i 98/2016 (odluka US).

62 Na to ih obavezuje odredba člana 13 same Direktive.

sankcionišu nepošteno postupanje trgovaca u poslovanju s potrošačima. Direktiva ima za cilj zaštitu ekonomskih interesa potrošača, obezbeđenje nesmetanog funkcionisanja unutrašnjeg tržišta, kao i posrednu zaštitu konkurencije. Reč je o horizontalnom propisu koji je zamišljen kao instrument pune harmonizacije.

U srpskome pravu nepoštena poslovna praksa je definisana, zabranjena i prekršajno sankcionisana od 2010. godine. Domaća pravila su pisana po uzoru na Direktivu, a u novom Zakonu o zaštiti potrošača iz 2014. marginalno su izmenjena u odnosu na to kako su isprva glasila. Domaći zakonodavac se 2010. godine bio oslonio na činjenicu što Srbija nije član EU te ima mogućnost da potrošačima garantuje jaču zaštitu od one koja je predviđena potrošačkim direktivama, čak kada te direktive nalažu punu harmonizaciju. Promene koje su sprovedene četiri godine kasnije ogledale su se, između ostalog, u čišćenju zakonskog teksta od onih odredaba o nepoštenoj poslovnoj praksi trgovaca prema potrošačima koje su obezbeđivale jaču zaštitu od onoga što naređuje Direktiva.

Danas su domaća pravila o nepoštenoj poslovnoj praksi u najvećoj meri usaglašena s odredbama Direktive. Međutim, u domaćem pravu je od 2014. propisano i da trgovac snosi teret dokazivanja da nije obavljao nepoštenu poslovnu praksu. Drugim rečima, uvedena je oboriva zakonska pretpostavka da se poslovna praksa trgovaca prema potrošačima vrednuje kao nepoštena po merilima ZZP, što za sobom povlači prekršajnu odgovornost. Zakonodavac je pošao od uverenja da se trgovci prema potrošačima redovno, po pravilu, uobičajeno odnose na nepošten način; kao predmet dokazivanja i predmet pretpostavke odredio je pravno vrednovanje a ne činjeničnu tvrdnju; time je neopravdano otežao procesnu poziciju trgovca tako što je na njega prebacio teret dokazivanja nepostojanja obeležja prekršaja i prekršajne odgovornosti. Zbog svega toga čini se da bi ovo pravilo trebalo da se promeni. U svakom slučaju, ono nije preuzeto iz Direktive, koja izričito prepušta državama članicama da propišu pravila o teretu dokazivanja, pri čemu im preporučuje da trgovcu stave na teret da dokazuje sopstvene činjenične tvrdnje.

LITERATURA

- Cartwright Peter. *Consumer Protection and the Criminal Law*: CUP, Cambridge 2004.
- Duivenvoorde Bram. *The Consumer Benchmarks in the Unfair Commercial Practices Directive*: Springer, Cham 2015
- Đurović Mateja. *European Law on Unfair Commercial Practices and Contract Law*: Hart Publishing, Oxford–Portland 2016.
- Howells Geraint, Hans-W. Micklitz, Thomas Wilhelmsson. *European Fair Trading Law. The Unfair Commercial Practices Directive*: Ashgate, Aldershot–Burlington 2006.
- Karanikic Marija, Hans-W. Micklitz, Norbert Reich (eds.). *Modernising Consumer Law. The Experience of the Western Balkan*: Nomos, Berlin 2012.
- Meškić Zlatan. „Direktiva 2011/83/EU o pravima potrošača“, *Nova pravna revija – Časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo*, 1/2012.
- Micklitz Hans-W., Norbert Reich. „Crónica de una muerte anunciada: The Commission Proposal for a Directive on Consumer Rights“, *Common Market Law Review*, Vol. 46, 2/2009.

- Miller Lucinda. *The Emergence of EU Contract Law: Exploring Europeanization*: OUP, Oxford 2011.
- Purnhagen Kai, Peter Rott (eds.). *Varieties of European Economic Law and Regulation. Liber Amicorum for Hans Micklitz*: Springer, Cham 2014.
- Reich Norbert, Hans-W. Micklitz, Peter Rott, Klaus Tonner. *European Consumer Law: Intersentia*, Cambridge–Antwerp–Portland 2014.
- Twigg-Flesner Christian (ed.). *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*, Edward Elgar, Cheltenham – Northampton 2016.
- Twigg-Flesner Christian, Deborah Parry, Geraint Howells, Annette Nordhausen. *The Yearbook of Consumer Law 2008*: Ashgate, Aldershot–Burlington 2007.
- Van Boom Willem, Amandine Garde, Orkun Akseli (eds.). *The European Unfair Commercial Practices Directive. Impact, Enforcement Strategies and National Legal Systems*: Ashgate, Farnham–Burlington 2014.
- Weatherill Stephen, Ulf Bernitz (eds.). *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29. New Rules and New Techniques*: Hart Publishing, Oxford–Portland 2007.
- Weatherill Stephen. „The Consumer Rights Directive: How and why a quest for „coherence“ has (largely) failed“, *Common Market Law Review*, Vol. 49, 4/2012.
- Weatherill Stephen. *EU Consumer Law and Policy*: Edward Elgar, Cheltenham–Northampton 2005.

PROPISI, NACRTI, STRATEŠKI DOKUMENTI I ODLUKE SUDOVA

- Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, *OJ L* 95, 21 April 1993, 29–34.
- Directive 2001/95/EC of 3 December 2001 on general product safety, *OJ L* 11, 15. January 2002, 4–17.
- Directive 2005/29/EC of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market (‘Unfair Commercial Practices Directive’), *OJ L* 149, 11 June 2005, 22–39.
- Directive 2008/48/EC of 23 April 2008 on credit agreements for consumers, *OJ L* 133, 22. May 2008, 66–92.
- Directive 2008/122/EC of 14 January 2009 on the protection of consumers in respect of certain aspects of timeshare, long-term holiday product, resale and exchange contracts, *OJ L* 33, 3. February 2009, 10–30.
- Directive 2011/83/EU of 25 October 2011 on consumer rights, *OJ L* 304, 22. November 2011, 64–88.
- Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 83/06.
- Zakon o obligacionim odnosima, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 (odluka USJ) i 57/89, *Službeni list SRJ*, br. 31/93 i *Službeni list SCG*, br. 1/2003 (Ustavna povelja).
- Zakon o potvrđivanju Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Evropskih zajednica i njihovih država članica, sa jedne strane, i Republike Srbije, sa druge strane, *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 83/08.
- Zakon o prekršajima, *Službeni glasnik RS*, br. 65/2013, 13/2016 i 98/2016 (odluka US)

Zakon o zaštiti korisnika finansijskih usluga, *Službeni glasnik RS*, br. 36/2011 i 139/2014

Zakon o zaštiti potrošača, *Službeni glasnik RS*, br. 62/2014 i 6/2016 (drugi zakon).

Zakon o zaštiti potrošača, *Službeni glasnik RS*, br. 73/10.

Proposal for a Directive on consumer rights, COM (2008) 614 final.

Communication of 13 March 2007 from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee, „EU Consumer Policy Strategy 2007–2013“, COM(2007) 99 final.

Jana Pereničová and Vladislav Perenič v. SOS financ spol. s r. o., Case C-453/10 [2012] ECR I-0000.

Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co KG v ‘Österreich’-Zeitungsverlag GmbH, Case C-540/08 [2010] ECR I-10909.

VTB-VAB NV v Total Belgium NV and Galatea BVBA v Sanoma Magazines Belgium NV, Joined Cases C-261/07 and C-299/07 [2009] ECR I-02949.

Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV v Plus Warenhandelsgesellschaft mbH, Case C-304/08 [2010] ECR I-00217.

Marija Karanikić Mirić

Faculty of Law, University of Belgrade

PROHIBITION OF UNFAIR COMMERCIAL PRACTICES

SUMMARY

The main focus of this paper lies with the Unfair Commercial Practices Directive. The author delves into the most frequently cited justifications for its enactment, the reasons for which the Directive aims at full harmonization, and the normative technique used by the European legislator, *i.e.* the system of general clauses and catalogued prohibitions. The author also clarifies and critically examines the way in which the Directive has been transposed into Serbian legislation, and suggests certain improvements.

Keywords: Unfair Commercial Practices Directive, Serbian Consumer Protection Act, full (maximum) harmonization, unfair commercial practices, aggressive and misleading commercial practices.

*Biljana Simeunović-Patić**

Kriminalističko-policijska akademija, Beograd

PREVENCIJA NASILJA MLADIH IZ PERSPEKTIVE RAZVOJNE KONCEPCIJE RIŠARA TROMBLIJA

*Pravo pitanje nije kako učimo nasilnost,
već kako učimo da je kontrolišemo.*

Richard Tremblay

Apstrakt: Uprkos intenzivnoj istraživačkoj pažnji koja im je posvećena tokom poslednjeg stoleća, problemi etiologije i kontrole nasilničkog kriminaliteta i danas spadaju u najizazovnije kriminološke i kriminalnopolitičke probleme. Među razlozima zbog kojih prevencija nasilja nije napredovala u meri u kojoj se to moglo očekivati s obzirom na brojnost empirijskih istraživanja koja se decenijama sprovode širom sveta, jeste raširena popularnost pojedinih koncepcija o poreklu agresivnosti koje bez dovoljno opravdanja uživaju status bezmalo neupitnih, zatim nedovoljna razvijenost integrativnih teorijskih pristupa u izučavanju problema nasilja, i zanemarivanje značaja interdisciplinarnosti u istraživanju složenih kriminoloških problema, koja se u kriminologiji neguje uglavnom samo na deklarativnom nivou. Događivanje naučnog znanja o nasilju, čemu je pretpostavljena suštinska otvorenost za alternativna i dopunjujuća teorijska objašnjenja, kao i spremnost da se kritično podigne kvalitet kriminoloških istraživanja u metodološkom smislu, temeljni je uslov unapređenja kriminalnopolitičke prakse i suprotstavljanja problemu nasilja. Razvojna koncepcija o poreklu i razvoju ljudske agresivnosti koju zastupa kanadski autor Rišar Trombli, a kojoj je posvećen ovaj rad, spada u ona objašnjenja koja imaju potencijal da značajno unaprede razumevanje nasilja i društvene odgovore na njega.

Ključne reči: nasilje, teorijska objašnjenja nasilja, agresivnost, rani razvoj, prevencija

UVOD

Premda kontrola nasilničkog kriminaliteta spada u centralne kriminološke probleme koji konzistentno zaokupljaju veliku pažnju istraživača širom sveta, u naučnoj javnosti još uvek nema saglasnosti o etiologiji nasilja. Uprkos višedecenijskom istraživanju i hiljadama sprovedenih studija, o uzrocima nasilja i dalje ne znamo dovoljno, usled problema što teorijskog, što metodološkog karaktera (Savage, Wozniak, 2016:1). Etiološka objašnjenja nasilja se po prirodi stvari moraju temeljiti na razumevanju ljudske agresivnosti, o čijem poreklu postoji spektar konkurentnih koncepcija. Danas široko prihvaćeni multifaktorski, „ekološki“ modeli objašnjenja nasilja, premda nude komprehenzivnu platformu za koncipiranje preventivnih in-

* vanredni profesor, biljasp@hotmail.com

tervenција, prikrivaju i dalje aktuelnu podeljenost stavova i uverenja o poreklu agresivnosti, a koja variraju u rasponu od instinktivističke teze Konrada Lorenca, do teorije socijalnog učenja Alberta Bandure.

Agresivno ponašanje, sa izuzetkom onog koje je čisto instrumentalno, ima neposrednu i snažnu emocionalnu podlogu, po pravilu u ljutnji izazvanoj frustracijom. Generano uzev, izvesnost ispoljavanja agresivnosti utoliko je veća što je manja (sistematska ili situaciona) mogućnost subjekta da iznađe alternativno, delotvorno i konstruktivno rešenje za problem koji je izazvao frustriranost. Agresivnost kao bihevioralna tendencija podrazumeva učvršćivanje razornog bihevioralnog odgovora na osećanje ljutnje, s jedne strane, i uviđanje povoljnih (ili odsustva negativnih) efekata primene agresije, s druge strane. Agresivno ponašanje se učvršćuje bilo kao prikladan model emocionalnog rasterećenja, ili kao delotvorno sredstvo za postizanje ciljeva. Razumevanje nasilja i agresivnog ponašanja kao bihevioralne matrice koja se usvaja posmatranjem negativnih modela u detinjstvu i adolescenciji dominira kako u laičkoj, tako i u stručnoj i naučnoj javnosti, još od vremena kada je Bandura svojim eksperimentalnim studijama demonstrirao vikarijsko učenje agresivnosti (Bandura, Ross, Ross, 1961). Ono se zasniva na prominentnoj tezi da se agresivno ponašanje *uči*, i to prevashodno posredstvom složenijih mehanizama učenja po modelu ili učenja uviđanjem, tj. usvajanjem bihevioralnih modela koji se opažaju kao dopušteni, poželjni ili delotvorni u određenim socijalnim situacijama i odnosima. Na ideji da se agresivno ponašanje usvaja posmatranjem temelji se duboko ukorenjena teza o pogubnom uticaju medija na decu i adolescente, koja je u široj, ali i znatnom delu stručne javnosti, gotovo neupitna.

Iz perspektive Rišara Tromblja (Richard Tremblay), savremenog kanadskog psihologa koji se decenijama posvećeno bavi empirijskim izučavanjem agresivnosti, fizičku agresivnost treba razumeti u evolucionističkom ključu, kao „*krucijalnu komponentu čovekovog bihevioralnog nasleđa*“ (Tremblay, 2010:343). Naši preci su, naime, morali pribegavati fizičkoj agresiji da bi se prehranili, odbranili od grabljivaca, nadmetali za seksualnu reprodukciju, zaštili potomstvo i pribavljali resurse. Kako primećuje Trombli, „*zbog toga što opstanak civilizovanih ljudi iz 21. veka retko zavisi od fizičke agresije, lako zaboravljamo da je život naših bliskih predaka bio, Hobsovim rečima, usamljenički, siromašan, opasan, škotski i kratak*“ (Tremblay, 2010: 343). No, budući da fizička agresija može biti fatalna, čovek je kroz civilizacijske procese morao da nauči da joj pribegava sve restriktivnije. S tim u vezi, Trombli upućuje na istorijske analize stope ubistva koje pokazuju da je najteže fizičko nasilje sistematski i značajno opalo u evropskim gradovima tokom poslednjih 500 godina – sa 40 na jedno ubistvo na 100.000 stanovnika godišnje (Eisner, 2003, prema: Tremblay, 2010:343).

Pitanje da li čovekov svet sa civilizacijskim razvitkom postaje sve više (ili manje) nasilan, nije samo filozofsko ili poetsko. Premda je negodovanje zbog nasilja i destruktivnosti savremenog čoveka „*otuđenog*“ od vlastite prirode i drugih ljudi postalo svojevrsni kulturni pečat minulog i započetog veka, rast razorne moći ljudske destruktivnosti usled tehnološkog napretka sam po sebi ne ukazuje na promenu čovekove prirode i ljudskog društva u pravcu pojačane agresivnosti i nasilnosti. Sve

moralne panike vezane za problem nasilja, koje kao ritualne društvene igre ciklično i uzaludno iscrpljuju opštu, pa i stručnu javnost, rezultat su romantične predstave o tome da je „svet naše mladosti bio bolji“ i sveprisutnog verovanja u mit o čednoj čovekovo prošlosti i nekakvoj spoljašnjoj sili koja se zapatila kao nusprodukt modernizacije i napuštanja „tradicionalnih“ obrazaca organizacije društvenog života, a koja kvari nove naraštaje koji postaju sve neposlušniji, agresivniji i beskrupulozniji, sa strahovitim posledicama koje će nas pogoditi u budućnosti. „Strahovite posledice“ obično se završavaju na uvođenju i razradi mera utemeljenih na intuitivnom rezonovanju, čiji preventivni učinak nije potkrepljen dokazima, a koje, podižući očekivanja i ne redukujući problem, pripremaju novi ritualni ciklus odgovora zabrinutog društva na „gorući“ i sve teži problem nasilja. Dok se resursi društva rasipaju na smirivanje zabrinutosti javnosti simuliranjem „novog“ pristupa problemu, množe se subjekti koji na različite načine profitiraju od njihovog širenja, čime suprotstavljanje društva problemu nasilničkog kriminaliteta postaje sve izazovnije. Činjenica da su u današnjem informatičkom društvu širenje i razornost efekata moralnih panika dovedeni do vrhunca, dodatno naglašava značaj i urgentnost naučnog zadatka konačnog demistifikovanja porekla čovekove agresivnosti i putanja njenog razvoja. Trombli je tokom svog višedecenijskog istraživačkog rada kroz seriju longitudinalnih studija dao u tom smislu veoma vredan doprinos.¹ Njegova argumentacija tvrdnje da agresivno ponašanje nije jednostavno „naučeno“ u adolescenciji, već da je agresivnost u adolescenciji rezultat neprekinutog kontinuiteta agresivnog ispoljavanja učvršćenog u ranom detinjstvu, zaslužuje naročitu pažnju naučne i stručne javnosti, ali i donosilaca odluka u oblasti suprotstavljanja nasilju i nasilničkom kriminalitetu, budući da implicira potrebu za temeljnijim preispitivanjem, odnosno rekoncipiranjem preventivnih strategija.

1. O POREKLU I RAZVOJNIM PUTANJAMA LJUDSKE AGRESIVNOSTI

Trombli posmatra agresivno ponašanje kao primordijalni odgovor na frustraciju, kao „prirodno“ ponašanje koje ne zahteva učenje – dete ne mora da vidi agresivno ponašanje drugih da bi se samo ponašalo agresivno. Ono što dete uči nije agresivnost kao takva, već je to regulacija agresivnih impulsa i alternativni, neagresivni odgovor na frustraciju. Deca su ubrzo po rođenju u stanju da ispoljavaju ljutnju, a već u prvim godinama života počinju da koriste fizičku agresiju – za većinu dvogodišnjaka ona je prvo sredstvo koje primenjuju da bi dobili ono što žele (Tremblay, Gervais, Petitclerc, 2008:5). Agresivnost kod sasvim male dece nije neobična, niti je pokazatelj loših roditeljskih veština. Mala deca primenjuju fizičku silu kao sredstvo postizanja ciljeva i sve dok uspevaju u tome i dok izbegavaju negativne posledice, nastaviće da je koriste. Tokom predškolskog uzrasta, u korak sa razvojem frontalnog korteksa zaduženog za kontrolu snažnih emocija i agresivnih pulzija, tendencija ka

1 Tromblijev dugogodišnji naučni rad je valorizovan pored ostalog i nedavnom dodelom najprestižnijeg međunarodnog priznanja za razvoj u oblasti kriminologije – Stokholmske nagrade za doprinos kriminologiji za 2017. godinu.

agresivnom reagovanju počinje da opada. Do pete godine života većina dece nauči da kontroliše neprijatne emocije, da komunicira koristeći verbalne veštine i da koristi konstruktivnije odgovore na frustraciju i socijalno prihvatljive načine postizanja ciljeva (Tremblay, 2008).

Uporedo sa prirodnom tendencijom ka agresiji, deca vrlo rano počinju da ispoljavaju jednako prirodne oblike prosocijalnog ponašanja, uključujući osmehivanje, grljenje, imitaciju drugih i saosećajno plakanje kada vide ili čuju plač drugog deteta. Želja da se bude prihvaćen i voljen takođe je prirodna i urođena, a uloga roditelja i drugih odraslih jeste da kod male dece podstiču prosocijalna ponašanja, a obehrabruju agresivno ponašanje (Tremblay, Gervais, Petitclerc, 2008:11). Predškolski uzrast je kritičan za usvajanje osnova socijalne interakcije, odnosno veština deljenja, kompromisa, saradnje i verbalne komunikacije (Tremblay, Nagin, 2005). Postoje individualne razlike u pogledu lakoće pribegavanja agresiji i perzistentnosti u njenom korišćenju, a one su određene polom, temperamentom, porodičnim uticajima, kao i usporenim razvojem tokom intrauterinog perioda usled dejstva različitih nepovoljnih faktora, poput korišćenje alkohola, duvana i kokaina od strane majke tokom trudnoće.

Polne razlike u primeni fizičke agresije postaju upadljivije tek posle treće godine života. Devojčice ranije i brže napuštaju primenu fizičke agresije nego dečaci, da bi nakon četvrte godine života dvostruko više dečaka nego devojčica primenjivalo fizičku agresiju (Côté, Vaillancourt, LeBlanc, Nagin, Tremblay, 2006).

Temperament je određen je kako genetskim nasleđem, tako i uticajima iz detetovog okruženja. Nemirna i reaktivna deca koju je teško umiriti, generalno su sklonija razvoju bihevioralnih problema, uključujući i agresivno ponašanje (Kagan, 2006, prema: Tremblay, Gervais, Petitclerc, 2008:14).

Empirijski nalazi upućuju da različiti nepovoljni faktori porodičnog okruženja imaju uticaj na učvršćivanje agresivnog bihevioralnog obrasca kod dece. Siromaštvo, antisocijalno ponašanje roditelja i partnerski problemi između roditelja predstavljaju značajne faktore rizika. Istraživanja, zatim, pokazuju da su dečaci čije su majke slabije obrazovane i koje su prvo dete rodile relativno mlade, u visokom riziku da razviju hroničnu agresivnost. Deca, međutim, mogu i genetski naslediti tendenciju ka primeni fizičke agresije. Kanadska studija srovedena na preko 500 blizanačkih parova male dece pokazala je, recimo, da su identični blizanci pokazali veću sličnost u pogledu učestalosti fizičke agresije nego dvojajčani blizanci (prema: Tremblay, Gervais, Petitclerc, 2008:12).

U porodici deca mogu naučiti na primeru roditelja da je agresija primeren način za prevladavanje stresa i frustracije. Deca onih roditelja koji u vaspitavanju reaguju ljutnjom i primenjuju telesno kažnjavanje, u većem su riziku da razviju hroničnu fizičku agresivnost na ranom uzrastu. Deca koja su zlostavljana i zanemarivana u većem su riziku od ispoljavanja nasilnog ponašanja u adolescenciji i u odraslom dobu (Caspi, McClay, Moffitt, et al., 2002; Widom, 1989). No, u tim slučajevima, ne radi se o tome da deca uče od roditelja da se ponašaju agresivno, već agresivnost roditelja pojačava prirodne agresivne tendencije kod dece. U porodicama u kojima je agresivno ponašanje uobičajeno, deca nemaju uzore ponašanja od kojih bi mo-

gli naučiti kako da ublaže i kontrolišu vlastite agresivne impulse (Tremblay, Nagin, 2005). U principu, roditelji koji su zanemarujući, brutalni, distancirani, punitivni, intruzivni, reaktivni i izraženo kritični prema svojoj deci, u velikom su riziku da podignu decu sa problemima u prilagođavanju, dok će roditelji koji su senzitivni, responzivni, uključeni i proaktivni vrlo verovatno odgajiti decu koja su emocionalno i socijalno prilagođena (Tremblay, Gervais, Petitclerc, 2008). Premda se deca generalno razlikuju u pogledu brzine kojom uče alternativni način rešavanja problema (nekoj deci je potrebno mnogo više vremena nego drugoj), ona koja rastu u podržavajućem okruženju u kome roditelji i staratelji daju pozitivne primere imaju vrlo velike izgleda da pre ili kasnije usvoje socijalno poželjne modele ponašanja.

Kao što su pokazale longitudinalne studije sprovedene u Sjedinjenim Državama i Kanadi (Cairns, Cairns, 1994; Loeber, Stouthamer-Loeber, 1998; Nagin, Tremblay, 1999), učestalost primene fizičke agresije generalno opada sa školskim uzrastom, uprkos tome što su deca na starijem uzrastu znatno izloženija agresivnim modelima u medijima (Tremblay, Gervais, Petitclerc, 2008: 7). Oni malobrojniji (otprilike 5–10% dečaka i neznatan broj devojčica) koji na predškolskom uzrastu ne nauče da kontrolišu ljutnju i koriste alternativni način reagovanja na frustraciju, u najvećem su riziku da pribegavaju fizičkoj agresiji tokom adolescencije i u odraslom dobu. Na velikim uzorcima dece iz Kanade, Sjedinjenih Država i Novog Zelanda utvrđeno je da su deca koja su perzistentno pokazivala visok nivo agresivnosti tokom osnovne škole češće bila delinkventna tokom adolescencije (Broidy, Nagin, Tremblay et al., 2003). Tvrdnja nekih autora da, mada najveći broj dece smanjuje fizički agresivno ispoljavanje tokom osnovne škole, budući nasilni prestupnici otpočinju sa učestalim agresivnim ponašanjem upravo tokom adolescencije (Krug, Dahlberg, Mercy et al., 2002), rezultatima kanadske longitudinalne studije započete ranih 80-ih godina stavljena je pod znak pitanja – ovom studijom je, naime, utvrđeno da učestalost fizičke agresivnosti dece generalno opada od polaska u školu do srednje adolescencije, ali i da su fizički najagresivniji adolescenti bili najagresivniji i u predškolskom uzrastu (Nagin, Tremblay, 1999; Tremblay, 2015).

Agresivno ponašanje deteta povlači niz drugih problema u socijalnoj adaptaciji – agresivnost je rani pokretač lanca reakcije koja na kraju ishodi slabim školskim postignućem deteta. Agresivno dete slabije vlada kognitivnim, socijalnim i emocionalnim veštinama, što čini verovatnijim da bude odbačeno od ostale dece, da ima devijantne drugare i da ulazi u sukobe sa nastavnim osobljem. Deca koja otežano komuniciraju sa vršnjacima i nastavnicima ređe pohađaju nastavu, imaju slabije akademsko postignuće i ređe završavaju školu.

Negativni uticaj vršnjačkih grupa tokom adolescencije je, sudeći po rezultatima novijih blizanačkih studija, u ranijoj literaturi često preneglašavan. Mada je nesporno da je izglednije da se agresivno ispoljavanje pojavi i održi kod onih pojedinaca koji se druže sa agresivnim vršnjacima, druženje sa agresivnim drugarima nije uslov da pojedinac postane agresivan. S tim u vezi, nalazi kvebeške longitudinalne studije blizanaca (*Quebec Longitudinal Twin Study*) ukazuju da se deo varijabiliteta koji se u ranijim (neblizanačkim) studijama pripisivao uticaju agresivnih vršnjaka, zapravo može objasniti zajedničkim genetskim faktorima koji istovremeno utiču i na fizičku

agresivnost i na izbor fizički agresivnih drugara u periodu adolescencije, što važi za decu oba pola (Vitaro, Brendgen, Girard et al., 2016).

2. IMPLIKACIJE ZA PREVENCIJU NASILJA

Istraživanja koja je sproveo Trombli pokazuju da su u najvećem riziku da ne nauče da kontrolišu fizičku agresivnost ona deca čije su majke sklone antisocijalnom ponašanju, deca vrlo mladih majki i deca čiji roditelji imaju niska primanja i ozbiljne probleme u partnerskom odnosu. Preventivne intervencije bi, s toga, trebalo da budu usmerene prvenstveno na porodice u kojima, prema navedenim varijablama, postoji veliki rizik od vaspitnog zanemarivanja i zapuštanja deteta, odnosno primene neadekvatne roditeljske prakse i odsustva veština za učenje deteta da kontroliše fizičku agresivnost. Ranija istraživanja razvoja agresivnosti fokusirala su se pretežno na školski uzrast dece, pre svega zato što tek na tom uzrastu posledice fizičke agresije počinju da bivaju ozbiljnije i da predstavljaju pretnju i za odrasle (Tremblay, Gervais, Petitclerc, 2008:5). Iz tog razloga, najveći broj savremenih preventivnih programa usmeren je prema deci školskog uzrasta, iako bi preventivne intervencije optimalno trebalo da ciljaju na decu mlađeg predškolskog uzrasta (pre pete godine života), umesto što se usmeravaju na uzrast u kome je fizička agresivnost već postala bihejvioralni stil.

U kontekstu Tromblijevog razumevanja razvojnih trajektorija hronične agresivnosti, prevenција nasilja treba da se proteže od prenatalnog perioda do adolescencije, sa težištem na ranom predškolskom uzrastu dece. Zdravo okruženje pre i nakon rođenja uslov je pravilnog moždanog razvoja, odnosno razvitka detetovih kapaciteta za kasniju kontrolu negativnih emocija i agresivnih impulsa. Zagovarajući zasnivanje preventivnih intervencija na integrativnom bio-psiho-socijalnom razumevanju kriminaliteta i na dostignućima razvojne škole u kriminologiji, Trombli velika očekivanja ima od intervencija usmerenih ka osobama ženskog pola, kao ključnih nosilaca međugeneracijske prevencije hronične agresivnosti: iako su muškarci pogođeniji rizikom od razvijanja hroničnog antisocijalnog ponašanja, žene treba da budu primarna ciljna grupa preventivnih intervencija, jer je ekspresija gena povezana sa zdravljem i životnim stilom trudnice i majke (Tremblay, 2015).

Bezbedno i podsticajno okruženje u kojem dete raste preduslov je razvoja njegovih prosocijalnih veština. Porodično okruženje treba da bude bez nasilja, a ključni principi koje bi roditelji i vaspitači trebalo da slede kada je reč o obeshrabrivanju agresivnog ponašanja deteta uključuju: neignorisanje detetovog agresivnog ponašanja i nedoprinošenje agresiji udaranjem deteta; neostavljanje detetu da samo reši problem koji nije u stanju da reši; nestavljanje deteta u situacije koje stvaraju besmisleni frustraciju, i neprimenjivanje ekscesivnog i detetovom uzrastu neprimerenog kažnjavanja. Mala deca treba da nauče da njihova proaktivna agresivnost proizvodi negativne posledice za druge osobe, da je agresivno ponašanje neprihvatljivo i da im neće obezbediti da dobiju ono što žele, ali i da savladaju druge načine na koje mogu postići svoje ciljeve. Deca koja primenjuju reaktivnu agresiju moraju naučiti da identifikuju situacije koje kod njih izazivaju ljutnju, da razviju veštine

kontrole ljutnje i izbegavanja konfliktnih situacija, kao i da potraže pomoć kada je to neophodno (Tremblay, Gervais, Petitclerc, 2008:17–19). Programi preventivnih intervencija za porodice u riziku, kao i intenzivni, kvalitetni programi namenjeni deci predškolskog uzrasta, u okviru kojih deca dobijaju dobru stimulaciju od strane kvalifikovanih vaspitača, okosnice su prevencije nasilja, budući da redukuju rizik kako od perzistentne agresivnosti na predškolskom uzrastu (Côté, Boivin, Nagin, et al., 2007), tako i od nasilničkog, ali i drugih oblika prestupničkog ponašanja u adolescenciji i u odraslom dobu (Schweinhart, Montie, Xiang et al., 2005; Reynolds, Temple, Robertson, Mann, 2001).

U opštoj javnosti nije u zadovoljavajućoj meri razvijena svest o uzrastu u kojem dete stiče ključne socijalne veštine, uključujući kontrolu agresivnih impulsa, niti o tome prema kojoj populaciji preventivne intervencije treba da bude primarno usmerene.² Pretpostavka promene svesti u opštoj javnosti jeste prethodno podizanje znanja u stručnoj javnosti i bolja prohodnost informacija između nauke i prakse. S tim u vezi, nužan uslov napretka jeste da stručna, ali i naučna javnost ispolje veći stepen profesionalnog i naučnog integriteta i iskažu spremnost da se odupru primamljivosti „lakšeg puta“ oličenog u prepuštanju zdravorazumskim, intuitivnim i prigodnim objašnjenjima bio-socijalnih fenomena. U kakav paradoks mogu zapasti prigodna objašnjenja koja su uzela maha najbolje govori činjenica da su mnogi danas skloni da elektronske medije, čija se ekspanzija vezuje za drugu polovinu 20. veka, bez mnogo nelagode i mentalnog otpora proglaše „značajnim faktorima“ pojava koje se vezuju za čoveka od samog njegovog postanka.

Nalazi na kojima je Trombli utemeljio svoje stavove potiču uglavnom iz longitudinalnih studija. On, međutim, često podseća da je najbolji način za ispitivanje uzročnosti sprovođenje eksperimentalnih studija, te da su longitudinalne studije alternativa koja ima smisla samo onda kada je eksperiment nemoguće sprovesti, ali da one same ne mogu pružiti zadovoljavajuće odgovore na pitanja o kauzalitetu. S tim u vezi, Trombli nepretenciozno ali efektno skreće pažnju na hipokriziju u vezi sa pitanjem etičnosti primene određenih metodoloških postupaka u ovoj oblasti, kao i potrebu da se ona prevaziđe, čime bi se omogućilo širenje etioloških saznanja o agresivnosti i nasilju: „*Ponekad se tvrdi da se longitudinalne studije moraju koristiti kad su u pitanju deca jer eksperimenti u tom slučaju nisu etični. Često zaboravljamo da su deca konstantno objekti intervencija koje su vođene pre instinktom nego pouzdanim znanjima o dečjem razvoju. To je naročito slučaj sa decom i mladima sa tendencijom disruptivnog ponašanja. Preventivne i korektivne intervencije se generalno usmeravaju prema ovoj deci, a etički obziri bi nalagali da se izbor tih intervencija temelji na dokazima o efektivnosti. Postupak kojim utvrđujemo efektivnost ovih intervencija treba da bude eksperimentalan, a on bi pružio odličnu priliku da se testiraju kauzalne hipoteze*“ (Tremblay, 2000:137).

2 Trombli i saradnici ukazuju na to da, uprkos nalazima koji govore da intervencije namenjene adolescentima često ostaju bez efekta ili čak uvećavaju verovatnoću kriminalnog ponašanja, dok intervencije čija su ciljna grupa predškolci u riziku ostvaruju dugoročne pozitivne učinke, ispitivanja stavova građana pokazuju da oni mahom veruju da je potrebno više ulagati u preventivne programe namenjene adolescentima, dok vrlo mali broj njih smatra da treba razvijati programe za decu predškolskog uzrasta (Tremblay, Gervais, Petitclerc, 2008:2).

Pri koncipiranju prevencije nasilja treba imati na umu da je razmena znanja i ideja između istraživača i praktičara u oblasti sprečavanja nasilja preduslov razvoja i dobre teorije i dobre prakse. Praksa koja nije utemeljena na teorijskom znanju i naučnim dokazima, ma kako da je obrazložena i branjena, nije ništa drugo do nekontrolisani eksperiment, sa nizom epistemoloških i etičkih opterećenja. Znanje koje nudi Trombli traži senzibilisanost kreatora politika i rekonceptualizaciju strateškog pristupa prevenciji nasilja, sa naglaskom na osnaživanju onih subjekata koji su oslonci ranog razvoja i učenja. Prevencija nasilja koja se uprkos aktuelnim naučnim saznanjima isključivo oslanja na učinke represivnih kriminalnopolitičkih mera i „nulte tolerancije“ prema pojedinim tipovima nasilničkog kriminaliteta, iz perspektive Trombljevog učenja, mogla bi se označiti deficijentnom u važnom segmentu, a time i dugoročno neperspektivnom u smislu delotvornosti. Bez imalo preterivanja se može reći da od razvitka primarno preventivnih programa i programa rane intervencije ključno zavisi buduća efektivnost sprečavanja nasilja, nasilničkog kriminaliteta, pa i kriminaliteta uopšte. Prednost ovih programa nije samo u tome što ne zahtevaju nepodnošljivo velika ulaganja, već i u tome što se njima može izbeći stigmatizacija i socijalno isključivanje korisnika. Njihovo sprovođenje i evaluacija zahtevali bi znalački, daleko konkretniji i celishodniji angažman profesionalaca i istraživača, u kome bi se vremenom suzbio prostor za manipulisanje (kvazi)nučnim znanjem, ideologizaciju i komercijalizaciju prevencije nasilja. Tihi unutarisciplinarni konflikt u kriminologiji mora najzad biti prevaziđen, budući da već dugo ograničava razvoj ove nauke, sa posledicama koje pogađaju ne samo nju samu.³

ZAVRŠNA DISKUSIJA

Rišar Trombli je jedan od malobrojnih istraživača koji, odbacujući spekulativno znanje o ljudskoj agresivnosti građeno na drevnoj epistemološkoj ideji da čovek dolazi na svet kao *tabula rasa*, argumentovano tvrde da dečju agresivnost treba shvatiti ozbiljno, ukazujući na paradoksalnu praksu zapuštanja problema agresivnosti na njegovom izdanku i bavljenja njime tek onda kada pojedinci sa učvršćenim obrascem agresivnog ispoljavanja dosegnu uzrast na kojem su kadri da primenom fizičke agresije proizvedu ozbiljnije posledice.

Razume se da je najbolji odgovor na problem kriminaliteta uopšte, a naročito nasilnički, primarna i sekundarna prevencija – svaki drugi odgovor je dvosekli mač koji ne smanjuje, već povećava „cenu“ kriminaliteta. No, optimalan model za koncipiranje prevencije nasilja tek treba da bude iznađen, čemu će morati da prethode dalja empirijska istraživanja i teorijska integracija naučnog znanja o agresivnosti i

3 Govoreći o razlozima za koje smatra da su onemogućili da prevencija i tretman antisocijalnog ponašanja tokom poslednjih pola veka napreduju onoliko koliko je napredovala prevencija smetnji fizičkog i mentalnog zdravlja, Trombli ukazuje najpre na snažan otpor prema novim metodološkim pristupima, naročito one koji uzimaju u obzir biološke faktore, a potom i na činjenicu da se metodološki pristupi često usvajaju kao ideologije, uprkos tome što je nesporno da bi metodološka raznovrsnost bila daleko produktivnija od dugih agresivnih debata o tome čiji je metod „Sveti gral kriminologije“ (Tremblay, 2015: 558).

nasilju. Buduća istraživanja poklonika „tromblejevske“ perspektive moraće, kako i sam Trombli upućuje (Tremblay, 2015:552) da uključe komparativne studije, kako bi se ispitala eksterna validnost njegovih zaključaka o odnosu ranog razvoja i agresivnosti tokom životnog puta, a time i potreba za temeljnim zaokretom u koncipiranju primarnih i sekundarnih preventivnih intervencija usmerenih na sprečavanje nasilja.

S obzirom na stanje poznatog i preostalih nepoznanica u vezi sa problemima agresivnosti i nasilja mladih, malo je toga što treba i vredi izučavati mimo primene kvalitetnih longitudinalnih studija koje mogu osvetliti razvojne putanje agresivnosti, ili pak eksperimentalnih ispitivanja delotvornosti preventivnih intervencija usmerenih ka deci i mladima. Gomilanje informacija o faktorima rizika bez kvalitetne teorijske integracije, dostiglo je granice smislenog. Novo znanje i širenje prostora za delotvornije preventivne zahvate zahteva sofisticiraniji i ambiciozniji metodološki pristup i temeljnije testiranje postojećih koncepcija o agresivnosti i nasilju. Nije lako, pak, otrgnuti se epistemološkom pesimizmu imajući u vidu akademsku ušančenost i dekadenciju mnogih koji se deklarišu kao kriminolozi, a još je teže proceniti kolike šanse uopšte ima danas nauka u oblasti suprotstavljanja kriminalitetu. Čak i u državama u kojima se tradicionalno sprovodi najviše empirijskih istraživanja o nasilničkom kriminalitetu i u kojima je kreirano najviše preventivnih programa, nema jedinstvenih koordinisanih politika suprotstavljanja kriminalitetu i nasilju, a uz to se i u njima opaža jačanje punitivnih odgovora nezavisno od kretanja kriminaliteta, dok nastojanja poslenika nauke da uvere kreatore politika u neophodnost zasnivanja odluka na dokazima o efektivnosti, nemaju previše uspeha (Junger, Feder, Clay et al., 2007). Očvrslili glomazni sistemi i rastuća industrija kontrole kriminaliteta odavno funkcionišu što po tromoj inerciji, što na tržišnim principima, oslonjeni na prigodne „filozofije“, uz ignorisanje, na defanzivan i isključujući stav različitih zainteresovanih subjekata prema svemu što nosi rizik od suštinskih promena. Tromblijev primer je i u tom smislu slikovit i poučan – tokom duge istraživačke karijere bio je u prilici da na svojoj koži oseti sa koliko su žestine tradicionalni eksperti spremni da demonizuju biosocijalni pristup društvenim problemima i brane svoju „teritoriju“, posežući za raznoraznim, pa i političkim sredstvima.⁴ Krajnje je vreme da se, uporedo sa negodovanjem zbog nedovoljne primene naučnog znanja u kon-

4 Trombli je 2004. godine postao član INSERM-panela eksperata koji je formirao Francuski institut za istraživanja u oblasti zdravlja, sa zadatkom da oceni stanje naučnog znanja o poremećajima ponašanja i sačini preporuke za prevenciju i tretman. Objavljivanje izveštaja panela propratio je editorijal u francuskom dnevnom listu *Le Monde* u kojem su njegovi autori prozvani, pored ostalog, zbog importovanja anglosaksonskih ideja, zagovaranja intervencija koje će stigmatizovati decu i zbog „medikalizacije“ socijalnih problema. Grupa univerzitetskih profesora i eksperata (pretežno psihoterapeuta-psihoanalitičara) kreirala je veb-stranu na kojoj je kritikovala izveštaj i pozvala građane da potpišu peticiju protiv preporuka iz izveštaja. Tokom nekoliko meseci, preko 200 hiljada ljudi je potpisalo peticiju, objavljeno je na desetine novinskih članaka i emitovano isto toliko radijskih i televizijskih emisija u kojima se debatovalo o tome da li poremećaji u ponašanju uopšte postoje, da li su oni medicinski ili socijalni problem, da li je jasno šta su dugoročni faktori rizika i da li je smisleno pokušavati da se ovi problemi sprečavaju preventivnim intervencijama pre adolescentnog uzrasta (Tremblay, van Aken, Kooops, 2010:2). Opisujući ove događaje u jednom intervjuu, Trombli napominje da je tek kasnije shvatio da je psihoanalitička zajednica počela da „oštri nožev“ i mobiliše svoje prijatelje u medijima mnogo pre nego što je izveštaj

troli kriminaliteta, kriminolozi temeljnije pozabave i pitanjima naučnih standarda, metodološke korektnosti i odnosa prema kriminološkoj nauci u vlastitim redovima.

LITERATURA

- Bandura, A., Ross, D., Ross, S.A. (1961). Transmission of aggression through imitation of aggressive models, *Journal of Abnormal and Social Psychology*, 63: 575–82.
- Broidy, L. M., Nagin, D.S., Tremblay, R. E. et al. (2003). Developmental trajectories of childhood disruptive behaviors and adolescent delinquency: A six site, cross national study, *Developmental Psychology*, 39(2): 222–245.
- Cairns, R.B., Cairns, B.D. (1994). *Life Lines and Risks: Pathways of Youth in Our Time*. New York: Cambridge University Press.
- Caspi, A., McClay, J., Moffitt, T. et al. (2002). Role of genotype in the cycle of violence in maltreated children, *Science*, 297: 851–854.
- Côté, S., Boivin, M., Nagin, D.S. et al. (2007). The role of maternal education and non-maternal care services in the prevention of children's physical aggression, *Archives of General Psychiatry*, 64(11): 1305–1312.
- Côté, S., Vaillancourt, T., LeBlanc, J.C. et al. (2006). The development of physical aggression from toddlerhood to pre-adolescence: A nation wide longitudinal study of Canadian children, *Journal of Abnormal Child Psychology*, 34(1): 71–85.
- Junger, M., Feder, L., Clay, J. et al. (2007). Preventing Violence in Seven Countries: Global Convergence in Policies, *European Journal on Criminal Policy and Research*, 13 (3): 327–356.
- Krug, E.G., Dahlberg, L.L., Mercy, J.A. et al. (eds) (2002). *World Report on Violence and Health*. Geneva: World Health Organization.
- Loeber, R., Stouthamer-Loeber, M. (1998). Development of juvenile aggression and violence. Some common misconceptions and controversies, *American Psychologist*, 53(2): 242–259.
- Nagin, D., Tremblay, R. E. (1999). Trajectories of boys' physical aggression, opposition, and hyperactivity on the path to physically violent and nonviolent juvenile delinquency, *Child Development*, 70(5): 1181–1196.
- Normand, C. (2011). Interview with Dr. Richard Tremblay, PhD, *Journal of the Canadian Academy of Child and Adolescent Psychiatry*, 20(2): 143–147.
- Reynolds, A., Temple, J., Robertson, D., Mann, E. (2001). Long-term effects of an early childhood intervention on educational achievement and juvenile arrest: A 15-year follow-up of low-income children in public schools, *Journal of the American Medical Association*, 285: 2339–2346.
- Savage, J., Wozniak, K. H. (2016). *Thugs and Thieves: The Differential Etiology of Violence*. Oxford University Press.
- Schweinhart, L., Montie, J., Xiang, Z. et al. (2005). *Lifetime effects: The High/Scope Perry Preschool study through age 40*. Vol 14. Ypsilanti, MI: High/Scope Press.
- Tremblay, R. E., Nagin, D. S. (2005). The developmental origins of physical aggression in humans. In: Tremblay, R.E. et al. (eds.) *Developmental origins of aggression*. New York: Guilford Press.

bio sačinjen, još dok su glave članova panela bile zaronjene u naučnu literaturu (Normand, 2011:144).

