

*Мр Душица Миладиновић-Стефановић, асистент  
Правни факултет Унверзитета у Нишу*

## **ОДМЕРАВАЊЕ КАЗНЕ ЗА КРИВИЧНО ДЕЛО УЧИЊЕНО ИЗ МРЖЊЕ<sup>1</sup>**

**Апстракт:** *Изменама и допунама Кривичног законика из 2012. године уведена је посебна околност за одмеравање казне за кривично дело учињено из мржње због припадности раси, вероисповести, националне или етничке припадности, пола, сексуалне оријентације или родног идентитета другог лица. Кратак период протекао од њеног уграђивања у наш кривичноправни систем утицао је на то да она још увек није теоријски обрађена, нити је доживела обимнију примену у судској пракси која би искристалисала одређене ставове о њој. То је и привукло пажњу ауторке, која настоји да овим радом одговори на два кључна питања – прво, да ли је оправдано увођење овакве околности, посматрајући капацитете домаћег законодавства пре њеног нормирања, тенденције кретања злочина мржње у нашој земљи, обавезе потекле из међународних докумената и компаративноправна искуства, и друго, какви се проблеми могу очекивати у њеној примени и на који начин би могли бити превазиђени.*

**Кључне речи:** *посебна околност за одмеравање казне за кривично дело учињено из мржње, побуде из којих је дело учињено, редовно одмеравање казне, злочини мржње.*

---

<sup>1</sup> Чланак представља резултат истраживања на пројекту „Људска и мањинска права у европском правном простору“, под редним бројем 14043Д, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

## **Увод**

Новелирање Кривичног законика Републике Србије, извршено крајем 2012. године, увело је у законски каталог олакшавајућих и отежавајућих околности и *посебну околност за одмеравање казне за кривична дела учињена из мржње због припадности раси и вероисповести, националне или етничке припадности, пола, сексуалне оријентације или родног идентитета другог лица.*<sup>2</sup> Законска систематика (издвајање у засебан члан), као и наглашено облигаторно отежавајуће дејство, говоре о специфичности новог критеријума. Њиме је учињен раскид са традиционалним моделом редовног одмеравања казне, који почива на отвореној листи вредносно неутралних релевантних околности.<sup>3</sup> Описана интервенција је пред кривичноправну теорију ставила два значајна питања – прво, да ли има оправдања за овакву измену, и друго, какви се проблеми могу појавити у примени, утврђивању и вредновању посебне околности.

## **1. Анализа оправданости увођења мотива мржње као обавезне отежавајуће околности**

Може се претпоставити да је *ratio legis* нормирања посебне околности потреба да се поставе потпуније законске основе за заштиту од социјално патолошке појаве познате под називом злочини мржње.<sup>4</sup> У криминолошкој теорији постоје различити приступи дефинисању овог

<sup>2</sup> Закон о изменама и допунама Кривичног законика, *Службени гласник РС*, бр. 121/12.

<sup>3</sup> Он представља карактеристику нашег система још од Кривичног законика из 1951. године (*Службени лист ФНРЈ*, бр. 13/51). Видети члан 38. Законика.

<sup>4</sup> Термин злочини мржње је у широј употреби је од 90-тих година прошлог века, тачније од доношења чувеног америчког закона *The Hate Crime Statistics Act-a* из 1990. године. Не само у нашем него и у другим језицима прихваћен је дословни превод енглеског *hate crime*, што се види, на пример, из назива *Hassdelikten* (немачки), *crimes inspires par la haine* (француски), *преступления на почве ненависти* (руски), иако се у криминолошкој литератури спорадично срећу и неке друге, додуше, неадекватне алтернативе, попут *bias crime* (злочин из предрасуда), *ethno crime* (етнокриминалитет), *targeted violence* (циљано насиље), *systematic violence* (систематско насиље), *oppressive violence* (опресивно насиље). Више о томе у В. Perry: *A Crime by any Other Name: The Semantics of Hate*, *Journal of Hate Studies*, vol. 4, 2005-2006. године, стр. 129-135. и Е. А. Stanko: *Re-Conceptualizing the Policing of Hatred: Confessions and Worrying Dilemmas of a Consultant*, *Law and Critique*, no. 12, 2001. године, стр. 318-329. У домаћој литератури је присутан и резервисан став према овом називу, јер „... тиме као да се хоће рећи да постоје и неки други злочини, злочини љубави, а што би било апсурдно, осим ако се не ради о еутаназији...“. Видети у Ј. Ћирић: *Злочини мржње: америчко и балканско искуство*, Темида, бр. 4, 2011. године, стр. 21.

типа криминалитета, а из масе одређења може се издвојити дефиниција потекла од Канцеларије за демократске институције и људска права (ODIHR) Организације за европску безбедност и сарадњу (OSCE), која злочине мржње посматра као свако кривично дело, укључујући дела против људи и имовине, где је жртва, објекат или циљ напада изабран због њихове стварне или препостављене везе, контакта, укључености, подршке или чланства у групи, формираној по основу расне, националне или етничке припадности, језика, боје или религијске припадности, пола, година, психичких или физичких недостатака, сексуалне оријентације или других сличних одредница.<sup>5</sup> У домаћој литератури се на мање-више сличан начин говори о злочинима мржње.<sup>6</sup> Иако је борба против злочина мржње потпуно оправдан и легитиман циљ, вредност новеле се потпуније може сагледати тек када се доведе у контекст с ранијим законским капацитетима да се суоче са овом појавом, али и са распрострањеношћу оваквих дела у пракси. Поред тога, критичко преиспитивање не би било потпуно и без осврта на компаративно право, како би се на основу страних законских модела и искустава добиле корисне информације о томе шта се показало као најефикаснији механизам заштите.

