

Pravni život

časopis za pravnu teoriju i praksu

TEMATSKI BROJ

PRAVO I NAČELO SAVESNOSTI I POŠTENJA



27

godina kopaoničke škole
prirodnog prava

UDRUŽENJE PRAVNIKA SRBIJE

BROJ 9 • BEOGRAD • 2014 • TOM I

27
godina



Sprovedeno od strane:



Program
za pravne i
pravosudne
reformе

www.pravnareforma.rs



Publikacija je podržana u okviru Programa za pravne i pravosudne reforme u Srbiji Nemačke organizacije za međunarodnu saradnju (Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH)

Projekti i publikacije Kopaoničke škole prirodnog prava predstavljaju poseban interes za UNESCO jer one nesumnjivo doprinose unapređenju ljudskih prava i jačanju Međunarodnog prava. Njihov cilj u potpunosti odgovara tekućem procesu reformi ljudskih prava u okviru sistema OUN.

(Iz obrazloženja Odluke UNESCO o dodeli pokroviteljstva Kopaoničkoj školi prirodnog prava od 6. juna 2005.)

PRAVNI ŽIVOT

ČASOPIS ZA PRAVNU TEORIJU I PRAKSU

»Pravni život«, časopis za pravnu teoriju i praksu pojavio se 1952. godine kao zajedničko glasilo udruženja pravnika Srbije i Bosne i Hercegovine, a nešto docnije i Udruženja pravnika Crne Gore.

Pošto su ostala dva udruženja počela izdavati sopstvene časopise, »Pravni život« 1969. godine postaje glasilo Udruženja pravnika Srbije.

Časopis objavljuje teorijska istraživanja i studije iz jugoslovenskog i uporednog prava kao i materijale sa naučnih i stručnih skupova. U njemu se poklanja pažnja svemu onome što se u pravnom životu zbiva. Na njegovim stranama objavljuju se izabrane odluke iz sudske i arbitražne prakse, osvrti i prikazi novih knjiga kao i raznovrsni prilozi iz svakodnevne prakse. Kao glasilo Udruženja pravnika Srbije, časopis prati delatnost pravničke organizacije i o njima obaveštava čitaoce.

Dosadašnji urednici »Pravnog života« bili su: Mihailo Đorđević (1952–1969), dr Živojin Aleksić (1969–1975) i dr Milan Petrović (1975–1980).

Broj 9/2014 / Godina LXIII / Knjiga 571

1–712

B e o g r a d

Glavni i odgovorni urednik
SLOBODAN PEROVIĆ

Redakcija
MIODRAG ORLIĆ, SLOBODAN PEROVIĆ,
RATOMIR SLIJEPČEVIĆ

Izdavački savet
Budimir Košutić, Petar Milutinović, Miroslav Paunović,
Slobodan Perović, Dragoljub Petrović, Gordana Stanković,
Slobodan Šoškić, Miroslav Varićak

Izdavač
UDRUŽENJE PRAVNIKA SRBIJE
Beograd, Krunska 74
tel. 244-69-10
fax 244-30-24, poštanski fah 179
E-mail: upj@EUnet.rs
www.Kopaonikschool.org

Lektura i korektura
Ljubomir Beker

Kompjuterska obrada i prelom teksta
Javorina Beker

Pretplata za 2014. godinu iznosi: za fizička lica – 6.000 dinara,
za pravna lica – 10.000 dinara, za inostranstvo – 250 Eura,
Pretplata se vrši na žiro račun broj: 310-203539-17
Pretplata ne obuhvata tematske brojeve

Tiraž: 1.000 primeraka

Štampa: FUTURA, Petrovaradin

PRAVO I NAČELO SAVESNOSTI I POŠTENJA

Dvadeset sedmi susret pravnikâ Kopaoničke škole prirodnog prava (13–17. decembar 2014) održava se sa opštom temom *PRAVO I NAČELO SAVESNOSTI I POŠTENJA*.

Tematska sadržina svih priloga domaćih i inostranih autora prilagođena je Heksagonu Kopaoničke škole prirodnog prava, i to: *Pravo na život, Pravo na slobodu, Pravo na imovinu, Pravo na intelektualnu tvorevinu, Pravo na pravdu i Pravo na pravnu državu*.

Za ovaj susret publikovano je 192 referata koji su raspoređeni u šest katedri i 23 sekcije. Objavljeni referati obuhvataju četiri toma »Pravnog života« br. 9–12/2014, na tri hiljade stranica štampanog teksta.

Redakcija ove tomove »Pravnog života« uručuje svojim čitaocima, učesnicima Kopaoničke škole prirodnog prava i široj pravničkoj javnosti u uverenju da ove knjige, zajedno sa knjigama iz ranijih godina, naučno i stručno uvećavaju biblioteku Kopaoničke škole prirodnog prava.

R e d a k c i j a

DRAGANA KOLARIĆ

KAZNA KAO INSTRUMENT DRŽAVNE REAKCIJE NA KRIMINALITET I PREDSTOJEĆE IZMENE U KRIVIČNOM ZAKONIKU SRBIJE

U V O D

Sistem kazni u krivičnom zakonodavstvu Srbije, nakon usvajanja Krivičnog zakonika¹, odgovara standardima koji postoje u drugim evropskim zemljama. I pored određenih izmena i dopuna poslednjih godina, koje su na liniji jačanja retributivizma, ističemo da je njihova osnovna usmerenost i dalje utilitaristička tj. opravdanje za reformu se nalazi u društvenoj korisnosti. Kazna je nužna u suzbijanju kriminaliteta i bez nje je krivično pravo nezamislivo.² Ona je najvažniji krivičnopравни instrument državne reakcije na kriminalitet. Stupa na scenu *post delictum*, nakon učinjenog krivičnog dela. Ali ima i svoju preventivnu dimenziju što izričito proizilazi iz načina na koji je određena svrha kazne u Krivičnom zakoniku Srbije.³

Izmene i dopune u oblasti opšteg dela Krivičnog zakonika veoma su retke. Eventualne intervencije odnose se na oblast krivičnih sankcija. Veoma retko

Dr Dragana Kolarić, profesor Kriminalističko-policijske akademije, Beograd.

¹ *Sl. glasnik RS*, br. 85/2005, 88/2005 – ispr. 107/2005 – ispr. 72/2009, 111/2009, 121/2012. i 104/2013.

² Vidi: Z.Stojanović, *Krivično pravo-opšti deo*, Beograd, 2013, str. 291.

³ Prema članu 42. KZ svrha kazne je: sprečavanje učinioca da čini krivična dela i uticanje na njega da ubuduće ne čini krivična dela, uticanje na druge da ne čine krivična dela i izražavanje društvene osude za krivično delo, jačanje morala i učvršćivanje obaveze poštovanja zakona.

se zadire u neke tradicionalne, klasične institute kao što su nužna odbrana⁴, krajnja nužda i sl. U tom smislu, Zakoni o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika se najviše odnose na oblast posebnog dela krivičnog zakonodavstva. Takve nove su mnogo češće i rezultat su potrebe društva da prati ekonomske, političke, socijalne, ideološke i druge promene, a posebno stanje kriminaliteta. U poslednjem periodu, krivično zakonodavstvo Srbije prolazi kroz dinamičnu fazu. Pitanje je samo gde naći granicu između preteranog širenja kriminalne zone, odnosno povećanja broja inkriminacija i potrebe države da na efikasan način reaguje na nove oblike kriminaliteta. Nakon temeljne reforme u oblasti krivičnog materijalnog prava u Republici Srbiji koja je izvršena 2005. godine slede četiri ZID KZ-a. Dva u toku 2009, jedan u 2012. godini i jedan u 2013. godini.

