

Jelena POPOVIĆ*

LJUDSKA PRAVA I KRIVIČNOPRAVNA ZAŠTITA

Sažetak: Pitanje krivičnopravne zaštite ljudskih prava višedimenzionalno je i kompleksno pitanje. Zbog specifičnosti koje krivično pravo ima na polju pravne sigurnosti, ovo pitanje je posebno značajno. U namjeri da se objasni složen odnos krivičnog prava i zaštite ljudskih prava, u smislu regulisanja osjetljivih pitanja, kao što su proglašavanje određenih ponašanja krivičnim djelima i propisivanja sankcija za ta djela, u prvom dijelu rada biće riječi o osnovnim funkcijama krivičnog prava. Drugi dio rada biće posvećen načelima krivičnog prava i njihovom uticaju na krivičnopravnu zaštitu ljudskih prava i sloboda u jednom društvu. Posljednji dio rada tretira problematiku krivičnopravnog ekspanzionizma, kao i krivičnopravnog minimalizma, kao koncepta koji bi nasuprot normativnom ekspanzionizmu mogao osigurati legitimnost krivičnog prava.

Krivično pravo neophodno je sačuvati od negativnog trenda normativnog ekspanzionizma, koji bi mogao ugroziti poštovanje ljudskih prava i sloboda u jednoj zemlji, pretvarajući se u nešto strano svojim osnovnim načelima, represivno pravo, odnosno, instrument za kršenje ljudskih prava i sloboda. Umjesto represivnom potrebno je težiti rasterećenom i pravnodržavnom krivičnom pravu koje bi, uz mjere nužnosti, postavljenim granicama krivičnopravne zaštite efikasno štitilo društvo od svih oblika kriminaliteta.

Ključne riječi: *krivičnopravna zaštita, ljudska prava, funkcije krivičnog prava, načela krivičnog prava, granice krivičnopravne zaštite, krivične sankcije*

UVOD

Zakonodavstvo svake države ima određenu svrhu i cilj postojanja, čime se nastoje zaštititi i očuvati društveni odnosi u društvenoj zajednici. Danas postoji načelna saglasnost da je osnovni cilj i svrha postojanja krivičnog prava kao grane pozitivnog prava, obavljanje zaštitne funkcije. Krivično pravo je neophodno za obezbjeđivanje osnovnih uslova za uspješan zajednički život ljudi, čime se opravdava i njegovo postojanje. To znači da se krivičnom pravu daje

* Mr Jelena Popović, Fakultet pravnih nauka, Univerzitet Donja Gorica, Podgorica

utilitaristički karakter, tj. opravdanje krivičnog prava vidi se u njegovoj društvenoj korisnosti.¹

Krivično pravo² zakonsko je pravo, odnosno, pravo koje je utemeljeno na zakonu, a krivični zakon je zakonska norma kojom se reguliše neko pitanje iz oblasti krivičnog prava. Krivični zakon može biti shvaćen kao jedna zakonska norma³ ili kao sistemski zakon koji reguliše dio materije krivičnog prava, ali ne u potpunosti. Obuhvatanje cjelokupne materije krivičnog prava čini se njenom kodifikacijom, odnosno krivičnim zakonikom.

Krivično zakonodavstvo obuhvata skup ili sistem krivičnih zakona koji važe u jednoj zemlji, pod čime se podrazumijevaju svi zakoni koji regulišu krivičnopravnu materiju. I u slučaju postojanja krivičnog zakonika, odnosno kodifikovane krivičnopravne materije, može se govoriti o krivičnom zakonodavstvu jer ono osim krivičnog zakonika obuhvata i sporedno krivično zakonodavstvo. Materija opšteg dijela krivičnog prava u potpunosti je regulisana Krivičnim zakonikom, dok posebni dio, osim krivičnih djela propisanih u KZ, obuhvata i krivična djela predviđena sporednim zakonodavstvom. Sporedno ili posebno krivično zakonodavstvo nalazi se u okviru kaznenih odredaba drugih zakona koji regulišu razne oblasti. Neka od tih krivičnih djela integrisana su u Krivični zakonik, ali postoje razlozi da određena krivična djela ostanu propisana onim zakonima koji inače regulišu neku drugu, a ne krivičnopravnu materiju. Iako je uobičajeno da se i ono smatra krivičnim zakonodavstvom, mada sporednim, to treba uslovno shvatiti jer je riječ o određenom broju krivičnih djela koja su uglavnom bez ikakvog sistema i usklađenosti „rasuta” po određenim zakonima koji regulišu različitu materiju – koja su ne-

¹ Danas su u nauci krivičnog prava rijetka mišljenja koja krivičnom pravu negiraju takav karakter i koja mu za cilj postavljaju samo ostvarenje ideje pravde i pravednosti; u Stojanović, Z. – Kolarević, D.: *Krivičnopravno reagovanje na teške oblike kriminaliteta*, Crimen, Beograd, 2010, str. 13.

² Prof. Krivičnog prava Grgur Milovanović (1842–1924), kao jedan od trojice osnivača te nauke, doprinio je da se konačno prihvati sam naziv „Krivično pravo”. Naime, u vrijeme kada je predavao Krivično pravo, u upotrebi su još uvijek bila oba termina „kazneno” i „krivično”. Iako konstatuje da se u većini zemalja koristi termin „kazneno” (danas smo prihvatanjem termina „krivično” u tom pogledu ostali usamljeni), on se s pravom opredjeljuje za naziv „krivično” sa argumentima koji i danas važe i opravdavaju ovu specifičnost; Stojanović, Z.: *Iz istorije krivičnih nauka, Grgur Milovanović – Profesor Krivičnog prava i krivičnog postupka*; Crimen, 2011/1, str. 137.

³ Krivičnopravne norme imaju za zadatak da odvrte pojedinca od ponašanja koja su štetna za tuđa pravna dobra i da ih usmjere na ponašanja koja su u skladu sa pravnim normama; Stojanović, Z.: *Strategije ostvarivanja svrhe krivičnog prava*, Arhiv, 2008/3–4, str. 164.

dovoljno međusobno usklađena i karakteriše ih naglašena heterogenost.⁴ Međutim, važno je naglasiti da se opšti dio Krivičnog zakonika uvijek primjenjuje na sva krivična djela, bez obzira na to da li se ona nalaze propisana u Krivičnom zakoniku ili u sporednom krivičnom zakonodavstvu, što znači da opšti uslovi za postojanje krivičnog djela i primjenu krivičnih sankcija sadržani u opštim odredbama Krivičnog zakonika, važe za sva pojedina krivična djela, pa i za ona propisana u sporednom krivičnom zakonodavstvu.⁵

KRIVIČNO ZAKONODAVSTVO I ZAŠTITA LJUDSKIH PRAVA

Odnos krivičnog prava i ljudskih prava višedimenzionalno je i izuzetno složeno pitanje.⁶ Pravna sigurnost u oblasti krivičnog prava ima poseban značaj, a krivično pravo pokazuje u ovom pogledu određenu specifičnost. Kako ono ne reguliše direktno društvene odnose već pretežno pruža krivičnopravnu zaštitu odnosima koji su već pravno regulisani, sve značajnije promjene u društvenim odnosima reflektuju se i na njihovu krivičnopravnu zaštitu.⁷ Da bi bilo efikasno, krivično pravo mora biti dinamično, dok demokratičnost, pravičnost i zakonitost iziskuju određenu stabilnost i nepromjenljivost krivičnog zakonodavstva, koje nikako ne mora voditi njegovoj neaktuelnosti i neefikasnosti. Sa druge strane, sve ovo ukazuje na ozbiljnost i složenost zakonodavne djelatnosti u ovoj oblasti i potrebu da se rješenja na polju krivičnog prava stvaraju kako na osnovu dugogodišnjih iskustava, prakse i naučnih sazna-

⁴ Stojanović, Z.: Postupak pripreme krivičnog zakonodavstva i njegov uticaj na sadržaj zakonskog teksta, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, vol 47, br. 1, Beograd 2009, str. 6.

⁵ Stojanović, Z.: *Krivično pravo, Opšti dio*, Beograd, 2009, str. 26.

