

MATERIJALNO KRIVIČNO PRAVO

<https://doi.org/10.7251/CEST1423096R>

UDK 343.1:351.761

VREDNOVANJE ULOGE OŠTEĆENOG PRI
ODMJERAVANJU KAZNE

prof. dr Darko Radulović

vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta Crne Gore, Podgorica,
darko77@t-com-me

Apstrakt. Odmjeravanje kazne predstavlja jedno od najznačajnijih pitanja kako u krivičnopravnoj teoriji, tako i u praksi. U određenom smislu sve odredbe krivičnog zakonodavstva svoje oživotvorenje nalaze upravo kroz odmjerenje kazne. Savremena zakonodavstva postavljaju pravila kojih se sud mora pridržavati u postupku odmjerenja kazne. Ta pravila su predviđena u članu 42 st. 1 Krivičnog zakonika.

Predmet ovog rada je kako se vrednuje uloga oštećenog (žrtve) kod odmjerenja kazne. Na početku se izlaže o pojmu oštećenog, nakon toga se govori o odnosu učinioca i oštećenog, s posebnim osvrtom na stvarno kajanje, i uticaj tog odnosa na odmjerenje kazne. Od značaja za odmjerenje kazne može da bude i činjenica da li se oštećeni "pridružuje krivičnom gonjenju". Na kraju se izlaže o institutu pristanka povrijeđenog i njegovom uticaju na isključenje bića krivičnog djela, odnosno protivpravnosti.

Ključne riječi: učinilac, oštećeni, odmjerenje kazne, pristanak povrijeđenog.

1. UVOD

Reforma krivičnog zakonodavstva, sve do nazad nekoliko decenija, posebno je vodila računa o poboljšanju položaja okrivljenog, što sa stanovišta humanizacije krivičnog postupka u sklopu sveukupnih društvenih odnosa, treba podržati. Međutim, u toj težnji za humanizacijom u tom pravcu, ne smijemo zaboraviti ni onu drugu stranu, oštećenog (žrtvu krivičnog djela). U tom smislu i krivično zakonodavstvo (materijalno i procesno) i krivičnopravna teorija zadnjih decenija sve više pažnje posvećuju oštećenom, odnosno žrtvi krivičnog djela. Sve je više zastupljeno stanovište da aktivno učešće žrtve (oštećenog) u krivičnom postupku osigurava ne samo njegovo pravo na moralnu satisfakciju i naknadu štete prouzrokovane krivičnim djelom, nego da ima i javnopravni značaj budući da ono može dati krupan doprinos pravilnom i potpunom utvrđivanju činjeničnog stanja (Bejatović, 1993:34).

Većem interesovanju nacionalnog krivičnog zakonodavstva i krivičnopravne teorije za položaj žrtve posljednjih decenija doprinijelo je i to što je u okviru Savjeta Evrope i Evropske Unije doneseno više preporuka i direktiva čiji je cilj da se pronađu odgovarajući mehanizmi za zaštitu žrtava krivičnih djela. Najvažnija od tih direktiva jeste Direktiva 2012/29/EU Evropskog

parlamenta i Evropskog Savjeta od 25. oktobra 2012. godine¹ kojom se uspostavlja minimalni standardi o pravima, podršci i zaštiti žrtava kriminaliteta. Mi se ovdje nećemo baviti svim tim pitanjima, nego samo onim što je neposredno vezano za temu ovog rada. U tom smislu naša pažnja usredsređena je na pojam žrtve kojeg koristi Direktiva, Krivični zakonik² i Zakonik o krivičnom postupku.³ Inače, ova Direktiva se, prevashodno, odnosi na države članice Evropske unije, ali je značajna i za zemlje koje se nalaze na putu ka Evropskoj uniji. Crna Gora je ratifikovala ovu Direktivu, pa je u okviru Akcionog plana za Poglavlje 23 u procesu pristupanja Evropskoj uniji planirano usklađivanje našeg zakonodavstva sa ovom Direktivom. Donesen je i Zakon o naknadi štete žrtvama krivičnih djela nasilja 2015. godine kojim se utvrđuju uslovi, način i postupak za ostvarivanje prava na naknadu štete i slično. Još da naglasimo da je Crna Gora 2011. godine donijela Zakon o besplatnoj pravnoj pomoći, koja se, između ostalih, pruža i žrtvama krivičnih djela u porodici ili porodičnoj zajednici i trgovini ljudima.

2. POJAM OŠTEĆENOG (ŽRTVE)

Prema članu 2 Direktive prepoznaju se dvije kategorije žrtava krivičnih djela (pasivnog subjekta) obzirom na to da li je izvršenjem krivičnog djela žrtva izgubila život ili ne (Stevanović, Vujić, 2020:94, Kolaković-Bojović, 2020:46). U slučaju kad ne dođe do gubitka života žrtve krivičnog djela pod pojmom žrtve smatra se “fizičko lice koje je pretrpjelo povredu, uključujući fizičku, psihičku ili emotivnu povredu ili materijalnu štetu koja je direktno prouzrokovana krivičnim djelom”. Ovdje bi se radilo o žrtvi u užem smislu. Međutim, u slučaju da je izvršenjem krivičnog djela prouzrokovana smrt žrtve (pasivnog subjekta) onda će se žrtvom smatrati članovi porodice tog lica čija je smrt direktna posljedica krivičnog djela i koji su pretrpjeli povredu ili štetu kao posljedicu smrti tog lica. Ovdje se radi o žrtvi u širem smislu. Preciziran je i krug lica kao članova porodice, pa su tu: supružnik, lica koja žive sa žrtvom u intimnoj, stabilnoj i kontinuiranoj zajednici u okviru zajedničkog domaćinstva, srodnik po direktnoj liniji, braća i sestre i lica o kojima se žrtva stara.

