

ISSN 0353-9644

Часопис за правну теорију и праксу
Адвокатске коморе Србије

Година СХХИ • Нова серија • Број 3–4

Београд

2008

Власник и издавач

АДВОКАТСКА КОМОРА СРБИЈЕ

11000 Београд, Дечанска бр. 13/П

Телефон: +381 11/32 39 875 – Факс: 32 37 082

www.advokatska-komora.co.yu

Досадашњи главни и одговорни уредници

Милан Ст. МАРКОВИЋ (1887. и 1897–1901); Ђорђе НЕНАДОВИЋ
(1888–1890);
Добривоје-Добра ПЕТКОВИЋ (1092–1906. и 1025–1926); Љубомир
СТЕФАНОВИЋ (1927–1930); др Обрад БЛАГОЈЕВИЋ (1931–1933);
др Видан БЛАГОЈЕВИЋ (1934);
Др Радоје ВУКЧЕВИЋ (1935–1937); Владимир СИМИЋ (1938–
1941); др Александар МИКУЛИЋ (Адвокатура, 1976–1981); Горазд
ОГУРЕК (Адвокатура, 1982–1984);
Михаило МЛАДЕНОВИЋ (Адвокатура, 1985–1990); Мирослав
ДИНЧИЋ (1991–1995); Живојин ШЕСТИЋ (1995–2002).

Главни и одговорни уредник

_____ * _____

др Недељко ЈОВАНЧЕВИЋ

адвокат у Београду

Уређивачки одбор

_____ * _____

Рајна АНДРИЋ, адвокат у Београду, **др Радоња ДУБЉЕВИЋ**,
адвокат у Београду, **доцент др Марко ЂУРЂЕВИЋ**, Правни
факултет у Београду, **Раде ЈАНКОВИЋ**, адвокат у Бољевцу, **мр**
Станиша Ј. Пауновић, адвокат у Кучеву, **проф. др Ђорђе ЛАЗИЋ**,
Правни факултет у Београду, **мр Слободан СТОЈАНОВИЋ**,
адвокат у Београду,
Мирко ТРИПКОВИЋ, адвокат у Београду, **Милинко**
ТРИФКОВИЋ, адвокат у Земуну, **Ненад ЦЕЛЕБЦИЋ**, адвокат у
Београду

Лектура и коректура: Јасна Аничич

Графичка обрада и прелом: Миодрaг Панић

Адреса редакције

_____ * _____

АДВОКАТСКА КОМОРА СРБИЈЕ

11000 БЕОГРАД, Дечанска 13/II – Тел.: +381 11/32 39 875 – Факс: 32
37 082

БРАНИЧ излази тромесечно. Годишња претплата износи 800 динара, а појединачни број је 250 динара. Рукописи се не враћају.

Сарадња у часопису се не хонорарише.

Претплата: **АДВОКАТСКА КОМОРА СРБИЈЕ** – 11000

БЕОГРАД, Дечанска

13/II са назнаком: за *Бранич*. Жиро-рачун број: 205-12358-68.

На основу мишљења Републичког министарства за културу, број 413-00-1737/2001-04, од 21. децембра 2001. године, часопис је ослобођен од обавеза плаћања пореза на промет.

Штампано у 6.500 примерака

Штампа: ЈП *СЛУЖБЕНИ ГЛАСНИК*, Београд

САДРЖАЈ

Страна

УВОДНИ ДЕО

Недељко Јованчевић

Проф. др Клаус Роксин, почасни доктор наука 7

Зоран Стојановић

Уводна реч 13

Клаус Роксин (Claus Roxin)

Беседа проф. др. Клауса Роксина поводом
доделе почасног доктората Универзитета
у Београду 25. септембра 2008. године 15

Радоња Дубљевић

Шездесет година Универзалне декларације 17

ЧЛАНЦИ

Клаус Роксин (Claus Roxin)

Деликти поседовања 25

Момчило Грубач

Шта садржи Предлог закона о изменама и допунама
Законика о кривичном поступку 41

Слободан Бељански

Прате ли кривично законодавство и пракса
у Србији друштвене и економске промене 51

Мирослав Врховшек

Кривичноправна заштита животне средине према
новом Кривичном законикау Србије 65

Страна

Јелена Шантрић

Надрилекарство 83

Станиша Ј. Пауновић

Право задржавања (ретенције) 91

РАСПРАВЕ

Ненад Целебџић

Уставна жалба 105

Недељко Јованчевић

Рад на изменама и допунама Законика о кривичном поступку из 2001. године 115

Предлог закона о изменама и допунама Законика о кривичном поступку (Предлог радне групе) 121

ССВЕ, од 27. септембра 2007. године

Ставови о Законика о кривичном поступку Републике Србије 168

ПРИКАЗИ

Недељко Јованчевић

Књига др Ђорђа Лопичића – др Николе Мемедовића „Библиографија кривичног права, 1976–2005“ 173

Ђорђе Лопичић

Књига Слободана Стојановића „Суђење Милошевићу није било фер – прилог питању Косова и Метохије“ 175

Славица Динић

Ђорђе Игњатовић (ed.), „Стање криминалитета у Србији и правна средства реаговања“ 179

ИНФОРМАТИВНИ БИЛТЕН

(Извештај о раду УО АК Србије) 185

INTRODUCTION

<i>Nedeljko Jovančević,</i> prof. dr <i>Roxin Claus</i> , honorary Doctor of Science	7
<i>Zoran Stojanović,</i> Foreword	13
<i>Claus Roxin,</i> Speech of prof.dr. <i>Claus Roxin</i> anent the award of the honorary doctorate by the University of Belgrade on September 25, 2008	15
<i>Radonja Dubljević,</i> Sixty years of Universal Declaration	17

ARTICLES

<i>Claus Roxin,</i> Delicts of possession	25
<i>Momčilo Grubač,</i> The contents of The Law About Amendments and Annexes to the Provisions of the Law on Criminal Procedure	41
<i>Slobodan Beljanski,</i> Are criminal law and praxis keeping up with the social and economic changes, What should be changed in the special part of the Criminal Code?	51
<i>Miroslav Vrhovšek,</i> Criminal and legal protection of health environment according to the new Criminal code of the Republic of Serbia,	65
<i>Jelena Šantrić,</i> Charlatanry in medicine	83
<i>Staniša J. Paunović</i> The right of retention (<i>Ius retentionis</i>)	91

DEBATES

<i>Nenad Dželebdžić,</i> Constitutional appeal	105
<i>Nedeljko Jovančević,</i> Work on amendments and annexes to the Law	

on Criminal Procedure from 2001.	115
The Draft Law on Amendments and Annexes to the Provisions of the Law on Criminal Procedure (The Working Group Draft)	121
CCBE, of 27. 09. 2007. <i>Attitude towards the Law on Criminal Procedure of the Republic of Serbia</i>	168

PRESENTATIONS

<i>Nedeljko Jovančević,</i> A book of dr Đorđe Lopičić – dr Nikola Memedović, „Bibliography of the Criminal Law, 1976–2005.“	173
<i>Đorđe Lopičić,</i> A book of Slobodan Stojanović, „The trial of Milosevic was not fair – addition to the issue of Kosovo and Metohija“	175
<i>Slavica Dinić</i> Đorđe Ignjatović (ed.), „The State of Criminality in Serbia and Legal Means of Action“	179