⁶ Kako se o pitanju zaštite ljudskih prava može govoriti i sa aspekta krivično-procesnog prava, kao i prava izvršenja krivičnih sankcija, ovdje je potrebno reći da će zbog tako koncipiranog rada, ali i ograničenog opsega, u radu biti riječi samo o odnosu krivičnog (materijalnog) prava i ljudskih prava. (Kada se danas govori o krivičnom pravu najčešće se misli samo na materijalno krivično pravo, dok se procesno krivično pravo posebno označava; Horvatić, Ž.: *Ostvarenje i zaštita vladavine prava u hrvatskom kaznenom pravu, Kazneno pravo i druge kaznene znanosti, Odabrani radovi 1963–2003*, Zagreb 2004, str. 164.

⁷ Krivičnopravna zaštita realizuje se kroz inkriminisanje društveno opasnih ponašanja, propisivanje krivičnih sankcija za takva ponašanja i primjenu tih sankcija prema učiniocima krivičnih djela. Protektivna funkcija bila je izražena prvim članom Krivičnog zakonika, koji propisuje da se njime „zaštićuju od nasilja, samovolje, privredne eksploatacije i drugih društveno opasnih djela ličnost građana, njihova Ustavom i zakonima zajamčenja prava i slobode, političke, nacionalne, ekonomske i socijalne osnovice Jugoslavije, njena bezbjednost, socijalističko društveno uređenje i Ustavom i zakonima utvrđeni državni poređak”; Ljubiša, L.: *Krivično pravo*, Novi Sad, 1973, str. 2.

nja, tako i u sagledavanju perspektivnog razvoja onih pojava koje se regulišu odredbama krivičnog zakonodavstva.⁸

Uvažavajući evidentnu potrebu da se pravni mehanizmi reagovanja na kriminalitet permanentno usklađuju sa etičkim i moralnim principima i da u tom kontekstu krivično pravo i njegovo zakonodavstvo treba da prate progresivne procese i tekovine savremene krivičnopravne doktrine, zakonodavac danas, u skladu sa načelima pravne sigurnosti i zakonitosti, daje pojam krivičnog djela koje je zakonom predviđeno kao krivično djelo koje je protivpravno i skrivljeno.⁹ Regulisanje osjetljivih pitanja, kao što je proglašavanje određenih ponašanja krivičnim djelima i propisivanje sankcija za ta djela, zahtijeva da to bude samo u slučajevima koji su nužni, opravdani i da se to čini u demokratskoj proceduri. Kada su u pitanju kriminalizacija i dekriminalizacija, stvaranje i oblikovanje krivičnopravnih normi trebalo bi da se zasnivaju na određenim materijalnim, suštinskim kriterijumima. Nijedno ponašanje po svojoj prirodi nije kriminalno, ono tu karakteristiku dobija kroz složen proces vrednovanja za koji je relevantan niz okolnosti: od važećih moralnih normi do interesa društvenih grupa koje odlučuju o kriminalizaciji nekog određenog ponašanja, pa odgovor na pitanje koja ponašanja smiju biti legitiman predmet krivičnog zakonodavstva i dalje ostaje nerazjašnjen.¹⁰

U našoj literaturi obično se ovi kriterijumi dovode u vezu sa pitanjem legitimnosti krivičnopravne norme, a kada je u pitanju kriminalizacija ili dekriminalizacija ti se kriterijumi svode na zajednički imenitelj, odnosno, društvenu opasnost nekog ponašanja, koja može biti različito shvaćena. Polazeći od toga da samo ponašanje objektivno postoji, ono u kontekstu određenih društvenih prilika ima i određene posljedice koje se mogu ocjenjivati kao štetne ili korisne, ali da li je nešto korisno ili štetno i za koga, ne može se uvijek sa izvjesnošću utvrditi niti za to postoje egzaktni metodi.

Upravo se ovdje najbolje vidi relativni karakter društvene opasnosti, ali ne u smislu vremena i prostora, što je još ranije primjećeno, već u smislu da ona u određenoj mjeri predstavlja rezultat procjene i vrednovanja. Društvena opasnost je spoj između stvarnosti i vrijednosti, ona nije čisto objektivna, a još manje čisto subjektivna vrijednosna kategorija. Ona je i ontološka i aksiološka

⁸ *Ibid.*, str. 3

⁹ Delić, N.: Opšti pojam krivičnog djela; *Nova rešenja opštih instituta u KZS*, Crimen, Beograd, 2009, str. 11; Jedan broj savremenih krivičnih zakonodavstava ne definiše opšti pojam krivičnog djela, već rješavanje tog pitanja prepušta nauci krivičnog prava i sudskoj praksi, npr. njemačko, francusko, švajcarsko.

¹⁰ Roxin, C.: *Zur Entwicklung der Kriminalpolitik seit den Alternativentwürfen*, Juristische Arbeitsblätter, Strafrecht, 1980, str. 546.

ka kategorija, društvena opasnost ima svoju vrijednosnu, normativnu i realnu, empirijsku komponentu.¹¹ Procjena društvene opasnosti nekog ponašanja zahtijeva kompleksno razmatranje niza faktora kao što su moralne i običajne norme, javno mnjenje, stavovi, sukobi interesa pojedinih društvenih grupa, pravo na privatnu sferu pojedinca i način života (pitanje granica krivičnopravne represije). Uz sve navedeno treba poštovati i princip krivičnog prava kao *ultima ratio*. Kao glavni zadatak prilikom izrade teksta, izmjena ili dopuna Krivičnog zakonika, moralo bi biti što potpunije upoznavanje društvene stvarnosti kako bi se došlo do zaključka o objektu koji treba štiti, a time i o društvenoj opasnosti nekog ponašanja.¹²

Procjena stepena društvene opasnosti nekog ponašanja mora odgovarati specifičnostima i potrebama aktuelnog razvoja jednog društva. Imajući u vidu rezultate nauke krivičnog prava, sociološko-mentalitetsku i kulturološku matricu naroda na ovom prostoru, polazno stanovište za unapređenje materije krivičnog prava treba tražiti u mogućim korekcijama unutrašnje strukture, pravno-sistemskog unapređenja, a ne u modelima koji sa sobom nose više nepoznanica nego projektovanih pozitivnih pomaka.

Društveno opasna ponašanja javljaju se u svim oblastima društvenog života pa krivično pravo reguliše izuzetno brojne i specifične odnose. Regulisanje ovako osjetljivih pitanja, kao što je proglašavanje određenih ponašanja krivičnim djelima i propisivanje sankcija, zahtijeva da to bude samo u slučajevima koji su nužni i da se to čini u demokratskoj proceduri. Propisivanje određenih ponašanja kao krivičnih djela i prijetnja kaznom koja se na to nadovezuje, predstavlja krivičnopravnu represiju, shvaćenu u širem smislu. Međutim, kada se govori o odnosu represije i prevencije, trebalo bi poći od toga da pojam represije obuhvata ne samo primjenu kazne ili druge krivične sankcije, već i prijetnju kaznom.¹³ Kažnjava se ne samo zato što je učinjeno krivič-

¹¹ Stojanović, Z.: Postupak pripreme krivičnog zakonodavstva i njegov uticaj na sadržaj zakonskog teksta, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, vol 47, br. 1, Beograd, 2009, str. 11.

¹² Konačan sud o društvenoj opasnosti nekog ponašanja treba donijeti poslije svestranog razmatranja njegovih karakteristika, značaja i efekata za pojedinca i društvo. Samo primjera radi, postoje ponašanja kod kojih postoje različita mišljenja u pogledu njihove društvene opasnosti: držanje opojne droge radi sopstvene upotrebe, eutanazija, kockanje, radnje upravljene na kloniranje ljudskih bića, incest punoljetnih srodnika, neka kršenja propisa u privredi; *Ibid.*, str. 12–13.