Tradicionalno se u krivičnom pravu zemalja regiona umjesto pojma žrtva koristi termin pasivni subjekt krivičnog djela gdje se radi o licu koje je nosilac dobra koje je zaštićeno krivičnim djelom i koje dobro je tim djelom povrijeđeno ili ugroženo (Stojanović, 2008:101).

Za razliku od zemalja u regionu gdje se termin žrtva pominje samo kod nekih instituta iz opšteg dijela krivičnog zakona ili kod nekih krivičnih djela iz

¹ Directive of the European Parliament and of the Council of October 2012 establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime (EU/2012/29).

² Službeni list RCG br. 70/03, 13/04, 47/06 i Službeni list CG br. 40/08, 25/10, 64/11, 40/13, 42/15, 44/17 i 49/18.

³ Službeni list CG br. 57/09, 49/10, 47/14, 2/15, 58/15 i 28/18.

posebnog dijela krivičnog zakona, Krivični zakonik Crne Gore u opštem dijelu u članu 142 st. 11 (značenje izraza u KZ) određuje pojam žrtve navodeći da je to lice kojem je protivpravnim djelom koje je u zakonu propisano kao krivično djelo, prouzrokovan fizički ili duševni bol ili patnja, imovinska šteta ili povreda ljudskih prava i sloboda. U poređenju sa Direktivom može se zapaziti da ovo pojmovno određenje žrtve odgovara užem shvatanju pojma žrtve iz Direktive.

Termin žrtva u Krivičnom zakoniku pominje se kod pojedinih instituta iz opšteg dijela KZ: kod opštih pravila o odmjeravanju kazne (odnos prema žrtvi krivičnog djela iz čl. 42); uslova za određivanje zaštitnog nadzora čl. 60 st. 1 (odnos prema žrtvi krivičnog djela); kod određivanja sadržine zaštitnog nadzora od naročite je važnosti izmirenje sa žrtvom krivičnog djela - čl. 61 tač. 10; kod donošenja odluke o sudskoj opomeni sud će, između ostalog, naročito imati u vidu odnos učinioca prema žrtvi krivičnog djela - čl. 65 st. 4. U posebnom dijelu termin žrtva pominje se kod krivičnog djela trgovine ljudima (čl. 444 st. 9) gdje se naglašava da pristanak žrtve prema kojoj je krivično djelo izvršeno nema uticaja na postojanje tog krivičnog djela.

Za razliku od Krivičnog zakonika, Zakonik o krivičnom postupku nigdje ne koristi termin “žrtva”, nego termin “oštećeni” definišući ga kao lice čije je kakvo lično ili imovinsko pravo krivičnim djelom povrijeđeno ili ugroženo (čl. 22 tač. 5). Ako bismo imali u vidu samo ovu odredbu, onda bismo mogli zaključiti da je prihvaćeno uže shvatanje pojma žrtve. Međutim, imajući u vidu da ne možemo neku odredbu posmatrati izdvojenu iz sistema, onda možemo pozivanjem na članove 54 (sukcesija privatnog tužioca) i 59 st. 7 (sukcesija oštećenog kao supsidijarnog tužioca) zaključiti da postoje dvije kategorije oštećenih u ZKP u smislu odredbe 2 Direktive. U tom smislu ako oštećeni kao tužilac umre u toku roka za preduzimanje gonjenja ili u toku postupka, njegov bračni drug, lice sa kojim živi u vanbračnoj zajednici, djeca, roditelji, usvojenici, usvojitelji, braća i sestre, mogu u roku od tri mjeseca od dana njegove smrti preduzeti gonjenje, odnosno dati izjavu da postupak nastavlja.

U Zakoniku o krivičnom postupku Srbije imamo sličnu definiciju oštećenog (koji takođe ne poznaje termin žrtva) s tom razlikom što se naglašava da oštećeni može da bude fizičko i pravno lice. U našem zakoniku se samo koristi termin “lice”, pa se podrazumijeva da to može da bude i fizičko i pravno lice. Na drugoj strani imamo zemalja u regionu gdje se u procesnom zakonu određuje pojam žrtve, kao što je u Makedoniji (Lažetić, 2020:229) i Hrvatskoj (Burić, 2020:139).

3. ODNOS UČINIOCA I OŠTEĆENOG I UTICAJ TOG ODNOSA NA ODMJERAVANJE KAZNE

Kada govorimo o vrednovanju uloge oštećenog kod odmjeravanja kazne analizom Krivičnog zakonika možemo zapaziti da postoje određena krivična djela kod kojih se ponašanje oštećenog (žrtve) javlja bilo kao njihovo

bitno ili dopunsko obilježje. U tim slučajevima da bi to krivično djelo postojalo predmet utvrđivanja, odnosno ocjene suda mora da bude i ponašanje oštećenog. Preciznije rečeno okolnosti kod oštećenog i njegovo ponašanje, zajedno sa drugim obilježjima krivičnog djela imaju uticaja na kvalifikovanje krivičnog djela i u krajnjem na odmjeravanje kazne. Ponašanje oštećenog, njegovo stanje, kao i odnos prema učiniocu krivičnog djela predviđeni su kao ublažavajuće ili pooštavajuće okolnosti. Tako na primjer kod krivičnog djela ubistva na mah (čl. 145 KZ) koje učinilac izvršava jer je bez svoje krivice doveden u jaku razdraženost napadom zlostavljanjem ili teškim vrijeđanjem od strane ubijenog (žrtve) sam zakonodavac je uzeo da takvo ponašanje oštećenom djelu daje privilegovani oblik, a time i blaže kažnjavanje u odnosu na osnovni oblik krivičnog djela ubistva. Kod krivičnog djela lišenje života iz samilosti još je izraženiji značaj odnosa žrtve (ozbiljan i izričit zahtjev da bude lišeno života) na privilegovani oblik djela što se vidi prema propisanoj kazni.