INFORMATION BULLETIN /The report on the work of the Board of Directors of Chamber of Advocates of Serbia/	185
---	-----

Др Недељко Јованчевић

главни и одговорни уредник „Бранича“

Проф. др КЛАУС РОКСИН¹

почасни доктор Универзитета у Београду

К. Роксин, прима диплому почасног доктора Универзитета

Професор др Клаус Роксин (professor dr. h. c. mult. Claus Roxin, München) из Минхена, Немачка, на иницијативу Катедре за кривично право Правног факултета у Београду, од 12. јуна 2007. године и проведене процедуре, свечано је промовисан у почасног доктора Универзитета у Београду 25. септембра 2008. године. Церемонија доделе почасног доктората овом угледном професору кривичног права из Минхена спроведена је на уобичајен начин, у Свечаној сали Универзитета у Београду након одслушане химне „Gaudeamus igitur“. О лику и делу славног професора говорили су проф. др Љиљана Радуловић, продекан за наставу и проф. др Зоран Стојановић, шеф Катедре за кривично право на Правном факултету у Београду, а након тога своју беседу изложио је проф. Роксин (коју у овом броју „Бранича“ у целости објављујемо). Почасну диплому професору Роксину уручио је проф. др Душан Теодоровић, проректор за науку Универзитета у Београду. Овој изузетно значајној свечаности присуствовали су супруга проф. Роксина госпођа Imme Roxin, такође доктор кривичноправних наука и угледни адвокат у Минхену, те угледни професори и правници, посебно из редова адвокатуре. Нажалост, овој свечаности није присуствовао нико из министарстава правде и науке, док је приликом додељивања истог таквог почасног доктората овом професору у Атини био присутан председник државе, са угледним представницима из области науке и правосуђа. Ово високо признање професор Роксин је добио од четрнаест светски познатих универзитета а, како је сам казао, ово му је једно од најдражих.

¹ Уводни део *Бранича* посвећујемо проф. др Клаусу Роксину.

Професор Роксин је почасни члан Удружења за кривично право и криминологију, а већ дуго интензивно сарађује са некадашњим и садашњим члановима Катедре за кривично право на Правном факултету Универзитета у Београду.

Професор Роксин је рођен у Хамбургу 1931. године, а научним радом почео је да се бави као ученик Хенкела (Heinrich Henkel). Године 1957. докторирао је са радом *Offene Tatbestände und rechtspflichtige Merkmale*, док 1962. године објављује свој хабилитациони рад *Täterschaft und Tatherrschaft*, једно од најзначајнијих дела светске кривичноправне догматике. Аутор је уџбеника *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4 Auflage, München, 2006, обима 1136 страна, те *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, München, 2003, обима 899 страна, *Strafverfahrensrecht*, 24. Auflage, München, 1995. и др., те монографија, бројних чланака из области кривичноправне догматике, криминалне политике, расправа и приказа; био је ментор за многе докторске дисертације и др. Велики број његових дела преведен је и објављен у иностранству. Но, и самом Роксину посвећено је више зборника и научних радова.

Катедру кривичног права преузима 1971. године на Правном факултету у Минхену од познатог професора Маураха (Reinhart Maurach). Од 1974. године директор је Института за кривичне науке у Минхену.

Професор Роксин је данас, у свету кривичноправне науке, водећи научник у области кривичног права. Својим дугогодишњим научним радом који интензивно и сада траје, већ сада се може рећи, дао је непроцењив научни допринос кривичноправној науци. На српску кривичноправну догматику има значајан, ако не и пресудан утицај. Својим научним радовима, који се налазе у монографијама, чланцима и уџбеницима, који по структури и обиму представљају изведен систем кривичног права, како материјалног тако и кривичнопроцесног права и дугогодишњим научним контактима са нашим професорима кривичног права, оставио је неизбирисив траг. Његова научна снага садржана у ненадмашним научним радовима, незаобилазна је грађа за изучавање и примену кривичног права, и његова жива реч – предавања, излагања, савет, сугестије – који лакоћом ума и изговореном меком речи објашњавају најсложеније односе у области кривичног права, чине целину научног деловања за које се може исказати само дивљење. Његови научни радови простиру се и шире, ван области кривичног права, у сферу криминалне политике, филозофије права и др.

Професор Роксин је са дужном пажњом изучавао сваку кривичноправну установу, а посебно је систематски изучавао бројне теори-

је у кривичном праву, те питања узрочности, извршилаштва и саучесништва у делу, износећи критички суд о најсложенијим питањима и упућујући на решења сложених питања помоћу познатих старих и нових теорија кривичног права, посебно теорије власти над делом.

Иако са подједнаком научном снагом обрађује сваки проблем из области кривичноправне догматике, при чему је дао свој лични печат и решењима у виду нових и аутентичних научних теорија (персонални појам радње, теорија објективног урачунавања и др.), сасвим је разумљиво да је немогуће и најмањи део тога овом приликом приказати. Овде истичемо то да је професор Роксин *дао* (!) немерљив допринос изучавању правне природе саучесништва, разграничења извршилаштва и посредног извршилаштва од саучесништва (подстрекавања и помагања), као најсложеније материје у области кривичног права. Професор Роксин је систематски анализирајући поједине теорије и помоћу њих улазио у сложене проблеме одређивања појмова извршилаштва, посредног извршилаштва, саизвршилаштва и саучесништва, те разграничења између њих, налазећи и објашњавајући зашто одређене теорије, за себе или у комбинацијама са другима, не могу дати задовољавајуће резултате. Не остављајући дилеме у погледу својих научних опредељења, проф. Роксин упозорава на методичку проблематику комбинације теорија и резултата тако комбинованог поступка. Он истиче да се „проблематика јавља у одређеним еkleктичким произвољностима постигнутих резултата. Саставне делове бројних појединих теорија можемо међусобно мешати на различите начине. На овај начин можемо лако да добијемо читав низ 'нових' теорија. Ако калеидоскоп аспеката претресемо на мало другачији начин, добићемо сваки пут другачије констелације. Тако добијене теорије садрже у себи нешто случајно и произвољно. Разлог, а тиме и пресудни методички недостатак, таквог поступка у томе је што овим комбинацијама недостаје нужност, која произлази из неке јединствене концепције. Никада није јасно због чега неко решење мора да буде такво и не може да гласи другачије. Када различита полазишта неповезано поређамо једно поред другог, тада такав поступак увек добија карактер несигурног испробавања. Насупрот томе, прави поступак је онај када се из мноштва правног материјала и констелација проблема изнађу јединствени водећи аспекти, који у свом испољавању сигурно пружају простор за диференцијална решења, чија се многострукоост ипак сажима у логичну и догматски исправну целину.“² И то јасно

² Claus Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft, Si бente Auflage*, Walter de Gruyter, Berlin – New York, 2000, pp. 59.

показује колико је битно систематски приступити изучавању појединих установа које свој садржај имају у социјалним односима и проналазити „водеће идеје“, које указују да је потребно користити се начелима у поступку изналажења логичних и догматски исправних резултата. Држећи да је формално-објективна³ теорија превазиђена са појавом учења о владавини над делом, он сматра да ова теорија и данас има велике предности не само зато што је избегла мане каузалног полазишта већ и зато што „одражава златну средину између начина посматрања“, које држи искључиво вредности и онога што дефинише смисао.⁴ И тако бисмо могли бескрајно набрајати сјајне опсервације овог генијалног ума.