¹³ U smislu retributivističkih teorija, može se postaviti pitanje legitimnosti funkcije generalne prevencije zastrašivanjem, odnosno prijetnjom kaznom. Prigovor retributivističkih teorija o generalnoj prevenciji, kako niko ne može služiti kao sredstvo za zastrašivanje drugih, odnosno da se čovjekom ne može manipulirati kao sredstvom za postizanje nekih drugih ciljeva, da se on i njegova dobra ne mogu žrtvovati bez obzira na to kakva se društve-

no djelo već i da se ne bi vršila krivična djela, ali isto tako kažnjava se ne samo zato da se ne bi vršila krivična djela već i zato što je učinjeno krivično djelo. Represija i prevencija u krivičnom pravu tijesno su međusobno povezane.¹⁴ Iako je krivično pravo prije svega represivnog karaktera, represija nije sama sebi cilj, ona je u funkciji prevencije. Represija nije okrenuta samo prošlosti, ona je djelimično okrenuta i budućnosti, za cilj ima i sprečavanje vršenja nekog ponašanja i tu je njeno polje djelovanja zajedničko sa prevencijom. Ipak, ne bi bilo opravdano negirati osnovnu razliku između ova dva pojma, jer i etimološki postoji razlika u pogledu značenja ovih pojmova: prevencija je sprečavanje, dok represija podrazumijeva suzbijanje.¹⁵

Svrhom postojanja i osnovnim ciljem krivičnog prava kao grane pozitivnog prava smatra se obavljanje zaštitne funkcije, suzbijanje kriminaliteta i pružanje zaštite najznačajnijim dobrima i vrijednostima koja ih povređuju ili ugrožavaju. Krivičnopravna zaštita ostvaruje se propisivanjem određenih ponašanja kao krivičnih djela, propisivanjem krivičnih sankcija za ta djela, kao i uslova za njihovu primjenu prema učinocima krivičnih djela. U prirodi krivičnopravne zaštite je da se govori o supsidijarnom i fragmentarnom karakteru krivičnog prava. Fragmentarnost krivičnopravne zaštite ogleda se u tome što ni zaštita dobara koja se štite krivičnim pravom nije potpuna, već se ona štite samo od nekih, po pravilu najopasnijih oblika napada na njih, jer druge grane prava pružaju zaštitu pravima, slobodama i dobrima, ali kada dođe do najtežih oblika napada na njih javlja se potreba za krivičnopravnim reagovanjem, odnosno, krivičnopravna zaštita potrebna je u onim segmentima kada zaštita koju pružaju druge grane prava više nije dovoljna. Krivično pravo za pravo mora predstavljati *ultima ratio* u suzbijanju društveno opasnih ponašanja.¹⁶ Treba reći da krivično pravo, ma kako to paradoksalno zvučalo, štiti

na korist time postiže – potiče od stavova Hegela i Kanta. Međutim, ove stavove moguće je shvatiti i na način da se svrha kazne ne može svesti samo na prevenciju, ali da je ona sasvim prihvatljiva ukoliko se javlja dodatni cilj kazne.

¹⁴ List je ukazivao da represija i prevencija ne predstavljaju suprotnosti. Da potkrijepi svoj stav da su krivično pravo i kazna prevencija kroz represiju, odnosno represija kroz prevenciju, on postavlja pitanje: „Da li plivam zato što sam pao u vodu, ili zato da se ne bih udavio?” Ili: „Da li uzimam lijek zato što sam bolestan ili zato da bih ozdravio?”; Stojanović, Z.: *Krivično pravo, Opšti dio*, Beograd, 2009, str. 23.

¹⁵ Stojanović Z.: *Preventivna funkcija krivičnog prava*, Crimen, 2011/1, str. 5.

¹⁶ Treba imati u vidu da nešto što u jednom društvu predstavlja *ultima ratio* u drugom to ne mora biti, kao i da društvene promjene i postojeće prilike i uslovi u znatnoj mjeri određuju da li je krivičnopravna intervencija u nekom društvu zaista *ultima ratio*; Stojanović–Kolarević: *Krivičnopravno reagovanje na teške oblike kriminaliteta*, Crimen, Beograd, 2010, str. 22.

ljudska prava putem njihove negacije.¹⁷ O zaštiti pravnih dobara kroz povredu tih istih dobara, govorio je List a Zlatarić ovu Listovu zamisao prenosi upravo na teren ljudskih prava. Posmatrano sa aspekta legitimnosti krivičnopravne zaštite, ovo nimalo ne zvuči paradoksalno, jer se povreda ljudskih prava kroz primjenu krivičnog prava i kazne može legitimisati samo zaštitom dobara iste vrijednosti, odnosno zaštitom ljudskih prava.¹⁸

Na pitanje 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 primjenu krivičnog prava, može se reći da je za zaštitu u konkretnom slučaju kasno, jer je do napada na zaštićeno dobro već došlo. Štaviše, u tom konkretnom slučaju zaštita je bila neuspješna. Krivičnopravna zaštita obuhvata i primjenu krivičnog prava, ali tu ne može biti riječi o zaštiti u konkretnim slučajevima, već o zaštiti od eventualnih napada na zaštićeno dobro pa se može zaključiti da je primjena krivičnog prava prije svega u funkciji ostvarivanja generalne prevencije.¹⁹ Ideja generalne prevencije odavno je poznata (Platon), ali je do njenog oživljavanja i prihvatanja u nauci krivičnog prava dolazilo kroz stavove Bekarije, Bentama i Fojerbaha (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 poslije napuštanja orijentacije na tretman i resocijalizaciju, kada se govori se o tzv. pozitivnoj generalnoj prevenciji, za razliku od negativne generalne prevencije koja se sastoji u zastrašivanju propisanom kaznom. Pozitivna generalna prevencija ima za cilj učvršćivanje društvenih i moralnih normi čije usvajanje od strane pojedinca predstavlja najjaču branu vršenju krivičnih djela.^{20 21}

¹⁷ Zlatarić, B.: *Ljudska prava i jugoslovensko krivično pravo*, Arhiv za pravne i društvene nauke, 1968, str. 507.

¹⁸ Stojanović, Z.: Krivičnopravna zaštita ljudskih prava, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, vol 47, 1/2009, str. 29.

¹⁹ *Ibid.*, str. 9.

²⁰ *Ibid.*, str. 48.

²¹ Različiti aspekti generalne prevencije dovode do interesantnih kriminalnopolitičkih zaključaka. Dok s jedne strane teza zastrašivanja dovodi do izricanja prestrogih kazni koje daleko premašuju obim krivnje učinioca, sa druge strane ideja pozitivne generalne prevencije ima za cilj izricanje srazmjernih kazni. Efekat učenja od samog početka nije bio vezan za određenu visinu kazne, dok efekti povjerenja i zadovoljenja ističu pravičnu kaznu kao jedino moguću i u tom pogledu su usaglašeni sa zahtjevima principa krivnje. Pošto su drakonske kazne po pravilu u nesrazmjeri sa stepenom individualne krivnje učinioca i karakteristične su za diktatorske režime, to su efekti povjerenja i zadovoljenja manje štetni; Roxin, C.: Svrha kazne, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, Beograd, 2001/2–3, str. 19.

Pored zaštitne funkcije, druga izuzetno važna funkcija krivičnog prava jeste garantivna funkcija. Zaštitna i garantivna funkcija nalaze se u izvjesnoj koliziji jer se sama zaštita ljudskih prava vrši kroz njihovu povredu. Garantivna funkcija druga je, ali podjednako važna, funkcija jer štiti ljudska prava od samog krivičnog prava, odnosno, ograničava zaštitnu funkciju. U državi u kojoj se postupa po zakonu koji je takve prirode i sadržaja kojim se ograničava državna vlast u posezanju prema pravima i slobodama građana, restrikcija državne vlasti je upravo proporcionalna s afirmacijom pravne države.²²

Jedno od centralnih pitanja u uspostavljanju pravne države je ostvarivanje prava i sloboda čovjeka i građanina.²³ Pravna država pored toga što krivičnim pravom nastoji da zaštiti građane, mora voditi računa da zaštiti građane i od samog krivičnog prava. Pravna sigurnost i pravna jednakost posebno su značajni u oblasti krivičnog prava. Osnovna, noseća ideja pravne države jeste ograničavanje državne vlasti ustavom i zakonom i davanje primata osnovnim pravima čovjeka.²⁴ Prvim članom Krivičnog zakonika, kaže se da zaštita čovjeka i drugih osnovnih društvenih vrijednosti predstavlja osnov i granice za određivanje krivičnih djela, propisivanje krivičnih sankcija i njihovu primjenu, u mjeri u kojoj je to nužno za suzbijanje krivičnih djela.