Не би било исправно претпоставити да пре најновијих измена и допуна КЗ-а домаће законодавство уопште није садржало одговоре на злочине мржње. Изостанак таквих механизма је једноставно немогућ и то из два разлога. Најпре, наша држава је потписивањем и ратификовањем Међународне конвенције УН о укидању свих облика расне дискриминације из 1965. године преузела обавезу да инкриминише акте мржње.<sup>7</sup> Затим, Устав изричито наводи да је забрањено и

5 OSCE (ODIHR), *Challenges and Responses to Hate-Motivated Incidents in the OSCE Region*, 12. октобар 2006. године, преузето са <http://www.osce.org/odihr/21629>.

6 Ђ. Игњатовић: *Злочини мржње*, Правни живот, бр. 9, 2005. године, стр. 5-6, М. Ковачевић: *Злочини мржње и нормативно регулисање*, Темида, бр. 4, 2011. године, стр. 55, М. Трипковић: *Експанзија мржње: основна обележја масовних злочина мржње*, Темида, бр. 4, 2011. године, стр. 39. и др.

7 *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 6/67. Конвенција обавезује чланице да предузму различите мере са циљем сузбијања дискриминације, укључујући и то да одређена понашања предвиде као кривична дела, а пре свега свако ширење идеја заснованих на супериорности или расној мржњи, свако подстицање на расну дискриминацију, сва дела насиља и позивање на таква насиља уперена против свих раса или сваке групе друге боје или другог етничког порекла, као и пружање помоћи расистичким активностима, подразумевајући ту и њихово финансирање. Државама је наложено и да прогласе за незаконите и забране организације и активности организоване пропаганде и сваку другу врсту пропагандне активности која подстиче на расну дискриминацију и која је помаже, као и да прогласе да је учешће у овим организацијама

кажњиво изазивање и подстицање расне, националне, верске или друге неравноправности, мржње и нетрпељивости (чл. 49).<sup>8</sup> Тако су на основу међународних и уставних обавеза настале следеће инкриминације – изазивање националне, расне и верске мржње и нетрпељивости (чл. 317.) и расна и друга дискриминација (чл. 387).<sup>9</sup> Не може остати непримећено да инкриминација из члана 317. делимично одговара на уставну обавезу, јер је формулација из Устава таква да предвиђа санкционисање поступака којима се изазивају неравноправност, мржња и нетрпељивост уопште, а не само када је умишљај учиниоца усмерен на остваривање последица искључиво међу групама које живе у Србији. То значи да се Устав определио за ширу заштиту него Законик. Отуда би се могло поставити питање да ли је законска одредба у складу са Уставом и да ли се ту отворио простор за интервенцију у области кривичног права. Када се одредбе КЗ-а упореде са Конвенцијом приметно је да КЗ инкриминише све акте које прописује Конвенција, идући чак и корак даље предвиђањем оштећења имовине. Једино функционисање расистичких организација није покривено Закоником, али је оно регулисано Уставом, или њиховим активностима законом кажњиво дело. Посебно је истакнуто да државе не смеју да дозволе јавним властима и јавним националним или локалним установама да подстичу на расну дискриминацију или да је помажу.

8 Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 83/06.

9 Основни облик изазивања мржње и нетрпељивости се састоји у изазивању и распиривању националне, расне, или верске мржње или нетрпељивости међу народима или етничким заједницама које живе у Србији. Дело добија тежи облик ако је учињено принудом, злостављањем, угрожавањем сигурности, излагањем порузи националних, етничких или верских симбола, оштећењем туђих ствари, скрнављењем споменика, спомен-обележја или гробова, док најтежи облик настаје ако су претходна два учињена злоупотребом положаја или овлашћења или ако је услед тих дела дошло до нереда, насиља или других тешких последица за заједнички живот народа, националних мањина или етничких група које живе у Србији. Са друге стране, расна и друга дискриминација постоје када се на основу разлике у раси, боји коже, националности, етничком пореклу или неком другом личном својству крше основна људска права и слободе зајемчене општеприхваћеним правилима међународног права и ратификованим међународним уговорима, односно, када се дело врши прогањањем организација и појединаца због њиховог залагања за равноправност људи. Тежи облик се састоји у ширењу идеје о супериорности једне расе над другом или пропагирању расне мржње или у подстицању на расну дискриминацију. Инкриминисано је и ширење или на други начин чињење јавно доступним текстова, слика или сваког другог представљања идеја или теорија које заговарају или подстрекавају мржњу, дискриминацију или насиље против било којег лица или групе, засноване на раси, боји коже, верској припадности, националности, етничком пореклу, или неком другом личном својству. У радње овог дела спада и јавна претња да ће против лица или групе лица због припадности одређеној раси, боји коже, вери, националности, етничком пореклу, или због неког другог личног својства бити извршено кривично дело за које је запрећена казна затвора већа од четири године.

који забрањује деловање политичких странака, верских заједница и било ког другог удружења усмереног на изазивање расне, националне, и верске мржње односно нетрпељивости, уз постављање надлежности Уставног суда да забрани деловање таквих организација (чл. 44. ст. 3.). Међутим, иако Законик штити исте групе као и Конвенција, могло би се дискутовати о томе да ли њен смисао у потпуности испоштован, с обзиром на поменути недостатак члана 317, који инкриминише изазивање мржње и нетрпељивости према групама унутар наше државе.