Ово заслужно признање које је наш универзитет доделио професору Роксину резултат је управо његовог неуморног научног стваралаштва и доприноса науци кривичног права а, на срећу, као што се и у овом случају показује да наука нема граница, то је доказ како се може баштинити и баштини се огромни научни фондус овог професора. Његова капитална дела и научни радови из области кривичноправне догматике, одредили су му заслужно место међу колегама који су стварали углед велике школе која се вековима негује на Правном факултету у Београду.

³ Дуго времена владајућа теорија и њени резултати огромни су, тако да се на многа питања и данас може дати смисаон и правилан одговор.

⁴ Claus Roxin, *op. cit.*, стр. 35.

Др Зоран Стојановић
редовни професор,
шеф Катедре за кривично право Правног факултета у Београду

УВОДНА РЕЧ

Поштовани проф. Роксин, госпођо Роксин, уважени ректоре,
поштоване колеге и колегинице,

Говорити о научном опусу проф. Роксина истовремено је и лак и тежак задатак. Лак је утолико што је неспорно да је проф. Роксин дао огроман допринос савременој науци кривичног права у свету и правној науци уопште, а тежак је зато што би огроман научни опус проф. Роксина захтевао једну озбиљну и опсежну анализу којој овом приликом нема места. Међутим, о његовом доприносу науци кривичног права могу се укратко изнети нека општа запажања и констатације. Професор Роксин је творац нових идеја у тој науци и, према општој оцени, представља данас водећег кривичноправног теоретичара не само у Немачкој него и у свету. Његови уџбеници који само због традиције носе назив уџбеник, а у ствари представљају врхунска систематска научна дела, извршили су и врше утицај на науку кривичног права у целом свету. Од бројних монографија и чланака, посебно треба истаћи његово чувено дело о саучесништву *Täterschaft und Tatherschaft* које је доживело бројна издања. Дела проф. Роксина преведена су на више језика, тако да су доступна и онима који не познају немачки језик. И на српском језику појавило се неколико превода краћих радова проф. Роксина. Тешко је овом приликом и примера ради навести нека важнија научна достигнућа проф. Роксина. Иако читав његов рад представља један кохерентан и заокружен научни систем, ипак споменимо само његов допринос у области саучесништва, где је поставио неке нове теорије које су наишле на широко прихватање, затим теорију објективног урачунавања, персонални појам радње кривичног дела, у погледу односа криминалне политике и кривичноправне догматике итд. Његове идеје и ставови уграђени су и у позитивна кривична законодавства широм света. И у новом српском кривичном закону, када смо предлагали и усвајали одређена решења, полазили смо и од неких ставова професора Роксина (нпр. одредба о саизвршилаштву).

Оно што посебно овом приликом треба истаћи јесте и једна особина проф. Роксина која га, поред његовог научног рада, сврстава у

истинске научнике. Он се целог свог живота, што је показао и својим деловањем, залагао за идеју да за науку не смеју да постоје никакве границе, да је наука нешто што припада целом човечанству, па се у вези са тим и супротставио наметању санкција у овој области нашој земљи. Најзад, треба истаћи и његов допринос који је дао успостављању конкретних видова сарадње представника науке кривичног права у нашој земљи са представницима немачке теорије кривичног права. Познато је да та сарадња има дугу традицију у Србији и да су се први професори права на Великој школи и касније на Правном факултету школовали у Немачкој. То је, пре свега, последица чињенице да је немачка теорија о овој области најразвијенија. Та сарадња наставља се до данашњих дана, и то добрим делом захваљујући личном ставу и залагању проф. Роксина. Почев од тога што је имао дугогодишњу сарадњу са нашим покојним шефом Катедре проф. Димитријевићем, па до тога што је предлагао и подржавао неке наше млађе колеге за Хумболтову стипендију, он је увек имао времена за контакте и разговор са нама о актуелним научним проблемима.

Данас је прилика да се овим гестом бар донекле одужимо проф. Роксину за оно што је он учинио за српску науку кривичног права имајући у виду то да за наш универзитет и факултет ово истовремено треба да представља и част јер смо се нашли међу многобројним универзитетима у свету који су ово или слична признања већ доделили проф. Роксину.

Проф. др Клаус Роксин
Минхен

**Беседа проф. др Клауса Роксина поводом доделе почасног
доктората у Ректорату Универзитета у Београду
25. септембра 2008. године**

Захваљујем од свег срца Правном факултету Универзитета у Београду на овом високом признању које ми је данас додељено. Ова указана почаст радује ме не само као знак признања за мој научни рад већ, поготово, због тога што представља круну дугогодишњих научних веза, али и личних пријатељстава, са теоретичарима кривичног права из Србије.

Непосредно после мог преласка на Катедру за кривично право, кривично процесно право и општу теорију права на једном минхенском универзитету посетио ме је професор Димитријевић, у то време познати кривичар из Београда. Професор Димитријевић је имао обичај да свој летњи распуст проводи у једном самостану у близини Минхена (самостан Свете Отилије), где се посвећивао медитацији и научном раду. У вези с тим често је посећивао Универзитет у Минхену, те смо тамо, али и у мојој кући у Штокдорфу, водили многе плодне разговоре.

Ово познанство трајало је годинама, а када он, у поодмаклим годинама, више није био у стању да одлази на дужа путовања, послао ми је новог саговорника, свог ученика, господина професора Бејатовића, који данас предаје у Крагујевцу. Нас двојица смо му помогли око добијања Хумболтове стипендије, те је он на нашем институту провео доста времена – колико се сећам, око две године – бавећи се својим научним радом. И касније се често враћао, на дуже или краће време, тако да смо непрекидно били у контакту. Осим тога, и професор Стојановић је многе своје студијске боравке провео на нашем институту, а наши научни контакти имају и карактер пријатељске везе.

Контакте са поменутом двојницом колега успео сам да одржим и у време када су ратна дешавања довела вашу земљу у веома тежак међународни положај. Мој мото је увек био да наука мора да остане независна од политичких мена којима смо као беспомоћни појединци прилично изложени. Зато сам и тих година често позивао колеге из Србије у Минхен и имао прилику да им, на своју радост, често ту и пожелим добродошлицу.

Два пута сам и ја прихватио позив да дођем у Југославију, која је

тада још постојала као држава у већем или мањем обиму. Године 1990. био сам у периоду од 16. до 24. октобра гост на југословенском симпозијуму професора кривичног права, и тамо имао излагање. Тај симпозијум се одржавао у прелепом граду Дубровнику који је у то време – али не и задуго – припадао заједничкој држави. Хотел „Либертас“, у којем смо тада одсели, убрзо након тога разорен је у војним акцијама, а ја, као вероватно и већина вас овде, од тада нисам био у Дубровнику.

После тога сам 1998. године, од 20. до 27. септембра – дакле, пре тачно десет година – био у Београду и на Златибору, и поново имао излагање на симпозијуму професора кривичног права. И то су била тешка времена, предвечерје каснијих ратних сукоба. Био сам једини странац на симпозијуму, и чак сам имао пријем код министра правде. Југословенско удружење кривичара именовало ме је за свог почасног члана. Упркос политичкој напетости, били су то леви дани, а великог гостопримства колега из Србије увек ћу се сећати са захвалношћу.

