

Zoran Stojanović*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

PREVENTIVNA FUNKCIJA KRIVIČNOG PRAVA

Apstrakt: Rasprava o preventivnoj funkciji krivičnog prava u prvi plan stavlja svrhu kažnjavanja. Međutim, od podjednakog značaja za ostvarivanje preventivne uloge krivičnog zakonodavstva jeste određivanje njegovih granica, pa su i pitanja kriminalizacije i dekriminalizacije neizbežna. Racionalan krivični zakonodavac mora voditi računa o tome kada će i pod kojim uslovima koristiti krivično pravo. Neprihvatljivo je pretvaranje kriminalne u bezbednosnu politiku jer to vodi još neefikasnijem krivičnom pravu koje je uz to i neprijateljski nastrojeno prema učiniocu krivičnog dela, a i u čitavom društvu stvara takvu klimu u kojoj se u svakom građaninu vidi potencijalni neprijatelj, odnosno onaj ko može da naruši bezbednost. Suzbijanje terorizma, organizovanog kriminaliteta, korupcije i nekih drugih ponašanja sve više nosi sa sobom opasnosti koje se mogu meriti sa samom opasnošću od tih vidova kriminaliteta.

Danas nije realno očekivati da će savremeni krivični zakonodavac prestati da sve više ulazi u (za njega) nedozvoljenu zonu, što će u bliskoj budućnosti dovesti do krize legitimiteta krivičnog zakonodavstva (o njoj se već danas može govoriti). Zadatak je nauke, ali i svakog onog ko racionalno gleda na suzbijanje kriminaliteta, da uoči i upozori na negativne trendove umesto da ih podržava. Zalaganje za preostru i preširoku krivičnopravnu represiju vodi ozbiljnim štetnim posledicama za pojedinca i društvo, a da se pri tome ne samo da ne dobija ništa na planu prevencije, već to vodi daljem slabljenju krivičnopravnog sistema. Izgleda da je potrebno stalno ponavljati da zaoštavanje propisanih kazni, samo po sebi, nema preventivno dejstvo. Umesto toga, treba postići to da dovoljan broj učinilaca krivičnih dela bude kažnjen srazmernom kaznom. Kao što uže inkriminacije imaju više izgleda da budu primenjivane od onih preširoko postavljenih, tako postoji i veća verovatnoća da će se češće primenjivati umerene kazne od onih prestrogih. Što je stroža propisana kazna, manji su izgledi da će ona biti primenjivana i obrnuto.

Iako je za preventivno dejstvo krivičnog prava ključna njegova primena, to ne znači da je opravdano težiti tome da se primeni krivična sankcija na svakoga ko je učinio (bilo koje) krivično delo. Dovoljno je da se to čini u meri koja pretnju kaznom čini ozbiljnom. Štaviše, preterana primena krivičnog prava s jedne strane ne doprinosi prevenciji, a s druge strane predstavlja preveliki teret za bilo koje društvo.

Ključne reči: krivično zakonodavstvo, generalna prevencija, specijalna prevencija, retribucija, kriminalizacija, dekriminalizacija.

* redovni profesor, profstojanovic@gmail.com

1. UVODNE NAPOMENE

Odavno se ukazuje da su prevencija i represija u krivičnom pravu u tesnoj međusobnoj vezi. Iako je krivično pravo pre svega represivnog karaktera, represija nije sama sebi cilj; ona je u funkciji prevencije. Kažnjava se ne samo zato što je učinjeno krivično delo, već i zato da se ne bi vršila krivična dela. Ali, isto tako, i to treba danas posebno naglasiti, kažnjava se ne samo zato da se ne bi vršila krivična dela, već i zato što je učinjeno krivično delo. Bilo bi neprihvatljivo da se krivično pravo koristi samo zato da se ne bi vršila krivična dela. Jedno čisto preventivno krivično pravo koje bi učinjeno krivično delo potisnulo u drugi plan, ili koje bi čak odustalo od učinjenog krivičnog dela kao glavnog i obaveznog uslova za primenu kazne, prestalo bi da bude pravo shvaćeno u pravno-državnom smislu. Međutim, kada se govori o odnosu represije i prevencije,¹ trebalo bi poći od toga da pojam represije obuhvata ne samo primenu kazne ili druge krivične sankcije, već i pretnju kaznom. I samo propisivanje određenih ponašanja kao krivičnih dela i pretnja kaznom koja se na to nadovezuje, predstavlja krivičnopravnu represiju (bar shvaćenu u širem smislu). Ako se pojam represije shvati šire u navedenom smislu, onda čvrsta veza između represije i prevencije postaje još više uočljiva. U tom slučaju i razlika u pogledu vremenskog elementa u smislu da se prevencija preduzima pre, a represija posle izvršenog krivičnog dela postaje relativna. Naime, represija nije okrenuta samo prošlosti kako se to obično ističe. Ona je delimično okrenuta i ka budućnosti, ona za cilj ima i sprečavanje vršenja nekog ponašanja i tu je njeno polje delovanja zajedničko sa prevencijom. Ipak, ne bi bilo opravdano negirati osnovnu razliku između ova dva pojma. I etimološki postoji razlika u pogledu značenja ova dva pojma: prevencija je sprečavanje, dok represija podrazumeva suzbijanje.

Do nedavno se nije dovodilo u sumnju kakvo – takvo preventivno dejstvo krivičnog prava. U kojoj meri je ono ispunjavalo očekivanja, mišljenja su se razilazila. Međutim, u novije vreme sve se više govori o tome da je tradicionalno krivično pravo u uslovima promenjenih društvenih prilika povezanih sa povećanim rizicima i složenosti savremenih oblika kriminaliteta kako na globalnom tako i na nacionalnom nivou dostiglo svoje funkcionalne granice.² Njegov najnoviji razvoj se kreće u pravcu stvaranja bezbednosnog prava koje polazi od široko shvaćenog pojma bezbednosti. Ono ide mnogo dalje od uobičajenog shvatanja prevencije, a u vezi sa tim sve više jača i dobijaju na značaju izvršna vlast i policija, a slabi sudska vlast.³ Iako nedostaju proverljivi dokazi da takve opasnosti i rizici zaista postoje i u kojoj meri, kao i za to da je proširivanje pojma bezbednosti u stanju da redukuje te opasnosti,⁴ ta tendencija sve više prodire kako kod nas, tako i u evropskim zemljama. U materijalnom, procesnom i izvršnom krivičnom pravu u novije vreme dolazi do izražaja postavljanje krivičnom pravu kao glavnog cilja postizanje bezbednosti i otklanjanje

1 O uobičajenom shvatanju odnosa prevencije i represije vid. M. Möstl, *Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung*, Tübingen, 2002, pp. 147–148.

2 Vid. U. Sieber, *Grenzen des Strafrechts*, Sonderdruck aus Band 119 (2007), *ZStW*, p. 67.

3 Kritički o toj orijentaciji vid. H.-J. Albrecht, *Der erweiterte Sicherheitsbegriff und seine Folgen*, *RAV*, Infobrief #91, 2003.

4 *Ibid*, p. 8.

različitih izvora opasnosti, a ne ostvarivanje prevencije zasnovane na srazmernoj represiji. Politika bezbednosti se ne zadovoljava samo onim što se kao zadatak postavljalo tradicionalnom krivičnom pravu. Ona ide znatno dalje i mnogo šire. Tako, sve se češće poseže za krivičnim pravom u predzoni ugrožavanja zaštićenog dobra, inkriminišu se pripreme radnje, a ima i nastojanja da se odustane od zaštitne funkcije krivičnog prava shvaćene u uobičajenom smislu, te da mu se kao osnovni zadatak postavi ostvarivanje bezbednosti. Međutim, bezbedno društvo i bezbedan pojedinac u njemu zahteva niz odricanja i restrikcija na planu osnovnih prava i sloboda građana. Bezbednosna orijentacija u krivičnom pravu uvek znači i zaoštavanje i širenje krivičnopravne represije.⁵ Nastoji se da se reaguje već na prve znake opasnosti. Sve više opasnost, a manje krivično delo postaju osnov za krivičnopravnu reakciju. I objektivna odgovornost, sve više, na prikriven ili otvoren način, prodire u krivično pravo.⁶ Čini se da je došlo do oživljavanja, pa i do realizacije nekih prevaziđenih i sa osnovom odbačenih ideja. Obično se kao razlog za to navode nove pojave u savremenom društvu koje sa sobom nose i nove rizike i opasnosti. Da li je to opravdano, ili treba ostati pri krivičnom pravu i manje-više skromnim (ali važnim i nezamenljivim) preventivnim rezultatima koje ono na tom planu postiže? Iako su danas bezbednosni izazovi veliki, pravno-državno krivično pravo uz određene modifikacije i prilagođavanje stvarnim potrebama čoveka i društva ima prednost. Zato nema opravdanja da se odustane od dosadašnje koncepcije krivičnog prava zasnovanog na generalnoj i specijalnoj prevenciji. No, gde su granice preventivnih težnji? Iako retribucija danas ne može biti legitiman cilj krivičnog prava (bar ne glavni ili jedini), ona u odnosu na prevenciju ima jednu prednost: ona u sebi sadrži samoograničavajući mehanizam. Retribucija (ili odmazda) kao cilj krivičnog prava uspostavlja srazmernost kao meru represije. Prevencija, pak, u sebi ne sadrži mehanizam koji bi ograničavao krivičnopravnu represiju. Sa aspekta prevencije, to bi mogao biti jedino uspeh koji se postiže u suzbijanju kriminaliteta. Pošto danas postoji nezadovoljstvo u pogledu rezultata koje krivično pravo postiže u obavljanju svoje osnovne funkcije, dolazi do konstantnog širenja i jačanja krivičnopravne represije što ugrožava i samo krivično pravo. Umesto prodora bezbednosnih težnji u krivično pravo, treba jačati preventivnu ulogu krivičnog prava zasnovanoj na krivičnom delu i njegovoj težini. To u izvesnoj meri unosi retributivnu crtu u prevenciju. Međutim, to ne predstavlja nikakvu „mešovitu“ teoriju, niti znači da retribuciji treba dati bilo kakvo mesto prilikom određivanja svrhe kazne i krivičnog prava. Određeni njeni elementi mogu da predstavljaju prepreku ničim ograničenoj prevenciji koja pretila da i samo krivično pravo transformiše u nepoželjnom smeru.

U ovom radu se analiziraju neka, može se reći već tradicionalna pitanja vezana za preventivnu ulogu krivičnog prava imajući u vidu neke najnovije ispoljene tendencije u krivičnom zakonodavstvu i njegovoj primeni u svetu i u Srbiji. Osim generalne i specijalne prevencije, za tu ulogu je od prvorazrednog značaja i pitanje

5 To nije strano ni krivičnom pravu koje je prenaglašeno preventivno orijentisano. Ono može takođe da vodi načelno neprihvatljivim merama. Kao primer se može navesti stav o opravdanosti primene sankcija ante delictum. Ova odavno odbačena ideja u krivičnom pravu, danas se sve više realizuje u jednoj prikrivenoj formi, u formi inkriminisanja i najudaljenijih pripremnih radnji.

6 Vid. J. Ćirić, *Objektivna odgovornost u krivičnom pravu*, Beograd, 2008.

određivanja granica kriminalne zone, odnosno onoga u odnosu na šta se želi ostvarivati prevencija. Zato se razmatraju i neka pitanja kriminalizacije i dekriminalizacije.