Када се већ говори о међународним изворима, требало би поменути и Оквирну одлуку о борби против извесних облика изражавања расизма и ксенофобије мерама кривичног права,<sup>10</sup> која садржи читав сет мера, укључујући и обавезу да се мотив мржње експлицитно предвиди као отежавајућа околност или да се на други начин омогући да буде узет у обзир приликом одмеравања казне (чл. 4.). Смернице за национална законодавства у овој области, такође, садрже и поједини необавезујући међународни документи, значајни због процеса придруживања Европској унији. Наиме, у оквиру Савета Европе је основана Европска комисија против расизма и нетолеранције (European Commission against Racism and Intolerance – ECRI). Комисија је сачинила десетак препорука државама чланицама о могућим путевима сузбијања различитих облика нетолеранције. Препорука о генералној политици број 1 односи се на борбу против расизма, ксенофобије, антисемитизма и нетолеранције.<sup>11</sup> Она истиче да „обична“ кривична дела са расистичким или ксенофобичним мотивима треба дефинисати теже или омогућити да мотиви буду посебно уважени приликом одмеравања казне, што значи да су државама стављене на располагање две опције – да мржњу третирају или као квалификаторну околност код одређених кривичних дела или као општу отежавајућу околност. Препорука о генералној политици број 7, посвећена мерама против расизма и расне дискриминације, поред осталог, предлаже да расна мотивација има карактер отежавајуће околности. Слично је и са Препоруком о генералној политици број 9 која, бавећи се заштитом од антисемитизма, државама сугерише да под

---

10 *Council Framework Decision (2008/913/JHA)*, од 28.11.2008. године. Одлука је доступна на [eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:328:0055:0058:EN:PDF](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:328:0055:0058:EN:PDF).

11 Комисија је донела четрнаест препорука са мерама за сузбијање дискриминације и злочина мржње, али се све не односе на кривично право. Текстови препорука се могу наћи на [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/library/publications\\_en.asp#P977\\_11093](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/library/publications_en.asp#P977_11093).

расну мотивацију сврстају и антисемитску, као и да дела са оваквим субјективним супстратом кажњавају теже од „обичних“.

Поред наведеног, статус мотива мржње у европском правном простору одредила је и Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, мада га нигде експлицитно не наводи, што се може закључити из праксе Европског суда за људска права. У низу новијих одлука констатовано је да државе чланице имају обавезу према Конвенцији да испитују да ли је дело настало из мотива мржње, у супротном, суочавају се са тиме да се пресуде њихових судова третирају као повреда члана 14, који се односи на принцип недискриминације, а неки од примера су предмети *Nachova and Others v. Bulgaria*, *Sesic v. Croatia*, *Soare and Others v. Romania*.<sup>12</sup>

Даља анализа домаћег нормативног плана показује да, поред посебних кривичних дела, постоји још један додатни и веома флексибилан механизам против злочина мржње. И раније је без икаквих сметњи било могуће вредновати мржњу приликом редовног одмеравања, јер наше кривично законодавство традиционално обавезује суд да се бави и мотивационим аспектима кривичног дела. Формулација „побуде из којих је дело учињено“ је најапстрактније природе, тако да се било који мотив, па и мржња, могу неспутано оцењивати.

Када се све сумира постаје евидентно да наше законодавство инкриминише злочине мржње у тзв. ужем смислу. Њима се пружа заштита „класичним“ групама, те се нигде изричито не помињу групе формиране по полу, сексуалној оријентацији, годинама старости, физичком или психичком здрављу и слично, мада се код дискриминације наводе „друга лична својства“, под која би се све ово могло подвести. Закоником нису прописани ни квалификовани облици „обичних“ дела уколико су она учињена из мржње (сем тешког убиства где је мржња обухваћена „другим ниским побудама“), што би отворило проблем која од њих изабрати. Консултовање криминолошке литературе водило би ка нереалним захтевима, пошто овај тип криминалитета постоји када је учињено било које дело под условом да је учинилац био мотивисан мржњом. Стога је примена овог концепта у пуном смислу нерационална и тешка, те би се законодавац морао ограничити, рецимо, на типична дела општег криминалитета (убиство, телесне повреде, силовање и слично). Надаље, побуде из којих је дело учињено, као што је већ поменуто, због општости формулације могу да „апсорбују“ различите случајеве. Овде нема никаквог ограничења по питању предмета мржње, према којој

---

12 Пресуде се могу наћи на [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

год групи била усмерена она ће бити уважена. У том смислу, „побуде“ су свеобухватније од нове околности „мржња због припадности раси и вероисповести, националне или етничке припадности, пола, сексуалне оријентације или родног идентитета другог лица“. Тако посматрано, измена уопште није била неопходна, мада шаље јасан сигнал суду да се ради о посебно опасној криминогеној мотивацији, која се мора узети за отежавајућу околност. Не би требало изоставити ни још једну, можда не тако приметну разлику између компарираних околности. „Нова“ инсистира на припадности групи, а ако се то уско схвати као истинска или реална припадност некој од таксативно набројаних, онда није „покривен“ случај када је учинилац погрешно сматрао да је жртва њен члан. „Старе“ побуде су и по овом питању погодније, мржња се увек урачунава, независно од тога да ли је припадност некој групи стварна или умишљена. Такође, општост „побуда“ оставља простор да се обухвати и случај када је дело мотивисано мржњом према некој групи, али се не врши непосредно према њеном припаднику, већ према лицу које штити или промовише права и интересе те групе.