Na drugoj strani, posebno stanje oštećenog, na primjer da je bespomoćan i upućen na učinioca krivičnog djela, da je maloljetan i slično javlja se kao pooštavajuća okolnost kod nekih krivičnih djela protiv dostojanstva ličnosti i morala, krivičnih djela protiv života i tijela itd.

Kod krivičnih djela kod kojih je postojala određena psihička ili fizička veza između učinioca i oštećenog kao okolnost subjektivnog karaktera sudu može pokazati o kakvoj ličnosti učinioca se radi, što je od značaja za utvrđivanje stepena krivice kao bitnog činioca u odmjeravanju kazne. Međutim, ne bismo smjeli otići u krajnost pa uzeti da stepen krivice učinioca krivičnog djela može jednim svojim dijelom preći na oštećenog radi toga što je on svojim ponašanjem doprinio izvršenju krivičnog djela. Zato se u krivičnom postupku ne utvrđuje koliko je u određenom slučaju oštećeni kriv za ono što mu se dogodilo, nego će se utvrđivati koliko je učinilac povodom ponašanja oštećenog manje kriv za djelo koje mu se stavlja na teret.

Vrednovanje uloge oštećenog kod odmjeravanja kazne može se posmatrati i u svjetlu odnosa učinioca i oštećenog (žrtve) gdje se, u smislu člana 42 st. 1 KZ, kod odmjeravanja kazne cijeni i “držanje učinioca poslije učinjenog krivičnog djela, a naročito njegov odnos prema žrtvi krivičnog djela”. Iako se odnos prema žrtvi krivičnog djela može podvesti pod “držanje učinioca posle izvršenja djela”, zakonodavac je smatrao da ta okolnost ima poseban značaj (Lazarević i drugi, 2010:135). Odnos učinioca prema žrtvi sadržinski obuhvata različita ponašanja i ono može da bude izraženo na različite načine. Taj odnos može da bude društveno prihvatljiv – pozitivan, ako iz cjelokupnog držanja učinioca proizilazi njegovo stvarno kajanje i iskreno kajanje zbog izvršenog krivičnog djela, ako nastoji da neutrališe negativne posljedice djela i slično. I obrnuto, taj stav može da bude društveno neprihvatljiv ako iz držanja učinioca proizilazi svjesno prihvatanje djela, žaljenje što nisu nastupile teže posljedice i slično. Prema tome, zavisno od toga na koji način se manifestuje odnos učinioca prema žrtvi krivičnog djela ta okolnost može da bude od značaja kod odmjeravanja kazne bilo kao olakšavajuća ili otežavajuća okolnost.

Kad je riječ o odnosu učinioca prema žrtvi krivičnog djela od posebnog značaja je stvarno kajanje kao ponašanje učinioca krivičnog djela poslije dovršenog krivičnog djela, manifestovano kao otklanjanje posljedice krivičnog djela ili pak ublažavanje njenog dejstva. Mnoga savremena zakonodavstva, pod različitim nazivima poznaju institut stvarnog kajanja. Slijedeći iskustva u savremenom zakonodavstvu u KZ CG stvarno kajanje je uvedeno kao opšti institut krivičnog prava, ali ograničenog dometa. Tako je u članu 47 st. 3 propisano da: “Sud može osloboditi od kazne učinioca krivičnog djela za koje je propisana kazna zatvora do pet godina, ako poslije izvršenog krivičnog djela, a prije nego što je saznao da je otkriven otkloni posljedice djela ili naknadi štetu pričinjenu krivičnim djelom. Ono što je vidljivo jeste da se ni u tekstu KZ niti u nazivu ovog člana ne koristi termin stvarno kajanje, iako ga teorija tako naziva, tako da se ovaj termin prvi put pojavljuje u članu 273 Zakonika o krivičnom postupku kod primjene oportuniteta krivičnog gonjenja, a to je odbačaj krivične prijave iz razloga pravičnosti. Tako je u tom članu propisano da za krivična djela za koja je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine državni tužilac može odbaciti krivičnu prijavu ako je osumnjičeni usljed stvarnog kajanja spriječio nastupanje štetne posljedice ili je štetu u potpunosti nadoknadio, a državni tužilac prema okolnostima slučaja ocijeni da izricanje krivične sankcije ne bi bilo pravično.

U teoriji krivičnog prava stvarno kajanje se različito definiše. Tako po jednim stvarno kajanje je dragovoljno otklanjanje nastupjele posljedice (neposredno ili posredno) od strane učinioca i saučesnika krivičnog djela (Živanović, 1937:372). Drugi to vide kao ponašanje učinioca djela poslije izvršenog krivičnog djela kojim otklanja posljedicu ovog djela ili ublažuje njeno dejstvo (Tahović, 1961:371), odnosno kao djelovanje koje je dobrovoljno i usmjereno ka otklanjanju posljedice dovršenog krivičnog djela (Simović-Hiber, 1987:459). Znači da se učinilac krivičnog djela ne ograničava samo na formalne izjave o svom kajanju već svojim djelanjem zaista i otklanja posljedicu krivičnog djela (Delić, 2005:192). Dakle, uglavnom sve ove definicije, manje-više, svode se na dobrovoljno otklanjanje posljedice već učinjenog krivičnog djela od strane njegovog učinioca prije nego što je otkriven ili prije njegovog saznanja da je otkriven (Đorđević, 2020:132). Motivi kajanja mogu da budu različiti, ali se stvarno kajanje prvenstveno pravda kriminalno-političkim razlozima kojima se želi pridobiti učinilac krivičnog djela u borbi protiv sopstvenog kriminaliteta. Stvarno kajanje je dokaz da je sam učinilac uvidio da nije trebao da učini ono što je učinio i to je znak neke promjene u njemu samom. Ovo kajanje ne mora da bude kajanje u moralno-etičkom smislu. Bez obzira na to da li ćemo ovo kajanje shvatiti kao moralno kajanje izazvano grižom savjesti, ili kao naknadnu prevagu psihičkih kočnica (koje odvrćaju od krivičnog djela) nad nagonima i strastima, u svakom slučaju to su novi momenti u vezi sa ličnošću učinioca krivičnog djela koji nisu sasvim bez značaja (Tahović, 1954:12). Ovim se, ne samo olakšava položaj oštećenog, nego

ostvaruje i popravljajući učinioca koji obeštećenjem žrtve pokazuje da prihvata svoju krivicu i da se želi vratiti na put poštovanja prava (Novoselec, 2016:430).