Upravo zbog čestih izmena reakcije su podeljene. Najčešće primedbe se odnose na parcijalno rešavanje pojedinih, u tom momentu, ključnih problema i preispitivanje samo nekih odredbi Krivičnog zakonika umesto, kako se to ističe, jedne temeljne analize i opsežnih izmena i dopuna. Važno je istaći da ne samo u Srbiji nego i u drugim evropskim zemljama primećujemo, poslednjih decenija, kada su pitanju izmene krivičnih zakona dinamiku koja ranije nije bila svojstvena.⁵ Česte izmene rezultat su, pre svega, prilagođavanja međunarodnim obavezama koje države preuzimaju ratifikacijom pojedinih međunarodnih ugovora. Pored Konvencija, regionalnih i međunarodnih, od posebnog značaja za reformu su i Direktive EU i Okvirne odluke Saveta EU. Takođe, ne treba zaboraviti da postoje određena ponašanja čiji neposredni osnov propisivanja nisu međunarodne obaveze ili unutrašnje zakonodavstvo, već mogu da budu vezana za našu sredinu, loše iskustvo u Srbiji, što može da predstavlja osnov za inkriminisanje takvog ponašanja u Krivičnom zakoniku. Nažalost, ima i onih izmena i dopuna koje nisu u cilju unapređenja i poboljšanja zakonskog teksta nego predstavljaju trenutnu potrebu za afirmacijom predstavnika najviših državnih organa. Te intervencije krivičnog zakonodavstva su populističke, koriste se u dnevno-političke svrhe i sa stanovišta struke može im se uputiti puno zamerki. Tako, npr. oba Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika iz 2009. godine⁶ su imala trećinu smislenih

⁴ Kada se radilo na donošenju Krivičnog zakonika Srbije 2005. predmet preispitivanja su bili i neki opšti instituti krivičnog prava. Tako npr. precizirana je odredba koja se odnosila na nužnu odbranu što je posledica neopravdano restriktivnog korišćenja ovog instituta u sudskoj praksi. Bilo je neophodno precizirati da je nužna odbrana dozvoljena, uz ispunjenje ostalih uslova, kada se odbija istovremeni, neskrivljeni napada "od svog dobra ili dobra drugog", dakle od nekog ličnog ili imovinskog dobra, jer je ranije stajalo "od sebe ili drugog" pa se smatralo da je nužna odbrana dozvoljena samo u slučaju napada na lično dobro pojedinca.

⁵ Z. Stojanović, Nova rešenja u krivičnom zakonodavstvu Srbije, njihova primena i buduća reforma, u: *Nova rešenja u krivičnom zakonodavstvu Republike Srbije i njihova praktična primena*, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2013, str. 11.

⁶ U stvari, onaj koji je usledio samo nekoliko meseci posle prvog, znatno je manjeg obima a i sam predstavlja delimično priznanje onih koji su pripremali izmene i dopune da je ZID KZ iz septembra 2009. sadržao niz propusta (*Sl. glasnik RS*, br. 72/2009 i *Sl. glasnik RS*, br. 111/2009).

odredbi, trećinu nepotrebnih i suvišnih odredbi (među kojima su i one kojima se nepotrebno opterećivao tadašnji tekst KZ) i trećinu odredbi koje su uglavnom bile usmerene na terminološko usklađivanje pojedinih članova usled promene državnopravnog položaja Republike Srbije. Dobar deo izmena i dopuna se odnosio na propisivanje strožih kazni (kod oko jedne trećine krivičnih dela), premda i do tada KZ Srbije nije spadao u krivične zakone sa blagim kaznama. Iz tih razloga dobar deo izmena i dopuna 2012. godine posvećen je otklanjanju propusta i nedoslednosti koje su učinjene izmenama krivičnog zakonodavstva 2009. godine.

U skladu sa našim predmetom istraživanja najpre ćemo analizirati osnovne postavke Krivičnog zakonika iz 2005. godine koje se odnose na sistem kazni, a onda i odredbe koje su bile predmet izmena i dopuna 2009. i 2012. godine (izmene i dopune krivičnog zakonika iz 2013. godine nisu se ticale krivičnih sankcija), i pokušaćemo da pružimo konkretne predloge *de lege ferenda* koji su usmereni na reformu krivičnog zakonodavstva Republike Srbije u oblasti kazni. S obzirom da deo o krivičnim sankcijama u krivičnom zakonodavstvu predstavlja široku oblast, posebno deo koji se odnosi na pojam, vrste i odmeravanje kazne, i da se sve češće samostalno proučava jasno je o koliko se značajnom delu Krivičnog zakonika radi. Proučavanju te oblasti se može pristupiti sa različitih aspekata: pravno-filozofskog, društvenog i sl, ali ovoga puta preovladava pravno-dogmatski pristup sa primesama drugih metoda, pogotovo kada se radi o pojedinim raspravama za i protiv određenih vrsta kazni.

Krivični zakonik Srbije iz 2005. godine

Prilikom izrade novog krivičnog zakonodavstva važno je opredeliti se i za odgovarajući sistem krivičnih sankcija. Svoje mesto u KZS iz 2005. godine imaju kazne, mere upozorenja, mere bezbednosti i vaspitne mere.⁷

U sistemu kazni mogu se, u odnosu na staro rešenje, uočiti značajne novine. Kao najteža kazna propisan je zatvor u trajanju od trideset do četrdeset godina. On se može izreći samo za najteža krivična dela ili najteže oblike teških krivičnih dela. Opšti maksimum kazne zatvora je predviđen u trajanju od dvadeset godina, a opšti minimum od trideset dana.

Nakon usvajanja KZS o uslovnom otpustu odlučuje sud, a ne komisija obrazovana od strane organa uprave. Ukinuta je i mogućnost da se uslovno osuđeni otpusti posle samo jedne trećine izdržane kazne jer ne postoje argumenti koji bi išli u prilog takvom rešenju, što uostalom pokazuje i činjenica da ni jedna evropska zemlja takvu mogućnost ne dozvoljava. Takvo rešenje, bez obzira što se ta mogućnost u našoj praksi vrlo retko koristila, slabi načelo zakonitosti u oblasti

⁷ Vaspitne mere, kao krivične sankcije, su regulisane Zakonom o maloletnim učinocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica. Vidi: *Sl. glasnik RS*, br. 85/2005.

propisivanja i primene kazne i ugrožava pravnu sigurnost, kao i pravnu jednakost osuđenih lica.⁸

Pozitivna iskustva u primeni nekih kazni uticala su i na naše zakonodavstvo. Uvedene su dve nove kazne 2005. godine: rad u javnom interesu i oduzimanje vozačke dozvole. Danas se dalje produbljuju rasprave i pitanja vezana za alternative kazni zatvora. Takođe, uveden je nov sistem novčane kazne (novčana kazna koja se odmerava u dnevnim iznosima) koji dominira u savremenim krivičnim zakonodavstvima evropskih zemalja. Jedna od osnovnih prednosti tog sistema jeste što on omogućava da novčana kazna jednako pogodi kako siromašne tako i bogate učiniocne krivičnih dela. Time se u velikoj meri otklanja najvažniji prigovor koji se upućuje novčanoj kazni uopšte. Ali to izgleda da nije dovoljno, jer se nakon devet godina od primene ovog sistema ponovo aktuelizuju pitanja vezana za njegovu opravdanost i primenu. U oblasti odmeravanja kazne, kao najvažniju novinu KZS iz 2005. treba istaći odredbu kojom su propisani uslovi za postojanje produženog krivičnog dela, koja je nakon toga ponovo menjana 2009. i 2012. godine. Takođe, 2005. godine su i mogućnosti za oslobođenje od kazne obogaćene novim osnovima: u slučaju poravnjanja učinioca i oštećenog, kao i u slučaju stvarnog ka-
janja.

Kroz analizu sistema kazni u KZS nametnulo se nekoliko značajnih pitanja.

Prvo, kao najteža kazna u KZS propisan je zatvor u trajanju od trideset do četrdeset godina. On se može izreći samo za najteža krivična dela ili najteže oblike teških krivičnih dela. Da li napraviti korak ka uvođenju doživotnog zatvora? Drugo, pozitivna iskustva u primeni nekih kazni uticala su i na naše zakonodavstvo. Uvedene su dve nove kazne 2005. godine: rad u javnom interesu i oduzimanje vozačke dozvole. Danas se dalje produbljuju rasprave i pitanja vezana za nove alternative kazni zatvora. I treće, uveden je nov sistem novčane kazne (novčana kazna koja se odmerava u dnevnim iznosima) koji dominira u savremenim krivičnim zakonodavstvima evropskih zemalja. Nakon devet godina od primene ovog sistema ponovo se aktuelizuju pitanja vezana za njegovu opravdanost i primenu.

Dva zakona o izmenama i dopunama KZ iz 2009. godine

Reforma krivičnog zakonodavstva 2009. godine sadrži brojne manjkavosti, što je inače slika celokupnog ZID KZ iz septembra 2009. godine, i svakako nije bila sveobuhvatna. Moglo bi se konstatovati da je Zakon o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika iz septembra 2009. godine dotakao odredbe i Opšteg i Posebnog dela, da su neke izmene više formalne nego suštinske prirode jer se njima stilski uređuju postojeće odredbe i usaglašavaju sa našim jezikom, ali, isto tako, ima

⁸ Z. Stojanović, Tendencije u savremenoj nauci krivičnog prava i neka pitanja našeg materijalnog krivičnog zakonodavstva, u: *Nove tendencije u savremenoj nauci krivičnog prava i naše krivično zakonodavstvo*, Udruženje za krivično pravo i kriminologiju Srbije i Crne Gore, Beograd, 2005. god, str. 28.

i novih odredbi, dok se kod pojedinih dela menjaju kazneni okviri. Zanimajući terminološko usklađivanje pojedinih odredbi do kojeg je došlo usled promene državnopravnog položaja Republike Srbije, u odnosu na ranije stanje učinjen je veći broj izmena i dopuna u posebnom delu. Prvo, propisan je određeni broj novih krivičnih dela. Drugo, kod velikog broja postojećih dela vršene su izmene. I treće, brojna su krivična dela kod kojih su menjane propisane kazne odnosno kazneni okviri. Ukazaćemo na najznačajnije izmene u oblasti krivičnih sankcija.

