

**PRE-CRIME KONCEPT ZAKONA O SPREČAVANJU NASILJA
U PORODICI - OBAVEZE DRŽAVE I RIZICI PO POVREDU
LJUDSKIH PRAVA**

Apstrakt

Pitanja nasilja u porodici su par excellence pitanja ljudskih prava. Vremenom se menjalo razumevanje nasilja u porodici – ono je kao fenomen sfere privatnog postalo fenomen sfere javnog sa jasnom dihotomnom “privatno/javnom” prirodom.² Takođe, promenila se i uloga države u svetlu zaštite ljudskih prava – od negativnih obaveza ka pozitivnim obavezama; od vertikalne odgovornosti ka horizontalnoj odgovornosti; od reagovanja na kršenje prava (ex post) ka reagovanju radi sprečavanja kršenja prava (ex ante). U kontekstu tih promena nasilje u porodici postaje pravno-političko pitanje sa naglaskom na prevenciju. Može se postaviti pitanje da li model prevencije, prihvaćen u Zakonu o sprečavanju nasilja u porodici u vidu „pre-crime“ koncepta, zadovoljava standarde međunarodnog prava ljudskih prava i da li postoje rizici za povredu ljudskih prava naročito u delu koji se tiče „mogućeg učionoca krivičnog dela“ i njegovog „dovođenja“ u policijsku stanicu, a na osnovu procene o postojanju “neposredne opasnosti od nasilja u porodici“.

Ključne reči: *nasilje u porodici, prevencija, pre-crime, pozitivne obaveze, dužna pažnja*

Međunarodno pravo ljudskih prava je izvorno rodno neutralno, odnosno univerzalno. Kao takvo bilo je slepo za svaku vrstu rodno zasnovane povrede prava. Feminističke teorije su doprinele razvoju ljudskih prava u smislu priznavanja prava žena kao ljudskih prava, što je otvorilo vrata prvo za društveno, a potom i pravno prepoznavanje fenomena nasilja u porodici.

¹ Student doktorskih studija na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu; zamenik javnog tužioca u osnovnom javnom tužilaštvu; e-mail: svetlananenadic11@gmail.com.

² V. G. Gasmı, D. Petrović, „Globalni značaj novih evropskih standarda krivično-pravnog procesuiranja počilaca porodičnog i rodno zasnovanog nasilja“, *Kutrura polisa* 1/2015; V. Nikolić-Ristanović, M. Dokmanović, *Međunarodni standardi o nasilju u porodici i njihova primena na Zapadnom Balkanu*, Beograd 2008.

Do tog trenutka nasilje u porodici bilo je smešteno isključivo u domen privatnosti, "izvan obima tradicionalne interpretacije ljudskih prava".³ Danas je pitanje nasilja u porodici *par excellence* pitanje ljudskih prava,⁴ jer su prepoznate opasnosti po povrede ljudskih prava koje nastaju iz ovog fenomena, kao na primer: pravo na slobodu, pravo na zaštitu od nečovečnog postupanja i konačno – pravo na život. Međunarodno pravo ljudskih prava se u sukobu sa ovim fenomenom suočilo sa par inherentnih problema: javno/privatnom dihotomijom fenomena, činjenicom da su prava često u odnosu suprostavljenosti i konačno problematičnom implementacijom prava i politika u cilju zaštite.⁵

Garantovana ljudska prava da bi bila ostvarena zahtevaju tri vrste obaveza države: obavezu poštovanja, obavezu zaštite i konačno, obavezu implementacije koja podrazumeva specifične pozitivne mere radi punog efekta prava.⁶ Evropski sud za ljudska prava⁷ je u svojoj bogatoj praksi navedenu podelu obaveza uprostio u dualistički koncept, tako da razlikuje negativne obaveze (*negative obligation*) države koje podrazumevaju obavezu suzdržavanja države od mešanja/upliva u ostvarivanje prava, i pozitivne obaveze (*positive obligations*) države⁸ koje podrazumevaju obavezu države da deluje – bude aktivna u ostvarivanju i zaštiti ljudskih prava. Pozitivne obaveze proizilaze iz obaveze države definisane u članu 1. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda,⁹ kao i standarda da prava ne treba da budu „teorijska i iluzorna, već praktična i delotvorna“.¹⁰ U odnosu na „privatno/javnu dihotomnu“¹¹ prirodu porodice, države imaju negativnu obavezu kada garantuju pravo na

³ R. J.A. McQuigg, *International Human Rights Law and Domestic Violence*, New York 2011., 1.

⁴ V. Z. Ponjavić, „Odgovornost države za nasilje u porodici prema Konvenciji o ljudskim pravima“, *Nasilje u porodici: zbornik radova sa naučnog skupa* (ur. S. Panov, M. Janjić Komar, M. Škulić), Beograd 2012.

⁵ V. R. J.A. McQuigg.

⁶ J.F. Akandji-Kombe, *Positive obligations under the European Convention on Human Rights*, Strasbourg 2007., 5.

⁷ U daljem tekstu ESLJP.