2. PREVENCIJA I OSTVARIVANJE ZAŠTITNE FUNKCIJE KRIVIČNOG PRAVA

2.1. Odnos generalne i specijalne prevencije

Da li se zaštita krivičnim pravom pruža samo generalno u odnosu na moguće napade na zaštićena dobra, ili se to čini i u konkretnim slučajevima kroz primenu krivičnog prava? Za zaštitu u konkretnom slučaju je kasno jer je već došlo do napada na zaštićeno dobro. Štaviše, u tom konkretnom slučaju zaštita je bila neuspešna.⁷ To znači da se zaštita odvija pre svega na normativnom, opštem, zakonskom nivou. Krivičnopravna zaštita obuhvata i primenu krivičnog prava, ali tu ne može biti reči o zaštiti u konkretnim slučajevima, već o zaštiti od eventualnih budućih napada na zaštićeno dobro. Zaštitnu funkciju obezbeđuje upravo mogućnost primene krivičnog prava, a ta mogućnost, ukoliko se ono stvarno ne bi primenjivalo, sama po sebi ne bi ništa značila. To znači da je primena krivičnog prava, pre svega, u funkciji ostvarivanja generalne prevencije.

Ako se pođe od toga da se zaštitna funkcija krivičnog prava obavlja na zakonskom planu, kroz potencijalnu primenu krivičnog prava, a da sama primena predstavlja pre svega izraz i dokaz tog potencijala, onda se time nužno dolazi i do zaključka da zaprećena kazna predstavlja osnovni instrument krivičnopravne zaštite. I pored nastojanja da se krivično pravo orijentiše i na druge krivične sankcije, sankcija na kojoj se zasniva čitavo krivično pravo jeste kazna. Druge krivične sankcije ili imaju karakter sporednih, dopunskih sankcija ili se samostalno mogu primenjivati samo u odnosu na uzak krug učinilaca. Tako, mere bezbednosti su za generalnu prevenciju od marginalnog značaja, tj. samo nekima od njih bi se mogla priznati izvesna, sporedna uloga na tom planu. Postoje i određene sankcije koje mogu biti alternativa kazni, ali su bez nje nezamislive. Osim toga, kada se radi o zakonskom oblikovanju krivičnopravne zaštite bilo bi, iz više razloga, nezamislivo da se za neko krivično delo ne propiše kazna, već neka druga krivična sankcija. Dalje, ako se pođe od stava da se zaštita primarno vrši na zakonskom nivou kroz određivanje ponašanja koja predstavljaju krivično delo, nužno se prednost mora dati generalnoj u odnosu na specijalnu prevenciju. Kriminalnopolitička odluka o tome da li da se određeno ponašanje proglasi kriminalnim, kao i utvrđivanje kaznenog raspona, uglavnom je određeno generalnom prevencijom.⁸

Postavlja se pitanje da li se celokupna krivičnopravna zaštita može osloniti na generalno-preventivni učinak kazne, a takođe da li i kakvu ulogu ima specijalna prevencija u ostvarivanju te zaštite. Što se tiče specijalne prevencije, ona ne može biti osnovni mehanizam funkcionisanja krivičnopravne zaštite iz jednostavnog razloga

7 Tako i Welzel, koji iz toga izvodi zaključak da nije primarni zadatak krivičnog prava da štiti određena dobra, već da štiti elementarne socijalnoetičke vrednosti, a tek kroz to, posredno, i pojedina pravna dobra. Up. H. Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, Berlin, 1969, p. 35.

8 Tako H.-J. Albrecht, in: *Kleines Kriminologisches Wörterbuch*, Heidelberg, 1985, p. 132.

što i onda kada bi bila potpuno efikasna, njeno dejstvo se ograničava samo na lica kojima je izrečena krivična sankcija. Van njenog dometa su potencijalni učinioci, odnosno oni koji nisu bili osuđivani. I samo dejstvo specijalne prevencije, kao i njen odnos sa generalnom prevencijom može biti sporan. Jer, šta na učinioca koji je bio kažnjen, odnosno na koga je bila primenjena neka druga krivična sankcija, deluje da ne vrši nova krivična dela: da li je to primenjena kazna odnosno krivična sankcija, ili je to pretnja kaznom u slučaju novog krivičnog dela? Sama činjenica da je učinilac bio kažnjen ne bi bila prepreka za vršenje novih krivičnih dela ukoliko ne bi postojala mogućnost ponovnog kažnjavanja. I na takvog učinioca treba da deluje pretnja kaznom, a ne primenjena kazna. To što je bio kažnjen može biti osnov za očekivanje da će pretnja kaznom na njega efikasnije delovati, ali to i ne mora biti tako. Poznato je da povratnik, ako je prema njemu bila primenjena kazna lišenja slobode mnogo manje gubi primenom nove kazne, nego neko ko nije bio kažnjavan. Radi se o gubitku socijalnog statusa i stigmatizaciji koja pojačava generalno preventivno dejstvo kazne, što je manje-više odsutno kod onoga ko je već bio kažnjavan.⁹ Iz toga se ne može zaključiti da primenjena kazna negativno utiče na efikasnost pretnje kaznom, jer je verovatno da kod ovih upoređivanja deluju i neki drugi faktori, ali to donekle dovodi u sumnju pretpostavku da primenjena kazna pojačava pretnju kaznom i tako deluje preventivno na osuđene učinioce krivičnih dela. Nesumnjiv specijalno-preventivni učinak u smislu krivičnopravne zaštite može se konstatovati samo u pogledu onemogućavanja osuđenog lica da vrši nova krivična dela za vreme izdržavanja kazne lišenja slobode, ili dok traju određene mere bezbednosti.¹⁰ Izvesno dejstvo u tom smislu imaju i one sankcije koje čine učinioca više „vidljivim“, ili predstavljaju pretnju da se pretvore u težu sankciju u slučaju vršenja novog krivičnog dela. No, specijalno-preventivni učinak u odnosu na osuđeno lice, čak i za vreme izdržavanja kazne lišenja slobode ne vodi nekim značajnijim globalnim efektima. Ni argument da mali broj lica vrši veliki broj krivičnih dela ne znači u tom pogledu mnogo. Brojna istraživanja su pokazala da stopa kriminaliteta nije u korelaciji sa stopom osuđenih na kaznu lišenja slobode i da ona može ostati nepromenjena bez obzira na to koliko učinilaca izdržava kaznu lišenja slobode.¹¹ Na njihovo mesto stupaju novi učinioci i to, često u broju koji prevazilazi broj onih koji su kaznom lišenja slobode onemogućeni da vrše krivična dela.¹² Iako to ukazuje i na neefikasnost generalne prevencije, činjenica je da sprečavanje osuđenih učinilaca u daljem vršenju krivičnih dela ne utiče na obim i

9 I neka istraživanja pokazuju da pretnja kaznom manje deluje na one koji su bili osuđivani u odnosu na kontrolnu grupu lica koja nisu bila osuđivana. Tako C. H. M. Stewart, D. R. Hemsley, Risk Perception and likelihood of action in criminal offenders, *The British Journal of Criminology*, 2/1979, p. 117. Vid. i V. Wright, Deterrence in Criminal Justice – Evaluating Certainty vs. Severity of Punishment, *The Sentencing Project*, Washington, November 2010.

10 Doprinos specijalne prevencije krivičnopravnoj zaštiti se ne može videti u nekim sankcijama koje su krajnje dubiozne u pogledu svoje legitimnosti i neprihvatljive su za krivično pravo evropskih zemalja, koje takođe sasvim onemogućavaju učinioca da dalje vrši krivična dela (smrtna kazna), ili krivična dela određene vrste (kastacija npr.).

11 Vid. J. Senna, L. Siegel, *Introduction to Criminal Justice*, New York, Los Angeles, S. Francisco, 1984, p. 33.

12 Ch. Silberman tvrdi da i u slučaju kada bi svi učinioci krivičnih dela bili zatvoreni, da će bar jedan broj novih učinilaca nastojati da iskoristi ekonomske prednosti vršenja krivičnih dela. Navedeno prema J. Senna, L. Siegel, *ibid.*

dinamiku kriminaliteta. Danas je prošireno shvatanje da specijalna prevencija, i to ne samo ona koja polazi od ideje resocijalizacije, ne može dati ozbiljniji doprinos ostvarivanju zaštitne funkcije krivičnog prava.¹³ To ne umanjuje značaj primene krivičnih sankcija za ostvarivanje zaštitne funkcije krivičnog prava, ali ne toliko zbog specijalne, koliko zbog generalne prevencije. Specijalna prevencija može da ima prednost samo u odnosu na uzak krug učinilaca na koje zbog njihove psihičke defektnosti ili drugih razloga, pretnja kaznom ne može da deluje, i gde samostalno, ili uz kaznu treba primenjivati druge krivične sankcije.

2.2. Generalna prevencija kao osnovni mehanizam ostvarivanja zaštitne funkcije krivičnog prava

Da li se ostvarivanje zaštitne funkcije krivičnog prava pre svega može osloniti na generalnu prevenciju? To je danas jedno od najvažnijih pitanja krivičnog prava za koje je odavno postalo neprihvatljivo da se oslanja samo na retributivizam. Koliko se pravnim normama uopšte, kao i drugim sredstvima socijalne kontrole, može uticati na ponašanje pojedinca? Specifičnost generalne prevencije u okviru krivičnog prava ogleda se u tome što se ona pre svega, ako ne isključivo, nastoji ostvariti kaznom. Ideja generalne prevencije je odavno poznata (Platon), ali do njenog oživljavanja i prihvatanja u nauci krivičnog prava dolazi kroz stavove Bekarije, Bentama i Fojerbaha. Od tada, ona je stalno prisutna, ali joj se davalo različito mesto u određivanju svrhe kazne i različito se shvatala njena sadržina. U izvesnim periodima ona je bila potisnuta (npr. apsolutnim teorijama kazne, ili kasnije pozitivističkim determinizmom), da bi opet izbijala u prvi plan. To se dešava i danas kada je ona ponovo u centru pažnje posle napuštanja orijentacije na tretman i resocijalizaciju. Međutim, zamah koji je ideja generalne prevencije dobila u poslednjim decenijama XX veka ne donosi mnogo novog u pogledu određivanja njenog sadržaja i saznavanja njenih stvarnih efekata. Ona je još u velikoj meri ostala zagonetka, što priznaju i njeni pobornici.¹⁴ Retko šta, polazeći od zdravorazumskog rezonovanja izgleda tako uverljivo, a da je ipak toliko sporno.¹⁵ Ono što je karakteristično za savremena shvatanja o generalnoj prevenciji jeste isticanje u prvi plan njenog dejstva na jačanje

13 Retki su pokušaji da se okretanjem ka pojedinačnom slučaju i razumevanjem kriminalnog ponašanja konkretnog učinioca razvijaju neke nove teorije specijalne prevencije. U tom smislu Bock ukazuje na mogućnosti nemačke primenjene kriminologije koja teži pozitivnoj specijalnoj prevenciji i kriminalnoj politici koja je utemeljena na interakciji i učenju, inkluziji, a ne ekskluziji učinioca. On smatra da samo primenjena kriminologija može sprečiti propast ideje pozitivne specijalne prevencije u krivičnom pravu. Up. M. Bock, Pozitivna generalna prevencija i nove tendencije u kriminalnoj politici, *Crimen*, br. 2/2010, str. 160, 166. Iako se treba složiti sa kritikom postojećeg stanja (vid. i nap. 54), primenjena kriminologija i orijentacija na pozitivnu specijalnu prevenciju ne može biti ozbiljna prepreka postojećim tendencijama koje idu ka jačanju „Feindstrafrecht“-a. Negativne tendencije koje idu u smeru formiranja totalitarnog krivičnog prava ne opravdavaju ponovno okretanje specijalnoj prevenciji, ma kako ona danas bila shvaćena i ma koliko ona bila trezvenije postavljena nego u doba kada je ideja o resocijalizaciji bila popularna.

