

Claus ROXIN*

Profesor emeritus, Univerzitet u Minhenu

O EVENTUALNOM UMIŠLJAJU

Apstrakt: Važeći nemački Krivični zakonik ne sadrži odredbu o eventualnom umišljaju, već njegovo definisanje prepušta nauci i sudskoj praksi. U radu se skicira razvojni put ovog spornog pitanja u Nemačkoj, a konkretno se nakon uvodnog razlikovanja umišljaja prvog stepena, direktnog i eventualnog umišljaja, objašnjavaju slabosti teorije predstave i teorije volje, da bi se nakon citiranja relevantnih odluka nemačke sudske prakse kao razgraničavajući kriterijum između eventualnog umišljaja i svesnog nehata postavilo „opredeljivanje za moguću povredu pravnog dobra“, uz njegovu dalju konkretizaciju putem određenih formula i indikatora, sa posebnim osvrtom na rešavanje graničnih slučajeva putem „sveukupnog sagledavanja svih objektivnih i subjektivnih okolnosti konkretnog slučaja“ i uz zaključno određivanje umišljaja kao vrednosnog suda sudije.

Ključne reči: eventualni umišljaj, svesni nehat, teorija predstave, teorija volje, razgraničavajući kriterijum.

1. UVOD

Razgraničenje eventualnog umišljaja od nehata predstavlja, pored rasprave o zabludi, jedno od najkomplikovanijih pitanja teorije umišljaja. Nemački krivični zakonik ne sadrži odredbu o eventualnom umišljaju¹. Zakonodavac je prilikom stvaranja novog Opšteg dela 1975. godine prvobitno predvideo zakonsku definiciju dolus eventualis-a², ali je ta tema bila toliko sporna da je na kraju ipak odustao i rešavanje tog pitanja prepustio daljem razvoju nauke i sudske prakse.

Ja stoga želim u daljem radu u grubim crtama da skiciram razvoj rasprave u Nemačkoj, kao i da prikažem svoje stanovište. Ono je sa tim razvojem usko povezano, s obzirom na to da sam ja tu temu više puta naučno obradio³.

* www.claus-roxin.de

- 1 Nasuprot tome, Krivični zakonik Srbije iz 2006. godine sadrži ne samo definiciju direktnog, već i eventualnog umišljaja (čl. 25. KZ): „Krivično delo je učinjeno sa umišljajem kad je učinilac bio svestan svog dela i hteo njegovo izvršenje ili kad je učinilac bio svestan da može učiniti delo pa je na to pristao.“ Međutim, time nije rešeno sporno pitanje razgraničenja eventualnog umišljaja i svesnog nehata, tako da su ovde raspravljena pitanja i zauzeti stavovi aktuelni i za srpsko krivično pravo. Ovo tim pre što novi srpski KZ u većoj meri uvažava normativnu komponentu krivice nego ranije zakonodavstvo.
- 2 Vladin Nacrt zakona iz 1962. godine je eventualni (uslovni) umišljaj pripisao onome ko „ostvarenje (zakonskog opisa bića) smatra mogućim i koji se miri sa tim“ (§ 16).
- 3 C. Roxin: Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit JuS, 1964, 53 –in: *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, 209. Dalje: C. Roxin: Zur Normativierung des dolus eventualis und zur Lehre von der Vorsatzgefahr –in: *Festschrift für Rudolph*, 2004, 243.

2. UMIŠLJAJ PRVOG STEPENA⁴, DOLUS DIRECTUS, DOLUS EVENTUALIS

Ono što je najpre nesporno je to da se dolus eventualis od druga dva oblika ispoljavanja umišljaja, umišljaja prvog stepena i direktnog umišljaja, razlikuje po tome što učinilac niti nastupanje posledice ima za cilj, niti njeno nastupanje predviđa kao sigurno, već njeno ga nastupanje smatra samo mogućim. Atentator, čiji je cilj da usmrti političara i koji mu puca u glavu, deluje sa umišljajem prvog stepena; njegov umišljaj je van svake sumnje. Međutim, isto tako umišljajno deluje i onaj atentator koji, aktiviranjem bombe, hoće da ubije političara i kome je jasno da će usled eksplozije i njegovi telohranitelji koji ga okružuju biti ubijeni. Ovde u odnosu na lišenje života političara postoji umišljaj prvog stepena, dok u odnosu na lišenje života telohranitelja postoji samo direktni umišljaj. Činjenica da učinilac nije želeo njihovu smrt, ili da mu je čak bilo žao zbog nje ne menja ništa u pogledu njegovog umišljaja. Na polje eventualnog umišljaja dolazimo tek kada zbog aktiviranja bombe poginu i slučajni prolaznici, čiju smrt atentator nije želeo i koju on nije nikako smatrao sigurnom, ali ipak mogućom.

3. TEORIJA PREDSTAVE I TEORIJA VOLJE

Diskusija o eventualnom umišljaju u Nemačkoj je dugo vremena bila obeležena suprotnošću teorije predstave i teorije volje. Za postojanje eventualnog umišljaja je, prema teoriji predstave, dovoljno da je učinilac prilikom preduzimanja radnje nastupanje posledice predstavio kao moguće. Za moj primer o atentatoru bi to značilo da učinilac može odgovarati i zbog umišljajnog lišenja života slučajnih prolaznika. On je tu mogućnost naime ipak predvideo.

Teorija volje, pak, potvrđuje postojanje umišljaja tek kada je učinilac u sebi odobrio posledicu, koju je zamislio kao moguću, kada je pristao na njeno nastupanje. Prema tome, kažnjavanje zbog umišljajnog lišenja života u mom primeru zavisi od toga, da li je atentator bio saglasan i sa ubijanjem nedužnih lica ili mu je to bilo neprijatno. Verovatniji bi bio ovaj drugi slučaj i tada bi se radilo o (svesnom) nehatu.