Времена су се променила. Када је 2007. године у Минхен стигла делегација из Србије са циљем да обнови културне везе са Баварском, међу члановима делегације налазио се и професор Стојановић који ме је, заједно са још једним колегом, одмах потражио. Од тада смо у сталном контакту, а данашњи дан резултат је наше обновљене сарадње.

Сарађујмо и даље у пријатељству! Почаст, која ми је данас укавана, сматрам симболом жеље српске кривичноправне науке за даљим научним контактима. Ако ја томе могу некако да допринесем, учинићу то од срца. Сматрам да је наш заједнички завичај Европа. Требало би да, у оквиру плодне сарадње, дајемо правац будућности и у области правних наука.

Завршио бих ово обраћање још једним изразом захвалности за овај незаборавни дан.

Превела са немачког
Данка Стојаковић

ШЕЗДЕСЕТ ГОДИНА УНИВЕРЗАЛНЕ ДЕКЛАРАЦИЈЕ

Човекова преокупација слободом и борба за признавање права која му припадају као људском бићу доживела је прекретницу доношењем Декларације о правима човека и грађанина из 1789. Француска револуција је у доношењу ове декларације била инспирисана достигнућима енглеске и америчке револуције, као и идејама природног права, па је тако отворила нову страницу у заштити људских права, односно поставила темеље људским правима и слободама. Међутим, Декларацијом зајемчена права, иако су одјекнула у целом свету, имала су ограничени домет јер су важила на националној територији.

Због тог разлога одлучујући допринос идеји људских права дала је Универзална декларација о правима човека из 1948. Идеја људских права, која је била у средишту борбе за слободу, захваљујући овој декларацији, прераста у стандард у погледу њиховог признавања и заштите. Од тада до данас права човека постају део свести и савести савременог човечанства и брана су да се мрачне диктатуре, које су често ударале тежак печат људској историји, уништавајући слободу и чинећи грађане послушницима, спрече у својој жељи за доминацијом и онемогуће да угрозе међународни мир и безбедност.⁵ Људска права наметнула су одговорност и појединцима и националним државама. Ова права постала су идеал свих и она су данас укореењена не само у законодавству већ и у духу сваког човека.⁶

Људска права третитана су, све до светског рата, унутрашњом ствари сваке државе, што је значило да нико са стране није могао да се меша у питања како односна влада поступа са својим грађанима. Међутим, када се свет суочио са последицама овог рата, реаговала је међународна заједница и донела је Универзалну декларацију, а касније и друга документа о људским правима. Доношење Универзалне де-

⁵ К. О б радиовић, „Права човека – овде иданас“, *Форум – човек и право*, б р. 11–12/1991, Београд, стр. 4.

⁶ J. O. Gasset, *По б уна маса*, *Анали наших дана*, Загре б , 1941, стр. 47.

кларације пратила је идеја да се националне вође не могу, у погледу људских права, крити иза националног суверенитета, пошто су права природна и пошто се не завршавају на границама националних држава.⁷

I

Процес признавања људских права текао је кроз два историјска периода. Први је трајао од доношења Велике повеље о слободама из 1215. до Другог светског рата, када су усвојена и призната права важила на ограниченој територији, док је други започео доношењем Универзалне декларације о правима човека из 1948,⁸ од када о примени и заштити људских права и слобода брине међународни поредак.

Природно је запитати се, каже Фолк, зашто су националне владе, након Другог светског рата, добровољно срушиле своју безусловну сувереност учешћем у стварању нормативног система људских права, који је започет доношењем Универзалне декларације о људским правима. Ово посебно због тога што је међународни поредак био обележен „реалистичком“ политиком, према којој су национални интереси једини путоказ и мерило добре политике, а националне владе, у погледу утврђивања одговорности у односу на поступке према својим грађанима, нису могле, без свог пристанка, бити подвргнуте спољним правилима и ауторитетима. Ужасне последице Другог светског рата наметнуле су реалност да се људска права појаве као захтев у оквиру система УН и да се међународни поредак изгради на универзалним, моралним и правним постулатима. Прве иницијативе о нормативном уређењу људских права прихваћене су од стране националних држава. Једни су имали уверење да ће документа која се баве људским правима имати деклараторни карактер, а тиме и безначајну претњу суверености. Други су, посебно у социјалистичким земаљама, људска права доживели као шансу за престиж, кроз афирмацију економских и социјалних права, која су претежно колективна и као таква не угрожавају идеолошку слику света коју афирмише политички систем ових земаља, у односу на грађанска и политичка права која су индивидуална и апстрактна и која би као таква могла отворити нежељена питања. Поред тога, државе са социјалистичким си-

⁷ В. Димитријевић, 1, „Људска права, демократија, свет и Југославија“, *Форум – човек и право*, б р. 1/91, Београд, стр. 28–29.

⁸ Универзална декларација о правима човека усвојена је у форми Резолуције 10. децембра 1948.

стемом желеле су да задобију и одређену врсту легитимитета, верујући да право на сопствену сувереност, као утемељено и ствар унутрашњег поретка, не може бити доведено у питање нормирањем људских права.⁹

Универзална декларација о правима човека има свој правни основ у Повељи УН, која, иако не нумерише људска права, има значај у томе што прописује да су њени циљеви „развијање поштовања према правима човека и према основним слободама за све, без обзира на расу, пол, језик или вероисповест“ (члан 1. тачка 3).

Универзална декларација садржи листу људских права и по томе се разликује од Повеље УН, која садржи само уопштене одредбе о правима човека. Повеља је због своје општости изазвала неслагања у погледу питања да ли су државе чланице обавезне да на својој територији гарантују извршан минимум права човека, или су њене одредбе само инспирација за међународну заједницу и националне државе за унапређење ових права. Када је у питању Универзална декларација преовлађује мишљење да је она извор међународног права, без обзира на то што је усвојена у форми необавезне резолуције. Њеним доношењем први пут је изграђен политички и правни стандард права човека на међународном плану.¹⁰ Поред тога, у њој су људска права јасно конципирана као права својствена људским бићима, а не као производ друштвене кооперације. Она су једнака за све и неотуђива, заснована су на људској природи као универзалној.¹¹

Значај Универзалне декларације не умањује чињеница да су мишљења око њеног правног дејства подељена. Треба се укратко осврнути на нека од њих. За Келзена, Декларација, као „заједнички идеал“, има морални, али не и правни значај. За Бургентала, такође, Декларација нема силу закона и она је само симбол онога што међународна заједница означава као људска права. Њена је сврха да обезбеди опште разумевање људских права.¹² Декларација је само израз оп-

⁹ Р. Фолк, „Трагање за људским правима“, у К. Обрадовић – М. Пауновић (ур.) *Право људских права*, Београдски центар за људска права, Београд, 1966, стр. 10–13.

¹⁰ Б. Јанковић, „Међународна грађанска и политичка права човека“, Сепарат, *Годишњак Правног факултета у Сарајеву*, бр. 8/1960, стр. 149.

¹¹ J. Donnelly, „Људска права као природна права“, *Правни живот*, бр. 12/96, стр. 958.