14 Tako Andenaes priznaje da generalna prevencija u velikoj meri sadrži pretpostavke i nagađanja. J. Andenaes, *Punishment and Deterrence*, 1974, p. 910.

15 I Schmidhäuser ističe da je svojstveno sudbini teorije generalne prevencije da i na prvi pogled deluje jasno i uverljivo, a da je opet široko osporavana. Up. E. Schmidhäuser, *Vom Sinn der Strafe*, 2. Auflage, Göttingen, 1971, p. 53.

moralnih normi, tj. gledanje u ovoj funkciji generalne prevencije njenog osnovnog sadržaja. Već odavno se sadržaj generalne prevencije ne vidi samo u zastrašivanju, odnosno u onome što je Foerbah nazvao psihološkom prinudom, već se ukazuje i na moralno vaspitni učinak generalne prevencije. To, naime, nije ništa novo.¹⁶ Novo je posebno naglašavanje te funkcije, njeno stavljanje u prvi plan, pa čak i svodenje generalne prevencije samo na tu funkciju. Govori se o tzv. pozitivnoj generalnoj prevenciji, za razliku od negativne generalne prevencije koja se sastoji u zastrašivanju propisanom kaznom.¹⁷ Pri tome nije retko da se taj moralno vaspitni uticaj shvata u najširem smislu.¹⁸

Pored pitanja da li generalna prevencija zaista obavlja ove dve funkcije, postavlja se i pitanje legitimnosti funkcije generalne prevencije koja se sastoji u zastrašivanju pretnjom kaznom. Poznat je prigovor retributivističkih teorija generalnoj prevenciji da niko ne može služiti kao sredstvo za zastrašivanje drugih, odnosno da čovek ne može služiti kao sredstvo za postizanje utilitarističkih ciljeva, da se on i njegova dobra ne mogu žrtvovati bez obzira kakva se društvena korist time postigla. Opšte je poznato da ovaj stav potiče od Kanta i Hegela. Da li Kantov stav može dovesti u sumnju legitimnost generalne prevencije koju treba ostvarivati kroz propisanu, zaprečenu kaznu?¹⁹ Pretnja koja je upućena potencijalnim učiniocima ne koristi nikoga da bi se drugi zastrašili, pa ni kao instrument za postizanje ciljeva koji su van onoga na koga se pretnja odnosi, tako da se Kantov argument može odnositi samo na primenu kazne. Ako se neko kažnjava samo zato da bi se na druge uticalo da ne vrše krivična dela, onda je to nepravedna kazna koja se ne može pravdati utilitarističkim ciljevima. Međutim, to bi bio slučaj samo kod kažnjavanja nevinog lica (hipotetički primer na koji se često nailazi u filozofskoj literaturi u oblasti etike kazne), ili pak kada bi neko zbog toga bio strože kažnjen od onoga što zaslužuje, tj. strožom kaznom od one koju zahteva stepen njegove krivice i težina izvršenog dela. Neko se ne kažnjava zbog drugih, nego zbog svojih postupaka, zbog toga da bi pretnja koja je i njemu bila upućena bila realizovana.²⁰ Ozbiljniji su neki savremeni prigovori

- 16 Vid. o tome Andenaes, *op. cit.*, p. 7. Neki strani krivični zakonici, pa i KZ Srbije, izričito su kod određivanja svrhe kazne obuhvatili i ovu funkciju kazne. Uobičajeno je da se ona naziva socijalno-etičkom funkcijom kazne i krivičnog prava.
- 17 Vid. H.-J. Albrecht, *op. cit.*, p. 133. I W. Hassemmer negira legitimnost i efikasnost funkcije generalne prevencije koja se sastoji u zastrašivanju kaznom (Strafziele im sozialwissenschaftlich orientierten Strafrecht, u: W. Hassemmer, K. Lüderssen, W. Naucke, *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?* Heidelberg, 1983, pp. 56–57).
- 18 O tome vid. *Report on Decriminalisation*, Strasbourg, 1980, p. 80. Andenaes kada govori o tom uticaju smatra čak da to ne podrazumeva nužno vrednosne sudove. Govoreći o moralnom i vaspitnom uticaju krivičnog prava i kazne, obuhvata time celokupan uticaj na stavove i ponašanja koji se ne bazira na strahu (J. Andenaes, *op. cit.*, p. 112).
- 19 Kant je u svom poznatom stavu isticao da kazna ne može biti korišćena *samo* kao sredstvo da se postigne neko dobro (...) da se ljudskim bićem ne sme nikada manipulirati *samo* kao sredstvom u neku drugu svrhu (...). Ovo je primećeno u literaturi, tako da ima i onih koji smatraju da Kant nije bio protiv generalne i specijalne prevencije kao dodatnih ciljeva kazne. Tako Murphy, Kant's theory of criminal punishment. In: J. Murphy, *Retribution, Justice and Therapy*, 1979, p. 82. Takođe i Kühl, ističući da prema Kantu prevencija kao sekundarna svrha kažnjavanja nije isključena, odnosno da se svrha kazne ne sme redukovati samo na prevenciju. Up. K. Kühl, *Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das Strafrecht*, Baden-Baden, 2001, p. 31.
- 20 Kantov prigovor bi eventualno mogao imati mesta u odnosu na propisivanje određenih ponašanja kao krivičnih dela u onim slučajevima kada se slede čisto utilitaristički ciljevi i to tako da se

kao što je onaj da zastrašivanje vređa ljudsko dostojanstvo,²¹ ili pak da je zastrašivanje građana u demokratskom društvu neprihvatljivo. Čak i ako izraz „zastrašivanje“ zamenimo izrazom „odvracanje“, u suštini se tu mnogo ne menja, jer se očekuje da pretnja kaznom kod potencijalnih učinilaca za posledicu ima strah od primene kazne. Možda upravo tu treba tražiti opravdanje pretnje kaznom: za razliku od pozitivne generalne prevencije koja treba da deluje integrišuće u odnosu na sve građane, pretnja kaznom shvaćena kao zastrašivanje, tj. negativna generalna prevencija, ne odnosi se na sve građane već na potencijalne učinioce.²² Jer, postoji moralna legitimnost da se na pretnju odgovori pretnjom. Presudno je koliko je zaštita određenog dobra krivičnim pravom legitimna. Visok stepen legitimnosti objekta krivičnopravne zaštite legitimira pod određenim uslovima i pretnju kaznom u odnosu na potencijalne napade na taj objekt. U vezi sa tim, postoje dve vrste krivičnih dela koja se razlikuju u pogledu kvaliteta legitimnosti generalne prevencije. Kod krivičnih dela u čiju se potrebu inkriminisanja teško može posumnjati prevencija zastrašivanjem je opravdana, kod drugih pak, diskusija u pogledu svrhe kazne je neizbežna.

Treba razmotriti još jedan prigovor koji se delimično odnosi na legitimnost generalne prevencije, a delimično na njenu efikasnost. Radi se o prigovoru koji polazi sa determinističkih pozicija, tj. od toga da je ponašanje čoveka uslovljeno, da čovek ne odlučuje o svojim postupcima i sl, te da pretiti kaznom nekome ko ne može slobodno da odlučuje o svojim postupcima, ne samo da nema nikakvog efekta, nego nije ni moralno opravdano. Ovaj prigovor je bio istican od strane italijanske pozitivne škole, ali i od nekih drugih autora. Međutim, isključivi determinizam je doktrina koja je jednako daleko od stvarnosti kao i apsolutni indeterminizam. Dok apsolutni indeterminizam precenjuje čoveka i njegove sposobnosti, determinizam ga svodi na biće nižeg ranga. U okviru „onoga što hoću od onoga što mogu“ i stvarnog odnosa determinizma i indeterminizma kao „njihovog realnog dijalektičkog jedinstva u beskrajnoj skali stepena određenosti i neodređenosti kod različitih pojava prirodne, društvene i psihičke stvarnosti“,²³ ima mesta i za generalnu prevenciju. To podrazumeva i poštovanje zahteva da predmet krivičnopravnih zabrana budu samo ponašanja koja su podobna da budu osnov za subjektivnu odgovornost, odnosno samo ona ponašanja kojima, prema opštem životnom iskustvu, čovek može upravljati, na čiji uzročni tok može uticati.

Generalnoj prevenciji se prigovara i to da ne može delovati u odnosu na nehatna krivična dela.²⁴ Ovaj prigovor je ozbiljan, naročito kada se radi o nesvesnom nehatu. No, on ne može voditi odbacivanju mogućnosti generalne prevencije u odnosu na nehatna ponašanja, već samo zahtevu da se njihovom inkriminisanju pristupa sa krajnjim oprezom i da se od toga odustane onda kada se, s obzirom na prirodu ponašanja, ne može očekivati bar minimalan generalno-preventivni učinak. Dovolj-

žele postići neki drugi, dalji ciljevi, da se zaštititi neki dalji zaštitni objekat od ugrožavanja, a ne ono što se inkriminisanim ponašanjem neposredno ugrožava ili povređuje.

21 Tako W. Hassemer, *op. cit.*, p. 56.

22 Ipak, moglo bi se tvrditi da su u krajnjoj liniji svi građani potencijalni izvršioци ako se ima u vidu brojnost inkriminacija u savremenom krivičnom zakonodavstvu.

23 B. Šešić, *Nužnost i sloboda*, Beograd, 1963, str. 293, 321.

24 Vid. G. Ross, *Entkriminalisierungstendenzen im Besonderen Teil*, Frankfurt, 1981, p. 230.

no je očekivati da će inkriminisanje nekog nehatnog ponašanja za rezultat imati povećani stepen pažnje onoga koji preduzima određene delatnosti, i to naročito u nekim oblastima (na primer, nehatno ugrožavanje javnog saobraćaja).