Pojam stvarnog kajanja može se uzeti u užem i u širem smislu. U užem smislu stvarno kajanje se manifestuje u vidu otklanjanja proizvedene posljedice krivičnog djela, odnosno u uspostavljanju ranijeg stanja (na primjer vraćanje oduzete stvari). U ovom slučaju učinilac krivičnog djela svoj stav prema istom ne izražava samo verbalnim žaljenjem, nego ličnim aktivnim djelovanjem upravljenim na to da se naknadno otkloni, proizvedena posljedica (Živanović, 1937:373). U širem smislu, stvarno kajanje se manifestuje u dobrovoljnoj naknadi štete pričinjene krivičnim djelom. Međutim, u teoriji je bilo mišljenja da se naknada štete oštećenom ne može smatrati stvarnim kajanjem, jer se naknadom štete samo u širem smislu otklanja posljedica krivičnog djela (Tahović, 1954:18). Naš zakonodavac je prihvatio šire shvatanje stvarnog kajanja, a inače nekad je teško razgraničiti kad se radi o otklanjanju posljedice krivičnog djela, a kad o naknadi štete. Kod mnogih krivičnih djela naknada štete ima isti značaj kao povraćaj oduzete stvari, pa je nekad teško razdvojiti kad se radi o jednom, a kad o drugom (na primjer, učinilac oštećenom kupi istu stvar koju mu je oduzeo ili oštetio).

Motivi stvarnog kajanja mogu da budu različiti i bez obzira što se u zakonu izričito ne pominje, ono mora da bude dobrovoljno. Dobrovoljnost treba da bude stvar njegovog unutrašnjeg ubjeđenja, neovisno od toga čime je bilo motivisano, a ne djelovanjem drugih lica ili nekim novonastalim okolnostima. Ima mišljenja da apsolutna dobrovoljnost ni u psihološkom smislu ne postoji, budući da je voljna radnja uvijek pokrenuta i usmjerena određenim motivima, a motiv nastaje u vezi sa nekom spoljašnjom okolnošću ili se bazira na nekom unutrašnjem psihofiziološkom nadražaju (Stojanović, 1978:38).

Ako je pravni okvir primjene stvarnog kajanja kao opšteg instituta za oslobodjenje od kazne ograničen na krivična djela za koja je propisana kazna zatvora do pet godina, kakav značaj stvarno kajanje može da ima kad su u pitanju teža krivična djela. Inače, prije uvođenja stvarnog kajanja kao opšteg instituta za oslobodjenje od kazne ono se cijnilo u okviru držanja učinioca poslije izvršenja krivičnog djela i to kao olakšavajuća okolnost kod odmjerenja kazne (Stojanović, 2019:320; Babić, Marković, 2009:390; Jovašević, 2016:271; Horvatić, Novoselec, 1999:417; Đorđević, 1983:127). Nesporno je da se stvarno kajanje može uzeti kao olakšavajuća okolnost kod odmjerenja kazne i kada su u pitanju teža krivična djela. Međutim, sporno je da li je stvarno kajanje dovoljno kao osobito olakšavajuća okolnost za ublažavanje kazne ako KZ u članu 45 st. 3 govori u množini, pa kaže da sud može ublažiti kaznu kad "utvrdi da postoje naročito olakšavajuće okolnosti i ocijeni da se i ublaženom kaznom može postići svrha kažnjavanja". Ako zakon kaže da je potrebno da postoji više osobito olakšavajućih okolnosti (a to bi značilo najmanje dvije), onda to znači da bi pored stvarnog kajanja kao naročito olakšavajuće okolnosti bilo potrebno da postoji još bar jedna naročito olakšavajuća okolnost. Po jednom mišljenju ako se stvarno kajanje kao naročito

olakšavajuća okolnost nalazi u sklopu drugih olakšavajućih okolnosti (koje nisu naročito olakšavajuće), to ukazuje da je cjelishodno ići na ublažavanje kazne sa aspekta ostvarivanja svrhe kažnjavanja. Ovo radi toga, ističu zastupnici tog stanovišta, što je racionalno uzeti kao osnov za ublažavanje kazne ne broj olakšavajućih okolnosti, već njihov značaj za ocjenu dovoljnosti ublažene kazne za postizanje svrhe kažnjavanja, pa ako se takav zaključak može izvesti i na osnovu samo jedne, ali izrazito olakšavajuće okolnosti, onda je nesumnjivo da bi i stvarno kajanje kao izrazito olakšavajuća okolnost mogla da dovede do toga da učinocu kazna bude ublažena (Đorđević, 1990:36). Suprotno od ovog stanovišta, ima mišljenja da prethodno navedenom stanovištu nije prepreka samo jezičko tumačenje, već i činjenica da se kao osnov za ublažavanje kazne i inače traže takve izuzetne, odnosno izrazito olakšavajuće okolnosti. Jer ako je već riječ o takvoj okolnosti koja uvijek jedno djelo čini kvalitativno lakšim, onda bi takvu okolnost zakonodavac trebalo da vrednuje kao privilegujuću okolnost i da propiše lakši oblik određenog krivičnog djela (Stojanović, 2010:186).