Kako u Ustavu Crne Gore nema odredbe kojom bi se zakonodavac u ovom smislu mogao kontrolisati, može se zaključiti da zakonodavac ima samo moralnu obavezu da poštuje ono što je propisano prvim članom Krivičnog zakonika. Garantivna funkcija krivičnog prava je upravo zbog ovog fenomena izuzetno značajna, jer sprečava nastanak pravne nesigurnosti. U osnovi garantivne funkcije nalazi se samoograničenje državne prinude u oblasti krivičnog prava. Ova funkcija korektiv je zaštitnoj funkciji pa je zaštitnom i garantivnom funkcijom potrebno ispuniti i niz zahtjeva. Prije svega, potrebno je ne zadirati u ličnu, privatnu sferu i u što manjoj mjeri ograničavati prostor za slo-

²² Horvatić, Ž.: *U ime ljudskih prava, Kazneno pravo i druge kaznene znanosti, Odabrani radovi 1963–2003*, Zagreb, 2004; str. 677.

²³ Pihler, S.: *Krivičnopravna zaštita sloboda i prava čovjeka i građanina i njeno značenje za izgradnju pravne države*; Zbornik radova Pravnog fakulteta, Novi Sad, 2002/1–3, str. 25.

²⁴ To je zajedničko za obje koncepcije, one nastale u Njemačkoj i one o vladavini prava koja je nastala u Engleskoj. Krivičnom zakonodavstvu, po pravilu, nije potrebno „posredovanje” ustava u cilju primjene principa pravne države. Moderno i liberalno krivično pravo se odavno neposredno zasniva na principima pravne države. Iako je krivičnom zakonodavstvu odavno svojestavno da teži ostvarivanju ideala pravne države, postavlja se pitanje šta u slučaju da se njime krše osnovni postulati pravne države. Ako se pravna država postavi kao ustavni princip, onda bi kršenje tog principa za posljedicu imalo povredu ustavnosti. Ustav bi imao zadatak da zaštiti ljudska prava i od samog krivičnog prava; Stojanović, Z.: *Ustav i krivično zakonodavstvo*; Branič, Beograd, 2008/1–2, str. 9.

bodno djelovanje pojedinca; kao krivična djela potrebno je predvidjeti samo ponašanja koja su podobna da budu osnov za subjektivnu odgovornost; odrediti kriminalnu zonu na način koji omogućava garantivnu funkciju krivičnog zakona i izbjegavati inkriminisanje onih ponašanja kod kojih se ne može očekivati nikakvo generalno-preventivno dejstvo.²⁵

Granice do kojih može ići krivično zakonodavstvo u zaštiti čovjeka i društva, određene su mjerom nužnosti.²⁶ Kako bi se krivičnopravnom intervencijom ugrožavanje ljudskih prava svelo na nužni minimum, od posebnog značaja su osnovna načela krivičnog prava. Kršenje tih načela moglo bi u opasnost dovesti poštovanje ljudskih prava, pa umjesto da ih štiti, krivično pravo postalo bi instrument za njihovo kršenje.

Za načelo zakonitosti može se reći da predstavlja kamen temeljac pravnog sistema jedne države. Princip legaliteta određuje društveni položaj čovjeka i granice njegovog slobodnog djelovanja. Taj princip je u isto vrijeme garancija za ostvarivanje sloboda i prava i brana protiv proizvoljne, samovoljne i arbitrarne prinude prema čovjeku. Načelo zakonitosti je garant društvene stabilnosti i, kako konstatuje F. Bačić, uslov za demokraciju svakodnevnog života.²⁷ Načelo zakonitosti od značaja je za zaštitnu funkciju krivičnog prava, prije svega u smislu ostvarivanja generalne prevencije. Od građana se može očekivati da prilagode svoje ponašanje samo u odnosu na onu normu koja je unaprijed bila propisana.²⁸ Primjenom krivičnopravnih odredaba zadire se u slobode i prava građana, stoga građani moraju biti sigurni u pogledu dozvoljenosti svoga ponašanja i mjera koje se prema njima mogu preduzeti u slučaju izvršenja krivičnog djela. Često mijenjanje krivičnog zakonodavstva narušava osjećaj sigurnosti kod građana.²⁹

Načelo zakonitosti je u većini država kontinentalne Evrope ne samo krivičnopravnog, već i ustavnopravnog karaktera. Ovaj princip ima nešto dru-

²⁵ Stojanović, Z.: Postupak pripreme krivičnog zakonodavstva i njegov uticaj na sadržaj zakonskog teksta; *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, 2009/1, Beograd, str. 12.

²⁶ Čejović, B.: *Krivično pravo u sudskoj praksi, Opšti dio*, Kragujevac, 2008, str. 5.

²⁷ Lazarević, Lj.: *Odnos između kriminalne politike i krivičnog prava – prilog shvatanja profesora Milutinovića*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, 1994–1-2, str. 124.

²⁸ I pojam krivice u krivičnom pravu neraskidivo je vezan za načelo zakonitosti. Ne može se neko smatrati krivim za ponašanje koje nije prethodno bilo predviđeno kao krivično djelo. Socijalno-etički prijekor može se uputiti samo onome ko je prekršio krivičnopravnu normu koja zabranjuje određeno ponašanje i propisuje kaznu za njega, Stojanović–Kolarević: *Krivičnopravno reagovanje na teške oblike kriminaliteta*, Crimen, Beograd, 2010, str. 13.

²⁹ Ljubiša, L.: *Krivično pravo (Izmjene i dopune prema Zakonu o izmjenama i dopunama Krivičnog zakonika od 30. 01. 1973. godine)*, Novi Sad, 1973, str. 2.

gačije značenje u državama koje pripadaju anglosaksonskom pravnom sistemu gdje je, formalno posmatrano, više nego o načelu zakonitosti riječ o načelu pravnosti (propisanosti) u krivičnom pravu. Načelo zakonitosti je, istorijski posmatrano, poteklo još iz Ustava nekih američkih država (Virdžinija i Merilend, 1776), kao i iz austrijskog Krivičnog zakonika Jozefa II od 1787; bilo je sadržano u francuskoj Deklaraciji o ljudskim i građanskim pravima i u nizu drugih nacionalnih akata, da bi danas postalo međunarodno priznato, a pritom su njegovi korijeni u nacionalnim zakonodavstvima vezani za sljedeće faktore: uticaj političkog liberalizma čiji jedan od osnovnih postulata predstavlja načelo zakonitosti, koje je brana političkom i pravnom apsolutizmu; demokratija i podjela vlasti – to načelo i posebno u njemu sadržana zabrana retroaktivnog dejstva krivičnopравnih normi, važan su segment podjele vlasti koja u osnovi počiva na idejama Montesckjea; generalna prevencija – u duhu učenja Fojerbaha, načelo zakonitosti je važan elemenat opšte prevencije (izraz *nullum crimen, nulla poena sine lege* se uglavnom i pripisuje Fojerbahu), kao jedna vrsta unaprijed poznate prijetnje za slučaj izvršenja krivičnog djela; princip krivice je takođe povezan sa načelom zakonitosti jer se ne može govoriti o nečijoj krivici ukoliko krivično djelo kao takvo nije bilo propisano prije njegovog izvršenja. Načelo zakonitosti bi svim demokratskim pravnim sistemima, odnosno, uređenoj pravnoj državi koja se odlikuje vladavinom prava, moralo biti u punoj mjeri imanentno, bez ostavljanja pravnih mogućnosti za stvaranje izuzetaka koji bi ovo načelo u manjoj ili većoj mjeri derogirali jer bi se to, istovremeno, svodilo na opasno ugrožavanje ljudskih prava i sloboda.³⁰

Načelo zakonitosti, kao jedno od najznačajnijih dostignuća krivičnog prava i principa pravne države, u nacionalnim krivičnopравnim sistemima postovjećuje se sa poznatim pravilom *nullum crimen, nulla poena sine lege*, odnosno, da nema krivičnog djela niti kazne bez zakona, što se u osnovi odnosi na nekoliko važnih zahtjeva: Krivičnim zakonom se ne mogu stvarati inkriminacije na opšti način, po principu sličnosti tj. zabranjeno je stvaranje prava putem analogije – *nullum crimen nulla poena sine stricta*. Krivični zakon mora postojati u pisanom obliku, tako da se inkriminacije i kazne ne mogu zasnivati na nepisanom pravu, odnosno, one se ne mogu temeljiti na običajnom pravu – *nullum crimen nulla poena sine lege scripta*. Krivična djela moraju biti zakonski predviđena, odnosno propisana kao krivična djela, kao i kazne za

³⁰ Škulić, M.: *Načelo zakonitosti u krivičnom pravu*, Anali pravnog fakulteta u Beogradu, 2010/1, str. 67.