Generalna prevencija se stoga, čak i ona njena funkcija koja se sastoji u zastrašivanju, u pretnji kaznom, načelno ne bi mogla odbaciti kao nelegitimna. U tom pogledu postoji razlika između generalne prevencije kroz zaprečenu kaznu, i generalne prevencije prilikom odmeravanja kazne. Ukoliko bi se prilikom odmeravanja kazne davala prednost generalnoj prevenciji tome bi se, iz više razloga, moglo ozbiljno prigovoriti. No, to ne važi za generalnu prevenciju na zakonskom planu. Ima i filozofa koji, iako polaze od retributivizma, ne osporavaju generalnu prevenciju na zakonskom planu već samo prilikom odmeravanja kazne.²⁵

Problem predstavlja to da li je i u kojoj meri generalna prevencija efikasna. Za generalno-preventivno dejstvo kazne uobičajeno je da se postavljaju dva uslova: da je izvesna i da je dovoljno stroga. Pri tome, uslov da je zaprečena kazna stroga sporan je još od Bekarije. Naime, on je prvi ukazao na to da na preventivno dejstvo kazne ne utiče toliko njena strogost, koliko njena izvesnost.²⁶ Od tada se, po pravilu, daje prednost uslovu da je primena kazne izvesna, a da je pitanje strogosti drugorazrednog značaja.²⁷ Često se ističe ono što je i Bekarija rekao, a to je da i blaga kazna, ako je njena primena izvesna, deluje preventivno. I neka empirijska istraživanja potvrđuju tu korelaciju, dok korelacija između preventivnog učinka kazne i njene strogosti nije mogla biti potvrđena. Istraživanja u oblasti generalne prevencije i dalje su malobrojna i suočena su sa mnogim metodološkim problemima. Ipak, ona potvrđuju vezu između verovatnoće otkrivanja i kažnjavanja i generalno-preventivnog dejstva kazne, dok su istraživanja u pogledu odnosa strogosti kazne i generalne prevencije proti-

25 Tako J. D. Mabott ističe da se zakonodavac propisujući kazne rukovodi utilitarističkim razlozima, te da se zakonodavac nada da primena kazne neće biti potrebna. „Mnogi ljudi poštuju zakon zato što uviđaju da je njime uspostavljeni poredak razborit, neki zato što se pouzdaju u vlasti, neki po inerciji, neki iz straha. Kazna, dakle nije puka implikacija zakona. Uz izbor zakonodavca, nužan je još jedan: a to je izbor zločinca. On „navlači na sebe kaznu“ (J. D. Mabott, *Uvod u etiku*, Beograd, 1981, str. 159–160).

26 Nije strogost kazne ono što predstavlja prepreku da se vrše krivična dela već njena izvesnost, i sasvim umerena kazna koja je sigurna ostavljaće uvek veliki utisak, jer zla, čak i najmanja, kada su sigurna uvek plaše ljudske duše, ističe on (up. C. Beccaria, *Dei delitti a delle pene*, nuova edizione, Livorno, 1834, p. 82).

27 Ova konstatacija se odnosi samo na teoriju, ali ne i na zakonodavca. Naprotiv, zakonodavac se često pouzdaje samo u propisivanje strožih kazni verujući (ili bar deklarativno tvrdeći da veruje u to) da će se time efikasnije ostvarivati preventivna funkcija krivičnog zakonodavstva i efikasnije suzbijati kriminalitet. Naš je zakonodavac pokazao izrazitu sklonost u poslednjoj deceniji ka takvom gledanju na generalnu prevenciju u dva maha: 2003. i 2009. godine. Iako propisane kazne u Krivičnom zakoniku Srbije donetom 2005. godine daleko od toga da su bile blage, izmenama i dopunama iz 2009. godine koje su usvojene po hitnom postupku propisane su osetno strože kazne kod oko jedne trećine krivičnih dela pozivanjem na potrebe generalne prevencije. Šta za to reći osim da se radi o „primitivnoj logici po kojoj je grozničavo zaoštravanje represije jedini pravac kontrole kriminaliteta“ (kao što primećuje Đ. Ignjatović, *Kriminalitet i reagovanje države. U: Strategija državnog reagovanja protiv kriminala*, Beograd, 2003, str. 34). Postoji, međutim, sumnja da se iza toga kriju neki drugi nelegitimni ciljevi jer je teško poverovati u to da je takav zahvat u postojeće krivično zakonodavstvo samo posledica neznanja i naivnosti onih koji su o tome stvarno odlučivali.

vrećna.²⁸ Danas postoji saglasnost oko toga da za one potencijalne učinioca na koje uopšte zaprećena kazna može da deluje odvraćajuće, mnogo veći značaj ima stepen rizika da će biti otkriven i osuđen, nego strogost propisane kazne.²⁹ Ima i onih koji ostaju pri tome da generalno-preventivni učinak zavisi i od strogosti zaprećene kazne.³⁰ U vezi sa tim značajna su istraživanja koja se odnose na generalno-preventivni učinak smrtne kazne. Dok većina tih istraživanja dolazi do rezultata da obim vršenja krivičnih dela ne zavisi od zaprećene smrtne kazne,³¹ Ehrlich, koristeći se ekonometrijskom analizom, dolazi do suprotnog rezultata.³² Ovom se istraživanju upućuju ozbiljne kritike, jer koristi ekonomske metode polazeći od „homo economicus“-a što se naročito kod generalne prevencije dovodi u pitanje.³³ Često je isticano da se potencijalni učinilac najčešće ne odlučuje na vršenje krivičnog dela posle razumnog odmeravanja razloga za i protiv, odnosno posle kalkulacije u vezi sa visinom odnosno strogošću zaprećene kazne i koristi od izvršenog krivičnog dela, te da ako uopšte sa nečim kalkuliše, to je sa opasnošću da bude otkriven.³⁴ Ni odmeravanja strogih kazni u praksi ne vodi efikasnijoj generalnoj prevenciji.³⁵ Strogost kazne može da doprinese generalno-preventivnom učinku samo pod uslovom da postoji dovoljan stepen izvesnosti da će kazna biti primenjena. Međutim, efikasnost primene krivičnog prava i izvesnost da će doći do primene kazne, naročito u oblasti nekih delikata, toliko je mala da strogost propisane kazne nema nikakav značaj.

Za pitanje efikasnosti generalne prevencije posebno su važna istraživanja koja se odnose na tamnu brojku kriminaliteta i selekciju krivičnog gonjenja. Ta brojka je po pravilu veoma visoka, s tim što postoje izvesne razlike između pojedinih krivičnih dela. Ipak, pitanje je koliko je tamna brojka direktan pokazatelj efikasnosti generalne prevencije, kao i da li različitu visinu ove brojke treba pripisati različitom generalno-preventivnom efektu kod pojedinih krivičnih dela. Iako generalno-preventivni učinak u velikoj meri zavisi od karakteristika ponašanja na koje se želi uticati (što, kada se govori o generalnoj prevenciji, nije dovoljno uočeno), teško je nižu tamnu brojku kod nekih krivičnih dela u odnosu na druga pripisati efikasnijoj generalnoj prevenciji, jer je neizvesno koji su sve faktori na to sve uticali. Osim toga, visok procenat otkrivenih krivičnih dela može upravo ukazivati na neuspešnu generalnu prevenciju. O efikasnosti generalne prevencije moglo bi se govoriti samo ako

28 Up. H.-J. Albrecht, *op. cit.*, p. 134.

29 Vid. C. Roxin, *Strafrecht AT*, Band I, 4. Auflage, München, 2006, p. 80.

30 Tako Andenaes smatra da potencijalni učinilac koji razmatra mogućnost kažnjavanja može uzimati u obzir strogost kazne isto toliko koliko i rizik da bude otkriven, te da će možda rizikovati godinu, ali ne i deset godina zatvora (J. Andenaes, *op. cit.*, p. 55).

31 Najpoznatije je istraživanje T. Sellina. Siegel istice da skoro da nema istraživanja koje bi dokazivalo bilo kratkotrajan, bilo dugotrajan generalno-preventivni učinak smrtne kazne na obim vršenja krivičnog dela ubistva, već naprotiv da postoje dokazi da upotreba smrtne kazne ima suprotne efekte. L. Siegel, *Criminology*, 1989, p. 535.

32 I. Ehrlich, The Deterrent Effect of Capital Punishment: A Question of Life and Death, *The American Economic Review*, No 3, 1975, pp. 397–417.

33 H.-J. Albrecht, *op. cit.*, pp. 134–135.

34 Tako P. Bockelmann, *Vom Sinne der Strafe*, u: Heidelberg Jahrbücher V, 1961, p. 33.

35 Kaiser ističe da istraživanja u vezi sa zaoštavanjem kaznene politike prilikom odmeravanja kazne za saobraćajna krivična dela nisu mogla potvrditi opravdanost te prakse, te da preventivne efekte treba ostvarivati na planu krivičnog gonjenja. Up. G. Kaiser, *Kriminologie*, Heidelberg, 1983, p. 90.

bi bilo moguće utvrditi da se posle dekriminalizacije neko ponašanje češće vrši, a da tome nisu doprineli neki drugi faktori, ili pak da se ponašanje koje nije bilo krivično delo, nakon inkriminisanja ređe vrši. Ni visoka tamna brojka ne znači nužno da generalna prevencija uopšte ne deluje, jer se može tvrditi da bi se neko ponašanje još češće vršilo u slučaju da nije inkriminirano, odnosno da ne deluje pretnja kaznom. Ipak, i najskromnije procene ukupne tamne brojke ukazuju da je glavni uslov za generalno-preventivno dejstvo odsutan, a to je izvesnost da će kazna biti primenjena. To postavlja pitanje da li je moguće postići visok stepen izvesnosti da će kazna biti primenjena, i da li bi to nužno vodilo efikasnoj generalnoj prevenciji. Naime, teško je osporiti činjenicu da kazna koja će se sigurno primeniti deluje preventivno.³⁶ No, da li krivično pravo i krivično pravosuđe mogu obezbediti efikasnu primenu kazne? Da li je moguće da svi dobiju ono što su „zaslužili“, čime bi bio ostvaren i princip pravednosti? Samo drastično podizanje efikasnosti primene krivičnog prava može da obezbedi visok stepen izvesnosti da će kazna, odnosno krivična sankcija biti primenjena. Međutim, takva efikasnost, naročito kada su u pitanju neka krivična dela, značila bi osetno ograničavanje prava i sloboda građana. To bi vodilo i širokom korišćenju takvih metoda u otkrivanju krivičnih dela, kao što je elektronsko nadziranje i prisluškivanje, korišćenje agenta provokatora i sl. Postizanje takvog efikasnog krivičnog prava teško je ostvariti i bez odustajanja od nekih krivičnoprocesnih garantija. Pravosuđe i policija bi morali biti mnogostruko uvećani. I u slučaju kada bi jedno društvo htelo i moglo da podnese direktne troškove,³⁷ takav moćan aparat bi predstavljao ne samo teret već i opasnost za čitavo društvo. Ako bi to i bilo moguće ostvariti, pitanje je šta bi se na planu generalne prevencije dobilo. Postale su poznate reči da „kazna svoju društvenu delotvornost može sačuvati sve dok većina ne dobije ono što je zaslužila“.³⁸ I zaista, ako „sused s leva i desna bude kažnjen, kazna gubi svoju moralnu težinu, nešto što se skoro svakome događa ne deluje više diskriminirajuće, i kazna se može istrošiti. Kada se norma ne primenjuje ili se retko sankcioniše, ona gubi svoje zube, ako mora stalno da grize zubi postaju tupi“.³⁹ Izgleda da se selektivna primena krivičnog prava prihvata kao nešto što je u samoj suštini njegovog funkcionisanja. Samo radikalni kritičari krivičnog prava kao što je Hulsman pitaju se kako smatrati normalnim jedan sistem koji u društvenom životu

36 U literaturi se nailazi na primer radarske kontrole u saobraćaju, kada vozači upozoreni od drugih vozača na kontrolu prilagođavaju brzinu dozvoljenoj brzini, jer iako se ne radi o strogoj kazni, činjenica da će sigurno biti kažnjeni utiče na promenu njihovog ponašanja (vid. npr. Schmidhäuser, *op. cit.*, pp. 55–56). Andenaes navodi i primer poštovanja propisa o zamračivanju u okupiranim zemljama za vreme Drugog svetskog rata, jer je otkrivanje nepostupanja po tim propisima bilo skoro sasvim izvesno. Up. Andenaes, *op. cit.*, p. 11.