- Tremblay, R. E. (2000). The development of aggressive behaviour during childhood: What have we learned in the past century?, *International Journal of Behavioral Development*, 24 (2): 129–141.
- Tremblay, R. E. (2008). Anger and Aggression. In: Haith, M. M., Benson, J.B. (eds.) *Encyclopedia of Infant and Early Childhood Development*. Vol. 1–3 (2nd ed). Academic Press.
- Tremblay, R. E. (2010). Developmental origins of disruptive behaviour problems: the 'original sin' hypothesis, epigenetics and their consequences for prevention, *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 51(4): 341–367.
- Tremblay, R. E., van Aken, M. A. G., Koops, W. (2010). Research on the development and prevention of behaviour problems: A fundamental change still hard to grasp for most investigators, In Tremblay, R.E., van Aken, M.A.G., Koops, W. (eds.) *Development and Prevention of Behaviour Problems – From Genes to Social Policy*. Taylor & Francis e-Library, pp. 1–6.
- Tremblay, R. E. (2015). Developmental origins of chronic physical aggression: An international perspective on using singletons, twins and epigenetics, *European Journal of Criminology*, 12(5): 551–561.
- Tremblay, R.E., Gervais, J., Petitclerc, A. (2008). Early Childhood Learning Prevents Youth Violence. Montreal, Quebec. Centre of Excellence for Early Childhood Development. (www.excellence-earlychildhood.ca/documents/Tremblay_AggressionReport_ANG.pdf)
- Vitaro, F., Brendgen, M., Girard, A. et al. (2016). Links between friends' physical aggression and adolescents' physical aggression: What happens if gene-environment correlations are controlled?, *International Journal of Behavioral Development*, 40(3): 234–242.
- Widom, C.S. (1989). The cycle of violence, *Science*, 16(244): 160–166.

Biljana Simeunović-Patić

Academy of Criminalistics and Police Studies, Belgrade

Youth Violence Prevention from Richard Tremblay's Developmental Perspective

SUMMARY

Despite intensive research over the last century, the causes and control of violent crime remain among the most complicated criminological and crime policy problems. A widespread popularity of some conceptions on the origins of aggression enjoying privileged status of being nearly unquestioned, an insufficient development of integrative theoretical approaches to the problem of violence, and neglecting the importance of interdisciplinary in researching of complex criminological problems, are amidst the main reasons why violence prevention did not make such progression that might have been expected giving the bulky empirical studies conducted over last decades worldwide. Upgrading the present state of knowledge on violence is the fundamental prerequisite for the improvement of crime policy practice and violence prevention. It depends, however, on theoretical open-mindedness, receptivity for alternative theoretical explanation and willingness to substantially increase methodological quality of criminological research.

This article discusses the conception on the nature and developmental trajectories of human aggression proposed by contemporary Canadian researcher Richard Tremblay, which is among those with potential to improve significantly understanding of, and societal responses to violence.

Keywords: violence, theories on violence, aggression, early development, prevention

UNIVERZALNI MEĐUNARODNI STANDARDI O ZABRANI DEČIJEG RADA I NJIHOVA PRIMENA U PRAVU REPUBLIKE SRBIJE

Apstrakt: Radno pravo utvrđuje minimalni uzrast za zasnivanje radnog odnosa koji je niži od uzrasta određenog za sticanje punoletstva u građanskom pravu, uz obezbeđivanje niza zaštitnih mera koje treba da doprinesu nesmetanom razvoju i obrazovanju maloletnih radnikâ. S tim u vezi, valja imati u vidu da, i pored univerzalno prihvaćene zabrane rada lica mlađih od 15 godina i velikog napretka koji je ostvaren u pogledu suzbijanja najgorih oblika dečijeg rada, on ni danas nije samo gorka uspomena iz prošlosti ili predmet teorijskih debata, već sastavni deo tržišta rada u mnogim regionima sveta. Time se, nažalost, ne iscrpljuju svi problemi vezani za rad maloletnikâ. Oni opterećuju i rad lica starijih od 15 godina, jer i njihovo radno angažovanje prati rizik ekonomskog iskorišćavanja i drugih zloupotreba. Ipak, pored štetnih, rad može proizvesti i niz pozitivnih posledica po razvoj maloletnikâ, zbog čega se u savremenom pravu razvijaju dvojaka radnopravna pravila: štetan uticaj rada sprečava se zabranom zapošljavanja maloletnikâ na opasnim poslovima, dok se njegova pozitivna obeležja uvažavaju kroz mogućnost maloletnikâ da samostalno zasnivaju radni odnos. Na ovaj način se odstupa od polazne ideje da su maloletnici samo učesnici u tržištu rada odraslih i potencijalne žrtve eksploatacije. Ovakvo ambivalentno shvatanje rada maloletnikâ u savremenom pravu čini opravdanim i preispitivanje međunarodnih standarda o zabrani dečijeg rada i njihovog uticaja na nacionalne pravne sisteme, uključujući i naš. Autorka je, otud, nastojala da identifikuje osnovne tendencije u uređivanju zapošljavanja maloletnikâ pod okriljem Međunarodne organizacije rada, kao i da ispita usklađenost domaćeg zakonodavstva sa ovim standardima, naročito imajući u vidu sledeća pitanja: pitanje posebne zaštite lica koja ispunjavaju opšti uslov za zasnivanje radnog odnosa, ali nisu okončala obavezno školovanje; pitanje umesnosti uvođenja kategorije lakih poslova, na kojima je dopušten rad lica mlađih od 15 godina; pitanje angažovanja maloletnikâ za rad van radnog odnosa; pitanje autorizovanog zapošljavanja maloletnikâ; pitanje uređivanja rada učenikâ u nastavi, te pitanje nadzora nad primenom merodavnog zakonodavstva.

Ključne reči: posebna zaštita maloletnikâ, minimalni uzrast za zapošljavanje, laki poslovi, opasni poslovi, Međunarodna organizacija rada, Republika Srbija.

1. POTREBA MALOLETNIKÂ ZA POSEBNOM RADNOPRAVNOM ZAŠTITOM

Razvoj radnog prava je, usmeren, između ostalog, i na zaštitu fizičkog integriteta i dostojanstva radnikâ, kao i na obezbeđivanje uslovâ rada koji radnicima omogućavaju razvoj ličnosti, sticanje sredstava za život i učešće u kolektivnom životu.¹

* vanredni profesor, ljubinka@ius.bg.ac.rs

1 Paul Durand, R. Jaussaud, *Traité de droit du travail*, tome I, Dalloz, Paris, 1947, 114.

U tom smislu se i jedna od prvih intervencija države u svet rada ticala, upravo, zaštite dece i omladine, tj. ukidanja najgorijih oblika njihove ekonomske eksploatacije.² Obezbeđivanje posebne zaštite maloletnikâ obeležilo je i kasnije faze razvoja radnog prava, pri čemu se norme kojima se pruža intenzivna posebna zaštita maloletnikâ (kao i žena, licâ sa invaliditetom, starijih lica, pripadnikâ etničkih manjina i dr.) ne mogu smatrati diskriminacijom, budući da njihovo postojanje i primenu opravdaju važni objektivni razlozi. Ipak, u poređenju sa drugim posebno zaštićenim kategorijama radnika, posebna zaštita maloletnikâ nije uključila samo preduzimanje mera za njihovo puno učešće u tržištu rada, unapređivanje njihovih radnih uslova i sprečavanje njihove diskriminacije, već, upravo suprotno – i isključivanje lica mlađih od određenog izrasta iz tržišta rada (reč je, dakle, pre o abolicionizmu nego o protekcionizmu).³ Sa druge strane, valja imati u vidu i to da u praksi, neki članovi posebno zaštićenih kategorija radnika, neretko bivaju dovedeni u nepovoljniji položaj, upravo, zbog priznavanja posebne zaštite. To naročito vredi za zakonsku zabranu rada lica mlađih od 15 godina, budući da je, u nemalom broju država, njeno potvrđivanje učinilo decu koja rade – pravno nevidljivim licima.⁴ Takođe, zakonska zabrana dečijeg rada ili strogi uslovi njihovog radnog angažovanja mogu uticati i na angažovanje dece za faktički rad (tzv. rad na crno), što zahteva poseban oprez.⁵

U samom srcu posebne radnopravne zaštite maloletnikâ nalazi se, dakle, utvrđivanje minimalnog uzrasta za zasnivanje radnog odnosa. S tim u vezi, valja imati u vidu da do pojave industrijalizacije, dečiji rad nije bio doživljavan kao društveni problem, već je smatran sastavnim delom društvenog života – delom, koji povezuje obrazovanje, proces socijalizacije i ekonomsku aktivnost čije se obavljanje očekivalo od svih članova zajednice.⁶ Zaokret je učinjen sa industrijskom revolucijom, koju je obležio, između ostalog, i rad dece u nehumanim uslovima i njegovo ekonomsko

- 2 Bob Hepple, „Introduction“, u: Bob Hepple (ed.), *The making of labour law in Europe: A comparative study of nine countries up to 1945*, Mansell, London/New York, 1986, 11–12. „Iskustvo svedoči, čak i u našem XX veku“, piše prvi generalni direktor Međunarodnog biroa rada Toma (*Albert Thomas*), „da u svim industrijskim društvima, koja se radaju, eksploatacija dece predstavlja najgnusnije zlo, zlo koje je najnepodnošljivije za ljudsko srce i u pogledu čijeg iskorenjivanja se odmah postiže saglasnost. Posao stvaranja ozbiljnog socijalnog zakonodavstva uvek je započinjao zaštitom dece“. *L'Organisation internationale du Travail et la protection du travail des enfants*, Bureau International du Travail, Paris, 1930, 1.
- 3 Ben White, *Children, work and 'child labour': Changing responses to the employment of children*, Institute of Social Studies, The Hague, 1994, 1. Vid. Predrag Jovanović, „Posebna radnopravna zaštita pojedinih kategorija radnika“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, broj 4/2015, 1459–1486.
- 4 Karin Calitz, „The failure of the Minimum Age Convention to eradicate child labour in developing countries, with particular reference to the Southern African development community“, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, broj 1/2013, 90.
- 5 O tome, primera radi, svedoči usvajanje Zakona o fabrikama u Indiji, 1948. godine. Njegovim odredbama bio je zabranjen rad dece u fabrikama, što je, međutim, imalo negativne posledice po maloletne radnike, jer je stupanjem Zakona na snagu došlo do reorganizacije proizvodnje i poveravanja poslova koji su ranije obavljani u fabrikama – manjim preduzećima, koja su bila isključena iz područje primene ovog zakona i koja su, posledično, smela da zapošljavaju decu. Lammy Betten, *International labour law – Selected issues*, Kluwer, Deventer/Boston, 1993, 289.
- 6 Michel Bonnet, Bernard Schlemmer, „Aperçus sur le travail des enfants“, *Mondes en développement*, vol. 146, broj 2/2009, 16.

iskorišćavanje, što će izazvati saosećanje javnosti i volju da se deci priušti poseban vid zaštite. To je prvi put učinjeno u Engleskoj, utvrđivanjem minimalnog uzrasta za zapošljavanje (1833), a, njen primer sledile su i druge evropske države, s tim što je u prvim zakonima, donja starosna granica za zasnivanje radnog odnosa bila postavljena izuzetno nisko, primera radi, u Francuskoj već na osam godina.⁷ Na ovaj način je, naime, ograničen pristup tržištu rada licima koja ne ispunjavaju opšti uslov za zasnivanje radnog odnosa. Reč je, preciznije, o uslovu, koji je određen apstraktno i koji mora ispuniti svako lice koje se zapošljava na određenoj teritoriji, nezavisno od vrste posla za koji konkuriše. Taj uslov tiče se navršena godina života za koje se smatra da donose fizičke i psihičke sposobnosti potrebne za obavljanje profesionalne aktivnosti i koje, posledično, omogućavaju sticanje *opšte radnopravne sposobnosti*, s tim što se za određene poslove mogu utvrditi i posebni uslovi vezani za uzrast radnikâ, ako je to neophodno za uspešno obavljanje posla.⁸ Reč je, dakle, o uzrastu koji je niži od uzrasta za sticanje punoletstva po pravilima građanskog prava, jer su pravila radnog prava merodavna za pravovaljano zasnivanje radnog odnosa.⁹

Ista tendencija obeležila je i razvoj međunarodnog radnog prava, čijim se standardima, takođe, utvrđuje minimalni uzrast za zasnivanje radnog odnosa (ali i rad van radnog odnosa), s tim što je određena starosna granica, isprva, vezivana za razlikovanje opasnih i tzv. lakih poslova (engl. *light work*, fr. *travail léger*), odnosno za razlikovanje pojedinih kategorija radnika, u tom smislu da su za zaposlene u porodičnim preduzećima, kao i u određenim granama ili delatnostima (npr. za pomorce i rudare) važila posebna (blaža ili stroža) pravila.¹⁰

Broj godina za koje se pretpostavlja da donose zrelost za rad je, pritom, postepeno pomeran naviše – do uzrasta u kojem se završava obavezno obrazovanje,

7 *Ibid.* U Velikoj Britaniji je još u ranom XVIII veku, Parlament u više navrata zahtevao istrage povodom iskorišćavanja dečijeg rada u rudnicima i tekstilnim fabrikama, a, zatim, i u vezi sa pojavom ozbiljnih oboljenja disajnih puteva kod malih odžačara. Stoga i ne čudi da su, upravo, u ovoj državi usvojeni prvi zakoni kojima su ovi i drugi oblici angažovanja dece na opasnim poslovima postepeno ukinuti. Na to se nadovezuje i skraćivanje radnog vremena maloletnika u cilju stvaranja neophodnih uslova za njihovo školovanje, s tim što je moderni pristup utvrđivanju minimalnog uzrasta za zasnivanje radnog odnosa prihvaćen tek u Zakonu o omladini od 1933. godine. Primena zaštitnog zakonodavstva uticala je na smanjenje boja dece koja rade, premda se ovaj uspeh objašnjava i durgim činiocima. Po nekim autorima, najvažniji od njih ticao se veće dostupnosti obrazovanja i uvođenja obaveznog školovanja, dok za druge autore, presudnim treba smatrati povećanje prihoda britanskih porodica, smanjenje potrebe za dečijim radom zbog tehnološkog napretka, kao i inicijative, apele i druge aktivnosti političara, sindikalnih predstavnika i pojedinih poslodavaca koji su se zalagali za zabranu ili ograničavanje dečijeg rada. Nav. prema: B. White, 3; *Child labour. A textbook for university students*, International Labour Office, Geneva, 2004, 40–41; više o ovom pitanju vid. u: Jane Humphries, „Childhood and child labour in the British industrial revolution“, *Economic History Review*, 2012, 1–24.

8 Predrag Jovanović, „Radnopravna sposobnost (sticanje radnopravne sposobnosti i njena zaštita na radu)“, *Radno i socijalno pravo*, broj 1/2016, 4.

9 Nikola Tintić, *Radno i socijalno pravo. Knjiga prva: radni odnosi (II)*, Narodne novine, Zagreb, 1969, 6.

10 „Nemoguće je dotaći se bilo kog pitanja koje se tiče dece, bez svesti o tome da će eho odgovora na određeno pitanje odzvanjati u najdubljoj intimi svakog pojedinca i svake ćelije društva, baš kao što, u isto vreme, nije moguće ni razmatrati taj odgovor bez uvažavanja globalne dimenzije postavljenog pitanja“, a, što naročito vredi za razmišljanje o dečijem radu. Michel Bonnet, „Que penser du travail des enfants?“, *Études*, broj 4/2001 (tom 394), 455.

a, najmanje do navršениh 15 godina života. Tome je presudno doprinela borba za ukidanje dečijeg rada, ali i priznavanje prava na obrazovanje, budući da je ono od suštinskog značaja za život čoveka, kao i za razvoj čitavog društva. Osim toga, uspostavljanje tesne veze između minimalnog uzrasta za zasnivanje radnog odnosa i uzrasta u kojima se završava obavezno obrazovanje ima za cilj i nastojanje da se period između završetka osnovne škole i uključivanja u tržište rada svede na najkraću moguću meru.¹¹ Pritom, ne treba gubiti iz vida ni to da razlozi za podizanje minimalnog uzrasta za zasnivanje radnog odnosa nisu uvek bili skopčani samo sa humanim ciljevima, već i sa onim ekonomskim. O tome najbolje govori podizanje starosne granice za zasnivanje radnog odnosa posle velike ekonomske krize tridesetih godina prošlog veka, a, u cilju borbe protiv nezaposlenosti, tj. smanjenja broja nezaposlenih sužavanjem kruga lica koja se tako mogu kvalifikovati.

Uz potonji izuzetak, može se zaključiti da je presudni razlog za obezbeđivanje posebne radnopravne zaštite maloletnikâ vezan za njihovu vulnerabilnost, koja je posledica njihovih osobenih fizičkih i psihičkih svojstava, tj. činjenice da je telo maloletnika osetljivije na povećane napore, dok rizici koji postoje na radu intenzivnije ugrožavaju njegov život, zdravlje i bezbednost nego što je to slučaj sa odraslim radnicima. Na to se nadovezuju i nezrelost maloletnika, nedostatak iskustva, smanjena pažnja, veće zamaranje i nedovoljno poznavanje radnog procesa, a, zatim, i činjenica da su oprema, mašine i dizajn radnih mesta redovno koncipirani prema potrebama odraslih radnika.¹² Osim toga, osobena svojstva maloletnikâ mogu uticati i na njihovu mogućnost pravilnog shvatanja događaja, procenjivanja sopstvenog ponašanja i usmeravanja ličnih postupaka. Radno pravo, otud, nastoji da zaštiti zdravlje, bezbednost i fizički i intelektualni razvoj maloletnikâ, kao i njihovu ličnost, ali i njihove interese vezane za izbor zanimanja i zaposlenja. Takođe, postoji i potreba za obezbeđivanjem njihovog najboljeg mogućeg vaspitanja i obrazovanja, u smislu otklanjanja rizikâ zbog kojih bi bilo ugroženo uživanje svih koristi koje obrazovanje pruža. Konačno, postoji i potreba da se spreči ekonomska eksploatacija maloletnikâ, budući da se za njihovo zapošljavanje vezuje predrasuda da su „jeftiniji i manje zahtevni radnici, koje poslodavac može lakše da kontroliše nego njihove odrasle kolege“.¹³

Navedeni razlozi opredeljuju zakonodavce na zabranu ili strogo ograničavanje dečijeg rada i utvrđivanje minimalnog uzrasta za zasnivanje radnog odnosa na nivou koji odgovara potrebama njihovog fizičkog i mentalnog razvoja. Osim toga, maloletnici uživaju posebnu zaštitu i s obzirom na prirodu poslova i radnih zadataka koji im mogu biti povereni, zbog čega mogu da zasnuju radni odnos samo na osnovu nalaza nadležnog zdravstvenog organa kojim se utvrđuje da su sposobni za obavljanje poslova i da takvi poslovi nisu štetni za njihovo zdravlje. Posebna zaštita maloletnikâ zajemčena je i u pogledu trajanja njihovog radnog vremena, i zabrane

11 N. Valticos, *International labour law*, Springer-Science + Business Media, B. V., Deventer, 1979, 185.

12 Assefa Bekele, Jo Boyden, *Combating child labour*, International Labour Organization, Geneva, 1988, 3.

13 United Nations General Assembly, Report of the Special Rapporteur on contemporary forms of slavery, including its causes and consequences, 18 June 2010, st. 22, 35–42.

ili ograničenja njihovog noćnog i prekovremenog rada. Isto vredi i za posebnu zaštitu bezbednosti i zdravlja maloletnikâ na radu, zbog povećanog rizika od povreda na radu i profesionalnih oboljenja.

Među navedenim zaštitnim merama naročitu važnost imaju mere koje se tiču samog zapošljavanja. U njih, pored utvrđivanja minimalnog uzrasta za zasnivanje radnog odnosa, spada i uslovljavanje zapošljavanja maloletnikâ saglasnošću roditelja ili drugog zakonskog zastupnika, kao i zabrana zapošljavanja maloletnikâ uz posredovanje privatnih agencija za zapošljavanje, izdavanje posebnih dozvola za rad maloletnikâ i drugi vidovi njihovog nadziranog, odnosno autorizovanog uključivanja u tržište rada.¹⁴ Na važnost ovih mera najglasnije upozorava činjenica da je, i pored univerzalno prihvaćene zabrane dečijeg rada, on i danas prisutan u mnogim regionima sveta.¹⁵ U nemalom broju država, rad dece se, naime, posmatra kao neizbežni pratilac siromaštva, budući da odrasli članovi njihovih porodica ostvaruju nedovoljne prihode i deci ne mogu da obezbede dostojne uslove za život i školovanje.¹⁶ Osim toga, raširenost dečijeg rada može se objasniti i slabostima i posledičnom nedelotvornošću nacionalnih sistema nadzora nad primenom propisâ o zabrani dečijeg rada, a, isto vredi i za nadzorni sistem ustanovljen pod okriljem međunarodnih organizacija, koje su usvojile standarde o zapošljavanju maloletnikâ.¹⁷

-
- 14 Tako je Zakonom o zapošljavanju i osiguranju za slučaj nezaposlenosti (*Službeni glasnik RS*, br. 36/09, 88/10 i 38/15) zabranjeno posredovanje privatnih agencija u zapošljavanju maloletnikâ (član 20, stav 2), dok su u nekim evropskim državama uvedene radne dozvole za njihovo zapošljavanje. Primera radi, u Grčkoj, lica mlađa od 18 godina, pored potvrde zdravstvenog organa o sposobnosti za rad i potvrde o završenoj profesionalnoj obuci koju sprovodi Organizacija za zapošljavanje, moraju imati i dozvolu za zapošljavanje, koja se izdaje za obavljanje određenog posla ili rad u određenom sektoru. Ipak, lica mlađa od 15 godina izuzetno mogu biti angažovana za obavljanje poslova u oblasti kulture, umetnosti, sporta i reklamne delatnosti, ali samo ako im je za to izdata dozvola inspekcije rada. Viktoria Sp. Douka, Vasileios Th. Koniaris, *Greece: ELL – Suppl. 423 (2015)*, Wolters Kluwer, The Hague, 2015, 227.
- 15 N. Valticos, 185. Rezultati najnovijeg istraživanja Međunarodne organizacije rada pokazuju da danas, u svetu radi 168 miliona dece mlađe od 15 godina, od kojih čak 85 miliona obavlja opasne poslove. Ona su najzastupljenija u Aziji (78 miliona dece) i podsaharskoj Africi (59 miliona dece), dok poljoprivreda predstavlja sektor sa najvećim brojem ovih radnika (čak 59%). Važno je uočiti da je, u poređenju sa rezultatima prethodnog istraživanja koje je sprovedeno 2000. godine, broj dece radnika smanjen za 1/3 (tada ih je radilo čak 240 miliona). *Marking progress against child labour. Global estimates and trends 2000–2012*, International Labour Office / International Programme on the Elimination of Child Labour (IPEC), Geneva, 2013, vii.
- 16 O ovom i drugim uzrocima dečijeg rada vid. u: *World report on child labour: Economic vulnerability, social protection and the fight against child labour*, International Labour Office, Geneva, 2013.
- 17 N. Valticos, 185. Kada je reč o nadzoru nad primenom međunarodnih standarda o zapošljavanju maloletnikâ, tu vrede iste primedbe, kao i u pogledu nadzora nad primenom drugih međunarodnih radnih standarda. Vid.: Goran Obradović, *Primena međunarodnih standarda rada*, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Niš, 2011; Laurence R. Helfer, „Monitoring compliance with unratified treaties: the ILO experience“, *Law and Contemporary Problems*, vol. 71, 2008, 193–217; Nikita Lyutov, „The ILO system of international labour standards and monitoring procedures: too complicated to be effective?“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 64, broj 2/2014, 255–276.

2. RAZVOJ UNIVERZALNIH MEĐUNARODNIH STANDARDA O ZAPOŠLJAVANJU MALOLETNIKÂ

2.1. „Legislativna istorija“ utvrđivanja minimalnog uzrasta za zapošljavanje i komplementarnost merodavnih izvora prava

Najznačajniji međunarodni standardi o radu dece i omladine usvojeni su pod okriljem Međunarodne organizacije rada. Normativna delatnost ove organizacije je, od njenog osnivanja, posvećena uređivanju rada maloletnikâ, premda su određene inicijative za međunarodno regulisanje ovog pitanja postojale i pre 1919. godine. Reč je, preciznije o inicijativama preduzimanim u cilju eliminacije ekonomskog iskorišćavanja dece u preduzećima osnovanim posle industrijske revolucije, počevši od inicijativa koje su činili pojedinci, poput Ovena (*Robert Owen*), Blankija (*Jérôme-Adolphe Blanqui*) i Marksa (*Karl Heinrich Marx*).¹⁸ Osamdesetih godina XIX veka, na upozorenja, apele i predloge pojedinaca nadovezala se i inicijativa Vlade Švajcarske, a, zatim, i prve međunarodne inicijative, među kojima treba pomenuti konferenciju održanu 1890. godine, u Berlinu, na kojoj su se predstavnici 14 evropskih država dogovorili o zabrani rada dece mlađe od 14 godina u rudnicima, dok je kao minimalni uzrast za rad u industrijskim preduzećima određeno 12 godina života.¹⁹ Na ovoj konferenciji osnovano je i Međunarodno udruženje za radno zakonodavstvo, pod čijim je okriljem bio utvrđen Nacrt konvencije o radu žena i omladine (1904), po kome je 14 godina predstavljalo minimalni uzrast za zasnivanje radnog odnosa. Posle Prvog svetskog rata, ove aktivnosti dobiće svoju potvrdu pod okriljem Međunarodne organizacije rada, u čijem je Ustavu potvrđeno da će ukidanje dečijeg rada i ograničavanje rada mladih oba pola omogućiti ovim licima nastavak obrazovanja i odgovarajući fizički razvoj.²⁰

Na tom temelju preduzete su brojne mere,²¹ od kojih je posebno značajno usvajanje univerzalnih međunarodnih radnih standarda o zapošljavanju omladine u pojedinim granama i delatnostima. Ti standardi bili su skoncentrisani oko ideje o uvažavanju potrebe za zaštitom najslabijih i, posledično, usmereni na iskorenjivanje najozbiljnijih zloupotreba dečijeg rada koje su obeležile industrijsko doba.²² U tom

18 K. G. Lieten, „The ILO setting the terms in the child labour debate“, u: *ILO histories: essays on the International Labour Organization and its impact on the world during the twentieth century*, Peter Lang, Bern, 2010, 444.

19 *Ibid.*

20 Versajski mirovni ugovor (1919), član 427.

21 Pored normativne delatnosti, ovaj period obeležile su i druge aktivnosti Međunarodne organizacije rada koje bi se mogle kvalifikovati kao njena tehnička ili praktična delatnost, a, po nekim autorima, i kao humanitarna intervencija. Reč je, naime, o inicijativama koje su predstavnici Međunarodne organizacije rada preduzimali u cilju suzbijanja najozbiljnijih oblika eksploatacije dečijeg rada u određenim državama. O tome svedoči i reakcija na rad malih tkalaca u fabrikama ćilima u gradu Kermanu, na koji je generalni direktor Međunarodnog biroa rada Alber Toma upozorio Vladu Persije 1924. godine. Ovo upozorenje pratio je i apel za zabranu dečijeg rada u ovoj i sličnim radnim sredinama, uprkos tome što ova država nije bila ratifikovala Konvenciju broj 5 o minimalnom uzrastu za zapošljavanje u industriji. Bio je to i prvi uspeh u naporima Međunarodnog biroa rada da utiče na poboljšanje uslovâ rada maloletnikâ. *L'Organisation internationale du Travail et la protection du travail des enfants*, 34.

22 N. Valticos, 180.

smislu su prve intervencije bile usmerene na zaštitu dece od zapošljavanja u odviše ranom uzrastu, ne bi li se sprečile kobne posledice rada nezrelih lica, kao i zapošljavanje maloletnikâ na teškim poslovima, dok je u narednim godinama, zaštita postepeno proširivana novim merama, poput zabrane, odnosno ograničavanja noćnog rada maloletnikâ, njihovih obaveznih (prethodnih i periodičnih) zdravstvenih pregleda, te poboljšanja njihovih uslova rada.²³ Prva grupa izvora se, pritom, isprva, ticala minimalnog uzrasta za zapošljavanje u industriji, a, zatim, i u drugim privrednim granama, delatnostima i zanimanjima. Kao njihov „najmanji zajednički sadržalac“ pojavljuje se *opšti standard o minimalnom uzrastu od 14 godina*, koji će ustupiti mesto novom, danas važećem standardu o 15 godina kao minimalnom uzrastu za zapošljavanje (u okviru ili van radnog odnosa), s tim što postoji i skup posebnih pravila o višoj starosnoj granici za određene, naročito teške poslove.²⁴

Važeći standardi u ovoj oblasti sadržani su u Konvenciji broj 138 o minimalnom uzrastu za zapošljavanje²⁵ i Konvenciji broj 182 o najgorim oblicima dečijeg rada.²⁶ S tim u vezi, važno je uočiti da, u smislu odredaba ovih dveju konvencija, pojam „dečiji rad“ ima sasvim osobeno značenje – značenje *oblikâ rada koji obavljaju deca i koji su zabranjeni konvencijama broj 138 i 182*.²⁷ Prva od ovih konvencija, naime, utvrđuje minimalni uzrast za zapošljavanje, i to čini u funkciji prirode aktivnosti čije je obavljanje povereno detetu (i koja je više ili manje opasna po dete) i trajanja radnog vremena. Sa druge strane, Konvencija broj 182 utvrđuje najgore oblike dečijeg rada, od kojih su mnogi i tradicionalno inkriminirani, ali je, uz njih, zabranjen i rad čija su priroda ili uslovi obavljanja takvi da mogu da naškode zdravlju, bezbednosti ili moralu deteta. To, konačno, znači da se u izvorima prava Me-

23 O tome svedoči i podatak da je, od osnivanja ove organizacije do danas, usvojeno čak 16 konvencija i preporuka o minimalnom uzrastu za zapošljavanje, 11 akata uređuje pitanje obavljanja opasnih poslova, pet akata je posvećeno noćnom radu maloletnikâ, a, isti broj izvora prava uređuje zdravstvene preglede ovih lica. Vid. Borivoje Šunderić, *Pravo Međunarodne organizacije rada*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2001, 423. i dalje.

24 Usvajanje standarda o minimalnom uzrastu za zasnivanje radnog odnosa pratilo je usvajanje Konvencije broj 16 o obaveznom lekarskom pregledu dece i mladih pre zaposlenja na pomorskim brodovima (*Službene novine Kraljevine Jugoslavije*, broj 95-XXII/1927), kao i preporuka o zaštiti žena i dece od trovanja olovom (Lead Poisoning /Women and Children/ Recommendation, 1919 /No. 4/), o noćnom radu dece u poljoprivredi (Night Work of Children and Young Persons /Agriculture/ Recommendation, 1921 /No. 14/) i o profesionalnom obrazovanju u poljoprivredi (Vocational Education /Agriculture/ Recommendation, 1921 /No. 15/). Ovi rezultati normativne delatnosti bili su toliko značajni da su u literaturi smatrani „Međunarodnim statom radničkog detinjstva“ (fr. *Statut international de l'enfance laborieuse*), premda je zaštita maloletnikâ bila obezbeđena i konvencijama koje su uređivale uslove rada (radno vreme, zaštitu od nesreća na radu i profesionalnih oboljenja) i zdravstveno osiguranje svih kategorija radnika (uključujući i maloletnike). *L'Organisation internationale du Travail et la protection du travail des enfants*, 11–12.

25 Konvencija Međunarodne organizacije rada broj 138 o minimalnim godinama za zapošljavanje (*Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, broj 14/82) – u daljem tekstu Konvencija broj 138. Pored naše, ovu konvenciju ratifikovalo je još 179 država.

26 Konvencija Međunarodne organizacije rada broj 182 o najgorim oblicima dečijeg rada (*Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori*, broj 2/03) – u daljem tekstu: Konvencija broj 182. Pored naše, ovu konvenciju ratifikovalo je još 168 država.

27 M. Bonnet, B. Sclemmer, 20.

đunarodne organizacije rada pravi suštinska razlika između rada odraslih i dečijeg rada, u tom smislu da se rad odraslih radnika uređuje u svetlu koncepcije pristojnog rada (engl. *decent work*, fr. *travail décent*), dakle, na jedan pozitivan način, za razliku od dečijeg rada, prilikom čijeg uređivanja se polazi od postavke da je on loš, sam po sebi, zbog čega je i neophodno njegovo ukidanje.²⁸ S tim u vezi, valja imati u vidu da je 1992. godine, Međunarodni biro rada, kao vid dopune, podrške i garantije pomenutih univerzalnih međunarodnih radnih standarda, ustanovio Međunarodni program za ukidanje dečijeg rada (*International Programme on the Elimination of Child Labour /IPEC/*). Reč je, preciznije, o programu koji je usmeren ka jačanju sposobnosti država članica Međunarodne organizacije rada da se izbore sa problemom dečijeg rada i razvoju svetskog pokreta za borbu protiv dečijeg rada, s tim što je na oba nivoa, prevashodstvo dato iskorenjivanju najgorih oblika dečijeg rada.

Standardi Međunarodne organizacije rada su komplementarni sa standardima Organizacije ujedinjenih nacija, budući da je Međunarodnim paktom o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima potvrđena obaveza zaštite dece i omladine od ekonomskog i socijalnog iskorišćavanja, kao i zakonskog kažnjavanja „njihovog zapošljavanja na radu, koji je štetan po njihov moral ili zdravlje, ili koji dovodi u opasnost njihov život ili može da spreči njihov normalan razvoj“.²⁹ Paktom je potvrđena i obaveza ugovornica da odrede granice starosti ispod koje je zapošljavanje dečije radne snage zabranjeno i kažnjivo po zakonu, s tim što je u ovom aktu, za razliku od drugih merodavnih izvora prava međunarodnog porekla, izričito pomenuto samo „plaćeno zapošljavanje“ (engl. *paid employment*), ne i neplaćeni rad za drugog.³⁰ I ugovornice Konvencije o pravima deteta priznaju „pravo deteta da bude zaštićeno od ekonomskog iskorišćavanja i od obavljanja bilo kog posla koji bi mogao da bude opasan ili bi ometao školovanje deteta ili bi bio štetan po zdravlje deteta ili za njegov fizički, mentalni, duhovni, moralni ili društveni razvoj“.³¹ To podrazumeva i obavezu preduzimanja odgovarajućih (pravnih, administrativnih, socijalnih i obrazovnih) mera, uključujući posebno obezbeđivanje minimalne starosne granice ili granica za zapošljavanje, odgovarajuće uređivanje vremena i uslovâ rada, te, obezbeđivanje odgovarajuće kazne ili druge sankcije da bi se osiguralo delotvorno ispunjenje ove obaveze.³² Osim toga, Konvencija o pravima deteta zahteva i poštovanje njome uspostavljenog etičkog okvira, koji pretpostavlja da se, prilikom ocene odnosa između deteta i rada, mora uzimati u obzir vrhunski kriterijum *najboljeg interesa*

28 *Ibid.*, 21.

29 Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (*Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, broj 7/71), član 10, stav 3.

30 **Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, član 10, stav 3. Ovo je suprotno shvatanju dečijeg rada kao svih aktivnosti čiji su rezultati (neposredno ili posredno) namenjeni tržištu, a, što uključuje i neplaćene aktivnosti dece, ako se njima stvaraju proizvodi namenjeni tržištu ili se posredstvom njih, na drugi način, ostvaruju prihodi, čak i kada dete od toga nema neposredne koristi. Međunarodni biro rada prihvata, upravo, ovo shvatanje dečijeg rada. Augendra Bhukuth, „Le travail des enfants: limites de la définition“, *Mondes en développement*, vol. 146, broj 2/2009, 29.**

31 Konvencija o pravima deteta (*Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, broj 15/90 i *Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori*, br. 4/96 i 2/97), član 32, stav 1.

32 Konvencija o pravima deteta, član 32, stav 2.

deteta, pod kojim se, u smislu odredaba ove konvencije, smatra „svako ljudsko biće, koje nije navršilo osamnaest godina života, ukoliko se, po zakonu koji se primenjuje na dete, punoletstvo ne stiće ranije“.³³ To je izuzetno važno imajući u vidu, između ostalog, i činjenicu da je dete biće u razvoju, kao i to da se svet sve brže menja, zbog čega ni odnos deteta i rada ne treba posmatrati van te optike.³⁴

Konačno, valja imati u vidu i to da su univerzalni međunarodni radni standardi inspirisali evropske standarde u ovoj oblasti, te i oni zabranjuju zapošljavanje lica mlađih od 15 godina, ali ne na apsolutan način. Umesto toga, dopuštaju se izuzeci u pogledu lakih poslova, tj. poslova, kod kojih ne postoji opasnost da bi mogli ugroziti zdravlje, moral i obrazovanje lica mlađih od ovog uzrasta. Ove izuzetke dopuštaju standardi Saveta Evrope,³⁵ imajući u vidu edukativnu i druge vrednosti rada, zbog kojih se apsolutna zabrana rada lica mlađih od 15 godina čini nemogućom, pa i nepoželjnom (npr. u slučaju pomaganja roditeljima u porodičnom preduzeću, ili rada dece za džeparac tokom raspusta). Isto vredi i za izvore prava Evropske unije, u kojima se, takođe, pravi razlika između uslovâ za zasnivanje radnog odnosa prema prirodi poslova i okolnostima u kojima se oni obavljaju, s tim što se, u tim okvirima, pravi i razlika između nekoliko „stadijuma“ detinjstva. Poput ugovornica Konvencije Međunarodne organizacije rada broj 138, i države članice Unije su dužne da zabrane dečiji rad i da obezbede da minimalni uzrast za zasnivanje radnog odnosa ne bude niži od uzrasta u kojem se završava obavezno obrazovanje utvrđeno nacionalnim zakonodavstvom, a, u svakom slučaju ne niži od 15 godina života.³⁶ Sekundarno zakonodavstvo, pritom, dopušta derogaciju zabrane dečijeg rada, u specijalnim slučajevima i pod posebnim uslovima, osim ako bi to bilo štetno po redovno pohađanje škole ili bi sprečavalo dete da uživa sve koristi od obrazovanja.³⁷ Konačno, rad adolescenata (lica starijih od 15 i mlađih od 18 godina koje više ne opterećuje dužnost sticanja obaveznog obrazovanja) mora biti strogo uređen, ne bi li se uvažile sve osobenosti prelaska iz detinjstva u svet odraslih.

2.2. *Sektorska pravila Međunarodne organizacije rada*

Prvi međunarodni standard o minimalnom uzrastu za zasnivanje radnog odnosa potvrđen je Konvencijom broj 5, koja je usvojena već na prvom zasedanju Opšte konferencije rada. Njenim odredbama je bilo zabranjeno zapošljavanje dece

33 Konvencija o pravima deteta, član 1.

34 M. Bonnet, 458.

35 Revidirana evropska socijalna povelja (*Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, broj 42/09), član 7, stav 1.

36 Council Directive 94/33/EC of 22 June 1994 on the protection of young people at work (*Official Journal L 216*, 20.8.1994, 12–20) – u daljem tekstu: Direktiva Saveta 94/33/EZ, član 1, stav 1.

37 Države članice Evropske unije mogu odlučiti da se zabrana dečijeg rada ne odnosi na rad dece u kulturnim i sličnim aktivnostima. Isto vredi i za rad dece starije od 14 godina u okviru shema u kojima se kombinuju rad i obuka učenika ili obezbeđuje sticanje radnog iskustva u fabrikama. Osim toga, deca starija od 14 godina mogu obavljati lake poslove ne samo u kulturi, već i u drugim oblastima, dok deca starija od 13 godina imaju pravo da obavljaju ostale lake poslove tokom određenog broja sati u nedelji, pod uslovom da su takvi poslovi i uslovi u kojima se oni obavljaju utvrđeni nacionalnim zakonodavstvima. Direktiva Saveta 94/33/EZ, čl. 4.

mlađe od 14 godina u industrijskim preduzećima,³⁸ ali ta zabrana nije bila apsolutna. Derogacija zabrane dečijeg rada bila je, naime, dopuštena u pogledu rada u porodičnim preduzećima (tj. preduzećima u kojima su svi radnici članovi iste porodice), kao i u pogledu rada u tehničkim školama, ako je za to postojalo ovlašćenje i nadzor nadležnog državnog organa ili tela.³⁹ Štaviše, Konvencijom je starosni prag za zapošljavanje bio spušten i u pogledu tačno određenih država (Indija i Japan /12 godina/), dok je kao važna garantija poštovanja zabrane dečijeg rada i dopuštenih izuzetaka bila predviđena poslodavčeva obaveza vođenja evidencije zaposlenih koji su mlađi od 16 godina.⁴⁰

Isto opšte pravilo i dopušteni izuzeci, kao i ista osnovna obaveza poslodavca, potvrđeni su i u Konvenciji broj 7 o minimalnom uzrastu za zasnivanje radnog odnosa sa pomorcima (1920),⁴¹ s tim što će naredne godine biti usvojeni specijalni viši standardi o zapošljavanju magacinskih radnika i ložaća na brodovima, koje je bilo uslovljeno navršanjem 18 godina života.⁴² Premda je u potonjoj konvenciji, atribut posebno štetnog posla priznat samo ovim dvema vrstama poslova, valja imati u vidu da se u savremenom pravu, poslovi koji se obavljaju na moru redovno smatraju opasnim, i da se, posledično, u nacionalnim zakonodavstvima, za njihovo obavljanje postavlja viša starosna granica ili drugi stroži uslovi.⁴³ Ipak, nacionalna zakonodavstva dopuštaju i izuzetke od tog pravila. Oni redovno vrede za poslove koje deca obavljaju zajedno sa roditeljima i drugim članovima porodice u teritorijalnim vodama određene države, kao i za rad i obuku dece na školskim brodovima.⁴⁴

Od ovog niza odstupa Konvencija broj 10 o minimalnom uzrastu za zasnivanje radnog odnosa u poljoprivredi, budući da, i pored takvog naziva, njome nije bila potvrđena zabrana zapošljavanja dece mlađe od određenog uzrasta. Umesto toga, potvrđeno je pravilo da deca mlađa od 14 godina ne smeju biti zaposlena u poljoprivrednim preduzećima, osim van perioda utvrđenog za pohađanje školskih časova, a, pod uslovom da to ne šteti njihovom obrazovanju.⁴⁵ Konvencijom je, štaviše, bilo dopuštena i modifikacija rasporeda časova ne bi li se deci omogućilo obavljanje lakih poslova u poljoprivredi, posebno u vreme žetve, a, odstupanje je bilo dopušteno i u pogledu rada u tehničkim školama, pod istim uslovom kao i po Konvenciji

38 Minimum Age (Industry) Convention, 1919 (No. 5) – u daljem tekstu: Konvencija broj 5, član 2. Naša država je ratifikovala ovu konvenciju (*Službene novine*, broj 95-XXII/1927), ali je otkazala ratifikaciju 1983. godine, zbog ratifikacije Konvencije broj 138.

39 Konvencija broj 5, čl. 2–3.

40 Konvencija broj 5, čl. 4–6.

41 Minimum Age (Sea) Convention, 1920 (No. 7). Naša država je ratifikovala ovu konvenciju (*Službene novine*, broj 95-XXII/1927), ali je 1983. godine otkazala ratifikaciju.

42 Minimum Age (Trimmers and Stokers) Convention, 1921 (No. 15), član 2. Naša država nije ratifikovala ovu konvenciju.

43 Vid. Marinko Đ. Učur, *Pomorsko radno pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 1997, 39–46, 49–51.

44 *Modern policy and legislative responses to child labour*, International Labour Office, Geneva, 2007, 20.

45 Minimum Age (Agriculture) Convention, 1921 (No. 10) – u daljem tekstu Konvencija broj 10, član 1. Naša država je ratifikovala ovu konvenciju (*Službene novine*, broj 95-XXII/1927), ali je otkazala ratifikaciju 1983. godine.

broj 5.⁴⁶ S tim u vezi, ininteresantno je uočiti da prema dečijem radu u poljoprivredi postoji ambivalentan odnos. U nekim državama, većina poslova u ovoj grani smatra se bezopasnim, što je i razlog da se i danas olakšava zapošljavanje maloletnika u poljoprivredi ili se poljoprivreda isključuje iz materijalnog područja primene zabrane dečijeg rada, pod uslovom da obavljanje poslova u ovoj grani ne šteti obrazovanju radnikâ. Postoji, međutim, sasvim suprotan stav, koji počiva na postavci da mnogi poljoprivredni poslovi mogu biti opasni, poput šumarskih poslova ili ratarskih i povrtarskih poslova koji uključuju kontakt sa otrovnim poljoprivrednim hemikalijama.⁴⁷ Štaviše, postoji i uverenje da rad dece u poljoprivredi treba ograničiti i onda kada se poslovi u ovoj grani ne mogu kvalifikovati kao opasni. To je i razlog što u kasnije usvojenim standardima Međunarodne organizacije rada, zabrana dečijeg rada u poljoprivredi može biti derogirana samo u pogledu porodičnih i drugih malih poseda, na kojima se proizvodi za lokalnu potrošnju i koji, po pravilu, ne zapošljavaju zaposlene (ne i u pogledu plantaža i drugih poljoprivrednih preduzeća, koja, uglavnom, proizvode u komercijalne svrhe).⁴⁸ Isto vredi i za zakonodavstva jednog broja savremenih država, pri čemu u nekima od njih, poslodavci u ovom sektoru imaju posebne dužnosti u pogledu maloletnika koji rade u njihovo ime i za njihov račun, poput specijalnih obaveza vezanih za poštovanje pravilâ o radnom vremenu i odmorima.⁴⁹

Konačno, opšti standard od 14 godina života bio je potvrđen kao uslov za zasnivanje radnog odnosa i u neindustrijskim granama i delatnostima, s tim što je konvencijom merodavnom za ove oblasti on dodatno izbrušen zahtevom da minimalni uzrast za zasnivanje radnog odnosa iznosi 14 godina ili više, ako se od deteta još uvek zahteva pohađanje osnovne škole.⁵⁰ I ovi standardi su bili derogabilni, i to u oba pravca: deca starija od 12 godina mogla su biti angažovana za obavljanje lakih poslova i poslova u oblasti umetnosti, nauke i obrazovanja, dok je u slučaju opasnih poslova starosna granica mogla biti podignuta iznad 14 godina.⁵¹

Tridesetih godina prošlog veka, opšti standard o minimalnom uzrastu za zasnivanje radnog odnosa od 14 godina podignut je za jednu godinu. Razlozi za to nisu bili vezani samo za humanizaciju uslovâ rada, već su, kako vispreno zaključuje Valticos (*Nicolas Valticos*), bili i ekonomske prirode. Posle velike ekonomske krize, države su činile značajne napore da se svim mogućim sredstvima izbore sa proble-

46 Konvencija broj 10, čl. 2–3

47 *Modern policy and legislative responses to child labour*, 19–20.