⁸ Obavezu „pozitivne akcije“ države ESLJP prvi put pominje u presudi *Airey v. Ireland* (App. no. 6289/73, 09.10.1979.) u stavu 25, koji se ticao pristupa pravdi. „Positive obligations“ države ESLJP prvi put pominje u presudi *Osman v. United Kingdom* (App. no.87/1997/871/1083, 28.10.1998.), koja se ticala prava na život, slično kao u slučaju *Velasquez Rodriguez v. Honduras* (vidi dole).

⁹ Član 1. Obaveza poštovanja ljudskih prava: „Visoke strane ugovornice jemče svakome u svojoj nadležnosti prava i slobode određene u Delu 1 ove Konvencije“. Konvencija u daljem tekstu: EKLJP

¹⁰ Koncept „teorijskih i iluzornih prava“ prvi put pomenut u predmetu *Artico v Italia* (App. no. 6694/74, 13.05.1980.), stav 33.

¹¹ B. Stedman, „The Leap from Theory to Practice: Snapshot of Women’s Rights Through a Legal Lens“, *Merkourios, Utrecht Journale of International and European Law*, Vol. 29, 77/2013, 5.

privatnost i porodični život, a pozitivnu obavezu kada obezbeđuju zaštitu od nasilja u porodici.

Pozitivne obaveze je teško definisati, a još teže odrediti tipove mogućih aktivnosti države. U teoriji je poznata podela na nekoliko tipova pozitivnih obaveza: propisivanje pravnog okvira koji omogućava efikasnu zaštitu prava; obezbeđivanje informacija i saveta u vezi kršenja prava; reagovanje na kršenje prava, npr. vođenje efektivne istrage; obezbeđivanje pomoći pojedincima radi sprečavanja povrede prava; prevencija kršenja prava, čak i u slučaju da se prava krše od strane drugih pojedinaca.¹²

Poslednja obaveza – da prevenira i aktivno sankcioniše kršenje ljudskih prava čak i u slučaju kada se krše i od strane drugih pojedinaca (a ne države), naziva se horizontalnim dejstvom EKLJP - „*horizontal effect*“. Dakle, država više nije odgovorna samo za vertikalno kršenje prava – kada sama krši prava, već i za horizontalno kršenje prava – od pojedinca ka pojedincu. Ipak, horizontalno dejstvo će postojati samo ukoliko kršenje prava od strane pojedinca ima korene u „propustu ili tolerisanju države“.¹³

Države ostvaruju pozitivne obaveze primenom mera čija se efektivnost meri posebnim standardom pažnje koju je država dužna da pruži – *due diligence*.¹⁴ Ukoliko država nije postupala u skladu sa ovim standardom, ona postaje odgovorna za kršenje ljudskih prava izvršenih od strane pojedinaca.¹⁵ Koncept *due diligence* u odnosu na odgovornost države za akte pojedinaca prvi put je ustanovljen u slučaju Inter-američkog suda za ljudska prava *Velasquez Rodriguez v. Honduras* koji se ticao prisilnog nestanka.¹⁶ U praksi ESLJP razrađen je u odnosu na obavezu države da pruži zaštitu od nasilja u porodici u odlukama *Bevacqua and S v. Bulgaria*¹⁷ i *Opuz v. Turkey*.¹⁸

¹² K. Starmer, „Positive obligations under the Convention“, *Understanding Human Rights Principles* (ed. J. Jowell, J. Cooper), 2001., 159.

¹³ J.F. Akandji-Kombe, 14.

¹⁴ Pojam *due diligence* na srpski jezik se najčešće prevodi pojmovima „dužne pažnje“ ili „potpune posvećenosti“.

¹⁵ *Declaration on the Elimination of Violence against Women*, G.A. Res 48/104, art 4(c).

¹⁶ V. L. Hasselbacher, „State Obligations Regarding Domestic Violence: The European Court of Human Rights, Due Diligence, And International Legal Minimums of Protection“, *Northwestern Journal of International Human Rights* Vol. 8, 2/2010., 193.

¹⁷ *Bevacqua and S v. Bulgaria* (App. no. 71127/01, 12.06.2008.).

¹⁸ *Opuz v. Turkey* (App. no. 33401/02, 21.07.2007.). Slučaj *Opuz v. Turkey* je prvi slučaj u kome je ESLJP jasno elaborirao prirodu obaveza države u odnosu na slučajevne nasilja u porodici, ustanovljavajući okvir sačinjen od četiri ključne obaveze: zaštite, istrage, gonjenja i kažnjavanja. Takođe, u ovom predmetu ESLJP izričito ustanovljava standard *due diligence*. Vidi više u G. Khrystova, „State positive obligations and due diligence in Human rights and domestic violence perspective“, *European political and law discourse*, Vol. 1, 1/2014., 118.

Pozitivne obaveze, horizontalno dejstvo i *due diligence* su bazična linije na osnovu kojih se utvrđuje odgovornost države u pogledu kršenja ljudskih prava u slučajevima nasilja u porodici. Međutim, ova tri standarda, po svojoj prirodi, podrazumevaju i obavezu sprečavanja povređivanja prava - obavezu prevencije.¹⁹ Zavodljiva ideja da država mehanizmima kojim raspolaže, a što se najčešće svodi na pravo države na upotrebu sile, sprečava vršenje krivičnih dela i kršenje ljudskih prava, pri tom potpuno zanemarujući socio-ekonomske, kulturološke ili druge društvene korene takvog postupanja, postala je sastavni deo retorike brojnih političara koji građanima obećavaju sigurnost. Retorika je naročito darežljiva u obećanjima građanima na temu prevencije terorizma. Prevencija, kao jedan od brojnih postulata međunarodnog prava ljudskih prava, postala je, sa političkog aspekta, neretko jedini postulat. Prepoznajući prevenciju kao prioritet, zakonodavci rado posežu za normativnim rešenjima zasnovanim na modernom i zavodljivom *pre-crime* konceptu.