4. KAKAV ZNAČAJ NA ODMJERAVANJE KAZNE IMA ČINJENICA DA OŠTEĆENI “NE TRAŽI PROGON OKRIVLJENOG”?

Kod vrednovanja uloge oštećenog kod odmjeravanja kazne značajno je i pitanje kakav značaj za odmjeravanje kazne ima činjenica da oštećeni “nije tražio progon okrivljenog”? Kada bi se pogledale odluke prvostepenih sudova, onda bi se često u dijelu obrazloženja odluke o kazni moglo zapaziti da se činjenica da se oštećeni nije pridružio krivičnom progonu uzima kao olakšavajuća okolnost. Kada su u pitanju krivična djela za koja se goni po službenoj dužnosti onda ne treba ispustiti iz vida da se gonjenje preduzima prvenstveno u javnom interesu, u interesu države i društva, tako da činjenica da se oštećeni u ovim slučajevima ne “pridružuje krivičnom progonu” ne treba da ima naglašeni procesni značaj. U svakom slučaju treba imati u vidu motive takvog ponašanja oštećenog, a oni mogu da budu različiti, počev od toga da mu je učinilac naknadio štetu, što mu je uputio izvinjenje, može i od straha da će ponovo biti izložen opasnosti i slično. Sud ne može nekritički i bez utvrđivanja stvarnog razloga zašto se oštećeni nije pridružio gonjenju, bezrezervno uzimati ovu okolnost kao olakšavajuću kod odmjeravanja kazne. U tom smislu zanimljivo je stanovište po kome, kad je to moguće, treba utvrditi razloge zašto oštećeni ne traži krivično gonjenje, pa ako je tome doprinio optuženi svojom radnjom koja je moralna i društveno prihvatljiva i u sklopu je sa pozitivnim stavom prema izvršenom krivičnom djelu, to pri odmjeravanju kazne uzeti u korist optuženog kao pozitivnu stranu njegove ličnosti. U suprotnom, ako je radnja optuženog bila nemoralna i sračunata da se unaprijed iskonstruiše olakšavajuća okolnost koja će mu biti od koristi, a dovela je do toga da se oštećeni nije pridružio gonjenju, treba je ocjenjivati u okviru okolnosti koja

karakteriše optuženog sa većim stepenom društvene opasnosti, što zaslužuje strože kažnjavanje (Krivokapić, 1994:233).

5. PRISTANAK POVRIJEĐENOG

Pristanak povrijeđenog kao okolnost koja može da zasnuje odnos između učinioca i oštećenog u našem pravu nije usvojen kao opšti institut, ali mu pravna teorija i sudska praksa daju određeni značaj, uz sve razlike po pitanju njegovih granica, postojanja uslova pod kojima utiče na postojanje krivičnog djela, odnosno isključenje protivpravnosti i u krajnjem, kako može da utiče na odmjerenje kazne. Imajući u vidu temu ovog rada mi se ovdje nećemo detaljnije upuštati u razmatranje ovog instituta (koji svakako može da bude posebna tema), nego samo u mjeri u kojoj ovaj institut utiče na vrednovanje uloge oštećenog kod odmjerenja kazne. Da bi se izbjegla različita stanovišta u teoriji i praksi vezana za ovaj institut, a zbog nespremnosti zakonodavca da ga predvidi kao opšti institut, ima mišljenja u literaturi da ga treba predvidjeti kao opšti institut u opštem dijelu Krivičnog zakonika uz jasno preciziranje uslova i krivičnih djela kod kojih se ovaj institut ne može primijeniti (Carić, 1996:185).

I pored različitih teorijskih tumačenja ovog instituta osnovnu ideju pristanka povrijeđenog mogli bismo razumjeti kao ovlašćenje pojedinca da raspoláže vlastitim pravnim dobrom uključujući tu i dopuštanje njegove povrede (Vuković, 2013:169; Kolarić, 2020:58). Korjene ovog instituta nalazimo još u rimskom pravu u načelu *volenti non fit iniuria* (onom ko pristaje ne čini se nepravda), ali ni ranije nije važno u neograničenom obimu, a danas su njegovi dometi još ograničeniji. Polazi se od toga, zašto bi pravni poredak bio zainteresovan za krivičnopravnu zaštitu, ako sam titular nije neposredno zainteresovan ili čak to i ne želi.

U teoriji krivičnog prava razlikuju se termini "pristanak" i "saglasnost" i to ne po psihičkom sadržaju, nego po pravnim učincima (Horvatić, Novoselec, 1999:242). U tom smislu pristanak povrijeđenog isključuje element protivpravnosti, a saglasnost pasivnog subjekta isključuje ostvarenje bića krivičnog djela (Delić, 2016:100). Ima mišljenja da bi u našem pravu mogla da se uspostavi terminološka diferencijacija pa bi se pristanak koji negira ostvarenost zakonskog opisa mogao nazvati "saglasnošću" i dalje bi pristanak kao osnov isključenja protivpravnosti zadržao termin "pristanak", a naknadno dat pristanak bi se mogao označiti kao "odobrenje", s tim što bi u svakom slučaju morao da postoji nedvosmislen konsenzus prakse i teorije (imajući u vidu da kod ovog pitanja nema zakonske regulative) u vezi sa njihovim značenjima (Marković, 2011:284).