48 Vid. Konvencija broj 138, član 5, stav 3.

49 *Modern policy and legislative responses to child labour*, 19–20. Za dečiji rad u poljoprivredi vezuje se još jedan paradoks. Deca koja žive u domaćinstvima sa velikim posedima češće rade od dece koja žive u domaćinstvima sa skromnim posedima, što je suprotno uvreženom mišljenju da se dečiji rad najčešće pojavljuje u najsiriromašnijim domaćinstvima. Ovo vredi za sve države, nezavisno od njihove razvijenosti, s tim što je državama u razvoju svojstven trend da većina dece koja rade obavljaju poslove u poljoprivredi. Vid. Sonia Bhalotra, Christopher Heady, *Child farm labour: the wealth paradox*, „Social Protection Discussion Paper Series“, No. 125, The World Bank, Washington, 2001.

50 Minimum Age (Non-Industrial Employment) Convention, 1932 (No. 33) – u daljem tekstu: Konvencija broj 33, član 2.

51 Vid. Konvencija broj 33, čl. 3–6.

mom masovne nezaposlenosti, te je jedan od instrumenata za smanjenje broja nezaposlenih bilo i utvrđivanje strožeg opšteg uslova za zasnivanje radnog odnosa.⁵² Ta postavka je prvi put potvrđena u jednom pravnoneobavezujućem aktu,⁵³ za kojim je usledilo usvajanje novela pomenutih triju konvencija o minimalnom uzrastu za zapošljavanje. Revidirane konvencije su, naime, potvrdile novi opšti standard o minimalnom uzrastu od 15 godina, uz istovremeno ovlašćenje država ugovornica da, pod određenim uslovima, od njega i odstupe.⁵⁴ Tako je, u pogledu pomoraca, odstupanje bilo dopušteno ukoliko bi škola ili drugi nadležni subjekt potvrdili da je zaposlenje u interesu deteta, dok u pogledu rada u industriji, *novum* predstavlja proširenje obaveze vođenja evidencije na sve zaposlene mlađe od 18 godina. Osim toga, opšti standard od 15 godina prihvaćen je i kao uslov za zasnivanje radnog odnosa sa ribarima na ribarskim brodovima,⁵⁵ dok je, zbog štetnosti uslova rada kojima su izloženi zaposleni na podzemnim radovima u rudnicima, za ova lica uveden standard od 16 godina života.⁵⁶

2.3. Važeći standardi Međunarodne organizacije rada: konvencije broj 138 i 182

2.3.1. Opšti standard o minimalnom uzrastu za prijem u radni odnos ili na rad (van radnog odnosa)

Standardi Međunarodne organizacije rada usvojeni do 1973. godine su, uz određene izmene, kodifikovani u Konvenciji broj 138, i to sa dvojakim ciljem: radi postepene zamene postojećih partikularnih (sektorskih) pravila opštim pravilom o minimalnom uzrastu za zapošljavanje i radi potpunog ukidanja dečijeg rada. Ratifikacijom ove konvencije, države, naime, preuzimaju obavezu postepenog podizanja minimalnog uzrasta za zasnivanje radnog odnosa ili prijem na rad koji ne sme biti niži od minimalnog uzrasta za završetak obaveznog školovanja, a, u svakom slučaju, ne niži od 15 godina života.⁵⁷ Konvencija predviđa i posebno pravilo za zasnivanje radnog odnosa u državama u razvoju: one mogu utvrditi minimalni uzrast od 14 godina, uz obavezu konsultovanja sindikata i udruženja poslodavaca o ovom izuzetku.⁵⁸ To, međutim, nije i jedina klauzula fleksibilnosti sadržana u Konvenciji

52 N. Valticos, 183.

53 Reč je o Preporuci broj 45, kojom je, kao jedna iz niza mera za suzbijanje nezaposlenosti, bilo predloženo i „podizanje uzrasta za napuštanje škole i zasnivanje radnog odnosa na najmane 15 godina, čim to budu dozvolile okolnosti“. Unemployment (Young Persons) Recommendation, 1935 (No. 45), stav 1.

54 Vid.: Minimum Age (Sea) Convention (Revised), 1936 (No. 58), član 2; Minimum Age (Industry) Convention (Revised), 1937 (No. 59), član 2; Minimum Age (Non-Industrial Employment) Convention (Revised), 1937 (No. 60), član 2.

55 Minimum Age (Fishermen) Convention, 1959 (No. 112), član 2.

56 Vid.: Minimum Age (Coal Mines) Recommendation, 1953 (No. 96), stav 1; Minimum Age (Underground Work) Convention, 1965 (No. 123), član 2, stav 3. Naša država je prihvatila Preporuku broj 96 (*Službeni list FNRJ – Međunarodni ugovori*, broj 11/56) i ratifikovala Konvenciju broj 123 (*Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, broj 40/70).

57 Konvencija broj 138, član 2, st. 1 i 3.

58 Konvencija broj 138, član 2, stav 4. Ovaj izuzetak se, preciznije, odnosi na države čija su privreda i obrazovni sistem nedovoljno razvijeni. S tim u vezi, valja imati u vidu da se, prilikom usvajanja

broj 138. Ugovornicama je, pored toga, dopušteno i da iz područja primene Konvencije isključe određene kategorije poslova u pogledu kojih bi njena primena bila skopčana sa posebnim i suštinskim problemima.⁵⁹ Takođe, države čije su privreda i administrativne službe nedovoljno razvijene, posle konsultacija sa zainteresovanim organizacijama poslodavaca i radnika, mogu da ograniče primenu Konvencije, istina, samo u početnoj fazi. To, preciznije, znači pravo država da, prilikom ratifikacije, preciziraju sve grane privrede i delatnosti ili vrste preduzeća na koje će primenjivati odredbe Konvencije, s tim što se, kao minimum, one moraju primenjivati na rudnike i kamenolome, prerađivačku industriju, građevinarstvo, službe za snabdevanje električnom energijom, plinom i vodom, sanitarne službe, promet i skladišta.⁶⁰ Isto vredi i za plantaže i druga poljoprivredna preduzeća, koja proizvode, uglavnom, u komercijalne svrhe, uz izuzetak porodičnih i malih poseda, gde se proizvodi za lokalnu potrošnju i koji, po pravilu, ne zapošljavaju druga lica. *Ratio legis* potonjeg izuzetka se, pritom, vezuje za postavku da članovi porodice neće eksploatisati rad svoje dece, što, nažalost, praksa, ponekad, i demantuje, a, zbog čega je važno da izuzeci u kojima je dopušten rad dece u određenim vrstama preduzeća – budu dobro obrazloženi, tj. opravdani objektivnim razlozima.⁶¹

Osnovna obaveza svake ugovornice Konvencije broj 138 se, pritom, tiče određivanja „minimalnog uzrasta za prijem u radni odnos ili na rad, na njenoj teritoriji ili prevoznim sredstvima registrovanim na njenoj teritoriji“.⁶² Reč je, preciznije, o obavezi koja se ne ograničava na utvrđivanje minimalnog uzrasta za zasnivanje radnog odnosa, već se jednako tiče i ostalih oblika radnog angažovanja, zbog čega ovu ugovornu obavezu treba široko tumačiti.⁶³ To, dalje, znači da bi merodavnim nacionalnim propisima trebalo utvrditi ne samo opšti uslov za zasnivanje radnog odnosa koji se tiče godina života, već i minimalni uzrast za svaki vid rada maloletnikâ, u smislu uvažavanja potrebe da se obezbedi njihova posebna zaštita, bez obzira na to da li su zaključili ugovor o radu ili (faktički) obavljaju rad za drugog bez pravnog osnova.⁶⁴ Ovo tim pre što se u većini savremenih država, uključujući i Republiku

konvencija i preporuka Međunarodne organizacije rada, posebna pažnja posvećuje uvažavanju nejednakog razvoja država koje treba da ih ratifikuju, odnosno prihvate. Nacionalne razlike se, pri tome, prevazilaze posredstvom tzv. klauzula fleksibilnosti, koje se unose u odgovarajuće izvore prava, dopuštajući delimično prihvatanje ugovornih obaveza, derogaciju određenih odredaba u pogledu pojedinih regiona jedne države, ili nekih kategorija radnika i sl.. Takođe, postoji i mogućnost utvrđivanja posebnih pravila za države u razvoju, kao što je to slučaj i sa standardima o minimalnom uzrastu za zapošljavanje. Nabrojana rešenja, naime, imaju za cilj obezbeđivanje fleksibilnosti određenih standarda, u meri u kojoj će biti moguće uvažavanje razlika u razvijenosti država članica, ali bez toga da standardi budu lišeni svakog stvarnog značaja. Ovo stoga što njihov cilj nije prosta minimalna harmonizacija prava, već postizanje opšteg napretka. Nicolas Valticos, „L'Organisation internationale du Travail et les pays en voie de développement: technique d'élaboration et mise en œuvre de normes universelles“, u: *Pays en voie de développement et transformation du droit international. Colloque d'Aix-en-Provence*, Pedone, Paris, 1974, 132, <http://www.sfdi.org/wp-content/uploads/2014/03/colloqueSFDI-AIX.pdf>, 30. 5. 2017.

59 Konvencija broj 138, član 4.

60 Konvencija broj 138, član 5, st. 1–3.

61 *Modern policy and legislative responses to child labour*, 16.

62 Konvencija broj 138, član 2, stav 1.

63 *Modern policy and legislative responses to child labour*, 14.

64 *Ibid.*

Srbiju, dečiji rad uređuje matičnim zakonima za oblast radnih odnosa, u kojima je, redovno, uređeno samo pitanje minimalnog uzrasta za zaključenje ugovora o radu, ne i pitanje (plaćenog ili neplaćenog) rada maloletnikâ van radnog odnosa. Sa druge strane, Konvencija broj 138 zahteva od svojih ugovornica da obezbede odgovarajuće legislativne mere (zabranu, odnosno ograničenja) i u pogledu svakog oblika rada, koji obavljaju lica mlađa od određenog uzrasta, kao što je to, za sada, učinjeno u krajnje malom broju država (npr. u Kolumbiji, Luksemburgu, Ujedinjenom Kraljevstvu i Švajcarskoj), istina uz dopuštanje manjeg ili većeg broja izuzetka koji relativizuju ovu pravilno postavljenu zabranu (najčešće u pogledu obavljanja privremenih poslova, rada u poljoprivredi, plaćenog rada u domaćinstvu poslodavca, te rada u preduzećima u kojima rade isključivo članovi porodice koji istovremeno i žive u zajedničkom domaćinstvu).⁶⁵ To, konačno, znači da bi, prilikom uređivanja dečijeg rada, zakonodavci trebalo da budu posebno osetljivi u pogledu određivanja pojma „zaposleni“. Njega bi, u smislu zabrane dečijeg rada, trebalo postaviti tako da obuhvata lica koja su zaključila ugovor o radu ili na drugi način zasnovala radni odnos, kao i lica koja su radno angažovana na osnovu nekog drugog ugovora (građanskog ili poslovnog prava), kao i lica koja rade za drugog bez pravnog osnova. Ipak, to nije i jedini način da se krug zaštićenih lica (lica „pokrivenih“ zabranom dečijeg rada) odredi u skladu sa osnovnom ugovornom obavezom iz Konvencije broj 138. Tome mogu doprineti i drugi izvori prava, pre svega oni koji uređuju inspekcijski nadzor u oblasti radnih odnosa, kao i sistem osnovnog ili drugih vidova obaveznog obrazovanja.⁶⁶

Važeći opšti standard vezan je, dakle, i za potrebu stvaranjâ uslovâ za delotvornost ostvarivanja prava na obrazovanje. Ovo stoga što obrazovanje doprinosi celovitom razvoju sposobnosti pojedinca, njegovom lakšem uključivanju u svet rada, te punom učešću u društvu. To je i razlog što je u više međunarodnih instrumenata za zaštitu ljudskih prava potvrđen zahtev da osnovno obrazovanje treba da bude obavezno.⁶⁷ Ovi akti ne određuju, međutim, pojam osnovnog obrazovanja, niti značenje zahteva koji se tiče njegove obaveznosti, dok je pod okriljem Organizacije za obrazovanje, nauku i kulturu Ujedinjenih nacija (UNESCO) afirmisan stav da se obavezno obrazovanje vezuje za prvi nivo formalnog školskog sistema, tj. za nivo, u kojem deca započinju da se obrazuju između pete i sedme godine života i koji, ni u kom slučaju, ne sme trajati kraće od četiri godine.⁶⁸ Istovremeno, savremeno pravo obeležava i tendencija produžavanja perioda obaveznog školovanja, i to na način da traje najmanje do navršenja minimalnog uzrasta za zasnivanje radnog odnosa.⁶⁹ To svedoči o uzajamnom uticaju ovih dvaju zahteva, u smislu da se minimalni uzrast

65 *Ibid.*, 14–15.

66 *Ibid.*, 16.

67 Tako: Konvencija o borbi protiv diskriminacije u oblasti prosvete (*Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, broj 4/64), član 4, stav a); Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, član 13, stav 2, tačka a); Konvencija o pravima deteta, član 28, stav 1, tačka a).

68 Manisuli Ssenyonjo, *Economic, social and cultural rights in international law*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2009, 377.

69 Preliminary report of the Special Rapporteur on the right to education, Ms. Katarina Tomaševski, submitted in accordance with Commission on Human Rights resolution 1998/33,

za zasnivanje radnog odnosa vezuje za uzrast u kojem se završava obavezno obrazovanje i, obratno, kao jedan od kriterijuma za određivanje minimalnog trajanja obaveznog obrazovanja pojavljuje se navršenje minimalnog uzrasta za zasnivanje radnog odnosa. U tom smislu se može zaključiti da je, u prošlosti, nerazvijenost obrazovnog sistema uticala na određivanje niže starosne granice za zasnivanje radnog odnosa, dok su, obratno, međunarodni radni standardi o minimalnom uzrastu za zapošljavanje uticali na države da produže period obaveznog školovanja i razvijaju tehničko i druge vidove stručnog obrazovanja.⁷⁰

2.3.2. Posebna pravila za opasne poslove

Pored opšteg pravila (i izuzetka vezanog za države u razvoju), Konvencija broj 138 sadrži i set posebnih pravila, u pogledu (opasnih ili lakih) poslova za koje se zahteva viši ili niži starosni prag za zapošljavanje. Imajući u vidu ove izuzetke, može se zaključiti da, u smislu važećih standarda Međunarodne organizacije rada, kao dečiji rad, koji bi trebalo ukinuti, ne treba smatrati svaki oblik rada dece mlađe od 15 godina.⁷¹ Ovoj kvalifikaciji, tako, nema mesta u slučaju učešća dece u radu, koji ne utiče negativno na njihovo zdravlje ili lični razvoj, niti na njihovo školovanje, već doprinosi razvoju deteta, u smislu sticanja veština i iskustva i pripreme da se postane produktivnim članom društva.⁷² I suprotno, dečijim radom koji treba ukinuti treba smatrati rad koji „lišava decu njihovog detinjstva, potencijalâ i dostojanstva, i koji je štetan po njihov fizički i mentalni razvoj“.⁷³ Reč je, preciznije, o radu koji je opasan ili štetan za njihov mentalni, fizički, socijalni ili moralni razvoj, i koji škodi njihovom školovanju, u smislu uskraćivanja mogućnosti za pohađanje škole, pritiska da se prerano napusti škola ili zahteva da se školovanje kombinuje sa izuzetno dugotrajnim i teškim radom.⁷⁴ U tom smislu je, saglasno odredbama Konvencije broj 138, za rad na poslovima čiji su priroda ili okolnosti u kojima se obavljaju takvi da bi mogli da ugroze zdravlje, bezbednost i moral maloletnikâ – potrebno da zaposleni navrši 18 godina života. Izuzetno, na takvim poslovima, mogu se zapošljavati i

E/CN.4/1999/49, 13 January 1999, stav 16, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G99/101/34/PDF/G9910134.pdf?OpenElement>, 15.4.2017.

70 N. Valticos, 185–186. Primena opšteg pravila o minimalnom uzrastu za zapošljavanje je, pritom, skopčana sa nemalim problemima, ukoliko u državi ugovornici nije precizno utvrđen uzrast u kojem se okončava obavezno školovanje, kao što je to bio slučaj sa Španijom. Merodavni zakon ove države (Zakon broj 8/1985, od 3. jula 1985. godine) nije, naime, utvrđivao uzrast do kojeg se okončava obavezno obrazovanje, dok je njena Vlada obavestila Međunarodnu organizaciju rada da u praksi, 80% dece mlađe od 14 godina i 90% dece mlađe od 15 godina pohađa škole, u kojima se pruža obavezno obrazovanje (Note by the Secretary General to the UN Commission on Human Rights, E/CN.4/ Sub. 2/AC.2/1988/5/Add.2, 9). Ubrzo nakon toga usledila je i reforma španskog zakonodavstva kojom je ova primedba otklonjena, ali je ostala druga primedba vezana za dopuštenost rada dece mlađe od 15 godina van radnog odnosa (rad samozaposlenih lica). Nav. prema: „Protection of children and young persons in international labour law“, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 1992, 89.

71 *Child labour. A textbook for university students*, 16.

72 *Ibid.*

73 *Ibid.*

74 *Ibid.*

lica starija od 16 godina, ako su im obezbeđeni potpuna zaštita, primerena uputstva i profesionalna obuka.⁷⁵

U najekstremnijim slučajevima, rad koji je opasan ili štetan za mentalni, fizički, socijalni ili moralni razvoj dece može imati za posledicu i njihovo ropstvo ili položaj sličan ropstvu, odvajanje od njihovih porodica ili izloženost ozbiljnim opasnostima. To je uvaženo u odredbama Konvencije broj 182, kojima se od država zahetva hitno preduzimanje delotvornih mera, kako bi se obezbedila zabrana i ukidanje najgorih oblika rada lica mlađih od 18 godina. Premda ratifikacijom ove konvencije, države preuzimaju obligaciju sredstva, ispunjavanje ugovornih obaveza pretpostavlja preduzimanje konkretnih kratkoročnih (zakonodavne mere) i dugoročnih mera (mere socijalnih službi i sl.).⁷⁶

Najgori oblici dečijeg rada koji su zabranjeni Konvencijom broj 182 se, pritom, mogu klasifikovati u dve kategorije. Prvu od njih čine *aktivnosti koje se, po definiciji, smatraju najgorim oblicima dečijeg rada*, što znači da se takva kvalifikacija ne može izmeniti, čak i kada bi se unapredili uslovi rada,⁷⁷ a, što, u smislu Konvencije broj 182, vredi za: 1) ropski rad, prodaju i trgovinu decom, dužničko ropstvo, prinudni ili obavezni rad dece, uključujući njihovo prinudno regrutovanje za učešće u oružanim sukobima; 2) korišćenje ili nuđenje dece za prostituciju ili pornografiju; 3) korišćenje ili nuđenje dece za učešće u drugim nezakonitim aktivnostima, poput proizvodnje i prodaje droge. Konvencijom broj 182 neposredno je zabranjeno da lica mlađa od 18 godina obavljaju ove aktivnosti, što znači da države ugovornice ne mogu doneti odluku da li će se neka od njih smatrati najgorim oblikom dečijeg rad ili ne. Pored ova tri najgora oblika dečijeg rada, Konvencija broj 182 zabranjuje i opasni rad, tj. rad čija su priroda ili okolnosti u kojima se on obavlja takvi da mogu da nanesu štetu zdravlju, bezbednosti ili moralu deteta. Potonja vrsta najgoreg oblika dečijeg rada bi, pritom, predstavljala drugu kategoriju prinudnog rad, a, u smislu ranije pomenute klasifikacije. Reč je o *aktivnostima koje se smatraju najgorim oblicima dečijeg rada po uslovima*, i čiji spisak treba odrediti na nacionalnom nivou.⁷⁸

2.3.3. Posebna pravila za lake poslove

Države ugovornice Konvencije broj 138 mogu dozvoliti rad lica mlađih od propisanog standarda, ako je to neophodno za njihovo obrazovanje i obuku, kao i ako je reč o lakim poslovima koji nisu štetni za dete, ili, pak, o učešću deteta u umetničkim i sličnim manifestacijama.

Prvi od ovih izuzetaka tiče se, naime, *rada koji deca obavljaju kao deo zvaničnog programa obuke, odnosno zvaničnog obrazovnog programa*, po pravilu, radi sticanja sposobnosti koje će im u budućnosti omogućiti lakše zapošljavanje. Formalna priroda ovih programa (tj. njihova integrisanost u zvanični kurikulum) redovno pretpostavlja to da je nadležni organ koji je propisao određeni program – utvrdio

75 Konvencija broj 138, član 3.

76 Loïc Picard, „Élimination des pires formes de travail des enfants: un point de passage vers l'abolition effective du travail des enfants“, *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 2000, 122.

77 *Child labour. A textbook for university students*, 16.

78 *Ibid.*

i uslove rada dece u okviru tog programa. Odgovarajući uslovi se mogu razumeti i kao efikasna ograničenja za korišćenje dečijeg rada i sprečavanje njihovog ekonomskog iskorišćavanja.⁷⁹ To je i razlog što se Konvencija (i opšti standard o minimalnom uzrastu od 15 godina) *ne* primenjuje na rad, koji deca i omladina obavljaju u školama za opšte, stručno ili tehničko obrazovanje ili u drugim ustanovama za obuku.⁸⁰ Isto vredi i za rad lica koja su navršila 14 godina, ako se on organizuje u preduzećima, kao deo: a) tečaja ili obuke za koje je prvenstveno odgovorna škola; b) programa obuke koji je odobrio nadležni organ i koji se u celosti ili pretežno izvodi u preduzeću; c) programa orijentacije koji treba da olakša izbor zanimanja ili vrste stručnog osposobljavanja.

Izvorima prava unutrašnjeg porekla može se dozvoliti i *rad lica mlađih od 15 godina (u okviru ili van radnog odnosa) na lakim poslovima*.⁸¹ Ovaj izuzetak nije, međutim, utvrđen bez minimalnog starosnog praga, već se može primeniti samo u pogledu lica uzrasta od 13 do 15 godina, s tim što u državama u razvoju (u kojima opšti uslov za zapošljavanje iznosi 14 godina), poslove ove vrste mogu obavljati i lica od 12–14. godine života. „Lakim poslovima“, pri tome, treba smatrati poslove koji nisu štetni za zdravlje, razvoj i obrazovanje ovih lica (u smislu pohađanja škole, učešća u odobrenim programima profesionalne orijentacije ili obuke, te sposobnosti dece da prate nastavu). Reč je, dakle, o poslovima koji ne mogu ugroziti dobrobit deteta, zbog čega se njihovo obavljanje smatra prihvatljivim, pa, i korisnim za njegov razvoj. Kada je reč o uslovima u kojima se ovi poslovi obavljaju, u stranim pravima, najznačajnije ograničenje predstavlja postojanje saglasnosti roditelja ili drugog zakonskog zastupnika za angažovanje deteta, jer je to važna garantija da dete obavlja posao koji odgovara njegovim sposobnostima i koji ne ometa njegovo školovanje. Ipak, postoje i države koje vezuju ispunjenost konvencijskih široko postavljenih uslova za kvalifikaciju lakih poslova – za određivanje maksimalnog broja radnih sati (na dnevnom ili nedeljnom nivou) ili za povremenu prirodu ovih poslova ili, pak, za rad u preduzećima u kojima su zaposleni samo članovi porodice vlasnika preduzeća.⁸² Takođe, u nekim pravnim sistemima se utvrđuje i indikativni spisak

79 *Modern policy and legislative responses to child labour*, 33.

80 Konvencija broj 138, član 6.

81 Konvencija broj 138, član 7.

82 Strana prava se, pritom, razlikuju prema stepenu zahtevane saglasnosti roditelja za zapošljavanje maloletnika u porodičnim preduzećima, u kojima rade samo članovi porodice i kojima neretko upravlja jedan od roditelja maloletnika. U mnogim državama se, tako, pretpostavlja da u tim radnim sredinama postoji (prećutna) saglasnost roditelja sa zasnivanjem radnog odnosa sa maloletnikom, jer prisustvo članova porodice u preduzeću garantuje da će maloletnik biti zaštićen od opasnosti na radu. Ipak, saglasnost roditelja, ni u kom slučaju, ne može biti dovoljna da maloletnik zasnjuje radni odnos za obavljanje poslova koji bi mogli da ugroze njegovo zdravlje, moral i obrazovanje. Isto vredi i za slučajeve eksploatacije rada maloletnikâ, budući da su oni posebno osetljiva kategorija zaposlenih i da su (stvarno i *de iure*) zavisni od roditelja. Stoga verujemo da, po uzoru na stroga pravila vezana za zabranu dečijeg rada, posebno prinudnog dečjeg rada, saglasnost roditelja ne može biti dovoljna ni za angažovanje maloletnika za obavljanje poslova koji vode njegovoj eksploataciji, jer bi u tom slučaju, roditelji koji bi se saglasali sa radnim angažovanjem maloletnika, postupali protiv najboljeg interesa deteta. Stoga i ne bi trebalo smatrati da je maloletnik dobrovoljno zasnovao radni odnos. Franziska Humbert, *The challenge of child labour in international law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, 84.

lakih poslova ili, pak, spisak poslova koji se tako ne mogu kvalifikovati, premda se u mnogim državama posao može smatrati lakim samo ako ispunjava određene uslove (npr. da se obavlja samo danju, ili najviše određeni broj radnih sati, ili da ga prati odmor određenog minimalnog trajanja, ili da se ne obavlja tokom perioda održavanja školskih časova, ili da se obavlja samo uz saglasnost roditelja ili drugog zakonskog zastupnika i sl.).

No, kakva god da su nomotehnička rešenja usvojena, da bi se precizno kvalifikovali laki poslovi, izuzetno je važno da se oni ne tretiraju kao poslovi koji su manje važni ili manje stvarni od poslova koje obavljaju lica koja ispunjavaju opšti uslov za zapošljavanje. Suprotan pristup doprineo bi ukorenjivanju mišljenja da obavljanje lakih poslova ne zahteva stvaran nadzor. Umesto toga, trebalo bi afirmisati stav da obavljanje lakih poslova predstavlja rad kao i svaki drugi, ne bi li se deci koja ga obavljaju pružila neophodna zaštita, uz mogućnost izricanja prekršajnih i krivičnih sankcija protiv lica koja od njega imaju koristi, ali ga nisu organizovala u skladu sa propisanim uslovima. Tako je, primera radi, u jurisprudenciji Evropskog komiteta za socijalna prava, kao tela Saveta Evrope nadležnog za nadzor nad primenom Evropske socijalne povelje, afirmisan stav da zabrana rada lica mlađih od 15 godina može biti derogirana samo ako je katalog dopuštenih poslova strogo ograničen, ako su oni stvarno lagani i ako ne ugrožavaju moral, zdravlje ili obrazovanje određenog lica.⁸³ Prvi zahtev, preciznije, podrazumeva obavezu država ugovornica Evropske socijalne povelje da utvrde spisak lakih poslova za čije obavljanje mogu biti angažovana lica mlađa od 15 godina ili, pak, indikativni spisak poslova na kojima je zabranjeno zapošljavanje dece.⁸⁴ Kada je, pak, reč o proceni ispunjenosti drugog zahteva, naročito treba uzeti u obzir prirodu određenog posla, maksimalni broj radnih sati, deo dana tokom kojeg se rad obavlja (pre ili posle škole, za vreme školskog raspusta i sl.), kao i postojanje mogućnosti za delotvorno ostvarivanje prava na obavezne pauze i dnevni i nedeljni odmor.⁸⁵ S tim u vezi, valja uočiti i to da se standardi Saveta Evrope razlikuju od standarda Međunarodne organizacije rada po tome što deca čiji su poslodavci njihovi srodnici nisu isključena iz zaštitnog zakonodavstva.⁸⁶

Takođe, u praksi Evropskog komiteta za socijalna prava je potvrđeno da rad *u domaćinstvu*, sam po sebi, ne predstavlja „lak posao“. S tim u vezi, valja imati u vidu da se u nekim državama, za obavljanje kućnih poslova, redovno, čak, i tradicionalno, angažuju maloletnici, kao jeftiniji i manje zahtevni radnici. Ovo tim pre što se u pojedinim društvima, plaćeni rad maloletnikâ u domaćinstvu smatra društveno i kulturno prihvatljivim, pa i poželjnim, zbog uverenja da se, u ovom slučaju, radi u porodičnom okruženju i zaštićenoj radnoj sredini.⁸⁷ U tim sredinama, poslodavci za

83 Lenia Samuel, *Droits sociaux fondamentaux: Jurisprudence de la Charte sociale européenne*, 2^e édition, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2002, 187.

84 *Ibid.*, 186.

85 *Ibid.*

86 „Protection of children and young persons in international labour law“, 85.

87 International Labour Conference, 89th Session 2001, *Stopping forced labour. Global report under the follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*, International Labour Office, Geneva, 2001, 29–30.

obavljanje poslova u domaćinstvu neretko angažuju decu svojih siromašnijih ili manje obrazovanih srodnika ili porodičnih prijatelja, uz obavezu da se o njima staraju i, u najboljem slučaju, pobrinu za njihovo obrazovanje. Osim toga, rad devojčica u domaćinstvu se, u mnogim društvima, smatra svojevrsnom pripremom za budući bračni i porodični život, što dodatno doprinosi nerazumevanju rada u domaćinstvu kao ekonomske aktivnosti i oblika (zabranjenog) dečijeg rada. To je i razlog što je odredbama Konvencije Međunarodne organizacije rada o pristojnom radu pomoćnog kućnog osoblja utvrđeno da minimalni uzrast za zasnivanje radnog odnosa u domaćinstvu poslodavca ne može biti niži od opšteg uslova za zasnivanje radnog odnosa,⁸⁸ dok su u pratećoj preporuci države pozvane da identifikuju opasne poslove u domaćinstvu i zabrane zapošljavanje maloletnikâ za njihovo obavljanje.⁸⁹

Konačno, u individualnim slučajevima, nadležni organi javne vlasti država ugovornica Konvencije broj 138 mogu dozvoliti *učesće dece u umetničkim manifestacijama ili događajima organizovanim u slične svrhe*. To, dalje, znači da, u načelu, deca mlađa od 15 godina ne treba da učestvuju u profesionalnim umetničkim manifestacijama, ali da se, u izuzetnim slučajevima, može uvažiti potreba za njihovim uključivanjem u određene kulturne i druge slične događaje, od onih tradicionalnih (npr. nastupanje na koncertima kulturno-umetničkih društava) do onih visoko komercijalizovanih (npr. snimanje muzičkih spotova ili reklama). Odredbama Konvencije, pritom, nije određen pojam umetničkih manifestacija, ali se pod njim uobičajeno smatraju javne manifestacije, kao i izvođenja koja su im bliska, poput snimanja filmova.⁹⁰ Na istom fonu su standardi Evropske unije, po kojima je zapošljavanje dece u kulturi, umetnosti, sportu i reklamnoj delatnosti uslovljeno prethodnim ovlašćenjem nadležnog državnog organa ili tela,⁹¹ pod uslovom da nadležni subjekt za to izda ovlašćenje u svakom individualnom slučaju. Predmetni zahtev ne znači, međutim, i to da je prethodno ovlašćenje za zapošljavanje svakog pojedinog deteta potrebno i u slučaju kada je u određenu aktivnost uključeno više dece,⁹² dok države u kojima je on ustanovljen, imaju pravo da zadrže poseban sistem autorizacije za zapošljavanje u agencijama za modele i manekene.⁹³

2.3.4. Osobena pravna priroda standarda sadržanih u konvencijama br. 138 i 182

Značaj koji standardi sadržani u konvencijama broj 138 i 182 imaju u međunarodnom radnom pravu potvrđuje Deklaracija o osnovnim načelima i pravima na radu, koju je Međunarodna organizacija rada usvojila 1998. godine. Ovom deklaracijom je, naime, priznat fundamentalni karakter ukidanju dečjeg rada (kao i još

88 Domestic Workers Convention, 2011 (no. 189), član 4.

89 Domestic Workers Recommendation, 2011 (No. 201), tačka 5. Više o ovom pitanju vid. u našem radu „Plaćeni rad u domaćinstvu poslodavca“, *Radno i socijalno pravo*, broj 2/2013, 75–102.

90 *Modern policy and legislative responses to child labour*, 36.

91 Direktiva Saveta 94/33/EZ, član 5, stav 1.

92 Roger Blanpain, *European labour law*, Thirteenth revised edition, Kluwer Law International, The Hage/London/New York, 2012, 534.

93 Direktiva Saveta 94/33/EZ, član 5, stav 4.

trima pravima i slobodama: slobodi udruživanja /i pravu na kolektivno pregovaranje/, zabrani svih oblika prinudnog ili obaveznog rada i pravu na zaštitu od diskriminacije u zapošljavanju). Prevažnost ovih prava i sloboda, pritom, proizlazi iz njihovog cilja, kao i iz činjenice da su u legislaciji mnogih međunarodnih organizacija, priznati kao osnovna ljudska prava i slobode.⁹⁴ S tim u vezi, valja imati u vidu da je istorija prava ljudskih prava neodvojivo povezana sa svetom rada, budući da je jedan od važnih ciljeva ljudskih prava i sloboda „druge generacije“ bilo priznavanje osnovnih prava i sloboda radnicima kao takvima. Tendencija zaštite pravâ radnikâ obeležila je i razvoj Međunarodne organizacije rada, jer je njena čitava delatnost usmerena na zaštitu pravâ i sloboda radnikâ. Pritom su neka od tih prava i sloboda, vremenom, stekla kvalitet „osnovnih prava“, odnosno „univerzalnih osnovnih načela“, što je potvrđeno i u pomenutoj Deklaraciji. Ipak, ova deklaracija ne utvrđuje kvalifikaciju osnovnih prava i sloboda, već ohrabruje sve države članice Međunarodne organizacije rada da ratifikuju konvencije koje normiraju glavne aspekte navedena četiri prava i slobode, uključujući i konvencije br. 138 i 182. Tekst Deklaracije, pri tome, sasvim stidljivo (i samo na jednom mestu) ukazuje na ljudska prava i slobode, dok se u njegovom pretežnom delu govori o „osnovnim radnim standardima“ i „načelima“. Reč je, naime, o jednom fleksibilnom nomotehničkom rešenju, čija je upotreba korisna zbog izraženih razlika koje postoje između pravnih sistema država članica Međunarodne organizacije rada. Takav pristup je, međutim, skopčan i sa nemalim rizikom da se pravima i slobodama radnikâ ne prizna onaj značaj koji uživaju (ostala) ljudska prava i slobode.⁹⁵

Odredbama Deklaracije, konvencije br. 138 i 182 uvrštene su, dakle, među osam najvažnijih, fundamentalnih konvencija, za koje se od država članica Organizacije očekuje da ih ratifikuju, odnosno da primenjuju standarde koji su u njima sadržani, čak i ako ih nisu ratifikovale. Iako se na taj način, na prvi pogled, odstupa od jednog od opšteg pravila međunarodnog prava da konvencija proizvodi obaveze za državu tek pošto je ona ratifikuje, prikazano rešenje obrazlaže se time da je svaka država članica Međunarodne organizacije rada, pristupanjem ovoj organizaciji i prihvatanjem njenog Ustava, kao najvažnije vrednosti prihvatila i zaštitu prava potvrđenih odredbama osam predmetnih konvencija, uključujući i zaštitu maloletnikâ od rada koji ne odgovara njihovom uzrastu, odnosno od najgorih oblika dečijeg rada.

94 Aleksandar Petrović, *Međunarodni radni standardi*, Pravni fakultet u Nišu – Centar za publikacije, Niš, 2009, 93.

95 Ovo tim pre što se neki pisci uzdržavaju od toga da prava i slobode radnikâ kvalifikuju kao ljudska prava ili izražavaju sumnju u takvu kvalifikaciju, smatrajući da za nju nije dovoljno njihovo priznavanje u mnogim međunarodnim instrumentima za zaštitu ljudskih prava. Takvo mišljenje odražava „stari“ spor o pravnoj prirodi ekonomskih i socijalnih prava i ideju o neophodnosti povlačenja oštre linije razgraničenja između ove grupe prava, sa jedne strane, i građanskih i političkih prava, sa druge strane, koja se danas čini neprihvatljivom, imajući u vidu međupovezanost i isprepletenost prava i sloboda svih generacija. Virginia Mantouvalou, „Are labour rights human rights?“, *UCL Labour Rights Institute On-Line Working Papers*, 2012, 1.

4. (NE)USKLAĐENOST ZAKONODAVSTVA REPUBLIKE SRBIJE SA UNIVERZALNIM MEĐUNARODNIM RADNIM STANDARDIMA

4.1. Minimalni uzrast za zasnivanje radnog odnosa

U pravu Republike Srbije, lice koje je navršilo 15 godina života ima *spособnost za zasnivanje radnog odnosa*.⁹⁶ Ono, pritom, može da zasnuje radni odnos samo na osnovu nalaza nadležnog zdravstvenog organa kojim se utvrđuje njegova sposobnost za obavljanje poslova za koje se zasniva radni odnos, kao i to da određeni posao nije štetan za njegovo zdravlje.⁹⁷ Ovo stoga što radni odnos sa licem mlađim od 18 godina može da se zasnjuje, ako takav rad ne ugrožava njegovo zdravlje, ali ni njegov moral i obrazovanje, odnosno ako takav rad nije zabranjen zakonom.⁹⁸ Iz pravila koja se odnose na opšti uslov za zasnivanje radnog odnosa proizlazi i sposobnost maloletnika da inicira prestanak radnog odnosa, kao i sposobnost da preuzima sve pravne radnje u vezi sa ostvarivanjem pravâ i preuzimanjem obaveza i odgovornosti iz radnog odnosa ili u vezi sa radnim odnosom, te sposobnost da samostalno upravlja imovinom koju je steklo radeći za poslodavca.

Navedeno zakonsko pravilo utvrđeno je na opšti način, tj. imajući u vidu sve delatnosti i sve privredne grane, jer navršenih 15 godina života predstavlja opšti uslov za zasnivanje radnog odnosa, tj. uslov koji treba da ispuni svako lice koje želi da zasnuje radni odnos na teritoriji naše države. Ipak, posebnim zakonima, kao i opštim aktom poslodavca, mogu biti utvrđena i posebna pravila, u tom smislu da navršenje određenih godina života može biti utvrđeno kao poseban uslov za zasnivanje radnog odnosa, kao što je to, primera radi, slučaj sa Zakonom o državnim službenicima, po kojem punoletstvo predstavlja poseban uslov za zasnivanje radnog odnosa.⁹⁹ Isto vredi i za slučajeve u kojima je iz razloga autentičnosti (npr. u slučaju zasnivanja radnog odnosa sa umetnicima u pozorištu), iz bezbednosnih razloga ili drugih razloga profesionalne nužnosti, pravilnikom o organizaciji i sistematizaciji poslova utvrđen uslov koji se tiče navršenja određenih godina života (kao stvarni i odlučujući uslov posla koji, zato, i nije diskriminatoran).¹⁰⁰

96 Zakon o radu (*Službeni glasnik RS*, br. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14 i 13/17) – u daljem tekstu ZR, član 24, stav 1.

97 U tom smislu je zabranjeno zapošljavanje maloletnika na sledećim poslovima: 1) poslovima na kojima se obavlja naročito težak fizički rad, rad pod zemljom, pod vodom ili na velikoj visini; 2) poslovima koji uključuju izlaganje štetnom zračenju ili sredstvima koja su otrovna, kancerogena ili koja prouzrokuju nasledna oboljenja, kao i rizik po zdravlje zbog hladnoće, toplote, buke ili vibracije; 3) poslovima koji bi, na osnovu nalaza nadležnog zdravstvenog organa, mogli štetno i sa povećanim rizikom da utiču na zdravlje i život s obzirom na njegove psihofizičke sposobnosti. Zaposleni između navršene 18. i 21. godine života mogu obavljati neki od triju navedenih kategorija poslova samo na osnovu nalaza nadležnog zdravstvenog organa kojim se utvrđuje da takav rad nije štetan za njihovo zdravlje. ZR, čl. 84–85.

98 ZR, član 25, stav 1.

99 Zakon o državnim službenicima (*Službeni glasnik RS*, br. 79/05, 81/05, 83/05, 64/07, 67/07, 116/08, 104/09 i 99/14), član 45, stav 1.

100 Više o ovom pitanju vid. u našem radu „Zabrana starosne diskriminacije radnikâ u svetlu koncepcije aktivnog starenja i međugeneracijske solidarnosti“, *Radno i socijalno pravo*, broj 1/2012, 87–110.

Pored toga što utvrđuje opšte i posebna pravila vezana za starosnu granicu za zasnivanje radnog odnosa, domaći zakonodavac ne predviđa niti jedan izuzetak u kojem bi radni odnos moga da se zasnjuje sa licem mlađim od 15 godina. Prikazano rešenje ima brojne prednosti, ali i određene nedostatke, u smislu potrebe za doslednom primenom univerzalnih međunarodnih standarda u ovoj oblasti. Tako se kao pozitivno mora oceniti rešenje po kojem je minimalni uzrast za zasnivanje radnog odnosa određen kao opšti standard. Ovo rešenje čini se prihvatljivijim od nabrajanja privrednih sektora i delatnosti u kojima je zabranjen dečiji rad, budući da je drugačije (u našem primeru, drugo) rešenje skopčano sa rizikom da iz područja zabrane budu isključene oblasti u kojima, u praksi, postoji dečiji rad.¹⁰¹ Isto bi vredelo i da su određeni sektori i delatnosti isključeni iz zakonskog pravila o minimalnom uzrastu za zasnivanje radnog odnosa, što je naš zakonodavac mudro izbegao da učini.

Ipak, verujemo da postoji potreba za preispitivanjem mogućnosti da se, pored postojećih pravila vezanih za poslove za koje se zahteva viši starosni prag za radno angažovanje, uvedu i posebna, stroga pravila koja bi, u krajnje izuzetnim slučajevima, dopuštala *obavljanje poslova u oblasti umetnosti, kulture, sporta i u reklamnoj delatnosti* licima mlađim od 15 godina. Naš zakonodavac, naime, pominje ove poslove u Zakonu o radu samo u pogledu ograničenja zabrane noćnog rada maloletnikâ, a, po modelu sekundarnog zakonodavstva Evropske unije.¹⁰² To, dalje, znači da u Srbiji nije dopušteno zasnivanje radnog odnosa sa licima mlađim od 15 godina u ovim oblastima, dok pitanje njihovog angažovanja van radnog odnosa nije uopšte uređeno, što se u praksi, neretko tumači na način da je dozvoljeno. Premda je Konvencijom broj 138 načelno zabranjeno učešće dece u umetničkim i sličnim manifestacijama, ona dopušta i odstupanje od ovog pravila u individualnim slučajevima. Čini se da bi ovo pitanje trebalo urediti, kako bi se uvažila potreba za učešćem dece u kulturnim i sličnim događajima, ali, samo ako to dozvole nadležni organi javne vlasti, tim pre što se ovi oblici rada dece sreću u praksi i neretko su skopčani sa zloupotrebama ovlašćenja naručilaca posla i drugih poslodavaca dece.¹⁰³ Stoga je važno da se određena praksa angažovanja dece, koliko god da se na prvi pogled može učiniti društveno prihvatljivom, mora kvalifikovati kao dečiji rad, uz svest da on, bez odgovarajuće zaštite dece, može po njih proizvoditi izrazito negativne posledice. U tom smislu je posebno važno da se, pored zaštite zdravlja, morala i obrazovanja dece, obezbede i delotvorne mere za sprečavanje njihovog ekonomskog iskorišćavanja ili dovođenja u nepovoljniji položaj na drugi način, između ostalog i u pogledu organizacije njihovog radnog vremena i utvrđivanja visine naknade za njihov rad.¹⁰⁴ U tom slučaju bi, takođe, postojala i potreba utvrđivanja donje starosne granice za

101 *Modern policy and legislative responses to child labour*, 16.

102 Vid. ZR, član 88.

103 Slično rešenje postoji, primera radi, u Poljskoj, gde se ugovor o radu može zaključiti sa licem starijim od 16 godina, dok se lica mlađa od tog uzrasta mogu zaposliti samo u ustanovama koje se bave umetnošću, kulturom, sportom i reklamnom delatnošću, ali pod uslovom da za to imaju saglasnost zakonskog zastupnika i dozvolu inspekcije rada. Zbigniew Hajn, Leszek Mitrus, *Poland: ELL – Suppl.* 437 (2016), Wolters Kluwer, The Hague, 2016, 61.