37 Jedna od parola populističke kriminalne politike i način za dobijanje političkih poena jeste i „borba protiv kriminaliteta po svaku cenu“. Međutim, teško da bi i jedan razuman političar zaista prihvatio previsoku cenu za suzbijanje kriminaliteta. Jer, „ta cena je manja javna potrošnja u drugim oblastima u kojima država, odnosno javni sektor neposredno ili posredno pruža usluge finansirane iz budžeta“. Up. B. Begović, *Ekonomika teorija generalne prevencije: osnovna pitanja*, *Crimen*, br. 1/ 2010, str. 53.

38 H. Popitz, *Über die Präventivwirkung des Nichtswissens*, Tübingen, 1968, p. 20.

39 *Ibid.* Popitz dalje dodaje da kada sused s leva i desna biva kažnjen, ne gubi samo sankcija svoju težinu. Time postaje očigledno da se ni sused ne drži norme. Ako se suviše njih stavlja na stub srama ne samo da on gubi svoju strahotu, nego i povreda norme svoj izuzetni karakter, a time i delo gubi karakter nečega čime je nešto „razbijeno“, uništeno.

interveniše samo na marginalan način i u statističkom smislu samo izuzetno. Za njega ogromna tamna brojka nije samo jedna anomalija, već očigledan dokaz apsurdnosti kaznenog sistema koji je stran životu ljudi.⁴⁰ Nasuprot tome, u poslednje vreme u nekim zemljama dolazi do ozbiljne primene krivičnog prava, odnosno do njegove ekspanzije i to ne samo na normativnom planu, nego i u primeni. Najbolji primer za to su SAD. Iako se sa osnovom moglo očekivati da će to imati određene rezultate u smanjenju stope kriminaliteta, dogodilo se upravo obrnuto. Pri stalnom povećanju stope osuđenih lica, stopa kriminaliteta ostaje stabilna, pa čak i raste. To što nije došlo do opadanja stope kriminaliteta i pored izrazitog zaoštavanja u pogledu primene kazne (broja osuđenih i visine izricanih kazni) ukazuje na paradoks kažnjavanja.⁴¹ Bez obzira na moguća objašnjenja, konstatuje se da to što nije došlo do smanjenja stope kriminaliteta za vreme dok je broj osuđenih lica na kaznu lišenja slobode rapidno i konstantno rastao, ukazuje na to da je kažnjavanje bilo neefektivno, irelevantno ili čak i provokativno u odnosu na kriminalitet.⁴² Ako je to tako,⁴³ gde onda tražiti rešenje?

Rešenje nije mirenje sa postojećim stanjem, odnosno prihvatanje rezigniranog stava da se krivičnim pravom kriminalitet i ne može ozbiljnije suzbijati. Postoji odgovor na pitanje kako postići izvesnost u primeni kazne i time generalnu prevenciju učiniti efikasnom, a da se izbegne masovno kažnjavanje građana i time slabljenje efekta kazne kao i druge negativne posledice. To je sužavanje granica krivičnog prava. Granice i obim krivičnopravne zaštite su u svim savremenim krivičnim zakonodavstvima postavljene toliko široko (i sve više se šire) da bi stvarna primena krivičnog prava, pod uslovom da je to moguće, vodila primenjivanju kazne u odnosu na ogroman broj učinilaca krivičnih dela. Izvesnost primene kazne kao nužne pretpostavke generalne prevencije bez hipertrofije policije, pravosudnih organa i ustanova za izvršenje krivičnih sankcija, i bez otupljivanja oštrice kazne zbog njene masovne primene, moguće je postići samo u odnosu na znatno suženo polje primene krivičnog prava. Znači, treba se opredeljavati između ekstenzivnog i neefikasnog krivičnog prava, i krivičnog prava koje bi moglo da bude efikasno ukoliko bi se značajno suzilo polje njegovog delovanja. Ovakva orijentacija ne proizlazi samo iz potreba generalne prevencije, ali to zajedno sa drugim argumentima, i preispitivanjem pojedinih objekata krivičnopravne zaštite, može da vodi delotvornijem (a istovremeno i legitimnijem) krivičnom pravu. To podrazumeva vrlo restriktivan izbor onih dobara

40 Vid. L. Hulsman, J. B. de Celis, *Peines perdues, Le systeme penal en question*, Paris, 1982, p. 70. (vid. prevod: *Izglubljene kazne, Krivični sistem pod znakom pitanja*, Beograd, 2010). U vezi sa pitanjem ne bi li ipak bilo moguće postići viši stepen efikasnosti krivičnog prava, Hulsman smatra da bi za približavanje broja stvarno izvršenih krivičnih dela i broja osuđenih bilo potrebno jedno enormno proširivanje kaznenog sistema, ustostručavanje snaga, kao i jedna izuzetno jaka totalitarna država koja još nigde nije postojala. Up. L. Hulsman, *Abolire ili sistem penale, Dei Delitti e delle Pene*, 1/1983, p. 85.

41 Up. J. Fagan, T. Meares, *Punishment, Deterrence and Social Control: The Paradox of Punishment in Minority Communities*, *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol. 6, 2008, pp. 176–177.

42 *Ibid*, p. 177.

43 I u Srbiji u poslednjih nekoliko godina postoji izrazit trend zaoštavanja i širenja krivičnopravne represije. Novelom KZ iz 2009. godine propisane su strože kazne kod oko jedne trećine krivičnih dela. Iako u tom pogledu nisu još vršena ozbiljnija istraživanja, za sada se može konstatovati da to nije imalo uticaja na stopu kriminaliteta, niti ima osnova da se tvrdi da je to doprinelo suzbijanju kriminaliteta u Srbiji.

kojima se mora pružiti efikasna zaštita. Koliko je ostvarivanje takve orijentacije danas ili u neposrednoj budućnosti realno, drugo je pitanje. Ona danas, a verovatno i u neposrednoj budućnosti, nema izgleda da bude realizovana. Stvari se kreću potpuno suprotnim smerom. Krivično pravo se širi i na nova područja, a da ni na onima u kojima već duže vremena deluje nije ostvarilo zadovoljavajuće rezultate. Umesto krivičnog minimalizma koji bi se usredsredio samo na ozbiljna krivična dela i suzbijanje onih ponašanja kojima se napadaju najvažnija dobra pojedinca i društva i koji bi racionalno koristio resurse krivičnog pravosuđa, na delu je krivičnopravni ekspanzionizam.⁴⁴ Ima se utisak da ekspanzionističko krivično pravo više i ne vodi računa o preventivnom dejstvu krivičnog prava u uobičajenom smislu. Ono sve više kao model ima bezbednosno krivično pravo kome nije cilj odvracanje pretnjom kaznom, već koje kažnjavanjem ponašanja koja samo potencijalno imaju kriminalni karakter, tj. koja mogu voditi vršenju krivičnih dela hoće da spreči njihovo vršenje. Dakle, krivični zakonodavac se više ne zadovoljava da pretili kaznom, on hoće da kaznu i primeni na ona ponašanja, pa i situacije koje su samo potencijalno opasne. To se ne odnosi samo na krivično zakonodavstvo. Sve više se stvara gusta mreža mehanizama formalne socijalne kontrole i sve više se ograničava prostor slobodnog delovanja pojedinaca i sužava njihova privatna sfera. Paradoks je da se to od građana često prihvata, pa čak i podržava. Reč je o tome da građani sve to dobrovoljno prihvataju, pa čak i podržavaju zbog (opravdanog ili neopravdanog) straha od terorizma i organizovanog kriminaliteta, kao i zbog navodnog suzbijanja nekih kriminalnih ponašanja na koja su posebno osetljivi (korupcija, pedofilija itd).

Isticanje druge funkcije generalne prevencije, tj. njen vaspitni uticaj i uticaj u smislu jačanja morala u društvu karakteristično je za savremeni neoklasicizam, kriminalnopolitički pravac koji je u prvom redu nastao kao reakcija na pozitivističku orijentaciju na tretman i resocijalizaciju i to u skandinavskim zemljama i SAD, ali je u novije vreme dosta široko prihvaćeno i među onima koji ne zagovaraju taj pravac. Stavljanje u prvi plan ove funkcije kazne ima i legitimirajući motiv, tj. da se ne sveđe u prvom redu na zastrašivanje građana. Nezavisno od toga, pitanje je koliko se posebno naglašavanje ove funkcije kazne, što se danas sreće kod mnogih autora,⁴⁵ zasniva na stvarnom učinku kazne i krivičnog prava i njihovim stvarnim mogućnostima. Ne samo da ne postoje empirijska istraživanja koja bi na to ukazivala (što je empirijski inače vrlo teško utvrditi) i što se o ovoj funkciji kazne vrlo malo zna,⁴⁶ nego se i iz međusobnog odnosa morala, a i krivičnog prava, kazni teško može pripisati ova uloga. Sporno je koliko je kazna podobno sredstvo da razvija pozitivna moralna shvatanja u društvu. Začetak ideje o funkciji kazne kao faktora koji učvršćuje

44 Vid. Z. Stojanović, *Krivičnopravni ekspanzionizam i zakonodavstvo Srbije*. U: *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja*, IV deo, Beograd, 2010, str. 32–48.

45 Tako npr. Hassemer koji ističe da se zadatak kazne i krivičnog prava ne iscrpljuje u borbi protiv kriminaliteta, već da je njihov zadatak pre svega izgradnja i podrška drugim sredstvima socijalne kontrole. On funkciju kazne i generalne prevencije ne vidi samo u jačanju postojećeg društvenog morala nego i u doprinosu kazne u odnosu na ostale mehanizme socijalne kontrole, Hassemer, *op. cit.*, pp. 60–61.

