

DOUGLAS HUSAK

*Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*

Oxford University Press, Oxford, 2008, 231 str.

Premda je od pojave ove monografije u stručnoj literaturi protekla čitava decenija, hipertrofija inkriminacija u savremenim krivičnopravnim sistemima i ubrzano širenje granica krivičnopravne zaštite čini ovu problematiku i danas jednako aktuelnom. Radi se o jednom od retkih dela koja kvaliteto i produbljeno razmatraju fundamentalno pitanje svake politike suzbijanja kriminaliteta – pitanje *legitimnih granica krivičnog prava*. Retko koja državna aktivnost ima takav značaj u poređenju sa funkcijom oblikovanja krivičnopravne zaštite. Pitanje koja ponašanja predvideti kao krivična dela i kojim sankcijama reagovati na njih spada u najosetljivije polje svakog krivičnopravnog sistema. Tema je izuzetno kompleksna, jer prevazilazi uobičajen pristup pravnika dogmatičara i osim pitanja pravne prirode dodiruje i suštinske kriminalnopolitičke i nadasve moralne teme.

Autor dela *Overcriminalization, The Limits of the Criminal Law* je Douglas Husak, profesor na Rutgers University, Department of Philosophy. Iako se bavi pitanjima iz svih oblasti pravne filozofije, pretežno interesovanje je usmerio ka odnosu između krivičnog prava i morala. Plod tog interesovanja je i ovo značajno delo.

Monografija je podeljena na četiri veća odeljka. Prvi nosi naslov *The Amount of Criminal Law*, drugi *Internal Constraints on Criminalization*, treći *External Constraints on Criminalization* i poslednji *Alternative Theories of Criminalization*. U okviru svakog odeljka sadržane su odgovarajuće potceline. Na kraju se nalazi popis navedenih slučajeva iz prakse, bogata i relevantna literatura, kao i pregledan indeks pojmova.

U prvom odeljku (*The Amount of Criminal Law*) autor zabrinuto potcrtava osnovnu odliku krivičnopravnog sistema u Sjedinjenim Američkim Državama (a to je ujedno i odlika gotovo svakog savremenog sistema) koji je hipertrofirani i koji zbog de-vize „što više krivičnog prava i što više kazne“ suštinski označava odmetanje od ideje pravde kojoj pravo barem idealistički treba najpre da služi. Autor na samom početku nezadovoljno konstatuje da je najveći problem krivičnog prava to što ga ima previše. A previše krivičnog prava znači i previše kazne (nelegitimni propisi vode nužno nepravednoj primeni kazne). Zatim naglašava visoku stopu kriminaliteta i čestu primenu kazne zatvora u SAD, daleko iznad proseka koji postoji pre svega u evropskim zemljama. Ipak zaključuje da sve veći broj novih krivičnih dela nije i jedini razlog za porast zatvorske populacije. Jednako je od značaja i činjenica da su propisane kazne izuzetno stroge. Iako ističe da je kazna nužno zlo (mada po njegovom mišljenju pravedna i zaslužena kazna ne predstavlja zlo) autor postavlja pitanje da li je prečesta primena kazne zaista neophodna i adekvatna u postizanju zaštitne funkcije krivičnog prava. Ukazuje i na poznatu zabludu da pretnja i primena strogih kazni za posledicu ima smanjenje stope kriminaliteta. Preterana inkriminalizacija ugrožava i garantivnu funkciju krivičnog prava. Od građana se može očekivati da prilagode svoje ponašanje jedino pravilima koja su im poznata. U sistemu koji je pretrpan inkriminacijama niko ne može znati da li se kreće u granicama pravom dozvoljenog prostora. Čak se i od usko specijalizovanih pravnika ne može očeki-

vati da poznaju sve krivičnopravne norme. Krivičnopravni ekspanzionizam osim toga zahteva i mnogo materijalnih troškova, što uglavnom podrazumeva preusmeravanje sredstava iz područja kojima je pomoć neophodna da bi pravosudni mehanizam efikasno funkcionisao. Preterana primena kazne slabi njenu oštricu i značajno umanjuje negativne efekte stigme, snižavajući i nivo odvraćajućeg efekta pretnje kaznom. Konačno, hiperinkriminalizacija narušava principe vladavine prava i načelo zakonitosti u propisivanju i izricanju kazne.