¹² T. Burgenthal, *International Human Rights in a Nutshell*, St. Paul, Minn, West

шних моралних принципа. Она успоставља опште стандарде који треба да буду примењени од стране националних држава.¹³ За Бартоша, Декларација је одраз „правног схватања“ већине у Уједињеним нацијама и представља правну платформу за израду даљих непосредних текстова.¹⁴ Декларација је, у знатнијем делу, скуп општих начела које признају просвећени народи, док остале одредбе постају обичајна правна правила, јер постоји свест о њиховој правној обавезности.¹⁵ Димитријевић наводи разлоге у прилог тези да је Декларација извор права, а не проста препорука: Декларација представља аутентично тумачење Повеље УН, међународног уговора који, по неким својим особинама, стоји изнад свих осталих уговора; у Декларацији су набројана људска права и тиме је дат пун смисао обавезама садржаним у Повељи (Humphrey); права набројана у Декларацији нису измишљена, него су се државе чланице УН сложиле око већ признатих права у њиховим унутрашњим правним системима која имају универзални значај – општа правна начела призната од стране просвећених народа (Schwelb); већина њених одредаба постала су обичајна правна правила, која прати свест о обавезности таквог понашања, па су уставне одредбе многих држава наслоњене на Декларацију, а на основу Декларације саме УН донеле су низ резолуција о појединим групама људских права (Humphrey).¹⁶

Универзална декларација отворила је врата новим идејама и стандардима људских права. Најзначајнији корак у том процесу учињен је доношењем Међународног пакта о грађанским и политичким правима из 1966. Код овог документа није се поставило питање да ли је препорука или извор права, односно да ли се ради о међународном уговору, обичајном праву или општем правном начелу признатом од стране просвећених народа. Међународни пакт о грађанским и политичким правима представља даљу конкретизацију решења из

Publishing, co 1989, p. 30.

¹³ A. A. Said, „Pursuing Human Dignity“, у Said A. A. (ed) *Human Rights and World Order*, Transaction Books, New Brunswick, New Jersey, 1978, p. 4.

¹⁴ Нав. према Б. Јанковић, *op. cit.*

¹⁵ Д. Јанча, 1, „Међународноправно регулисање права човека у оквиру Уједињених нација“, *Међународни про блеми*, б р. 4/68, стр. 17–18.

¹⁶ В. Димитријевић, 2, „Универзална декларација о људским правима после четрдесет година“, *Архив за правне и друштвене науке*, б р. 4/1988, Београд, стр. 610–612.

Универзалне декларације о правима човека, па тиме оснажује њене одредбе. Пакт је као документ специфичан, јер обавезује државе које су га потписале и ратификовале, а његово дејство се простире и на њихове грађане.¹⁷

*Државе оснивачи Европског савета усвојиле су Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода (1950). Оригиналноост Конвенције не испољава се у каталогу права и слобода које она садржи, нити у разради њихових садржинских елемената, већ у њеним институционалним одредбама, или, прецизније речено, у механизму за међународни надзор над поштовањем обавеза које су државе уговорнице преузеле овом конвенцијом. Она, наиме, омогућава, уз изричит и начелни пристанак држава, да се лица која су под њиховом сувереном влашћу, могу обраћати међународним телима када су њихове државе повредиле преузете обавезе у погледу поштовања људских права.*¹⁸

Поред два поменута документа о људским правима, донета су у међународној заједници друга значајна докумената о људским правима, која су инспирисана идејама, начелима и правилима Универзалне декларације. Касније донета документа ширила су листу људских права и разрадила механизме њихове заштите. Универзална декларација је, што је најважније, целу причу о људским правима омогућила и усмерила.

II

У одговору на питање у чему је вредност Универзалне декларације треба имати у виду то да су се људска права у ранијим документима исцрпљивала у малом броју права, која су се односила на привилеговане слојеве друштва и да су важила на ограниченој територији. Универзална декларација садржи листу ових права, која се, што је најважније, односе на сва људска бића. Она је омогућила стандарде људских права, како у погледу њиховог признавања тако и у погледу њихове заштите.

Универзална декларација је афирмисала идеал људских права. Међутим, наводи Кранстон (М. Cranston), људска права нису идеал коме треба тежити већ идеал у име кога треба оптужити, у име прав-

¹⁷ Ђ. Лазин, „Међународни уговори о људским правима и југословенско законодавство“, *Југословенска ревија за криминологију и кривично право*, б р. 1/1989, Београд, стр. 96.

¹⁸ Д. Јанча, 2, „Заштита људских права у оквиру Европског Савета“, *Југословенска ревија за међународно право*, б р. 1–2/89, стр. 85.

де и морала, све оне ауторитарне власти које поричу људима слободу и достојанство. Ако би се права свела на статус идеала коме треба тежити, читав подухват за заштиту људских права био би саботиран, јер такав идеал припада једној сасвим другој логичкој категорији, а не праву.¹⁹

Општа вредност Универзалне декларације је у чињеници да свој нормативни систем заснива на „признавању урођеног достојанства и једнаких и неотуђивих права свих“ (тако је у првој полазној одредби Увода). Оваквим прописивањем Универзална декларација је свој нормативни систем засновала на идеји природног права. У том смислу, истиче Гевирт (А. Gewirth), треба имати у виду да људска права садрже две ствари: признање и правно спровођење. Признање (постојање) јесте нормативно, засновано не на правним или конвенционалним већ на моралним критеријумима, јер се постојање људских права оправдава моралним ставом да сва људска бића имају универзална права. Међутим, овде треба бити опрезан, јер је поље моралних критеријума пуно контроверзи, ако се има у виду то да су критеријуми поседовања права у уму (Кант), класи (Маркс), религији и сл. Многе савремене теорије уважавају природноправни корен људских права, али и узимају да моралне критеријуме, којима се права оправдавају, релативишу услови друштвене стварности. Зато треба водити рачуна о разликовању између позитивног друштвеног признања људских права и њиховог моралног важења.²⁰ У том смислу, за разлику од позитивиста, који људска права вежу за оно што је признато међународним документима, заговорници природног права тврде да људска права нису само оно што је признато међународним документима већ и оно што треба признати, што се може оправдати моралним критеријумима.²¹ Универзална декларација и међународни документи о људским правима јесу покушај, мање или више успешан, да се одреди садржај такве једне оправдане моралности на нивоу међународне заједнице.

Вредност Универзалне декларације налази се и у ставу да се пра-

¹⁹ М. Cranston, „У чему се састоје људска права“, у *Права човека*, 3 б орник докумената, уредио В. Василијевић, Београд, 1991, стр. 32–34.

²⁰ А. Gewirth, „Основа и садржина људских права“, *Домети*, б р. 4/1988, Ријека, стр. 133–134.

²¹ М. Матуловић, „Савремене теорије људских права“, у М. Матуловић (ур.), *Људска права*, 3 б орник текстова и савремених теорија људских права, Ријека, 1992, стр. 11–12.

ва човека заштићују правним поретком, како „човек не би био приморан да као крајњем излазу прибегне побуни против тираније и угњетавања“ (тако у трећој полазној одредби Увода). Универзална декларација оваквим прописивањем јемчи право на побуну против власти која је узурпирала права човека. Из идеје слободе, којом је вођена Антигона уверена да се владаревим аргументом – да се наредбе морају извршавати, јер би побуна водила у хаос – вређа божанско право и спремна, иако свесна да ће добити казну, да овакав владарев аргумент и наредбу одбаци, отпор и побуна су ушли у право и добили право грађанства. Речено језиком права, ова права су добила свој, у најмању руку, „полуформални“ статус. Да није ових права, наводи Хоноре, прича о људским правима била би само празна реторика.²² Универзална декларација је оваквим прописивањем оживотворила став да друштвени односи нису коначно уређени и да је слобода у непристајању, у неслагању, у тражењу новог, другачијег. Људска права овим добијају примат у односу на поредак, јер постају мерило његове легитимности.