46 Albrecht konstatuje da su moralni i vaspitni efekti kazne u smislu generalne prevencije malo poznati (H.-J. Albrecht, *op. cit.*, p. 138). I Hassemer, iako u pozitivnoj generalnoj prevenciji vidi jedini legitimni cilj i zadatak kazne, priznaje da se o ulozi krivičnog prava i kazne u procesu formiranja društvenih normi malo zna (*op. cit.*, p. 66).

postojeća društvena shvatanja treba tražiti kod Dirkema. Prava funkcije kazne, prema njemu, nije u popravljajući učinioca ili u zastrašivanju drugih da ne vrše krivična dela, već u tome da sačuva koheziju društva kroz podržavanje kolektivne svesti.⁴⁷ Moglo bi se reći da je više potreban moral kazni i krivičnom pravu, nego kazna moralu. Izvestan uticaj kazne na društveni moral se može priznati, pre svega u smislu da neprimenjivanje kazne za izvršena krivična dela može doprineti razvijanju jedne opšte negativne moralne klime u društvu. No, moglo bi se tvrditi da je već oslabljeni društveni moral doprineo da se kazna ne primenjuje, tako da je teško reći šta je tu uzrok, a šta posledica. Već sam način nastanka krivičnopravnih i moralnih normi ukazuje na primarni značaj moralnih normi, što ne isključuje i eventualni povratni uticaj krivičnopravnih normi na njih. To nije dovoljno da se svrha kazne i generalna prevencija pre svega vide u jačanju moralnih normi u društvu. To pogotovo ne opravdava izdvajanje te funkcije kazne u posebnu funkciju krivičnog prava koja bi bila nezavisna od njegove zaštitne funkcije. Prihvatljivije je shvatanje koje dejstvo kazne ne vidi samo u odnosu na postojeći moral, nego u odnosu i na druge društvene norme i druga sredstva socijalne kontrole. Ni tu nije jasan njihov međusobni odnos: da li kazna zaista doprinosi izgrađivanju i delovanju drugih mehanizama socijalne kontrole, naročito onih koji bi vodili stvarnom usvajanju od strane pojedinaca shvatanja koja su prepreka vršenju krivičnih dela, ili pak ti drugi mehanizmi pojačavaju efekte kazne. Iako je verovatno da taj odnos postoji u oba smera, više se dejstvo kazne zasniva na podršci koju joj daju drugi mehanizmi socijalne kontrole, nego što ona doprinosi izgradnji i jačanju tih mehanizama. Primena kazne aktivira već postojeće mehanizme socijalne kontrole. S obzirom na to da po pravilu dolazi do toga da se neki od tih mehanizama aktiviraju primenom kazne, i oni, uz kaznu, deluju generalno-preventivno. Pretnja kaznom, sama po sebi i bez podrške ostalih oblika socijalne kontrole bila bi znatno neefikasnija. Krivičnopravna zaštita se ne ostvaruje neposredno samo pretnjom kazne, nego kroz složen sistem socijalne kontrole. Iako bez kazne neki mehanizmi socijalne kontrole ne bi bili aktivirani, ili ne u dovoljnoj meri, drugi opet postoje i deluju nezavisno od kazne. I pored svih iznetih dilema u pogledu pozitivne generalne prevencije, ona predstavlja značajno dostignuće i ukazuje na neke nove horizonte i mogućnosti (ma kako one ograničene bile) u pogledu svrhe kazne i krivičnog prava.⁴⁸

3. KRIMINALIZACIJA I DEKRIMINALIZACIJA I OSTVARIVANJE PREVENTIVNE FUNKCIJE KRIVIČNOG ZAKONODAVSTVA

Razmatranje složenog pitanja da li i u kojoj meri krivično zakonodavstvo ima preventivno dejstvo u odnosu na kriminalitet zavisi i od toga šta se smatra krivičnim delom, odnosno šta čini kriminalitet. Krivični zakonodavac vrši izbor ponaša-

47 Up. *Durkheim and the Law*, Oxford, 1983, p. 69.

48 Zato treba podržati stav srpskog zakonodavca koji svrhu kažnjavanja vidi i u pozitivnoj generalnoj prevenciji, tj. i u tome da se izrazi društvena osuda za krivično delo, jača moral i učvršćuje obaveza postojanja zakona (član 42. tač. 3. KZ Srbije)

nja u odnosu na koja hoće preventivno da deluje. Naravno, krivični zakonodavac je u tom pogledu višestruko uslovljen. Za potrebe prevencije, taj izbor je daleko od optimalnog i čini se da savremeni zakonodavac, iako se deklarativno često poziva na to, ne vodi naročito računa o tome da li će biti u stanju da ostvari preventivno dejstvo u odnosu na ponašanja koja proglašava krivičnim delom. Da li je u pitanju to da on precenjuje svoje mogućnosti, ili mu nije istinski ni stalo do toga da retribuciju stavi u funkciju prevencije, teško je reći.

Nijedno ponašanje po svojoj prirodi nije samo po sebi kriminalno, ono tu karakteristiku dobija kroz složen proces vrednovanja za koji je relevantan niz okolnosti (počev od važećih moralnih normi, pa do interesa onih društvenih grupa koje u stvari odlučuju o kriminalizaciji nekog ponašanja). Problem koja ponašanja smeju biti legitiman predmet krivičnog zakonodavstva ostao je do danas naučno nerazjašnjen.⁴⁹ Ipak se mogu naznačiti neke relevantne okolnosti o kojima bi zakonodavac morao da vodi računa prilikom kriminalizacije. Osnovni smisao i svrha kriminalizacije bi trebalo da bude zaštita određenih dobara i vrednosti koje se napadaju ponašanjem koje se inkriminiše. U skladu sa tim i osnovni materijalni kriterijum za inkriminisanje jeste objekt krivičnopravne zaštite. Ponašanje koje za predmet napada nema dovoljno vredno dobro, ili ne predstavlja dovoljan intenzitet napada na njega, ne može biti legitiman predmet inkriminisanja.⁵⁰ Ni to još nije dovoljan osnov za kriminalizaciju s obzirom na supsidijaran karakter krivičnog prava. To znači da je još potrebno da se određeno dobro na drugi način ne može zaštititi osim intervencijom krivičnog prava.

U stvari, u procesu kriminalizacije zakonodavac bi, ako hoće da vodi računa ne samo o legitimnosti inkriminacija nego i njihovoj efektivnosti, pa i o efektivnosti krivičnog prava u celini, morao da vodi računa o sledećem. Prvo, moralo bi da postoji dovoljno vredno dobro kome je potrebna zaštita. Drugo, krivično pravo i kazna moraju da predstavljaju podobno sredstvo da se ostvari prevencija u pogledu budućih napada na dobro kome bi trebalo pružiti zaštitu. Kod ovog uslova naročito je važno dodati to da je ta prevencija opravdana samo u odnosu na one radnje kojima se vrši napad na dobro koje se želi zaštititi (u vidu njegove povrede ili ugrožavanja), a izuzetno i u odnosu na radnje kojima se stvara neposredna mogućnost za takav napad. Preciziranje ovog uslova u tom smislu ne negira sasvim opravdanost krivičnih dela sa apstraktnom opasnošću, ali vodi njihovom sužavanju (mora postojati neposredna mogućnost za nastupanje konkretne opasnosti, tj. apstraktna opasnost bi se morala čvršće vezati za konkretnu opasnost). Najzad, kao treće, krivično pravo bi trebalo da bude krajnje sredstvo (*ultima ratio*) za pružanje zaštite određenom dobru, tj. neophodno je da ne postoji neko drugo sredstvo kojim bi se moglo uspešnije sprečavati ponašanje koje ugrožava ili povređuje dobro kome treba pružiti zaštitu. Međutim, da li se savremeni zakonodavac makar orijentaciono pridržava ovih kriterijuma? I prvi pogled na savremena krivična zakonodavstva vodi u prav-

49 Tako C. Roxin, *Zur Entwicklung der Kriminalpolitik seit den Alternativentwürfen*, *Juristische Arbeitsblätter*, Strafrecht, 1980, p. 546.

50 To što ovaj kriterijum ne obavlja uspešno svoju kritičku funkciju i što se savremeni zakonodavac često ne obazire na njega, ne znači da bi trebalo odustati od njega. Bar za sada, nauka nije ponudila nijedan bolji kriterijum.

cu davanja negativnog odgovora na ovo pitanje. Da li se zakonodavac uopšte može obavezati na poštovanje tih kriterijuma? Da li su i oni sami po sebi dovoljno precizni i upotrebljivi za zakonodavca? U pogledu prvog pitanja mora se konstatovati da zakonodavac može sve i da ga nikakvi kriterijumi ne obavezuju. Iako to može imati visoku cenu u vidu brojnih negativnih posledica, sam zakonodavac nije vezan nikakvim uslovima, niti će pak trpeti sankcije u slučaju svog lošeg rada. Kritika koju će, eventualno, doživeti od strane nauke i struke neće mu, po svemu sudeći, teško pasti. Kao primer se može navesti princip da je krivično pravo krajnje sredstvo (*ultima ratio*). Potpuno je jasno da zakonodavac krivično pravo u većini slučajeva koristi kao prvo sredstvo (*prima ratio*), i pored toga što je ovaj princip skoro opšte usvojen u teoriji, a i sam ga zakonodavac u nekim zemljama (deklarativno) propisuje (na primer, član 3. KZ Srbije). Iako navedeni kriterijumi nisu dovoljno precizni, u većini situacija, odnosno ponašanja u vezi sa kojima se postavlja pitanje opravdanosti njihovog inkriminisanja oni mogu značajno da doprinesu da se dođe do adekvatnog rešenja. Ali, u nekim slučajevima, makar se i na prvi pogled zdravorazumski može zaključiti da određena inkriminacija ne bi bila opravdana, njihova primena ne vodi automatski nespornom odgovoru.⁵¹

Zakonodavac u Srbiji je u poslednje vreme (naročito sa Novelom iz 2009. godine) izabrao dalju kriminalizaciju kao svoju osnovnu orijentaciju. Nove inkriminacije i širenje kriminalne zone kod postojećih znatno prevazilaze dekriminalizaciju i sužavanje kriminalne zone.

Kao što kriminalizacija znači proglašavanje izvesnog ponašanja krivičnim delom i propisivanje sankcije za njega putem krivičnog zakona, dekriminalizacija podrazumeva ukidanje ili izmenu zakona čime se odustaje od dalje krivičnopravne represije u odnosu na to ponašanje. Odustajanje od primene krivične sankcije, međutim ne isključuje mogućnost primene neke druge sankcije, niti to znači da to ponašanje nužno gubi karakter protivpravnog ponašanja, da se ono na taj način legalizuje, a još manje da postaje društveno dozvoljeno ponašanje. U zavisnosti od

51 Na primer, neko bi se mogao zalagati za to da se krivičnim delom proglasi korišćenje automobila određene boje u saobraćaju koja ga čini manje vidljivim (siva i sl). Ovde se može reći da je prvi uslov ostvaren. Život, telo i imovina učesnika u saobraćaju su svakako dovoljno vredno dobro koje zaslužuje zaštitu. Drugo, realno je očekivanje da bi ova inkriminacija imala preventivno dejstvo u odnosu na saobraćajne udesne. Neka istraživanja su pokazala da motorna vozila određene boje u većoj meri učestvuju u saobraćajnim udesima nego vozila druge boje (crvene, npr). Iako su ta istraživanja skopčana sa određenim metodološkim problemima (npr. neophodno je raspolagati sa podatkom o bojama svih registrovanih vozila, kao i o obimu njihovog učešća u saobraćaju), takav zaključak je dosta verovatan. Najzad, u pogledu pitanja da li je krivičnopravna intervencija ovde *ultima ratio* takođe se može dati potvrđan odgovor. Naime, iako se i na druge načine može značajno uticati na to da se prilikom farbanja motornih vozila ne koriste određene boje, i da se na tehničkom pregledu ne dozvoli registracija takvih vozila, uvek bi postojale određene mogućnosti da se takva vozila ipak koriste u saobraćaju. Proglašavanje krivičnim delom upravljanje motornim vozilom u saobraćaju, na primer sive boje, nema sumnje da bi imalo preventivno dejstvo jer bi rizik otkrivanja dela bio veoma visok. Međutim, u ovom hipotetičkom primeru bi jedino sporno bilo da li korišćenje motornog vozila određene boje u saobraćaju predstavlja neposrednu mogućnost za povredu ili ugrožavanje života, tela ili imovine učesnika u saobraćaju? Sâmo posedovanje takvog vozila ili farbanje vozila u takvu boju još ne bi ispunjavalo taj uslov jer još nije nastupila neposredna mogućnost za povredu ili ugrožavanje dobra koje se hoće zaštititi, ali bi se za njegovo korišćenje u saobraćaju to moglo tvrditi.

vrste ponašanja koje se dekriminalizuje i dobara koje eventualno ono ugrožava, dekriminalizacija može da znači tek početak suzbijanja nekog ponašanja, ali na drugi način, tj. bez korišćenja krivičnog prava.