Kao antipod ovome, istorijski je nesporno da je načelo zakonitosti svoju najoštriju negaciju doživljavalo u diktatorskim sistemima, što je bilo posebno karakteristično za nacističku Njemačku, kao i ranu sovjetsku državu

njih, prije nego što su delikti izvršeni tj. da se zabranjuje retroaktivna primjena krivičnog zakona – *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*.³¹ Krivični zakon mora imati visok stepen određenosti u pogledu predviđenih inkriminacija, odnosno propisanih krivičnih djela i kazni – *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*.^{32 33}

Za crnogorsko krivično pravo u pogledu načela zakonitosti od značaja je odredba člana 7, stav 1 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda koja predviđa da se niko neće smatrati krivim za krivično djelo zbog činjenja ili propuštanja, koje nije predstavljalo krivično djelo po unutrašnjem ili međunarodnom pravu u vrijeme kada je izvršeno. Takođe, ne može se izreći stroža kazna od one koja je bila propisana u vrijeme izvršenja krivičnog djela.³⁴

Začeci zabrane retroaktivnosti krivičnog zakona se mogu naći još u *Magna Carta libertatum* iz 1215. godine, čijim članom³⁹ se zabranjuju bilo kakva ograničenja čovjekove slobode, ukoliko ona nijesu bazirana na zakonitoj presudi ili u *common lawu*. Takođe, u članu osam francuske Deklaracije o pravima čovjeka i građanina od 1789. godine se kaže da se „zakonom mogu ustanoviti samo kazne koje su očigledno i strogo potrebne, niko ne može biti kažnjen osim na osnovu zakona koji je donijet i proglašen prije izvršenog krivičnog djela i koji je zakonito primjenjen”. U pravom smislu te riječi ono postaje kamen temeljac krivičnog prava, kao jednog od segmenata načela zakonitosti u domaćim pravnim sistemima u osamnaestom i devetnaestom vijeku.³⁵

U krivičnom pravu postoji određena specifičnost u vezi sa važenjem krivičnog zakona, važan izuzetak od opšteg pravila (član 133, stav 3 KZ), koje je kao takvo uzdignuto u rang ustavnog načela (član 34 Ustava Crne Gore), a odnosi se na povoljniji položaj učinioca krivičnog djela, odnosno na situaciju da

³¹ *Ibid.*, str. 106.

³² Za princip zakonitosti se ističe da on „garantuje zaštitu građana od samovoljne primjene i prostiranja državne vlasti. On utvrđuje da samo pisani zakon propisuje kažnjivost određene radnje, kao i zapriječenu kaznu kao njenu pravnu posledicu”, J. Wessels, *Strafrecht – Allgemeiner Teil – die Straftat und ihr Aufbau*, C. F. Muller Verlag, Heidelberg, 1996 – *Ibid.*, str. 71.

³³ Oni koji bez jakih argumenata ali sa puno entuzijazma grubo nasrću na načelo zakonitosti u krivičnom pravu, ne uviđaju da, kao što se u romanu *Braća Karamazovi* konstatuje, „ako nema Boga, sve je dozvoljeno”, tako bi i u krivičnom pravu bez djelovanja načela legaliteta, na užas građana „sve bilo moguće”; Škulić, M.: *Načelo zakonitosti u krivičnom pravu*, Anali pravnog fakulteta u Beogradu, 2010/1, str. 106.

³⁴ Stojanović, Z.: *Komentar Krivičnog zakonika*, OSCE, Podgorica, 2010, str. 31.

³⁵ Stojanović, A.: *Zabrana retroaktivnosti krivičnog zakona u praksi Evropskog suda za ljudska prava*; Beograd, 2011, str. 15.

ako je poslije izvršenja krivičnog djela zakon izmijenjen jednom ili više puta, na učinioca će se primjeniti zakon koji je najblaži za učinioca.

Pored načela zakonitosti izuzetno važno je i načelo legitimnosti koje, prije svega, znači da krivičnopravna represija i krivično pravo u cijelini moraju u suštinskom smislu biti opravdani i nužni. Za pojam legitimnosti od presudnog je značaja vrijednosni element, legitimnost predstavlja saglasnost nekog ponašanja ili stanja sa određenim sistemom vrijednosti.³⁶ Načelo legitimnosti je, prije svega, od značaja za stvaranje krivičnog prava, a samo izuzetno i za njegovu primjenu. Za razliku od legalnosti koja se zasniva na formalnim kriterijumima, za procjenu legitimnosti od značaja su materijalni, vanpravni kriterijumim.³⁷ Načelo legitimnosti sadrži jedan važan aspekt koji se odnosi na krivično pravo, odredbu o osnovama i granicama krivičnopravne prinude prema kojoj zaštita čovjeka i drugih osnovnih vrijednosti društva predstavlja osnov i granice za određivanje krivičnih djela, propisivanje krivičnih sankcija i njihovu primjenu, u mjeri u kojoj je to nužno za suzbijanje krivičnih djela. Ovaj princip zahtijeva svođenje krivičnopravne zaštite na neophodan minimum, kao i korišćenje drugih adekvatnijih sredstava i mjera za suzbijanje društveno opasnih ponašanja.³⁸

Primjenu krivičnog prava potrebno je uskladiti i sa načelom pravednosti i srazmjernosti, kao i načelom humanosti. Primjera nesrazmjernih i izrazito nehumanih kazni kojima se duboko narušavao tjelesni i duševni integritet lica, dajući pravo društvu da primjenjujući različite tretmane pokušava odvratiti lice od ponovnog vršenja krivičnog djela, mijenjajući njegovu ličnost – u istoriji ima mnogo. Orijentacije na planu kažnjavanja tekle su u različitim pravcima. Upravo granicu toj zaštiti, srazmjernosti i pravednosti krivične sankcije prema licu koje je izvršilo krivično djelo postavlja načelo pravednosti i srazmjernosti, koje danas ponovo predstavlja jedno od osnovnih načela krivičnog prava. Načelo srazmjernosti nije od značaja samo za primjenu već i njegovo stvaranje, propisivanje krivičnopravnih normi. Njegov značaj dolazi do posebnog izražaja u oblasti krivičnih sankcija i to naročito kazne koja je i dalje osnovna krivična sankcija i noseći stub krivičnopravne zaštite.³⁹

³⁶ Stojanović–Kolarević: *Krivičnopravno reagovanje na teške oblike kriminaliteta*, Crimen, Beograd, 2010, str. 21.

³⁷ Stojanović, Z.: *Krivično pravo, Opšti dio*, Beograd, 2009, str. 41.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Stojanović, Z.: *Krivično pravo*, CID, Podgorica, 2008, str. 45.