Даље, захваљујући Универзалној декларацији која познаје листу људских права, постепено се трансформисало и само међународно право које, према традиционалној концепцији, иако усредсређено на регулисање односа између држава, све више ставља у своје средиште проблем међународноправног субјективитета појединца.²³

Универзална декларација је, генерално речено, омогућила систем међународноправне заштите људских права, који се своди на формулисање минималних, универзално прихваћених стандарда, које држава треба кроз устав и законе да инкорпорира у начин живота и своје државноправно устројство. Овај систем укључује и одређене механизме контроле њихове примене, иако је надлежност међународне заједнице ограничена, јер се ова заштита не може захтевати док се не исцрпе унутрашња средства заштите.²⁴

* * *

С правом се истиче да је Француска револуција, иако није прона-

²² Т. Хоноре, „Право на побуну“, *Theoria* 1/87, Београд, стр. 15.

²³ Д. Јанча, 3, „Развој система међународне заштите права човека на америчком континенту“, *3 Борник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1972, стр. 257.

²⁴ Н. Вучинић, *Међународни правни стандарди и заштита основних људских права и сло бода*, Подгорица, 1994, стр. 6.

шла људска права и слободе, овим правима дала опште, светско значење,²⁵ јер је била усредсређена на правно ослобођење човека као човека, а не тек као припадника француског народа.²⁶ У Декларацији о правима човека и грађанина централно место заузимају и окосницу правног поретка чине неприкосновена људска права. Тако је слобода појединца ушла у право и уздигнута је до његове регулативне идеје.²⁷

Међутим, тек са Универзалном декларацијом из 1948. унапређивање заштите људских права постаје стална функција организоване међународне заједнице. Отворени су простори за ширење листе људских права и јачање механизма њихове заштите. На међународној заједници је да подстакне и ојача одговорност држава у остваривању тог задатка и да, са своје стране, да допринос овом процесу, користећи у ту сврху свој морални ауторитет и правни поредак.²⁸

Људска права су тако добила интернационалну димензију и престала да буду искључива ствар националне државе и њеног унутрашњег система (*domaine reserve*). Национални уставни, захваљујући променама у свести о значају људских права, престали су да буду једини и најважнији извор права, јер их је заменио међународни режим људских права садржан у међународним уговорима.²⁹

Данас, шездесет година касније, с правом можемо нагласити да је Универзална декларација о правима човека из 1948. својим нормативним системом најснажније афирмисала процес признавања и заштите права човека, процес који још траје и који ће у будућности писати нове странице слободе уозбиљене правом.

²⁵ М. Милојевић, „Француска револуција и људска права“, *Анали Правног факултета у Београду*, б р. 4/1991, стр. 388.

²⁶ Д. Баста, *Право и слобода*, Сремски Карловци – Нови Сад, 1994, стр. 17.

²⁷ Ђ. Тасић, наведено према Д. Басти, *op. cit.*

²⁸ Д. Јанча, 1, *op. cit.*, стр. 9 .

²⁹ J. Donnelly, наведено према В. Димитријевић, 3, „Заштита међународно загарантованих људских права у Југославији“, у: *Промене Устава СФРЈ и Устава Србије*, Београд, 1988, стр. 397.

Проф. др Клаус Роксин, Минхен, Немачка
(Professor dr. h. c. mult. Claus Roxin, München)

ДЕЛИКТИ ПОСЕДОВАЊА

І. Увод

Тек од пре десет до петнаест година у Немачкој се води дискусија о једној новој категорији деликата – о такозваним деликтима поседовања.³⁰ Ту се ради о кривичним делима код којих је инкриминисано већ само поседовање одређених предмета. У литератури преовладава критика бића кривичног дела ове врсте. И заиста – барем тако делује на први поглед – тешко је разумети због чега би пуко поседовање неке ствари, које као такво никоме не причињава штету, представљало довршен кривичноправни деликт.³¹ Struensee³² је у првој расправи која се бавила искључиво деликтима поседовања дао све од себе да „у кривичноправној теорији, али евентулно и код законодавних органа, пробуди свест о томе ... да су такозвани деликти поседовања законодавна грешка“.

Међутим, нада да ће законодавни органи имати слуха за то није се испунила. Немачко кривично право познаје више од стотину бића кривичног дела поседовања, а тај број стално расте.³³ Подаци везани за међународно и европско право доприносе томе.³⁴ Најпознатији де-

³⁰ Нестлер, „Заштита правних добара и кажњивост поседовања ватреног оружја и наркотика“, у: *О немогућем стању у кривичном праву*, 1995, 65; Лагодну, *Кривично право пред ограничењима основних права*, 1996, 318 ff.; Struensee, „Деликти поседовања“, Свечаник посвећен Gruenwaldu, 1999, 713 ff. „Темељни проблеми кривичног права“, 2005, 123 ff. У даљем тексту цитираћемо овај рад у његовој другој публикацији.

³¹ Прву монографију на ову тему објавио је Eckstein, *Поседовање као кривично дело*, 2001.

³² Struensee, в. фусноту бр. 1, 123.

³³ О томе поближе у: Eckstein, в. фусноту бр. 2, 19 ff, 39 ff.

³⁴ О томе в. Eckstein, „Основи и актуелни проблеми деликата поседовања“, *Часопис за кривичноправне науке* 117, (2005), 107 ff (125 ff).

ликти поседовања су недозвољено поседовање оружја, недозвољено поседовање наркотика и поседовање материјала везаних за дечју порнографију, уколико „ти материјали репродукују стваран догађај или догађај који подсећа на стваран“. Најновије кривично дело ове врсте је поседовање средстава за допинг „у већој количини, уколико су усмерена на допинг људи“. Овај пропис налази се испред мене у виду нацрта Савезне владе.³⁵ Али, већ постоје и нови планови. Један од портпарола Министарства унутрашњих послова саопштио је³⁶ да ће убудуће кажњивим да се сматра и поседовање упутстава за израду бомби. Међутим, Министарство правде је први нацрт одбацило.

Прихваћен је став да у опису кривичних дела поседовања не мора нужно да буде употребљен израз „поседовати“. И појмови попут ношење оружја, чување, држање или лагеровање³⁷ означавају поседовање у смислу имања стварне власти. Примери из новијег законодавства јесу, рецимо, држање опасног пса или чување компјутерског програма с циљем припреме компјутерске преваре.

Критика оваквог бића кривичног дела поседовања усмерена је у два правца. Под један, акценат се ставља на то да кривично право сматра кажњивим само неко понашање људи (у виду чињења или нечињења), али не и пуко стање какво представља поседовање. Друго, критикује се то што се на основу ових бића кривичних дела казне за довршена кривична дела примењују потпуно у супротности са начелима правне државе, на стања која могу да се протумаче као припремни стадијуми, при чему се штета, на чије је спречавање казна и усмерена, често састоји тек у пуком угрожавању сопствене сигурности. У даљем тексту позабавићемо се овим питањима.

II. Проблем структурне могућности деликата поседовања у стручној литератури и судској пракси Савезног уставног суда

Лагодну је био први који већ и због саме структуре деликата поседовања није желео да их призна као предмет кривичноправне регулативе. „Сврха сваког кажњавања као предуслов има неко људско понашање, било као позитивно чињење, било као нечињење... Пуко поседовање ни у ком случају не представља активно чињење. Дакле, у обзир би

³⁵ Штампани материјал Бундестага 16/5526 од 30. маја 2007.