Ne ulazeći ovde u pitanje određivanja pojma depenalizacije i njegovog odnosa sa dekriminalizacijom,⁵² sigurno je da i depenalizacija ima značajno mesto u oblikovanju takvog krivičnog zakonodavstva (i njegovoj primeni) koje će uspešno ostvarivati prevenciju kriminaliteta. Sve veće prodiranje u sistem krivičnih sankcija parapenalnih mera i alternativa kazni i davanje većih mogućnosti za izricanje drugih krivičnih sankcija umesto kazne, takođe ima svoje opravdanje i može pozitivno uticati na funkcionisanje celokupnog krivičnog pravnog sistema. O delimičnoj depenalizaciji se može govoriti u slučaju predviđanja blaže kazne od one koja je bila propisana. Postoje razlozi da se veruje da će se blaža kazna češće primenjivati nego stroga kazna čime se rizik učinio da će biti kažnjen povećava što, opet, može imati pozitivno dejstvo na generalnu prevenciju. Međutim, kao što je više puta konstatovano, zakonodavac je upravo suprotnog uverenja: da propisivanje što strožih kazni vodi delotvornijoj generalnoj prevenciji. Iz toga implicitno proizlazi da zakonodavac polazi od toga da je snižavanje propisanih kazni štetno po generalnu prevenciju.

Dekriminalizacija može biti potpuna ili delimična. O potpunoj dekriminalizaciji se radi kada neko ponašanje u celini prestaje da bude krivično delo, a delimična, parcijalna dekriminalizacija znači da neko ponašanje pod određenim uslovima prestaje da bude krivično delo, ili drugačije rečeno ono ostaje krivično delo pod nekim dodatnim uslovima. U stvari kod delimične dekriminalizacije se radi o sužavanju kriminalne zone. Od prirode inkriminacije i obima i načina sužavanja kriminalne zone zavisi da li se to sužavanje može nazvati delimičnom dekriminalizacijom.

S obzirom na odnos društva prema dekriminalizovanom ponašanju mogu se razlikovati dva tipa dekriminalizacije. U prvom slučaju radi se o dekriminalizaciji ponašanja u odnosu na koja nije potrebno preduzimati druge oblike društvene reakcije. U drugom slučaju u pitanju su ponašanja u odnosu na koja društvo zadržava negativan stav prema njima, ali se dekriminalizacija vrši zato što za suzbijanje tog ponašanja postoji adekvatniji oblik reakcije od krivičnog prava. Ovaj drugi tip dekriminalizacije je u tesnoj vezi sa supsidijarnim karakterom krivičnog prava.⁵³

Dekriminalizacija uvek pretpostavlja postojanje izvesnog raskoraka između potreba društvene stvarnosti i postojećih inkriminacija, bez obzira da li je do tog raskoraka došlo već u momentu samog inkriminisanja ili kasnije. Osnov za dekriminalizaciju može biti i postojanje mogućnosti da se na neko društveno štetno ponašanje reaguje nekim drugim sredstvima za suzbijanje i kontrolisanje tog ponašanja. Ta vrsta dekriminalizacije podrazumeva traženje boljih načina i puteva da se problemi koji se tradicionalnom krivičnopравnom represijom ne mogu rešiti, reše na jedan drugi, adekvatniji način.

Moglo bi se očekivati da smanjenje broja inkriminacija pozitivno utiče na efikasnost krivičnog prava u celini. Što manje inkriminacija sadrži krivično pravo jed-

52 O tome vid. Z. Stojanović, *Politika suzbijanja kriminaliteta*, Novi Sad, 1991, str. 63.

53 Više o ova dva tipa dekriminalizacije vid. Z. Stojanović, *Im Vorfeld einer Entkriminalisierungspolitik*, *Cahiers de defense sociale*, 1986, pp. 89–95.

ne zemlje, ono bi trebalo da bude efikasnije u suzbijanju stvarno štetnih ponašanja koja zaslužuju da ostanu u sferi kriminalnog ponašanja i na koja se mora reagovati krivičnim pravom. Savremeni zakonodavac, međutim, nije sklon takvom gledanju na stvari. On pokazuje izrazitu averziju prema ideji dekriminalizacije i „teška srca“ odustaje i od najnepotrebnije inkriminacije.

U vezi sa dekriminalizacijom treba ukazati na značaj neprimenjivanja neke inkriminacije u sudskoj praksi, odnosno na značaj dekriminalizacije de facto za dekriminalizaciju da jure. Ukoliko postoje opravdani razlozi zašto sudska praksa ne primenjuje neku inkriminaciju, onda bi to trebalo da za rezultat ima dekriminalizaciju de jure, odnosno dekriminalizaciju u pravom smislu. Između ostalog, i zbog toga što neprimenjivanje inkriminacija dovodi do nepoštovanja i diskreditovanja krivičnog prava u celini i slabi njegovu preventivnu funkciju. U krivičnom zakonodavstvu Srbije ima dosta primera za to.⁵⁴ Međutim, neprihvatanje inkriminacije od strane sudske prakse za zakonodavca u Srbiji uglavnom ne predstavlja signal da bi inkriminaciju trebalo preispitati.⁵⁵

U pogledu odnosa kriminalizacije i dekriminalizacije trebalo bi da postoji komplementarnost, tj. da svako novo opterećivanje krivičnog pravnog sistema širenjem krivičnog zakonodavstva bude praćeno dekriminalizacijom određenog broja krivičnih dela. To, uglavnom, nije slučaj u savremenom krivičnom zakonodavstvu kako u Srbiji, tako i u drugim zemljama. Širenje granica krivičnog zakonodavstva vodi tome da se preventivni kapaciteti krivičnog prava smanjuju. To je činjenica koja je danas manje – više vidljiva. Međutim, kako proveriti ispravnost osnovne teze ovog rada, a to je da sužavanje granica krivičnog zakonodavstva vodi povećanju tog kapaciteta u odnosu na suženo polje koje ostaje u granicama krivičnog zakonodavstva? Ta teza ostaje na nivou verovatne pretpostavke, ali se empirijski ne može potvrditi zbog nespremnosti država da, bar u nekim segmentima, suze granice krivičnog zakonodavstva.

- 54 Još gore je to što ponekada, u vrlo retkim slučajevima, dođe do primene neke od takvih inkriminacija. Tako, na primer, šta se postiglo osudom dvojice prijatelja od kojih je jedan razmenio drugom iznos od dvadeset evra u dinare po zvaničnom kursu da bi time platio telefonski račun u pošti da ne bi išao do prve menjačnice? Iako slučaj deluje tragikomično, Opštinski sud u Novom Pazaru doneo je osuđujuću presudu sa detaljnim obrazloženjem (K. br. 747/05 od 5.06.2007. godine) na osnovu člana 57. Zakona o deviznom poslovanju (institut dela malog značaja nije mogao biti primenjen s obzirom na zaprećenu kaznu). Da li ova osuda može da deluje preventivno na bilo koga u Srbiji, ili može da izazove sumnju koji su to bili pravi razlozi da se primeni (nelegitimna) inkriminacija u odnosu na ponašanje koje je, iako krivično delo, de facto dekriminalizovano?
- 55 Jedan od vrlo retkih primera u kome je neprimenjivanje dve inkriminacije (uz nepostojanje drugih razloga za njihovo zadržavanje) vodilo njihovoj dekriminalizaciji jesu krivična dela iz člana 188. i 189. KZ koji su brisani Zakonom o izmenama i dopunama KZ iz 2009. godine. Međutim, gledajući u celini, to nije ni u najmanjoj meri doprinelo kakvom – takvom balansu u odnosu na ostale brojne izmene i dopune KZ do kojih je tada došlo jer su one sve na liniji širenja i zaostřavanja represije. Izuzetak je institut dela malog značaja gde je granica za njegovu primenu podignuta na krivična dela koja su zaprećena kaznom zatvora do pet godina (što izaziva neke druge dileme, kao na primer, da li je zaista moguće da se delo za koje se može izreći čak pet godina zatvora u konkretnom slučaju ispolji kao bagatelno, te da ga zbog toga ne treba smatrati krivičnim delom). Time je zakonodavac, u stvari, posredno priznao da je menjajući KZ propisao nesrazmerno stroge kazne.

4. ZAVRŠNE NAPOMENE

Kada se raspravlja o preventivnoj funkciji krivičnog zakonodavstva, uglavnom se u prvi plan stavlja svrha kažnjavanja. Međutim, od podjednagog značaja za ostvarivanje preventivne uloge krivičnog zakonodavstva jeste određivanje njegovih granica, pa su i pitanja kriminalizacije i dekriminalizacije neizbežna. Racionalan krivični zakonodavac mora voditi računa o tome kada će i pod kojim uslovima koristiti krivično pravo. Osposobljavanje krivičnog prava da u većoj meri ostvaruje preventivnu ulogu zahteva i odustajanje od toga da se krivično zakonodavstvo koristi za ostvarivanje različitih ciljeva koji su ponekad međusobno nespojivi. Pretvaranje kriminalne u bezbednosnu politiku vodi još neefikasnijem krivičnom pravu koje je uz to i neprijateljski nastrojeno ne samo prema učiniocu krivičnog dela nego i u čitavom društvu stvara takvu klimu u kojoj se u svakom građaninu vidi potencijalni neprijatelj, odnosno onaj ko može da naruši bezbednost. Suzbijanje terorizma, organizovanog kriminaliteta, korupcije i nekih drugih ponašanja sve više nosi sa sobom opasnosti koje se mogu meriti sa samom opasnošću od tih vidova kriminaliteta.

Danas nije realno očekivati da će savremeni krivični zakonodavac prestati da sve više ulazi u (za njega) nedozvoljenu zonu, što će jednog dana dovesti do krize legitimiteta krivičnog zakonodavstva (o njoj se već danas može govoriti). Zadatak je pre svega nauke, ali i svakog onog ko racionalno gleda na politiku suzbijanja kriminaliteta, da uoči i upozori na negativne trendove umesto da ih podržava.⁵⁶ Zalaganje za preostru i preširoku krivičnopravnu represiju vodi ozbiljnim, štetnim posledicama za pojedinca i društvo, a da se pri tome ne samo da ne dobija ništa na planu prevencije, već to vodi daljem slabljenju krivičnopravnog sistema.⁵⁷ Stalno treba upozoravati na to da zaoštavanje propisanih kazni, samo po sebi, nema preventivno dejstvo. Umesto toga, treba postići to da dovoljan broj učinilaca krivičnih dela bude kažnjeno srazmernom kaznom. Kao što uže inkriminacije imaju više izgleda da budu primenjivane od onih preširoko postavljenih, tako postoji i veća verovatnoća da će se češće primenjivati umerene kazne od onih prestrogih. Što je stroža propisana kazna, manji su izgledi da će ona biti primenjivana i obrnuto.