Поред евентуалних недостатака у нормативи, разлог за увођење посебне околности могла би бити и ескалација злочина мржње у пракси. Тешко је проценити да ли се то код нас дешава; званична статистика нигде посебно не бележи злочине мржње. Једино на шта се можемо позвати јесу подаци о делима из члана 317. и 387, а њих обично има само неколико годишње.<sup>13</sup> Статистика вероватно и не даје праву слику, јер су остала „невидљива“ сва друга „обична“ дела мотивисана мржњом. Затим, није неосновано ни запитати се и да ли мали број пресуђених дела говори о високој тамној бројци дела из члана 317. и 387. Све то наводи на тражење алтернативних извора у медијима, извештајима невладиних или међународних организација, али је сигурно да им треба приступити са резервом, јер ни они нису без недостатака. Познато је да предимензионирана медијска пажња може створити погрешан утисак да је нека појава заступљенија него што реално јесте, да не

<sup>13</sup> Подаци Републичког завода за статистику говоре да је у 2010. години од укупно 21.681 осуђеног пунолетног лица само деветоро осуђено за изазивање националне, расне и верске мржње и нетрпељивости, односно, за расну дискриминацију само једно лице. Збирно посматрано, у питању је минорна заступљеност у структури криминалитета од око 0,04%. Подаци су преузети из *Саопштења РЗС, бр. 201, год. LXI*, од 15.07.2011. године, стр. 10. и 11. Слични су и показатељи за 2011. годину – за изазивање националне, расне и верске мржње и нетрпељивости је осуђено шесторо лица, а осуда за расну и другу дискриминацију није било, што у односу на укупан број осуђених пунолетних лица (30.807) представља занемарљив удео од око 0,02%. *Саопштење РЗС, бр. 203, год. LXII*, од 19.07.2012. године, стр. 10. и 11.

помињемо погодности политизације ових питања. Судаћи по медијском извештавању, најзаступљенији су испади према припадницима лгбт популације и припадницима ромске мањине. О запажањима разнородних домаћих невладиних организација неће бити посебно речи, како многе од њих прикупљене податке достављају међународним организацијама, те је, концизности ради, погодније осврнути се на међународне извештаје у којима је све то обједињено. Посебно место међу њима има Канцеларија за демократске институције и људска права (ODIHR), која сваке године сачињава извештај о злочинима мржње у OSCE региону. Када су у питању расистички и ксенофобични инциденти евидентирано је неколико случајева напада на имовину, без конкретнијег назначења броја, као и једна телесна повреда.<sup>14</sup> Забележени су и напади на Роме – три телесне повреде, три графита са садржајем који распирује мржњу и један случај подметања пожара.<sup>15</sup> Најбројнија су дела са хомофобичном мотивацијом – петнаест напада на телесни интегритет (укључујући и тешке телесне повреде), три претње, три оштећења имовине.<sup>16</sup> Остале категорије које се евидентирају (антисемитска дела, дела против хришћана и припадника других вероисповести, дела против особа са физичким и психичким сметњама или против лица из неке друге групе) нису уочена. Укратко, када се упореде са другим земљама ова дела не одскачу неком изузетном бројношћу нити тежином испољавања. Упркос томе, Србији је препоручено да обезбеди ширу имплементацију кривичног права у случајевима злочина мржње, да предвиди мржњу као отежавајућу околност, да помогне едукацију судија, као и да предузме мере у циљу охрабривања сведока и жртва да пријављују оваква дела.<sup>17</sup>

Такође, може се поставити питање и какви се закључци добијају из компаративноправне анализе. Она указује да кривичноправна реакција на злочине мржње може имати различите форме, у зависности од више фактора, попут преданости државе у испуњавању међународних обавеза, структуре становништва, историјских прилика, карактеристика правног система и слично. У земљама које су узете у разматрање примећени су следећи механизми: прописивање посебних дела, квалификованих обли-

---

14 *Hate Crimes in the OSCE Region, Annual Report for 2011*, Warsaw, November, 2012. године, стр. 48. Преузето са [www.osce.org/odihhr](http://www.osce.org/odihhr). Сви наведени подаци се односе на Србију без Косова и Метохије.

15 *Op. cit.*, стр. 57.

16 *Op. cit.*, стр. 84.

17 Видети тачку 18. у *ECRI Report on Serbia (fourth monitoring cycle)*, 31.05.2011. године. Преузето са <http://coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/Country-by-country/Serbia/Srb-CbC-IV-2011-021-ENG.pdf>.



ка „обичних“ дела и обавеза урачунавања мржње као отежавајуће околности. Посебна кривична дела се јављају као изазивање мржње и ширење расистичких идеја,<sup>18</sup> дела насиља у виду повреде или угрожавања физичког интегритета, као и наношење штете,<sup>19</sup> негирање злочина из прошлости,<sup>20</sup> расистичко и слично удруживање и организовање.<sup>21</sup> Мотив мржње као квалификаторна околност није посебно распрострањен у посматраном узорку, нити је број дела која добијају тежи вид услед ове околности велик.<sup>22</sup> Поред тога, у делу законодавстава мотив мржње има и статус отежавајуће околности,<sup>23</sup> а најчешће су обухваћене расне, националне и религијске групе. Анализирање компаративног права показује да се државе не задржавају на једном механизму, јер омогућавају да се негативна појава о којој се овде говори кажњава као посебно кривично дело, али и да се код свих осталих дела мотив мржње призна приликом одмеравања казне. Тако је мржња као отежавајућа околност допунски филтер, јер спречава да овај негативан мотив остане некажњен код дела која нису инкриминисана као посебни злочини мржње.

Претходно излагање показује да домаће законодавство, и поред извесних недостатака, битно не заостаје ни за упоредним правом, чак

---

18 На пример, у законодавству Немачке (растурање пропагандног материјала неуставних организација, чл. 86; коришћење симбола неуставних организација, чл. 86а; агитација, чл. 130.), Русије (изазивање мржње, непријатељства и понижавања људског достојанства, чл. 282.), Шведске (агитација против националне или етничке групе, глава 16, поглавље 8.), Канаде (подстицање на мржњу, чл. 319.), Републике Српске (изазивање расне или верске мржње, раздора или нетрпељивости, чл. 390.), Хрватске (расна и друга дискриминација, чл. 174. ст. 3.), Црне Горе (изазивање националне, расне и верске мржње, раздора и нетрпељивости, чл. 370.) и друга. Обично су заштићене стандардне групе, у складу са Конвенцијом, мада има и другачијих примера (канадски КЗ помиње сваку групу која се може идентификовати).