Kriminologija je pojam *pre-crime* preuzela iz književnosti i to kratke Science Fiction priče Filipa Dika „Suvišni izveštaj“.²⁰ Priča opisuje budućnost u kojoj postoje mutanti koji na osnovu natprirodnih moći mogu da „vide“ zločin koji treba da se desi. Na osnovu takvih predikcija, kreirane su posebne snage policije „Pre-crime“ zadužene da spreče/preduhitre izvršenje krivičnih dela i uhapse „učinioce“ neposredno pre „izvršenja“ i u odnosu na njih primenjuju represiju, kao da se zločin desio. Priča nudi filozofsku dilemu o predodređenosti i predvidosti. U zamišljenoj budućnosti više nema kriminala, ali zato postoje manipulacije predviđanjima i logička nemogućnost odbrane od optužbi, što sve vodi novoj, još većoj pretnji – pretnji po ljudsku slobodu.

Pre-crime je pojam koji se koristi u kriminologiji i označava trend savremenih krivičnopравnih sistema da se sve više fokusiraju na sprečavanje konkretnih „krivičnih dela“ koja još nisu izvršena i možda nikada i ne bi bila izvršena. *Pre-crime* koncept podrazumeva „intervenisanje u cilju kažnjavanja, ometanja, onemogućavanja ili ograničavanja onih za koje se smatra da predstavljaju buduću pretnju po izvršenje krivičnog dela“.²¹ *Pre-crime* nije sinonim prevenciji, „prevencija je ishod, dok je *pre-crime* strategija“.²²

Ovaj koncept u osnovi ima zaokret vremenske perspektive krivičnog prava od *ex post* logike ka *ex ante* logici. Krivično pravo

¹⁹ V. J. Goldscheid, D. J. Liebowitz, „Due Diligence and Gender Violence: Parsing its Power and its Perils“, *Cornell International Law Journal* 48/2015., 307.

²⁰ Kratka priča je objavljena prvi put 1956. godine i na osnovu nje je snimljen čuveni holivudski blokbuster istog naziva „Suvišni izveštaj“.

²¹ J. McCulloch, D. Wilson, *Pre-crime, Pre-emption, precaution and the future*, New York 2016., 1.

²² *Borders and Crime. Pre-crime, Mobility and Serious Harm in an Age of Globalisation* (ed. J. McCulloch and S. Pickering), Hampshire 2012., 7.

počiva na *ex post* logici koja podrazumeva delovanje nakon izvršenog krivičnog dela i to zaključivanjem na osnovu činjenica, a ne predviđanja, a ulogu prevencije ostvaruje na apstraktnom nivou. Sa druge strane, *pre-crime* u osnovi ima *ex ante* logiku koja podrazumeva zaključivanje i delovanje isključivo na osnovu predviđanja/pretpostavki, a ne činjenica, a prevencija se vrši na konkretnom/pojedinačnom nivou. „Usresređujući se na pretpostavljeni zločin koji treba da se desi i postupajući kao da se već desio, *pre-crime* transformiše vezu između krivičnog dela i kazne sa dubokim implikacijama na bezbednost, pravdu i društvo.“²³

Imajući u vidu da *pre-crime* koncept raspolaže pretpostavkama, a ne činjenicama *pre-crime* zakoni su „obično nejasni, dajući policiji, bezbednosnim službama i tužiocima široka prava diskrecije.“²⁴Široka prava diskrecije u kontekstu pretpostavljanja budućih događaja pogoduju imaginaciji – zamišljanju budućih događaja. *Pre-crime* se „materijalizuje“ kroz preduzimanje mera radi sprečavanja imaginarnog događaja, u kom trenutku i sam imaginarni događaj poprima prirodu činjenica (materijalnog). U svetlu novih *pre-crime* zakona, kriminologija, kao „intelektualni izdanak *post-crime* društva mora se prilagoditi kako bi bila sposobna da odgovori na *pre-crime* izazove“.²⁵

Zakon o sprečavanju nasilja u porodici (ZSNP),²⁶ po prvi put u naš pravni sistem uvodi *pre-crime* koncept. Primarna preventivna orijentacija ovog zakona otišla je korak ispred preventivnih mehanizama koje poznaje krivično materijalno i procesno zakonodavstvo.²⁷ ZSNP je tradicionalnu *ex post* logiku zamenio novom *ex ante* logikom.

Novi *pre-crime* koncept zahtevao je prvenstveno izmenu odredbi koje se odnose na tradicionalne nadležnosti državnih organa, jer *pre-crime* aktivnosti zahtevaju šire nadležnosti od onih koje državni organi imaju u *post-crime* konceptu.²⁸

²³ J. McCulloch, D. Wilson, 1.

²⁴ *Ibid.*, 7.