Pitanjima opravdanja kazne bavili su se, osim teoretičara krivičnog prava, i mnogi filozofi. Kao dvije najvažnije grupe teorija javljaju se utilitarističke i retributivističke teorije. Dok prve opravdanje kazne vide u njenoj nužnosti i korisnoj funkciji na planu suzbijanja kriminaliteta, druge polaze od moralne odgovornosti i opravdanje kazne vide u retribuciji koja polazi od ideje srazmjernosti i pravednosti. Isti osnovi istovremeno služe i za opravdanje ili kritiku krivičnopravne zaštite i krivičnog prava u cijelini. U tijesnoj vezi sa osnovima za opravdanje kazne je i pitanje svrhe kažnjavanja, ali ovo pitanje pored svog teoretskog aspekta ima i praktični značaj za primjenu krivičnog prava, naročito za oblast odmjeravanja kazne.⁴⁰

Prema Krivičnom zakoniku Crne Gore (član 4, stav 2) opšta svrha propisivanja i izricanja krivičnih sankcija je suzbijanje djela kojima se povređuju ili ugrožavaju vrijednosti zaštićene krivičnim zakonodavstvom, odnosno, ostvarivanje zaštitne funkcije. Opšta svrha propisivanja i izricanja krivičnih sankcija nije drugačija od osnovnog cilja krivičnog prava u cijelini, a to je da se putem generalne i specijalne prevencije suzbiju djela kojima se povređuju ili ugrožavaju dobra zaštićena krivičnim zakonodavstvom.⁴¹ Prema Krivičnom zakoniku⁴² svrha krivičnih sankcija ogleda se u sprečavanju učinioaca da čini krivična djela i uticanje na njega da ubuduće ne čini krivična djela; uticanje na druge da ne čine krivična djela; izražavanje društvene osude za krivično djelo i obaveze poštovanja zakona, kao i jačanje morala i uticaj na razvijanje društvene odgovornosti. Kazna⁴³ i druga krivičina sankcija koja se primjenjuje prema učinocu moraju biti pravedne i srazmjerne učinjenom krivičnom djelu, pri čemu se mora voditi računa o stepenu krivice koji predstavlja gornju neprekoračivu granicu prilikom odmjeravanja kazne. Nije prihvatljivo da se krivične sankcije propisuju i primjenjuju ne obazirući se na neke opšte ideje pravde i pravičnosti, da se po cijenu kršenja tih načela, a time i kršenja slo-

⁴⁰ Stojanović, Z. – Kolarević, D.: *Krivičnopravno reagovanje na teške oblike kriminaliteta*, Crimen, Beograd, 2010, str. 47.

⁴¹ Pored opšte svrhe svih krivičnih sankcija, svaka vrsta, tip sankcije ima i svoju posebnu svrhu koje, polazeći od opšte svrhe krivičnih sankcija, odražavaju izvjesne specifičnosti u pogledu ostvarivanja svake od tih vrsta krivičnih sankcija; Stojanović, Z.: *Komentar Krivičnog zakonika*, OESC, Podgorica 2010, str. 35.

⁴² Krivični zakonik „Službeni list Crne Gore”, br. 40/08, 25/10, 32/11.

⁴³ Grgur Milovanović o kazni slikovito kaže: „Ona je, može se kazati, podobna otrovu koji može poslužiti kao lijek, ako se upotrebi kad, kako, gdje i koliko treba...”; Stojanović, Z.: *Iz istorije krivičnih nauka*, Grgur Milovanović – Profesor Krivičnog prava i krivičnog postupka, Crimen, 2011/1, str. 137.

boda i prava građana, ostvaruje efikasnija zaštita.⁴⁴ Kazna mora biti srazmjerna sa krivnjom učinioca.⁴⁵

Pored navedenih načela u kontekstu krivičnopravne zaštite ljudskih prava važno je i načelo humanosti, kroz svoja dva aspekta. Krivičnim pravom potrebno je štiti najvažnija dobra čovjeka pa samo ovako orijentisano krivično pravo, kao pravo koje je usmjereno na zaštitu čovjeka i njegovih dobara, može krivičnoj sankciji dati humanu dimenziju. Drugi aspekt ovog načela treba posmatrati kroz izbjegavanje nepotrebne nehumanizacije, odnosno nastojati da krivične sankcije u odnosu na učinioca krivičnog djela budu humane, ali ipak treba imati u vidu da suviše humanosti za učinioca ponekad može predstavljati nehuman odnos prema žrtvi krivičnog djela.⁴⁶ Načelo humanosti krivičnog prava i krivičnih sankcija podiže se u rang ustavnog načela pa se zabranjuje podvrgavanje mučenju, ponižavajućem kažnjavanju i postupanju, a osuđenim licima pripadaju određena prava u skladu sa domaćim i međunarodnim pravom, koja im se ne mogu oduzeti ili ograničiti pozivanjem na težinu učinjenih krivičnih djela ili pozivanjem na potrebu sprovođenja specijalnih mjera obezbjeđenja, kao što je u nekim zemljama praksa u odnosu na osuđene učinioce krivičnih djela iz oblasti organizovanog kriminaliteta i terorizma.⁴⁷

⁴⁴ Stojanović, Z – Kolarić, D.: *Krivičnopravno reagovanje na teške oblike kriminaliteta*, Crimen, Beograd, 2010; Kada je riječ o teškim krivičnim djelima na čije učinioce kazna može malo ili nimalo da utiče da promjene svoja uvjerenja, načelo pravednosti i srazmjernosti još više dobija na značaju. Oni moraju biti kažnjeni pravednom i srazmjernom kaznom i onda kada se ne može očekivati da će ona popravno djelovati na njih.

⁴⁵ Ovim riječima opisan princip krivnje se u Njemačkoj pretežno posmatra kao Ustavom zagaranтовan princip. Kazna koja bi iz preventivnih razloga, npr. u svrhu zastrašivanja, prešla „mjeru krivnje”, ocjenjuje se kao povreda dostojanstva čovjeka, koje se u članu 1 Ustava Njemačke deklarirše kao nedodirljivo; Roxin, C.: Svrha kazne, *Jugoslavenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, Beograd, 2001/2–3, str. 13.

⁴⁶ Ljudskih prava ima kada ih ima i za one koji su protiv ljudskih prava, odnosno kada se humano, sa razumijevanjem postupa ne samo prema delikventu, već i onda kada se uvažava žrtvino (ljudsko) pravo zadovoljenje pravde, na represivnost prema delikventu; Ćirić, J.: *Anti-humanizam ideologije ljudskih prava*, Sociološki pregled, 2000/1–2, str. 72.

⁴⁷ Argumenti da se radi o teškim krivičnim djelima koja imaju određene specifičnosti nijesu dovoljan razlog da se u tom pogledu prave izuzeci. Iako potreba za posebnim režimom izdržavanja kazne osuđenih lica za krivična djela organizovanog kriminaliteta i terorizma može postojati zbog prirode tih djela i prekidanja veza osuđenog lica sa kriminalnim organizacijama, ovo ne bi smjelo predstavljati osnov za kršenje načela humanosti jer se time ne dovodi u pitanje samo načelo humanosti koje u krivičnom pravu inače ima svoje objektivne granice i domete, već i načelo pravednosti i srazmjernosti; Stojanović, Z. – Kolarić, D.: *Krivičnopravno reagovanje na teške oblike kriminaliteta*, Crimen, Beograd, 2010, str. 24.

KRIVIČNO ZAKONODAVSTVO SA ASPEKTA ZAŠTITE LJUDSKIH PRAVA

Analizom krivičnih zakona evropskih zemalja, posebno uvidom u posebni dio nekog krivičnog zakona, uviđa se tendencija unošenja sve većeg broja novih inkriminacija u zakonski tekst, čime dolazi do širenja krivičnopravne zaštite na normativnom planu. Reformu krivičnog zakonodavstva u zemljama Evrope u posljednjoj deceniji karakteriše veliki broj novih krivičnih djela i sve češće korišćenje krivičnog prava kao *sola* ili *prima ratio*, a ne *ultima* ili *extrema ratio*. Istovremeno došlo je i do prodora neodređenih normi u krivično zakonodavstvo.⁴⁸

Trend krivičnopravnog ekspanzionizma koji postoji u svijetu, prijeteći da ugrozi pravnodržavno krivično pravo i pretvori ga u instrument koji u znatno većoj mjeri može ugroziti ljudska prava i slobode u odnosu na pojavu koja se krivičnim pravom željela suzbiti. Pod uticajem normativnog ekspanzionizma, krivično pravo postaje prenatrpano, nesvrishodno i njegova efikasnost slabi. 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.⁴⁹

Da bi krivično pravo moglo funkcionisati i ostvarivati funkciju koja mu u jednom društvu pripada, zakonodavac mora ići u korak sa razvojem društva i unositi nove inkriminacije kada se za tim javi potreba, ali je iz istih razloga, u određenoj mjeri, nužno težiti nekom vidu krivičnopravnog minimalizma, odnosno vršiti potpunu ili djelimičnu dekriminalizaciju određenih krivičnih djela, kako bi se postigla ravnoteža unutar samog krivičnog prava, a samim tim i omogućila njegova primjena na pravi način. Do krivičnopravnog ekspanzionizma najčešće dolazi pod uticajem međunarodnih akata, kada se nova krivična djela unose u nacionalno zakonodavstvo pa krivično pravo postaje prenatrpano i njegova efikasnost slabi. U takvim situacijama krivično pravo će svu svoju neefikasnost ispoljiti upravo na područjima kao što su organizovani kriminalitet, korupcija, zaštita životne sredine, terorizam – zapravo, na svim onim područjima gdje postoji normativni ekspanzionizam. Dok s jedne strane imamo sve rasprostranjeniju pojavu krivičnopravnog ekspanzionizma, sa druge strane osjetan je nedostatak dekriminalizacije određenih krivičnih djela, a još više potreba za sužavanjem kriminalne zone i propisiva-

⁴⁸ *Ibid.*, str. 37.