U oblasti krivičnih sankcija uvedeno je izdržavanje kazne zatvora u kućnim uslovima, kao modalitet izvršenja kazne zatvora a ne kao samostalna krivična sankcija. Kriminalno-politički posmatrano radi se o alternativni kazni zatvora koja je trebalo da reši neke od ozbiljnijih problema koji se pojavljuju u sudskoj praksi u vezi sa izvršenjem kazne zatvora.⁹ Naime, u članu 45. KZ posle stava 4. dodati su stavovi 5 do 8 u kojima se ističe da sud može, osuđenom kojem je izrečena kazna zatvora do jedne godine, odrediti da se ova kazna izvrši na taj način što osuđeni ne sme napuštati prostorije u kojima stanuje, osim u slučajevima propisanim zakonom koji uređuje izvršenje krivičnih sankcija. Osuđenom koji jednom u trajanju od dvanaest časova ili dva puta u trajanju od po šest časova, samovoljno napusti prostorije u kojima stanuje, sud će odrediti da ostatak kazne zatvora izdržava u zatvoru. Istaknuto je, takođe, da će sud prilikom određivanja izvršenja kazne zatvora na gore opisan način voditi računa o tehničkim mogućnostima izvršenja, kao i o drugim okolnostima od značaja za odmeravanje kazne. Novouvedene odredbe, koje su od strane velikog broja teoretičara krivičnog prava proglašene kao nejasne i protivrečne¹⁰, stvorile su više dilema u sudskoj praksi. Njima se nisu propisivale neke posebne okolnosti ili kriterijumi koji bi bili smernica sudu za izbor ove kazne. Umesto toga, zakon je kao kriterijum za izbor ove kazne na prvo mesto stavljao tehničke mogućnosti za njeno izvršenje. Dakle, određujući kriterijum prilikom odlučivanja je da li postoji oprema za elektronski nadzor ili ne, što je neprihvatljivo jer bi to značilo da ako državni organ ima tehničke mogućnosti sud će izreći ovu kaznu, a ukoliko nema neće.¹¹ Takođe, prethodnom odredbom nije bilo precizirano ko će odlučivati o tome da se kazna zatvora izvršava u prostorijama u kojima učinilac stanuje jer je stajalo "osuđenom kojem je izrečena kazna zatvora do jedne godine, sud može odrediti da...". Zato se postavljalo pitanje koji sud i u kojoj fazi postupka je nadležan da odlučuje o kućnom zatvoru. Zbog problema koji se javili u primeni ove odredbe Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o izvršenju krivičnih sankcija precizirano je da o kućnom zatvoru odlučuje predsednik suda koji je doneo prvostepenu presu-

⁹ Veliki broj kratkih kazni zatvora zastareva usled nedostatka mesta u zatvorima.

¹⁰ Vidi npr: Z. Stojanović, *Krivični zakonik-predgovor*, Beograd, 2013, str. 11-12.

¹¹ B. Ristivojević, *Aktuelna pitanja sadašnjeg stanja materijalnog krivičnog zakonodavstva Srbije*, u: *Aktuelna pitanja krivičnog zakonodavstva*, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd 2012, str. 46.

du. O žalbi na odluku predsednika prvostepenog suda odlučuje predsednik apelacionog suda. Međutim, to je bilo u suprotnosti sa rešenjem u Krivičnom zakoniku koje je, i pored svih nejasnoća, bilo nedvosmisleno u pogledu toga da o ovom modalitetu kazne zatvora može da odlučuje samo sud. I u definiciji pojma krivične sankcije naglašeno je da ih izriče sud nakon zakonito sprovedenog postupka. Bez obzira što kućni zatvor formalno nije izdvojen u zasebnu kaznu lišenja slobode, jasno je i na prvi pogled da se ona bitno razlikuje od kazne zatvora koja se izdržava u za to namenjenoj ustanovi. Zato, nema opravdanja da to čini predsednik suda, kao organ sudske uprave, kao i zbog toga što to povećava mogućnosti za zloupotrebe. I odredba koja se odnosila na situaciju kada osuđeni samovoljno napusti prostorije u kojima stanuje je bila neprecizna. Prema njoj, ako osuđeni samovoljno napusti prostorije u trajanju do 12 časova sud će odrediti da ostatak kazne izdržava u zatvoru, a onom ko to uradi u trajanju dužem od 12 časova, sud takvu dužnost, polazeći od jezičkog tumačenja, nema. Bez ikakve potrebe ovde je uneta čudna odredba (moguće je i da je u pitanju omaška) koja je zahtevala logičko tumačenje (*argumentum a minori ad maius*).

Odredbe koje se odnose na uslovni otpust, ZID KZ iz septembra 2009, takođe menja. Osuđenog koji je izdržao dve trećine kazne zatvora sud može uslovno otpustiti sa izdržavanja kazne. Prema starom rešenju, takva mogućnost je postojala za osuđenog koji je izdržao polovinu kazne zatvora. Na ovaj način zakonodavac je pooštrio uslove za primenu ovog instituta. U istom članu je određeno da se ne može uslovno otpustiti osuđeni koji je pokušao bekstvo ili je pobeo iz zavođa za izvršenje kazne zatvora u toku izdržavanja kazne (član 46). Takođe, do obaveznog opozivanja uslovnog otpusta će doći kada osuđeni, dok je na uslovnom otpustu, učini jedno ili više krivičnih dela za koja je izrečena kazna zatvora preko šest meseci, a opozivanje je fakultativno kada je izrečena kazna zatvora do šest meseci. U vezi sa uslovnim otpustom, u našoj sudskoj praksi uočljiva je tendencija koja vodi restriktivnoj primeni ovog instituta.

Ovom prilikom, ne možemo a da ne pomenemo čuvenu zabranu ublažavanja kazne za neka "nasumično" izabrana krivična dela. Naime, 2009. godine su unete nove odredbe (član 57. stav 2) po kojima se kazna ne može ublažiti za pojedina krivična dela i to: otmicu (član 134. st. 2 i 3), silovanje (član 178), obljubu nad nemoćnim licem (član 179), obljubu sa detetom (član 180), iznudu (član 214. st. 2. i 3), neovlašćenu proizvodnju i stavljanje u promet opojnih droga (član 246. st 1. i 3), nedozvoljen prelaz državne granice i krijumčarenje ljudi (član 350. st. 3 i 4.) i trgovinu ljudima (član 388). Na ovaj način ublažavanje kazne je prestalo da bude opšti institut u našem krivičnom pravu jer se od tada ne primenjuje kod svih, već samo kod nekih (doduše daleko većeg broja) krivičnih dela.¹² Ova odredba je otvorila niz nedoumica, jer se ne vidi njena prava svrha. Nečija namera da zaoštri kaznenu politiku (u krajnjoj liniji proizlazi da je to i namera zako-

¹² N. Delić, *Zabrana (isključenje) ublažavanja kazne u određenim slučajevima*, *Crimen*, br. 2/2010. str. 238.

nodavca jer je on taj koji je usvojio tu normu i to, moglo bi se reći, prvi put 2009. godine, a drugi put 2012. godine kada nije prihvatio predlog da se ona briše) realizovana je na pogrešan način. Ublažavanje kazne je uvek fakultativno, pa je to bio slučaj i kod ovih krivičnih dela. Ovim je dakle samo oduzeta sudu jedna mogućnost, a da se ništa nije dobilo na planu odmeravanja kazne.¹³

Takođe, vezano za oblast odmeravanja kazne, odredbama našeg materijalnog krivičnog prava, produženo krivično delo regulisano je Krivičnim zakonom Srbije koji je stupio na snagu 1. januara 2006. godine. Zakonodavac je tada precizirao obavezne i varijabilne uslove za njegovo postojanje. ZID KZ iz septembra 2009. propisuje da produženo krivično delo predstavlja fakultativni osnov za (ograničeno) pooštavanje kazne. Naime, za to delo se može izreći teža kazna od propisane. Izrečena kazna ne sme preći dvostruku meru propisane kazne, niti dvadeset godina zatvora. Izuzetno, ako se za produženo krivično delo može izreći kazna zatvora od trideset do četrdeset godina, ne može se izreći kazna veća od četrdeset godina zatvora (član 61).