104 *Modern policy and legislative responses to child labour*, 37.

angažovanje dece u umetničkoj i sličnim delatnostima, npr. od 14 godina, osim ako rad ne podrazumeva izvođenje glumačke ili plesne uloge koju ne može da ispuni neko stariji, kao što je to, primera radi, učinjeno u Velikoj Britaniji.¹⁰⁵

4.2. Posebna zaštita zaposlenih koji se nalaze na obaveznom školovanju

Srpski zakonodavac ne ograničava zasnivanje radnog odnosa *zahtevom koji se tiče obaveznog školovanja*, a koji predviđaju međunarodni standardi, što znači da bi i lice uzrasta od 15 do 18 godina moglo da zaključi ugovor o radu, iako još uvek pohađa osnovnu školu. *Prima facie*, ovakvo zakonsko rešenje nije suprotno Konvenciji, jer je njenim odredbama, videli smo, utvrđen opšti standard o minimalnom uzrastu za zasnivanje radnog odnosa od 15 godina, s tim što on ne može biti niži od uzrasta u kojem se okončava obavezno školovanje. Primenu ovog standarda mogu obezbediti različita nomotehnička rešenja, uključujući i ono po kojem se zakonom utvrđuje minimalni uzrast koji predstavlja opšti uslov za zasnivanje radnog odnosa, sa ili bez izričitog pominjanja završetka obaveznog školovanja.¹⁰⁶ Ipak, u potonjem slučaju postoji potreba da se obezbede instrumenti kojima će se osigurati da maloletnici koji nisu okončali obavezno školovanje ispune dužnosti koje imaju u vezi sa tim. Ugovornicama Konvencije je, u tom smislu, dopušteno da nacionalnim propisima omoguće i zapošljavanje ili rad lica koja imaju najmanje 15 godina, a još nisu završila obavezno školovanje, ako rad zadovoljava određene strogo utvrđene uslove. Verujemo da postoji potreba da se ovo pitanje uredi i srpskim Zakonom o radu, i to tako što bi se predvidelo da radni odnos može zasnovati i lice starije od 15 godina koje pohađa osnovnu školu, pod uslovom da obavljanje poverenog posla „ne ide na štetu pohađanja škole, učešća u programima profesionalne orijentacije ili obuke, koje je odobrio nadležni organ, ili sposobnosti da prati nastavu“.¹⁰⁷ Osim toga, postoji i potreba da nadležni organ (npr. ministar nadležan za poslove rada, sâm ili zajedno sa ministrom nadležnim za poslove obrazovanja) utvrdi delatnosti u kojima se može dozvoliti zapošljavanje lica koja ispunjavaju opšti uslov za zasnivanje radnog odnosa, ali nisu završila osnovnu školu.¹⁰⁸ Nadležni organ bi trebalo da propiše i maksimalni broj radnih sati i uslove rada ovih lica.

4.3. Zaštita maloletnikâ koji rade van radnog odnosa

Verujemo da bi bilo izuzetno značajno ako bi domaći zakonodavac, pored pitanja minimalnog uzrasta za zasnivanje radnog odnosa, uredio i pitanje angažovanja maloletnika za rad van radnog odnosa, a, što je osnovna obaveza svake države koja je ratifikovala Konvenciju broj 138. To, dalje, znači da postoji potreba da se odredi minimalni uzrast za svaki vid (plaćenog ili neplaćenog) rada maloletnika, u smislu uvažavanja potrebe da se obezbedi posebna zaštita dece, bez obzira na to da li su zaključila ugovor o radu ili faktički obavljaju rad za drugog. Ovo stoga što, u praksi, postoje takvi oblici radnog angažovanja lica sa navršenih 15 godina, pa, čak i mlađih od ovog uzrasta, koji, budući da predstavljaju neuređeni oblik rada maloletnikâ,

105 *Ibid.*

106 *Ibid.*, 21.

107 Konvencija broj 138, član 7, stav 2.

108 Konvencija broj 138, član 7, stav 3.

spadaju u svojevrсни „brisani“ prostor, u kojem je dopušteno sve što nije zabranjeno, a, što zaslužuje poseban oprez i brigu. S tim u vezi, važno je istaći da je 2016. godine, Radna grupa Ministarstva za rad, zapošljavanje, boračka i socijalna pitanja, uz tehničku podršku Međunarodne organizacije rada, izradila nacrt liste opasnih poslova za decu, što će doprineti ispunjavanju ugovorne obaveze koju naša država ima kao strana Konvencije broj 182, a, u pogledu određivanja aktivnosti koje se smatraju najgorim oblicima dečijeg rada, jer su priroda ili okolnosti u kojima se obavljaju takvi da mogu da nanesu štetu zdravlju, bezbednosti ili moralu deteta.

4.4. Rad učenikâ u okviru zvaničnih obrazovnih programa

Iako se Konvencija broj 138 (i opšti standard o minimalnom uzrastu od 15 godina) *ne* primenjuju na rad maloletnika u školama za opšte, stručno ili tehničko obrazovanje ili u drugim ustanovama za obuku, kao i na rad koji se organizuje u preduzećima, kao deo zvaničnih tečajeva i programa obuke koji je odobrio nadležni organ, postoji potreba da se urede i situacije u kojima je *rad maloletnikâ vezan za obrazovanje ili obuku*, iako nije u potpunosti integrisan u zvanični obrazovni program, odnosno u formalni program obuke.¹⁰⁹ Stoga valja imati u vidu da važeće obrazovno zakonodavstvo uređuje samo angažovanje učenikâ u okviru nastave, radi obavljanja tzv. proširene delatnosti obrazovne ustanove. Reč je, preciznije, o davanju usluga, proizvodnji, prodaji i drugim delatnostima, kojima se „unapređuje ili doprinosi racionalnijem i kvalitetnijem obavljanju obrazovanja i vaspitanja“, a, koju obrazovna ustanova može obavljati „u funkciji obrazovanja i vaspitanja“.¹¹⁰ U ovoj vrsti delatnosti škole ne mogu da se angažuju učenici mlađi od 15 godina, dok učenici stariji od ovog uzrasta mogu da budu angažovani „samo u okviru nastave“, kada organ upravljanja škole, uz saglasnost ministarstva nadležnog za poslove obrazovanja, donosi odluku o proširenju delatnosti, u kojoj mora biti određen i način angažovanja učenikâ.¹¹¹

Verujemo da bi, prilikom određivanja načina radnog angažovanja učenikâ, trebalo voditi računa o uslovima njihovog rada, najmanje, imajući u vidu potrebu da poslovi koji su im povereni odgovaraju njihovim sposobnostima i da doprinose razvoju tih sposobnosti, da omogućavaju usvajanje vrednosti i kulturnih standarda koji su u saglasju sa razvojem maloletnika, te da se obavljaju za dobro zajednice kojoj pripadaju učenici i njihove porodice.¹¹²

4.5. Autorizovano zapošljavanje maloletnikâ

U domaćem pravu, uključivanje maloletnika u tržište rada je autorizovano, budući da on ima delimičnu poslovnu sposobnost za zaključenje ugovora o radu, ako za to postoji *pisana saglasnost njegovog roditelja, usvojioca ili staraoca*.¹¹³ Postojanje

109 *Modern policy and legislative responses to child labour*, 33.

110 Zakon o osnovama sistema obrazovanja i vaspitanja (*Službeni glasnik RS*, br. 72/09, 52/11, 55/13, 35/15, 68/15 i 62/16), član 33, st. 1 i 4.

111 Zakon o osnovama sistema obrazovanja i vaspitanja, član 33, st. 3, 5–6.

112 *Modern policy and legislative responses to child labour*, 35.

113 ZR, član 25, stav 1.

takve saglasnosti ovlašćuje maloletnika i da inicira prestanak radnog odnosa (otkaz ugovora o radu za koji nije potrebna saglasnost zakonskog zastupnika), dok zakonski zastupnik može, u svakom trenutku, da podnese poslodavcu zahtev za prestanak radnog odnosa zaposlenog.¹¹⁴ Na taj način se štiti ličnost maloletnika, kao i interesi koje on ima, u vezi sa izborom zanimanja i zaposlenja, uz stvaranje mogućnosti za delotvoran uticaj roditelja ili drugih zakonskih zastupnika na odluku da maloletnik zasnjuje radni odnos. Ovo stoga što obezbeđivanje najboljeg mogućeg vaspitanja, obrazovanja i izbora zanimanja deteta, kao i njegova zaštita, ulaze u zakonska prava i dužnosti roditelja.¹¹⁵ To, konačno znači da zahtev koji se tiče saglasnosti zakonskog zastupnika otvara mogućnost roditeljima ili drugim zastupnicima maloletnika, koji bi, bez neophodnog razmatranja svih okolnosti konkretnog slučaja, želeo da preuzme izvršavanje određenog posla – da ga spreče da obavlja posao koji je za njega nepodesan i koji bi, čak, mogao da mu šteti.¹¹⁶ Roditelji i drugi zakonski zastupnici će, tako, imati mogućnost da ubede maloletnika da nastavi školovanje ili da na drugi način obezbede njegovu dobrobit (npr. zato što će imati više vremena za odmor, sport, razonodu). Takvo rešenje daje, dakle, prednost brižljivom razmatranju svake specifične situacije u odnosu na postavku da su određene vrste rada korisne (ili štetne) za razvoj maloletnikâ. Na ovaj način se, konačno, uvažava i činjenica da obavljanje određene vrste posla može različito uticati na maloletnike, zavisno od osobenosti koje postoje u njihovom porodičnom okruženju, kulturnoj sredini kojoj pripadaju i sl., te zakonski zastupnik može da proceni kako će neki, inače bezbedan posao, u konkretnom slučaju uticati na sve aspekte života deteta.

S tim u vezi, valja imati u vidu da nijedan od merodavnih izvora međunarodnog i evropskog prava ne zahteva postojanje saglasnosti zakonskog zastupnika za zasnivanje radnog odnosa sa maloletnikom. Jedini izuzetak predstavljaju izvori prava Evropske unije, koji, slično konvencijama Međunarodne organizacije rada br. 5, 7 i 15, koje su danas van snage, predviđaju da je zapošljavanje dece u kulturi, umetnosti, sportu i reklamnoj delatnosti uslovljeno prethodnim ovlašćenjem nadležnog državnog organa ili tela.¹¹⁷ Takođe, u većini stranih država, zasnivanje radnog odnosa sa maloletnikom nije uslovljeno saglasnošću zakonskog zastupnika, već samo zahtevom da posao nije štetan po zdravlje, moral i obrazovanje maloletnika. Time se uvažavaju potrebe i sposobnosti maloletnih radnika, posebno što njihovoj zaštiti od pre nagljenih i nepromišljenih odluka doprinosi čitav niz drugih instrumenata, poput obavezne pisane forme ugovora o radu, prava maloletnika da u svakom trenutku i iz bilo kog razloga inicira prestanak radnog odnosa i niza drugih prava potvrđenih kogentnim randopravnim normama. Kada je, pak, reč o pravnim sistemima, u kojima je zasnivanje radnog odnosa uslovljeno saglasnošću zakonskog zastupnika maloletnika (npr. Belgija, Mađarska, Nemačka, Poljska Rumunija, Rusija,

114 ZR, član 175, tačka 5.

115 U tom smislu se može zaključiti da se radnopravna pravila o zasnivanju radnog odnosa sa maloletnikom utvrđuju, prevashodno, u cilju zaštite interesâ koji se tiču lične zaštite maloletnikâ, a, ne u cilju zaštite sigurnosti pravnog prometa ili imovinskih interesa maloletnikâ, premda i oni mogu biti ugroženi, zbog nezrelosti i neiskustva ovih lica. N. Tintić, 11–12.

116 József Hajdú, *Hungary: ELL – Suppl.* 428 (2015), Wolters Kluwer, The Hague, 2015, 219.

117 Direktiva Saveta 94/33/EZ, član 5, stav 1.

Hrvatska, Švedska), saglasnost se najčešće traži samo za zapošljavanje lica mlađih od zakonskog starosnog minimuma u oblasti kulture i drugim sličnim oblastima. Takođe, umesto roditelja, saglasnost može dati sud ili drugi državni organ, s tim što u nekim državama, saglasnost roditelja ne predstavlja uslov za zasnivanje radnog odnosa, već roditelj ima ovlašćenje da inicira prestanak radnog odnosa, ako smatra da je rad protivan najboljem interesu deteta.

Na razvoj ovih rešenja iz stranih prava uticali su brojni činiooci, uključujući razvoj učenja o pravnoj prirodi poslovne sposobnosti, razvoj sistemâ obrazovanja, kao i potrebe za radnom snagom.¹¹⁸ To vredi i za domaće zakonodavstvo, u pogledu kojeg, verujemo, postoji potreba da se, pored kruga lica ovlašćenih za davanje saglasnosti i forme saglasnosti, odredi i *faza zasnivanja radnog odnosa u kojoj ovlašćeno lice može dati saglasnost za radno angažovanje maloletnika*. Trebalo bi, dakle, precizno utvrditi da li saglasnost zakonskog zastupnika predstavlja dozvolu (kao prethodnu saglasnost), ili, pak, odobrenje, kao saglasnost koja se daje pošto je ugovor o radu već zaključen, odnosno prećutnu ili izričitu ratifikaciju već zaključenog ugovora o radu. Odgovarajuće pravilo trebalo bi postaviti tako da se obezbedi zaštita ličnosti maloletnikâ i njegovih interesa u vezi sa izborom zanimanja i zaposlenja, tj. u vezi sa ostvarivanjem prava da, na osnovu slobodno izabranog zanimanja i zaposlenja, zarađuju za život i da kroz rad razvijaju svoju ličnost.

4.6. Nadzor nad primenom propisâ od značaja za zapošljavanje maloletnikâ

U Republici Srbiji postoji i potreba da se unapredi nadzor nad primenom propisâ od značaja za zabranu dečijeg rada, budući da se, zabranom dečijeg rada i kažnjavanjem lica koja koriste rad maloletnikâ suprotno zakonskim zabranama i ograničenjima, obezbeđuju dugoročne koristi koje posebna zaštita maloletnikâ obezbeđuje državi i društvu. Te koristi morale bi, naime, imati prevashodstvo u odnosu na kratkoročnu korist koju dečiji rad može doneti onima koji ga iskorišćavaju ili porodici deteta,¹¹⁹ zbog čega su ugovornice Konvencije broj 138 dužne da preduzmu sve neophodne mere, uključujući i predviđanje odgovarajućih kazni, kako bi obezbedile delotvornu primenu pravila o minimalnom uzrastu za zasnivanje radnog odnosa ili prijem u rad van radnog odnosa.¹²⁰ Istu obavezu, videli smo, predviđa i Konvencija o pravima deteta,¹²¹ zbog čega se naš zakonodavac odlučio za kažnjavanje korisnikâ dečijeg rada prekršajnim i krivičnim sankcijama.

Zakonom o radu je, tako, predviđena prekršajna odgovornost poslodavca, koji zasnjuje radni odnos sa licem mlađim od 18 godina života suprotno odredbama ovog zakona.¹²² Budući da je za delotvornu primenu predmetnog pravila izuzetno

118 Iscrpno o ovom pitanju vid. u: Ljubinka Kovačević, Uroš Novaković, „Saglasnost zakonskog zastupnika za zasnivanje radnog odnosa sa maloletnikom“, *Pravo i privreda*, vol. LV, br. 4–6/2017 (u štampi).

119 *Modern policy and legislative responses to child labour*, 22.

120 Konvencija broj 138, član 9, stav 1.

121 Konvencija o pravima deteta, član 32, stav 2.

122 ZR, član 274, tačka 2.

značajan inspekcijski nadzor, čini se da bi trebalo uvesti i posebna ovlašćenja inspektora rada koja bi se ticala primene novih mera protiv poslodavaca koji povređuju pravila o zašpošljavanju maloletnikâ, poput privremenog prekida ili zabrane rada preduzeća u kojem su maloletnici angažovani protivno imperativnim normama Zakona o radu, a, čemu bi mogla doprineti i obaveza poslodavaca da vode posebne evidencije o maloletnim zaposlenima koje bi morale biti dostupne inspektorima rada u svakom trenutku.¹²³ Takođe, trebalo bi ojačati i nadzor prosvetne inspekcije nad angažovanjem učenikâ za obavljanje tzv. proširene delatnosti škole, kako bi se sprečile eventualne zloupotrebe rada maloletnikâ u okviru nastave (npr. ako rad ne doprinosi njihovom kvalitetnijem obrazovanju i vaspitanju).

Solidnu podršku zaštiti maloletnikâ od ekonomskog iskorišćavanja i drugih zloupotreba pružaju i odredbe Krivičnog zakonika. Njima je inkriminisano više ponašanja od značaja za zaštitu maloletnikâ na radu i u vezi sa radom, počevši od svesnog nepridržavanja „zakonâ ili drugih propisâ, kolektivnih ugovora i drugih opštih akata o pravima po osnovu rada i o posebnoj zaštiti na radu omladine ...“.¹²⁴ Na to se nadovezuje i inkrimisanje ponašanja neposredno ili posredno vezanih za najgore oblike dečijeg rada, u smislu Konvencije Međunarodne organizacije rada broj 182, poput podsticanja maloletnog lica na prostituciju ili učešća u predaji maloletnog lica drugom, radi vršenja prostitucije.¹²⁵ Isto vredi i za prinuđavanje maloletnog lica na prosjačenje ili preteran rad ili rad koji ne odgovara njegovom uzrastu, kao i za stavljanje ili držanje maloletnog lica u ropskom ili njemu sličnom odnosu, te za trgovinu maloletnim licem, u cilju eksploatacije njegovog rada, prinudnog rada, vršenja krivičnih dela, seksualne eksploatacije, prosjačenja, upotrebe u pornografske svrhe, uspostavljanja ropskog ili njemu sličnog odnosa ili radi korišćenja u oružanim sukobima.¹²⁶

123 Zakonom o evidencijama u oblasti rada (*Službeni list SRJ*, broj 46/96, i *Službeni glasnik RS*, br. 101/05 i 36/09) predviđena je obaveza svakog poslodavca da vodi evidenciju o zaposlenim licima koja, između ostalog, mora da sadrži i podatak o datumu rođenja zaposlenog (član 54, tačka 4). Čini se da bi, u cilju delotvornije zaštite maloletnikâ, trebalo predvideti i obavezu vođenja posebne evidencije maloletnih zaposlenih, uz predviđanje odgovarajuće sankcije za poslodavce koji povrede ovu obavezu. Takvo rešenje bilo bi na fonu odredbe Konvencije broj 138, po kojoj nacionalnim propisima treba propisati registre ili druga dokumenta koje poslodavac mora da vodi i stavlja na raspolaganje, a, koji treba da sadrže ime i godine starosti ili datum rođenja lica koja se zapošljavaju ili koja rade van radnog odnosa kod poslodavca, a mlađa su od 18 godina (član 9, stav 3).

124 Krivični zakonik (*Službeni glasnik RS*, br. 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13 i 108/14) – u daljem tekstu: KZ, član 163; vid. Zoran Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, JP „Službeni glasnik“, Beograd, 2006, 407–408.

125 KZ, član 184, za komentar ove odredbe vid. Z. Stojanović, 457–458.

126 KZ, član 193, stav 2, i čl. 388 i 390; za komentar ovih odredaba vid. Z. Stojanović, 310–314. i 472–473.

LITERATURA

- Assefa Bekele, Jo Boyden, *Combating child labour*, International Labour Organization, Geneva, 1988.
- Lammy Betten, *International labour law – Selected issues*, Kluwer, Deventer/Boston, 1993.
- Sonia Bhalotra, Christopher Heady, *Child farm labour: the wealth paradox*, „Social Protection Discussion Paper Series“, No. 125, The World Bank, Washington, 2001.
- Augendra Bhukuth, „Le travail des enfants: limites de la définition“, *Mondes en développement*, vol. 146, broj 2/2009, 27–32.
- Roger Blanpain, *European labour law*, Thirteenth revised edition, Kluwer Law International, The Hage/London/New York, 2012.
- Michel Bonnet, „Que penser du travail des enfants?“, *Études*, broj 4/2001 (tom 394), 455–464.
- Michel Bonnet, Bernard Schlemmer, „Aperçus sur le travail des enfants“, *Mondes en développement*, vol. 146, broj 2/2009, 11–25.
- Karin Calitz, „The failure of the Minimum Age Convention to eradicate child labour in developing countries, with particular reference to the Southern African development community“, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, broj 1/2013, 83–103.
- Viktoria Sp. Douka, Vasileios Th. Koniaris, *Greece: ELL – Suppl. 423 (2015)*, Wolters Kluwer, The Hague, 2015.
- International Labour Conference, 89th Session, *Stopping forced labour. Global report under the follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*, International Labour Office, Geneva, 2001.
- Paul Durand, R. Jaussaud, *Traité de droit du travail*, tome I, Dalloz, Paris, 1947.
- József Hajdú, *Hungary: ELL – Suppl. 428 (2015)*, Wolters Kluwer, The Hague, 2015.
- Zbigniew Hajn, Leszek Mitrus, *Poland: ELL – Suppl. 437 (2016)*, Wolters Kluwer, The Hague, 2016.
- Laurence R. Helfer, „Monitoring compliance with unratified treaties: the ILO experience“, *Law and Contemporary Problems*, vol. 71, 2008, 193–217.
- Bob Hepple (ed.), *The making of labour law in Europe: A comparative study of nine countries up to 1945*, Mansell, London/New York, 1986.
- Franziska Humbert, *The challenge of child labour in international law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.
- Jane Humphries, „Childhood and child labour in the British industrial revolution“, *Economic History Review*, 2012, 1–24.
- Predrag Jovanović, „Posebna radnopravna zaštita pojedinih kategorija radnika“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, broj 4/2015, 1459–1486.
- Predrag Jovanović, „Radnopravna sposobnost (sticanje radnopravne sposobnosti i njena zaštita na radu)“, *Radno i socijalno pravo*, broj 1/2016, 1–24.
- Ljubinka Kovačević, „Plaćeni rad u domaćinstvu poslodavca“, *Radno i socijalno pravo*, broj 2/2013, 75–102.
- Ljubinka Kovačević, „Zabrana starosne diskriminacije radnikâ u svetlu koncepcije aktivnog starenja i međugeneracijske solidarnosti“, *Radno i socijalno pravo*, broj 1/2012, 87–110.
- Ljubinka Kovačević, Uroš Novaković, „Saglasnost zakonskog zastupnika za zasnivanje radnog odnosa sa maloletnikom“, *Pravo i privreda*, vol. LV, br. 4–6/2017.

- K. G. Lieten, „The ILO setting the terms in the child labour debate“, u: *ILO histories: essays on the International Labour Organization and its impact on the world during the twentieth century*, Peter Lang, Bern, 2010, 443–460.
- Nikita Lyutov, „The ILO system of international labour standards and monitoring procedures: too complicated to be effective?“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 64, broj 2/2014, 255–276.
- Virginia Mantouvalou, „Are labour rights human rights?“, *UCL Labour Rights Institute Online Working Papers*, 2012, 1–27.
- Goran Obradović, *Primena međunarodnih standarda rada*, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Niš, 2011.
- Loïc Picard, „L'élimination des pires formes de travail des enfants: un point de passage vers l'abolition effective du travail des enfants“, *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 2000, 111–132.
- Aleksandar Petrović, *Međunarodni radni standardi*, Pravni fakultet u Nišu – Centar za publikacije, Niš, 2009.
- Preliminary report of the Special Rapporteur on the right to education, Ms. Katarina Tomaševski, submitted in accordance with Commission on Human Rights resolution 1998/33, E/CN.4/1999/49, 13 January 1999, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G99/101/34/PDF/G9910134.pdf?OpenElement>
- Lenia Samuel, *Droits sociaux fondamentaux: Jurisprudence de la Charte sociale européenne*, 2^e édition, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2002.
- Manisuli Ssenyonjo, *Economic, social and cultural rights in international law*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2009.
- Zoran Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, JP „Službeni glasnik“, Beograd, 2006.
- Borivoje Šunderić, *Pravo Međunarodne organizacije rada*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2001.
- Nikola Tintić, *Radno i socijalno pravo. Knjiga prva: radni odnosi (II)*, Narodne novine, Zagreb.
- N. [Nicolas] Valticos, *International labour law*, Springer-Science + Business Media, B. V., Deventer, 1979.
- Nicolas Valticos, Francis Wolf, „L'Organisation internationale du Travail et les pays en voie de développement: technique d'élaboration et mise en œuvre de normes universelles“, u: *Pays en voie de développement et transformation du droit international. Colloque d'Aix-en-Provence*, Pedone, Paris, 1974, 127–146, <http://www.sfdi.org/wp-content/uploads/2014/03/colloqueSFDI-AIX.pdf>.
- Marinko Đ. Učur, *Pomorsko radno pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 1997.
- United Nations General Assembly, Report of the Special Rapporteur on contemporary forms of slavery, including its causes and consequences, 18 June 2010.
- Ben White, *Children, work and 'child labour': Changing responses to the employment of children*, Institute of Social Studies, The Hague, 1994.
- ***, *Child labour. A textbook for university students*, International Labour Office, Geneva, 2004.
- ***, *Marking progress against child labour. Global estimates and trends 2000–2012*, International Labour Office / International Programme on the Elimination of Child Labour (IPEC), Geneva, 2013.

- ***, *L'Organisation internationale du Travail et la protection du travail des enfants*, Bureau International du Travail, Paris, 1930.
- ***, *Modern policy and legislative responses to child labour*, International Labour Office, Geneva, 2007.
- ***, „Protection of children and young persons in international labour law“, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 1992, 82–95.
- ***, *World report on child labour: Economic vulnerability, social protection and the fight against child labour*, International Labour Office, Geneva, 2013.

KORIŠĆENI IZVORI PRAVA

- Konvencija o borbi protiv diskriminacije u oblasti prosvete (*Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, broj 4/64).
- Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (*Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, broj 7/71).
- Konvencija o pravima deteta (*Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, broj 15/90 i *Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori*, br. 4/96 i 2/97).
- Konvencija broj 16 o obaveznom lekarskom pregledu dece i mladih pre zaposlenja na pomorskim brodovima (*Službene novine Kraljevine Jugoslavije*, br. 95-XXII/1927).
- Konvencija Međunarodne organizacije rada broj 138 o minimalnim godinama za zapošljavanje (*Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, broj 14/82).
- Konvencija Međunarodne organizacije rada broj 182 o najgorim oblicima dečijeg rada (*Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori*, broj 2/03).
- Minimum Age (Industry) Convention, 1919 (No. 5).
- Minimum Age (Sea) Convention, 1920 (No. 7).
- Minimum Age (Agriculture) Convention, 1921 (No. 10).
- Minimum Age (Trimmers and Stokers) Convention, 1921 (No. 15).
- Minimum Age (Non-Industrial Employment) Convention, 1932 (No. 33).
- Minimum Age (Sea) Convention (Revised), 1936 (No. 58).
- Minimum Age (Industry) Convention (Revised), 1937 (No. 59).
- Minimum Age (Non-Industrial Employment) Convention (Revised), 1937 (No. 60).
- Minimum Age (Fishermen) Convention, 1959 (No. 112).
- Minimum Age (Underground Work) Convention, 1965 (No. 123).
- Domestic Workers Convention, 2011 (No. 189).
- Lead Poisoning (Women and Children) Recommendation, 1919 (No. 4).
- Night Work of Children and Young Persons (Agriculture) Recommendation, 1921 (No. 14).
- Vocational Education (Agriculture) Recommendation, 1921 (No. 15).
- Unemployment (Young Persons) Recommendation, 1935 (No. 45).
- Minimum Age (Coal Mines) Recommendation, 1953 (No. 96).
- Domestic Workers Recommendation, 2011 (No. 201).
- Council Directive 94/33/EC of 22 June 1994 on the protection of young people at work (*Official Journal L 216, 20.8.1994, 12–20*).
- Revidirana evropska socijalna povelja (*Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, broj 42/09).

Zakon o evidencijama u oblasti rada (*Službeni list SRJ*, broj 46/96, i *Službeni glasnik RS*, br. 101/05 i 36/09).

Zakon o radu (*Službeni glasnik RS*, br. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14 i 13/17).

Zakon o državnim službenicima (*Službeni glasnik RS*, br. 79/05, 81/05, 83/05, 64/07, 67/07, 116/08, 104/09 i 99/14).

Krivični zakonik (*Službeni glasnik RS*, br. 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13 i 108/14).

Zakon o zapošljavanju i osiguranju za slučaj nezaposlenosti (*Službeni glasnik RS*, br. 36/09, 88/10 i 38/15).

Zakon o osnovama sistema obrazovanja i vaspitanja (*Službeni glasnik RS*, br. 72/09, 52/11, 55/13, 35/15, 68/15 i 62/16).

Ljubinka Kovačević

Faculty of Law, University of Belgrade

UNIVERSAL INTERNATIONAL STANDARDS ON THE PROHIBITION OF CHILD LABOUR AND THEIR IMPLEMENTATION INTO THE LEGAL SYSTEM OF THE REPUBLIC OF SERBIA

SUMMARY

Labour law establishes the minimum age for employment which is lower than the age of adulthood established by the civil law, and, in addition, provides a range of protective measures that should contribute to the unobstructed development and education of minors. In this regard, we should bear in mind that despite the universally accepted ban on employment of persons under the prescribed age and the great progress that has been made in combating child labour, it still exists in many regions of the world. However, in addition to harmful effects, work can have many positive effects on the development of minors, which is why many modern legal systems developed dual work related rules: harmful effects of work are prevented by prohibiting the employment of persons under 15 years of age as well as employment of mature minors in dangerous jobs, and positive effects of work are acknowledged via the possibility of persons under 15 years of age to perform light work and by recognizing the rights of mature minors to independently enter into employment. This deviates from the initial idea that underage workers are only temporary participants in the adult labour market and potential victims of exploitation. This ambivalent understanding of the work of minors makes the re-examination of the universal international labour standards on the prohibition of child labour and their implementation into the legal system of the Republic of Serbia justified.

This paper identifies the basic tendencies in the regulation of employment of minors under the auspices of the International Labour Organization (ILO), starting with the sectoral rules and common standards on minimum age for employment (14 years of age) – to its replacement with 15 years of age as the standard on minimum age for employment, adopted to further humanize the working conditions and develop education, as well as to reduce the numbers of unemployed workers after the great economic crisis (ILO Convention No. 138 of

1973). This paper provides a detailed analysis of these standards, as well as their legal nature. In addition, the author examines the harmonisation of Serbian legislation with the analysed standards of the International Labour Organisation, particularly regarding the following issues: special protection of persons who meet the general requirements for employment, but have not completed compulsory education; the issue of authorised employment of minors; if it is suitable to introduce the category of light work allowed for persons under the age of 15, as well as getting minors to work as non-registered workers.

Serbian legislator does not limit employment by introducing the age of completion of compulsory schooling as a requirement, as specified in international standards, which means that in Serbia, a person from 15 to 18 years of age can enter into a contract of employment while still in primary school. *Prima facie*, this legal provision is not contrary to ILO Convention No. 138, but its consistent application requires instruments that will ensure that minors, who did not complete compulsory schooling, fulfil the duties they have in this regard (e.g. by identifying fields in which employment of these persons may be permitted, or by prescribing the number of working hours and conditions in which subordinate work for the employer can be performed).

Author believes that, in addition to these amendments, it would be extremely important for the Serbian legislator to regulate, not only employment relationship, but also work of minors on the basis of other contract of civil or commercial law, which is a fundamental obligation of each State ratifying ILO Convention No. 138. This further means that there is a need to establish the minimum age for any kind of (paid or unpaid) work of minors, regardless of whether they entered into a contract or they (*de facto*) work for somebody else with no legal basis. This is because, in practice, this form of engagement of persons 15 years of age or younger undeniably exists and, as it represents the non-regulated form of underage work, it falls into this „open space“ where everything that's not forbidden is allowed, which requires special care and concern. This applies to children's participation in artistic events or events organized for similar (traditional or highly commercialized) purposes.

Although ILO Convention No. 138 states that children under the age of 15, as a rule, should not participate in professional art events, the need for their involvement in these events can be acceptable in exceptional cases, provided that the responsible authority approves each individual case. It is therefore important that the practice of recruiting children, no matter how socially acceptable it might seem at first glance, be qualified as child labour, with awareness that it can produce quite negative consequences, without adequate protection of children. In addition to protecting health, safety, morals and education of children participating in artistic or similar events, it is important to ensure effective measures to prevent their exploitation and to prevent placing them at a disadvantage, regarding working hours or compensation. In addition, there is a need to establish a minimum age for recruitment of children in this field, e.g. 14 years of age, unless the work involves an acting role or a dancing role that cannot be performed by an older person.

ILO Convention No. 138 (and the general standard of the minimum age of 15) does not apply to work in schools and the work organized in companies. However, there is a need to regulate situations, as part of formal courses and training programs, where the work of minors is related to education or training, even when it's not fully integrated into the formal school curriculum. Since Serbian legislation on education regulates only the involvement of pupils in relation to teaching, in order to perform the so-called expanded activities of the school (i.e. services, manufacturing, sales and other activities that „contribute to a more rational and effective education“), there is a need to regulate other situations where the work of minors is only indirectly related to education or training.

However, when it comes to the rules on authorised employment of minors, there is a need to regulate, in addition to the form of consent for employment of a minor and the circle of persons authorized to provide such consent, through the Labour Act the phase of employment in which the parent or other legal guardian may give consent for the employment of a minor. It should precisely be established if the consent of the legal guardian represents permission or approval, or a tacit or explicit ratification of the concluded employment contract. There is also a need to regulate employment in case of conflict between the interests of the child and that of the parents, as well as the matter of consent of a parent who does not exercise parental rights. These issues should be regulated to provide the necessary protection of personality of minors and their interest to, on the basis of a freely chosen profession and employment, earn a living and to develop their personality through work, while simultaneously respecting the rights and duties of parents to ensure the child the best possible education, upbringing and career choice.

Finally, there is a need to improve control over the implementation of regulations relevant to the prohibition of child labour, as the punishment of persons who employ minors contrary to legal prohibitions and restrictions – provides long-term benefits that society reaps from special protection of minors. This is why it's important to strengthen the inspections in this field, by granting additional powers to the labour inspectors and by establishing the obligation of employers to keep separate records on minor workers. There is also a need for a dedicated involvement of the social partners to create the conditions for effective protection of minors at work and in connection with work. Also, implementation of ILO Convention No. 182 requires adoption of national list of activities which, by its nature or the circumstances in which they are carried out, is likely to harm the health, safety or morals of children (its draft was made in 2016 by Ministry of Labour, Employment and Social Affairs).

Keywords: Special labour law protection of minors, general condition of employment, child labour, light work, hazardous work, International Labour Organization, Republic of Serbia.

Vanja Bajović*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

NEOKONZERVATIVNI PRISTUP U BORBI PROTIV MALOLETNIČKE DELINKVENCije I ODGOVORNOST RODITELJA

Apstrakt: U radu se razmatra pitanje odgovornosti za krivična dela izvršena od strane maloletnih lica. U vezi sa tim nameće se pitanje zašto deca tj. lica do četrnaest godina starosti ne mogu krivično odgovarati, analiziraju se protektivni i neokonzervativni pristup u maloletničkom krivičnom pravu kao i mogućnosti koje stoje na raspolaganju licu koje je oštećeno krivičnim delom maloletnika odnosno protivpravnim delom deteta. Posebna pažnja je posvećena različitim vidovima odgovornosti roditelja za kaznena dela u širem smislu, izvršena od strane njihove dece.

Ključne reči: maloletno lice, krivica, roditeljska odgovornost

UVODNA RAZMATRANJA

„Dvanaestogodišnjak zapalio beskućnika“, „deca pretukla i opljačkala književnika Rašu Popova“, „trinaestogodišnjak se ubio zbog vršnjačkog nasilja“, „maloletnici bacili dečaka sa Brankovog mosta“, „četrnasetogodišnjak pokušao da siluje ženu“, samo su neki od naslova koji poslednjih godina pune novinske stranice i zapanjuju javnost, ne samo brutalnošću zločina, već i uzrastom učinilaca. Iako se veruje da surovi zločini izvršeni od strane dece mlađe od 14 godina nisu toliko česti, oni faktički ostaju nekažnjeni budući da deca ne mogu krivično odgovarati, dok se u pogledu maloletnika, tj. lica uzrasta od 14 do 18 godina, vodi poseban protektivni krivični postupak i izriču posebne sankcije usmerene na pružanje podrške i pomoći maloletniku.

Pokazujući humane tendencije prema deci, krivično pravo zapravo zanemaruje interese oštećenog, budući da „zločin“ ostaje nesankcionisan. Zbog toga je poslednjih godina prisutan trend pooštavanja kaznene politike prema maloletnicima, a pojedine države čak uvode i posebnu „roditeljsku kaznenu odgovornost“ za ovakve delikte, nalazeći pravičnim da moralna satisfakcija žrtve nalaže kažnjavanje i osudu svakog zločina.

U prilog roditeljskoj kaznenoj odgovornosti navodi se to da je „loše vaspitanje“ odnosno nedostatak kućnog vaspitanja jedan od glavnih uzročnika maloletničkog kriminaliteta, ističe se da je dužnost roditelja da detetu usade odgovarajuće moralne vrednosti i norme ponašanja, pa se njihova odgovornost može zasnivati na grubom zanemarivanju te dužnosti, kao i da ovaj vid odgovornosti ide u prilog žrtvama

* docent, bajovic@ius.bg.ac.rs

krivičnog dela.¹ U vezi sa tim, interesantno je navesti i rezultate nedavne studije rađene u SAD-u u kojoj je 87,8% maloletnih izvršilaca krivičnog dela odgovorilo da delo ne bi izvršilo da je znalo da će njihovi roditelji odgovarati za isto.² Sa druge strane, oponenti ovakve odgovornosti navode da kažnjavanje roditelja nije najadekvatniji način za borbu protiv maloletničke delinkvencije budući da je „loše roditeljstvo“ najčešće uslovljeno nemogućnošću roditelja da se brinu o detetu zbog siromaštva, bolesti, nezaposlenosti i drugih pretežno socijalno-ekonomskih faktori, pa bi kažnjavanje roditelja samo pogoršalo stanje ionako ugroženih porodica.³

Ostavljajući po strani osnovanost ove diskusije na planu suzbijanja maloletničke delinkvencije, dalja izlaganja prvenstveno imaju u vidu žrtve ovakvih delikata i njihovo pravo na adekvatnu moralnu i materijalnu satisfakciju. Jer pravo ne može da bude samo partikularno humano prema deci-nasilnicima a da zanemaruje žrtve ovakvog nasilja.

1. ZAŠTO DETE NE MOŽE BITI „KRIVO“?

Članom 4 stav 3 Krivičnog Zakonika⁴ je predviđeno da se krivične sankcije ne mogu izreći licu koje u vreme kada je delo učinjeno nije navršilo četrnaest godina. Strogo jezički posmatrano iz ove odredbe ne proizlazi da deca ne mogu biti krivično odgovorna (kriva)⁵ niti da se protiv njih ne može voditi krivični postupak, već zakonodavac samo zabranjuje da im se izriču krivične sankcije. Tako bi, hipotetički posmatrano bilo moguće da se protiv deteta vodi krivični postupak i donese presuda kojom se ono oglašava krivim ali mu se ne izriče sankcija, nešto slično presudi kojom se učinilac oglašava krivim ali se oslobađa od kazne. Takvom presudom mogao bi se dosuditi imovinskopravni zahtev oštećenom, mogla bi se koristiti kao dokaz u pratećem parničnom i drugim nekrivičnim postupcima, a učinilac bi se smatrao osuđivanim što bi se po pravilu uzelo kao otežavajuća okolnost u slučaju

1 L. Le Sage, Leonie and D. de Ruyter, „Criminal Parental Responsibility: Blaming Parents on the Basis of their Duty to Control versus their Duty to Morally Educate their Children.“ *Educational Philosophy and Theory* 40/2008, M. Roy, „When All Else Fails, Blame the Parents: An Analysis of Parent Responsibility Laws in Canada.“ *Dalhousie Journal of Legal Studies* 10/2001, 142–157. Hill, M., A. Lockyer and F. Stone (eds.), *Youth Justice and Child Protection*, Jessica Kingsley Publishers, London, 2007.

2 U anketi je učestvovalo 147 maloletnika iz vaspitno-popravne ustanove, od kojih je 129 (87,8% odgovorilo da ne bi izvršilo krivično delo da su znali da će njihovi roditelji odgovarati za isto, njih 12 (8,2 %) je odgovorilo da nije sigurno kako bi postupilo, dok su samo dva ispitanika (1,4%) sa sigurnošću potvrdila da bi i u tom slučaju ponovili delo. Vidi: E.M. Brank, J. Lane, „Punishing My Parents: Juveniles“ Perspectives on Parental Responsibility“, *Criminal Justice Policy Review*, Vol. 19, 3/ 2008, 333–348.

3 R. White, „Curtailing Youth: A Critique of Coercive Crime Prevention.“ *Crime Prevention Studies* 9/1998, 117–137, R. Arthur, „Punishing Parents for the Crimes of their Children.“ *Howard Journal of Criminal Justice* 44/2005, 233–253.

4 „Sl. glasnik RS“, br. 85/2005, 88/2005, 107/2005., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014.

5 Iako termin krivična odgovornost više ne egzistira u našem pozitivnom krivičnom pravu, u radu ga koristimo uslovno u smislu sposobnosti za snošenje krivice.

ponovnog vršenja krivičnih dela. Međutim, jasno je da ovo nije bila namera zakonodavca. Vođenje krivičnog postupka bez mogućnosti izricanja krivičnih sankcija predstavljalo bi uzaludno trošenje i vremena i novca, a u teoriji je nesporno da su deca zaštićena ne samo od krivičnog sankcionisanja već i od pokretanja i vođenja krivičnog postupka. Krivična prijava protiv učinilaca mladih od 14 godina se odbacuje, a ako se tokom pokrenutog krivičnog postupka ustanovi da je učinilac u vreme izvršenja dela bio mlađi od 14 godina takav postupak se obustavlja. Sličnu, ali nešto jasniju formulaciju u tom smislu sadrži Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica⁶ koji predviđa da se prema licu koje u vreme izvršenja *protivpravnog dela u zakonu predviđenog kao krivično delo* nije navršilo četrnaest godina ne mogu izreći krivične sankcije niti primeniti druge mere koje predviđa ovaj Zakon (čl. 2).

Objektivno-subjektivni pojam krivičnog dela, prihvaćen u našem pravu podrazumeva krivicu kao njegovo konstitutivno obeležje pa se u nedostatku krivice kod učinioca ne može ni govoriti o krivičnom delu. Govoreći o „*protivpravnom delu koje je zakonom predviđeno kao krivično delo*“ zakonodavac usvaja dominantno teorijsko stanovište po kome kod lica koja nisu dostigla određeni starosni uzrast ne može postojati krivica, pa se samim tim i ne može govoriti o krivičnom delu jer mu nedostaje krivica kao konstitutivno obeležje.⁷

Ovo opet nameće pitanje zašto deca ne mogu biti krivično odgovorna, odnosno kriva? Po članu 22 KZ-a krivica postoji ako je učinilac u vreme kada je učinio krivično delo bio uračunljiv i postupao je sa umišljajem, a bio je svestan ili je bio dužan i mogao biti svestan da je njegovo delo zabranjeno. Krivica će postojati i ako je učinilac postupao iz nehata, ako je zakonom izričito predviđena odgovornost i za nehat. Shodno tome, sastavni elementi krivice su: a) uračunljivost, b) umišljaj odnosno nehat (kad je zakonom predviđeno kažnjavanje i za nehat) i c) svest o zabranjenosti dela. Tako kod odraslih učinilaca neuračunljivost ili neotklonjiva stvarna ili pravna zabluda isključuju krivicu, ali se nameće pitanje po kom osnovu je ona, *a priori* isključena kod dece.

Pojedini američki autori izjednačavaju decu sa neuračunljivim licima,⁸ a sličan stav zastupljen je i u novijoj hrvatskoj teoriji. M. Škulić osnovano kritikuje ovo stanovište, ističući da je izjednačavanje dece sa neuračunljivim osobama „ponižavajuće „i da bi se tada kod svakog detata morala utvrđivati postojanje nekog od bioloških osnova neuračunljivosti (duševna bolest, privremena duševna poremećenost, zaostali duševni razvoj ili neka druga teža društvena poremećenost).⁹ I naši autori ističu da deca nisu u stanju da shvate značaj svojih postupaka i da njima upravljaju,¹⁰ od-

6 „Sl. Glasnik RS“, br. 85/2005.

7 Z.Stojanović, *Krivično pravo – opšti deo*, Pravna knjiga, Beograd, 2005, str. 343.

8 A. Platt, B. L. Diamond, „The Origins of the „Right And Wrong“ Test of Criminal Responsibility and its Subsequent Development in the United States: An Historical Survey“, *California Law Review*, 54/1966, str. 1227.

9 M. Škulić, „Starosna granica sposobnosti za snošenje krivice u krivičnopravnom smislu“, *Crimen* (I) 2/2010, str. 212–213.