Kad je riječ o isključenju bića krivičnog djela to nalazimo kod krivičnih djela koja, po definiciji, predstavljaju postupanje protiv volje žrtve (pasivnog subjekta), pa ako nema takvog protivljenja, onda nema povrede zaštićenog dobra, odnosno nema bića krivičnog djela. Tako na primjer, kod krivičnog djela silovanja (čl. 204 KZ) ako žena pristane na polni odnos, onda nema krivičnog

djela jer nedostaje bitan element tog krivičnog djela “prisiljavanje na polni odnos”. Međutim, ima slučajeva da učinilac učini povredu nečijeg pravnog dobra i time ostvari biće nekog krivičnog djela, ali ipak da bude isključena protivpravnost radnje jer je to druga strana željela. Ovdje se radi o pristanku povrijeđenog koji isključuje protivpravnost. Tako, na primjer neće postojati krivično djelo protivpravno lišenje slobode (čl. 162 KZ) ako neko zatvori (liši slobode) drugog uz njegov pristanak, jer, iako je ostvareno biće krivičnog djela uprkos tome djelo nije društveno štetno jer je pristankom oštećenog isključena protivpravnost. Treba ipak istaći da je i pored gore navedene razlike između pojmova “saglasnost” i “pristanak”, nekad teško postaviti granicu između njih. To je navelo neke autore da napuste to razlikovanje i uzmu da pristanak povrijeđenog, ako ispunjava određene pretpostavke, uvijek isključuje biće krivičnog djela (Roxin, 1997:341).

Bez obzira da li pristanak povrijeđenog utiče na predviđenost djela u zakonu ili on predstavlja osnov za isključenje protivpravnosti, nesporno je da on ima određeni krivičnopravni značaj. Kad je riječ o krivičnim djelima gdje pristanak povrijeđenog utiče na element predviđenosti u zakonu tu je dato pojedincu (oštećenom) da odlučuje o tome da li će krivično djelo biti isključeno. Međutim, kod većine krivičnih djela za krivičnopravnu zaštitu određenih dobara zainteresovano je društvo (država). U tom smislu osnovno pitanje kod pristanka povrijeđenog kao osnova za isključenje protivpravnosti jeste gdje postaviti granicu između krivičnih djela gdje je isključivo ili pretežno u pitanju opšti (javni) interes za krivičnopravnom zaštitom, a gdje se može ostaviti oštećenom (pasivnom subjektu) da svojim pristankom isključi protivpravnost. U tom smislu da bi se pristanak povrijeđenog mogao uzeti kao osnov isključenja protivpravnosti potrebno je da se ispuni više uslova. Polazni osnov je da je pristanak dat od strane titulara zaštićenog dobra, s tim da, u izuzetnim situacijama njegov zakonski zastupnik to može da učini umjesto njega. Sledeći uslov jeste dostupnost pravnog dobra, tj. kada se radi o dobru kojim povrijeđeni može disponirati (slobodno raspolagati) i gdje autonomija volje pojedinca ne dolazi u sukob sa društvenim interesima. Ovdje se najčešće radi o tzv. ličnim (individualnim) pravnim dobrima što nalazimo kod krivičnih djela lake tjelesne povrede, krivičnih djela protiv slobode i prava čovjeka i građanina, kod krivičnih djela protiv časti i ugleda i slično. I ovdje treba dodati da dostupnost nekada može izostati i kad se radi o ličnim dobrima ako je smisao krivičnog djela naročita zaštita žrtve krivičnog djela, kao što je kod krivičnog djela obljube nad nemoćnim licem i obljube nad djetetom (Kolarić, 2020:59). Restriktivan pristup postoji i u pogledu raspolaganja tjelesnim integritetom, pa je, gotovo, nepodijeljeno mišljenje da pristanak može da isključi samo postojanje obične lake tjelesne povrede, dok kod svih drugih vrsta lake tjelesne povrede, teške i naročito teške tjelesne povrede takva mogućnost nije dopuštena (Đorđević, 1963:8; Čejović, 1967:22; Vuković, 2013:176; Marković; 2011:286).

Uz to se dodaje da laka tjelesna povreda nanescna po pristanku smatraće se kao protivpravno djelo samo onda ako je sredstvo za izvršenje nekog krivičnog djela gdje pristanak ne isključuje protivpravnost, na primjer da je povreda nastala radi izbjegavanja vojnog roka (Živanović, 1935:245).

Pravo na život kao najviše pravno dobro čovjeka izuzeto je iz primjene instituta pristanka povrijeđenog što potvrđuje i činjenica da je inkriminisano krivično djelo lišenje života iz samilosti (čl. 147), kao i krivično djelo navođenja na samoubistvo i pomaganja u samoubistvu (čl. 149).

Što se tiče pitanja sposobnosti za pristanak titulara krivičnopravne zaštite postoje različita mišljenja. Tako po nekima kada se radi o maloljetnim i duševno bolesnim licima njihov pristanak nema krivičnopravni značaj (Đorđević, 1963:6; Čejović, 1967:20). Drugi navode da sposobnost za pristanak podrazumijeva da je subjekt tjelesno i duševno zreo da spozna značenje i domašaj zahvata drugog lica u pravno dobro kojim raspolaže (Vuković, 2013:179). Ovdje se dodaje da se u odnosu na maloljetnike njihov stepen zrelosti veže za težinu povrede pravnog dobra, pa što je povreda veća važe stroži uslovi za njihovu sposobnost pristajanja (Marković, 2011:288).

Pored zahtjeva da se mora raditi o disponibilnom pravnom dobru i sposobnosti za pristanak potrebno je da se ispune uslovi u pogledu forme i vremena pristanka, te da nema mana volje. Postojanje prinude, prevare ili zablude isključuje dejstvo pristanka. Izjava volje nema određenu formu i može da bude izražena pismeno, usmeno i konkludentnim radnjama, da je data dobrovoljno i da je dokaziva. Pristanak mora da bude dat prije izvršenja ili u toku izvršenja krivičnog djela, ali ne i poslije izvršenja djela. Naknadni pristanak ne isključuje protivpravnost. Ako je pristanak dat nakon započinjanja radnje izvršenja, ali prije dovršenja djela, biće isključena kažnjivost zbog dovršenog krivičnog djela, ali će postojati odgovornost za pokušaj (Marković, 2011:290). Pristanak na svršeno krivično djelo podrazumijeva pristanak na pokušano djelo u skladu sa pravnim pravilom ko može više, može i manje, ali ne proizvodi pravno dejstvo, jer je dat kasno, tj. nije dat prije ili za vrijeme preduzimanja radnje izvršenja pokušnog djela (Risimović, 2012:320). Prije dovršenja krivičnog djela pristanak se može opozvati.