*Zakon o izmenama i dopunama KZ iz 2012 i reforma
koja se odnosi na sistem kazni i oblast odmeravanja kazne*

Treći po redu, Zakon o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika usvojen je 24. decembra 2012. godine. Izmene u opštem delu mogu se svrstati u nekoliko grupa.

Prvu, čine rešenja koja ranije nisu bila eksplicitno navedena u krivičnom zakonodavstvu. Važnu novinu predstavlja posebna okolnost za odmeravanje kazne za krivična dela učinjena iz mržnje.

Drugu, čine izmene i dopune koje su rezultat preciziranja pojedinih odredbi koje su bile obuhvaćene izmenama i dopunama u septembru 2009. i koje su dovodile do nedoumica u njihovoj primeni. To su odredbe koje se odnose na: kućni zatvor, uslovni otpust i meru bezbednosti zabrane približavanja ili komunikacije sa oštećenim.

Treću, čini brisanje pojedinih odredi koje nisu zaživele u praksi. Tako, članom 8 ZID KZ-a brišu se odredbe čl. 61 st. 7 i 8 KZ-a kojima je predviđena jedina mogućnost pooštavanja kazne, tj. mogućnost izricanja teže kazne od propisane. To je bio slučaj kod produženog krivičnog dela koje je predstavljalo fakultativni osnov za ograničeno pooštavanje kazne. Ovo rešenje je opravdano, jer su propisane kazne dovoljno stroge, tako da izrečene kazne u praksi skoro nikada ne dostižu propisane posebne maksimume. Sudska praksa nije koristila ovu mogućnost, a ni jedini slučaj kada je bila propisana mogućnost pooštavanja kazne u ranijem jugoslovenskom krivičnom pravu (višestruki povrat) nikada nije bila korišćena. Očigledno, kriminalnopolitička potreba za ovakvim izuzetkom ne postoji.

¹³ Đ. Đorđević, *Nova rešenja o ublažavanju kazne u KZ Srbije, Revija za kriminologiju i krivično pravo*, Beograd, 3/2010, str. 172.

Četvrtu, čine određene intervencije koje su nužne zbog usklađivanja sa drugim zakonima koji sadrže pojmove od značaja za propisivanje krivičnih dela. Na primer, izmene i dopune člana 112. Krivičnog zakonika koji određuje izraze koji se upotrebljavaju u zakoniku.

U kriminalno-političkom smislu, pojedina rešenja ZID KZ-a iz 2012. vode slabljenju krivično-pravne represije (institut obaveznog uslovnog otpusta, brisana je iz KZ-a jedina mogućnost pooštavanja kazne koja je postojala kod produženog krivičnog dela), dok su neke izmene na liniji jačanja represije (posebna okolnost za odmeravanje kazne za krivično delo učinjeno iz mržnje).

Novi ZID KZ-a u članu 3. određuje da ako učiniocu krivičnog dela izrekne kaznu zatvora do jedne godine, sud može "istovremeno" odrediti da će se ona izvršiti tako što će je osuđeni izdržavati u prostorijama u kojima stanuje "ukoliko se s obzirom na ličnost učinioca, njegov raniji život, njegovo držanje posle učinjenog dela, stepen krivice i druge okolnosti pod kojima je delo učinio može očekivati da će se i na taj način ostvariti svrha kažnjavanja". Osuđeni, kojem je određeno izvršenje kazne zatvora na prethodni način, ne sme napuštati prostorije u kojima stanuje, osim u slučajevima propisanim zakonom koji uređuje izvršenje krivičnih sankcija. Ukoliko osuđeni "jednom u trajanju preko šest časova ili dva puta u trajanju do šest časova samovoljno napusti prostorije u kojima stanuje", sud će odrediti da ostatak kazne zatvora izdrži u zavodu za izvršenje kazne zatvora. Ovim odredbama rešeni su glavni nedostaci, na koje smo ranije ukazali, kod starog rešenja.

Kada je u pitanju uslovni otpust zakonodavac se 2012. godine odlučio za jedan liberalniji pristup. Prema ranijem rešenju osuđenog koji je izdržao dve trećine kazne zatvora sud je mogao uslovno otpustiti sa izdržavanja kazne, ako se u toku izdržavanja kazne tako popravio da se osnovom može očekivati da će se na slobodi dobro vladati. U pitanju je bila mogućnost koja se, naročito poslenjih nekoliko godina, veoma restriktivno primenjivala. Prema novoj odredbi, za pretežni broj krivičnih dela uveden je, umesto fakultativnog, obavezan uslovni otpust u slučaju da su ispunjeni zakonski uslovi. Sada je to pravo osuđenog. To je u skladu sa praksom u evropskim zemljama u kojima se skoro po automatizmu odobrava uslovni otpust. S obzirom na to da je kod nas u praksi u zadnje vreme, neosnovano, došlo do značajnog sužavanja primene ovog instituta što, između ostalog, pogoršava i inače nepovoljno stanje u pogledu kapaciteta naših zavoda u kojima se izvršavaju kazne zatvora, nužno je izmenom zakonske odredbe usmeriti sudove u pravcu šireg korišćenja ovog instituta. On ima niz pozitivnih strana i može da predstavlja značajan podstrek osuđenim licima da se dobro vladaju za vreme izdržavanja kazne, kao i da više ne vrše krivična dela. Ipak, iako postavljen kao obavezan u slučaju da su ispunjeni zakonski uslovi, uslovno otpuštanje osuđenog lica će u značajnoj meri zavisiti od procene suda da li je s obzirom na njegovo vladanje u toku izdržavanja kazne kao i na druge okolnosti u odnosu na njega postignuta svrha kažnjavanja. Uslovni otpust je krivičnopravna mera koja je isključivo

specijalno-preventivnog karaktera tako da bi pitanje ostvarivanja generalne prevencije prilikom odlučivanja o uslovnom otpustu trebalo da bude irelevantno. U pogledu nekih krivičnih dela zakonodavac ograničava primenu obaveznog uslovnog otpusta formulacijom sud *može* uslovno otpustiti osuđenog: koji izdržava kaznu zatvora od 30 do 40 godina; koji je osuđen za krivična dela protiv čovečnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom (čl. 370. do 393a), krivična dela protiv polne slobode (čl. 178. do 185b), krivično delo nasilje u porodici (član 194. st. 2. do 4), krivično delo neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga (član 246. stav 4), krivična dela protiv ustavnog uređenja i bezbednosti Republike Srbije (čl. 305. Do 321), krivično delo primanje mita (član 367) i krivično delo davanje mita (član 368); koji je osuđen od strane nadležnih sudova, odnosno njihovih posebnih odeljenja, u postupcima vođenim u skladu sa nadležnošću određenom Zakonom o organizaciji i nadležnosti državnih organa u suzbijanju organizovanog kriminala, korupcije i drugih teških krivičnih dela; koji je više od tri puta pravnosnažno osuđen na безусловnu kaznu zatvora, a nije izvršeno brisanje ili ne postoje uslovi za brisanje neke od osuda.¹⁴ Dakle, dosadašnje rešenje prema kome je uslovni otpust bila mogućnost i u slučaju ispunjavanja svih uslova, zadržano je za određene kategorije krivičnih dela. To rešenje je, inače, bilo kritikovano u našoj teoriji. Naime, osnovni prigovor koji mu se može uputiti jeste na osnovu čega će sud u jednom konkretnom slučaju uslovno otpustiti osuđeno lice, a u drugom neće iako su u oba slučaja ispunjeni svi uslovi za njegovo davanje. Takvo diskreciono pravo suda da odluči pozitivno ili negativno o uslovnom otpustu i onda kada su ispunjeni svi zakonski uslovi vodi ili arbitrarnosti, ili uzimanju u obzir onih okolnosti i razloga koji se protive prirodi ovog instituta i vode "ponovnom suđenju".¹⁵

Suštinsku stranu krivičnog prava čini njegova zaštitna funkcija. Jedno od bazičnih pitanja na koje treba dati odgovor, u vezi sa osnovnom funkcijom krivičnog prava, jeste i pitanje koja dobra i od kojih napada štitimo krivičnim pravom. Rešenje ovog pitanja ima važne posledice za društvo, kao i što pojačana zaštita određenih grupa lica ima odgovarajuće reperkusije kada je u pitanju odnos pojedinca i društva. ZID KZ iz decembra 2012. godine uvodi u krivično zakonodavstvo mržnju kao obaveznu otežavajuću okolnost prilikom odmeravanja kazne. Ukoliko postoji mržnja zbog pripadnosti rasi, veroispovesti, nacionalne ili etničke

¹⁴ U stranom zakonodavstvu se nailazi na različita rešenja u pogledu regulisanja uslovnog otpusta. Postoje i ona rešenja koja poznaju, kao i sada KZ Srbije, obavezan (ako su ispunjeni propisani uslovi) i fakultativni uslovni otpust. Međutim, ta se razlika, po pravilu, ne pravi s obzirom na vrstu odnosno težinu krivičnog dela, već s obzirom na izdržani deo kazne. To je slučaj sa KZ Nemačke. Tako, u slučaju da je osuđeni isdržao dve trećine kazne, onsud će ga uslovno otpustiti, a ako je isdržao jednu polovinu, sud ga *može* uslovno otpustiti. Vidi: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 28. Auflage, München, 2010, p. 920-935.