³⁶ *Sueddeutsche Zeitung* од 16. јула. 2007, стр. 1.

³⁷ О томе в. Eckstein, в. фусноту б р. 5, 108 f.

дошло само нечињење... Међутим, пошто деликти поседовања не могу да се интерпретирају као деликти нечињења, они су у супротности са Уставом.³⁸ Он ово објашњава на примеру кривичноправне регулативе везане за наркотике.³⁹ По тој регулативи поседовање није активно чињење, као што је, на пример, прибављање поседа, пошто је прибављање поседа већ само по себи кажњиво. Али, ту се не ради ни о нечињењу (одустајању од поседа), пошто није нормирано на који начин би то одустајање од поседа требало да се изврши, „нпр. предајом на одређеном за то надлежном месту, обичним бацањем или уништавањем“.

На крају он закључује⁴⁰ „да су сви деликти, којима се инкриминише само поседовање које нема никакав други циљ, у супротности са Уставом, пошто су као пуки деликти стицања ствари, чији предуслов није никакав облик понашања, непримерени у смислу испуњења сврхе кажњавања. Ово важи без обзира на апстрактну опасност која би могла да од тих предмета проистекне.“

До истог закључка дошао је и Struensee, који се не бави питањем уставности, али такође искључује могућност кажњивог поседовања. „Чињење је предузимање, а нечињење непредузимање... вољних телесних покрета... Понашање је израз којим су обухваћена та два облика понашања... Трећи облик понашања не постоји.“⁴¹

Додуше, он признаје чување поседа и коришћење као активне радње. Међутим, чување поседа „већ претпоставља постојање неког поседовања“ и једино омогућава „даље поседовање“.⁴² И вршење поседовања (нпр. употребом, коришћењем или конзумирањем) није поседовање, пошто вршење за предуслов има и „могућност поседовања без вршења“.⁴³ Исто тако, поседовање не може да се интерпретира као нечињење. „Тумачење вршења стварне власти над неком ствари као неодустајање од стварне власти јесте апсурдно и самим тим није обухваћено ни самим значењем тог појма.“⁴⁴

³⁸ Lagodny, в. фусноту б р. 1, 322.

³⁹ Lagodny, в. фусноту б р. 1, 325–327, Lagodny, в. фусноту б р. 1, 322.

⁴⁰ Lagodny, в. фусноту б р. 2, 335.

⁴¹ Struensee, в. фусноту б р. 1, 125.

⁴² Struensee, в. фусноту б р. 1, 127.

⁴³ Struensee, в. фусноту б р. 1, 128.

⁴⁴ Struensee, в. фусноту б р. 1, 129.

Необично је, међутим, у свему томе да се ниједан од ова два аутора не бави околношћу да се Савезни уставни суд још пре њих бавио овом проблематиком и деликте поседовања (повод је био недозвољено

поседовање хашиша) прогласио допуштеним.⁴⁵ Предмет одлуке била је једна уставна жалба која је изјављена на околност „да пуко поседовање неког опијата не представља радњу у кривичноправном смислу, те због тога не може да буде запређено казном као дело у смислу члана 103. став 2. Устава“. Поменута одредба Устава каже да „неко дело“ може да се сматра кажњивим само „уколико је његова кажњивост била одређена законом још пре него што је дело учињено“. Противници деликата поседовања износе као аргумент то што „дело“ може да се састоји искључиво у „чињењу“ или „нечињењу“. Међутим, поседовање не представља ни чињење ни нечињење, већ стање.

Но, и поред тога, а по мишљењу Савезног уставног суда, из појма дела употребљеног у члану 103. став 2. Устава не произлази „да инкриминисано понашање мора да одговара неком одређеном кривичноправном појму радње... Чак ни на нивоу обичног кривичног права није могуће да се из закона изведе да кривичноправни појам радње захтева телесни покрет настао вољним актом, а поседовање, према томе, као 'стање без радње' не може да представља дело. Штавише, ту се ради о одређеној правнодогматској појмовној конструкцији, која је као таква већ дуго спорна у кривичноправној науци, и којој су у кривичноправној догматици супротстављени многи други појмови радње... Ништа не говори у прилог томе да се доносилац Устава својом формулацијом члана 103. став 2. Устава држао једног тако спорног кривичноправног појма радње...“ Према томе, законодавца ништа не спречава „да инкриминише и отпочињање или одржавање неког забрањеног стања које не би било повезано са неким телесним покретом... као нпр. недозвољено поседовање или чување опасних предмета“. Међутим, овој одлуци недостаје исказ о томе шта треба да постоји да би некоме неко збивање или стање могло да се урачуна као „дело“ или „чињење“.

III. Поседовање (имање стварне власти) као испољавање личности које је сасвим довољно за кривичноправни појам понашања

Без обзира на криминалополитичку легитимност деликта по-

⁴⁵ *Нови правни недељник* (Neue juristische Wochenschrift) 1994, 2412 ff; у том смислу в. и Савезни уставни суд, *Нови правни недељник* 1995, 248 ff.

седовања, о чему ће тек бити речи, мораћемо ипак да дозволимо могућност ових деликата у смислу уставног и кривичног права. Као прво, не може да се тврди да би у свим случајевима кажњиво могло да буде једино чињење или нечињење у смислу одређених предузетих или не предузетих телесних покрета.

Још је и Савезни уставни суд с правом указао на то да се читав низ различитих кривичноправних појмова радње бори за то да буде признат. Тако сам и ја развио један појам радње,⁴⁶ по којем „радња“ може да се схвати као „испољавање личности“. У складу с тим радња је све оно „што може да се сврста као психичко-интелектуални центар акције неког човека“. Schroeder указује на то.⁴⁷ Сматра, међутим, да овакав и остали покушаји „проширивања појма радње“ нису „у стању да поседовање протумаче као ’стање’ власти“. То је, међутим, заблуда. Наиме, тешко је оспорити да вољно имање стварне власти над неком ствари не представља испољавање личности власника. Ако неко поседује много књига или слика, онда у томе лежи карактеристично испољавање његове личности. Није ништа другачије ни у ситуацији када неко поседује оружје, експлозив, дрогу или дечју порнографију.

Дакле, поред тумачења чињења и нечињења као предузимања или не предузимања телесних покрета, и имање и вршење власти над стварима појављује се као самосталан облик радње у смислу испољавања личности. Тек недавно је Sinn⁴⁸ покушао да развије „теорију злочина засновану на моћи“, по којој се сви појавни облици кажњивих радњи тумаче као злоупотреба моћи. То је можда претерано.⁴⁹ Али, имање и вршење власти којом се угрожавају правна добра, и то у виду поседовања одређених предмета, може да буде један појавни облик могуће кажњиве радње.

Власт над стварима, отеловљена у поседовању, по правилу налази свој израз у предузимању или не предузимању одређених активности. Онај који поседује неку ствар, а у случају да је поседовање те ствари кривичноправно релевантно, неће само чувати и евентуално одржавати и користити ту ствар. Он ће такође пропустити да преда

⁴⁶ Роксин, *Кривично право, општи део*, том I, 4. издање, 2006, § 8 б рој 44.

⁴⁷ Schroeder, *Поседовање као кривично дело*, Свечаник посвећен Кацзмареку, 2006, 568.