Pristanak povrijeđenog ima značaja kod povreda nastalih prilikom sportskih takmičenja. Opšteprihvaćeno stanovište je da nema krivičnog djela kod nanošenja povreda prilikom sportskih takmičenja koja se odvijaju po pravilima igre. Međutim, razlike postoje u pogledu osnova nekažnjavanja. Prema jednom shvatanju ovdje nema krivičnog djela jer postoji prećutan pristanak povrijeđenog koji je dat momentom ulaska u takmičenje ili igru, ali pod uslovom da se učinilac držao pravila odnosne sportske discipline (Tahović, 1961:131). Po drugom shvatanju osnov nepostojanja krivičnog djela kod tjelesnih povreda nastalih u sportskom takmičenju nije u pristanku povrijeđenog, već u nepostojanju društvene opasnosti jer sportska takmičenja koja u sebi nose opasnost za takmičare predstavljaju društvenu korisnost koja je dominantna (Srzentić, Stajić, Lazarević, 1978:180).

Ima mišljenja da ovdje nije riječ o pristanku povrijeđenog, nego u nepostojanju protivpravnosti (Jovanović, 1995:152). U svakom slučaju djelo neće postojati samo ako je povreda nanijeta nehatno i u granicama poštovanja pravila sportskog takmičenja odnosno discipline. U protivnom, ako je do povrede došlo umišljajno ili ukoliko ona nije nanesena u okviru pravila sportskog takmičenja, već iz drugih motiva, onda će postojati krivično djelo.

Slično sportskim takmičenjima i kod ljekarskih intervencija, posebno hirurških, postavlja se pitanje osnova koji isključuje njihovu protivpravnost. Za ovu oblast od posebne važnosti je Zakon o pravima pacijenta⁴ koji mnogim odredbama naglašava značaj pristanka pacijenta. I ovdje postoje različite teorije po pitanju osnova isključenja protivpravnosti. Po jednom shvatanju ovdje nema krivičnog djela ako je za preduzimanje medicinske intervencije dat pristanak i ako je ona izvedena po pravilima medicinske struke. Izjava o pristanku se daje prije preduzimanja intervencije od strane pacijenta, a ako to on nije u mogućnosti (zbog određenog zdravstvenog stanja), onda to mora učiniti njegov zakonski zastupnik. Ukoliko se izjava ne može pribaviti, a opasnost po život zahtijeva hitnu operaciju ljekar je može izvršiti i pozvati se na krajnju nuždu ako su se stekli uslovi za njeno postojanje (Vuković, 2014:55).

Po drugom shvatanju povrede nastale preduzimanjem ljekarskih intervencija nisu protivpravne, a time nemaju karakter krivičnog djela bez obzira na to da li postoji pristanak ili ne, jer su ljekari po zakonu dužni da građanima pružaju ljekarsku pomoć. Ako tu pomoć vrše po pravilima ljekarske vještine, savjesno i odgovorno, onda povreda do koje može doći ne predstavlja krivično djelo jer nije protivpravna i u slučaju kada pristanka nema (Jovašević, 2006:105). Ako ljekar prekorači svoje ovlaštenje i vrši intervencije ne radi liječenja, nego u neku drugu svrhu (nego na primjer radi vršenja eksperimenta) ili pak nesavjesno pruža ljekarsku pomoć, takve intervencije mogu da predstavljaju krivično djelo. Uostalom, u Krivičnom zakoniku postoji krivično djelo nesavjesno pružanje ljekarske pomoći (čl. 290).

Vidjeli smo kakav značaj ima pristanak povrijeđenog kod isključenja bića krivičnog djela i kao osnov isključenja protivpravnosti. Međutim, on može da ima uticaja i kod odmjeraivanja kazne, može se tretirati kao olakšavajuća okolnost u okviru pobuda iz kojih je djelo izvršeno. U onim slučajevima gdje se vrši ocjena ličnosti učinioaca, kao na primjer kod uslovne osude i sudske opomene, pristanak povrijeđenog može da bude od značaja. Takođe kod propisivanja određenih krivičnih djela i sam zakonodavac može da ima u vidu ovu okolnost kao na primjer kod krivičnog djela nedozvoljeni prekid trudnoće (čl. 150 st. 2 KZ) gdje pobačaj izvršen ili započet bez pristanka bremenite žene predstavlja teži oblik ovog krivičnog djela.

⁴ Službeni list CG, br. 40/10, 40/11.