²⁵ L. Zedner, „Pre-crime and post-criminology“, *Theoretical Criminology* 11(2)/2007., 261.

²⁶ Zakon o sprečavanju nasilja u porodici - ZSNP, *Sl. glasnik RS*, br. 94/2016.

²⁷ Više o zakonskim rešenjima protiv nasilja u porodici: *Nasilje u porodici: zbornik radova sa Naučnog skupa*, (ur. S. Panov, M. Janjić Komar, M. Škulić), Beograd 2012. i M. Škulić, N. Milošević *et al.*, *Nasilje u porodici*, Beograd 2009.

²⁸ Primarno je proširena nadležnost policije i javnog tužilaštva (v. član 7 ZSNP). Opravdano je postaviti pitanje ustavnosti ove odredbe po kojoj je nadležnost tužilaštva proširena na sprečavanje nasilja u porodici. Naime, javno tužilaštvo, shodno članu 156. Ustava predstavlja samostalan državni organ koji goni učinioce krivičnih i drugih kažnjivih dela u preduzima mere za zaštitu ustavnosti i zakonitosti. Dakle, ZSNP širi nadležnost javnog tužilaštva u oblast prevencije, iako tu nadležnost tužilaštvo po Ustavu nema.

Očigledna *pre-crime* koncepcija Zakona definisana je pojmom „sprečavanja nasilja u porodici“.²⁹ Primarno, ZSNP je fokusiran na delovanje u cilju otkrivanja i eliminisanja opasnosti od nasilja u porodici, do koga nužno ne mora da dođe. Ovaj koncept je naročito izražajan u pojmovima „neposredne opasnosti po nasilje u porodici“, „mogući učinilac“ i dovođenje „mogućeg učinioca“ u policijsku stanicu radi vođenja postupka.

Nadležnost državnih organa u pogledu otkrivanja opasnosti regulisana je institutom „neposredne opasnosti od nasilja u porodici“.³⁰ Procenu rizika neposredne opasnosti vrši policijski službenik, nakon čega može da izrekne hitnu meru za sprečavanje nasilja u porodici. Zakonodavac propisuje da se procena rizika zasniva na dostupnim obaveštenjima, pri tom ne navodeći o kakvim sve obaveštenjima se radi i u kom obliku se obaveštenja pribavljaju. Dalje, daje listu okolnosti o kojima policijski službenik treba naročito da vodi računa. Nije propisano kakav značaj imaju navedene okolnosti i kako ih treba ceniti. Nedovoljna preciznost Zakona u delu u kome propisuje elemente na osnovu kojih se donosi procena u skladu je sa duhom *pre-crime* zakona, koji su, kako smo već naveli, obično nejasni, dajući široka prava diskrecije. Ipak, ono što procenu rizika čini naročito problematičnom jeste činjenica da ZSNP ne propisuje bilo kakav oblik sumnje (čak ni indicije) koji je potreban da bi se izveo zaključak o postojanju neposredne opasnosti. Procena rizika bez zahtevanog stepena sumnje dozvoljava da zaključak o riziku pluta između činjenica i fikcije pri čemu je podjednako moguć i podjednako nemoguć, kako najgori, tako i najbolji zamišljeni scenario budućih događaja. Potpuno izbegavanje sumnje kao osnova za procenu rizika, odnosno nedorečenost Zakona u delu u kome propisuje način donošenja zaključka – procene, pogoduje *pre-crime* logici koja počiva na diskrecionoj proceni, zasnovanoj na predviđanjima i pretpostavkama, i nažalost često, imaginaciji.

Nakon procenjenog rizika o postojanju neposredne opasnosti, policijski službenik dostavlja procenu javnom tužiocu koji, potom, tu procenu rizika vrednuje. Ukoliko javni tužilac ustanovi neposrednu opasnost, dužan je da sudu podnese predlog za produženje hitne mere, koju prethodno izriče policijski službenik. Navedena odredba daje nova, nedovoljno jasna, ovlašćenja javnom tužiocu. Naime, nije jasno na

²⁹ ZSNP, čl. 3, st.1: „sprečavanje nasilja u porodici sastoji se od skupa mera kojima se otkriva da li preći neposredna opasnost od nasilja u porodici i skupa mera koje se primenjuju kada je neposredna opasnost otkrivena“.

³⁰ ZSNP čl. 3, st. 2 propisuje da neposredna opasnost postoji „kada iz ponašanja mogućeg učinioca i drugih okolnosti proizilazi da je on spreman da, u vremenu koje neposredno predstoji, po prvi put učini ili ponovi nasilje u porodici“ (u daljem tekstu koristićemo termin „neposredna opasnost“).

osnovu čega javni tužilac vrednuje procenu rizika sačinjenu od strane policije. Ipak, iz Zakona jasno proizilazi da ni javni tužilac nema obavezu utvrđivanja stepena sumnje. Javni tužilac čak nema pravo ni da sam procenjuje rizik, već ima pravo samo da vrednuje već procenjen rizik, koji nije zasnovan ni na jednom obliku sumnje. Sa druge strane, javni tužilac prilikom vrednovanja procene ne raspolaže bilo kakvim novim podacima, sem onih koje su već izneti u proceni. Očigledno je da će u praksi svaka procena biti vrednovana pozitivno od strane javnog tužioca, jer ne postoje pravni, ni logički mehanizmi, kojim javni tužilac može da proveri ispravnost procene, s obzirom da ona počiva na pretpostavkama i predviđanjima i u celosti je diskrecione prirode. Ipak, zakonodavac podacima na osnovu kojih je sačinjena procena daje karakter dokaza u trenutku kada javni tužilac sudu dostavlja predlog za produženje hitne mere. Potpuno je nejasno kako podaci koji, sami po sebi i u međusobnoj vezi, nisu podobni da kreiraju ni najniži stepen sumnje, odjednom dobiju viši kvalitet - kvalitet dokaza koje javni tužilac iznosi pred sud. Prosto preimenovanje podataka u dokaze je u celosti u duhu *pre-crime* koncepta u kome se zločin „materijalizuje“.