19 Овакве инкриминације су ретко заступљене. Видети КЗ Бугарске, чл. 162. ст. 2. (примена насиља или наношење штете због припадности националности, раси, религији или политичког опредељења) и чл. 163. (учествовање у групи која врши насиље према групи одређене националне или верске припадности, према припадницима групе или њиховој имовини).

20 Овде постоје извесне разлике, јер нека законодавства говоре о злочинима за време владавине националсоцијализма (чл. 3х КЗ Аустрије, чл. 130. ст. 3. КЗ Немачке), а нека о геноциду (чл. 300. ст. 1. КЗ Словеније) итд.

21 Чл. 85. КЗ Немачке (непоштовање забране организације) или чл. 282. ст. 1. (организовање екстремистичке заједнице) и чл. 282. ст. 2. КЗ Русије (организовање активности екстремистичке заједнице).

22 Обично се ради о убиству, нарушавању телесног интегритета и непоштовању преминулог и места сахрањивања. Рецимо, КЗ Русије (чл. 105. ст. 2. тач. 4. и чл. 244.).

23 Русија (чл. 63. ст. 1.), Украјина (чл. 67. ст.1.), Аустрија (чл. 33(5)) и др.

ни пре најновијих измена. Законски капацитети очигледно постоје, али остаје питање да ли се у којој мери они и користе. Претпоставка да је одговор одречан, може бити аргумент у прилог увођења нове околности. Међутим, било би неозбиљно и наивно веровати да ће то решити проблем злочина мржње. У теорији је познато да због природе овог типа криминалитета у чијем корену леже предрасуде према другима кривично право не представља ни једино ни најадекватније средство борбе. Оно не може да преузме улогу васпитања, образовања и сличних мера чији је циљ развијање опште атмосфере толеранције и демократских друштвених односа.<sup>24</sup> Штавише, неки домаћи аутори, сматрају овакво издвајање контрапродуктивним: „... стварање било каквих скала по којима угрожавање једног грађанина вреди мање или више од угрожавања другог грађанина не може да се толерише ... јер би само ишло у прилог тврдњи да постоји нека суштинска разлика између дела према припадницима једне одређене групе, иако пред законом сви морамо бити једнаки“.<sup>25</sup> Страна теорија, која се много подробније бавила истраживањем злочина мржње, пружа опет низ аргумената у прилог тезе да мржња „заслужује“ издвајање, јер је њено присуство, по правилу, скопчано са низом других негативних околности, најпре са чињеницом да су учиниоци код којих је утврђена „непоправљиви“ и лишени кајања, они редовно поносно признају дело, како би се тако додатно афирмисали у кругу својих истомишљеника.<sup>26</sup> Поједина истраживања говоре и да су психолошке последице дела мотивисаних мржњом много дубље, да жртве више пате, да им је тешко да рационализују оно што им се догодило, јер су постале мете не због неког свог (макар и минорног) доприноса, него због личног својства, из чега проистиче обеспокојавајући закључак да неће моћи да се заштите од нових напада, како не могу

24 T. A. Shai: *Taking a Stand: The Role of the Early Childhood Teacher in Educating against Homophobia*, Journal of Hate Studies, vol. 9, 2011. године, стр. 149, J. A. Jankoski: *Socialization and Hate: Can Higher Education Make a Difference*, Journal of Hate Studies, vol. 9, 2011. године, стр. 165, J. Ђирић: *op. cit*, стр. 29, М. Ковачевић: *op. cit*, стр. 61-62. и др. Међу страним теоретичарима има мишљења да се злочини мржње, упркос извесним тешкоћама као што су неравнотежа моћи између учиниоца и жртве, повећан страх од секундарне виктимизације, тешко успостављање статуса quo ante, могу успешно решавати управо избегавањем примене кривичног права и прибегавањем алтернативним механизмима попут медијације. T. Gavrielides: *Restorative practices & Hate Crime: Opening the Debate*, Темида, бр. 4, 2001. године, стр. 13-17.

25 М. Ковачевић: *op. cit*, стр. 58. Супротан став о потреби проширивања заштите на остале групе ван традиционалних у М. Трипковић: *op. cit*, стр. 51.

26 J. B. Jacobs, K. A. Potter: *A Hate Crimes: A Critical Perspective*, Crime and Justice, no. 22, 1997. године, стр. 13.

сакрити припадност полу, раси, физички недостатак или неко слично својство.<sup>27</sup> Уз све то, природа злочина мржње је таква да нужно погађа и лица која нису непосредне жртве, припаднике исте групе по принципу идентификације, али и друштво у целини, због „запаљивог“ капацитета да изазове интергрупне сукобе.<sup>28</sup>

## **2. Потенцијални проблеми у вези са утврђивањем и вредновањем мотива мржње**

Теоријске дефиниције мржње присутне у домаћој литератури делују потпуно разумљиво, наводећи да је она „*непријатељско осећање према некоме које представља основ за стварање конфликтних ситуација и предузимање одређених акција, услед чега могу настати тешки поремећаји у односима*“ или „*стање неповерења, осећање нетолерантности и одбојности*“,<sup>29</sup> односно „*јако негативно осећање које представља погодно тле за предузимање разних ексцесних понашања, па и кривичних дела*“.<sup>30</sup> Међутим, утврђивање овог мотива, као и било ког другог, може бити скопчано са одређеним проблемима, који доводе до појаве да се мотив често неоправдано занемарује у процесу одмеравања казне, о чему сведоче поједина емпиријска истраживања.<sup>31</sup> Постоји мишљење да судије имају отпор према психолошким вештачењима (мада се мотив у многим случајевима може утврдити и без њих), правдајући се тиме да воде одуговлачењу и неекономичности судског поступка, умањивању одговорности учиниоца по једнима, односно угрожавању положаја окривљеног по другима.<sup>32</sup> Тако испада да ће суд радије занемарити мотив, него што ће затражити стручну експертизу. Када се ставе по страни ова општа места, може се претпоставити да ће се судови овде суочити са тешкоћама у две потпуно различите ситуације

27 У једном од истраживања о последицама злочина мржње утврђено је да је жртвама хомосексуалцима било потребно око пет година да престану да осећају рањивост, депресију или бес због дела, док је у контролној групи састављеној од жртава осталих дела тај процес трајао око две године. С. Ј. Cogan: *Hate Crimes as a Crime Category Worthy of Policy Reaction*, *American Behavioral Scientist*, vol. 46, no. 1, 2002. године, стр. 178.