⁴⁹ Stojanović, Z.: *Preventivna funkcija krivičnog prava*, Crimen, 2011/1, Beograd, str. 3.

nje blažih kazni, kada su u pitanju inkriminacije kojima se pruža zaštita tzv. opštim dobrima.⁵⁰

Krivično pravo u svijetu usljed normativnog ekspanzionizma postaje sve nefikasnije, što može voditi njegovom pretvaranju u totalitarno pravo, pa je izuzetno važno biti odlučan da se na našem području ne dozvoli takav razvoj krivičnog prava.⁵¹ Kako bi se izbjegao nastanak krivičnogpravnog ekspanzionizma kod nas ili makar isti sveo na podnošljivu mjeru, na izmjenama i dopunama Krivičnog zakonika potrebno je raditi duži vremenski period, u sastavu koji čine teoretičari i praktičari krivičnog prava jer da bi se kvalitetno uredio zakonski tekst neophodno je razumijeti i detaljno razmotriti sve aspekte složenih instituta krivičnog prava i njihovog međusobnog uticaja, ali i stalno preispitivati postojeće granice krivičnopravne zaštite. Kako je danas osnov krivičnopravne reakcije sve više opasnost, a sve manje krivično djelo, normativni ekspanzionizam i zaoštavanje krivičnopravne represije su nužna posljedica bezbjednosne orijentacije.⁵² Konstantno uvođenje novih krivičnih djela i to djelatnosnih krivičnih djela ili krivičnih djela ugrožavanja, zabrana rizičnih radnji bez konkretizacije rizika,⁵³ predviđanje kazne za dovršeno krivično djelo za radnje koje u stvari predstavljaju udaljene pripreme radnje,⁵⁴ odstupanje od nekih bazičnih načela, slabljenje principa *ultima ratio*, umnožavanje inkriminacija u oblastima u kojima se i postojeće ne primjenjuju, zalaganje za oštrije mjere i duže kazne,⁵⁵ proširivanje ovlašćenja organa krivičnog gonjenja na račun osnovnih prava građana, predstavlja odgovor savremenog krivičnog prava na bezbjednosni izazov.⁵⁶

⁵⁰ Govoreći o dekriminalizaciji ne misli se na opravdanost izvršene dekriminalizacije krivičnih djela uvrede i klevete, Izmjenama i dopunama Krivičnog zakonika Crne Gore izvršenih 2011. godine kada je dekriminalizacija ovih djela izvršena po uzoru na Moldaviju, Gruziju i Bosnu i Hercegovinu, a svakako ne po uzoru na vodeće zemlje Evrope.

⁵¹ Stojanović, Z.: Krivičnopravna zaštita ljudskih prava, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, 2001/2–3, Beograd, str. 40.

⁵² Stojanović, Z.: *Preventivna funkcija krivičnog prava*, Crimen, 2011/1, str. 3–26.

⁵³ Bock, M.: Uber die Positive Spezialprevention in den Zeiten des Feindstrafrechts u: Ignjatović, Đ.: *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja*, IV dio, Beograd, 9–32;

⁵⁴ Roxin, C.: Besitztdelikte u Ignjatović, Đ.: *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja*, II dio, Beograd, 9–25.

⁵⁵ Stojanović, Z.: Krivičnopravni ekspanzionizam i zakonodavstvo Srbije u: Ignjatović, Đ.: *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja*, IV dio, Beograd, 32–49.

⁵⁶ Soković, S.: *Savremene globalne tendencije u kontroli kriminaliteta (karakteristike, perspektive i osvrt na domaće prilike)*, Crimen, 2011/2, str. 218.

Usljed navedenih okolnosti, za krivično pravo postoji velika opasnost da postane izrazito represivno krivično pravo koje bi samo po sebi predstavljalo veću opasnost za slobode i prava čovjeka od pojava koje su se prvobitno željele suzbiti. Zalaganje za preostru i preširoku krivičnopravnu represiju vodi ozbiljnim štetnim posljedicama za pojedinca i društvo, a da se pritom ne samo da ne dobija ništa na planu prevencije, već to vodi daljem slabljenju krivičnopravnog sistema. Zakonodavac se više ne zadovoljava da prijeti kaznom, hoće da kaznu primjeni i na ponašanja, pa i situacije koje su samo potencijalno opasne. Sve više se stvara gusta mreža mehanizama formalne socijalne kontrole i sve više se ograničava prostor slobodnog djelovanja pojedinca i sužava njihova privatna sfera. Paradoks je da građani često to i 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 osjetljivi (korupcija, pedofilija).⁵⁷

Izgleda da je potrebno stalno isticati da zaoštavanje propisanih kazni, samo po sebi, nema preventivno dejstvo.⁵⁸ Umjesto toga, treba postići da dovoljan broj učinilaca krivičnih djela bude kažnjen srazmjernom kaznom. Pitanje efikasnosti generalne prevencije dobija još više na značaju ako se pođe od stava da se zaštitna funkcija krivičnog prava ostvaruje kroz generalnu prevenciju, gdje se za željeno dejstvo kazne vezuju tri uslova: da je kazna izvjesna, dovoljno stroga i brza. Uslov da je zapriječena kazna stroga sporan je još od Bekarije koji je prvi ukazao na to da na preventivno dejstvo kazne ne utiče toliko njena strogost koliko njena izvjesnost, kao i stav da i blaga kazna ako je njena primjena izvjesna djeluje preventivno.⁵⁹

⁵⁷ Stojanović, Z.: Krivičnopravna zaštita ljudskih prava, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, 2001/2–3, Beograd, str. 40 – (Tako: N. Christie, *Crime Control as Industry? Toward Gulags Western Style?*, London and New York, 1993. Naglašavajući da se ne zalaže za povratak na društvenu zajednicu bez formalne kontrole, te da je opravdano to što savremene države teže da zaštite život, tijelo i imovinu čovjeka, Kristi ukazuje na neophodnost postavljanja granica u načinu suzbijanja kriminaliteta (str. 13). Najveća opasnost od kriminaliteta u savremenim društvima nije sam kriminalitet, već to što borba protiv njega može odvesti ta društva u totalitarne oblike razvoja (str. 14).

⁵⁸ Stojanović, Z.: *Preventivna funkcija krivičnog prava*, Crimen, 2011/1, Beograd, str. 15. (Kao što uže inkriminacije imaju više izgleda da budu primjenjivane od onih preširoko postavljenih, tako postoji i veća vjerovatnoća da će se češće primjenjivati umjerene kazne od onih prestrogih jer što je stroža propisana kazna, manji su izgledi da će ona biti primjenjivana i obrnuto.)