56 Bock konstatuje da su naučne činjenice i argumenti izgubili svaki značaj u ratu političara i medija protiv kriminaliteta (odnosno onih pojava koje oni označavaju kao posebnu opasnost po građane), te da je merodavna samo bolja prolaznost „na tržištu“. Svako zalaganje za razumnu reakciju postaje zabranjeno, a predstavnicima policije i pravosuđa napredovanje u službi, kao i političarima zavisni od uključivanja u tu igru. Štaviše, „svako ko se svojski ne uključi u rat medija i političara protiv kriminalnog zla postaje sumnjiv“. Vid.: M. Bock, Pozitivna generalna prevencija i nove tendencije u kriminalnoj politici, *op. cit.*, str. 139–140. Ako je stanje u Nemačkoj koja ima izuzetno razvijenu nauku krivičnog prava takvo, šta onda reći za Srbiju? S obzirom da aktuelni političari nisu spremni da uvažavaju (makar neke i makar delimično) argumente nauke i struke, predstavnici nauke bi, u sada postojećoj klimi trebalo čak da se privremeno uzdrže i od učešća u radu na pripremi zakonskih projekata. Ako ne šta drugo, neće služiti samo tome da se legitimet onome što rade političari u sferi krivičnog zakonodavstva. To ne znači kapitulaciju nauke, već da će odgovornost za ono što danas čine u oblasti krivičnog zakonodavstva snositi samo političari, bez pozivanja na angažovanje eksperata.

57 Iako je to stvar ličnog izbora, neprihvatljivo je i štetno za krivično pravo to što i neki predstavnici nauke (svesno ili nesvesno) pomažu medijima u ostvarivanju viših tiraža i bolje gledanosti, ili političarima u težnji da zaoštavanjem represije kod dela neobaveštene javnosti prikupljaju političke poene, ili da ostvaruju neke druge, nelegitimne ciljeve pozivajući se na suzbijanje kriminaliteta.

Iako je za preventivno dejstvo krivičnog prava ključna njegova primena, to ne znači da je opravdano težiti tome da se primeni krivična sankcija na svakoga ko je učinio (bilo koje) krivično delo. Dovoljno je da se to čini u meri koja pretnju kaznom čini ozbiljnom i to pre svega u odnosu na teška krivična dela. Štaviše, preterana primena krivičnog prava s jedne strane ne doprinosi prevenciji, a s druge strane predstavlja preveliki teret za bilo koje društvo.

U stvari, danas smo suočeni sa opasnošću da izgubimo krivično pravo koje je u poslednja dva veka imalo kontinuitet u svom razvoju sa izvesnim padovima i usponima, a da pri tome ništa, ili skoro ništa, ne dobijemo na planu prevencije kriminaliteta. To ne znači da bi trebalo ignorisati nove oblike kriminaliteta i nove mogućnosti koje eventualno stoje pred krivičnim zakonodavstvom, već samo to da krivično pravo treba da zadrži jednu kontinuiranu razvojnu liniju. Ideja o čisto preventivnom krivičnom pravu koje bi u okviru jednog šireg bezbednosnog prava u mnogo većoj meri ostvarivalo zaštitu građana i društva, na prvi pogled nekome može biti primamljiva. Međutim, uvereni smo u to da se radi o opasnoj ideji. Nije sigurno da bi uopšte takvo „novo“ krivično pravo bolje ostvarivalo zaštitnu funkciju od tradicionalnog krivičnog prava, ali je skoro izvesno da bi to vodilo učvršćivanju totalitarizma čiji se izvesni elementi već danas sve više primećuju i u nekim demokratskim društvima. Upravo bi to trebalo uzeti kao neprekoračivu granicu preventivno orijentisanog krivičnog prava. Mora se jasno i empirijski proverljivo pokazati da se cena koja bi bila plaćena širenjem i zaoštavanjem represije (a time i sužavanjem određenih ljudskih prava) višestruko isplatila podizanjem nivoa i kvaliteta zaštite najvažnijih ljudskih prava svih članova društva. Osim tog, prevashodno utilitarističkog uslova, preventivni interesi ne bi smeli nikada da protivreče principu pravednosti i srazmernosti, njihovo ostvarenje mora uvek biti u okviru primerenog odgovora na krivična dela.⁵⁸ To donekle znači i priznavanje neophodnosti unošenja retributivne crte čak i u preventivno orijentisano krivično pravo. Ali, to ne vodi nekakvoj mešovitoj teoriji, niti znači da retribuciju treba postaviti na isti nivo kao i prevenciju. Jednostavno, treba iskoristiti jednu prednost koju retribucija ima nad prevencijom, a to je njena sposobnost da postavi granice i meru krivičnopravne represije. Zato ona može da predstavlja prepreku ničim ograničenoj prevenciji koja preti da i samo krivično pravo transformiše u nepoželjnom smeru.

LITERATURA

- Albrecht H.-J., Der erweiterte Sicherheitsbegriff und seine Folgen, *RAV*, Infobrief #91, 2003
 Albrecht H.-J., Generalprävention. In: *Kleines Kriminologisches Wörterbuch*, Heidelberg, 1985
 Andenaes J., *Punishment and Deterrence*, 1974
 Beccaria C., *Dei delitti a delle pene*, nuova edizione, Livorno, 1834
 Begović B., Ekonomska teorija generalne prevencije: osnovna pitanja, *Crimen*, br. 1/ 2010
 Bock M., Pozitivna generalna prevencija i nove tendencije u kriminalnoj politici, *Crimen*, br. 2/2010

58 U tom smislu i W. Hassemer, Strafrecht, Prävention, Vergeltung, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 7/2006, p. 273.

- Bockelmann P., *Vom Sinne der Strafe*, u: Heidelberger Jahrbücher V, 1961
- Ćirić J., *Objektivna odgovornost u krivičnom pravu*, Beograd, 2008
- Durkheim and the Law*, Oxford, 1983
- Ehrlich I., The Deterrent Effect of Capital Punishment: A Question of Life and Death, *The American Economic Review*, No 3, 1975
- Fagan J., Meares T., Punishment, Deterrence and Social Control: The Paradox of Punishment in Minority Communities, *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol. 6, 2008
- Hassemer W., Lüderssen K., Naucke W., *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?* Heidelberg, 1983
- Hassemer W., Strafrecht, Prävention, Vergeltung, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 7/2006
- Hulsman L., Abolire ili sistem penale, *Dei Delitti e delle Pene*, 1/1983
- Hulsman L., de Celis J. B., *Peines perdues, Le systeme penal en question*, Paris, 1982 (prevod: *Izglubljene kazne, Krivični sistem pod znakom pitanja*, Beograd, 2010)
- Ignjatović Đ., Kriminalitet i reaganje države. U: *Strategija državnog reaganja protiv kriminala*, Beograd, 2003
- Kaiser G., *Kriminologie*, Heidelberg, 1983
- Kühl K., *Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das Strafrecht*, Baden-Baden, 2001
- Mabott J. D., *Uvod u etiku*, Beograd, 1981
- Möstl M., *Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung*, Tübingen, 2002
- Murphy, Kant's theory of criminal punishment. In: J. Murphy, *Retribution, Justice and Therapy*, 1979
- Popitz H., *Über die Präventivwirkung des Nichtwissens*, Tübingen, 1968
- Report on Decriminalisation*, Strasbourg, 1980
- Ross G., *Entkriminalisierungstendenzen im Besonderen Teil*, Frankfurt, 1981
- Roxin C., *Strafrecht AT*, Band I, 4. Auflage, München, 2006
- Roxin C., Zur Entwicklung der Kriminalpolitik seit den Alternativentwürfen, *Juristische Arbeitsblätter*, Strafrecht, 1980
- Schmidhäuser E., *Vom Sinn der Strafe*, 2. Auflage, Göttingen, 1971
- Senna J., Siegel L., *Introduction to Criminal Justice*, New York, Los Angeles, S. Francisco, 1984
- Šešić B., *Nužnost i sloboda*, Beograd, 1963
- Sieber U., Grenzen des Strafrechts, Sonderdruck aus Band 119 (2007), *ZStW*
- Siegel L., *Criminology*, Third edition, 1989
- Stewart C. H. M., Hemsley D. R., Risk Perception and likelihood of action in criminal offenders, *The British Journal of Criminology*, 2/1979
- Stojanović Z., Im Vorfeld einer Entkriminalisierungspolitik, *Cahiers de defense sociale*, 1986
- Stojanović Z., Krivičnopravni ekspanzionizam i zakonodavstvo Srbije. U: *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reaganja*, IV deo, Beograd, 2010
- Stojanović Z., *Politika suzbijanja kriminaliteta*, Novi Sad, 1991
- Welzel H., *Das Deutsche Strafrecht*, Berlin, 1969
- Wright V., Deterrence in Criminal Justice – Evaluating Certainty vs. Severity of Punishment, *The Sentencing Project*, Washington, November 2010

Zoran Stojanović

Law Faculty, University in Belgrade

CRIMINAL LAW AND CRIME PREVENTION

SUMMARY

When discussing the deterrent effects of criminal law, the aim of punishment is in the foreground. To achieve the preventive role of criminal law, of same importance are the determination of its limits, as well as the inevitable questions of criminalization and decriminalization. Rational criminal legislator has to consider the point in time and the conditions when using criminal law. Converting crime policy in security policy does not guarantee more efficient suppression of crime, and it's hostile not only to the offender, but to the entire society, creating a climate in which each citizen is seen as a potential enemy, or as someone who may violate security. Combating terrorism, organized crime, corruption and other behaviors carries risks that can be compared even to the danger which arises from these types of crime.

Today, it is not realistic to expect that criminal law legislator will stop intervening more and more in a zone that is not authorized for him. Soon, this will lead to a crisis of legitimacy of the entire criminal law justice system. Nevertheless, the task of scholars and everyone who rationally looks at the politics of crime is to detect and warn of the negative trends instead of supporting them. Criminal repression, which is harsh and too broad, leads to serious adverse consequences for the individual and the society. Such criminal policy does not contribute to the crime prevention, but tends to result in further weakening of the criminal justice system. Prescribing harsher penalties and broadening the limits of criminal law has no preventive effect. Excessive use of criminal law on the one hand does not contribute to prevention; on the other hand, it is a too heavy burden for every society. In this article, the arguments supporting minimalist theory of criminalization, which is advocating a realistic approach to the preventive role of criminal law in contemporary societies, and especially in Serbia, are discussed.

The idea of a completely preventive criminal law, existing within a wider security criminal law which would protect citizens and society to a greater extent, may look acceptable at first view. But the author warns that this is a dangerous idea. We cannot be assured that this „new“ criminal law would fulfill protective function in a better way than traditional criminal law does, but it is almost certain that this would lead to strengthening of totalitarianism, which traces can already be seen in some democratic societies. It has to be shown in a clearly and empirically verifiable way that broadening and tightening of repression would pay off through a rising level and quality of protection of human rights for all members in society. Besides this predominantly utilitaristic condition, interests of prevention should never contradict to the principle of justice and proportionality; they always have to be realized as an adequate reaction to crime. This includes, to a certain extent, the need of introduc-

ing retributive elements even in criminal law that is mostly oriented as a preventive one. This doesn't lead to some kind of mixed theory, nor it means that retribution should be put on the same level as prevention, but to capitalize an advantage of retribution over prevention: their ability to set boundaries and quantum of criminal repression. Therefore, it can be barrier to unlimited prevention, which threatens to transform criminal law in wrong direction.

Key words: criminal legislation, deterrence, criminalization, decriminalization, retribution, crime prevention.