⁴⁸ Sinn, *Осло бађање од казне на основу понашања трећих лица. Урачунавање и осло бађање путем моћи*, 2007, VIII.

⁴⁹ Усп. моју рецензију, *ЈЗ* 2007, 835.

или уништи ту ствар. Али, то су тек неке димензије вршења власти над стварима као самосталног испољавања личности које не може у потпуности да се поистовети са телесним покретом који је дефинисан предузимањем или непредузимањем.

Осим тога, постоје и неки други појавни облици деликтног понашања који не могу да се подведу под предузете или непредузете телесне покрете. Ту спадају, на пример, „статусни деликти“⁵⁰, као што је чланство у неком криминалном или терористичком удружењу, али и приправност да се по налогу изврши саботажа, или, пак, одржавање веза којима се угрожава мир или врши подвођење.⁵¹ Тумачењем радње као испољавања личности без проблема се обухватају ови и сви други појавни облици кажњивог (и не само кажњивог) понашања, због чега оно може одлично да послужи као темељни појам за све што би могло да буде кривичноправно релевантно.

Могућност конструкције кривичних дела поседовања може много боље да се образложи на овај начин него везивањем за неко нечињење. Додуше, за неке деликте поседовања карактеристичан је моменат нечињења утолико што лице које поседује одређену ствар пропусти да преда, пријави или уништи предмет који је у његов посед дошао у његовој доброј вери или без његовог учешћа. Али, као прво, поседовање у смислу стварне власти над предметом јесте нешто друго и нешто више од пуког неодустајања од поседа. А, као друго, овај моменат нечињења не постоји у најбитнијем случају везаном за деликт поседовања, а то је случај активног довођења забрањених предмета у посед. Ту, наиме, основ за кажњавање постоји још и пре него што је постојала могућност да се лице ослободи предмета који поседује.

IV. Оцена деликата поседовања са криминалнополитичког аспекта

Мој прелиминарни закључак је, дакле, да проблем у погледу допуштености деликата поседовања у сваком случају не настаје због њихове конструктивне немогућности или, пак, неуставности. Међутим, сасвим је друго питање да ли су такви деликти легитимни са криминалнополитичког аспекта, или би можда било бо-

⁵⁰ О томе в. Лампе, *Часопис за кривичноправне науке* 113 (2001), 896; Пастор Муњоз, *Деликти поседовања и статуса: криминалнополитичко и догматско при ближавање*, ГА 2006, 793 фф.

⁵¹ Последњи примери преузети из: Schroeder, в. фусноту б р. 18, 571.

ље да се оставе некажњивим због тога што по свом карактеру не представљају могућност непосредне повреде или угрожавања правних добара.

Не постоји један општеважећи одговор на ово питање. Штавише, за то би требало сваки случај посебно испитати, при чему би се показало да се различити деликти поседовања морају различито и оцењивати. Једно овакво излагање не оставља нам простора за то, пошто би свако од бића кривичног дела које се на тај начин истражује захтевало посебну научну расправу. Уместо тога, навешћемо као пример четири најважнија и најактуелнија деликта поседовања и даћемо летимичну оцену сваког од њих, у складу са његовим посебним одликама: поседовање оружја (1), поседовање наркотика (2), поседовање дечје порнографије (3) и поседовање средстава за допинг (4).

1. Поседовање оружја

У складу са §§ 51 и 52 Закона о оружју, поседовање оружја различитих врста кажњиво је. Јасно је да то оружје представља опасност тек када се употреби. Према томе, поседовање оружја може једино да се посматра као припрема кривичног дела убиства или наносења телесне повреде. А ни то није случај уколико власник тог оружја оружје није прибавио у намери извршења кривичног дела већ, на пример, за спортске активности, с циљем одбране од евентуалних напада или у намери да створи могућност извршења планираног самоубиства, или је, пак, у посед оружја дошао без свог учешћа (нпр. путем наследства). Ни могућност да трећа лица (нпр. укућани који се домогну оружја и њиме изазову несрећу) са умишљајем или без умишљаја злоупотребе то оружје не може да се сматра припремом кривичног дела од стране власника.

Дакле, кажњивост поседовања оружја тешко може да се образложи помоћу уобичајених критеријума који се оријентишу према стадијумима реализације кривичног дела. Пастор Муњоз,⁵² у оквиру своје анализе деликата поседовања, кажњивост поседовања оружја сматра основаном једино уколико је поседовање, које по себи није опасно, „праћено и недвосмисленим деликтним планом“. Уколико таквог плана нема, онда, чак и у случају да је власник оружја имао само скривене криминалне намере, постоји „само и једино претпоставка опасности“, а кажњавање такве претпоставке је нелегитимно. „Јер, овде је само могуће, али не и извесно, да власник планира да учини кривично дело. А кажњавање таквог понашања било би израз

⁵² Пастор Муњоз, в. фусноту б р. 21, 798, 803.

кривичног права које би се темељило на претпоставци извршења.“

Кажњивост неодобреног поседовања ватреног оружја, без обзира на његову првобитно планирану намену, такође може да се оправда, и то из два разлога. Први разлог је у томе што кажњивост поседовања тог оружја служи за заштиту телесног интегритета и живота и, тиме, за очување највиших правних добара, чије обезбеђење не може на довољно ефикасан начин да се постигне никаквом блажом мером. Ватрено оружје, како с правом тврди Нестлер,⁵³ „по логици Закона о оружју није само оруђе злочинаца, оно је и у рукама просечног грађанина који се нађе у спорној ситуацији, који жели да се одбрани, или који напросто неопрезно рукује тим својим оружјем ’прототип могућности да се учини кривично дело’“.

Колико опасан по живот може да буде либералан закон о оружју показује пример САД, где је из историјских разлога, чији је корен још у „пионирским временима“, оружје скоро свима доступно и где један уставни амандман даје право сваком Американцу да носи оружје с циљем самоодбране. У САД годишње скоро 3.000 деце и младих погине од ватреног оружја.⁵⁴ У просеку свакога дана 30 људи изгуби живот од ватреног оружја. Нестлер⁵⁵ је израчунао да је на тај начин за три године живот изгубило више Американаца него за време рата у Вијетнаму.

Начело на којем се заснива немачки закон о оружју „Што је могуће мање оружја међу становништвом“⁵⁶ представља, према томе, потпуно одговарајуће средство заштите живота и телесног интегритета. Прилично је незамисливо да би та заштита могла да се постигне блажим средствима – на пример, „запленом и изрицањем новчане казне“⁵⁷ – већ и због тога што би то имало далеко мањи ефекат табуизације. Треба имати на уму и то да законодавцу на располагању стоји широко поље за процену у погледу начела супсидијарности.⁵⁸

Уз то постоји још један разлог. Када би поседовање опасног оружја било некажњиво, или када би оно било доступно свима, и

⁵³ Нестлер, в. фусноту б р. 2, 69

⁵⁴ Усп. Kluever, *Sueddeutsche Zeitung* 14/15. јули 2007, стр. 3.

⁵⁵ Нестлер, в. фусноту б р. 2, 70, прим. б р. 27.

⁵⁶ О томе в. Нестлер, в. фусноту б р. 2, 69.

⁵⁷ Нестлер, в. фусноту б р. 2, 71, оставља ово питање отвореним.

⁵⁸ Усп. Роксин, в. фусноту б р. 17, § 2 б р ој 101.