28 Р. Iganski: *Hate Crimes Hurt More*, *American Behavioral Scientist*, vol. 45, no. 4, 2001. године, стр. 626-638.

29 Љ. Лазаревић: *Коментар Кривичног законика Републике Србије*, Београд, 2008. године, стр. 782.

30 З. Стојановић: *Коментар Кривичног законика*, Београд, 2007. године, стр. 689.

31 Ј. Ћирић, Ђ. Ђорђевић, Р. Сепи: *Казнена политика судова у Србији*, Београд, 2006. године, стр. 90. и надаље.

32 М. Костић: *Форензичка психологија*, Београд, 2002. године, стр. 158.

– када се чини да је мотив мржње очигледан на основу описа дела и када мотив мржње на први поглед није уочљив иако заправо постоји. У настојању да их разреше, страни теоретичари су створили концепт тзв. нормалног злочина мржње, заснованог на понављању одређених ситуација у пракси. Тако оформљена слика типичног злочина мржње требало би да омогући суду да на основу спољних карактеристика, без психолошког испитивања, изведе закључак да мотив мржње постоји.<sup>33</sup> Руковођене оваквом идејом неке државе су сачиниле посебна упутства са циљем да помогну доказивање овог мотива, а посебну пажњу привлаче веома комплексне смернице настале у САД.<sup>34</sup> У недостатку неког сличног домаћег извора могу послужити као идеја о чему би све требало водити рачуна:

- да ли су у конкретном случају учинилац и жртва различите расе, националне припадности, сексуалне оријентације и слично;
- да ли је учинилац усмено, писаним путем или конклюдентним радњама испољио предрасуде према жртви (на пример, расистички коментар или опаска);
- да ли се на месту извршења могу пронаћи цртежи, ознаке, симболи, или графити који указују на предрасуде (свастика на вратима синагоге и слично);
- да ли су коришћени предмети који указују на предрасуде (беле капуљаче преко лица, крст који гори и слично);
- да ли је жртва припадник групе која је у великој мањини у средини у којој се десило кривично дело (овај фактор са протеклом времена губи на значају, односно, значајнији је уколико се злочин догодио одмах након што се жртва доселила у то место);
- да ли је жртва била у посети крају у којем су се претходно догодили инциденти против припадника групе којој припада и жртва и да ли су ту и даље присутне тензије према тој групи;
- да ли се догодило неколико инцидената на истом месту или у приближно слично време у којима се као жртве појављују припадници исте расе, религије, нације и слично;

33 В. Mc Phail, V. Jenness: *To Charge or Not to Charge? - That is the Question: The Pursuit of Strategic Advantage in Prosecutorial Decision-Making Surrounding Hate Crime*, Journal of Hate Studies, vol. 4, 2005-2006, стр. 102. и надаље.

34 Најновија верзија *Hate Crime Data Collection Guidelines and Training Manual*, преузета са <http://www.fbi.gov/about-us/CIIIS/ucr/hate-crime/data-collection-manual>.

- да ли је велики део заједнице стекао утисак да се ради о злочину мржње;
- да ли је жртва била укључена у активности којима се промовише њена расна, национална, верска, сексуална или друга припадност (учествовање у геј паради или покрету за права жена и др.);
- да ли је дело извршено на празник или дан који је посебно значајан за припаднике одређене групе;
- да ли је учинилац претходно учествовао у сличним инцидентима или је члан организације која подстиче злочине мржње;
- да ли постоје индикације да је у инцидент укључена организована група која подстиче злочине мржње (на пример, таква група је преузела одговорност за напад или је активна на том простору);
- да ли између групе којој припада учинилац и оне којој припада жртва постоји одређени историјски анимозитет;
- да ли жртва, иако сама није припадник одређене расне, верске националне или друге групе, учествује на неки начин у раду организација за заштиту и промоцију права одређене друштвене групе;
- да ли је сама жртва стекла утисак да се ради о злочину мржње.<sup>35</sup>

Што је више околности кумулирано у неком случају, већа је вероватноћа да се ради о злочину мржње. Међутим, и сами творци Упутстава, с пуним правом, упозоравају на опасности механичког закључивања и упућују на то да је сваки случај јединствен, уз посебно упозорење да постоји и могућност инсценације дела, тј. извршења дела од стране припадника једне групе са циљем да се припише припадницима неке друге групе. Овде би требало додати да је у теорији познато да су учиниоци злочина мржње обично припадници већинских група, а жртве су углавном мањине, али и да то није једини модалитет овог облика криминалитета. Постоје и напади мањина на већину, јер ни мањине нису „оперисане“ од предрасуда, као што и једна мањинска група може бити у конфликту са неким другим мањинским групама (тзв. хоризонтално непријатељство).<sup>36</sup>

35 *Hate Crime Data Collection Guidelines and Training Manual*, стр. 5-6.

36 J. B. White, E. J. Langer: *Horizontal Hostility: Relations between Similar Minority Groups*, *Journal of Social Issues*, vol. 55, no. 3, 1999. године, стр. 537.