Pojam „mogući učinilac“ ovim zakonom se prvi put se uvodi u naš pravni sistem. Na žalost, Zakon ne daje značenje ovog pojma, tako da se zaključak o značenju mora izvoditi tumačenjem. Zakonodavac značenje pojma „neposredne opasnosti“ definiše pojmom „mogući učinilac“.³¹ Svakako da iz prethodno navedene definicije možemo zaključiti da nema „neposredne opasnosti“ ako nema „mogućeg učinioca“. Sa druge strane, ako pojam „mogućeg učinioca“, izvodimo iz iste odredbe, možemo da zaključimo da je „mogući učinilac“ onaj za koga postoji sumnja da će svojim radnjama dovesti do „neposredne opasnosti“. Dakle, zakonodavac nam je ponudio logički apsurd definišući nepoznati pojam nepoznatim pojmom. Ipak, iz preostalih odredbi, a naročito odredbe kojom je definisana procena rizika proizilazi da zakonodavac implicitno navodi na logiku da pre postojanja „neposredne opasnosti“ postoji „mogući učinilac“.

Da bi neko postao „mogući učinilac“ nije potrebno da postoji bilo koji stepen sumnje da će to lice preduzeti radnju nasilja u porodici,³² niti da će preduzeti radnju izvršenja nekog krivičnog dela ili drugog kažnjivog dela. Dakle, čak i bez postojanja bilo kakvih indicija, lice može biti smatrano „mogućim učiniocem“, nakon čega to lice može biti dovedeno i zadržano u policijskoj stanici. Dakle, „mogući učinilac“ postoji čak i pre procene rizika. I kao što se procena rizika ne zasniva na dokazima i ne zahteva

³¹ ZSNP, čl. 3, st. 2.

³² U smislu definicije nasilja u porodici iz ZSNP, čl. 3, st. 3.

bilo koji stepen sumnje, tako ni zaključak o „mogućem učiniocu“, kao prethodni korak, takođe ne zahteva bilo kakav stepen sumnje. Nepostojanje zaključka o sumnji u kombinaciji sa nepostojanjem definicije pojma „mogućeg učinioca“ pogoduje visokom stepenu pravne nesigurnosti u pogledu toga kako se postaje „mogući učinilac“ i šta to zapravo znači. Ono što je ipak izvesno jeste da „mogući učinilac“, nakon što stekne taj status, može da trpi posledice lišenja određenih prava kao i osumnjičeni u odnosu na koga postoje osnovi sumnje da je učinio krivično delo.³³ Naročito je interesantno da zakonodavac, slično prethodno navedenom preimenovanju podataka u dokaze, vrši preimenovanje „mogućeg učinioca“ u „učinioca“. Naime, pojam „mogući učinilac“ koristi se za faze postupka koje se tiču postupanja policijskih službenika pre i u toku procene rizika, a nakon pozitivno procenjenog rizika, u tekstu Zakona, „mogući učinilac“ postaje „učinilac“. Ukoliko nije reč o tehničkoj grešci, možemo da zaključimo da „mogući učinilac“, koji pluta u sferi probabiliteta u budućnosti, nakon pozitivne procene o postojanju „neposredne opasnosti“, postaje „učinilac“ koji čvrsto stoji u sferi izvesnosti, kao da se događaj već desio. Na ovaj način ZSNP, još jednom, pokazuje pravo lice *pre-crime* koncepta u kome se zločin „materijalizuje“.

Policijski službenik ima pravo da dovede „mogućeg učinioca“ u policiju radi vođenja postupka.³⁴ Zadržavanje „mogućeg učinioca“ je najilustrativniji primer *pre-crime* koncepta Zakona. Ovaj fenomen je izražen rečima Dikovog junaka: „U našem društvu više nema značajnog kriminala... ali su nam zato zatvori puni onih koji bi trebalo da postanu kriminalci.“³⁵

Pre analize instituta zadržavanja u ZSNP, neophodno je utvrditi da li se navedeno zadržavanje ima smatrati lišenjem slobode. Ukoliko predstavlja lišenje slobode, potrebno je utvrditi da li su licu lišenom slobode garantovana sva ustavna prava.

Sa teorijskog aspekta lišenje slobode bi se moglo definisati kao „mera preduzeta od strane javnih vlasti shodno kojoj se lice, protiv svoje volje, određeno vreme drži u ograničenom prostoru primenom sile ili pretnjom primenom sile usled napuštanja prostora.“³⁶ ESLJP u svojoj praksi koristi autonomni pojam lišenja slobode po kome se zakonitost lišenja slobode tumači tako da svako lišenje slobode mora biti u skladu sa domaćim zakonom i EKLJP i da lišenje slobode ne sme biti proizvoljno.