¹⁵ O tome više vid. Z. Stojanović, Uslovni otpust: problemi i perspektive, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 1-2, 1984, str. 195-196.

pripadnosti, pola, seksualne orijentacije ili rodnog identiteta drugog lica to će sud ceniti kao posebnu okolnost prilikom odmeravanja kazne, osim ako to ovim Krivičnim zakonikom nije propisano kao obeležje krivičnog dela.¹⁶ Kriminalno-politički posmatrano unošenje ove odredbe u krivično zakonodavstvo Srbije je zahtevalo prethodnu procenu njene opravdanosti i njeno vrednovanje. Tu nam se nužno nameću najmanje dva pitanja. Prvo, da li ta obaveznost proizilazi iz međunarodnih izvora? Drugo, da li su društvene prilike u našoj sredini, našoj zemlji takve da zahtevaju reakciju kada su pitanju krivična dela učinjena iz mržnje? Najbolje bi bilo uzeti u obzir međunarodne dokumente i pre uobličavanja određene krivičnopravne norme što potpunije i preciznije upoznati društvenu stvarnost. Kada je donet ZID KZ kao jedan od glavnih razloga za njegovo usvajanje navedena je potreba usklađivanja sa međunarodnim dokumentima. Pored Konvencija, regionalnih i međunarodnih, od posebnog značaja za reformu krivičnog zakonodavstva su Direktive EU i Okvirne odluke Saveta EU. Za Srbiju, kao državu koja nastoji da što pre postane punopravni član Evropske Unije, od izuzetne je važnosti da prati aktivnosti EU i njenih članica na području suzbijanja kriminaliteta. Isto tako, u okviru opšte svrhe i cilja postojanja krivičnog prava a to je ostvarivanje zaštitne funkcije nastojali su se pronaći razlozi koji opravdavaju dodatnu zaštitu određenog kruga ljudi. Najčešće se ističe da je cilj unošenja ovakve odredbe u krivično zakonodavstvo, očigledna potreba za pojačanom zaštitom pripadnika određenih društvenih grupa koje su posebno ranjive i zbog toga predstavljaju lakšu metu zločina¹⁷ ili su objekat čestih napada.

Rešenje iz člana 54a KZ je na liniji jačanja krivičnopravne represije. Učinitelj preuzima radnju nekog krivičnog dela (najčešći su napadi na život, telo ali moguća su i imovinska krivična dela) motivisan pripadnošću žrtve određenoj grupi. U krivičnim zakonodavstvima evropskih zemalja uglavnom se, poslednjih godina, predviđaju strože kazne za krivična dela čije je izvršenje motivisano pripadnošću žrtve nekoj od napred navedenih grupa. ZID KZ uvodi posebnu okolnost za odmeravanje kazne za krivično delo učinjeno iz mržnje. Ako je krivično delo učinjeno iz mržnje zbog pripadnosti rasi i veroispovesti, nacionalne ili etničke pripadnosti, pola, seksualne orijentacije ili rodnog identiteta drugog lica, takvo postupanje će sud ceniti kao otežavajuću okolnost, osim ako to ovim zakonikom nije propisano kao obeležje krivičnog dela (čl. 54a KZ-a).

Polazeći od relevantnih međunarodnih dokumenata cilj nove odredbe čl. 54a Krivičnog zakonika jeste da se obezbedi strože kažnjavanje, a time i pojačana krivičnopravna zaštita, u odnosu na pojedine društvene grupe čiji su pripadnici žrtve različitih krivičnih dela koja se vrše iz mržnje zbog te pripadnosti. Krivična

¹⁶ Npr. mržnja je element bića krivičnog dela izazivanje nacionalne, rasne i verske mržnje i netrpeljivosti iz člana 317. KZ i ne može biti uzeta i kao otežavajuća okolnost prilikom odmeravanja kazne, jer je to već učinjeno prilikom propisivanja krivičnog dela.

¹⁷ J. B. Woods, Taking the Hate out of the Hate Crimes: Applying Unfair Advantage Theory to Justify the Enhanced Punishment of Opportunistic Bias Crimes, *UCLA Law Review*, 2008, p. 491.

dela učinjena iz mržnje su krivična dela u kojima učinilac napada žrtvu zbog nje-
ne stvarne ili pretpostavljene pripadnosti određenoj društvenoj grupi. Žrtve kri-
vičnih dela iz mržnje su obično predmet napada zbog njihove rase, religije, sek-
sualne orijentacije, invaliditeta, klase, etničke pripadnosti, nacionalnosti, starosti,
pola, rodnog identiteta, društvenog statusa, političke pripadnosti i sl. To mogu
biti veoma raznorodna krivična dela u koja se ubrajaju: telesne povrede, ošteće-
nja stvari, zlostavljanje i mučenje, uvrede, ubistva itd. Lična svojstva, koja pobu-
đuju mržnju, zbog kojih se neko krivično delo vrši, i koja zbog toga predstavljaju
obaveznu otežavajuću okolnost, nabrojana su u čl. 54a i to su: pripadnosti rasi, ve-
roispovesti, nacionalna ili etnička pripadnosti, pol, seksualna orijentacija ili rod-
ni identitet. Svojstva kao što su rasa, veroispovest, nacionalna ili etnička pripad-
nost i pol ne zahtevaju posebno određenje. Međutim, postoje lična svojstva koja
je potrebno definisati. Na primer, seksualna orijentacija i rodni identitet. Seksu-
alna orijentacija je termin koji se odnosi na emotivnu, seksualnu i drugu privlač-
nost prema osobama različitog ili istog pola i roda. Najčešće se pominju tri obli-
ka seksualne orijentacije: heteroseksualna, biseksualna i homoseksualna. Rodni
identitet je lični doživljaj roda koji se može, ali i ne mora poklapati sa polom oso-
be.¹⁸ Dakle, radi se o subjektivnom osećaju pripadnosti ili nepripadnosti jednom
od rodova, što nije nužno zasnovano na polu ili seksualnoj orijentaciji.

Protivnici nove odredbe ZID KZ-a isticali su u prvi plan činjenicu da je u
okviru opštih pravila o odmeravanju kazne (čl. 54 KZ) već određeno da će sud
prilikom odmeravanja kazne u obzir uzeti i pobude iz kojih je delo učinjeno, pa
prema tome i mržnju. Tako npr. mržnja kao jedan primer niske pobude je i rani-
je bila okolnost koju je sud mogao uzeti u obzir prilikom odmeravanja kazne. U
presudi Vrhovnog suda Srbije (Kž. 2105/57) je naznačeno da se pod niskim po-
budama podrazumevaju svi oni motivi koji nisu dostojni čoveka i koji se ne sla-
žu sa usvojenim moralnim shvatanjima društva. To su: mržnja, zavist, pakost, po-
hlepa, zloba, netrpeljivost i sl. Dakle, oni su smatrali da postojeće odredbe koje su
deo ukupnog krivičnog zakonodavstva u konkretnoj zemlji pružaju dovoljnu za-
štitu od takvih ponašanja.

Pristalice krivičnopravnog regulisanja "zločina iz mržnje"¹⁹ iznele su po-
grešnu tvrdnju da je praksa pokazala da slučajevi teških krivičnih dela, kao što su
ubistvo romskog dečaka u centru Beograda od strane pripadnika Skinhedsa, nisu
od strane državnih organa sankcionisani na adekvatan način.²⁰ Da to nije tačno
pokazuje presuda Vrhovnog suda Srbije (Kžm.38/98) prema kojoj ubistvo koje je
učinjeno zbog pripadnosti određenoj etničkoj grupi treba tretirati kao teško ubi-

¹⁸ S. Gajin, Pojam, oblici i slučajevi diskriminacije, u: *Antidiskriminacioni zakon*, Beograd, 2010, str. 15.

¹⁹ Jedan od prvih teoretičara koji se bavio "zločinima mržnje" bio je prof. dr Đorđe Ignjatović nazivajući ih tim imenom. Vidi: Đ. Ignjatović, Zločini mržnje, *Pravni život*, 9/2005, Beograd, str. 3.