Za razliku od ranijeg perioda krivično pravo je danas postalo jedna dinamična grana prava; usklađivanje sa međunarodnim aktima zahteva po pravilu brojne izmene i dopune krivičnog zakonodavstva, što sistem inkriminacija čini predimenzioniranim i nepreglednim. Poseban problem u tom smislu predstavlja stanje u sporednom krivičnom zakonodavstvu; intervencije u ovoj oblasti nužno zahvataju i u čitav opseg krivičnopravne zaštite. Može se s pravom reći da postoji preveliki broj beznačajnih delikata.

U razvijanju svoje osnovne ideje u ovom poglavlju, kako i na koji način sve više krivičnih dela proizvodi sve više štete po čitavo društvo, a nasuprot tradicionalnoj kategoriji *mala in se* i *mala prohibita* autor uvodi svoju kategorizaciju delikata: *overlapping crimes* – brojna dela na federalnom i državnom nivou se preklapaju, ali to je slučaj i na nivou iste jurisdikcije); uz to, tužilac ima značajna ovlašćenja da učinioca goni za veći broj takvih krivičnih dela (koja sadrže gotovo identična obeležja), što uvećava šanse da kazna bude znatno stroža; *risk prevention crimes* – druga kategorija koja je doprinela rastu krivičnopravne intervencije. Ovde je samo mogućnost povređivanja dovoljan razlog za zabranu i ova dela uključuju daleke i udaljene oblike napada na određeno pravom zaštićeno dobro; *ancillary offenses* – koji služe kao rezervno biće u slučaju kada tužilaštvo ne može da dokaže u potpunosti i van razumne sumnje ostvarenost elemenata nekog primarnog, po pravilu težeg krivičnog dela. Dela iz navedene tri grupe

relativizuju neke važne krivičnopravne norme i standarde, poput zahteva skrivljenog ostvarenja nepravda, ili dolazi do prebacivanja tereta dokazivanja, šire mogućnosti za kažnjavanje nečinjenja itd. U njima je po rečima autora oličena i dramatična ekspanzija krivičnog prava.

U drugom (*Internal Constraints on Criminalization*) i trećem (*External Constraints on Criminalization*) odeljku autor daje sliku jednog poželjnog i ograničenog krivičnopravnog mehanizma, razvijajući teoriju o krivičnopravnom minimalizmu, uz brojna ograničenja dominantnom pristupu. On pokušava da pronađe merila za razlikovanje legitimnih i prihvatljivih inkriminacija od onih koje se pretvaraju u nepotrebno i štetno širenje granica krivičnog prava. Smatra da je potrebno razviti takvo kriminalnopolitičko učenje koje će postaviti određene principe kako bi krivično pravo bilo razumno ograničeno i odrediti uslove pod kojima je opravdano pribеći mehanizmima krivičnog prava. Pravo na kažnjavanje pripada državi i to je osnovna odlika krivičnog prava prema drugim sistemima socijalne zaštite. Učiniocu krivičnog dela pretila primena državne kazne. Pitanje koje je osnovno glasi: koje su to odlike ponašanja zbog kojih je legitimna primena državne kazne? Ovo pitanje otvara poznatu raspravu o legitimnosti i opravdanju kazne. Kazna je prema stavu autora opravdana jedino ako predstavlja pravedan odgovor za učinjeno nepravdo, i u meri koja je srazmerna težini dela i stepenu krivice učinioca. Smatra da postojeći sistem krivičnog prava ne ispunjava ove pretpostavke legitimne pretnje krivičnom kaznom. Pre svega, navedene uslove ne ispunjavaju mnogi delikti na periferiji kruga inkriminacija, znatno udaljeni od njegovog tradicionalnog jezgra.

Njegova teorija počiva na sedam osnovnih teza, tj. generalnih principa koji treba da ograniče državnu vlast i njeno pravo na kažnjavanje. Ograničenja mogu dolaziti spolja, van samog krivičnog prava i to je razmotreno u trećem poglavlju, dok u drugom autor navodi neke unutrašnje faktore,

koje derivira iz samog korpusa krivičnog prava (premda konstatuje da je takva podela grubo postavljena).