10 B. Čejović, *Krivično pravo u sudskoj praksi*, Prva knjiga Opšti deo, Beograd, 1985, str. 494.

nosno da se „uračunljivost maloletnika, izražena u sposobnosti da shvataju značaj svojih postupaka i mogućnosti da upravljaju svojim ponašanjem, ne sreće kod većeg broja lica koja pripadaju starosnom dobu maloletstva, a i u slučajevima u kojima te sposobnosti postoje, one se ne mogu izjednačiti sa intelektualnim i volun-tarističkim sposobnostima odraslih lica“.¹¹ Iako ovo mišljenje ne izjednačava izričito decu sa neuračunljivim licima, faktički je reč o istom osnovu isključenja krivice koji se svodi na nemogućnost shvatanja značaja svog dela i nemogućnost upravljanja svojim postupcima, uz tu razliku što je kod „odraslih“ uračunljivost isključena zbog nekog biološkog ili psihološkog osnova, a kod dece zbog njihovog uzrasta. Međutim, kako KZ ne navodi uzrast učinioca kao osnov koji bi ga onemogućavao da shvati značaj svog dela ili upravlja svojim postupcima, niti se uzrast može podvesti pod pojam „druge teže duševne poremećenosti“, teško se može braniti teza da je krivica kod dece isključena po ovom osnovu. Ako bi se prihvatilo suprotno onda bi trebalo uvesti i gornju granicu krivične odgovornosti imajući u vidu opštepoznatu činjenicu da psiho-fizičke sposobnosti pojedinca opadaju nakon određenih godina, pa i starija lica često nisu u stanju da shvate značaj svog dela i upravljaju svojim postupcima.

Prihvatljivije je da se isključivanje krivice kod dece pravda pozivanjem na pravnu zabludu tj. svest o zabranjenosti dela, imajući u vidu da se moralne i pravne norme ne usvajaju rođenjem već se stiču tokom života, pa se pokušaj petogodišnjaka da mlađeg brata iz ljubomore priklješti kolicima neće tumačiti kao pokušaj ubistva, uprkos tome što je svojom radnjom mogao da proizvede smrt kao posledicu. Ni od odraslih se, a kamoli od dece, ne može očekivati da znaju na stotine krivičnih dela predviđenih KZ-om i drugim zakonima ali im opet određene moralne norme i iskustvo omogućavaju da razlikuju dobro od lošeg i zabranjeno od dozvoljenog. Međutim, pojedina krivična dela poput ubistva, razbojništava i slično, tzv. *mala in se*, onemogućavaju pozivanje na pravnu zabludu, a deca ipak ni za ta krivična dela ne mogu krivično odgovarati. Pored toga, dok se kod sasvim male dece isključivanje krivice može pravdati kako nepostojanjem svesti o zabranjenosti dela (pravna zabluda), tako i nemogućnošću shvatanja značaja svog dela (neuračunljivost), kod dece školskog uzrasta ovi osnovi „ne piju vodu“.

Imajući to u vidu osnov isključenja krivice kod dece se uopšte ne može tražiti u postojećim osnovima koji važe za punoletne učinioce. Reč je naime o **neoborivoj zakonskoj pretpostavci** krivične neodgovornosti lica do određenog uzrasta koja zavisi isključivo od nahođenja zakonodavca.¹² Tako je, primera radi Kazniteljni zakonik za Knjaževstvo Srbije od 1860. godine predviđao da krivična odgovornost nastupa sa navršenih 12 godina. Današnja granica od 14 godina nameće pitanje znači li to da deca danas kasnije sazrevaju? Pored toga, ova granica je postavljena različito u različitim državama a bilo je i predloga za njeno ukidanje, tj. za usvajanje „sistema“ po kome bi se (ne)sposobnost deteta da shvati značaj svog dela procen-

11 N. Srzentić, A. Stajić i Lj. Lazarević, *Krivično pravo Jugoslavije*, Savremena administracija, Beograd, 1996, str. 523–524.

12 Tako i Škulić ističe da kod dece jednostavno nedostaje određeni uzrast kao jedna potpuno objektivna činjenica, te je dakle reč o čisto objektivnom i kvantitativnom kriterijumu. M. Škulić, *op. cit.*, str. 213

jivala u svakom pojedinom slučaju.¹³ Shodno tome, godine krivične neodgovornosti teško je pravdati nalazima iz dečije psihologije, budući da one zavise isključivo od volje zakonodavca.

Za razliku od dece koja su zbog uzrasta „zaštićena“ oštice krivičnog prava, maloletnici, tj. lica od 14 do 18 godina, mogu krivično odgovarati, s tim da im njihove „mlade godine“ opet garantuju povlašćeni položaj u pogledu postupka koji se vodi i sankcija koje im se mogu izreći. U odnosu na njih dejstvuje načelo procesne protektivnosti,¹⁴ a osnovna vrsta sankcija koje im se izriču su vaspitne mere, dok se maloletnički zatvor izriče samo izuzetno i pod strogim uslovima. Kako sam naziv kaže, svrha vaspitnih mera nije da se maloletnik „kazni“ već da se (pre)vaspita. Tako član 10 ZM predviđa da je svrha krivičnih sankcija prema maloletnicima da se „nadzorom, pružanjem zaštite i pomoći, kao i obezbeđenjem opšteg i stručnog osposobljavanja utiče na razvoj i jačanje lične odgovornosti maloletnika, na vaspitavanje i pravilan razvoj njegove ličnosti, kako bi se obezbedilo ponovno uključivanje maloletnika u društvenu zajednicu“. U vezi sa tim, ukazujući na ironiju pravnih sistema, jedan američki autor postavlja logično pitanje, znači li to da se deci u pogledu koje se ove mere zbog nedovoljnog uzrasta ne mogu primeniti, ne pomaže?!¹⁵

Maloletnik se ne naziva „okrivljenim“, javnost je isključena sa suđenja, relevantne činjenice koje se utvrđuju u postupku ne odnose se samo na krivično delo i okolnosti izvršenja, već se utvrđuju i činjenice vezane za ličnost i ponašanje maloletnika i okolnosti u kojima živi i t. sl. Drugim rečima, maloletničko krivično pravo odraz je opštih humanih tendencija da se mladima pruži šansa da se vrate na „pravi put“, što je na međunarodnom planu izraženo Minimalnom standardnim pravilima za maloletničko krivično pravosuđe, usvojenim od strane UN 1985. godine (tzv. Pekinška pravila). Međutim, poslednjih decenija se ove postavke dovode u pitanje, posebno u anglosaksonskom svetu, gde je svojevremeno protektivni pristup i nastao.¹⁶

2. OD PROTEKTIVNOG DO NEOKONZERVATIVNOG PRISTUPA U BORBI PROTIV MALOLETNIČKE DELINKVENCije

Protektivni pristup, koji akcenat stavlja na interese maloletnika i njegovu „prevaspitanje“ poslednjih decenija se ozbiljno dovodi u pitanje. Ovom pristupu se zamera da je preempatičan prema učiniocu, a nepravedan prema žrtvi, kao i da nije davao očekivane rezultate na planu resocijalizacije maloletnika, imajući u vidu visok

13 O tome: G. Maher, „Age and Criminal Responsibility“, *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol 2, 2005, 493–512.

14 Više o ovom načelu: M. Škulić, *Krivično procesno pravo*, Pravni fakultet, Beograd, 2014, str. 463.

15 G. Maher, *op. cit.*, str. 503.

16 Prvi poseban sud za maloletnike osnovan je u Čikagu 1899 godine, a ovaj protektivni „trend“ se kasnije proširio drugim državama. O tome: Bailleau F., Cartyvels Y., „Juvenile justice in Europe—between continuity and change“, u: S. Body-Gendort et al. (eds) *The Routledge Handbook of European Criminology*, Routledge, 2013, str. 453–467.

stepen njihovog recidivizma.¹⁷ Navodi se 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 koji vrše svirepa razbojništva, silovanja i ubistva.¹⁸

Nakon nekolicine posebno brutalnih zločina izvršenih od strane maloletnih lica,¹⁹ u SAD je poslednjih decenija prisutan trend pooštavanja kaznene politika prema ovoj kategoriji učinilaca i omogućavanja da se u određenim slučajevima oni tretiraju kao punoletna lica u pogledu vođenja krivičnog postupka i sankcija koje im se mogu izreći.²⁰ U tom smislu se govori o tzv. *neokonzervativnom pristupu* u borbi protiv maloletničke delinkvencije, koji insistira na strožoj kaznenoj reakciji i prebacivanju težište sa interesa deteta na zaštitu trećih lica od „problematičnog i opasnog“ deteta. Ovo stanovište polazi od toga da je težina izvršenog dela najbolji dokaz „zrelosti“ maloletnika, da ukazuje na „zreo um“ izvršilaca.²¹ U SAD su, naime, samo deca uzrasta do sedam godina krivično neodgovorna jer se smatra da nisu mentalno sposobna da shvate značaj svog dela i razvijaju neophodan subjektivni odnos prema delu, koji je nužan za postojanje krivice. U pogledu lica uzrasta od 7 do 14 godina važi oboriva pretpostavka da nisu u stanju da shvate značaj i težinu svog dela, što znači da tužilac može u svakom pojedinom slučaju dokazivati da je konkretan učinilac dovoljno zreo da „snosi krivicu“. Kao dokazi za obaranje ove pretpostavke mogu da posluže razna psihološka testiranja, način izvršenja dela, ranije ponašanje maloletnika i t. sl. Sa druge strane lica sa navršениh 14 godina se smatraju krivično odgovornim, sposobnim da shvate značaj dela i tretiraju se kao punoletni izvršioци.

Neokonzervativni pristup koji insistira na pojačanoj odgovornosti maloletnika i strožim sankcijama poslednjih godina se iz SAD širi i drugim državama, te se govori o svojevršnom preokretu u maloletničkom krivičnom pravu.²² Prisutni su trendovi snižavanja donje granice krivične odgovornosti,²³ jačem insistiranju

17 O tome: J. Muncie, „The ‘Punitive Turn’ in Juvenile Justice: Cultures of Control and Rights Compliance in Western Europe and the USA.“ *Youth Justice* 8/2008, str. 107–121., J. Herbie Difonzo, „Parental Responsibility for Juvenile Crime“, *Oregon Law Review*, Vol. 80, 1/2001, str. 1–108.

18 J. Herbie Difonzo, *op.cit.*, str. 9.

19 Posebno ilustrativan u tom smislu je „incident“ koji se desio u aprilu 1999. godine, kada su dvojica sedamnaestogodišnjaka, pucanjem iz automatskih pušaka u srednjoj školi u Koloradu (*Columbine High School*) ubila dvanestoro đaka, jednog profesora i ranila još 23 osobe. Nakon toga su oba učinioca izvršila samoubistvo. Slični incidenti su se poslednjih godina dešavali širom SAD. Više o tome: L. Lockwood, „Where are the Parents? Parental Criminal Responsibility for the Acts of Children“, *Golden Gate University Law Review*, Vol. 30, 3/2000, pp. 497–558.

20 Amnesty International, *Betraying the Young: Children in the US Justice System*, dostupno na: file:///C:/Users/USER/Downloads/amr510601998en.pdf (03.05.2017.).

21 J. Herbie Difonzo, *op.cit.*, str. 13.

22 Vidi: B. Goldson, J. Muncie, „Rethinking Youth Justice: Comparative Analysis, International Human Rights and Research Evidence.“ *Youth Justice* 6/2006, str. 91–106, J. Muncie „The ‘Punitive Turn’ in Juvenile Justice: Cultures of Control and Rights Compliance in Western Europe and the USA.“ *Youth Justice* 8/2008, str. 107–121.

23 Tako je u Danskoj 2010. godine snižena donja granica krivične odgovornosti sa 15 na 14 godina, u Panami sa 14 na 12 godina, dok je u Gruziji ova granica snižena sa 14 na 12 godina, ali samo

na zavodskim merama, i omogućavanju da se maloletnim učiniocima određenih krivičnih dela sudi kao punoletnim licima.²⁴ Između ostalog, ovo podrazumeva i pojačanu odgovornost roditelja nad ponašanjem njihove dece, argumentovanu činjenicom da su „oni koji donesu decu na svet, ali propuste da ih pravilno vaspitaju i usade im odgovarajuće vrednosti, odgovorni tom istom svetu za ponašanje svojih potomaka“.²⁵

3. ODGOVORNOST RODITELJA

Veruje se da je delinkventno ponašanje obično rezultat nedostatka „kućnog vaspitanja“ odnosno „odsustva neophodne brige i staranja roditelja ili drugih lica koja su dužna da se o njima brinu“.²⁶ Ankete rađene u SAD pokazuju da ogroman broj ispitanika (88,7 %) roditelje smatra najodgovornijim za problematično ponašanje dece,²⁷ a verujemo da bi i kod nas rezultat bio isti.

U našem pravu roditelji mogu građanskoopravno i prekršajno odgovarati za „nedela“ svojih potomaka, dok pojedine države, predvođene SAD, predviđaju i krivičnu odgovornost roditelja za krivična dela izvršena od strane njihove dece.²⁸ U svim američkim državama postoji poseban delikt „doprinos delinkvenciji ma-

partikularno, tj. u pogledu taksativno nabrojanih krivičnih dela kao što su teška ubistva, teške telesne povrede, razbojništva i slično. Pored toga i u drugim državama poput Mađarske, Rusije, Španije, Argentine aktuelno je pitanje snižavanja donje granice krivične odgovornosti. Vidi: Child Rights International Network, *Juvenile Justice: States Lowering the Minimum Age of Criminal Responsibility*, dostupno na: <https://www.crin.org/en/library/publications/juvenile-justice-states-lowering-minimum-age-criminal-responsibility> (3.05.2017).

- 24 U skladu sa tim, zakone su 2002. godine prve izmenile Engleska, Švajcarska, Kanada i Francuska, a 2006. i Španija i Belgija. Detaljnije o ovim reformama: F. Bailleau, Y. Cartyvels, „Juvenile justice in Europe – between continuity and change“, in: S. Body-Gendort et al. (eds) *The Routledge Handbook of European Criminology*, Routledge, 2013.– str. 453–467.
- 25 J. Herbie Difonzo, *op. cit.*, str. 60.
- 26 Grupa autora /1986/: *Komentar Krivičnog zakona SFRJ*, Beograd, str. 295. I B. Čejović ističe da lica koja nisu navršila 14 godina nisu u stanju da shvate značaj svojih postupaka i da njima upravljaju, tako da izvršeno delo nije rezultat njihovog asocijalnog stava odnosno ponašanja, već **rezultat nedostatka kontrole, odnosno nadzora roditelja ili vaspitača**, tako da iz tih razloga mere za njihovo vaspitanje treba primeniti na tom planu, a ne na planu mera koje sadrži krivično pravo, bolje rečeno zakonodavstvo. B. Čejović *Krivično pravo u sudskoj praksi*, Prva knjiga Opšti deo, Beograd, 1985, str. 494. Isti stav dominira i u stranoj literaturi. Tako Goldson i Jameson ističu da je loše vaspitanje i odnos roditelja prema detetu je glavni razlog delinkventnog ponašanja. B. Goldson, J. Jamieson, „Youth Crime, the ‘Parenting Deficit’ and State Intervention: A Contextual Critique.“ *Youth Justice* 2/2002, str. 83–84. Isto i: J. E. Tyler, T. W. Segady, „Parental Liability Laws: Rationale, Theory, and Effectiveness.“ *The Social Science Journal* 37, 1/2000, str. 80.
- 27 E. Brank E., V. Weisz, „Paying for the Crimes of their Children: Public Support of Parental Responsibility.“ *Journal of Criminal Justice* 32, 5/2004: 465–475.
- 28 Ovakav zakon najpre je donet u Kaliforniji a ubrzo su ga usvojile i druge američke države. Više o tome: L. Lockwood, „Where are the Parents? Parental Criminal Responsibility for the Acts of Children“, *Golden Gate University Law Review*, Vol. 30, 3/2000, str. 497–558. Istu mogućnost predviđaju i Kanada i Australija. Vidi: T. Hutchinson, P. Russell „Show me a bad kid and I’ll show you a lousy parent“: making parents responsible for youth crime in Australian and Canadian contexts.“ *Australasian Canadian Studies*, 26(2), 2009, pp. 49–86.

loletnog lica“ (*contributing to the delinquency of a minor*) za koje odgovara svako lice koje, na bilo koji način, doprinese, prouzrokuje ili podstakne protivpravno ponašanje maloletnika, što može biti učinjeno kako aktivnom radnjom, tako i propuštanjem dužnog nadzora nad njegovim ponašanjem. Pored toga, u nekoliko američkih država doneti su posebni zakoni o roditeljskoj odgovornosti, po kojima, u slučaju da maloletno lice izvrši krivično delo, roditelj takođe može krivično odgovarati za dela neodgovarajućeg nadzora (*improper supervision*) ili kršenja roditeljskih dužnosti (*violations of parental duties*). Stepenn krivice koji se zahteva za ova dela je jako nizak i u pojedinim slučajevima se čak graniči sa objektivnom odgovornošću budući da je za postojanje roditeljske odgovornosti dovoljno da lice mlađe od 15 godina izvrši krivično delo i da je roditelj imao starateljstvo nad detetom.²⁹ Međutim, imajući u vidu da američko pravo ne pravi posebnu razliku između krivičnih dela i prekršaja, već su prekršaji (*misdemeanors*) najlakša vrsta krivičnih dela, ovaj vid odgovornosti bliži je prekršajnoj odgovornosti u našem pravu, s obzirom da se roditeljima delinkventnog maloletnika u krivičnom postupku za navedena dela može izreći novčana kazna ili kazna zatvora do 30 dana. Pored toga, može im se naložiti i pohađanje posebnih kurseva, tzv. „škola roditeljstva“.

Odgovornost roditelja pravna teorija obrazlaže na dva načina. Po teoriji efektivnog nadzora (*duty to guard or control*) reč je zapravo o krivičnom delu nečinjenja (propuštanje dužnog nadzora) te je za odgovornost roditelja neophodno dokazati postojanje uzročne veze između propuštanja roditelja i ponašanja deteta. Ako roditelji dokažu da je nadzor pravilno vršen ili je krivično delo izvršeno dok se dete nalazilo „van njihove kontrole“ tj. u školi ili kod drugog lica, oni se mogu osloboditi odgovornosti.³⁰ Za razliku od toga teorija moralne edukacije (*the school of moral education*) zasniva se na propustu roditelja da pravilno vaspitaju dete i usade mu odgovarajuće moralne vrednosti i to ne samo u interesu deteta, već u interesu društva u celini. Polazeći od psiholoških studija da se čovek ne rađa kao moralno biće već da se moralne norme vremenom usvajaju, pristalice ove teorije insistiraju na dužnosti osoba koje pristanu na roditeljstvo da preuzmu i sve obaveze koje ono sa sobom nosi, a što prvenstveno podrazumeva usađivanje adekvatnih moralnih normi svojim potomcima.³¹ Ovaj vid odgovornosti je bliži objektivnoj odgovornosti, budući da problematično ponašanje deteta automatski ukazuje na propuste roditelja u njegovom vaspitanju.

29 P. K. Graham, „Parental Responsibility Laws: Let the Punishment Fit the Crime“, *Loyola of Los Angeles Law Review*, 33/2000, 1719–39, J. Herbie Difonzo, „Parental Responsibility for Juvenile Crime“, *Oregon Law Review*, Vol. 80, 1/2001, str. 1–108.

30 T. Scarola, „Creating problems rather than solving them: why criminal parental responsibility laws do not fit within our understanding of justice“, *Fordham law review*, 66, 1997, str. 1029–1074.

31 P. Vallentyne, „Equality and the duties of procreators“, u: D. Archard, & C.M. Macleod (Eds.) *The moral and political status of children* Oxford: Oxford University Press., 2002., pp. 193–211.

3.1. Građanskopravna odgovornost roditelja

Po Zakonu o obligacionim odnosima³² deca uzrasta do sedam godina su deliktno nesposobna i ne odgovaraju za štetu koju prouzrokuju drugome, u pogledu maloletnika uzrasta od 7 do 14 godina važi oboriva pretpostavka deliktne nesposobnosti, tj. odgovaraju ako se dokaže da je maloletnik, pri prouzrokovanju štete, bio sposoban za rasuđivanje, dok su maloletnici sa navršениh 14 godina deliktno sposobni i odgovaraju prema opštim pravilima o odgovornosti za štetu (čl. 160 ZOO). Kako maloletnici po pravilu ne raspolažu imovinom iz koje bi se ovakva šteta nadoknadila, teret po pravilu „pada na pleća“ njihovih roditelja. ZOO u tom smislu propisuje da „ako je štetu prouzrokovao maloletnik sposoban za rasuđivanje koji nije u stanju da je naknadi, sud može, kada to pravičnost zahteva, a naročito s obzirom na materijalno stanje roditelja i oštećenika, obavezati roditelje da naknade štetu, potpuno ili delimično, iako za nju nisu krivi“ (čl. 169 st. 2) Prema tome, roditeljska odgovornost ovde postoji bez obzira na krivicu. Isti je slučaj i ako štetu prouzrokuje dete mlađe od 7 godina, gde roditelji odgovaraju bez obzira na krivicu, dok se roditelji „starije“ dece mogu osloboditi odgovornosti ako dokažu da je šteta nastala bez njihove krivice. Oba roditelja odgovaraju solidarno, a ako roditelji žive odvojeno odgovornost je na roditelju kod koga se dete nalazilo u vreme prouzrokovanja štete.

Međutim, roditelji ne odgovaraju ako njihovo maloletno dete prouzrokuje štetu dok se nalazi pod nadzorom nekog trećeg lica (vrtić, škola, internat, zdravstvena ustanova i sl.) kada odgovara lice pod čijim se nadzorom dete nalazilo. To treće lice se može osloboditi odgovornosti ako dokaže da je nadzor vršilo onako kako je trebalo ili da bi šteta nastala i pri brižljivom vršenju nadzora (čl. 167 ZOO). Shodno tome ZOO primarno prihvata teoriju „efektivnog nadzora“ tj. odgovornost stavlja na lice (ili ustanovu) pod čijom kontrolom se maloletnik nalazio u vreme štetnog događaja. I u teoriji se ističe da se „odgovornost roditelja za štetu koju prouzrokuje njihovo dete objašnjava time što su oni zanemarili svoju obavezu nadzora i staranja o detetu.“³³ Međutim, ZOO supsidijarno prihvata i teoriju „moralne edukacije“ propisujući da „ako dužnost nadzora nad maloletnim licem ne leži na roditeljima već na nekom drugom licu, oštećeni ima pravo da zahteva naknadu od roditelja kad je šteta nastala usled lošeg vaspitanja maloletnika, rđavih primera ili poročnih navika koje su mu roditelji dali, ili se i inače šteta može upisati u krivicu roditeljima“ (čl. 168 st. 1 ZOO). U ovom slučaju oštećeni može da zahteva nadoknadu štete direktno od roditelja, međutim, ukoliko štetu nadoknadi lice koje je vršilo nadzor nad detetom, ono ima pravo da od roditelja traži regres.

Iz navedenih odredbi sledi da se najpre utvrđuje pod čijim se nadzorom dete nalazilo u vreme štetnog događaja. Ako se nalazilo pod nadzorom roditelja, oštećeni od njih može zahtevati naknadu štete. Ako se dete nalazilo u školi, obdaništu, na ekskurziji ili pod nadzorom trećeg lica za štetu odgovara lice koje je vršilo nadzor ili roditelji, ali pod uslovom da se šteta može pripisati roditeljima u krivicu, tj. da je

32 „Sl. List SFRJ“, br. 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89, „Sl. List SRJ“, br. 31/93 i „Sl. List SCG“, br. 1/2003.

33 J. Radišić, *Obligaciono pravo*, Pravni fakultet Centar za publikacije, Niš, 2014, str. 267.

nastala usled lošeg vaspitanja, rđavih primera ili poročnih navika koje je dete steklo od roditelja.

U skladu sa zakonskim odredbama, i sudska praksa polazi od teorije efektivnog nadzora. Navodi se da „ako je štetu prouzrokovao maloletnik sposoban za rasuđivanje, koji nije u stanju da istu nadoknadi, sud može, kada to pravičnost zahteva, naročito s obzirom na materijalno stanje roditelja i oštećenika, obavezati roditelje da naknade štetu potpuno ili delimično, iako nisu krivi. Krivica tuženika kao roditelja postoji, jer nisu preduzeli sve potrebne mere nadzora nad svojim maloletnim detetom. (Rešenje Okružnog suda u Nišu, Gž. 2387/2005 od 20.12.2005. godine). Primera radi, dečak star četiri i po godine je u komšijskom dvorištu izazvao požar, tako što je neopaženo ušao u dvorište, stepeništem se popeo na tavanicu iznad šupe, a zatim se igrao tako što je palio šibice i bacao ih u dvorište. Sud je istakao da „kako je šteta nastala usled radnji maloletnog deteta, starog četiri i po godine prema kome se ne mogu primeniti krivične sankcije to roditelji ovog lica, tuženi M. i A. su odgovorni za učinjenu štetu tužiocu, ali isključivo prema odredbama ZOO i u smislu građanskopravne odgovornosti za drugog“. (Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 2244/2005 od 15.12.2005. godine).

U ovakvim situacijama je opravdano primeniti teoriju „efektivnog nadzora“ budući da se od deteta starog 4 godine ne može očekivati da bude „moralno edukovano“ ili da zna uzočno-posledične veze između svojih radnji i posledica koje mogu da proizvedu. Međutim, kod starijih maloletnika se ovakav pristup u pojedinim situacijama čini neopravdanim. Primera radi, u jednom slučaju je jedaneostogodišnji dečak izgubio život tako što ga je školski drug istog uzrasta udario u predelu stomaka, pa je došlo do krvarenja u tkivu pankreasa i nekroze akutnog tipa. Kako se događaj odigrao dok su se deca nalazila na rekreativnoj nastavi, sud je našao da je za štetu odgovorna osnovna škola, a ne roditelji maloletnog učinioca, pod obrazloženjem da su se roditelji o njemu „pravilno starali, brinuli, nisu ga vaspitno zapustili, te da tragični događaj nije rezultat lošeg vaspitanja od strane roditelja, niti rđavih primera ili poročnih navika koje su mu roditelji dali, niti se ova šteta može na drugi način upisati u krivicu roditelja“. (Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 194/2006 od 9.2.2006. godine).

I sledeći slučaj je dobra ilustracija problema. Nekolicina trinaestogodišnjaka je u dužem vremenskom periodu u pauzama između časova maltretirala školskog druga, učenika petog razreda, tako što bi ga, pred drugim učenicima „gazili nogama, primoravali ga da stoji u čošku, da im ljubi patike, radi sklekove, stavlja prst u analni otvor, vukli ga za ruke i brisali pod svlačionice njime, a sve to su i snimali kamerom mobilnog telefona“. Prvostepeni sud je naložio roditeljima ovih maloletnika, da tužiocu solidarno isplate na ime nematerijalne štete iznos od 500.000,00 RSD, po osnovu pretrpljenog straha zbog povrede ugleda, časti, slobode i prava ličnosti (Presuda Osnovnog suda u Požegi 9P br. 3294/10 od 21.12.2010.). Međutim, Apelacioni sud je ukinuo presudu pod obrazloženjem da „nije utvrđeno da su roditelji u vreme štetnog događaja trebali da vrše nadzor pa taj nadzor nisu vršili, ili da je štetna radnja nastala kao rezultat lošeg vaspitanja maloletnika, rđavih primera ili poročnih navika koje su im roditelji dali, ili se šteta može upisati u krivicu roditelja“. To dalje

podrazumeva „da je sud bio dužan da utvrdi ko je u vreme štetnog događaja trebao da vrši nadzor nad maloletnom decom, da li je taj nadzor vršen na način na koji su obavezni kao i da li bi šteta nastala i pored brižljivog nadzora“. (Presuda Apelacionog suda u Kragujevcu, Gž. Br. 338/11 od 23.02.2011.).

Navedena odluka, u skladu je sa zakonski prihvaćenom teorijom efektivnog nadzora, ali nameće pitanje da li ponašanje maloletnika u ovakvim slučajevima (gaženje i brisanje poda sa dečakom, teranje istog da pred drugim učenicima stavlja prst u analni otvor i slično) automatski ne ukazuje na loše vaspitanje maloletnika? Preveliko oslanjanje na „efektivni nadzor“ navodi na zaključak da je maloletnike neophodno konstantno držati pod „budnim okom“ i kontrolom, dok sa određenim uzrastom ne postanu „sami svoja“ briga. Ovakav pristup u drugi plan stavlja vaspitanje dece koje bi trebalo da ih pripremi za život i suživot u svetu odraslih. Daleko efikasnije rešenje bi bilo da se u ovakvim slučajevima počne od pretpostavke „lošeg vaspitanja“ koju bi roditelji kao tuženi mogli da osporavaju.

U skladu sa tim je i presuda VSS gde se pošlo od pretpostavke krivice roditelja i istaknuto je da se roditelji ne mogu eskulpirati od odgovornosti, jer nisu pružili nijedan dokaz da je šteta nastala bez njihove krivice. „Sporni događaj se desio u kasnim večernjim satima kada deca uzrasta njihovih sinova ne bi smela da se kreću bez roditeljskog znanja i nadzora. Osim toga, oni su pokazali i krajnju nebrigu prema svojoj deci kada su dopustili da isti nabave noževе. Vaspitna zapuštenost njihovih sinova se iskazuje i kroz unapred postignuti dogovor da oni i upotrebe noževе u obračunu sa pokojnim P, što su i učinili. Sve to jasno upućuje da su propusti u vaspitanju ovih maloletnika doprineli formiranju njihove nasilničke svesti i ponašanja, za šta su isključivo odgovorni njihovi roditelji“. (Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 2548/2004 od 7.10.2004. godine).

3.2. Prekršajna odgovornost roditelja

Za razliku od krivičnog dela, opšti pojam prekršaja ne obuhvata krivicu, već se prekršaj definiše kao protivpravno delo koje je zakonom ili drugim propisom nadležnog organa određeno kao prekršaj i za koje je propisana prekršajna sankcija (čl. 2 ZP).³⁴ Međutim, kada je reč o fizičkim licima član 18 ZP zahteva da se fizičkom licu prekršaj može „pripisati u krivicu zato što je bilo uračunljivo i učinilo je prekršaj sa umišljajem ili iz nehata, a bilo je svesno ili je bilo dužno i moglo biti svesno da je takav postupak zabranjen“. Deci do 14 godina prekršaji se ne mogu „pripisivati u krivicu“ odnosno po slovu zakona protiv njih se ne može voditi prekršajni postupak (čl. 71 st. 1. ZP) dok se maloletnicima, tj. licima od 14 do 18 godina, u prekršajnom postupku kao i u krivičnom, izriču vaspitne mere.³⁵ Shodno tome, i

34 „Sl. Glasnik RS“, br. 65/2013, 13/2016 i 98/2016. Za razliku od toga, raniji Zakon o prekršajima je definisao prekršaj kao „protivpravnu skrivljeno izvršenu radnju, koja je propisom nadležnog organa određena kao prekršaj“ – čl. 2 st. 1 Zakona o prekršajima, „Sl. glasnik RS“, br. 101/2005, 116/2008 i 111/2009

35 Mlađim maloletnicima, tj. licima uzrasta od 14 do 16 godina mogu se izreći samo vaspitne mere, dok se starijim maloletnicima pored vaspitnih mera u prekršajnom postupku mogu izreći i kazneni poeni ili kazne.

u prekršajnom postupku prema maloletnicima važi načelo procesne protektivnosti, međutim roditelji, pod određenim uslovima mogu prekršajno odgovarati za prekršaj izvršen od strane deteta.

Ako dete učini prekršaj zbog propuštanja dužnog nadzora roditelja, usvojitelja, staratelja, odnosno hranitelja, a ova lica su bila u mogućnosti da takav nadzor vrše, roditelji, usvojitelj, staratelj, odnosno hranitelj deteta kazniće se za prekršaj kao da su ga sami učinili (čl. 72 st. 1 ZP). Za prekršaje izvršene od strane maloletnika (lica od 14–18 godina) paralelna odgovornost roditelja se može propisati posebnim zakonom s tim da se i ovde zahteva da je učinjeni prekršaj posledica propuštanja dužnog nadzora nad maloletnikom i da je postojala mogućnost roditelja da takav nadzor vrše (čl. 72. st. 2 ZP). Tako primera radi, Zakon o Javnom redu i miru³⁶ predviđa odgovornost roditelja ili staraoca maloletnika i propisuje da se oni mogu kazniti novčano do 30.000 dinara ili kaznom zatvora do 30 dana u slučaju da njihovo dete učini određene prekršaje propisane tim zakonom.

Shodno tome, za odgovornost roditelja zahteva se, kumulativno: a) da je dete učinilo prekršaj; b) da roditelji nisu vršili dužan nadzor nad detetom i c) da su roditelji bili u mogućnosti da takav nadzor vrše. Potrebno je postojanje uzročne veze između propuštanja dužnog nadzora od strane roditelja sa jedne i prekršaja deteta, sa druge strane. Krivica roditelja se ovde zasniva na propuštanju dužnog nadzora nad ponašanjem deteta. Shodno tome i u ovom slučaju, kao i kod građanskopravne odgovornosti, odgovornost roditelja je isključena ako se dete nalazilo u školi ili pod nadzorom trećeg lica, s tim da ovde treće lice ne može odgovarati za prekršaj izvršen od strane maloletnika.

Ovakav vid odgovornosti roditelja se kritikuje kao objektivna prekršajna odgovornost, budući da se roditelji ne kažnjavaju za „propuštanje dužnog nadzora“, već se kažnjavaju za onaj isti prekršaj koji je učinilo njihovo dete.³⁷ Ilustracije radi, roditelj čije dete nepristojnim, drskim ili bezobzirnim ponašanjem narušava javni red i mir, takođe može u prekršajnom postupku biti oглаšen krivim za prekršaj protiv javnog reda i mira iako je u vreme njegovog izvršenja proveo mirno veče u stanu, ispred TV-a. Naravno, sve to pod pretpostavkom da se dokaže da je detetov prekršaj rezultat propuštanja dužnog nadzora od strane roditelja, a da je roditelj bio u mogućnosti da takav nadzor vrši. Ovako normirana prekršajna odgovornost roditelja nameće i praktične poteškoće tipa koji će od roditelja odgovarati, kako utvrditi stepen krivice roditelja, ustanoviti sve olakšavajuće i otežavajuće okolnosti neophodne za odmeravanje kazne i t. sl.³⁸ Stoga i ne iznenađuje da u praksi prekršajnih sudova, uprkos zakonskoj regulativi, ne nailazimo često na slučajeve da su roditelji odgovarali za prekršaj izvršen od strane svog deteta, te se stiče utisak da je cilj navedenih odredbi „zastrašujuće dejstvo“, a ne praktična primena.

36 „Sl. Glasnik RS“, br. 6/2016.

37 B. Ristivojević, I. Milić, „Odgovornost roditelja za prekršaje koje učine njihovi potomci“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 1/2016, str. 154–174.

38 B. Ristivojević, I. Milić, *op. cit.*, str. 162–163.

3.3. Krivična odgovornost roditelja

Roditelj vaspitno zapuštenog maloletnika može odgovarati za krivično delo zapuštanje i zlostavljanje maloletnog lica, ako „grubim zanemarivanjem svoje dužnosti zbrinjavanja i vaspitavanja zapusti maloletno lice o kome je dužan da se stara“. Teži oblik dela postoji ako: a) roditelj zlostavlja maloletno lice; b) prinudava ga na preteran rad ili rad koji ne odgovara njegovom uzrastu; c) primorava ga na prosjačenje; ili d) iz koristoljublja navodi maloletno lice na vršenje drugih radnji koje su štetne za njegov razvoj (čl. 193 KZ). Izvršilac ovog dela može da bude roditelj, usvojlac, staralac ili drugo lice koje je dužno da se stara o maloletniku, dok je pasivan subjekt maloletnik.

Ovo krivično delo je propisano u interesu maloletnika i u cilju njegove zaštite, pa se odgovornost roditelja ne vezuje za problematično ponašanje deteta, već na grubo zanemarivanje dužnosti njegovog zbrinjavanja i vaspitavanja. Iako vršenje krivičnih dela od strane maloletnika nesumnjivo ukazuje na njegovu vaspitnu zapuštenost, ne znači da je svaki roditelj takvog maloletnika ujedno i odgovoran za ovo delo. Naprotiv, u praksi se uzima da je radnja krivičnog dela zapuštanje i zlostavljanje maloletnog lica ostvarena ukoliko roditelj naređuje (navodi) decu da prose i čiste stakla automobila na semaforu, tražeći novac od vozača (*Presuda Okružnog suda u Kragujevcu, K. 105/2002 od 26.2.2003. godine*) ili ako je okrivljeni gurnuo svoje maloletno dete na pod i udario ga kaišem (*Presuda Okružnog suda u Užicu, Kž. 282/2007 od 29.11.2007. godine*), ako roditelji živi sa decom u neadekvatnim uslovima, agresivni su prema njima i t. sl.

Međutim, nameće se pitanje zaštite trećih lica od delinkventnog deteta. U tom pogledu su krivičnom pravu prilično „vezane ruke“ imajući u vidu da je jedno od osnovnih krivičnopravnih načela načelo individualne subjektivne odgovornosti koje podrazumeva da svako može krivično odgovarati samo za svoje postupke i isključuje odgovornost za drugog. Shodno tome, roditelj ne može odgovarati za delikt izvršen od strane njegovog krivično neodgovornog deteta i takva dela faktički ostaju nekažnjena. Da paradoks bude još veći, a imajući u vidu da mnoga krivična dela u sebi sadrže i obeležje prekršaja, roditeljima se „više isplati“ da se delo njihovog deteta kvalifikuje kao krivično, budući da na taj način oni ne odgovaraju, dok prekršajno mogu odgovarati. Primera radi, roditelji dvanaestogodišnjaka koji se potuče na ulici mogu prekršajno odgovarati za prekršaj protiv javnog reda i mira, ali u slučaju da taj isti dvanaestogodišnjak izvrši razbojništvo ili ubistvo, za takvo delo ne može odgovarati ni „dete“, ni njegovi roditelji pa faktički ostaje nekažnjeno. Oštećenom u tom slučaju jedino ostaje mogućnost da zahteva naknadu štete u parničnom postupku i to pod uslovom da dokaže da se dete u vreme izvršenja dela nalazilo pod nadzorom roditelja.

Pomenuti princip individualne subjektivne odgovornosti u ovakvim slučajevima ide na uštrb žrtava protivpravnog dela i posmatrano iz njihove vizure teško ga je pomiriti sa načelom pravičnosti. Slične nedoumice, doduše iz drugih razloga (tj. pod pritiskom međunarodnih faktora) je svojevremeno izazivalo uvođenje komandne odgovornosti u naše krivično zakonodavstvo. Najjednostavnije rečeno,

ovaj vid odgovornosti predstavlja odgovornost komandanta za krivična dela izvršena od strane njemu podređenih. U međunarodnom krivičnom pravu, tj. po Statutima međunarodnih krivičnih tribunala i stalnog Međunarodnog krivičnog suda, komandant odgovara za krivična dela podređenih kao da ih je sam izvršio, drugim rečima ako njegovi podređeni izvrše ratni zločin i on će odgovarati za ratni zločin.³⁹ Za razliku od toga, u našem krivičnom pravu komandna odgovornost nije regulisana kao oblik odgovornosti već kao posebno krivično delo nesprečavanje vršenja krivičnih dela protiv čovečnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom.

Analogno tome, pojedini autori osnovano ističu da se „od roditelja očekuje da pravilno vaspitaju i nadziru svoje dete u meri većoj nego što se od vlasnika očekuje da nadzire opasnu stvar ili životinju, ili što se od komandanta očekuje da nadzire ponašanje svojih podređenih“.⁴⁰ Drugim rečima, roditelji su dužni da zaštite treća lica od ponašanja svog deteta te bi u tom smislu trebalo razmotriti uvođenje posebnog delikta po kome bi se krivična odgovornost roditelja zasnivala na propuštanju dužnog nadzora nad ponašanjem deteta. Krivično delo zapuštanja i zlostavljanja maloletnog lica propisano je prevashodno u interesu deteta i odražava zakonsku i moralnu dužnost roditelja da na adekvatan način brinu o svojoj deci. Međutim, uloga roditelja podrazumeva i pravilno vaspitanje tog deteta u smislu nadzora nad njihovim ponašanjem, usađivanja adekvatnih moralnih vrednosti i sprečavanja nanošenja patnje trećim licima koja trpe iste posledice bez obzira da li su žrtve krivičnog dela odraslog učinioca ili protivpravnog dela deteta.

ZAKLJUČAK

Sve veća brutalnost „dečijih“ zločina, navela je pojedine zapadne države na preispitivanje decenijama dominantnog protektivnog pristupa prema maloletnicima u smislu razmatranja snižavanja granice krivične odgovornosti, uvođenja roditeljske kaznene odgovornosti za dela deteta, omogućavanja da se maloletnim učiniocima određenih dela sudi kao punoletnim licima i t.sl. Jer, današnje vreme nosi još jedan paradoks u smislu pojačanih prava deteta, gde se razmatra zabrana njihovog fizičkog kažnjavanja,⁴¹ ostavljanja mogućnosti da prijave roditelje zaštitniku građana i sl., dok se sa druge strane ostavlja isti stepen njihove (ne)odgovornosti. Tako je

39 U praksi Međunarodnih krivičnih tribunala je isticano da ovaj vid odgovornosti ne predstavlja objektivnu odgovornost već da je zasnovana na moći komandanta da kontroliše postupanje svojih podređenih. Komandant se naime ne smatra odgovornim samo zato što se nalazi na nadređenom položaju jer da bi se smatrao odgovornim potrebno je dokazati da je „znao ili je imao razloga da zna za krivična dela pa je propustio da preduzme korake radi njihovog sprečavanja i kažnjavanja“. Odgovornost komandanta se zasniva na propuštanju i nije oblik objektivne odgovornosti. Shodno tome, komandna odgovornost se ne tumači kao odgovornost za drugoga, već pre predstavlja krivično delo nečinjenja odnosno zasnovana je na propuštanju dužnog nadzora. Vidi: ICTY Appeal Chamber, *Delalic et al.*, 20.2.2001, pars. 197, 239.

40 L. Lockwood, „Where Are the Parents? Parental Criminal Responsibility For the Acts of Children“, *Golden Gate University Law Review*, 30/2000, str. 534.

41 Predlog Građanskog zakonika kao jednu od alternativa predviđa uvođenje zabrane fizičkog kažnjavanja dece od strane roditelja. Vidi član 7 Predloga Građanskog zakonika, dostupno na: www.kopaonikschool.org/dokumenta/B_Porodicni_odnosi.pdf, (1. maj 2017).

jedno od prava deteta i „pravo na zaštitu privatnosti“ pa bi, hipotetički posmatrano, dete moglo da prijavi roditelja koji mu „uđe“ u Facebook profil, iako se takve kontrole najčešće vrše u interesu zaštite deteta od pedofila, dečije pornografije i sličnih opasnosti koje dolaze iz *cyber* prostora. Shodno tome, detetu se sa 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. Ako krivično pravo već „štiti“ decu pokazujući time svoju humanost prema najmlađima, onda bi odgovornost trebalo da preuzmu oni koji su dužni da se o deci staraju, usade im adekvatne moralne vrednosti i pravila ponašanja. Jer, elementarna pravičnost nalaže da svaki zločin zahteva adekvatnu sankciju pa je iz ugla žrtve nepravedno rešenje da zločin ostane nekažnjen samo zbog uzrasta učinioca.

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“ pružnjem mera podrške i pomoći. Međutim, pravo ne može i ne treba da bude „partikularno humano“ jer humanost prema učiniocu, u ovom slučaju, po logici stvari podrazumeva nehumanost prema žrtvi. Na taj način dolazi se do paradoksalne situacije da krivično pravo faktički „štiti“ jedanaestogodišnjake sa početka teksta, koji su zapalili beskućnika ili bacili svog vršnjaka sa mosta, zanemarujući interese žrtve i njenu moralnu satisfakciju pa se zarad apstraktne „humanosti“ zatvaraju oči pred konkretnim zločinom.

Vanja Bajović

Faculty of Law, University of Belgrade

NEOCONSERVATIVE TURN IN JUVENILE JUSTICE AND PARENTAL RESPONSIBILITY

SUMMARY

Traditional protective approach in juvenile justice did not provide expected results bearing in mind more frequent and more brutal crimes committed by juveniles. In some cases, perpetrators of such offences are not criminally responsible because of their „young ages“, so this kind of crimes in fact stayed unpunished. Showing „humanitarian“ approach toward of children and giving them the second chance, criminal law simultaneously seems unfair towards the victim of the crime who does not receive adequate legal and moral compensation for the wrongs committed. That is the reason why some western countries, led by the United States in the last decades tightened criminal policy against minors, while legal scholars speak about certain reversal from protective to neoconservative approach in juvenile justice. Among the others, this approach also implies increased responsibility of parents for the crimes committed by their children. In the paper are analyzed different forms of parental responsibility in Serbian Law.

The first part of the paper tries to answer the question why the children of certain ages cannot be criminally responsible. The age of criminal responsibility is different in different

countries, while in Serbian law the children younger of fourteen years are „protected“ from the severity of criminal law. According to author, the children cannot be equalized with insane persons, what is suggested by some scholars, but the ages of criminal responsibility are just some kind of irrefutable legal presumption that depends only on legislative will. In the second part is explained neoconservative approach, while the third part deals with parental responsibility. In Serbian law, parents could be liable for civil offences and misdemeanors committed by their children, while the principle of subjective individual criminal responsibility does not allowed parental criminal liability. Making a parallel with command responsibility and watching primarily from the perspective of the victim, the author suggests introduction of parental criminal responsibility thorough the criminal offence of improper supervision of the children.

Keywords: Juveniles, criminal responsibility, parental responsibility.