³³ Čl. 2, st.1, tač.1 Zakonika o krivičnom postupku, *Sl. glasnik RS*, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 i 55/2014.

³⁴ Shodno čl.14. zadržavanje može da traje najduže 8 časova.

³⁵ P.K. Dick, „The Minority Report“, *Selected stories of Philip K Dick*, New York 2013., 225. Kratka priča je prevedena na srpski pod naslovom „Suvišni izveštaj“.

³⁶ J.A. Frowein, W. Peukert, *Europäische MenschenRechtsKonvention: EMRK Kommentar*, 1980., navedeno prema: S. Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford 2005., 412.

Takođe, zakonske odredbe u unutrašnjem pravu moraju da budu u duhu EKLJP, odnosno zakon mora da bude dostupan, predvidiv i siguran i da sadrži zaštitu od arbitrnosti. Zakonska sigurnost podrazumeva preciznost normi tako da ih svaki građanin uz adekvatnu pravnu pomoć može razumeti, kao i predvideti posledice određene radnje. Imajući u vidu nejasnost pojma „mogući učinilac“, kao i nepostojanje obaveze izvođenja zaključka o postojanju sumnje, možemo se zapitati da li ZSNP ispunjava uslove predvidivosti i sigurnosti i da li sadrži zaštitu od arbitrnosti, jer „lišenje slobode može da bude zakonito u okvirima domaćeg prava, ali ipak arbitrarno i stoga u suprotnosti sa EKLJP“.³⁷

ESLJP prilikom odlučivanja o osnovanosti lišenja slobode posebno razmatra: „tip lišenja slobode, dužinu trajanja, efekte lišenja slobode i način implementacije u konkretnom slučaju.“³⁸ Tako, u slučaju *Ostendorf v. Germany*³⁹ navodi da su „institucije Konvencije više puta zaključile da dovođenje lica u policijsku stanicu protiv njegove volje i zadržavanje predstavlja lišenje slobode, čak i ukoliko je trajalo relativno kratko“.⁴⁰ Takođe, „činjenica da licu nisu stavljene lisice, ili da nije stavljen u ćeliju, odnosno nije fizički ograničen ne predstavlja odlučujući faktor postojanja lišenja slobode“.⁴¹

Polazeći od stava ESLJP, kao i Zakonika o krivičnom postupku koji propisuje da se pod lišenjem slobode podrazumeva, između ostalog, i zadržavanje,⁴² možemo da zaključimo da dovođenje i zadržavanje „mogućeg učinioca“ nesporno predstavlja lišenje slobode „mogućeg učinioca“, nezavisno od činjenice da je zadržavanje trajalo kratko - do 8 časova.

Ustav Republike Srbije propisuje prava lica lišenog slobode.⁴³ Od svih prava koje Ustav garantuje licu lišenom slobode ZSNP propisuje samo

³⁷ Council of Europe, European Court of Human Rights, *Guide on Article 5 of the Convention, Right to liberty and security*, Strasbourg 2014., 9. Vidi slučaj *Creanga v. Romania* (App. no. 29226/03, 23.02.2012.), stav 84. i slučaj *A. and others v. the United Kingdom* (App. no.3455/05, 19.02.2009.), stav 164.

³⁸ S. Trechsel, 413. Takođe, videti slučajeve: *Amuur v. France* (App. no. 19776/92, 25.06.1996.), stav 42; *Shamsa v. Poland* (App. no.45355/99, 45357/99, 27.11.2003.), stav 44; *Guzzardi v. Italy* (App. no.7367/76, 06.11.1980.), stav 92; *Engel and others v. Netherland* (App. no.5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, 08.06.1976.), stav 59.

³⁹ *Ostendorf v. Germany* (App. no.15598/08, 07.06.2013).

⁴⁰ *Ibid.*, stav 64. U ovoj presudi, kao primer, navode se sledeći slučajevi: *Murray v. the United Kingdom* (App. no. 14310/88, 28.10.1994.) – odnosi se na slučaj zadržavanja u vojnom centru u period kraćem od tri sata; *Novotka v. Slovakia* (App. no. 47244/99, 04.11.2003.) – odnosi se na slučaj zadržavanja u policiji u trajanju od jednog sata; *Shimovolos v. Russia*, (App. no.30194/09, 21.06.2011.) – odnosi se na slučaj zadržavanja u policiji radi saslušanja u trajanju od 45 minuta.

⁴¹ Council of Europe, European Court of Human Rights, 2014., 6. Videti slučaj *M.A. v. Cyprus* (App. no. 41872/10, 23.07.2013.), stav 193.

⁴² ZKP, čl. 2, st. 1, tač. 23: „lišenje slobode je hapšenje, zadržavanje, zabrana napuštanja stana, pritvor i boravak u ustanovi koje se, u skladu sa ovim zakonom, uračunava u pritvor“.