²⁰ T. Drobniak, Krivičnopravna zaštita od diskriminacije, u: *Antidiskriminacioni zakon*, Beograd, 2010, str. 90.

stvo iz niskih pobuda. Naime, učinioci su lišili života drugo lice samo zato što je bio Rom jer su pripadali Skinhedsima, čije ideje su da njihova nacija i rasa treba da budu čisti.²¹ Bilo je potrebno naći jedno srednje rešenje što je ZID KZ učinio. Odredba iz čl. 54 KZ-a je uopštena i ne govori eksplicitno o mržnji kao otežavajućoj okolnosti (i to po navedenim osnovima), niti je propisuje kao obaveznu otežavajuću okolnost što je učinjeno u odredbi člana 54a Krivičnog zakonika.

Novim rešenjem zakonodavac nije hteo da iskaže nepoverenje prema sudijskoj funkciji, smatrajući da sudije neće koristiti mogućnosti, koju inače imaju, da prilikom odmeravanja kazne za učinjeno krivično delo uzmu u obzir i pobude iz kojih je delo učinjeno, već je hteo da naglasi obaveznost njene primene i na taj način se usaglasi sa međunarodnim izvorima. To je bolje rešenje nego da je izvršio reviziju posebnog dela i kod pojedinih krivičnih dela predvideo u posebnom stavu da delo dobija teži oblik ako je učinjeno iz mržnje. U takvoj situaciji, uvek postoji mogućnost da se neko krivično delo izostavi. Opravdanje za novu odredbu iz čl. 54a je u tome što je to sada obavezna a ne fakultativna otežavajuća okolnost. Analizirajući ovu odredbu pravno-dogmatski uočavamo da je za njenu primenu važno utvrditi postojanje dva elementa: objektivnog, koji zahteva da je učinjeno neko krivično delo predviđeno odredbama Krivičnog zakonika, i subjektivnog, koji podrazumeva postojanje mržnje prema žrtvi zbog njene pripadnosti određenoj društvenoj grupi.

Što se tiče krivičnog dela to mogu da budu vrlo raznorodna dela iako su najčešća protiv života i tela (npr. ubistva, telesne povrede). Postavlja se pitanje da li je moguće iz mržnje izvršiti neko imovinsko krivično delo npr. krađu. Po našem mišljenju moguće je da pored namere pribavljanja protivpravne imovinske koristi postoji i mržnja. Tako npr. nesporno je da kod genocida kod kojeg je primarna genocidna namera može da postoji još neka pobuda npr. koristoljubiva. Dakle, mržnja može da bude pobuda za gotovo svako krivično delo, pa čak i za krađu. Objekat napada može da bude kako jedna ili više osoba koje pripadaju određenoj posebno zaštićenoj kategoriji tako i njihova imovina. Učinilac bira žrtvu zbog njene pripadnosti nekoj od posebno zaštićenih kategorija navedenih u članu 54a. Koje društvene grupe treba da budu naročito zaštićene je, po našem mišljenju, složeno pitanje, u čijem rešavanju mogu da nam pomognu istorijske okolnosti i društvene prilike u jednoj zemlji. Evropski sud za ljudska prava je, prvi put u svojoj istoriji, u slučaju Đorđević protiv Hrvatske ukazao na obavezu države da štiti osobe sa smetnjama u razvoju, od bilo kog oblika fizičkog ili psihičkog nasilja zasnovanog na mržnji, zbog njenih nedostataka.²² *De lege ferenda* zakonodavac u Srbiji treba da, kada su u pitanju krivična dela učinjena iz mržnje, pruži posebnu zaštitu i osobama sa smetnjama u razvoju i invalidima.

²¹ D. Kolarić, *Krivično delo ubistva*, Beograd, 2008, str. 237.

²² Evropski sud za ljudska prava, Predstavka br. 41526/10, 2012.

Kada se radi o subjektivnom elementu jasno je da se ova krivična dela vrše sa direktnim umišljajem. Zapravo radi se o jednoj vrsti "obogaćenog" umišljaja jer pored činjenice da se delo vrši prema pripadniku određene društvene grupe karakteristične po određenim osobenostima traži se i utvrđivanje postojanja mržnje. Pored predrasuda prema određenim društvenim grupama formira se i osećanje mržnje koje dovodi do izvršenja krivičnog dela. To implicira direktan umišljaj jer je suprotno teško zamislivo. Prema tome, koncept "krivična dela učinjena iz mržnje" opisuje određeni tip krivičnih dela a ne neko konkretno delo iz krivičnog zakonika. Mržnja je veoma specifično i intenzivno emocionalno stanje koje je, kao i svaku drugu okolnost subjektivnog karaktera, teško dokazati. U toku krivičnog postupka ona će se, najverovatnije, dokazivati posredno uz pomoć objektivnih okolnosti slučaja ili se može desiti da je ona verbalno iskazana što onda olakšava situaciju.

Kad su u pitanju dalje izmene, ZID KZ iz 2012. briše odredbe člana 61. st. 7. i 8. Krivičnog zakonika kojima je predviđena jedina mogućnost pooštavanja kazne, tj. mogućnost izricanja teže kazne od propisane u slučaju produženog krivičnog dela. Kriminalnopolitička potreba za ovakvim izuzetkom ne postoji. Propisane kazne su dovoljno stroge, tako da izricane kazne u praksi skoro nikada ne dostižu propisane posebne maksimume. Sudska praksa nije koristila ovu mogućnost, a ni jedini slučaj kada je bila propisana mogućnost pooštavanja kazne u ranijem jugoslovenskom krivičnom pravu (višestruki povrat) nikada nije bila korišćena.

Osvrnućemo se i na odredbu člana 7. stav 1. Predloga ZID KZ-a iz 2012. koji je upućen Narodnoj skupštini, kojom je trebalo brisati apsolutnu zabranu ublažavanja kazne za neka krivična dela. Kao što smo ranije istakli, 2009. godine su izvršene izmene kojima su unete nove odredbe (član 57. stav 2) po kojima se kazna ne može ublažiti za pojedina krivična dela i to: otmicu (član 134. st. 2 i 3), silovanje (član 178), obljudu nad nemoćnim licem (član 179), obljudu sa detetom (član 180), iznudu (član 214. st. 2. i 3), neovlašćenu proizvodnju i stavljanje u promet opojnih droga (član 246. st 1. i 3), nedozvoljen prelaz državne granice i krijumčarenje ljudi (član 350. st. 3 i 4.) i trgovinu ljudima (član 388). Time se derogira jedan opšti insitut a s druge strane, ne vidi se kriterijum kojim se zakonodavac rukovodio kada je zabranio ublažavanje baš kod tih krivičnih dela (a ne i najtežih). Teško da se u tom pogledu može povezati silovanje sa nedozvoljenim prelaskom granice, a svakako, još manje se može naći objašnjenje zašto je zakonodavac 2009. godine zabranio ublažavanje kazne za teži oblik krivičnog dela neovlašćene proizvodnje i stavljanja u promet opojnih droga kada je delo učinjeno od strane grupe (stav 3), a nije za najteži kada je delo učinjeno od strane organizovane kriminalne grupe (stav 4).²³ Takođe, kako braniti rešenje koje isključuje mogućnost primene i zakonskih osnova za ublažavanje kazne kod gore nabrojanih krivič-

²³ Z. Stojanović, D. Kolarić, Nova rešenja u Krivičnom zakoniku Republike Srbije, Bezbednost, br. 3/2012, Beograd, str. 7-33.

nih dela (čime se izjednačava kažnjavanje za pokušano i dovršeno krivično delo, ne uvažava bitno smanjena računljivost itd).²⁴ Ova odredba je u suprotnosti sa odredbama opšteg dela Krivičnog zakonika koje predviđaju mogućnost ublažavanja kazne u određenim slučajevima pa se u praksi javila dilema da li prednost ima odredba člana 57. stav 2. Krivičnog zakonika ili odredbe koje predviđaju tzv. zakonsko ublažavanje kazne kada je reč o krivičnim delima obuhvaćenim ovom zabranom. Ni kriminalno-politički se ovakva odredba ne može braniti ako se ima u vidu da Krivični zakonik, naročito posle Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika iz 2009. godine, predviđa stroge kazne i visoke posebne minimume.

ZAKLJUČAK

Da li sistem krivičnih sankcija može biti još bolji i savremeniji? Sigurno da može, upravo zbog toga iznosimo konkretne predloge *de lege ferenda*.

Kada je u pitanju reforma krivičnog zakonodavstva Republike Srbije u oblasti krivičnih sankcija predlažemo sledeće: kućni zatvor izdvojiti kao zasebnu vrstu kazne lišenja slobode; razmotriti uvođenje kazne doživotnog zatvora; proširiti primenu kazne rada u javnom interesu; novčanu kaznu u dnevnim iznosima predvideti kao jedini sistem odmeravanja novčane kazne; dodatno precizirati odredbu o posebnoj okolnosti za krivična dela učinjena iz mržnje, i ukinuti zabranu ublažavanja kazne za pojedina krivična dela nabrojana u članu 57. st. 2, ili prihvatiti, kao srednje rešenje, zabranu sudskog ublažavanja kazne za određena krivična dela koja nisu "nasumično" izabrana.