Literatura

- Babić M., Marković I. (2009), Krivično pravo, Opšti dio, Banja Luka.
- Bejatović S. (1993), Oštećeni u krivičnom postupku, Centar Marketing, Slavija, Beograd
- Burić Z. (2020), Žrtve kaznenih djela i kazneno zakonodavstvo Hrvatske, u "Žrtva krivičnog dela i krivičnopravni instrumenti zaštite - međunarodni pravni standardi, regionalna krivično zakonodavstvo - primena i mere unapređenja" (ur. S. Bejatović), Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd
- Carić S. (1996), Pojam pristanka povrijeđenog i njegov značaj za kazneno zakonodavstvo, u "Teorijski i praktični problemi jugoslovenskog kaznenog zakonodavstva" (ur. Ćirić J.), Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd
- Čejović B. (1967), Pristanak povrijeđenog kao osnov isključenja protivpravnosti, Pravni život, br. 2
- Delić N. (2005), Poravnanje učinioca i oštećenog kao osnov za oslobođenje od kazne, u "Kazneno pravo - progresivna ili regresivna rešenja" (ur. D. Radovanović), Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd
- Delić N. (2016), Volja i namera u srpskom krivičnom pravu, u "Kaznena reakcija u Srbiji - VI deo" (ur. Đ. Ignjatović), Beograd
- Đorđević Đ. (2020), Odnos učinioca prema žrtvi krivičnog dela i odmeravanje kazne, u "Oštećeno lice i krivičnopravni instrumenti zaštite - međunarodni pravni standardi, norma i praksa" (ur. S. Bejatović), Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Zlatibor
- Đorđević Đ. (1983), Držanje učinioca u krivičnom postupku i odmeravanje kazne, JRKK, br. 1-2, Beograd
- Đorđević Đ. (1990), Stvarno kajanje, JRKK, br. 4, Beograd
- Đorđević M. (1963), Krivičnopravni značaj pristanka povrijeđenog, Pravni život br. 4
- Horvatić Ž., Novoselec P. (1999), Kazneno pravo, Opći dio, Zagreb
- Jovanović Lj. (1995), Krivično pravo, Opšti deo, Policijska akademija, Beograd
- Jovašević D. (2006), Krivično pravo, Opšti deo, Beograd
- Jovašević D. (2016), Krivično pravo, Opšti deo, Beograd
- Kolaković-Bojović M. (2020), Direktiva o žrtvama (2012/29/EU) i kazneno zakonodavstvo Republike Srbije, u "Žrtva krivičnog dela i krivičnopravni instrumenti - međunarodni pravni standardi i regionalna krivična zakonodavstva - primena i mere unapređenja" (ur. S. Bejatović, Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd)
- Kolarić D. (2020), Žrtva krivičnog dela i materijalno krivično pravo - norma, praksa i mere unapređenja, u "Oštećeno lice i krivičnopravni instrumenti zaštite - međunarodni pravni standardi, norma i praksa" (ur. S. Bejatović) Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Zlatibor
- Krivokapić R. (1994), Značaj činjenice da oštećeni nije tražio krivični progon optuženog pri odmeravanju kazne u krivičnom postupku, Pravni zbornik, br. 1-2, Podgorica
- Lazarević i drugi (2010), Komentar Zakonika o krivičnom postupku, Tivat
- Lažetić G. (2020), Krivično zakonodavstvo Severne Makedonije i žrtva krivičnog dela - norma, praksa i mere unapređenja, u "Žrtva krivičnog dela i krivičnopravni instrumenti zaštite - međunarodni pravni standardi i regionalna krivična zakonodavstva" (ur. S. Bejatović), Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd
- Marković I. (2011), Pristanak povrijeđenog u krivičnom pravu u "Kaznena reakcija u Srbiji" (ur. Đ. Ignjatović), Beograd
- Novosel P. (2016), Opći dio Kaznenog prava, PRAVOS, Osijek
- Roxin C. (1997), Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 3. Auflage, München
- Risimović R. (2012), Pristanak povrijeđenog - pojam, dejstvo i granice primene, Pravni život br. 9, Beograd
- Stojanović Z. (2010), Komentar Krivičnog zakonika, Podgorica
- Stojanović Z. (1978), Odustanak od izvršenja krivičnog dela - pitanje dobrovoljnosti, Pravni život, br. 1, Beograd
- Stojanović Z. (2008), Krivično pravo, Podgorica

- Stojanović Z. (2019), Krivično pravo, Opšti deo, Pravna knjiga, Beograd
- Stevanović I., Vujić N. (2020), Međunarodnopravni standardi i krivičnopravni instrumenti zaštite oštećenih lica i razlozi neophodnosti njihove implementacije u nacionalno krivično zakonodavstvo, u "Oštećeno lice i krivičnopravni instrumenti zaštite - međunarodni pravni standardi, norma i praksa" (ur. S. Bejatović), Srpsko udruženja za krivičnopravnu teoriju i praksu, Zlatibor
- Srzić, Stajić, Lazarević (1978), Krivično pravo, SFRJ, Opšti deo, Beograd
- Tahović J. (1961), Krivično pravo, Opšti deo, Beograd
- Tahović J. (1954), Stvarno kajanje, Jugoslovenska advokatura, br. 1, Beograd
- Živanović T. (1937), Osnovi krivičnog prava Kraljevine Jugoslavije, Beograd
- Vuković I. (2013), Pristanak povrijeđenog kao osnov isključenja protivpravnosti, u "Kaznena reakcija u Srbiji III deo" (ur. Đ. Ignjatović), Beograd
- Vuković I. (2014), Pretpostavljeni pristanak povrijeđenog u krivičnom pravu, Crimen, br. 1, Beograd

ASSESSMENT OF THE AGGRIEVED PARTY'S ROLE WHEN DECIDING ON A SENTENCE

Radulovic Darko, Ph.D.

Assistant professor, Faculty of Law in Podgorica-University of Montenegro

Abstract: *Sentencing is one of the most important questions both in criminal law theory and practice. In a certain sense, all criminal law provisions have their manifestation precisely in the form of sentencing. Contemporary legal systems have set rules which the courts must observe when deciding on a sentence. These rules are stipulated by Article 42 paragraph 1 of the Criminal Code.*

The subject of this paper is the manner of assessing the aggrieved party/victim's role when deciding on a sentence. First we examine the concept of the aggrieved party, then move on to talk about the relationship between the perpetrator and the aggrieved party, with a special emphasis on genuine repentance, and the influence of this relationship on the sentencing. Something that might be significant when deciding on a sentence is whether the aggrieved party will "join the criminal prosecution". Finally, we present the notion of the injured party's consent and its influence on the elimination of the substance of a crime, i.e., of illegality.

Keywords: *perpetrator, aggrieved party, sentencing, injured party's consent.*