Iako su još kasnih šezdesetih godina XX veka pojedini teoretičari ukazivali na negativne posledice hiperinkriminalizacije po čitavo društvo i pravosudni sistem (smatrali su da ponašanja koja ne izlaze iz sfere privatnosti ne zaslužuju da budu zaprećena krivičnom kaznom) čini se da je fenomen preterane inkriminalizacije van fokusa u današnjem naučnom diskursu. Na ovom mestu autor navodi određene kriterijume koji bi obuzdali preterano pribegavanje krivičnom pravu. Osnovnu prepreku olakom posezanju krivičnopravnim mehanizmima vidi u nastojanju da se inkriminacijom pruži zaštita dobru koje je zaista vredno, pa napadi na dobra koja nisu naročito važna ne zaslužuju da se smatraju krivičnopravno relevantnim (*nontrivial harm or evil constraint*). Krivična odgovornost se nadalje ne može pripisati ukoliko učiniočevo ponašanje na neki način nije izraz nepravda, tj. ako ne predstavlja protivpravno delo (*the wrongfulness constraint*). U prilog prvom ograničenju navodi institut krajnje nužde (*necessity*), pristanak povređenog kao osnov isključenja krivičnog dela (*consent*), kao i delo malog značaja (*defense of de minimis*). Smatra da nijedan od ovih instituta ne bi imao smisla ukoliko krivičnopravna zaštita nije zamišljena tako da bude orijentisana isključivo na najvrednija dobra. Na taj način originalno pronalazi klicu ograničenja državne vlasti u samom sistemu Opšteg dela krivičnog prava. Drugo ograničenje proizlazi iz opšteg učenja o pojmu krivičnog dela, tj. da bi delo bilo krivično mora biti protivpravno. Ukoliko delo učinioaca ne ispunjava uslov da je protivpravno onda otpada svaka mogućnost izricanja krivične kazne. Konačno, autor smatra da na procesnom planu teret dokazivanja treba da bude na subjektu koji inicira postupak (*the burden of proof constraint*). Svi navedeni kriterijumi treba da omogućće racionalnije odlučivanje za pretnju kaznom, naročito u sferi delikata koji nemaju inherentan kriminalni karakter (*mala prohibita*).

Autor razvija sopstveno i jako interesantno shvatanje prema kome svako ko svoje ponašanje upravlja prema postojećim pravilima ima *pravo da ne bude kažnjen*. Narušavajući prethodno navedena tri principa država istovremeno krši i ovo pravo. Ono nasuprot tome nije narušeno ukoliko su prethodne pretpostavke opravdane inkriminalizacije ispunjene. Krivična kazna zahteva opravdanje, jer predstavlja najtežu pravnu sankciju, podrazumeva deprivaciju i prekor, osudu. Autor ispravno zastupa stav da opravdanje neograničenog vršenja prava na kažnjavanje koje bi isključivo počivalo na argumentima utilitarističkog pristupa nije samo po sebi dovoljno. Zaštita po svaku cenu nije opravdana.

Ograničenja izvan samog krivičnopravnog sistema, koja proishode iz kriminalnopolitičke teorije o uslovima pod kojima je dozvoljeno kršenje prava da se ne bude kažnjen autor najpre pronalazi u ustavnom okviru. Prema ustavu nadležnost u krivičnoj materiji u SAD je gotovo u isključivoj nadležnosti saveznih država. Ustavne garantije se uglavnom tiču krivičnog postupka, obezbeđenjem nekih važnih procesnih privilegija, dok se mali broj članova ustava direktno odnosi na materijalno krivično pravo. Tako Osmi amandman zabranjuje surovo i nečovečno postupanje, što dalekosežno može značiti zabranu kažnjavanja za misli, karakter ili način života, već označava kažnjavanje samo za učinjeno delo. Određena prava i slobode podignuta i na rang ustavnih dobara zahtevaju posredno i krivičnopravnu zaštitu, tako da se u tim slučajevima uglavnom ne dovodi u pitanje kriminalnopolitička opravdanost takvih inkriminacija. Fundamentalna prava, da bi bila omoguććena podrazumevaju i odgovarajuću krivičnopravnu zaštitu. Autor zagovara racionalnu kriminalnu politiku; smatra i da mora postojati jasan društveni interes koji se želi postići zakonom, dalje da zakon treba da je upravljen isključivo ka tom cilju i tako ustrojen da ne zadire nepotrebno u druge oblasti. Naročito kritikuje sve veće proširivanje kriminalne zone na prevenciju

rizika (*crimes of risk prevention*), stavljajući u fokus kritiku u odnosu na određena dela (posedovanje opojne droge). Na kraju, nezadovoljno konstatuje da je na praktičnom planu malo urađeno da se ove pretpostavke ostvare i efikasno ograniči krivičnopravna intervencija.