⁴³ Čl. 27. i 29. Ustava Republike Srbije, *Sl. glasnik RS*, br. 98/2006.

pravo na kontakt i korišćenje usluga branioca i pravne pomoći. Takođe, ZSNP nemušto pominje i obavezu policije da „mogućeg učinioca“ pouči, ali nije jasno o kakvoj pouci se radi. Dakle, ZSNP ne pominje sledeća Ustavom zagarantovana prava lica lišenog slobode: pravo obaveštavanja o razlozima lišenja slobode istovremeno sa lišenjem slobode; pravo obaveštavanja na jeziku koji razume; pravo obaveštavanja o „optužbi“ koja mu se stavlja na teret; pravo lica lišenog slobode da o svom lišenju slobode obavesti lice po svom izboru; pravo žalbe sudu; pravo da ništa ne izjavljuje. Naročito je zabrinjavajuće što ZSNP ne propisuje formu odluke o zadržavanju i ne propisuje pravno sredstvo koje se može upotrebiti protiv takve odluke pred sudom. Kako je pravo na slobodu, sa stanovišta EKLJP najveća vrednost demokratskog društva, možemo da zaključimo da „nedostatak forme iz koje proizilazi datum, vreme i lokacija zadržavanja, ime zadržavnog lica i razlozi za zadržavanje jeste nekompatibilno sa smislom člana 5. Konvencije“.⁴⁴ Takođe, član 5. stav 4. EKLJP predstavlja habeas corpus odredbu, a ovom odredbom se licu lišenom slobode omogućava „aktivno traženje sudske kontrole odluke o lišenju slobode“.⁴⁵ Možemo da zaključimo da je u delu koji se tiče prava lica lišenog slobode ZSNP u suprotnosti sa Ustavom i EKLJP.

Ipak, nužno se nameće pitanje da li je, sa stanovišta ljudskih prava, dozvoljeno preventivno zadržavanje/pritvor, odnosno preventivno lišenje slobode? ESLJP se bavio ovim pitanjem u presudama i *M. v. Germany*⁴⁶ i *Ostendorf v. Germany*. Presuda *Ostendorf v. Germany* je značajnija sa stanovišta teme ovog rada.

Naime, protiv Nemačke je podneta predstavka od strane lica koje je tvrdilo da je povređeno njegovo pravo na slobodu iz člana 5. EKLJP. Naime, podnosilac predstavke u policiji registrovan kao navijač kategorije huligana i određenog dana je krenuo u grupi sa drugim navijačima u drugi grad, kako bi prisustvovao fudbalskoj utakmici. Policija je saznala za kretanje grupe i pretpostavljala je da je vođa grupe upravo podnosilac predstavke. Grupa je presretna od strane policije na glavnoj stanici, članovi grupe su identifikovani i utvrđeno je da su registrovani kao huligani spremni da vrše nasilja. Prilikom pretresa kod njih je pronađena oprema koja služi za tuču. Potom je grupa nastavila kretanje pod policijskim

⁴⁴ Council of Europe, European Court of Human Rights, 2014., 7. Vidi i slučaj *Kurt v. Turkey* (App. no. 24276/94, 25.05.1998.), stav 125. *Rakevich v. Russia*, (App. no.58973/00, 28.10.2003.), stav 43.

⁴⁵ Council of Europe, European Court of Human Rights, 2014., 30. Vidi slučaj *Mooren v. Germany*, (App. no.11364/03, 09.07.2009.), stav 106.

⁴⁶ *M v. Germany* (App. no. 19359/04, 10.05.2010.) U ovom slučaju ESLJP se fokusirao na pitanje preventivnog pritvora se fokusirao na pitanje preventivnog pritvora u odnosu na višestrukog povratnika opisujući praksu zemalja članica SE prema kojoj se preventivno lišenje slobode u odnosu na povratnike realizuje nakon izvršene kazne I najčešće u okviru same krivične ankije ili mere bezbednosti.

nadzorom. U jednom trenutku podnosilac predstavke je napustio grupu, nakon čega je pronađen i lišen slobode u trajanju od četiri sata, odnosno do okončanja fudbalske utakmice i oduzet mu je mobilni telefon. Policija je postupila na navedeni način iz razloga što je postojala pretpostavka da se podnovilac udaljio kako bi putem telefona ugovorio tuču sa navijačima drugog tima, što je bila uobičajna praksa. Podnosilac predstavke je dobio formalnu odluku o svom zadržavanju u odnosu na koju je koristio pravo žalbe, sve u skladu sa nemačkim propisima.⁴⁷

ESLjP je procenio da se u konkretnom slučaju nesporno radi o lišenju slobode, bez obzira koliko je kratko to lišenje trajalo.⁴⁸ Potom, opisanu situaciju podvodi pod pojedinačne osnove za lišenje slobode i navodi da član 5. st.1. tač.c. EKLjP⁴⁹ ne dozvoljava policiji „generalnu prevenciju usmerenu protiv individua ili kategorija individua koji se od strane državnih organa, ispravno ili pogrešno, smatraju kao opasni ili skloni nezakonitim radnjama“.⁵⁰ Sud smatra da član 5. st.1. tač.c. dozvoljava lišenje slobode samo u vezi sa konkretnim krivičnim postupkom.⁵¹ Ipak, ESLjP zaključuje da je opisano lišenje slobode ipak bilo u skladu sa članom 5. st.1. tač.b. EKLjP.⁵² Naime, iako se „obaveza lica da ne izvrši krivično delo u skorijoj budućnosti ne može smatrati dovoljno konkretnom obavezom“⁵³ za primenu ovog osnova, ESLjP je smatrao da navedeni osnov za lišenje slobode postoji iz razloga što je pre lišenja slobode podnosiocu predstavke bila izdata naredba da se ne izdvaja iz grupe navijača sa kojom je doputovao i koju grupu je pratila policija, kao i da je prethodno upozoren da će svako ko napusti grupu biti uhapšen.⁵⁴ Podnosilac predstavke je postupio suprotno policijskoj naredbi, što je bio dovoljan osnov za lišenje slobode. Takođe, ESLjP je zaključio da je opisano lišenje slobode bilo „ciljano kao isključivi doprinos obezbeđenju ostvarenja obaveze i da nije imalo kazneni karakter“.⁵⁵