Поред утврђивања да ли постоји мржња, спорно може бити и њено вредновање, у смислу квантификавања мере отежавајућег дејства. Како су у корену мржње предрасуде према „другима“ психолошко испитивање треба да утврди колико су дубоко укорене и (не) поправљиве. На тај начин се успоставља разлика између „обичне“ и „патолошке мржње“ која означава „*свеукупно душевно стање учиниоца, који услед постојања свепрожимајућег, компулзивног осећаја мржње који потпуно конзумира његову психу, није у стању да води нормалан живот*“,<sup>37</sup> наравно, уз претпоставку да не постоји душевна поремећеност која би искључивала кривицу. И страна криминолошка литература нуди извесне идеје у феноменолошким разматрањима о врстама злочина мржње. Посебно је значајна деоба на злочине из забаве (*thrill-seeking hate crimes*), одбрамбене (*defensive hate crimes*), мисионарске (*mission hate crimes*) и злочине мржње из освете (*retaliation hate crimes*).<sup>38</sup> Први немају јасан разлог и представљају или узбуђење за учиниоце или се врше као обред иницијације ради пријема или стицања статуса у групи, што је чест случај са малолетницима. Други потичу из веровања да припадници одређене групе узурпирају или макар полажу право на нешто за шта учинилац сматра да припада његовој групи, што подразумева веома висок ниво рационализације дела, тј. висок степен кривице. Трећи, нису значајни за одмеравање казне, јер се срећу код особа са психичким поремећајима обележеним суманутом идејом да учинилац има „мисију“ да се бори против зла оличеног у представницима неке групе. Четврти, злочини мржње из освете, настају као одговор на претходно учињено дело из мржње, који се у изузетним ситуацијама на општељудском плану могу разумети, иако се не могу оправдати.

Други аспект посебне околности односи се на предмет мржње и он, такође, носи извесне дилеме. Најпре се може поставити питање принципа на основу којих је законодавац извршио селекцију група. Криминолошка литература сигурно није била водич, јер се из ње види да је свака друштвена група подобна да буде предмет мржње, као ни ставови дела домаћег невладиног сектора, јер се и он залаже за екстензивну заштиту (раса, национална и етничка припадност, вероисповест, језик, пол, сексуална опредељеност, политичко и друго мишљење и опредељење, друштвено порекло, као и било које друго лично својство).<sup>39</sup> Очигледно

37 М. Трипковић: *op. cit*, стр. 49.

38 J. Levin, J. Mc Devitt: *Hate Crimes Revisited: America's War on those who are Different*, Westview Press, септембар, 2002. године, стр. 67-98. Наведено према М. Трипковић: *op. cit*, стр. 40-41.

39 Видети публикацију *Говор мржње и злочин мржње као институти*

је да није било ни угледања на Закон о забрани дискриминације и његову обимну отворену листу: имовно стање, рођење, генетске особености, здравствено стање, инвалидитет, сексуална оријентација, родни идентитет, брачни и породични статус, осуђиваност, старосно доба, изглед, чланство у политичким, синдикалним и другим организацијама, као и друга стварна или претпостављена лична својства.<sup>40</sup> Међународне смернице опет сугеришу да избор треба да зависи од специфичности историјског развоја, савремених друштвених проблема и учесталости напада на одређене групе, уз упозорење да предугачак или нејасан списак може да угрози концепт заштите жртава дела учињених из мржње.<sup>41</sup> Када се све сумира постаје јасно да је да нова околност резултат компромиса. Једним делом њоме је исказано опредељење за групе које се сматрају неспорним – расне, националне, етничке и верске, које и међународни документи и национална законодавства традиционално штите, а наука злочине извршене према њима наводи као типичне примере злочина мржње. Њихово дуготрајно присуство у нашем законодавству у раније разматраним инкриминацијама наводи на закључак да у овом сегменту примена Законика неће изазивати неке посебне проблеме, мада се и овде могу појавити неке нејасноће. Рецимо, можемо се запитати да ли је оправдано под вероисповест подвести и атеизам, тј. одсуство религијских веровања? Ако је интенција остваривање пуне заштите, нема разлога да се то не учини.

За разлику од тога, увођење пола, сексуалне оријентације и родног идентитета некимa може бити дискутабилно. Идеја о посебној заштити (биолошких) полних група од злочина мржње рођена је у оквирима феминистичког покрета, и може се рећи да је својевремено била прилично оспоравана, све до 1989. године.<sup>42</sup> Сличан је и развојни

---

*међународног и домаћег права – Основи методологије и стратегије за борбу против говора мржње и злочина мржње*, Комитет правника за људска права, YUCOM, Београд, 2007. године, стр. 2.

40 Члан 2. став 1. Закона о забрани дискриминације, *Службени гласник РС*, бр. 22/09.

41 *Hate Crime, A Practical Guide*, OSCE, 2009. године, стр. 40.

42 Тада је 29-огодишњи Marc Lepine у Монтералну убио четрнаест студенткиња, бирајући за жртве искључиво жене. Сведоци су потврдили и да је Lepine одувек имао негативан став према женама, кривећи их за своје животне промашаје. И опроштајна порука коју је оставио јасно говори о томе, а посебно листа утицајних жена у Канади које треба убити. Од овог случаја је концепт злочина из мржње према полу постао прихваћенији, мада не и претеране тврдње феминисткиња да се већина кривичних дела према женама врши из мржње и настојања мушкараца да из „поставе на њихово место“ и ставе им до знања да су „мање вредне“. М. Трипковић: *op. cit.*, стр. 44.