Ivan Đokić*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

O OBLICIMA SAUČESNIŠTVA U ENGLESKOM KRIVIČNOM PRAVU

Apstrakt: Učešće više lica u ostvarenju krivičnog dela zahteva u krivičnom pravu naročita pravila koja bi adekvatno vrednovala ulogu i doprinos svakog konkretnog učesnika. Dok je izvršilaštvo najintenzivnija forma učestvovanja, dotle saučesništvo predstavlja doprinošenje tuđem delu neizvršilačkom radnjom kojom se drugi navodi na vršenje krivičnog dela, ili mu se izvršenje nepravda na neki način olakšava. U većini zemalja se ova razlika čini i na normativnom planu, tako da intenzitet i kvalitet doprinosa apstraktno vrednuje već zakonodavac, a konkretno i krivični sud, ocenjujući stvaran značaj saučestvovanja. I u engleskom krivičnom pravu se tradicionalno polazi od razlikovanja između izvršilaštva i saučesništva, s tim što su forme doprinošenja tuđem delu oslonjene na praktično iskustvo i *common law* pravila, te nisu u dovoljnoj meri i precizno određene i jasno međusobno odvojene. Usled toga su u stručnoj javnosti sve prisutniji predlozi da se čitava materija reformiše na način koji će omogućiti lakšu primenu prava i snalaženje u ovoj kompleksnoj oblasti. U radu je u osnovnim crtama ukazano na četiri forme saučesništva koje postoje u engleskom krivičnom pravu, uz razmatranje i niza drugih povezanih pitanja, s tim što je analizirano i učenje o tzv. zajedničkom (udruženom) poduhvatu, kao zasebnoj pravnoj figuri anglosaksonskog krivičnog prava, kojom se u znatnoj meri olabavljaju stege čvrsto uobličenoj principa subjektivne odgovornosti.

Ključne reči: izvršilaštvo, saučesništvo, pomaganje, podstrekavanje, zajednički (udruženi) poduhvat.

1. UVOD

Za razliku od pojedinih, doduše retkih, krivičnopravnih sistema koji ne prave razliku između izvršilaštva i saučesništva (npr. austrijsko pravo),¹ englesko krivično pravo prihvata vladajući restriktivni pojam izvršilaštva, omogućavajući na taj način konceptualno izdvajanje saučesništva u zasebnu formu učestvovanja u krivičnom delu. Restriktivni pojam izvršilaštva, s jedne strane, polazi od toga da se izvršiocom

* docent, djokic@ius.bg.ac.rs

1 Vid. H. Fuchs /2002/: *Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, Wien-New York, 262–263. Takvi sistemi polaze od tzv. ekstenzivnog pojma izvršilaštva, gde se svaki učesnik bez obzira na konkretnu ulogu i doprinos ostvarenju bića krivičnog dela smatra izvršiocom. Vid. D. Atanacković /1995/: Saučesništvo u krivičnom delu, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, № 1–2, Beograd, 10; N. Jovančević /2008/: *Podstrekavanje – oblik saučesništva i samostalno krivično delo*, Beograd, 74–76. Takvo je shvatanje sve do stupanja na snagu Rimskog statuta bilo vladajuće i u okvirima međunarodnog krivičnog prava. Vid. M. Škulić /2005/: *Oblici učestvovanja u ostvarenju krivičnog dela – (sa)izvršilaštvo i saučesništvo u Rimskom statutu, Međunarodni naučni skup – Primena međunarodnog krivičnog prava u nacionalnim zakonodavstvima*, Tara, 111–115.

može smatrati ono lice koje samo preduzima radnju izvršenja (neposredni izvršilac, *principal offender/perpetrator*), ili radnju izvršenja ostvaruje posredstvom drugog lica (posredno izvršilaštvo, *principal offender through an innocent agent*) ili zajedno sa drugim (saizvršilaštvo, *joint principals*).² S druge strane, ovakvo shvatanje omogućava da se učiniocem krivičnog dela (*offender*) pored izvršioca smatra i saučesnik (*secondary party/accesory/accomplice*), tj. lice koje na neki drugi način (ne preduzimajući radnju izvršenja) učestvuje u ostvarenju krivičnog dela.

Uprkos tome što su mnogi opšti instituti engleskog prava sudskog porekla i kao takvi nemaju oslonca u pisanim pravnim izvorima, saučesništvo je zakonski regulisano još u drugoj polovini XIX veka (*Accessories and Abettors Act* iz 1861. god.). Prema rešenju iz 8. odeljka tog zakona jednako kao izvršilac će biti kažnjen i onaj učinilac koji pomaže izvršiocu, podstiče ga, savetuje ili ga navodi da izvrši krivično delo (za koje važi optužno načelo, tj. za koje se sudi pred porotom).³ Značaj ove odredbe izvire iz mogućnosti koju sudija ima da u skladu sa svojim slobodnim ubeđenjem učiniocu (saučesniku) izrekne kaznu koja odgovara njegovom stepenu krivice i intenzitetu kriminalne delatnosti. Nije retko da doprinos nekog ko nije učestvovao u radnji izvršenja i ko se eventualno ograničio na određene psihičke akte bude značajniji od truda koju je izvršilac uložio u radnju izvršenja. To se pre svega odnosi na vođe kriminalnih organizacija koji po pravilu lično ne ostvaruju obeležja određenog krivičnog dela, već, služeći se drugim licima predstavljaju centralnu figuru od koje zavisi tok događaja.⁴

Polazeći od zakonskog teksta, u engleskom krivičnom pravu, moguće je pojmovo razlikovati četiri vrste saučesništva (*aiding, abetting, counselling, procuring*), iako između ovih oblika postoji delimično sadržinsko poklapanje i preplitanje, te se u osnovi svi oblici mogu pojednostavljeno svesti na različite forme podstrekavanja

- 2 U našem krivičnom pravu je ipak prihvaćena najuža varijanta restriktivnog pojma izvršilaštva (za razliku od pristupa u nemačkoj doktrini gde se saizvršilaštvo smatra formom izvršilaštva /na šta i sam pojam upućuje/, a isto važi i u anglosaksonskoj doktrini – saizvršilac nije saučesnik), jer se izvršiocem smatra samo ono lice koje samo preduzima radnju izvršenja, tj. izvršilaštvo se svodi na neposredno izvršilaštvo. Saizvršilaštvo je tradicionalno oblik saučesništva (doduše, u jednom širem smislu), dok posredno izvršilaštvo nije zakonski regulisano i nejasno je njegovo mesto u sistemu krivičnog dela (prava), iako u nauci u poslednje vreme preovlađuje stav da je i za naše pravo prihvatljiva ova pravna figura, jer se u nekim situacijama ona pojavljuje kao jedini način da se izbegne kriminalno-politički neopravdana praznina u kažnjavanju. Vid. Z. Stojanović /2017/: *Krivično pravo. Opšti deo*, Beograd, 251–254; I. Vuković /2013/: O situacijama posrednog izvršilaštva u srpskom krivičnom pravu, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, № 1, Beograd, 96–121.
- 3 N. Haralambous /2010/: *Criminal Law. Directions*, Oxford, 351. Tekst ovog dela zakona na engleskom glasi: *Whosoever shall aid, abet, counsel, or procure the commission of any indictable offence, whether the same be an offence at common law or by virtue of any Act passed or to be passed, shall be liable to be tried, indicted, and punished as a principal offender*. Iako se ova odredba odnosi na krivična dela za koja važi optužno načelo, tj. za koja se krivični postupak vodi pred Sudom krune (*Crown Court*) i uz prisustvo porote, slična odredba (odeljak 44 *Magistrates' Courts Act* iz 1980. god.) važi i za lakše delikte, koji su predmet sumarnog postupka pred magistratima, tj. mesnim sudovima koji sude bez učešća porote. M. Jefferson /2013/: *Criminal Law*, Harlow (etc.), 167–168.
- 4 T. Storey, A. Lidbury /2009/: *Criminal Law*, Willan Publishing, Devon, 301.

i pomaganja.⁵ Usled toga je i Apelacioni sud (*Court of Appeal*) zaključio da tužilac u optužnom aktu treba da upotrebi sva četiri izraza (*aid, abet, counsel or procure*) bez obzira o kojoj konkretnoj formi saučesništva se radi.⁶ Pri tome, zakonom nije određeno značenje ovih izraza, već je njihov pojam potrebno tražiti u pravilima *common law*-a i sudskoj praksi.⁷

U nastavku rada će najpre biti razmotrena objektivna strana (*actus reus*) ovih saučesničkih formi, dok će kasnije jedinstveno biti raspravljeno pitanje subjektivnih uslova (*mens rea*) nužnih za postojanje saučesništva.

2. OBJEKTIVNA STRANA SAUČESNIŠTVA

2.1. Pomaganje (*aiding/abetting*)

Aiding. Ovaj oblik saučesništva predstavlja klasičan vid pomaganja i uključuje pružanje podrške izvršiocu krivičnog dela, tj. podupiranje dela i doprinos njegovom izvršenju. Da bi postojao ovaj oblik saučesništva, a ne zasebno krivično delo, neophodno je da je pomoć izvršiocu pružena pre ili za vreme izvršenja dela.⁸ Primeri koji se navode kao ilustracija ove forme saučesništva uglavnom obuhvataju čuvanje straže za vreme izvršenja krivičnog dela, ili dovoženje izvršioca do mesta izvršenja, stavljanje na raspolaganje sredstva za izvršenje, ili davanje saveta kojim se izvršiocu pomaže i olakšava izvršenje dela.⁹ Uglavnom je reč o onome što se u evrokontinentalnom krivičnom pravu tradicionalno naziva tzv. fizičkim pomaganjem, ali nije isključeno da se ostvari i određeni psihički uticaj na izvršioca (davanje saveta). Pri tome, nije neophodno da izvršilac zna da mu drugo lice pomaže, tj. postojaće pomaganje čak i ako izvršilac ne zna za pomagača, sve dok je pomagač svestan da izvršiocu pruža doprinos izvršenju krivičnog dela.¹⁰ Da bi se radilo o

5 Vid. D. Ormerod, K. Laird /2015/: *Smith and Hogan's Criminal Law*, Oxford, 204. Još pre nekoliko decenija zauzet je stav da izrazima kojima je zakonodavac opisao *actus reus* ovih oblika saučesništva (*aid, abet, counsel, procure*) treba pripisati uobičajeno, svakodnevno značenje, te da treba poći od toga da između ovih pojmova postoji sadržinska razlika, jer u suprotnom zakonodavac ne bi upotrebio četiri izraza, ako su za označavanje objektivne strane svih oblika saučesništva dovoljna dva ili tri izraza. Vid. N. Haralambous /2010/: 352. No, u savremenoj engleskoj krivičnopravnoj misli ovo shvatanje se dovodi u pitanje, jer prema određenim stavovima postoje i takvi oblici saučesništva (*abetting*) koji zapravo nemaju vlastiti sadržaj, pošto je on već pokriven ostalim formama. M. Jefferson /2013/: 169.

6 N. Haralambous /2010/: 353.

7 R. Card /2012/: *Card, Cross & Jones Criminal Law*, Oxford, 730. Kako je ove izraze teško prevesti na jezik naše krivičnopravne terminologije (koja počiva na razlikovanju pojmovnog para podstrekavanje – pomaganje), a da se u isti mah očuva suština njihovog značenja, oni će u ovom radu biti korišćeni u svom izvornom obliku.

8 D. Ormerod, K. Laird /2015/: 215. Pomoć koja se sastoji u sakrivanju učinioca, tragova dela ili predmeta korišćenih ili pribavljenih izvršenjem krivičnog dela, nakon što je delo učinjeno, ne predstavlja saučesništvo (koristi se i izraz *accessory before the fact*), već zasniva odgovornost za samostalan delikt (*accessory after the fact*) koji predviđa *Criminal Law Act* iz 1967. god. N. Haralambous /2010/: 369.

9 *Ibid*, 353.

10 M. Jefferson /2013/: 171.

kažnjivom pomaganju, dovoljan je, prema shvatanju koje istini za volju nije široko prihvaćeno u praksi, i sasvim neznatan doprinos po kvalitetu,¹¹ iako nije sporno da radnja pomagača ne mora da bude nužna za preduzimanje radnje izvršenja, već da je ona nju samo olakšala.¹²

Abetting. I ovaj oblik saučesništva predstavlja svojevrsnu formu pomaganja, samo za razliku od prethodnog oblika ovde je reč o psihičkoj podršci koju pomagač pruža izvršiocu krivičnog dela i to u trenutku kada je izvršilac već započeo radnju izvršenja.¹³ Prag objektivnih uslova za postojanje ovog oblika saučesništva je dosta nisko postavljen.¹⁴ Kao primer se navodi upućivanje reči ohrabrenja i podrške izvršiocu koji je već ušao u kriminalnu zonu preduzimanjem radnje izvršenja. To dalje podrazumeva da je saučesnik prisutan na mestu izvršenja krivičnog dela. Kao dodatna pretpostavka zahteva se svesno i voljno podsticanje i ohrabivanje izvršioca od strane pomagača, rečima ili gestovima, tj. umišljajno preduzimanje saučesničke radnje.¹⁵ Prema preovlađujućem shvatanju samo prisustvo na mestu izvršenja nije dovoljno da zasnuje odgovornost,¹⁶ čak iako je ono faktički imalo uticaj na izvršioca, pojačavajući njegovu rešenost ili sigurnost u ostvarenju krivičnog dela.¹⁷

Ipak, u delu sudske prakse se ponekad posmatranje vršenja krivičnog dela i obično prisustvo na mestu izvršenja dela, čak i bez ikakvog komunikativnog uticaja na izvršioca smatra ovim oblikom saučestvovanja u delu.¹⁸ To je uvek slučaj ukoliko je kod učinioca postojala obaveza da spreči izvršenje krivičnog dela, tako da nije sporno da se ovaj oblik pomaganja može ostvariti i nečinjenjem.¹⁹

11 J. Herring /2013/: *Criminal Law*, Palgrave Macmillan, 318.

12 D. Ormerod, K. Laird /2015/: 215.

13 U literaturi je prisutan i stav pojedinih autora da niko nije u stanju da precizno odredi značenje ovog pojma, te da nepravo ovog oblika nema vlastiti supstrat, već da je ono kombinacija *aiding* i *counselling*. J. Herring /2013/: 318. U odlukama *NCB v Gamble* [1959] i *Lynch v DPP for NI* [1975] izrazi *aid* i *abet* korišćeni su kao sinonimi. M. Jefferson /2013/: 169.

14 T. Storey, A. Lidbury /2009/: 304.

15 N. Haralambous /2010/: 353.

16 M. Jefferson /2013/: 172–173.

17 N. Haralambous /2010/: 353–354. U jednom slučaju (*Clarkson & Carroll* 1971) nekoliko lica je ušlo u prostoriju u kojoj su vojnici silovali jednu ženu. Oni su to samo posmatrali, ne pokušavajući da spreče (sa)izvršioca. Sud je smatrao da njihovo ponašanje nije bilo dovoljno da zasnuje odgovornost, zaključkom da nije presudan objektivni doprinos delu i eventualna podrška izvršiocu, već je neophodno dokazati i postojanje umišljaja da se doprinese izvršenju dela. N. Padfield /2012/: *Criminal Law*, Oxford, 145.

18 Tako je u jednom slučaju iz sredine prošlog veka (*Wilcox v Jeffery*) novinar jednog muzičkog časopisa odgovarao kao pomagač u deliktu koji je izvršio američki saksofonista. Njemu je boravak u Engleskoj odobren pod uslovom da ne održava nikakve nastupe, ali je on ipak priredio koncert u jednom džez klubu u Londonu. Novinar koji je znao da je muzičar prekršio uslov ulaska u zemlju izvestio je o nastupu u svom časopisu, a prethodno je prisustvovao i samom nastupu. Osuđen je kao pomagač uz obrazloženje da je svojim ponašanjem podržao izvršioca dela. Činjenice iz kojih je sud izvukao ovakav zaključak odnosile su se na to da je novinar posetio koncert, platio je kartu i pri tome nije izrazio protest zbog nastupa, već je čak uživao u izvođenju, i konačno, o svemu je izvestio javnost u svom magazinu, od čije je prodaje ostvario određenu zaradu. N. Haralambous /2010/: 354–355.

19 *Ibid*, 355.

2.2. Podstrekavanje (*counselling/procuring*)

Counselling. Obuhvata različite forme podstrekavanja, počev od navođenja drugog da izvrši krivično delo, preko ohrabrenja izvršioca učvršćivanjem nedovoljno uobličene odluke, pa sve do pretnje da se krivično delo izvrši. Radi se o klasičnom obliku podstrekavanja kakav postoji i u evrokontinentalnom krivičnom pravu. Tako je u jednom slučaju (*Luffmann* 2008) smatrano da postoji ovaj oblik saučesništva kada je učinilac prišao drugom licu i ponudio mu novac da ovaj usmrti žrtvu.²⁰ Od prethodnog oblika saučesništva (*abetting*) *counselling* se razlikuje po tome što se ove radnje preduzimaju pre nego što je kod izvršioca stvorena odluka, dok *abetting* podrazumeva da je ostvarenje krivičnog dela već započeto i doprinos se pruža u mestu izvršenja.²¹ Pri tome, za ovaj oblik saučesništva, nije nužno da se kod izvršioca stvara odluka, već se podstrekački doprinos može sastojati i u daljem jačanju već formirane volje i stvorene odluke da se delo izvrši (to u bitnoj meri predstavlja razliku u odnosu na evrokontinentalno krivično pravo, koje bi u toj varijanti prepoznalo psihičko pomaganje); to znači da će postojati *counselling* čak i u situaciji *omnimo-do facturatus*, tj. kada je izvršilac već formirao odluku, ili kada izvršilac uopšte nije pridao značaj ponašanju saučesnika (ignorirao je njegovu radnju).²² Ipak, u skladu sa najnovijom praksom viših sudova, potrebno je da postoji *nekakva uzročna veza* (*some connecting link*) između radnje saučesnika i radnje koju preduzima izvršilac (isto važi i za *abetting*),²³ tj. zahteva se utvrđivanje postojanja saučesničkog doprinosa izvršilačkoj delatnosti; prema ovom shvatanju potreban je stvaran uticaj na radnju izvršenja i dokaz da je ono što je izvršilac učinio ostvareno uz pomoć ili podsticaj drugog lica (*abettor, counsellor*),²⁴ odnosno, da je prilog saučesnika zaista iskorišćen (*Able* [1984]),²⁵ iako se ne zahteva da bez takvog doprinosa delo uopšte ne bi bilo moguće izvršiti.²⁶

Procuring. Ovaj oblik u osnovi predstavlja jedan suptilan način podstrekavanja,²⁷ ali gde ne postoji naročit komunikativni uticaj podstrekača na izvršioca u pravcu stvaranja odluke da se izvrši određeno krivično delo, već podstrekač očekuje da će njegovo ponašanje provocirajuće uticati na drugoga, tako da će ga okolnosti u ko-

20 M. Jefferson /2013/: 170.

21 N. Haralambous /2010/: 355. U novijoj literaturi se ističe da je ovaj kriterijum stvorila ranija praksa, i da nova praksa za *abetting* ne zahteva uvek prisustvo u mestu izvršenja. M. Jefferson /2013/: 170. Ipak, za oba oblika je nužan dokaz komunikativnog uticaja na izvršioca, jer stvaranje odluke, dalje jačanje već formirane odluke ili ohrabrivanje podrazumeva aktivno psihičko delovanje na izvršioca. To neće biti slučaj ukoliko je neko lice npr. napisalo pismo podrške drugome u ostvarenju njegovog kriminalnog plana, ali to pismo drugome nije poznato, jer nije ni predato pošti, niti mu je upućeno na neki drugi način. R. Card /2012/: 736.

22 M. Jefferson /2013/: 170.

23 N. Haralambous /2010/: 356.

24 R. Card /2012/: 735.

25 J. Herring /2013/: 318. Iako se ističe da za *aiding, abetting* i *counselling* nije neophodna čvrsta (*jaka*) kauzalna veza. T. Storey, A. Lidbury /2009/: 304.

26 M. Jefferson /2013/: 171.

27 Iako u pojedinim situacijama kada se učinilac posluži nedoloznim oruđem (*innocent agent*), tj. kada posredniku nije poznato da svojim ponašanjem ostvaruje nepravo, može postojati posredno izvršilaštvo. Vid. D. Ormerod, K. Laird /2015/: 218.

jima se našao, a na koje je podstrekač uticao navesti da izvrši krivično delo. Jednostavno rečeno, podstrekač ne ostvaruje direktan uticaj na izvršioca, već ga skrivajući subjektivnu usmerenost svojim ponašanjem objektivno navodi da izvrši krivično delo.²⁸ Stoga mora postojati kauzalna veza između radnje onoga ko drugog skriveno navodi na izvršenje dela i krivičnog dela koje ostvaruje drugo lice.²⁹ Kao vodeći slučaj u ovoj oblasti navodi se jedan primer iz 1975. god. Učinilac je znajući da će njegov prijatelj sestri za volan svog motornog vozila krišom usuo alkohol u njegovu piće. Pošto je u alkoholisanom stanju prekoračio granicu dozvoljene brzine njega je kasnije u povratku kući zaustavila policija. Iako je učinilac najpre oslobođen optužbe za saučesništvo u deliktu, jer je prvostepeni sud smatrao da on nije direktno ostvario komunikativni uticaj na prijatelja u smeru stvaranja odluke, tj. nije sa njim „podelio“ svoj umišljaj, sud je smatrao da takav direktni uticaj i nije potreban, tj. izvršilac i ne mora znati da je od drugoga podstreknut da izvrši određeni delikt, već je dovoljno i umišljajno dovođenje u situaciju koja će rezultirati vršenjem nepravda.³⁰

3. SUBJEKTIVNA STRANA SAUČESNIŠTVA

Subjektivna strana (*mens rea*) svih oblika saučesništva tradicionalno zahteva tzv. dvostruki umišljaj, tj. da je učinilac svesno i voljno preduzeo radnju saučesništva, kao i da je znao sve bitne elemente krivičnog dela koje će izvršilac ostvariti.³¹

Prvi uslov se svodi na umišljajno preduzimanje radnje saučesništva. Iako je nehatno pomaganje ili podstrekavanje zamislivo,³² ono je krivičnopravno potpuno irelevantno. Preovlađuje stav da nije neophodno da postoji direktni umišljaj (*direct intent*), već je dovoljno da učinilac drži da postoji velika verovatnoća da će njegova radnja predstavljati podršku izvršiocu (*oblique intent*). Ovde je zanimljiv i stav da se radnja saučesništva može učiniti i u okviru kakve redovne i inače dozvoljene aktivnosti, tj. u vršenju svakodnevnih poslova i profesije, ali pod uslovom da je onom ko takvu delatnost preduzima (npr. prodavac neke stvari) bilo nedvosmisleno jasno da će njegova radnja biti iskorišćena za vršenje krivičnog dela. Drugim rečima, potreban je njegov (direktni) umišljaj, tj. da on zna da će npr. kupac iskoristiti nož koji kupuje za vršenje krivičnog dela.³³

28 Vid. N. Haralambous /2010/: 356. Nasuprot tome, u evrokontinentalnoj doktrini dominira shvatanje o neophodnom psihičkom komunikativnom uticaju podstrekača na izvršioca, pa se tako uzima da „ne predstavlja radnju podstrekavanja samo stvaranje situacije za koju se pretpostavlja da će kod nekog lica izazvati odluku da izvrši krivično delo“. Z. Stojanović /2017/: 265.

29 M. Jefferson /2013/: 171–172.

30 N. Haralambous /2010/: 356.

31 N. Padfield /2012/: 146–147.

32 Tako je npr. nehatno pomaganje moguće u slučaju kada čuvar nekog objekta zaboravi da zaključa ulazna vrata ili kapiju, pa omogućujući drugom licu da neometano uđe u taj prostor i oduzme određenu stvar. J. Herring /2013/: 321.

33 Vid. N. Haralambous /2010/: 358. U našoj literaturi o objektivnim i subjektivnim kriterijumima razgraničenja relevantnih svakodnevnih radnji vid. I. Vuković /2015/: Pomaganje u krivičnom delu u obavljanju zanimanja i preduzimanju svakodnevnih poslova, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, № 2, Beograd, 45–60.

Druga pretpostavka subjektivne prirode za postojanje saučesništva predstavlja znanje saučesnika o svim bitnim elementima bića glavnog krivičnog dela (*essential matters which constitute the offence*).³⁴ To znači da su saučesniku poznata sva objektivna (*actus reus*) i subjektivna (*mens rea*) obeležja krivičnog dela u kome pruža doprinos ili na koje navodi izvršioca.³⁵ Apelacioni sud je u jednom predmetu zaključio da saučesnik treba da je svestan realnog rizika (*real risk*) da bi izvršilac mogao izvršiti krivično delo. Ovo podrazumeva da je saučesnik predvideo vrstu i tip radnje koju bi izvršilac mogao preduzeti, kao i okolnosti koje čine objektivnu stranu krivičnog dela. Ovaj uslov se procenjuje u skladu sa subjektivnim merilom, tj. potrebno je dokazati da je saučesnik zaista imao takvu svest; nije dovoljno da je on na osnovu svih okolnosti trebalo da bude svestan toga.³⁶

Važno je i pitanje u kojoj meri umišljaj podstrekača i pomagača treba da obuhvati elemente glavnog dela, tj. da li je neophodna svest o svim obeležjima dela, konkretnim pojedinostima i načinu izvršenja, ili je dovoljna neka opšta svest o određenom tipu i vrsti delikta. Ovo je pitanje otvoreno i u sudskoj praksi. Poznat je slučaj od pre više od pola veka (*Bainbridge*). Učinitelj je izvršio tešku krađu snabdeo opremom za obijanje koju su oni iskoristili da nasilno uđu u prostorije jedne banke. Tvrdio je da je posumnjao da će oni sredstvo koje im je stavio na raspolaganje iskoristiti za nešto nedozvoljeno, ali nije znao da će njime izvršiti konkretno delo. Razmatrajući njegovu žalbu Apelacioni sud je zauzeo stav da nije dovoljno pokazati da je saučesnik držao da će njegova radnja biti iskorišćena za „nekakvu kriminalnu aktivnost“. Dakle, neka opšta predstava o mogućem kriminalnom poduhvatu, koja nije konkretizovana i precizirana nije dovoljan osnov za zasnivanje odgovornosti, ali za potreban subjektivni kvalitet nije potrebno ni da saučesnik svojim umišljajem obuhvati svaku konkretnu pojedinost izvršenja glavnog dela, vreme ili mesto izvršenja i sl.³⁷ Shodno tome, dovoljno je da saučesnik ima svest o *bitnim* crtama glavnog dela,³⁸ tj. osudu zasniva znanje da će izvršilac određeno sredstvo iskoristiti za vršenje određenog *tipa* delikta.³⁹

4. PRAVNA PRIRODA SAUČESNIŠTVA

I u anglosaksonskoj doktrini se polazi od akcesorne prirode saučesništva. Nepravo saučesničke radnje se derivira iz neprava glavnog dela.⁴⁰ Da bi posto-

34 T. Storey, A. Lidbury /2009/: 308.

35 N. Haralambous /2010/: 358. Ovaj uslov, uz odredivost konkretnog izvršioca, prisutan je i u evrokontinentalnoj krivičnopravnoj doktrini. To uostalom odgovara i „uslovu akcesornosti saučesništva, jer se delo izvršioca saučesniku može uračunati samo ukoliko ono u bitnim crtama odgovara onome u čemu je saučesnik i hteo da učestvuje.“ I. Vuković /2016/: Značaj određenosti dela izvršioca za postojanje podstrekavanja i javno pozivanje na vršenje krivičnog dela, *Revija za kriminologiju i krivično pravo* (№ 2–3) i *Crimen* (№ 3), Beograd, 317.

36 N. Haralambous /2010/: 358–359.

37 T. Storey, A. Lidbury /2009/: 309; N. Haralambous /2010/: 359.

38 R. Card /2012/: 743; M. Jefferson /2013/: 178. Isto važi i za evrokontinentalno krivično pravo. I. Vuković /2016/: 317.

39 N. Haralambous /2010/: 359.

40 N. Padfield /2012/: 155; M. Jefferson /2013/: 169.

jalo saučesništvo potrebno je da postoji i izvršilaštvo.⁴¹ Bez izvršioca nema ni podstrekača, ni pomagača.⁴² Jednako kao i u većini evropskih zemalja polazi se od tzv. limitirane (ograničene) akcesornosti. To znači da ostvarenje neprava glavnog dela od strane izvršioca zasniva postojanje saučesništva,⁴³ ali nije neophodno da izvršilac postupa skrivljeno.⁴⁴ Doduše, poput rešenja iz našeg krivičnog prava, moguće je da postoji odgovornost „saučesnika“ iako nema glavnog dela i izvršioca, kao što je to slučaj kod tzv. neuspelog podstrekavanja (odgovornost za zaseban delikt koji predviđa *Serious Crime Act 2007*),⁴⁵ s tim što je moguća odgovornost i po nekom drugom osnovu, ali uvek u okvirima pojedinih inkriminacija (*conspiracy*).⁴⁶

5. ODGOVORNOST SAUČESNIKA ZA KRIVIČNO DELO

Saučesništvo se kažnjava kaznom propisanom za delo na koje se pomaganje ili podstrekavanje odnosi. Kazna koju će sud izreći zavisice od okolnosti dela, stepena doprinosa izvršenju krivičnog dela i konkretne uloge i ličnih okolnosti svakog saučesnika.⁴⁷

Moguće je i da saučesnik odgovara za teže delo od onog koje je izvršilac izvršio, npr. ukoliko je podstrekavao na teži oblik ubistva (*murder*), a izvršilac uspešno ukaže na svoju smanjenu odgovornost (*diminished responsibility*) koja delo prekalifikuje u obično ubistvo (*manslaughter*), odgovornost saučesnika se procenjuje u granicama njegovog umišljaja.⁴⁸

Odsustvo ličnog svojstva koje se zahteva za postojanje izvršioca krivičnog dela nije prepreka da neko lice odgovara kao saučesnik.⁴⁹

U anglosaksonskoj doktrini polazi se od toga da čak i pasivni subjekt može u ponekim slučajevima da odgovara kao saučesnik. Npr. lice A navedeno od lica B

41 Pri tome, nije nužno da izvršilac bude odgovoran za ostvareno nepravo, niti je od značaja to što izvršilac nije poznat, tj. što se ne može utvrditi njegov identitet. R. Card /2012/: 731.

42 N. Haralambous /2010/: 360.

43 Bez *actus reus*-a izvršioca nema saučesništva. T. Storey, A. Lidbury /2009/: 302; J. Herring /2013/: 327.

44 Interesantan je slučaj *Cogan and Leak* iz 1975. god. Učinilac je od svoje supruge zahtevao da ima polni odnos sa njegovim poznanikom koji bi on posmatrao. Iako supruga nije pristala na seksualni odnos sa drugim muškarcem (koji nije znao za izostanak njenog pristanka), bojala se svog supruga i tokom odnosa, iako sve vreme jecajući, nije vidljivo pružala fizički otpor. Muškarac je u prvostepenom postupku kao izvršilac osuđen za silovanje, a suprug je smatran saučesnikom (*procuring* kao oblik saučesništva). Ipak, u žalbenom postupku izvršilac je oslobođen optužbe, jer je Apelacioni sud zaključio da je on postupao u iskrenom ubeđenju da postoji dobrovoljna obljava, tako da mu je nedostajao potreban *mens rea* element krivičnog dela silovanja. Uprkos tome, muž je osuđen kao podstrekač, iako kod izvršioca nije postojala krivica. N. Haralambous /2010/: 361.

45 R. Card /2012/: 734.

46 M. Jefferson /2013/: 169. O pojmu zavere (*conspiracy*) u našoj literaturi vid. M. Škulić /2014/: Odnos organizovanog kriminaliteta u krivičnompravnom smislu i saučesništva, *NBP*, № 3, Beograd, 12–19.

47 J. Herring /2013/: 316.

48 N. Haralambous /2010/: 361–362.

49 R. Card /2012/: 737.

ovom nanese tešku telesnu povredu. Lice B, iako povređeno i pasivni subjekt dela, odgovara i kao podstrekač.⁵⁰ U nekim slučajevima zauzima se stav da ukoliko je intencija zakonodavca pojačana zaštita određene grupe lica kroz pojedine inkriminacije, onda pripadnik takve grupe, iako pruža izvestan doprinos, ne može odgovarati i kao saučesnik.⁵¹ Tako, lice koje nije navršilo 16 godina (za razliku od našeg prava u Engleskoj je starosna dob kada lice stiče pravo na slobodno odlučivanje za stupanje u seksualne odnose nešto više postavljena) ne može da odgovara kao saučesnik ako daje podsticaj izvršiocu da sa njim izvrši obljubu, jer krivično delo obljuba sa detetom ima za cilj da pruži zaštitu licima koja nisu stekla polnu zrelost, pa i od njih samih.⁵²

6. ZAJEDNIČKI (UDRUŽENI) PODUHVAT (JOINT ENTERPRISE LIABILITY)

Anglosaksonsko krivično pravo poznaje i ustanovu tzv. zajedničkog (udruženog) poduhvata (*joint enterprise*). Ona postoji kada se dva ili više lica udruže oko ostvarenja istog zajedničkog cilja (*common purpose*). Sva lica okupljena oko istog zajedničkog cilja odgovorna su za svaki delikt učinjen u ostvarenju tog cilja pod uslovom da ne postoji neka suštinska razlika (*fundamental difference*) između dogovorene radnje i one koja je preduzeta.⁵³ Pri tome, ovde se ne radi nužno o saizvršilaštvu, iako pripadnici udruženog poduhvata nekad mogu postupati kao saizvršioци određenog krivičnog dela.⁵⁴ Ovaj oblik odgovornosti omogućuje osudu svakog člana udruženog poduhvata, nezavisno od njegove konkretne uloge i doprinosa u ostvarenju krivičnog dela.⁵⁵ Za odgovornost je dovoljno da je pripadnik zajedničkog poduhvata koji nije učestvovao u preduzimanju radnje izvršenja *predvideo* da bi neki drugi član zajedničkog poduhvata *mogao* da ostvari obeležja određenog krivičnog dela.⁵⁶ U tome je osnovna razlika između redovnih oblika saučesništva i ove zasebne forme odgovornosti.⁵⁷ Dok je kod saučesništva neophod-

50 Vid. T. Storey, A. Lidbury /2009/: 315.

51 J. Herring /2013/: 328.

52 M. Jefferson /2013/: 192.

53 Za takva krivična dela se u literaturi ponekad upotrebljava izraz *collateral offences*.

54 N. Haralambous /2010/: 362.

55 M. Jefferson /2013/: 179; J. Herring /2013/: 319.

56 R. Card /2012/: 749. Ova forma odgovornosti je stoga šira i od ranije prisutnog oblika saučesništva u našem krivičnom pravu – organizovanja zločinačkog udruženja, jer je prema potonjem institutu mogao odgovarati samo onaj ko je stvorio ili iskoristio neku već postojeću organizaciju, bandu, zaveru, grupu ili drugo udruženje, dok kod zajedničkog zločinačkog poduhvata odgovornost dotiče svakog člana takve kriminalne družine.

57 Ovaj oblik odgovornosti koji proširuje uslove za kažnjivost u krivičnom pravu prihvaćen je i u okvirima međunarodnog krivičnog prava, s obzirom na to da je anglosaksonsko krivično pravo svojom pojmovnom aparaturom i sistemom instituta pretežno uticalo na rešenja u ovom sistemu, koji se još uvek nalazi u fazi nastajanja. Tako je i u praksi Tribunala za bivšu Jugoslaviju došlo do primene ove ustanove, „koja omogućava relativno laku osudu, jer postavlja veoma niske standarde za učešće u krivičnom delu“. Z. Stojanović /2016/: *Međunarodno krivično pravo*, Beograd, 73.

no doprinošenje tuđem delu pomaganjem ili podstrekavanjem, ovde to nije potrebno.⁵⁸

Nauka je podeljena oko pitanja pravne prirode ove ustanove. Pojedini autori, s jedne strane, smatraju da je reč o posebnoj formi odgovornosti u krivičnom pravu, dok s druge strane, stoje zastupnici shvatanja da je udruženi poduhvat samo jedan zaseban oblik saučesništva.⁵⁹ Ipak, čini se da najnovija praksa polazi od toga da klasične slučajeve saučesništva u izvesnoj meri treba razlikovati od koncepcije udruženog poduhvata, tako da je za ovaj poseban oblik odgovornosti stvoren i niz novih pravila od kojih je posebno vredno pomena to da u ovom drugom slučaju nije neophodno dokazati postojanje umišljaja da se izvršiocu dela pruži određeni doprinos.⁶⁰

U novijoj praksi je sve više slučajeva u odnosu na koje se primenjuje ovaj oblik odgovornosti. Tipični su primeri kada se više lica udruži u cilju vršenja provalne krađe, a jedan od učesnika usmrti vlasnika (korisnika) stana. Preostali učesnici odgovaraju i za ubistvo ukoliko je to delo povezano sa ostvarenjem njihovog zajedničkog cilja, tj. ukoliko je ostvareno u izvršenju tog cilja, što u ovakvom slučaju nije sporno. Ne traži se da je takav akt bio uključen u dogovor, ili da je bio razmatran pre započinjanja ostvarenja krivičnog neprava, niti je od presudnog značaja identifikovanje učinioca koji je ostvario to delo.⁶¹

Zajednički cilj oko koga se okupilo više osoba može biti izraz izričitog dogovora učesnika u nekoj kriminalnoj aktivnosti, ali je moguće da to predstavlja spontanu i prećutnu reakciju više učesnika (kao kada npr. neplanirano izbije tuča između više osoba a neke od njih se i bez prethodnog dogovora i plana prećutno udruže i napadnu jednog od učesnika).⁶²

Doktrina udruženog poduhvata počiva na stavu da svi učesnici odgovaraju za sve posledice, kako očekivane i predvidive, tako i neočekivane ali predvidive, koje rezultiraju iz radnji koje se preduzimaju u okviru zajedničkog cilja. Ograničenje postoji jedino u tome da onaj pripadnik udruženog poduhvata koji preduzima radnju van okvira zajedničkog cilja ne kriminalizuje i ostale pripadnike ukoliko oni takvu posledicu nisu mogli predvideti.⁶³ Na taj način je u jednom slučaju (*Greatrex* [1998]) otpala odgovornost za ubistvo preostalih učesnika koji su sporazumno napali žrtvu hoteći da je teško povrede, ali je samo jedan od njih, što drugima nije bilo poznato (niti su to mogli da predvide) metalnom šipkom usmrtio žrtvu; način

58 M. Jefferson /2013/: 179.

59 N. Padfield /2012/: 150.

60 N. Haralambous /2010/: 362.

61 M. Jefferson /2013/: 179. U ranijoj jugoslovenskoj praksi kod organizovanja zločinačkog udruženja polazilo se od zakonskog ograničenja shodno kojem organizator nije mogao da odgovara za delo pripadnika koje nije proizašlo iz zločinačkog plana. Tako je u jednom slučaju organizator izbegao osudu za ubistvo „koje je učinio član grupe na svoju ruku, bez naloga i naknadnog odobrenja organizatora, koji je to delo najoštrije osudio i naredio da se učinilac razoruža“. D. Atanacković /1995/: 57.

62 N. Haralambous /2010/: 362.

63 M. Jefferson /2013/: 181.

na koji je to učinjeno je potpuno drugačiji od onog dogovorenog.⁶⁴ Dakle, ovde objektivnu odgovornost za eksces jednog učesnika isključuje jedino neočekivana i nepredvidiva posledica, dok u slučaju kada je takvu posledicu bilo moguće predvideti kao *verovatnu* odgovornost ostaje netaknuta.⁶⁵ Dovoljno je za odgovornost pripadnika udruženog poduhvata da su predvideli mogućnost da neki član izađe van okvira zajedničkog cilja i izvrši i drugo delo (npr. da su razbojnici držali da je moguće da jedan od učesnika koji ima oružje usmrti čuvara banke).⁶⁶ Odgovornost otpada jedino ako se radi o potpuno drugačijoj radnji (*fundamentally different act*), koju pripadnik udruženog poduhvata nije mogao predvideti (*English 1997*).⁶⁷

Vidi se da ovako široko postavljen okvir za uspostavljanje odgovornosti u izvesnoj meri stoji nasuprot načelu krivice, kao dominantnom polaznom idejom svakog demokratskog krivičnog pravnog sistema. Na taj se način, kršenjem nekih od temeljnih vrednosti i dostignuća modernog krivičnog prava, omogućava efikasnija krivičnopravna zaštita, stvaranjem širokog prostora za osudu učinilaca koji prema redovnim pravilima ne bi mogli biti kažnjeni, čime se u stvari otvaraju vrata za prodor objektivne odgovornosti u krivično pravo.⁶⁸

7. DOZVOLJENOST I ZNAČAJ ODUSTANKA

Saučesnik, a isto važi i za pripadnika zajedničkog poduhvata, može odustankom od svoje odluke i potiranjem prvobitno negativno usmerene (kriminalne) energije izbeći odgovornost za nepravu, pod uslovom da su ostvarene određene pretpostavke.⁶⁹ Uslovi za relevantan odustanak zavise od trenutka u kome se ispoljava povlačenje od kriminalne radnje. Odustanak je moguć pre i nakon započinjanja radnje izvršenja. Za odustanak u fazi pre otpočinjanja radnje izvršenja dovoljno je da pripadnik udruženog poduhvata *saopšti* drugim pripadnicima da je promenio odluku i da se povlači. Ne traži se ništa više od toga, npr. sprečavanje ostalih pripadnika i sl. Ali iako za punovažnost odustanka nije nužan neki dodatni uslov, saopštavanje drugim pripadnicima svoje promenjene odluke je neophodno, pa se tako primera radi nepojavljivanje na dogovorenom mestu u dogovoreno vreme ne može računati kao nedvosmislen odustanak.⁷⁰ U fazi kada je izvršenje krivičnog dela već započeto uslovi za odustanak su nešto stroži. Tu već nije dovoljno da se povlačenje drugima nedvosmisleno predoči, već je neophodno da se pokajanje odrazi kroz određene radnje. Ipak, ostaje nejasno šta je konkretno potrebno da bi se odustanak smatrao

64 *Ibid*, 185.

65 N. Haralambous /2010/: 363–364.

66 *Ibid*, 364.

67 *Ibid*, 364–365.

68 To je bio jedan od osnovnih razloga za napuštanje organizovanja zločinačkog udruženja kao oblika saučesništva u našem ranijem krivičnom pravu. Organizator je mogao odgovarati za svako krivično delo koje je učinio pripadnik udruženja, a koje je proizašlo iz zločinačkog plana, bez obzira na to da li mu je bilo poznato da je takvo delo učinjeno. Vid. N. Srzentić, A. Stajić, Lj. Lazarević /2000/: *Krivično pravo. Opšti deo*, Beograd, 266–267.

69 T. Storey, A. Lidbury /2009/: 313.

70 J. Herring /2013/: 326.

relevantnim, ali je u praksi preovladao stav da je potrebna odgovarajuća radnja kojom se sprečava izvršenje dela (oduzimanje noža drugom učiniocu tako da je on onemogućen da delo dovrši, ili zaštita pasivnog subjekta na taj način što se učinilac svojim telom ispreči pred drugim učiniocima).⁷¹

8. ZAKLJUČAK

Iako su pojam saučesništva, kao i njegove pojavne forme, u engleskom pravu zasnovani na shvatanju koje je zakonski uobličeno još pre gotovo jednog i po veka, te su forme nedovoljno međusobno izdiferencirane, zbog čega postoje predlozi da se čitava materija uredi na način koji će preciziranjem konkretnih načina učestvovanja u krivičnom delu obezbediti veću sigurnost. I pored toga, postojeće rešenje u Engleskoj se suštinski ne razlikuje u bitnoj meri u odnosu na klasične forme saučesništva koje su prisutne u okvirima evrokontinentalnog krivičnog prava. Iako zakonodavac izdvaja četiri zasebne forme saučesništva, razlika između njih nije precizno povučena, tako da se one u stvari svode na različite forme pomaganja i podstrekavanja. U odnosu na određena pitanja gotovo da i ne postoji razlika između engleskog (anglosaksonskog) učenja i shvatanja evrokontinentalne krivičnopravne misli (mada su i u okviru tog sistema uočljive razlike, pošto određena zakonodavstva polaze od jedinstvenog pojma izvršilaštva). Tako su skoro identična pravila koja se odnose na pitanje pravne prirode saučesništva, njegove kvantitativne i kvalitativne zavisnosti prema izvršilaštvu, kao i pravila koja se odnose na subjektivne uslove nužne za postojanje saučesništva (dvostruki umišljaj). Upadljivu razliku predstavlja institut zajedničkog (udruženog) poduhvata koji kao takav ne poznaju evropska zakonodavstva i teorija, a koji u velikoj meri odstupa od uobičajenih pravila koja obezbeđuju kažnjavanje isključivo za skrivljeno odnošenje prema ostvarenom nepravu.