⁴⁷ *Hessian Public Security and Order Act*, section 32§1 no. 2. „policija može zadržati lice ukoliko je to neophodno u cilju sprečavanja skorašnjeg izvršenja ili ponavljanja krivičnog ili kažnjivog dela koje je od znatne važnosti za opštu javnost“. Na navedenu odluku policije dozvoljena je žalba. Citirano prema presudi *Ostendorf v. Germany*.

⁴⁸ *Ostendorf v. Germany*, stav 64.

⁴⁹ „U slučaju zakonitog hapšenja ili lišenja slobode radi privođenja lica pred nadležnu sudsku vlast zbog opravdane sumnje da je izvršio krivično delo, ili kada se to opravdano smatra potrebnim kako bi se predupredilo izvršenje krivičnog dela ili bekstvo po njegovom izvršenju“.

⁵⁰ *Ostendorf v. Germany*, stav 66.

⁵¹ *Ibid.*, stav 68. Pojam „krivični postupak“ treba tumačiti u skladu sa autonomnim tumačenjem ovog pojma ESLJP.

⁵² „U slučaju zakonitog hapšenja ili lišenja slobode zbog neizvršenja zakonite sudske odluke ili radi obezbeđenja ispunjenja neke obaveze propisane zakonom“.

⁵³ *Ostendorf v. Germany*, stav 70.

⁵⁴ *Ibid.*, stav 95.

⁵⁵ *Ibid.*, stav 97.

Dakle, ESLJP na izazov preventivnog zadržavanja odgovara da je moguće ovakvo lišenje slobode samo ukoliko se lice oglušilo o prethodno izdatu zakonitu naredbu o nekom konkretnom postupanju. U svetlu odredbi ZSNP možemo da zaključimo da bi bilo ispravno razmišljati u pravcu izmeni odredbi i to tako što bi policijski službenik imao pravo da „mogućem učiniocu“ izda naredbu o određenom postupanju, npr. naredbu da napusti stan, odnosno da ne prilazi žrtvi i sl., pa tek ukoliko se „mogući učinilac“ o tu naredbu ogluši, onda bi postojao pravni osnov za lišenje slobode.

Svetlana Nenadić, M.A.

PhD student at Faculty of Law, University of Belgrade

Deputy of Public Prosecutor; Elected member of State Prosecutorial Council

***PRE-CRIME CONCEPT OF THE LAW ON DOMESTIC
VIOLENE PREVENTION – OBLIGATIONS OF THE STATE
AND RISKS FOR THE HUMAN RIGHTS***

Summary

Lawmaker correctly identified domestic violence as a generator of numerous violations of human rights and gravely problem of our society by accepting responsibility and the obligations of the state in the private sphere. However, we can ask whether the *pre-crime* concept, for which lawmaker decided, is good enough, for two reasons: the inherent defects of the concept and high risk of human rights violations. *Pre-crime* concept is in deep contradiction with the foundations of the criminal law, which necessarily produces the implications on generally accepted understanding of justice. On the other hand, there are risks of application.⁵⁶ However, pre-crime concept is nothing else but state clame for „more state“.⁵⁷ Limits of state power in the filed of prevention, lie in the

⁵⁶ „if pre-crime cannot be said to have been successful in ensuring prevention... pre-crime has mobilized prejudice around indentity and intensified the politization of policing and law“. J. McCulloch and S. Pickering, 7.

⁵⁷ „... the invitation for greater State response is not paired with discussion about the appropriate limits of State action.“, J. Goldscheid, D. J. Liebowitz, 320.

democratic principles of the society⁵⁸. In the absence of proportionality, as one of preventive justice limits,⁵⁹ Law on Domestic Violence Prevention is more like risk management document, than legal act of a democratic society. By protecting one right, Law completely neglect all other rights, abstracting from the fact that rights do not exist in vacuo, but are always in mutual interdependence.

Keywords: domestic violence, prevention, pre-crime, positive obligations, due diligence.

⁵⁸ V. P. Ramsay, „Democratic Limits to Preventive Criminal Law“, *Prevention and The Limits of The Criminal Law* (ed. A. Ashworth, L. Zedner, P. Tomlin), Oxford 2013., 232.

⁵⁹ V. C. S. Steiker, „Proportionality as a Limit on Preventive Justice“, *Prevention and The Limits of The Criminal Law* (ed. A. Ashworth, L. Zedner, P. Tomlin), Oxford 2013., 194.