⁵⁹ Nije strogost kazne ono što predstavlja prepreku da se vrše krivična djela već njena izvjesnost, i sasvim umjerena kazna koja je sigurna ostavljaće uvijek veliki utisak jer zla, čak i najmanja, kada su sigurna uvijek plaše ljudske duše, ističe on. Up. Beccaria, *dei delitti e delle*

ZAVRŠNE NAPOMENE

Danas, o pitanju krivičnog prava i ljudskih prava ne treba biti pretjerano optimističan, jer krivično pravo ima ograničene mogućnosti na planu zaštite ljudskih prava. Posebno je teško govoriti o zaštiti izvedenih ljudskih prava u situaciji kada u svijetu na svim poljima postoji još dosta prostora za rješavanje pitanja valjane zaštite čak osnovnih ljudskih prava. Prostora za unapređenje zaštite ljudskih prava i sloboda ima i kod nas na svim poljima, pa tako i na planu krivičnopravne zaštite. Krivično pravo ne može biti samo sebi svrha niti imati potpunu samostalnost, ono je dio pravnog i društvenog sistema, a represivne mjere normirane krivičnim pravom u suštini su mjere koje društvo preduzima u borbi protiv kriminaliteta.⁶⁰

Na kraju, možemo konstatovati da postoji još dosta prostora i potrebe da se pitanje poštovanja i zaštite ljudskih prava i sloboda na normativnom planu ali i u primjeni unaprijedi. Krivično pravo u budućnosti neophodno je sačuvati od negativnog trenda, normativnog ekspanzionizma koji bi, u najvećoj mjeri, mogao ugroziti poštovanje ljudskih prava i sloboda u jednoj zemlji, pretvarajući se u nešto strano njegovim osnovnim načelima, represivnom, totalitarnom pravu, odnosno, instrumentu za kršenje ljudskih prava i sloboda. Umjesto represivnom potrebno je težiti rasterećenom i pravnodržavnom krivičnom pravu koje bi, uz mjere nužnosti, postavljenim granicama krivičnopravne zaštite efikasno štitilo društvo od svih oblika kriminaliteta.

LITERATURA

- [1] Bock, M.: *Über die Positive Spezialpravention in den Zeiten des Feindstrafrechts* u: Ignjatović, Đ.: *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja*, IV dio, Beograd, 2010.
- [2] Čejović, B.: *Krivično pravo u sudskoj praksi, Opšti dio*, Kragujevac, 2008.
- [3] Ćirić, J.: *Anti-humanizam ideologije ljudskih prava, Sociološki pregled*, Beograd, 2000/1–2
- [4] Delić, N.: *Opšti pojam krivičnog djela; Nova rešenja opštih instituta u KZS*, Crimen, Beograd, 2009.
- [5] Horvatić, Ž.: *Ostvarenje i zaštita vladavine prava u hrvatskom kaznenom pravu, Kazneno pravo i druge kaznene znanosti, Odabrani radovi 1963–2003*, Zagreb, 2004.
- [6] Horvatić, Ž.: *U ime ljudskih prava, Kazneno pravo i druge kaznene znanosti, Odabrani radovi 1963–2003*, Zagreb, 2004.

pene, nuova edizione, Livorno, 1834, str. 82; u Stojanović, Z.: *Generalna prevencija i zaštitna funkcija krivičnog prava*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, 1994/1–2, str. 224.

⁶⁰ Srzenti, Stajić, Lazarević: *Krivično pravo; SFRJ – Opšti dio*; Savremena administracija, Beograd, 1984, str. 8.

- [7] Krivični zakonik, „Službeni list Crne Gore”, br. 40/08, 25/10, 32/11
- [8] Lazarević, Lj.: *Odnos između kriminalne politike i krivičnog prava – prilog shvatanja profesora Milutinovića*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, Beograd, 1994/1–2
- [9] Ljubiša, L.: *Krivično pravo (Izmjene i dopune prema Zakonu o izmjenama i dopunama Krivičnog zakonika od 30. 01. 1973. godine)*, Novi Sad, 1973.
- [10] Pihler, S.: *Krivičnopravna zaštita sloboda i prava čovjeka i građanina i njeno značenje za izgradnju pravne države*, Zbornik radova Pravnog fakulteta, Novi Sad, 2002/1–3
- [11] Roxin, C.: *Besitzdelikte u Ignjatović, Đ.: Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja, II dio*, Beograd, 2008.
- [12] Roxin, C.: *Svrha kazne, Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, Beograd, 2001/2–3
- [13] Roxin, C.: *Zur Entwicklung der Kriminalpolitik seit den Alternativentwürfen*, Juristische Arbeitsblätter, Strafrecht, 1980.
- [14] Soković, S.: *Savremene globalne tendencije u kontroli kriminaliteta (karakteristike, perspektive i osvrt na domaće prilike)*, Crimen, 2011/2
- [15] Srzenti, Stajić, Lazarević: *Krivično pravo SFRJ – Opšti dio*; Savremena administracija, Beograd, 1984.
- [16] Srzenti, Stajić, Lazarević: *Krivično pravo Jugoslavije*, Savremena administracija, Beograd, 1996.
- [17] Stojanović, A.: *Zabrana retroaktivnosti krivičnog zakona u praksi Evropskog suda za ljudska prava*; Beograd, 2011.
- [18] Stojanović Z.: *Preventivna funkcija krivičnog prava*, Crimen, 2011/1
- [19] Stojanović, Z. – Kolarević, D.: *Krivičnopravno reagovanje na teške oblike kriminaliteta*, Crimen, Beograd, 2010.
- [20] Stojanović, Z.: *Generalna prevencija i zaštitna funkcija krivičnog prava*; Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, 1994/1–2
- [21] Stojanović, Z.: *Iz istorije krivičnih nauka, Grgur Milovanović – Profesor Krivičnog prava i krivičnog postupka*; Crimen, 2011/1
- [22] Stojanović, Z.: *Komentar krivičnog zakonika*, Beograd, 2006.
- [23] Stojanović, Z.: *Komentar Krivičnog zakonika*, OESC, Podgorica, 2010.
- [24] Stojanović, Z.: *Krivično pravo*, CID, Podgorica, 2008.
- [25] Stojanović, Z.: *Krivično pravo, Opšti dio*, Beograd, 2009.
- [26] Stojanović, Z.: *Krivičnopravna zaštita ljudskih prava*, Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo, Beograd, 2001/2–3
- [27] Stojanović, Z.: *Krivičnopravni ekspanzionizam i zakonodavstvo Srbije, Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja, IV dio*, Beograd, 2010.
- [28] Stojanović, Z.: *Međunarodno krivično pravo*, Pravna knjiga, Beograd 2009.
- [29] Stojanović, Z.: *Postupak pripreme krivičnog zakonodavstva i njegov uticaj na sadržaj zakonskog teksta*, Revija za kriminologiju i krivično pravo, Beograd, 2009/1
- [30] Stojanović, Z.: *Strategije ostvarivanja svrhe krivičnog prava*, Arhiv za pravne i društvene nauke, 2008/3–4
- [31] Stojanović, Z.: *Ustav i krivično zakonodavstvo*; Branič, Beograd, 2008/1–2
- [32] Škulić, M.: *Načelo zakonitosti u krivičnom pravu*, Anali pravnog fakulteta u Beogradu, Beograd 2010/1
- [33] Wessels, J., *Strafrecht – Allgemeiner Teil – die Straftat und ihr Aufbau. C. F. Muller Verlag, Heidelberg, 1996.*
- [34] Zlatarić, B.: *Ljudska prava i jugoslovensko krivično pravo*, Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd, 1968/4

Jelena Popović

HUMAN RIGHTS AND CRIMINAL-LEGAL PROTECTION

Summary

The criminal legal protection of human rights is a multidimensional and a complex issue. Due to the specific nature that criminal law shows in the area of the legal safety, this issue is of special importance. In order to explain the complex relation between the concepts of criminal law and human protection (in terms of the regulation of some sensitive questions such as categorizing certain behavior as criminal acts and prescribing sanctions related to them) the first part of this paper is dedicated with the basic functions of the criminal law. The second part is dedicated to the main principles of the criminal law and its influence on the criminal legal protection of human rights and liberties in a society. The third part of the paper is dedicated to the problems: expansion and minimization of criminal law which later will be seen as a concept which, differently from normative expansionism, could be able to assure the legitimacy of the criminal law as a whole.

It will be necessary to protect the criminal law from the normative expansionism as a negative trend which could endanger the respect for human rights and liberties in a society by turning into something totally different from its real nature, into a repressive and totalitarian law, an instrument for violation of human rights and liberties. Instead of this, it is indispensable to aim to a criminal law which, within the necessary limits of criminal legal protection, would effectively protect the society of the state of law from all forms of criminality.

At the end of the article were provided two main conclusions. First is the statement that there is a lot of space particularly while implementation, to be done for protection of basic human rights. Second is that Criminal law should be by itself protected of its implementation which might mean menacing human rights.

Key words: Criminal law, criminal legal protection, human rights, functions of the criminal law, principles of criminal law, limits of criminal law protection, criminal sanctions