Za postojeće zakonsko rešenje u Engleskoj koje uređuje oblast saučesništva ističe se da je ono nezadovoljavajuće, jer je neopravdano kompleksno, s obzirom da sadrži sve karakteristične nedostatke prevaziđenog *common law*-a, koje je u ranijem periodu razvijano pokatkad i neprincipijelno, u skladu sa potrebama prakse. Mnogi autori pozdravljaju predloge da se ova materija temeljno revidira i uskladi sa modernim shvatanjima. Tako je pre jedne decenije i Komisija za pravo (*Law Commission*) predložila određene izmene, ali one još uvek nisu usvojene.⁷²

LITERATURA

- D. Atanacković /1995/: Saučesništvo u krivičnom delu, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, № 1–2, Beograd
 R. Card /2012/: *Card, Cross & Jones Criminal Law*, Oxford
 H. Fuchs /2002/: *Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, Wien-New York
 N. Haralambous /2010/: *Criminal Law. Directions*, Oxford

71 N. Haralambous /2010/: 366–368.

72 D. Ormerod, K. Laird /2015/: 205.

- J. Herring /2013/: *Criminal Law*, Palgrave Macmillan
- M. Jefferson /2013/: *Criminal Law*, Harlow (etc.)
- N. Jovančević /2008/: *Podstrekavanje – oblik saučesništva i samostalno krivično delo*, Beograd
- D. Ormerod, K. Laird /2015/: *Smith and Hogan's Criminal Law*, Oxford
- N. Padfield /2012/: *Criminal Law*, Oxford
- N. Srzentić, A. Stajić, Lj. Lazarević /2000/: *Krivično pravo. Opšti deo*, Beograd
- Z. Stojanović /2016/: *Međunarodno krivično pravo*, Beograd
- Z. Stojanović /2017/: *Krivično pravo. Opšti deo*, Beograd
- T. Storey, A. Lidbury /2009/: *Criminal Law*, Willan Publishing, Devon
- M. Škulić /2005/: Oblici učestvovanja u ostvarenju krivičnog dela – (sa)izvršilaštvo i saučesništvo u Rimskom statutu, *Međunarodni naučni skup – Primena međunarodnog krivičnog prava u nacionalnim zakonodavstvima*, Tara
- M. Škulić /2014/: Odnos organizovanog kriminaliteta u krivičnopravnom smislu i saučesništva, *NBP*, № 3, Beograd
- I. Vuković /2013/: O situacijama posrednog izvršilaštva u srpskom krivičnom pravu, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, № 1, Beograd
- I. Vuković /2015/: Pomaganje u krivičnom delu u obavljanju zanimanja i preduzimanju svakodnevnih poslova, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, № 2, Beograd
- I. Vuković /2016/: Značaj određenosti dela izvršioca za postojanje podstrekavanja i javno pozivanje na vršenje krivičnog dela, *Revija za kriminologiju i krivično pravo* (№ 2–3) i *Crimen* (№ 3), Beograd

Ivan Đokić

Faculty of Law, University of Belgrade

ON THE FORMS OF COMPLICITY IN ENGLISH CRIMINAL LAW

SUMMARY

English criminal law is based on the traditional distinction between perpetration and complicity, but the forms of complicity are grounded on the old common law rules and are not sufficiently precise and clearly separated. As a result, the theory and practice suggest that the whole matter should be reformed in a way that will ensure an easier application of the law. The paper deals with the four forms of participation that exist in the English criminal law (aiding, abetting, counselling, procuring). Other related issues are also analyzed, particularly the institute of joint enterprise, which is a form of responsibility that largely allows penetration of strict liability in criminal law. Existing legislation in England is often criticized because it is very complex and based on outdated rules. Many authors welcome suggestions that this matter should be revised and harmonized with modern concepts. A decade ago, the Law Commission has proposed some changes, but they have not yet been adopted.

Key words: principal offender, secondary party, aiding, abetting, counselling, procuring, joint enterprise.

KRIVIČNOPRAVNI ZNAČAJ SATIRE

Apstrakt: U predstojećem radu je analizirana mogućnost da satira dobije dejstvo vankrivičnog osnovu isključenja protivpravnosti. Povod za bavljenje ovom temom bio je primer koji je do nedavno zaokupio pažnju nemačke i turske pravne, političke i medijske javnosti, a koji kao takav može imati načelni pravni značaj i kod nas, jer su napadnuta dobra opšteg karaktera, tj. nisu vezana za određenu državu, a uz to postoje i značajne sličnosti između odnosnih krivičnih dela u nemačkom i srpskom krivičnom zakoniku. Radi se, naime, o slučaju satiričara Jana Bemermana, koji je u svojoj pesmi vrlo oštro govorio o turskom predsedniku, Redžepu Tajipu Erdoganu, da bi ovaj potom inicirao pokretanje krivičnog postupka zbog krivičnog dela uvrede organa i predstavnika stranih država. Kao ključna su se pojavila dva pravna pitanja: da li je izražavanjem na taj način ostvareno obeležje krivičnog dela i ako jeste, da li bi neki od osnova isključenja protivpravnosti mogao da isključi ovaj treći element krivičnog dela? Time je ujedno, već iz kog ugla se posmatra, precizirana sloboda izražavanja mišljenja.

Ključne reči: Böhmermann, satira, sloboda umetnosti, ostvarenje opravdanih interesa, osnov isključenja protivpravnosti.

„Was darf die Satire?

- Alles.“

(„Šta sme satira?

- Sve.“)

Kurt Tucholsky, »Berliner Tageblatt«, Nr. 36, 27. Januar
1919 (Ignaz Wrobel)

1. OPIS „SLUČAJA BEMERMAN“

Ovaj napred navedeni, na nemačkom govornom području najcitiraniji, svakako najkraći citat o suštini satire, ponovo je osvanuo na stranicama nemačkih novina; negde u izvornom obliku da satira zaista sve sme, a negde sa dodatkom rečce „ne“. Iza toga stoji konkretan povod.

Poznati nemački satiričar mlađe generacije Jan Bemerman (*Jan Böhmermann*) 31. marta prošle godine u svojoj emisiji *Neo Magazin Royale* na državnoj televiziji *ZDF* recitovao je stihove pesme koju je nazvao „Schmähkritik“ („Uvredljiva kritika“), posvećene turskom predsedniku Redžepu Tajipu Erdoganu. Sadržinu izrecitovane, kratke pesme činili su opisi i radnje turskog političara, potencijalno uvredljive (opisan je kao homoseksualac, pedofil i sodomista, pored kritike zbog nasilja nad ženama i manjinama – Kurdima i Hrišćanima).¹ Oštra reakcija turske strane usle-

* asistent, ivana.markovic@ius.bg.ac.rs

1 <http://www.spiegel.de/kultur/tv/jan-boehmermann-das-sind-die-fakten-der-staatsaffaere-a-1086571.html>, pristupljeno stranici: 16. aprila 2016. godine.

dila je promptno – najpre je verbalnom notom zatraženo krivično gonjenje Bermana, da bi istog dana kada je nemačka Vlada najavila da će odlučiti o pokretanju postupka i da će to da traje nekoliko dana, Erdogan lično podneo zahtev za pokretanje postupka.

Neposredni povod za Bermanovu pesmu bila je prethodna kritika turske vlade (prepevane) pesme „Erdowie, Erdowo, Erdogan/Der Boss vom Bosphorus“ („Gazda sa Bosfora“), jedne takođe satirične emisije (*Extra3*) nemačke državne televizije *NDR* od 17. marta iste godine, koja je u satirično blažem tonu kritikovala dosadašnje postupke i metode Erdogana (i Evropske unije).²

15. aprila 2016. godine je odobreno pokretanje postupka. 4. oktobra iste godine je državno tužilaštvo u Majncu objavilo da obustavlja krivični postupak protiv Bermana, jer „nisu sa neophodnom sigurnošću dokazane kažnjive radnje“, kao i da „karikatura ili satira nije uvreda, sve dok preterano prikazivanje ljudskih slabosti ne sadrži ozbiljno unižavanje ličnosti.“³

2. KRIVIČNO DELO UVREDE STRANE DRŽAVE PREMA NEMAČKOM (§ 103 StGB) I PREMA SRPSKOM PRAVU (ČLAN 175. KZ)

2.1. *Uvreda organa i predstavnika stranih država iz § 103 StGB (Beleidigung von Organen und Vertretern ausländischer Staaten)*

U okviru krivičnih dela protiv stranih država (treći odeljak) Krivičnog zakonika (*Strafgesetzbuch*, u daljem tekstu: *StGB*), nalazi se krivično delo uvreda organa i predstavnika stranih država (*Beleidigung von Organen und Vertretern ausländischer Staaten*, § 103). Zatvorom do tri godine ili novčanom kaznom kazniče se ko uvredi stranog šefa države, člana strane vlade u vezi sa njihovim položajem a koji se u svojstvu službenog lica nalazi u SR Nemačkoj ili za područje Savezne države (Nemačku, prim. I. M.) akreditovanog šefa stranog diplomatskog predstavništva, dok je teži oblik iz istog stava kažnjiv kaznom zatvora od tri meseca do pet godina ako se radi o klevetajućoj uvredi (stav 1).

Ovim stavom predviđena je pojačana zaštita stranih državnika od uvreda (sistematski se nadovezuje na krivično delo iz § 102 *StGB*, kojim se ista lica štite od napada na život ili telo).⁴ U odnosu na krivična dela iz § 185 (uvreda), § 186 (sramoćenje) § 187 (kleveta), postojaće prividni idealni sticaj po osnovu specijali-

2 Spot dostupan na: https://www.youtube.com/watch?v=R2e2yHjc_mc; pristupljeno stranici 11. aprila 2016.

3 <http://www.zeit.de/politik/deutschland/2016-10/ermittlungen-gegen-boehmermann-wegen-erdo-an-beleidigung-eingestellt>, pristupljeno stranici 2. maja 2017. godine.

4 Krivično delo napada na organe i predstavnike stranih država (§ 102 *StGB*): „(1) Ko napadne na telo ili život stranog šefa države, člana strane vlade ili za područje Savezne države (Nemačku, prim. akreditovanog šefa stranog diplomatskog predstavništva se napadnuti nalazi u službenom svojstvu u Nemačkoj, kazniče se zatvorom do pet godina ili novčanom kaznom; u posebnom teškim slučajevima kaznom zatvora ne manjom od godinu dana. (2) Pored kazne zatvora od

teta. § 190 (dokaz istinitosti putem krivične presude), § 192 (uvreda uprkos dokazu istinitosti) i § 193 (ostvarenje opravdanih interesa) ostaju relevantni, jer se odnose na sva krivična dela uvrede.⁵ Primena § 199 (nekažnjivost uzvraćenih uvreda) ne dolazi u obzir, jer se suprotstavlja zaštitnom objektu § 103.

Ukoliko je delo učinjeno javno, na skupu ili kroz širenje spisa (§ 11 Abs. 3)⁶ primeniće se § 200 StGB, u kom se kaže da ako je delo učinjeno u pomenutim okolnostima i ako se izrekne kazna, onda će se na zahtev žrtve ili nekog drugog lica ovlašćenog za podnošenje krivične prijave, presuda zbog uvrede javno objaviti (§ 200, Abs. 1).

Celinu sa krivičnim delima iz ovog Odeljka, pa tako i sa krivičnim delom iz § 103, čini § 104a, u kom su regulisane pretpostavke za pokretanje krivičnog postupka. Ona će se, naime, krivično goniti ako Savezna Republika Nemačka ima diplomatske odnose sa odnosnom stranom državom, ako je garantovana uzajamnost, a bila je garantovana i u vreme izvršenja dela, ako postoji zahtev za pokretanje postupka strane Vlade i ako Savezna vlada izda ovlašćenje za krivično gonjenje.

Pred nama su, dakle, četiri procesne pretpostavke, od koje se prve dve (diplomatski odnosi i uzajamnost) zapravo shvataju prevashodno kao objektivni uslovi inkriminacije, jer su ključni za sadržinsku karakterizaciju dela.⁷ Uzajamnost je garantovana ako u najvažnijim crtama odgovarajuća norma u drugoj državi ne samo postoji, već se i primenjuje.⁸ Zahtev i ovlašćenje se mogu povući i nisu vezani rokom (§ 77e).⁹

2.2. Krivično delo povrede ugleda strane države ili međunarodne organizacije (član 175. KZ)

Nekada razdvojeni na dva delikta,¹⁰ važeći Krivični zakonik ih povezuje u jedno krivično delo sa dva oblika, sa elementom inostranosti kao sponom. Prvi oblik čini ko javno izloži poruzi stranu državu, njenu zastavu, grb ili himnu. Pasivni subjekt iz stava 1 može da bude bilo koja strana država, uz uslov da ju je naša zemlja priznala pravno ili faktički.¹¹

najmanje šest meseci, sud može da oduzme sposobnost vršenja javnih funkcija, ostvarivanja prava iz javnih izbora i pravo da u stvarima od javnog značaja biraju ili glasaju.

5 To je potvrdio i Savezni upravni sud, BVerwGE 64, 55.

6 Sa spisima su izjednačeni nosioci zvuka i slike, memorije, ilustracije i druga prikazivanja u onim odredbama koje upućuju na § 11 Abs. 3.

7 Tako Lackner K., Kühl K., *StGB Kommentar*, 26. Aufl., München 2007.S. 583; Rudolphi H.-J., Wolter J., *Systematischer Kommentar StGB*, 9. Aufl., Köln 2016, 2.

8 RGSt 38, 75, 89.

9 Lackner K., Kühl K., *op.cit.*, S. 524.

10 Član 158. (povreda ugleda strane države) i član 159. (povreda ugleda međunarodno organizacije) Krivičnog zakona Savezne Republike Jugoslavije. („Službeni list SFRJ“, br.44/76–1329, 36/77–1478, 34/84–895, 37/84–933, 74/87–1743, 57/89–1441, 3/90–63, 38/90–1217, 45/90–1340, 54/90–1773 i „Službeni list SRJ“, br. 35/92–651, 37/93–816, 24/94–273, 61/01 od 09.11)

11 Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, 4. izmenjeno i dopunjeno izdanje, Službeni glasnik, Beograd 2012, str. 518, 519.

Prema stavu 2, krivično delo se vrši izlaganjem poruzi Organizacije ujedinjenih nacija, Međunarodnog crvenog krsta ili druge međunarodne organizacije čiji je Srbija član. Za razliku od prethodnog oblika, ovde se ne pominju simboli međunarodnih organizacija; njihovo izlaganje poruzi ne predstavlja krivično delo, osim ako i druge okolnosti ne upućuju na zaključak da se poruga odnosi na međunarodnu organizaciju u celini.¹²

Radnja izvršenja je izlaganje poruzi, tj. vređanje koje se sastoji u omalovažanju, podsmevanju, izrugivanju i sl.¹³ Iznošenje ili pronošanje istinitih i/ili neistinitih sadržaja može biti verbalno (usmeno ili pisano), radnjama ili znacima.¹⁴ Kako u samom zakonskom opisu piše, ono se čini javno, kada može da bude saznato od neodređenog broja lica, dok je delo dovršeno kada je izlaganje poruzi saznato od nekog lica.¹⁵ Prilikom tumačenja elemenata zakonskog opisa krivičnog dela povrede ugleda strane države i međunarodne organizacije koriste se, očito, parametri koji su postavljeni kod krivičnog dela uvrede iz člana 170. KZ. Ono je, naime, supsidijarno u odnosu na delo iz člana 175. KZ i postoji samo kada ono nije ostvareno.¹⁶

Ovim krivičnim delom se, kao i ostalim krivičnim delima iz istoimene Glave XVII, štite čast i ugled; tačnije, pravo na čast; pravo na poštovanje ličnosti od strane drugih.¹⁷ Vrhovni sud Srbije je još sedamdesetih godina prošlog veka utvrdio kako čast, između ostalog, može da bude povređena: „Pošto je čast skup svih čovekovih vrednosti, uvreda se može naneti napadom na bilo koju vrednost koja ulazi u pojam časti određenog lica, pa prema tome i omalovažavajućom izjavom koja pogađa dostojanstvo čoveka.“¹⁸

3. SATIRA – ETIMOLOGIJA REČI I NJENO SADRŽINSKO ODREĐENJE

3.1. Etimologija reči „satira“

Reč satira vodi poreklo od, prema jednom shvatanju, *Satyr*-a; prirodnog bića, demona iz grčke legende, polu-konja, pratioca Dionisa (*Dionysos*), grčkog boga radosti i plodnosti i mahom se povezuje zbog načina pisanja reči.¹⁹

Drugo shvatanje je da ova reč potiče iz latinskog jezika i da označava žrtvenu posudu punu raznoraznog voća, posvećenu bogu Bahusu. Popularnom ju je učinio rimski pesnik Kvint Enije (*Quintus Ennius*) iz II veka pre nove ere, koji je svoju zbir-

12 *Ibid.*, str. 519.

13 *Ibid.*, str. 516.

14 *Ibid.*

15 *Ibid.*, str. 519.

16 „Krivično delo uvrede postoji samo ako u konkretnom slučaju nisu ostvarena zakonska obeležja nekog drugog krivičnog dela protiv časti i ugleda.“ Presuda Apelacionog suda u Beogradu, Kž1. 2913/10 od 13.4.2010, www.propisi.net, pristupljeno stranici 15. maja 2017. godine.

17 *Ibid.*, str. 504.

18 Vrhovni sud Srbije, Kž. 908/70. www.propisi.net, pristupljeno stranici 15. maja 2017. godine.

19 Vid. G. Oppermann, *Ehrensache Satire*, Berlin 2015, S. 29, 30.

ku pesama nazvao „Satura“, koristeći je u prenesenom smislu kao šarenu raznolikost poema različitog sadržaja.²⁰ Nakon Lucilija (*Lucilius*), koji je pratio ideal svesnog, obrazovanog života i koji se nije libio da napadne goruće probleme političkog, ekonomskog i literarnog života svoga doba, slede Horacije (Horaz), Persije (Persius) i Juvenal kao satiričari.

3.2. Sadržinsko određenje reči „satira“

Nakon nemalog broja novijih, vrlo konciznih određenja satire, kao što je „izraz negodovanja“,²¹ „uzvišeno ruganje“,²² „govorenje istine sa osmehom, povezujući formu sa moralnom svrhom“²³ ili „estetski socijalizovana agresija“,²⁴ slede opširnije definicije i analize, pa se tako izdvaja i pokušaj njenog pravnog određenja, nakon vekova bivstvovanja u sferi književnosti.

Nemački Sud Rajha 1928. godine na sledeći način izrazio o satiri:

„Imanentno je satiri da manje ili više pretera, tj. da zamisli koju želi da izrazi, da prividni sadržaj koji ide mimo onoga koji se zaista imao na umu, ali na način da čitalac ili gledalac koji je vičan duhu satire može da poveže taj izraženi sadržaj sa onim sadržajem koji je njemu poznat ili sa onim na koji se očigledno zbilja mislilo (...). Satira i karikatura, kada žele da kritikuju ili optuže (za) loše stanje, izvlače poslednje konsekvence iz njegovog postojanja, da bi ga, čak i kada ne postoji u tako jakom obliku, prilično plastično, stoga upečatljivo kao takvog označile.“²⁵

Preterivanje, iskrivljenje, zamagljivanje, preinačenje jeste ono što se u tom kontekstu pre svega povezuje sa satikom. Postoji svesno nesaglasje između mišljenog i rečenog. Srž izjave se „šminka“ simbolično prenatrpanim slikama i opisuje karikaturno izoštranim izrazima.²⁶ Do iskrivljene slike se dolazi skraćivanjem, pojednostavljenjem i ironijom, zbog čega, primećuju sudovi, postoji opasnost od nesporezuma.²⁷ Taj potencijal nije nezanemariv, imajući u vidu da se elementi umetničkog principa satire mogu naći u delima književnosti, slikarstva, stripu, filmu, muzici, političkom kabaretu, pozorišnim i uličnim predstavama.²⁸

20 J. Brummack, –in: U. Riclefs (Hrsg.), *Fischer Lexikon Literatur*, Frankfurt am Main, 2002., S. 1773. Pojam satire se izvodi i iz Satirne igre Antičke Grčke. U klasičnoj pozorišnoj tradiciji se ona, naime, nadovezivala na izvođenje klasične trilogije tri tragedije, čineći sa njima tetralogiju. Njeni glavni likovi, Saturni, bića opremljena konjskim repom, kozjom kožom, falusom i maskom, čiji je gospodar bio Dionis, travestirali su na veseo komičan, groteskni i opsceni način sadržinu prethodne tri tragedije i tako ironično-kontrastirajući priveli kraju sedmo- ili osmočasovnu pozorišnu manifestaciju. Vid. M. Ch. Senn, *Satire und Persönlichkeitsschutz*, Bern 1998, S. 15.

21 D. Weber, –in: O. Knörrich (Hrsg.), *Formen der Literatur in Einzeldarstellungen*, 2. Aufl., Stuttgart 1991.S. 319.

22 R. A. Müller, *Komik und Satire*, Zürich 1973, S. 81.

23 M. Wölfel, –in: B. Fabian, *Satura*, Hildesheim 1975, S. 294.

24 Brummack, S. 282.

25 RGSt 62, S. 183.

26 BVerfG NJW 8/2001, 596.

27 NGH NJW 1983, 1194.

28 Senn, S. 14.

Satirom se vrši kritika društvene stvarnosti, izdvajaju i osuđuju imanentne kontradiktornosti između očekivanja i realnosti;²⁹ ona je umetnička ili književna forma svesnog prikazivanja podsmehujuće i/ili iskrivljene slike stvarnosti,³⁰ pri čemu ne želi samo da izazove smeh, već i da bude shvaćena ozbiljno;³¹ ona je u naizgled neozbiljnost odenuta ozbiljnost, što će se odraziti na njeno pravno preciziranje.

Poreklo reči „satira“ nema, kako smo videli, poreklo u pravnoj terminologiji, već svoje korene vuče iz književnosti. Možda su zbog toga njene komponente, čini se, malo slobodnije postavljene od uobičajenih pravnih uslova.

Konkretno, govorimo o njene tri komponente: konstruisanje postojeće stvarnosti (posrednost), povratno vezivanje za normu (svrsishodnost) i estetsko uređenje.³²

Osnova za satirično reagovanje je postojanje „akutnog“ događaja ili ponašanja koje stoji u fokusu interesovanja kritike. Treba da se radi o stvarnim događajima ili stanjima, tj. osobinama koje se stvarno mogu pripisati nekoj osobi,³³ pri čemu je dovoljno da to iz vizure posmatrača ima veze sa stvarnošću,³⁴ ali ne i da se svesno ocenjuje nešto nepostojeće (lažno).³⁵ Ta svojevrsna iritacija kao okidač za satirično izražavanje ne mora nužno da bude prihvaćena od strane drugih; dovoljno je da prikazuje lično vrednovanje onoga koji je daje, makar se on osetio pozvanim da komentariše u ime svih.³⁶

Tim komentarisanjem se nešto želi postići; ono ima neki cilj. Cilj je da se recipijent dovede do kritičkih refleksija i spoznaja. U drugom koraku, ona je provokativni apel sa željom da promeni, popravi ili ukine. Ne kritikuje se kritike radi – *l'art pour l'art* ovde ne važi. Često se doživljava kao napad, jer se društvena stvarnost agresivno spočitava, neretko kao „negacija negativnog“, oštro, na ivici dozvoljenog.

Posebno je pitanje da li su ljudi iz javnog života (tzv. ličnosti savremenog društva, *Personen der Zeitgeschichte*)³⁷ „dužni“ da pokažu veći stepen tolerancije na kritičke stavove. Može da se tvrdi da se to očekuje kada je dobrovoljno dospelo u žižu interesovanja, kada je neko toliko poznat da je većinski prepoznatljiv u društvu.³⁸ Sasvim je nesporno da javni interes opravdava kritiku koja se vrši u odnosu na ponašanja koja su povezana sa istaknutim položajem tog lica,³⁹ pri čemu će

29 BVerfG NJW 38/1990, 2358.

30 G. Gounalakis, „Freiräume und Grenzen politischer Karikatur und Satire“, NJW 1995, 809.

31 Ch. Hillgruber, F. Schemmer, „Darf Satire wirklich alles?“, JZ 1992, 946.

32 U tom smislu: G. Oppermann, *op.cit.*, S. 45 i dalje.

33 G. Oppermann, *ibid.*

34 D. Weber, *op.cit.*, S. 319.

35 G. Oppermann, *op.cit.*, S. 45.

36 G. Oppermann, *ibid.*

37 Ovaj izraz potiče iz nemačkog zakona o intelektualnoj svojini, a u vezi sa slučajem princeze Karoline od Hanovera koja je tužila Nemačku zbog objavljivanja njenih privatnih fotografija u više navrata i povrede njenog prava na privatni život prema članu 8. Konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda. Case of von Hannover v. Germany (no. 2), Judgment, 7th February 2012. <http://194.242.234.211/documents/10160/2055471/EHCR++CASE+OF+VON+HANNOVER+v.+GERMANY+No.+2.pdf>, pristupljeno stranici 15. maja 2017. godine.

38 Slično v. Becker, koji govori o „prethodnom životu u medijima“. 20. v. Becker B., „Rechtsfragen der Satire“, GRUR 2004, S. 913.

39 U slučaju (*Caroline*) von Hannover v. Germany iz 2004. godine je Međunarodni sud za ljudska prava odlučio da su slike i članci o princezi Karolini samo zadovoljili znatizelju određene čitalačke

značaj interesa rasti sa značajem pozicije za društvo.⁴⁰ Drugim rečima, što se neko više popeo na društvenoj lestvici, toliko se od njega može i treba više očekivati. Pored funkcije uzora koju on treba da ispuni, obuhvaćene su i šire postavljene granice tolerancije potencijalno uvredljivih ponašanja.

Od lica koja čine deo političkog života društva, u Nemačkoj se očekuju više tolerancije. Slično važi i kod nas, što potvrđuje presuda Apelacionog suda u Beogradu: „Lica koja aktivno učestvuju u političkom životu i izlažu određene političke stavove, svesno se izlažu pomnijem ispitivanju svojih reči i dela, te se od njih očekuje da uz veći stepen tolerancije podnesu sve negativne reakcije i kritike javnosti.“⁴¹

Ovo shvatanje se bazira na društvenom konsenzusu o trenutno važećim vrednosnim predstavama, iako je, kako smo ustanovili, iskazano nezadovoljstvo lično. Da bi se dostiglo poželjno stanje društva, kumuliraju se vrednosne predstave i formiraju se smernice za odnosne životne situacije,⁴² a to je i ono što se nalazi u pozadini satire kao forme kritike. Teži se ka, iako je i satiričar svestan ograničenih mogućnosti dostizanja, idealnom ili barem boljem stanju društva skretanjem pažnje na manjkavosti i loša postupanja. Pošto je krajnji cilj popravljavanje društva, barem u tom segmentu, za satiru nisu prihvatljive kritike nedostatka ili odstupanja od neke duševne ili fizičke normalnosti ili kakve druge okolnosti ili osobine koje smetaju, ali se ne daju korigovati;⁴³ retributivno ili preventivno dejstvo u takvim konstelacijama nije moguće. Ono što se može kritikovati u vezi sa intelektualnim sposobnostima određenog (ili odredivog) lica, to je posebna funkcija koje to lice vrši, jer sa takvim svojim (ne)sposobnostima nije u stanju da na valjan način ispunjava sve obaveze.⁴⁴ Nije, dakle, u okvirima satire to što je neko intelektualno inferioran, već što se on kao takav nalazi na važnoj funkciji koju ne može u zadovoljavajućoj meri da vrši.

Satira je posredna ne samo zato što konstruiše stvarnost, već i zato što to estetski „uvija“, koristeći stilska sredstva preoblikovanja i preterivanja (ironiju, grotesku, hiperbolu, parodiju, metaforu, itd). Ujedno je kritika oštra; tako da je tanka linija od sklizavanja u opscenost i skarednost.

Tu se, naime, lako upada u ponižavajuću, omalovažavajuću kritiku (u nemačkoj terminologiji postoji poseban izraz za to – *Schmähkritik*). To je „izjava koja se pre-

publike o njenom privatnom životu i da se uprkos njenom visokom stepenu prepoznatljivosti ne mogu smatrati doprinosom diskusiji od opšteg interesa za društvo. Objavljivanje je, pak, dozvoljeno ukoliko se radi o prikazu ličnosti koja nema javnu funkciju i ne radi se o fotografijama iz njenog privatnog života, ali se radi o slikama koje su povezane sa javnim nastupom. N. Tsomaia, *Der Konflikt zwischen BVerfG und EGMR im Spannungsfeld zwischen Meidenrecht und Persönlichkeitsschutz*, Berlin 2016, S. 401, 402. Ovom odlukom je ograničen značaj podele na tzv. apsolutne (istaknuti političari, vodeći privrednici, plemići, poznati glumci i sportisti, itd) i relativne ličnosti savremenog društva (koji su do, često i nakon, određenog događaja bili/ponovo su nepoznati javnosti, poput učesnika saobraćajnih nezgoda, dobitnika na lutriji, učesnika poznatog krivičnog postupka, itd). G. Oppermann, *op.cit.*, S. 182, 183.

40 G. Oppermann, *op.cit.*, S. 183.

41 Presuda Apelacionog suda u Beogradu, GŽ. 3694/12 od 7. 6. 2012; www.propisi.net, pristupljeno stranici 15. maja 2017. godine.

42 G. Oppermann, *op.cit.*, S. 45.

43 G. Oppermann, *ibid.*, S. 52.

44 G. Oppermann, *ibid.*

ma svom objektivnom smislu i konkretnim okolnostima slučaja ne može više shvatiti kao doprinos raspravi, već joj je smisao difamacija ili lično poniženje odnosno lica.⁴⁵ Drugim rečima, nije bitna diskusija o samoj stvari, već lično ponižavanje i vređanje drugoga; veza sa stvari je tek vrlo slaba ili nepostojeća. Upravo se tu nalazi granica između onoga što je dozvoljeno satirom i onoga što nije.

4. MOGUĆA PRIMENA OSTVARENJA OPRAVDANIH INTERESA KAO OSNOVA ISKLJUČENJA PROTIVPRAVNOSTI?

Satira balansira na tankoj liniji (ne)kažnjivosti. Njome se mogu ostvariti zakonski opisi krivičnih dela protiv časti i ugleda – uvrede iz člana 170. KZ, povreda ugleda Srbije iz člana 173. KZ, povreda ugleda zbog rasne, verske, nacionalne ili druge pripadnosti iz člana 174. KZ i povreda ugleda strane države ili međunarodne organizacije iz člana 175. KZ. U praksi će najčešće biti ispunjen zakonski opis krivičnog dela uvrede; ređe ostalih delikta.

Pošto će zakonski opis, po pravilu, biti ispunjen, postavlja se pitanje da li se postojanje krivičnog dela može isključiti na nivou protivpravnosti. Pristanak povređenog ovde ne razvija dejstvo, kao ni neki nepisani, običajnopravni osnov isključenja protivpravnosti.⁴⁶ Međutim, ne moramo mnogo daleko ni da tražimo rešenje; u samim zakonskim obličjima krivičnih dela protiv časti i ugleda nalaze se odredbe o tome kada se učinilac neće kazniti.

Tako se „neće kazniti (za krivično delo uvrede, prim. I. M.) učinilac, ako je izlaganje dato u okviru *ozbiljne kritike* u naučnom, književnom ili *umetničkom delu*, u vršenju službene dužnosti, u odbrani nekog prava ili zaštiti opravdanih interesa ako se iz načina izražavanja ili iz drugih okolnosti vidi da to *nije učinio u nameri omalovažavanja*“ (član 170. stav 4), odnosno „neće se kazniti (za krivična dela povrede ugleda Srbije, povrede ugleda zbog rasne, verske, nacionalne ili druge pripadnosti ili povrede ugleda strane države ili međunarodne organizacije, prim. I. M.) učinilac ako je izlaganje dato u okviru *ozbiljne kritike* u naučnom, književnom ili *umetničkom delu*, u izvršavanju službene dužnosti, novinarskog poziva, političke delatnosti, u odbrani nekog prava ili *zaštite opravdanih interesa*, ako se iz načina izražavanja ili iz drugih okolnosti vidi da to *nije učinio u nameri omalovažavanja* ili ako dokaže istinitost svog tvrđenja ili da je imao osnovanog razloga da poveruje u istinitost onoga što je iznosio ili pronosio“ (član 176. KZ).

U obe citirane odredbe može da primetimo podudaranje tri uslova koji bi bili relevantni za satiru. Najpre, izlaganje je dato u ozbiljnoj kritici u, između ostalog, umetničkom delu, što znači da ono može biti ne samo pisano, već i usmeno, slikovito, zvukovno, itd, što obuhvata i načine ispoljavanja satire. Ono je učinjeno u okviru zaštite opravdanih interesa. U opravdane interese, pored ličnog, spada i opšti interes, interes čitavog društva.⁴⁷ Oba ova uslova se uklapaju u nastojanje satire da

45 BVerfGE 93, 266; BVerfG, NJW 2009, 3016.

46 E. Erhardt, *Kunstfreiheit und Strafrecht*, Heidelberg 1989, S. 191.

47 I. Marković, „Ostvarenje opravdanih interesa kao osnov isključenja protivpravnosti“, –u: Kaznena reakcija u Srbiji (ur. Đ. Ignjatović), VI deo, Beograd 2016, str. 298.

vrši kritiku i tako ostvari interes popravljavanja stanja u društvu, odnosno segmentu na koji se konkretno izlaganje odnosi. Naposljetku, iz načina izražavanja ili iz drugih okolnosti treba da se vidi da to nije učinio u nameri omalovažavanja, čime se iz sfere delovanja ostvarenja opravdanih interesa kao osnova isključenja protivpravnosti isključuje tzv. kritika radi poniženja.⁴⁸ Drugim rečima, satira može da bude „opravdana“, dok kritika radi poniženja izlazi iz dozvoljenog okvira. Pošto se po svojoj definiciji kritika radi poniženja ne vrši zbog ostvarenja opravdanih interesa, onda u samom startu se i ne vrši vaganje između slobode mišljenja i slobode umetnosti.⁴⁹

5. ZAKLJUČAK

Izražena satira često ispunjava zakonski opis krivičnog dela uvrede; bilo dela iz člana 170. KZ, bilo njegovih specifičnih oblika iz narednih članova. Primer Jana Bemermana ukazao je na dva pitanja koja se mogu postaviti i u našem pravu.

Najpre, ukazuje na upitnu aktuelnost krivičnog dela uvrede predstavnika stranih država. Ono, naime, poseduje značajnu političku dimenziju; štaviše, može preći u sferu tzv. političkog delikta mišljenja.⁵⁰ Sužavanje kriminalne zone i znatno blaže propisane kazne (što je, uostalom, učinjeno i kod nas),⁵¹ uz tendenciju ka svodenju na prekršaj i dekriminalizaciju,⁵² govore o tome da ovo krivično delo u današnjem svetu slobode mišljenja i njegovog izražavanja deluje anahrono, te bi *de lege ferenda* valjalo razmisliti o njegovoj neophodnosti.

Drugo, glavno pitanje se tiče krivičnog pravnog tretmana satire. Odgovor se može pronaći u članu 176. KZ, gde se kaže da se učinilac neće kazniti kada je izlaganje dato, između ostalog, u okviru ozbiljne kritike u umetničkom delu ili zaštite opravdanih interesa, ako se iz načina izražavanja ili iz drugih okolnosti vidi da to nije učinio u nameri omalovažavanja.⁵³ Ovu odredbu možemo posmatrati u svetlu ostvarenja opravdanih interesa kao osnova koji isključuje kažnjivost nekog ponašanja, koji, ako se pravilno, ne suviše usko tumači, *de lege lata* u dovoljnoj meri ovičava umetnikov slobodan prostor delovanja.

Mora se omogućiti i obezbediti nesmetana, liberalna funkcija društvene kritike, što je ova zakonska odredba prepoznala. Iako je ta kritika odenuta u ne uvek svima prihvatljivo ruho satire, ključan je njen sadržaj, koji nekada, usled spoljnih (ne)prilika i iziskuje ovakvo maskiranje.

Slučaj Bemerman je samo jedan primer konfliktnog potencijala satire. Setimo se karikatura Muhameda u danskim novinama *Jyllands-Posten*, koje su izazvale toliko kontroverzi da njihov autor do današnjeg dana „uživa“ policijsku zaštitu, ili ne-

48 Tako i G. Oppermann, S. 176.

49 Th. Fischer, *StGB Kommentar*, 62. Aufl., München 2015, 1369.

50 Z. Stojanović, str. 519.

51 Za krivično delo povrede ugleda strane države iz člana 158. i krivično delo povrede ugleda međunarodne organizacije iz člana 159. Krivičnog zakona Savezne Republike Jugoslavije bila je propisana kazna zatvora do tri godine, dok je u važećem Krivičnom zakoniku za krivično delo povrede ugleda strane države ili međunarodne organizacije iz člana 175. propisana novčana kazna ili kazna zatvora do godinu dana.

52 *Ibid.*

53 Slična odredba postoji i u članu 170. KZ, koji se odnosu na krivično delo uvrede.

shvatljivu kulminaciju reagovanja na satirične natpise i karikature sličnog sadržaja, kada je u januaru 2015. godine grupa islamista ubila većinu članova redakcije francuskog satiričnog časopisa Čarli Ebdo (*Charlie Hebdo*). I kod nas se zbog satire išlo u zatvor – Gojko Đogo zbog njegove zbirke pesama „Vunena vremena“, vazda aktuelni Branislav Nušić zbog pesme „Dva raba“, Ivan Ivanović zbog „Crvenog kralja“, i mnogi drugi. Ali provokacija je upravo ono što je imanentno satiri, te je stoga bitno da joj se pruži prostor u kom može da deluje.

Zaključak je da postoje tri nivoa vrednovanja: pravno, etičko i individualno vrednovanje. Etičko vrednovanje se vrši na osnovu merila profesije; individualno je shvaćeno kao strogo lični doživljaj izrečenog ili prikazanog („o ukusima se ne raspravlja“), dok je pravni nivo vrednovanja takav da u okviru slobode izražavanja svog mišljenja i slobode umetnosti dozvoljava satiru, sve dok se ne pretvori u (svesno) omalovažavanje koje nije opravdano interesima kritike zbog kojih je ona inicijalno i bila izražena. U širem smislu, svrha satire je, rečima jedne kabaretistkinje rečeno da se „u od svakodnevice umorna lica publike upiše da ipak ima smisla mešati se. Štaviše, da naše društvo živi od mešanja njenih građana.“⁵⁴

LITERATURA

- Brummack J., –in: U. Riclefs (Hrsg.), *Fischer Lexikon Literatur*, Frankfurt am Main, 2002.
- Erhardt E., *Kunstfreiheit und Strafrecht*, Heidelberg 1989.
- Fischer Th., *StGB Kommentar*, 62. Aufl., München 2015.
- Gounalakis G., „Freiräume und Grenzen politischer Karikatur und Satire“, *NJW* 1995.
- Hillgruber Ch., Schemmer F., „Darf Satire wirklich alles?“, *JZ* 1992.
- Lackner K., Kühl K., *StGB Kommentar*, 26. Aufl., München 2007.
- Marković I., „Ostvarenje opravdanih interesa kao osnov isključenja protivpravnosti“, –u: *Kaznena reakcija u Srbiji* (ur. Đ. Ignjatović), VI deo, Beograd 2016.
- Müller R. A., *Komik und Satire*, Zürich 1973.
- Oechelhäuser G., „Das Komische im Kabarett“, –in: H. Gebhardt (Hrsg.), *Kabarett heute*, Berlin 1987.
- Oppermann G., *Ehrensache Satire*, Berlin 2015.
- Rudolphi H.-J., Wolter J., *Systematischer Kommentar StGB*, 9. Aufl., Köln 2016.
- Senn M. Ch., *Satire und Persönlichkeitsschutz*, Bern 1998.
- Stojanović Z., *Komentar Krivičnog zakonika*, 4. izmenjeno i dopunjeno izdanje, Službeni glasnik, Beograd 2012.
- Tsomaia N., *Der Konflikt zwischen BVerfG und EGMR im Spannungsfeld zwischen Meidenrecht und Persönlichkeitsschutz*, Berlin 2016.
- v. Becker B., „Rechtsfragen der Satire“, *GRUR* 2004.
- Weber D., –in: O. Knörrich (Hrsg.), *Formen der Literatur in Einzeldarstellungen*, 2. Aufl., Stuttgart 1991.
- Wölfel M., –in: Fabian B., *Satura*, Hildesheim 1975.

54 Gisela Oechelhäuser, „Das Komische im Kabarett“, –in: H. Gebhardt (Hrsg.), *Kabarett heute*, Berlin 1987, S. 84.

Krivični zakon Savezne Republike Jugoslavije. („Službeni list SFRJ“, br.44/76–1329, 36/77–1478, 34/84–895, 37/84–933, 74/87–1743, 57/89–1441, 3/90–63, 38/90–1217, 45/90–1340, 54/90–1773 i „Službeni list SRJ“, br. 35/92–651, 37/93–816, 24/94–273, 61/01 od 09.11)

SUDSKA PRAKSA:

Vrhovni sud Srbije, Kž. 908/70. www.propisi.net, pristupljeno stranici 15. maja 2017. godine. Presuda Apelacionog suda u Beogradu, Kž1. 2913/10 od 13.4.2010, www.propisi.net, pristupljeno stranici 15. maja 2017. godine.

Presuda Apelacionog suda u Beogradu, Gž. 3694/12 od 7. 6. 2012; www.propisi.net, pristupljeno stranici 15. maja 2017. godine.

BVerfG NJW 8/2001.

BVerfG NJW 38/1990.

INTERNET IZVORI:

<http://www.spiegel.de/kultur/tv/jan-boehmermann-das-sind-die-fakten-der-staatsaffaere-a-1086571.html>, pristupljeno stranici: 16. aprila 2016. godine.

https://www.youtube.com/watch?v=R2e2yHjc_mc; pristupljeno stranici 11. aprila 2016. godine.

<http://www.zeit.de/politik/deutschland/2016-10/ermittlungen-gegen-boehmermann-wegen-erdo-an-beleidigung-eingestellt>, pristupljeno stranici 2. maja 2017. godine.

Ivana Marković

Juristische Fakultät, Universität Belgrad

DIE STRAFRECHTLICHE BEDEUTUNG DER SATIRE

ZUSAMMENFASSUNG

In der vorliegenden Abhandlung wird als Ausgangspunkt der Diskussion der Fall von Jan Böhmermann und dessen satirischem Gedicht über den aktuellen türkischen Präsidenten genommen, dessen Fragestellung sich jedoch auch auf die serbische Rechtslage beziehen kann. Letztlich geht es heribei um zwei Punkte: ist der Tatbestand der Beleidigung von Organen und Vertretern ausländischer Staaten (und internationaler Organisationen) noch zeitgemäß und wie soll man strafrechtlich mit Satire umgehen? Da sie in der Regel tatbestandsmäßig ist, wird es nötig sein, ihre Strafbarkeitsgrenzen zu zeichnen, dabei aber mit besonderem Bedacht auf die freie Meinungsäußerung, Kunstfreiheit und die Wirkung der Wahrnehmung berechtigter Interessen als Rechtfertigungsgrund, so wie es das serbische Gesetzbuch direkt als Möglichkeit vorgibt.

Schlüsselwörter: Böhmermann, Satire, Kunstfreiheit, Wahrnehmung berechtigter Interessen, Rechtfertigungsgrund.

Ana Tešić*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

VANDALIZAM I HULIGANIZAM

Apstrakt: U radu autor analizira huliganizam kao oblik navijačkog nasilja. Navijačke grupe su skoro neizbežan pratilac sportskih događaja, a huliganstvo, čini se, neizbežna odlika navijačkih grupa. U nastojanju da se odgonetnu mogući uzroci takvog ponašanja mladih, obavljen je intervju vođen „licem u lice“ sa članom navijačke grupe Divlja Telad. Objašnjenja člana spomenute navijačke grupe su povezana sa faktorima rizika koji su navođeni kao mogući uzročnici huliganizma. Iz pojedinačnog kazivanja nije izvučen opšti zaključak. Osnovni cilj rada je da se na konkretnom primeru prikaže slika spomenite navijačke grupe i možda daju odgovori na jedno te isto pitanje: Zašto?

Ključne reči: huliganizam, nasilje, navijačka grupa, studija slučaja, faktori rizika

UVODNA RAZMATRANJA

Tema kriminaliteta mladih osetljiva je oblast jer povlači sa sobom dvostruku dilemu– kako iznaći rešenja da se suzbije kriminalitet mladih, a da se postignu preventivni ciljevi u smislu popravljavanja mladih koji su zalutali sa pravog puta.¹ Posledice koje mogu proizići iz huliganskog ponašanja mladih kreću se od materijalne štete nastale pisanjem grafitu, preko uništene imovine na stadionima, a i šire, u neposrednoj okolini, pa sve do povreda fizičkih lica, lakših i težih, i na kraju, čak i nečije smrti. Jedan od najplodnosnijih britanskih sociologa sporta profesor Erik Daning (Eric Dunning) sa Univerziteta Lester u Velikoj Britaniji, zajedno sa svojim kolegama, ističe da huliganizam nije pojava koja se može uočiti samo na fudbalskim stadionima i oko njih, nasilje ove vrste javlja se i na lokacijama daleko od stadiona, u barovima, na autobuskim i železničkim stanicama; tuče suparničkih navijača su često unapred organizovane i kao što je već rečeno, ne dešavaju se samo u okviru stadiona, a ponekad čak ni na dan fudbalskog meča.² Postoje brojne definicije huliganizma. Ipak, neophodno je razlikovati vandalizam kao oblik kriminaliteta uperen protiv imovine od huliganizma kao nasilja uperenog i protiv ljudi. Huliganstvo je u savremenom smislu, opšteprihvaćen pojam za ponašanje pojedinaca ili grupe mladih osoba sklonih vandalskim postupcima; drsko, nasilničko ili nepristojno ponašanje mladih, kojim se vređa javni moral ili

* studentkinja Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, drugonagrađena na nagradnom temu, „Vandalizam i huliganizam“, raspisanom od strane Sekcije za kriminologiju Srpskog udruženja za krivičnopravnu teoriju i praksu, anatesic520@yahoo.com

1 O adekvatnijoj upotrebi termina maloletnički kriminalitet umesto maloletnička delinkvencija videti: Đ. Ignjatović /2015/: *Kriminalitet maloletnika: stara tema i nove dileme –u: Maloletnici kao učinioci i žrtve krivičnih dela i prekršaja* (Stevanović I. ur.), Beograd, str. 20.