пут заштите сексуалне оријентације, која се морала изборити са приговорима да се акти мржње према хомосексуалцима не врше довољно често да би то оправдавало интервенције у области кривичног права, иако се званичне статистике озбиљно могу довести у питање због страха од секундарне виктимизације, хомофобичних ставова власти, или страха од могућих социјалних импликација откривања хомосексуалности.<sup>43</sup> Док се за тумачење термина „пол“ да претпоставити да у пракси неће изазивати недоумице, чини се да то не важи и за сексуалну оријентацију и родни идентитет, који се први пут срећу у кривичном законодавству. Закон о забрани дискриминације препознаје поменута лична својства, али их не објашњава.<sup>44</sup> Сексуалну оријентацију треба схватити као образац емотивне и сексуалне привлачности према особама одређеног пола (рода). Она указује на усмереност сексуалног нагона ка супротном или истом полу (роду), односно истовремено ка једном и другом, тако да се јавља у виду хетеросексуалности, хомосексуалности и бисексуалности.<sup>45</sup> Неки сматрају да у сексуалну оријентацију треба уврстити и асексуалност, као изостанак сексуалне привлачности према лицима било ког пола (рода).<sup>46</sup> Заштита је, дакле, подједнако намењена хетеросексуалним, хомосексуалним и бисексуалним групама, с тим што је статистички вероватније да ће последње две у реалности бити чешће у прилици да се на њу позивају (посебно ако се прихвати као тачан раније поменути Извештај Канцеларије за демократске институције и људска права). Са друге стране, родни идентитет представља личну перцепцију сваког лица да припада или не припада сопственом урођеном биолошком полу.<sup>47</sup> Ради се о субјективном осећају, који се не подудара нужно и не зависи ни од биолошког пола ни од сексуалне оријентације. Постоји више родних варијетета: мушки, женски, оба истовремено, негде између (трећи пол) и одсуство осећаја полности.<sup>48</sup>

43 D. P. Green, D. Z. Strolovitch, J. S. Wong, R. W. Bailey: *Measuring Gay Populations and Antigay Hate Crime*, Social Science Quarterly, vol. 82, no. 2, 2002. године, стр. 282.

44 Закон једино наводи да је сексуална оријентација приватна ствар и да нико не може бити позван да се јавно изјасни о својој сексуалној оријентацији. Свако има право да се о њој изјасни, а дискриминаторско понашање због таквог изјашњавања је забрањено (чл. 21.). О родном идентитету нема детаљнијих одредаба, сем опште забране дискриминације (чл. 2. ст. 1.).

45 С. Гаврић, М. Савић, Л. Хуремовић: *Читанка лезбејских и геј људских права*, Сарајево, 2011. године, електронско издање, e-books.google.com, стр. 11.

46 Више о томе на [www.wikipedia.org/wiki/seksualna\\_orijentacija](http://www.wikipedia.org/wiki/seksualna_orijentacija).

47 С. Гаврић, М. Савић, Л. Хуремовић: *op. cit.*, стр. 23.

48 *Idem.*



### **Закључне напомене**

У тренутку настајања овог рада, непосредно по ступању на снагу Закона из 2012. године, још увек није било могуће говорити о томе како се посебна околност за одмеравање казне за кривично дело учињено из мржње примењује у пракси, јер за тако нешто једоставно недостаје емпиријски материјал, на основу којег би се можда могли извући и неки други, даљи закључци. Остаје да се види шта ће се дешавати у будућности, да ли ће њено облигаторно дејство утицати на судије да брижљивије приступе испитивању да ли је дело продукт мржње него што су то чинили пре законских измена. Чини се да ће најзанимљивије бити праћење примене у односу на сексуалну оријентацију и родни идентитет, и то из два разлога. Први је чињеница да је велики број судија стекао правничко образовање у време када се у оквирима судске психијатрије о хомосексуалзму, бисексуализму и трансексуализму говорило као о поремећајима сексуалног нагона, тако да нови ставови представљају квалитативан скок у односу на научено.<sup>49</sup> Други је евидентан притисак који у јавности стварају организације које се баве заштитом и промоцијом права поменутих група. Каква ће бити резултанта описаних тенденција, од којих једна води ка ригидности и отпору у примени, док би друга могла да створи претерану агилност у политички коректном поступању и када за то има и када за то нема оправдања, тешко је прогнозировать.

---

<sup>49</sup> Тезу илуструје податак да је Светска здравствена организација тек 1990. године (17. маја) са листе менталних поремећаја скинула хомосексуалност и трансексуалност, а овај датум се од 2004. године обележава као Међународни дан против хомофобије (International Day Against Homophobia, IDAHO). Наведено према С. Гаврић, М. Савић, Ј. Хуремовић: *op. cit.*, стр. 14.

**Dušica Miladinović-Stefanović, LL.M.**

*Teaching Assistant,*

*Faculty of Law, University of Niš*

### ***Sentencing in Hate Crimes***

#### ***Summary***

*Within the scope of amendments and supplements to the Serbian Criminal Code of 2012, the legislator introduced a special circumstance for sentencing the perpetrators of hate crimes. Thus, if the criminal offence has been committed out of hatred on the grounds of another's race, religious creed, national or ethnic origin, gender, sexual orientation or gender identity, this special circumstance shall be regarded by the court as an aggravating circumstance (unless it has been explicitly prescribed as an element of the criminal offence at issue). Taking into account a relatively short period from introducing this legal institute into our criminal law system, this legal provision has not been subject to theoretical analysis, nor has it been more substantially applied in the judicial practice; thus, there is a lack of clear and specific standpoints on this legal institute.*

*In this article, the author endeavors to address two key questions: 1) whether it is justifiable to introduce such a special circumstance in sentencing hate crimes, particularly having in mind the overall capacities of our national legislation prior to introducing this legal norm, the existing trends in respect of hate crimes in our country, the obligations stemming from international documents, and the comparative law experiences; and 2) what kind of problems may be encountered in the application of this legal norm and how these problems may be handled.*

**Key words:** *special circumstance in sentencing for a criminal offence committed out of hatred, motives for committing the crime, sentencing, hate crimes*