Dileme postoje u pogledu još nekih pitanja vezanih za oblast krivičnih sankcija. Tako, npr. postoji podeljeno mišljenje u vezi sa odmeravanjem kazne između 20 i 30 godina, u pogledu uvođenja novih alternativa kazni zatvora, itd.

Propisivanje kućnog zatvora kao samostalne vrste kazne zatvora zahteva i propisivanje novih uslova za njeno izricanje. Prema sadašnjem rešenju, izdržavanje kazne u kućnim uslovima moguće je ako je učiniocu izrečena kazna do jedne godine zatvora. Postoje predlozi upućeni od strane pojedinih područnih sudova da se omogući izricanje ove kazne i za teža krivična dela tj. ako je učiniocu krivičnog dela izrečena kazna zatvora do tri godine. Jasno je da je zakonodavac propisujući način izvršenja ovoj kazni dao drugačiji karakter i težinu. Zbog toga ona treba da preraste u samostalnu kaznu.

Sa stanovišta kaznene politike, pored propisivanja sankcija za pojedina krivična dela veoma je važno izricanje i izvršenje kazne. Jasno je da krivično pravo sa svojim sistemom krivičnih sankcija, iako predstavlja glavno represivno sredstvo u suzbijanju kriminaliteta, ima i značajnu preventivnu dimenziju. To proizilazi iz određenja svrhe kazne u našem krivičnom zakonodavstvu. Zbog toga smatramo da bi trebalo razmisliti *de lege ferenda* o uvođenju kazne doživotnog zatvora. U toku rada na Krivičnom zakoniku iz 2005. godine od te ideje se odu-

²⁴ Z. Stojanović, *Krivično pravo-opšti deo*, Beograd, 2013. godina, str. 325.

stalo u poslednjem trenutku. Međutim, uporedno-pravno posmatrajući doživotni zatvor postoji u velikom broju evropskih (Engleska, Švajcarska, Nemačka, Austrija, Švedska itd) i u velikom broju vanevropskih država (Amerika, Kanada, Indija, Australija itd). Neki bi u pogledu ovog predloga mogli da ukažu na već dobro poznatu izjavu Bekarije koji je još odavno rekao da je bolje da kažnjavanje bude brzo i izvesno, nego da bude oštro jer se samo na taj način postiže efikasnost. Ali naš predlog ne znači da smo primenu zaboravili i ostavili po strani. Ističemo potrebu komplementarnog delovanje i zakonodavne i sudske kaznene politike. Kao bitnu kariku u pravcu uspešnije borbe protiv teških krivičnih dela ističemo potrebu za uvođenjem kazne doživotnog zatvora jer praktične razlike između kazne od četrdest godina zatvora i doživotnog zatvora skoro i da nema, a preventivna dimenzija je više izražena kod potonje.²⁵ Predlozi koji se odnose na kaznu kućnog zatvora i doživotni zatvor na prvi pogled deluju kontradiktorno. Kućni zatvor je svakako na liniji slabljenja represije dok je doživotni zatvor na liniji njenog jačanja. Međutim, princip srazmernosti prilikom izbora i odmeravanja kazne zahteva, čini nam se, postojanje i primenu i jedne i druge vrste kazne. Kada je u pitanju kazna rada u javnom interesu treba razmisliti o mogućnostima za proširenje njene primene na krivična dela za koja je propisana kazna zatvora do pet godina ili novčana kazna. U prilog tome ističu se savremeni kriminalno politički trendovi i pozitivna iskustva u njenoj primeni.²⁶

Intencija zakonodavca 2005. godine, kada je radio na novom krivičnom zakoniku, bila je da omogući širu primenu novčane kazne. Međutim, zbog problema oko utvrđivanja visine prihoda prilikom odmeravanja po sistemu “dani-novčana kazna”, njena primena je u prethodnom periodu pala ispod 10%. Dakle, postoji neprihvatljivo niska stopa primene novčane kazne. Da li je to posledica zaoštavanja krivičnopravne represije do koje je došlo poslednjih nekoliko godina? Na planu zakonskog regulisanja novčane kazne intervencijom *de lege ferenda* treba omogućiti širu primenu novčane kazne, olakšati ulogu suda jer sudska praksa ne voli komplikovana rešenja. Struktura kriminaliteta sigurno omogućava širu primenu novčane kazne. Ranije je novčana kazna pratila granicu od oko 35%. Jedan od razloga koji je uticao na retku i nedovoljnu primenu novčane kazne je sigurno i nizak životni standard.

Komisiji koja radi na izmenama i dopunama Krivičnog zakonika je upućen veliki broj, u osnovi istih, predloga od strane sudova-brisanje člana 49. i odgovarajućeg dela iz člana 48. Uglavnom se ističe da ona ne odgovara stvarnim prilikama u društvu i da je postupak odmeravanja komplikovan jer pribavljanje podataka o приходima i rashodima učinioca vrlo često može trajati duže nego postupak

²⁵ Imajući u vidu da i naš zakonodavac polazi od relativne teorije i svrhu kažnjavanja određuje kao specijalnu i generalnu prevenciju.

²⁶ Z. Stojanović, *Moguće izmene Krivičnog zakonika Srbije*, u: *Reforma krivičnog prava*, Kopaonik, 2014, str. 13.

za utvrđivanje elemenata krivičnog dela, a takvi podaci koji postoje kod banaka, drugih finansijskih ustanova, državnih organa i drugih pravnih lica nisu ažurni i ne pružaju podatke o tačnom stanju. Ne može se izbeći utisak da se sudska praksa koleba i luta kada je u pitanju primena odredbe KZS koja se odnosi na odmeravanje kazne u dnevnim iznosima. Rezervisan stav sudova prema sistemu “dani-novčana kazna” i osetan pad primene novčane kazne uopšte, zahtevaju odgovarajuću reakciju zakonodavca. Prateći savremene kriminalno-političke trendove zakonodavac je 2005. godine uneo odredbu o novčanoj kazni u dnevnim iznosima koja postoji u većini evropskih pravnih zakonodavstava kao jedini način odmeravanja kazne. Suvišno je ovom prilikom nabrajati sve prednosti ovog sistema, koje jasno ukazuju da on predstavlja bolji sistem od onog tradicionalnog. Složićemo se da je osnovni razlog za restriktivnu primenu otežan i dugotrajan postupak za utvrđivanje prihoda. Zbog toga treba pojednostaviti postupak i omogućiti sudovima da po slobodnoj proceni utvrđuju prihode i rashode učinioca i u jednom trenutku budućim izmenama i dopunama ostaviti samo sistem dani novčana kazna.

U vezi sa novouvedenom posebnom okolnošću za krivična dela učinjena iz mržnje postoji nekoliko predloga za njeno poboljšanje. Naime, postavlja se pitanje kako lična percepcija i subjektivni doživljaj o pripadnosti lica nekoj od posebno zaštićenih kategorija utiče na kvalifikaciju dela tj. na odmeravanje kazne. Moguće je da neko polazi od pretpostavke da je neko lice npr. pripadnik *LGBT* populacije i zbog toga vrši krivično delo prema njemu. U toku krivičnog postupka se ispostavi da on nije pripadnik te društvene grupe. Da li onda ima mesta za mržnju kao obaveznu otežavajuću okolnost. Zakonodavac bi u tom pravcu mogao da bude precizniji. Mržnja kao pobuda zbog koje se vrši krivično delo je odavno poznata u krivičnom pravu i mogla se uvek, kada se utvrdi njeno postojanje, uzeti u obzir kao otežavajuća okolnost prilikom odmeravanja kazne. Ako se, prema sadašnjem rešenju radi o obaveznoj otežavajućoj okolnosti onda ima smisla odredbu člana 54a, *de lege ferenda*, precizirati na sledeći način: “Ako je krivično delo učinjeno iz mržnje zbog “*stvarne ili pretpostavljene*” pripadnosti rasi i veroispovesti, nacionalne ili etničke pripadnosti, pola, seksualne orijentacije ili rodnog identiteta drugog lica, “*zbog određenog stepena invaliditeta ili psihičkih smetnji*”, takvo postupanje sud će ceniti kao otežavajuću okolnost, osim ako to ovim zakonikom nije propisano kao obeležje krivičnog dela.” Na sličan način je postupio i zakonodavac u Finskoj. Prema najnovijim izmenama i dopunama Krivičnog zakonika Finske, koje su usvojene u martu 2011. godine i stupile na snagu 1. juna 2011. godine, ne zahteva se više da žrtva bude član određene rasne ili verske grupe, određene seksualne orijentacije ili odgovarajućeg stepena invaliditeta već da žrtva ili imovina koja je objekat napada prema percepciji učinioca krivičnog dela ima veze sa određenom grupom.²⁷