2 G. Matić i D. Davidović /2014/: *Fudbalski huliganizam –u: Pravni informator* (Milanković Vasović LJ. ur.), Beograd, str. 51.

ugrožava javni red i mir. Manifestuje se siledžijstvom, drskim ponašanjem veće grupe maloletnika, vandalizmom, rušilačkim akcijama, fizičkim nasrtajima na druge, nanošenjem telesnih povreda ili ubistvima.³ Dalje, ističe se da je huliganstvo ono ponašanje, u potkulturi društveno ranjive omladine, koje je rezultat unapred planiranog nasilja prema ljudima i stvarima, da bi na taj način svoje stanje popravili u sociološko-psihološkom smislu. Nasuprot fudbalskom vandalizmu, huliganstvo je smišljeno i pripremljeno. Razlika je, dakle, više od proste igre reči: ona ima ključni značaj za razumevanje i rešavanje problema. Tako se razne forme fudbalskog vandalizma (talasanje publike na tribinama, sitni individualizirani i izolovani sukobi, bacanje projektila na igrače, itd.) mogu sprečiti dobrom policijskom i tehničkom prevencijom. Huliganstvo se (npr. tuče između i napadi na grupe navijača jednih na druge, bacanje molotov-koktela, organizovanje konfrontacija itd.) takvim sredstvima ne može sprečiti, niti će tim putem nestati. Ono iziskuje nužnost da se što preciznije opkoli, što opet treba da prate radikalnije mere prevencije, jer će se nasilje inače samo pomeriti na neko drugo mesto.⁴ Uzročnici huliganizma se mogu tražiti u spoljašnjim faktorima, egzogenim činiocima, koji se odnose na nečije okruženje, ali i u karakteristikama ličnosti, endogenim činiocima. U želji da izgrade svoj identitet mladi ljudi postaju dio navijačke grupe koja ih prihvata i u kojoj potvrđuju sebe. Opet, nije ni svaki navijač huligan. Jedan od osnovnih distinktivnih kriterijuma između navijača i huligana jeste u odnosu između kolektivnog i ličnog. Mnoga istraživanja ukazuju na razliku između individualnog navijača i pripadnika huliganske grupe, koji pristaje da sopstveni identitet i sistem vrednosti zameni percipiranim identitetom grupe kojoj pripada. U ovom procesu transfer je samo prividno usmeren ka sportskom sadržaju, dok u suštini zavisi od kolektivnog identiteta same grupe.⁵

1. NAVIJAČKE GRUPE

Navijačke grupe, čini se, predstavljaju neizbežan segment važnijih sportskih dešavanja. Međutim, primetno je da mnoge sportove ne prati fenomen navijačkih grupa. Tamo gde se zaista očekuju i dešavaju svetski rekordi i pomeranje granica čovekovih mogućnosti, u atletici, publika je malobrojnija nego na nižerazrednim fudbalskim utakmicama. Tenis, badmington, golf..., povezani su sa višim slojevima (gde nasilja publike nema), a boks, rvanje, fudbal..., sa nižim.⁶ Sa druge strane, fudbalski stadioni su pogodniji za okupljanje mase koja se teže kontroliše nego u zatvorenom prostoru. Predmet identifikacije nije u tolikoj meri klub, već „mi grupa“. Svakodnevno okupljanje stvara grupni identitet i koheziju. Uz to pripadanje „mi grupi“ daje im toplinu i sigurnost; poznato je da kada neko kaže toplo „mi,“

3 M. Bošković /2015/: *Kriminološki leksikon*, Novi Sad, str. 584.

4 K. Van Limbergen /1990/: Fudbalski vandalizam –u: *Kultura: časopis za teoriju i sociologiju kulture i kulturnu politiku* (Majstorović S. ur.), Beograd, str. 67.

5 B. Otašević i A. Protić /2012/: „Vandali u zidinama“ – huliganizam u Srbiji –u: *Bezbednost* (Šuković M. ur.), Beograd, str. 78.

6 R. Marjanović /1990/: Nasilje sportske publike – u: *Kultura: časopis za teoriju i sociologiju kulture i kulturnu politiku* (Majstorović S. ur.), Beograd, str. 62.

onda će mnogo hladnije reći „oni.“⁷ Pojedinaac u grupi može da opstane samo ako prihvati sistem vrednosti grupe i obrasce ponašanja date grupe. On mora da zaboravi na svoje „ja“ i da razmišlja na isti način kao i ostali članovi. Zbog toga on ne dozvoljava sebi da vidi ono što njegova grupa proglašava da ne postoji i prihvata kao istinu samo ono za šta većina kaže da je istinito, čak i kada jasno vidi da je to laž.⁸ Takav pojedinac se odriče svoje nezavisnosti i teži da se sjedini sa nečim većim i moćnijim od njega, što je po tvrdnjama nekih autora uzrokovano njegovim statusom u društvu i nemoći koja proizilazi iz njegove marginalne uloge u socijalnoj sredini. Problem koji se vezuje za navijačke grupe je nasilje, odnosno, spremnost da se u određenim situacijama reaguje nasilno, na stadionu ili van njega. Ponekad se čini kao da navijači samo to i traže – povod da pribegnu nasilju. Navijačko nasilje je specifičan oblik klasičnog nasilja u sportu; pojedinačni i češće kolektivni oblik nedoličnog ponašanja posebnih subjekata (navijača), uobičajeno na prostoru sportskih objekata i/ili na samom sportskom događaju, uoči, za vreme ili posle važnih sportskih takmičenja.⁹ Očigledno, ljudi koji žive u potkulturnom miljeu, označenom kao potkultura nasilja, ne mogu, niti se konstantno koriste nasiljem, jer bi to u potpunosti onemogućilo svaku društvenu funkciju.¹⁰

2. STUDIJA SLUČAJA

Za potrebe ovog rada urađen je intervju sa članom navijačke grupe Divlja telad iz Valjeva. Navijačka grupa je osnovana 2001. godine. Navijanje za fudbalski klub Radnički je bio razlog osnivanja grupe, a sam naziv – Divlja telad nastao je sasvim slučajno, kada je, kako se prepričava, jedan slučajni prolaznik videvši grupu mladih navijača uporedio njihovo ponašanje sa ponašanjem divljih teladi! U radu se nastoji naći veza između rezultata istraživanja i teorijskih stavova, sa jedne strane i analize odgovora člana navijačke grupe, sa druge strane. Uzevši u obzir da se radi o pojedinačnom slučaju ne izvodi se opšti zaključak, već se nastoji prikazati slika spomenute navijačke grupe kroz lik njenog člana i njegovo iskustvo i pronaći moguća veza sa zaključcima izvedenim iz radova autora koji su se bavili temom huliganizma. Intervju je urađen sa M. koji je prethodno pristao da odgovara na brojna pitanja i upućen je u koje će svrhe biti iskorišćeni podaci koje je dao u razgovoru. Ispoštovana su pravila Etičkog kodeksa kriminologa Srbije.¹¹ Uvažen je

7 B. Otašević /2009/: Fudbalski huliganizam u praksi i zakonodavstvu Srbije –u: *Izbor sudske prakse: stručno-informativni časopis* (Krvavica M. ur.), Beograd, str. 13.

8 Z. Nikolić /2012/: Navijačke i parapolitičke grupe – socijalnopsihološki aspekti –u: *Bezbednost* (Šuković M. ur.), Beograd, str. 117.

9 M. Bošković, op. cit., 294.

10 V. Volfgang i F. Ferakuti /2012/: *Potkultura nasilja*, Beograd, str. 105.

11 <http://wp2008.ius.bg.ac.rs/kriminoloskasekcija/etikikodeks/>

Naročito: „Istraživači treba da budu svesni svoje odgovornosti za očuvanje fizičke, socijalne i psihičke dobrobiti svakog pojedinačnog učesnika u istraživanju od negativnog uticaja samog istraživanja... Da uvek zasnivaju istraživanje na slobodno datom pristanku onih koje proučavam... Učesnici treba da budu informisani o tome do koje mere mogu računati na anonimnost i poverljivost...Istaživači ne smeju da prekrše: „dužnost poverljivosti i da predaju trećim licima podatke na osnovu kojih se mogu identifikovati učesnici u istraživanju bez njihove saglasnosti...“

njegov zahtev da ne bude otkriven njegov identitet. O intevjuu su obevešteni i drugi članovi grupe. Takođe, intevju je obavljen metodom „licem u lice“.¹² Očigledno, postoji potreba za predostrožnošću sa bilo kojim intevjuom i autobiografskim činjenicama zbog mogućnosti selektivnog i pristrasnog prisećanja, preuveličavanja i mogućeg kazivanja sebi u prilog... Takva obazrivost je ovde posebno zahtevana zbog mogućnosti da životna priča huligana bude razmetljiva i preuveličana.¹³ M. u svom govoru koristi žargonske izraze i iz tog razloga je u radu prepričan razgovor sa njim. U daljem toku rada će biti prikazani odgovori M. na pitanja kroz činioce koji su u kriminološkoj literaturi prikazivani kao faktori rizika koji mogu dovesti do devijantnog ponašanja mladih.¹⁴

Porodica kao faktor rizika: M. nije želeo da komentariše odnose u svojoj porodici. Ta tema je preskočena. Međutim, M. govori o svom bratu koji je takođe član navijačke grupe. M. ističe da je u navijačku grupu ušao u sedmom razredu osnovne škole, a da je njegov stariji brat već tad bio navijač. U literaturi je istaknuto da se problematične porodice pojavljuju kao jedan od najbitnijih faktora delinkventnog ponašanja mladih. Posebno su značajne varijable: porodična istorija kriminalnog ponašanja, prisustvo nasilja, bolesti zavisnosti roditelja, loša organizacija porodice, konflikti u porodici... Porodice agresivne dece pokazuju manjak topline, slabu koheziju i visok stepen bračnih konflikata.¹⁵

Škola kao faktor rizika: Nedostatak motivisanosti za školovanje delimično objašnjava slab uspeh, i pojačava naravno još više frustriranost školom. Sama institucija škole je smatrana preprekom blagostanja i sreći koju treba izbeći, a nikad nije smatrana mogućnošću.¹⁶ M. studira u Beogradu. Upisao je jednu višu školu i na prvoj je godini studija i govori da će, ako Bog da, upisati uskoro drugu godinu jer ima taj ispit sutra koji treba da položi. Na pitanje da li je učio počinje da se smeje i objašnjava da će mu pomoći jedna koleginica da prepíše. Kaže da je pre koristio bubicu, ali da je bolje od kad mu ta koleginica pomaže. O obrazovanju svog brata kaže da on ne studira.

Svakodnevnica: M. ima dvadeset i jednu godinu. On ističe da mnogo vremena provodi u kladionici. Govori o tome da preko dana voli dugo da spava. Takođe, spominje u razgovoru da voli da se opije sa svojim drugovima i preko dana. Primetno

12 Ovaj metod je odabran zbog boljeg uvida istraživača u stavove respondenta i njegovu ličnost. Ispoštovani su saveti koji su dati u literaturi. Naročito: I. Crow and N. Semmens /2008/: *Researching Criminology*, Open University Press, Maidehead, p. 120–123, 132. i Đ. Ignjatović /2013/: *Metodologija istraživanja kriminaliteta*, Beograd, str. 81–83.

13 E. Poulton /2012/: „Not another football hooligan story?“ „Learning from narratives of „true crime“ and desistance, *Internet journal of criminology*, p. 7.

14 „Koncept rizika je u poslednjih dvadesetak godina veoma prisutan u društvenoj teoriji, uključujući adolescentnu populaciju kao posebno rizično osetljivu i ranjivu. Rizik treba posmatrati i kao opasnost, i kao potencijal, sa kojim se suočava mlada osoba...Većina faktora rizika ima bipolarnu dimanziju u kojoj je pozitivan pol povezan sa povoljnim ishodima i obratno (dobra roditeljska nega nasuprot zapuštenosti, visoko obrazovanje nasuprot napuštanju školovanja)...“ – O. Pavićević i I. Stevanović /2015/: *Rizična ponašanja dece i mladih –u: Maloletnici kao učinioci i žrtve krivičnih dela i prekršaja*, Beograd, str 293, 296.

15 S. Milivojević et al. /2014/: *Mladi i huliganizam na sportskim priredbama*, Beograd, str. 137.

16 R. Marjanović, op. cit., str. 72.

je da nema neke posebne aktivnosti u životu koje bi preokupirale njegovo vreme. Isto tako za razliku otkrića Alfreda Adlera, glavna pritužba čoveka više se ne odnosi na osećaj inferiornosti, već pre na osećaj jalovosti, besmislenosti i praznine koji sam ja nazvao „egzistencijalnim vakuumom.“ Njegov glavni simptom je dosada! Još nešto: mi živimo u društvu koje je dokonno; danas ljudi imaju sve više dokolice, ali nemaju je ni na šta smisleno utrošiti. Ono čoveku daje mogućnost da stvara stanje opasnosti. Čovek tada od sebe zahteva podvige koji nisu neophodni – daje izlišne žrtve.¹⁷ Tuča je jedan od njihovih glavnih načina u borbi protiv dosade i doživljaj visokog emocionalnog uzbuđenja. Mnogi huligani vide konvencionalan način života i karijeru kao dosadnu i neizazovnu, mada je privlačnost huliganizma uglavnom privremena i uglavnom povezana za period adolescencije.¹⁸

Izgled navijača: Spoljni izgled je takođe detalj koji zavređuje pažnju. Autor Bendarik je ocrtao fiziognomički portret halbstarkena ovako¹⁹: indiferentno lice, dokon izraz, obrve lako uzdignute, donja usna izbačena. Njihovo je držanje slično razbojniku sa dalekog Zapada. Prilikom odmora traže i najmanji oslonac za svoje telo, za opuštanje. Njihovi pripadnici imaju određene uloge, ali njihove ličnosti nisu originalne kreacije, nego se svaki put obnavljaju. To je model, neograničeni stereotip.²⁰ M. nosi crnu duksericu, sive trenerke, patike i ni po čemu ne privlači pažnju svojom odećom. Ipak, on dodaje da se uglavnom oblači sportski, kao i njegovi drugovi. Celokupo vreme razgovora je bio naget u stolici i sa izbačenim nogama napred i opuštenim izrazom lica. Sporo je odgovarao na postavljena pitanja.

Obeležja navijačke grupe: Sve navijačke grupe imaju svoja obeležja koja su vidljiva drugima. Isto tako, oni imaju svoju himnu, zastavu sa prepoznatljivim naranžasto plavim nijansama, svoje parole, žargon. Oni se zato osećaju i ponašaju kao vojnici jedne vojske, a vojničko ponašanje je uniformno. Uniformno ponašanje podrazumeva potiskivanje sebe i svojih ličnih viđenja, odnosno podvrgavanje društvenom karakteru grupe, kako smo to već naveli.²¹ Njihova teritorija je Peti puk, naselje u Valjevu. Navijačke grupe su emocionalno vezane za „njihovu“ zemlju, što je obično shvaćeno kao domaća teritorija koju treba braniti. Tokom godina, nasilni sukobi između protivničkih grupa su u većem broju izmešteni na gradske ulice, pabove, železničke stanice itd, uglavnom kao posledica konstruktivnih bezbedonosnih mera na i oko fudbalskih terena.

Status u grupi: Popularnost nekog u navijačkoj grupi najviše raste sa hrabrošću i isticanjem po smelosti da se uđe u konflikt sa drugima, uglavnom navijačima oponentne grupe. Međutim, ni konflikti sa policijom nisu zanemarljiv faktor sticanja popularnosti u grupi. Recimo, nepisano je pravilo u srpskim huliganskim grupama da ukoliko pojedinac želi da postane član grupe mora obavezno imati zabeležen

17 V. E. Frankl /1981/: *Nečujan vapaj za smilom*, Zagreb, str 91.

18 R. Spaaij /2008/: Men Like Us, Boys Like Them Violence, Masculinity, and Collective Identity in Football Hooliganism, *Journal of Sport & Social Issues*, Vol. 32, No. 4, p. 376.

19 Halbstakern je pojam koji koriste nemački istraživači i njime označavaju razuzdanu omladinu i mlade koji stvaraju nered.

20 A. Todorović /1973/: *Sociologija maloletničke bande*, Novi Sad, str. 25.

21 Z. Nikolić, op. cit., str. 123.

napad na pripadnika MUP-a.²² Interesantno, na prvi pogled može delovati da huligani nemaju strah kada ulaze u sukob sa nekim tj. da huligane odlikuje odsustvo straha. Naprotiv, strah je uvek prisutan i ne samo to, on je okidač da se uđe u sukob sa nekim, tvrde istraživači.²³ M. ističe da je bio privođen više puta i da nije izdao nikog. Ton kojim priča o tome je pun ponosa i oduševljenja. Međutim, o policajcima nema dobro mišljenje. Naziva ih pogrdnim imenima kada ih spominje u razgovoru.

Grupa: Oni imaju svoje sastanke. M. govori da imaju u planu da otvore svoju kafanu u kojoj će moći da se skupljaju češće. Ono što je evidentno je da postoji neverovatna posvećenost i odanost kako navijačkoj grupi u celini, tako i svakom njenom članu. Energija koju bu čovek tradicionalno uložio u odbranu sopstvene porodica ili države, ulaskom u huligansku grupu formalno se prenose na klub, a suštinski stavlja na raspolaganje novoj zajednici i potencijalno postaje podložna raznim zloupotrebama.²⁴ Ukoliko neko ne poštuje pravila grupe, gubi status člana. Članovi navijačke grupe su dužni da pokažu potpunu odanost jedni drugima u nasilnim sukobima. Oni koji se ne uključe u tuču ili napuste svoje drugove u sred iste će, normalno, biti izbačeni i/ili će im biti vraćeno milo za drago.²⁵ Međutim, odnosi u grupi su radije zaštitničke prirode i prožeti su solidarnošću. Konflikti unutar grupe nisu tako ozbiljni, kao oni sa drugim navijačkim grupama. M. dalje govori da se na gostovanja kreće mnogo ranije kako bi se organizovao roštilj, popilo koje pivo i da bi mogli da dobro raspoloženje prenesu sa tribina na teren, da se često desi da nakon utakmice razapnu šatore i nameste kamp kako bi produžili druženje. On kaže da nastanak grupe nikad nije bio povezan sa uspehom kluba, već isključivo kao pripadnost kraju i gradu u kome se živi i za koga se živi.

Izgled stadiona: Stadion su za mlade postali svojevrstne škole divljaštva. Oblik stadiona, visoka žičana ograda ojačana betonom, policijski kordoni, pendreci, suzavci, kamere, kontrole, iskežene čeljusti treniranih policijskih pasa, kopita konja, borna kola, vodeni topovi – da li to možda blago potseća na prizor koncentracionog logora? Stadion je slika nasilja i ujedno poziv na nasilje. To je ambijent koji svojim izgledom sugerise mladima da nisu ljudi i da se od njih ne očekuje ljudsko, već varvarsko, vandalsko, životinjsko ponašanje. Izgled stadiona je od prvorazrednog značaja za stvaranje slike mladog čoveka o samom sebi, za uništavanje njegovog ljudskog samopoštovanja.²⁶ M. o prisustvu policije koja ih prati na svakim utakmicama govori da je to normalna pojava i da ih se ne plaše i da im uopšte ne smeta njihovo prisustvo. Ostavlja utisak kao da je oduševljen time. Interesantna je teza Ervinga Goffmana (Erving Goffman), u kojoj on predstavlja nečiji život kao izvođenje predstave na pozornici. On smatra da ljudi u svakodnevnom aktivnostima izvode uloge, da svakodnevno glume u zavisnosti od situacije u kojoj se nađu. U interakciji sa drugima (sa publikom) ponašaju se kao glumci na pozornici. Pojedinaac veruje u svoju ulogu i igra je pred publikom koja ima svoja očekivanja, a pre svega

22 M. Đorić /2012/: *Huliganizam– nasilje i sport*, Beograd, str. 79.

23 R. Spaaij, op. cit., p. 337.

24 B. Otašević, op. cit., str. 78.

25 R. Spaaij /2006/: *Understanding Football Hooliganism – A Comparison of Six Western European Football Clubs*, Amsterdam, p. 43.

26 B. Milošević /2012/: *Sportsko nasilje i društveno okruženje*, Novi Sad.

da će se ponašati u skladu sa svojom ulogom tj. maskom koju nosi. Izvođač na pozornici pokušava da uveri publiku o sebi, o svom liku.²⁷

Uticaoj mase: M. govori da su za sve njih utakmice Radničkog praznik, dan koji se provodi sa prijateljima uz voljeni klub i da se na sve načine pokušava napraviti od fudbalskog dana spektakl. Govori da je putovanje, ono što oni nazivaju gostovanje, nešto najljepše što jedan navijač može da proživi bodreći svoj klub. U radovima je pisano da ono što daje masa jeste osećaj moći, koji naravno ima svoju cenu, a koja se ogleda u gubitku individualnosti i personalnog identiteta. Još jedna bitna karakteristika pridodaje „magijsku“ moć nasilja u gomili, a to je činjenica da – niko nije kriv kada su svi krivi.²⁸ Usled toga, navijač privremeno transportuje svoj identitet – zaboravlja na vreme i mesto, potiskuje svakodnevne probleme i brige i, u svojevrsnoj dinamičkoj meditaciji, enegriju usmerava ka igri²⁹

Grafiti: M. objašnjava da oni u Divljim teladima imaju „čoveka za grafitte“. Interesantno je zapažanje jednog autora o njihovim grafitima koji kaže da grafitte „Teladi“ sa jasnom političkom porukom, niko godinama ne sme da skine ni sa Doma kulture!³⁰ Grafitte uglavnom pišu mladi koji na taj način izražavaju svoje emocije i stavove. Navijački grafiti ne proslavljaju i ne podržavaju samo svoj klub, već i obično sadrže i uvrede i pretnje navijačima drugih klubova ili iz drugih delova grada.³¹ Problem sa grafitima je taj što oni povećavaju strah od nasilja, netolerancije, nereda, bezakonja, masovnih sukoba navijačkih grupa, nekontrolisanog porasta izvršenih krivičnih dela, ukratko strah od mogućnosti spostvene viktimizacije, i to ne samo kod specifičnih grupa konkretno ciljanih pretnjama i mržnjom već mnogo šire.³²

Odanost: M. ističe da je spreman da u svakoj situaciji brani članove navijačke grupe, ali govori o tome da ima njih koji ulaze u grupu da bi im Divlja telad „čuvala leđa.“ Govori da za takve nije lud da gine i da imaju parolu koja oslikava njihov stav prema ljudima koji ne ulaze u grupu iz ubeđeanja – „*Ko dolazi na utakmice iz fazona, njegov staž je jedna sezona!*“ Svaki pridošlica u huligansku grupu izlaže se riziku da bude uočen i napadnut kao autsajder. Direktna posledica ovog, uslovno rečeno „sistema čopora“ jeste potreba „juniora“ da opstane tako što će određenim rizičnim postupcima fasinirati „seniore“. Kao dve najviše vrednosti huliganske paradigme uspostavljaju se principi brutalne hrabrosti i beskompromisne lojalnosti.³³ M. kaže da ga osećaj krivice ne muči kada se seća tuča u gradu sa drugima. Savest nasilnika nije time opterećena, jer on ne napada pripadnike nenasilne kulture; i onaj koji trpi pripada sličnoj klasi, ima slično zanimanje, mesto stanovanja, sličnog je uzrasta i drugih karakteristika koje su kolektivno univerzalne za pripadnike potkulture nasilja. Pri tom, kada napadnuti doživi napadače kao pripadnike istog nasilnog

27 E. Gofman /2000/: *Kako se predstavljamo u svakodnevnom životu*, Beograd.

28 M. Đorđević, op. cit., str 44.

29 B. Otašević /2010/: *Nasilje na sportskim priredbama –u:* str 44, Beograd u: *Pravni život: časopis za pravnu teoriju i praksu* (Perović S. ur.), Beograd, str. 44.

30 R. Marjanović /2013/: *Posmatranje, navijanje i „duh iz boce“*, Valjevo, str. 45.

31 Mršević Z. /2015/: *Maloletni autori grafita mržnje –u: Maloletnici kao učinioci i žrtve krivičnih dela i prekršaja*, Beograd, str. 210.

32 Ibidem, str. 211.

33 B. Otašević, op. cit., str. 81.

okruženja, nasilna odmazda postaje legitimna zbog specifičnosti situacije, ali i zbog opšte normativne podrške nasilju.³⁴ Mnogi autori upravo podvlače činjenicu da postoji velika sličnost između huligana, a posebno u pogledu godina, pola, etničke pripadnosti, klasne pripadnosti, jezika, načina na koji provode slobodno vreme itd. iako postoji duboko ukorenjen sukob među oponentnim navijačkim grupama.³⁵ M. dodaje da u grupi ne gledaju koliko ko novca ima i da se nikad nije desilo da neko ko nema novca ostane i da ne ode na neku utakmicu. Isto ističe, da nije tačno da su članovi navijačkih grupa svi siromašni kao što se misli. U navijačkim grupama, naime, ne proveravaju socijalno poreklo, obrazovni nivo, kriminalnu prošlost i sposobnosti onih koji im se pridružuju, a svrstavaju se u uže ili šire jezgro te grupe zavisi od načina ispoljavanja „obeležavanja“ svojih idola i kluba i odbrane njegove časti i ugleda pred drugima.³⁶ Autor Daning zaključuje da fudbalski huliganizam, zapravo, ne predstavlja bitno novi fenomen, s obzirom na to da se, u nešto drugačije obliku, nasilje javljalo i ranije, te da su mnogi motivi koji pokreću današnje navijače na preduzimanje nasilja pokretali i njihove prethodnike... Fudbal služi tek kao povod za neku vrstu „ratne igre“ u okviru koje se protivnički navijači shvataju kao „osvajaci“, a istovremeno se želi osvojiti njihova „teritorija“.³⁷

Mediji: M. govori da zna šta novinari misle o njima, o Divljim teladima. Ljut je kada se priseća šta je sve čitao o njima. Kaže da im pripisuju mnogo toga što oni nisu učinili. On objašnjava da ima stvari koje je neko iz Divljih teladi učinio, ali u svom privatnom životu, koji se ne tiče njih kao grupe! Mediji često koriste temu huliganizma kako bi imali priču koja će privući pažnju javnosti. „Huliganizam obezbeđuje sve što bi dobra priča trebalo da ima: dramu, tenziju, strah i nitkove.“³⁸ Primetno je, između ostalog, da mediji doprinose stvaranju tzv. moralne panike. Glavna poruka većine medijskih izveštača, naročito tabloida, doprinosi pojačavanju percepcije javnosti o fudbalskom huliganizmu, kao uvek i bez izuzetka, krajnje opasnoj stvari. U tom pogledu, oni doprinose stvaranju moralne panike; to je reakcija na pojavu koja je shvaćena kao osnovni društveni problem čime je iskrivljena i preuveličana njena opasnost, koja vodi do zahteva za drakonskim merama sa kojima bi se izborili sa njom – merama koje se, kao što smo objasnili, pokazuju kao nenameravana posledica preuveličavanja problema.³⁹

ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

U svakom slučaju, motivi huliganizma su mnogobrojni. Sudska praksa i kriminalnopsihološka istraživanja nesumnjivo pokazuju da ne postoji jedan

34 V. Wolfgang i F. Fetakuti, op. cit., str. 107.

35 R. Spaaij, op. cit., p. 372.

36 Zlatko Nikolić, op., cit. str. 123.

37 E. Dunning /1999/: *Sport matters: sociological studies of sport, violence, and civilization*, Routlage, p. 156.

38 E. Poulton /2007/: „Fantasy football hooliganism“ in popular media, *Media, Culture & Society*, vol. 29 no. 1, p. 156. (<http://mcs.sagepub.com/content/29/1/151.full.pdf> pristupljeno 20.11. 2016.)

39 E. Dunning et al. /2014/: *The Roots of Football Hooliganism: An Historical and Sociological Study*, Oxon and New Yourk, p. 10.

huliganski motiv. U praksi se često sreće motivacioni snop, tj. više motiva koji istovremeno podstiču agresivno ponašanje učinioca. Huliganski motivi predstavljaju grupu srodnih motiva, a ne individualizovan motiv.⁴⁰ Neophodno je pronaći delotvorna rešenja u borbi protiv huliganizma. Pri tom, treba se čuvati obe krajnosti: i paternalističkog odnosa lažnih „spasilaca dece“, ali i ignorisanja činjenice da se radi o delu populacije prestupnika koja ima mnoštvo specifičnih osobina koje se moraju imati u vidu pri regulisanju njenog pravnog statusa.⁴¹ Postoji mnogo pristupa rešavanju ovog problemu koji su dali dobre rezultate i zato treba uočiti takva rešenja i primeniti ih. Na primer, primećeno je da među navijačima postoje simpatizeri koji nisu u uskom jezgru navijačke grupe. Savetuje se da se na njih deluje raznim preventivnim metodama. Između ostalog, da im se ponude nekriminalni uzori, uz pojačanu kampanju protiv konzumiranja alkohola i drugih sredstava koji izazivaju zavisnost.⁴² Interesantan je sledeći pristup prevenciji nasilja na fudbalskim utakmicama: uočeno je da mnogi navijači nemaju automobile i da na utakmice dolaze autobusima nekoliko sati pre početka utakmice i vreme do utakmice koriste kako bi se napijali, a onda učine nasilno delo, često protiv navijača gostujućeg tima. Stoga je vlada uredila kasni dolazak ovih autobusa tako da ostane vremena samo za kupovinu karte, ali ne i za opijanje i taj potez je značajno umanjio fudbalsko nasilje.⁴³ Trebalo bi obratiti pažnju na slobodno vreme koje je na raspolaganju mladim ljudima i popuniti ga nekim korisnim sadržajem. To su neki od mnogobrojnih primera uspešnog suočavanja sa problemom huliganizma. Novi problem se javlja kada okruženje uoči i zapamti jednog mladog čoveka da je deo navijačke grupe jer se njegove mogućnosti da započne sa drštveno prihvatljivim načinom života značajno umanjuju. „Problem se produbljava time što se i delikvent vremenom počinje ponašati u skladu sa „etiketom“ koju je dobio od okruženja, otuđuje se od pozitivnih osobina iz svog socijalnog konteksta, i neretko se počinje družiti sa osobama koje su slične njemu, koje su, takođe, etiketirane.“⁴⁴ Autor Hauard Beker (Howard Becker) smatra da devijantnost nije kvalitet čina koju osoba čini, već više posledica pravila i sankcija na „prestupnika“, od strane drugih. Devijantna osoba je ona na koju je ta etiketa uspešno prilepljena; devijantno ponašanje je ono ponašanje koje ljudi tako označe.“⁴⁵ Sve ovo govori u prilog tome da se u suočavanju sa huliganizmom mora poći od interdisciplinarnog pristupa. Rezultati i saznanja raznih nauka moraju biti angažovani u borbi protiv huliganskog ponašanja i usmeravanja omladine na pravi put. Treba angažovati, u tom smislu, više subjekata poput vaspitno-obrazovnih ustanova, ustanova socijalne i zdravstvene zaštite, sportskih klubova, sredstva javnog informisanja itd. Što se tiče kažnjavanja jasno je da je to nužno, ali se – ma koliko nasilnička dela izazivala gnušanje i osudu – treba uzdržavati od beskorisne i nedelotvorne retribucije kod koje je kažnjavanje samo sebi cilj.⁴⁶

40 S. Milojević et al. op. cit. str. 141.

41 Đ. Ignjatović, op. cit., str. 34.

42 S. Milojević et al. op. cit. str. 145.

43 Felson M. /2011/: *Zločin i svakodnevni život*, Beograd, str 94.

44 M. Đurić /2012/: *Aktivnosti u prevenciji maloletničke delinkvencije*, Laktaši, str. 27.

45 Đ. Ignjatović /2009/: *Teorije u kriminologiji*, Beograd, str. 326.

46 Đ. Ignjatović /2011/: Pojam i etiologija nasilničkog kriminaliteta –u: *Crimen* (Stojanović Z. ur.), Beograd, str. 207.

LITERATURA

- Bošković M. /2015/: *Kriminološki leksikon*, Novi Sad.
- Volfgang M. i Ferakuti F. /2012/: *Potkultura nasilja*, Beograd.
- Van Limbergen K. /1990/: Fudbalski vandalizam –u: *Kultura: časopis za teoriju i sociologiju kulture i kulturnu politiku* (Majstorović S. ur.), Beograd.
- Gofman E. /2000/: *Kako se predstavljamo u svakodnevnom životu*, Beograd.
- Dunning E. /1999/: *Sport matters: sociological studies of sport, violence, and civilization*, Routledge.
- Dunning E. et al. /2014/: *The Roots of Football Hooliganism: An Historical and Sociological Study*, Oxon and New York.
- Đurić M. /2012/: *Aktivnosti u prevenciji maloletničke delinkvencije: (socijalno-psihološki pristup)*, Laktaši.
- Ignjatović Đ. /2009/: *Teorije u kriminologiji*, Beograd.
- Ignjatović Đ. /2011/: *Pojam i etiologija nasilničkog kriminaliteta –u: Crimen* (Stojanović Z. ur.), Beograd.
- Ignjatović Đ. /2013/: *Metodologija istraživanja kriminaliteta*, Beograd.
- Ignjatović Đ. /2015/: *Kriminalitet maloletnika: stara tema i nove dileme –u: Maloletnici kao učinioci i žrtve krivičnih dela i prekršaja* (Stevanović I. ur.), Beograd.
- Marjanović R. /1990/: *Nasilje sportske publike –u: Kultura: časopis za teoriju i sociologiju kulture i kulturnu politiku* (Majstorović S. ur.), Beograd.
- Marjanović R. /2013/: *Posmatranje, navijanje i „duh iz boce“*, Valjevo.
- Matić G. i Davidović D. /2014/: *Fudbalski huliganizam –u: Pravni informator* (Milanković Vasović LJ. ur.), Beograd.
- Milošević B. /2012/: *Sportsko nasilje i društveno okruženje*, Novi Sad.
- Milivojević S. et al. /2014/: *Mladi i huliganizam na sportskim priredbama*, Beograd.
- Mršević Z. /2015/: *Maloletni autori grafita mržnje –u: Maloletnici kao učinioci i žrtve krivičnih dela i prekršaja*, Beograd.
- Nikolić Z. /2012/: *Navijačke i parapolitičke grupe – socijalnopsihološki aspekti –u: Bezbednost* (Šuković M. ur.), Beograd.
- Otašević B. /2009/: *Fudbalski huliganizam u praksi i zakonodavstvu Srbije –u: Izbor sudske prakse: stručno-informativni časopis* (Krvavica M. ur.), Beograd.
- Otašević B. /2010/: *Nasilje na sportskim priredbama –u: Pravni život: časopis za pravnu teoriju i praksu* (Perović S. ur.), Beograd.
- Otašević B. i Protić A. /2012/: *„Vandali u zidinama“ – huliganizam u Srbiji –u: Bezbednost* (Šuković M. ur.), Beograd.
- Pavićević O. i Stevanović I. /2015/: *Rizična ponašanja dece i mladih –u: Maloletnici kao učinioci i žrtve krivičnih dela i prekršaja*, Beograd.
- Poulton E. /2007/: *„Fantasy football hooliganism“ in popular media, Media, Culture & Society*, vol. 29, no. 1. (<http://mcs.sagepub.com/content/29/1/151.full.pdf> pristupljeno 20.11.2016.)
- Poulton E. /2012/: *„Not another football hooligan story?“ Learning form narratives of „true crime“ and desistance“*, *Internet journal of criminology*.
- Spaaij R. /2008/: *Men like us, boys like them: Violence, masculinity and collective Identity in football hooliganism*, *Journal of Sport & Social Issues*, vol. 32, no. 4.

- Spaaij R. /2006/: *Understanding Football Hooliganism – A Comparison of Six Western European Football Clubs*, Amsterdam.
- Todorović A. /1973/: *Sociologija maloletničke bande*, Novi Sad.
- Felson M. /2011/: *Zločin i svakodnevni život*, Beograd.
- Frankl V. /1981/: *Nečujan vapaj za smilom*, Zagreb.
- Crow I., Semmens N. /2008/: *Researching Criminology*, Maidenhead.

Ana Tešić

Faculty of Law, University of Belgrade

VANDALISM AND HOOLIGANISM

SUMMARY

This paper presents the author's analysis of supporters' groups violence. Supporters' groups almost unavoidably accompany sport events, while hooliganism appears to be an inevitable feature of supporters' groups. In an attempt to find the cause of such behavior among the young, we have interviewed a member of a supporter's group „Divlja telad“. The explanations of the member of the aforementioned supporters'group are related to the risk factors which have been reported by other authors as possible causes of hooliganism. The general conclusion has not been achieved from individual statements. The primary aim of this paper is to use a concrete example to portray the aforementioned supporters' group and possibly give answers to the same old question: Why?

Keywords: Hooliganism, Violence, Football hooliganism, Case study, Risk factors

CONTENTS

FOREWORD	VII
<i>Zoran Stojanović</i> STALKING – A NEW CRIMINAL OFFENCE IN CRIMINAL CODE OF SERBIA	1
<i>Dorđe Ignjatović</i> PENAL POPULISM.....	11
<i>Milan Škulić</i> ANGLO-SAXON DOCTRINE OF THE CASTLE DEFENSE IN THE CRIMINAL LAW OF THE UNITED STATES OF AMERICA AND ITS POSSIBLE REFLECTIONS ON THE NECESSARY DEFENSE IN THE SERBIAN CRIMINAL LAW	33
<i>Boris Begović</i> INTERNATIONAL MIGRATION AND CRIME: AN ECONOMIC ANALYSIS.....	79
<i>Djordje Djordjević</i> DETERMINATION OF SENTENCE IN MISDEMEANOR LAW	95
<i>Nataša Delić</i> THE SIGNIFICANCE OF SWEARING A FALSE OATH IN CRIMINAL LAW – SOME OBSERVATIONS.....	110
<i>Goran P. Ilić</i> OBSERVATIONS ON THE REGULATION OF THE JUDICIAL FUNCTION	132
<i>Igor Vuković</i> NECESSARY DEFENSE OF PROPERTY	141
<i>Marija Karanikić Mirić</i> PROHIBITION OF UNFAIR COMMERCIAL PRACTICES.....	156
<i>Biljana Simeunović-Patić</i> YOUTH VIOLENCE PREVENTION FROM RICHARD TREMBLAY'S DEVELOPMENTAL PERSPECTIVE.....	174

Ljubinka Kovačević

UNIVERSAL INTERNATIONAL STANDARDS ON THE PROHIBITION
OF CHILD LABOUR AND THEIR IMPLEMENTATION INTO THE LEGAL
SYSTEM OF THE REPUBLIC OF SERBIA..... 186

Vanja Bajović

NEOCONSERVATIVE TURN IN JUVENILE JUSTICE AND PARENTAL
RESPONSIBILITY..... 219

Ivan Đokić

ON THE FORMS OF COMPLICITY IN ENGLISH CRIMINAL LAW..... 235

Ivana Marković

DIE STRAFRECHTLICHE BEDEUTUNG DER SATIRE 248

Ana Tešić

VANDALISM AND HOOLIGANISM..... 259

KAZNENA REAKCIJA U SRBIJI

VII deo

Tematska monografija

Biblioteka

CRIMEN

40

Priredio

Prof. dr Đorđe Ignjatović

Izdavač

Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet

u saradnji sa Kriminološkom sekcijom

Srpskog udruženja za krivičnopravnu teoriju i praksu

Za izdavača

Prof. dr Sima Avramović

Dekan Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu

Dizajn korica

Đorđe Ignjatović

Tehnička priprema

Ivana Marković

Nikola Vujičić

Grafičko uređenje

Irena Đaković

Tiraž

100

ISBN 978-86-7630-708-1

Štampa

JP Službeni glasnik, Beograd

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

343.2/.7(497.11)(082)

343.97(497.11)(082)

KAZNENA reakcija u Srbiji : tematska monografija. Deo 7 /
urednik Đorđe Ignjatović. – Beograd : Pravni fakultet Univerziteta,
2017 (Beograd : Službeni glasnik). – X, 272 str. : tabele ; 24 cm. –
(Biblioteka Crimen / Pravni fakultet, Beograd ; 40)

"Ova tematska monografija nastala je kao rezultat rada na Projektu
br. 179051 'Kaznena reakcija u Srbiji kao ključni element pravne
države' ..." --> prelim. str. – Tiraž 100. – Str. VII–X: Predgovor
/ urednik. – Napomene i bibliografske reference uz tekst. –
Bibliografija uz većinu radova. – Summaries.

ISBN 978-86-7630-708-1

1. Игњатовић, Ђорђе, 1952– [уредник] [аутор додатног текста]

а) Кривично законодавство – Србија – Зборници

б) Криминалитет – Србија – Зборници

COBISS.SR-ID 238053900

U EDICIJI CRIMEN DO SADA OBJAVLJENO:

1. Ignjatović Đ.: PRAVO IZVRŠENJA KRIVIČNIH SANKCIJA (5 izdanja)
2. KORUPCIJA – OSNOVNI POJMOVI I MEHANIZMI ZA BORBU (Ilić G. ed.)
3. STANJE KRIMINALITETA U SRBIJI I PRAVNA SREDSTVA REAGOVANJA – I (Ignjatović Đ. ed.)
4. Pradel Ž.: ISTORIJAT KRIVIČNIH DOKTRINA (prevod. Perić O.)
5. STANJE KRIMINALITETA U SRBIJI I PRAVNA SREDSTVA REAGOVANJA – II (Ignjatović Đ. ed.)
6. Ignjatović Đ.: METODOLOGIJA ISTRAŽIVANJA KRIMINALITETA sa metodikom izrade naučnog rada (2 izdanja)
7. Delić N.: NOVA REŠENJA OPŠTIH INSTITUTA U KZS
8. Klark R.: KRIMINALITET U AMERICI (prevod Simeunović B.)
9. Simeunović D.: TERORIZAM (2 izdanja)
10. STANJE KRIMINALITETA U SRBIJI I PRAVNA SREDSTVA REAGOVANJA – III (Ignjatović Đ. ed.)
11. Pradel Ž.: KOMPARATIVNO KRIVIČNO PRAVO – Sankcije (prevod: Perić O.)
12. Ignjatović Đ.: TEORIJE U KRIMINOLOGIJI
13. Bajović V.: SPORAZUM O PRIZNANJU KRIVICE – Uporedno-pravni prikaz
14. Sabo D.: OD ANTROPOLOGIJE DO KOMPARATIVNE KRIMINOLOGIJE (prevod: Đokić I.)
15. Stojanović Z, Kolarić D: KRIVIČNOPRAVNO REAGOVANJE NA TEŠKE OBLIKE KRIMINALITETA
16. STANJE KRIMINALITETA U SRBIJI I PRAVNA SREDSTVA REAGOVANJA – IV (Ignjatović Đ. ed.)
17. Hulsman L., Bernat de Celis J.: IZGUBLJENE KAZNE (prevod: Đokić I.)
18. Ignjatović Đ., Simeunović-Patić B.: VIKTIMOLOGIJA
19. KAZNENA REAKCIJA U SRBIJI (Ignjatović Đ. ed.)
20. Felson M.: ZLOČIN I SVAKODNEVNI ŽIVOT (prevod: Lukić N.)
21. Wolfgang M., Ferakuti F.: POTKULTURA NASILJA (prevod: Ljubičić D.)
22. Zolo D.: KO KAŽE HUMANOST... Rat, pravo i globalni poredak (prevod: Katanić Z.)
23. KAZNENA REAKCIJA U SRBIJI II (Ignjatović Đ. ed.)
24. Ignjatović Đ.: KOMPARACIJA KRIMINALITETA I KAZNE REAKCIJE: SRBIJA – EVROPA
25. KAZNENA REAKCIJA U SRBIJI III (Ignjatović Đ. ed.)
26. Delić N.: NOVA REŠENJA U POSEBNOM DELU KZ SRBIJE
27. Lukić N.: SUZBIJANJE ORGANIZOVANOG KRIMINALITETA
28. KAZNENA REAKCIJA U SRBIJI IV (Ignjatović Đ. ed.)
29. Stojanović, Z., Kolarić, D.: KRIVIČNOPRAVNO SUZBIJANJE ORGANIZOVANOG KRIMINALITETA, TERORIZMA I KORUPCIJE
30. Begović, B.: EKONOMSKA ANALIZA GENERALNE PREVENCIJE
31. KAZNENA REAKCIJA U SRBIJI V (Ignjatović Đ. ed.)
32. Ignjatović Đ., Simeunović-Patić B.: VIKTIMOLOGIJA – OPŠTI DEO
33. Džon Hauard: STANJE U ZATVORIMA (prevod: Ljubičić D.)
34. Vanja Bajović: O ČINJENICAMA I ISTINI U KRIVIČNOM POSTUPKU
35. Nils Kristi: GRANICE PATNJE (prevod: Vujičić N.)
36. KAZNENA REAKCIJA U SRBIJI VI (Ignjatović Đ. ed.)
37. Zoran Stojanović: POLITIKA SUZBIJANJA KRIMINALITETA
38. Tomas Matisen: ZATVOR NA OPTŽENIČKOJ KLUPI (prevod: Vujičić N. i Lozić A.)
39. Ivan Đokić: OPŠTI POJAM KRIVIČNOG DELA U ANGLO-AMERIČKOM PRAVU
40. KAZNENA REAKCIJA U SRBIJI VII (Ignjatović Đ. ed.)

ISBN 978-86-7630-708-1