Konačno, u poslednjem, četvrtom odeljku (*Alternative Theories of Criminalization*) autor polazeći od postojećih teorijskih shvatanja koja su uglavnom tradicionalno ukorenjena (*economic analysis of law, utilitarianism, legal moralism*), nudi argumente kojima bi potvrdio superiornost svoje teorije inkriminalizacije u odnosu na shvatanja koja prevashodno insistiraju na jednostranom pristupu.

Krivično pravo u poslednje vreme zadobija jednu novu ulogu, ulogu da sveobuhvatno štiti, čak i od prvih nagoveštaja štetnog ponašanja. Središte se sa učinjenog dela prebacuje na opasnost učinioca i prevenciju od mogućeg vršenja krivičnog dela. Posledica toga je konstantna i ubrzana reforma krivičnopravnog sistema koji sve više biva opterećen novim i brojnim inkriminacijama, od kojih mnoge ne zadovoljavaju stroge imperativne načela zakonitosti, legitimnosti i principa pravne države. Od jednog pravnodržavnog krivično pravo se pretvara u nedemokratsko krivično pravo koje ima za cilj da štiti po svaku cenu, i koje u građanima vidi neprijatelje poretka protiv kojih je dozvoljeno koristiti sva raspoloživa sredstva. Pošto je nosilac politike suzbijanja kriminaliteta i to ne samo kod nas, već širom sveta, preuzeo sve veću aktivnost, proširujući tradicionalne okvire jednog u osnovi demokratskog krivičnog prava, potrebno je da nauka kritički sagleda postojeće stanje i da ukaže na višestruku štetnost i negativne efekte jednog predimenzioniranog krivično-

pravnog sistema. U tom smislu, ovo delo zavređuje naročitu pažnju, jer autor znalački i vešto prepoznaje problem, nudeći i konkretne predloge za izgradnju jednog sistema koji bi bio po meri osnovnih krivičnopravnih i kriminalnopolitičkih principa i suštinski poslednje sredstvo u suzbijanju kriminaliteta. Autor pri tome vešto vodi čitaoca kroz čitavo delo, koje odlikuje lepa struktura i postupno razvijanje teme. On ispravno ukazuje na problem hipertrofije inkriminacija, a potom nudi određena rešenja kojima bi se ograničila mera krivičnopravne intervencije, koristeći jednako umešno i pravnodogmat-ski i kriminalnopolitički pristup, te tako uspešno balansira u svom nastojanju da mu delo ne bude ni previše filozofsko za jednog dogmatičara, ni toliko opterećeno pravnodogmat-skim pitanjima da bi predstavljalo nepristupačan teren za jednog pravnog teoretičara. Svoju teoriju s pravom naziva *krivičnopravnim minimalizmom* (zanimljivo je istaći da je taj pojam u našoj literaturi pre više decenija prof. Z. Stojanović skovao potpuno samostalno), jer jedino takvo krivično pravo može sa uspehom da odgovori svom osnovnom zadatku (da obavlja zaštitnu funkciju).

Jasan i lep stil uz poneke i povremene simplifikacije, tipične za anglosaksonske autore, koje ipak ne umanjuju kvalitet čitavog dela, omogućiće i onima koji nemaju naročita saznanja o osnovnim krivičnopravnim pojmovima i kriminalnopolitičkim pravcima da razumeju centralnu autorovu ideju, koja se kao lajtmotiv provlači kroz čitavo delo, a istovremeno je i ključna pretpostavka jedne racionalnije, uspešnije i legitimnije krivičnopravne intervencije – *što manje krivičnog prava*.

Ivan Đokić