²⁷ *Hate crimes in OSCE Region, Incidents and Responses, Report for 2011, Warsaw, 2011, p. 27.*

Jedno od najkontroverznijih pitanja ZID KZ iz 2009, pa i ZID KZ iz 2012. je zabrana ublažavanja kazne za pojedina krivična dela. Ova odredba je naišla na kritiku kako teorije tako i sudske prakse. Opšte je usvojeno mišljenje da bi ukidanjem ove odredbe bila uklonjena jedno "strano telo" i anomalija iz Zakonika. Iz tih razloga Predlog ZID KZ-a iz 2012. je u članu 7. sadržao odredbu po kojoj je bilo predviđeno brisanje stava 2. člana 57. Međutim, predloženim i prihvaćenim amandmanom u Narodnoj skupštini sporna odredba i dalje ostaje da kvari Krivični zakonik. Narodni poslanici koji su se prilikom rasprave o Zakonu o izmenama i dopunama KZ zalagali za oštro kažnjavanje pedofila (neki iskreno, a neki zato što je to politički isplativo) nisu ukazali na jednu veoma važnu činjenicu. Radna grupa je predložila Vladi brisanje odredbe člana 57. stav 2. i iz razloga što ta odredba ni sama ne sledi ideju na kojoj je zasnovana (makar ona bila i pogrešna), dozvoljavajući ublažavanje kazne kod krivičnog dela koje je teže u odnosu na krivično delo iste vrste koje je lakše. To je upravo slučaj i sa pedofilijom, odnosno seksualnim aktom sa detetom što je u raspravi bio glavni argument da se ne usvoji rešenje predloženo od strane vlade.²⁸ Naime, ta odredba čije su zadržavanje u KZ predložili neki poslanici opozicije (neki od njih su i najzaslužniji za njeno uvođenje 2009. godine), predviđa da se ne može ublažiti kazna za "običnu" pedofiliju (ispod tri godine zatvora), a može do jedne godine zatvora ako je izvršilac roditelj, nastavnik, vaspitač ili drugo lice kome je dete povereno na brigu, čuvanje, vaspitanje. Takvom pedofilu koji seksualni akt vrši prema sopstenom detetu, ili detetu koje mu je povereno na čuvanje, brigu i vaspitanje, kazna se može ublažiti iako se tu teško mogu naći i hipotetički primeri u kojima bi to bilo opravdano. Ukoliko je učinjen najteži oblik, tj. kada je nastupila smrt deteta, i u tom slučaju će "običan" pedofil teže da prođe: najmanje deset godina zatvora, dok će onaj koji se na taj način "brinuo" o detetu koje mu je povereno moći da prođe i sa sedam godina zatvora. Radnja izvršenja u oba slučaja je potpuno ista (obljuba ili sa njom izjednačen čin), ali ako je izvršilac roditelj, nastavnik, vaspitač deteta onda on može biti tri puta blaže kažnjen (godinu dana zatvora) nego kada nema to svojstvo (najmanje tri godine zatvora jer je ublažavanje zabranjeno). Deluje bizarno, ali pošto je jedina razlika u svojstvu učinioca i njegovom posebnom odnosu prema detetu, proizlazi da je to razlog što je dozvoljeno ublažavanje kazne u ovom slučaju. Međutim, tu se ne može ništa učiniti: dovodenjem u vezu člana 57. stav 2 sa članom 180. i 181. KZ nikakvim tumačenjem se ne može doći do nekog drugog rezultata.²⁹

Ovde jasno i nedvosmisleno postoji jedinstven stav teorije i prakse po kome treba brisati član 57. stav 2. Bez obzira na intenciju zakonodavca da se smanji broj izvršenja krivičnih dela iz čl.134.st.2 i 3, 178. 179, 180,214.st.2 i 3, 246.st.1 i 3, 350.

²⁸ Z. Stojanović, D. Kolarić, *Nova rešenja u Krivičnom zakoniku Republike Srbije*, op.cit, str. 17.

²⁹ *Ibidem*, str. 18.

st.3 i 4 i 388.KZ, u sudskoj praksi je došlo do apsurdnih situacija. Naime, u svojstvu okrivljenih kojima je stavljeno na teret da su izvršili navedena krivična dela, često se nalaze ranije neosuđivani mladi ljudi, čije lične prilike i druge okolnosti ukazuju da bi u odsustvu zabrane propisane u odredbi čl.57.st.2. KZ bile izricane kazne zatvora u kraćem trajanju od zakonom propisanog minimuma i koje bi u takvim slučajevima predstavljale adekvatnije krivične sankcije od kazni zatvora izrečenih u skladu sa zabranom ublažavanja, koje često predstavljaju neprimerno visoke kazne. Posmatrano sa stanovišta specijalne prevencije, u cilju sprečavanja povrata, dužina boravka u zatvoru posebno kod mladih, prvi put osuđivanih, može da bude od uticaja na njihovo buduće ponašanje. Kod npr. člana 246 KZ javilo se puno problema u praksi u situacijama kada se radi o malim količinama opojne droge ili o tzv. lakim drogama jer je ocenjeno da je previsoka kazna od minimum tri godine zatvora u slučaju posedovanja npr. jednog džointa.³⁰ Takođe, radnju ovog krivičnog dela čini i prodaja lekova koji se koriste u terapijske svrhe ali imaju u svom sastavu opojne droge. Iako se radi o manjem stepenu društvene opasnosti takvi učiniooci se kažnjavaju istom kaznom kao i prodavci tzv. teških opojnih droga.

Možemo da zaključimo da i pored određenih izmena i dopuna krivičnog zakonodavstva, poslednjih godina, koje su na liniji jačanja retributivizma, ipak je njihova osnovna usmerenost i dalje utilitaristička tj. opravdanje za reformu se nalazi u društvenoj korisnosti. Tako npr. proširivanje mogućnosti za primenu novčane kazne ne znači automatski da je stepen represivnosti povećan, nego da je veća korist od takvog načina odmeravanja kazne jer ona jednako pogađa i bogate i siromašne. Takođe, "novi-stari" način odmeravanja novčane kazne, sistem dani-novčana kazna" omogućava potpunije ostvarivanje načela srazmernosti. To više nije samo srazmernost težini učinjenog krivičnog dela, gde npr. i bogati i siromašan učinilac vrše isto krivično delo za koje bi trebalo da dobiju istu kaznu, već princip srazmernosti podrazumeva i ostvarivanje opšte ideje pravde i pravičnosti.

³⁰ Usled napred navedene odredbe dolazi se u situaciju da se ista kazna izriče optuženom koji je krivično delo iz člana 246. stav 1. izvršio prodajom jednog džointa opojne droge kanabis i onog koji krivično delo izvrši prodajom paketića od dva grama opojne droge heroin.

DRAGANA KOLARIĆ, Ph.D.,

Professor, Academy of Criminological and Police Studies, Belgrade

PUNISHMENT AS INSTRUMENT OF STATE RESPONSE TO CRIME
AND UPCOMING CHANGES IN THE CRIMINAL CODE OF SERBIA

Summary

After the adoption of the Criminal Code, the system of punishment in the criminal legislation of Serbia has met the standards that exist in other European countries. Despite certain changes and amendments in recent years, which are in line with the strengthening of retributivism, we point out that their main focus is still utilitarian, i.e. justification for the reform is in social utility. Punishment is necessary in combating crime and without it criminal law is inconceivable. The analysis in the paper includes the changes and amendments to the Criminal Code that dealt with the system of punishment, as well as certain provisions relating to sentencing, which have also been affected by the reform of the criminal legislation, namely: the prohibition of reducing the punishment for certain crimes, hate as required aggravating circumstance, the issue of more strict punishments as exceptional way of sentencing. Taking stand in relation to the new provisions also required a criminal-political assessment of the usefulness of the new provisions in combating crime, as well as consideration of certain legal matters based on which the author gave suggestions *de lege ferenda* for their improvement and development. The author first analyzes the basic postulates of the Criminal Code of 2005 relating to the system of punishment, and then the provisions that were the subject of changes and amendments in 2009 and 2012 (changes and amendments to the Criminal Code of 2013 were not related to criminal sanctions). Given that the part concerning criminal sanctions in criminal legislation represents a broad field, especially the part that refers to the concept and types of punishments and sentencing, and that it is more often studied as an independent field, it is clear that it is a very significant part of the Criminal Code. Research of this field can be approached from different aspects: legal and philosophical, social, etc., however, this time, the legal-dogmatic approach prevails with the addition of other methods, especially when it comes to certain debates for and against certain types of penalties.