Sud Rajha, koji je do kraja Drugog svetskog rata bio vrhovni sud Nemačke, pretežno je zastupao teoriju volje. Citiram⁵: „Upravo ... odobravanje posledice, kao jedne samostalne unutrašnje činjenice koja se pridružuje predviđanju mogućeg nastupanja posledice, jeste bitno obeležje eventualnog umišljaja.“ Iz ovog shvatanja proizlazi definicija umišljaja kao „znanja i htenja ostvarenja bića krivičnog dela“, koja se u Nemačkoj i dan danas koristi. Ako učinilac nije želeo smrt slučajnih prolaznika, ako mu je to bilo neprijatno, onda on, shodno ovoj teoriji, njihovu smrt nije uključio u svoju volju, on je nije „hteo“, i prema tome ih je on samo nehatno lišio života.

4 U nemačkom krivičnom pravu, pored direktnog i eventualnog umišljaja, postoji treća vrsta umišljaja: umišljaj prvog stepena, koji obuhvata direktni umišljaj i nameru. (prim. prev.)

5 Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (=RGSt), Bd. 33, 4 (6).

4. SLABOSTI OBE TEORIJE

Međutim, nakon detaljnijeg posmatranja možemo da zaključimo da nijedna od ove dve teorije nije naročito ubedljiva. Teorija volje, koja se još naziva teorijom odobravanja ili teorijom saglasnosti, previše sužava pojam umišljaja. Atentator koji, iako sa osećajem žaljenja, ubija i prolaznike, ipak je u našem primeru kao realnu mogućnost predvideo da bi njegovo činjenje za posledicu moglo da ima smrt žrtava, a da to ni najmanje nije uticalo na njegovo ponašanje. Zar ne bi kažnjavanje za umišljajno krivično delo bilo prikladnije ako neko svesno započinje uzročni tok za čiji mogući smrtonosni ishod on zna? U ovakvom slučaju bi rešenje teorije predstave bilo ubedljivije.

Sa druge strane, nisu ni rešenja teorije predstave uvek nesporna. Pojasniću to na jednom primeru iz svog sopstvenog životnog iskustva. Pre nekoliko decenija sam sa svojom tada malom decom povremeno planinario, pri čemu sam prilikom prelaska preko opasnih mesta itetako bio svestan da bi dete moglo da propadne ili da se stropošta u provaliju glečera. Da mi je ta mogućnost jasno bila pred očima, pokazuje moj strah, kog se i dan danas sećam. Srećom, nikad se ništa nije desilo. Međutim, da se nekada zaista dogodila nesreća, što se na planini ne dešava toliko retko, da li bi kažnjavanje za umišljajno lišenje života ili povredu deteta zaista bilo celishodno? Ili bi prilikom krivičnopravne kvalifikacije ponašanja oca, koji bi ionako celog svog života patio zbog događaja, kažnjavanje za nehatno krivično delo bilo primerenija reakcija? Kod činjeničnog stanja kakvo je ovo, rešenje teorije odobravanja deluje logičnije.

5. SLUČAJ KOŽNOG KAIŠA KAO VODEĆI SLUČAJ NEMAČKE SUDSKE PRAKSE

Polazeći od jedne ovakve, dosta nejasne pozicije prilikom pravnog kvalifikovanja, odluka našeg Saveznog suda iz 1955. godine⁶ pokrenula je jednu široku raspravu o kojoj ćemo govoriti u daljem tekstu. Odluka se odnosila na sledeće činjenično stanje:

Dva saizvršioca su htela žrtvu, njihovog poznanika, da opljačkaju u njegovom stanu. Isprva su planirali da ga kožnim kaišem dave dok ne izgubi svest, da bi potom odneli predmete iz njegovog stana. Od plana su ipak odustali, jer su uvideli da bi davljenje lako dovelo do smrti žrtve, što oni nisu želeli. Umesto toga su kao sredstvo izvršenja odabrali džak peska, čijim jednim udarcem su želeli da onesveste žrtvu. To, međutim nije uspelo, jer je džak pukao i žrtva se branila. Oba učinioca su potom ponovo posegnula za kožnim kaišem, prebacila ga preko žrtvine glave i vukla oba kraja sve dok žrtva nije prestala da se pomera. Potom su uzeli različite predmete. Kada su primetili da se žrtva i dalje ne pomera, pomislili su da bi ona mogla da bude mrtva. Nakon bezuspešnih pokušaja reanimacije, napustili su stan.

6 Entscheidung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (=BGHSt), Bd. 7, 363.

Da li je to bilo umišljajno ubistvo ili nehatno lišenje života? Prema teoriji predstave, ovde bi se nesporno radilo o umišljajnom ubistvu. Naime, učinioci su uvideli da bi davljenje moglo da dovede do smrti. To nesumnjivo proizlazi iz toga što su oni na početku upravo zbog ovog uočenog rizika odustali od upotrebe kaiša. Prema teoriji odobravanja, shvaćenoj u njenom prvobitnom smislu, ovde bismo pošli od nehatnog lišenja života, jer se na osnovu prvobitnog korišćenja džaka peska i kasnijih pokušaja reanimacije vrlo jasno vidi da oni nisu prihvatili smrt žrtve, već da su to ocenili kao jedan vrlo neprijatan događaj.

Savezni sud je, na opšte iznenađenje, u svojoj odluci ipak potvrdio da se radi o umišljajnom ubistvu. On se, međutim, nije priklonio teoriji predstave, već je teoriji odobravanja dao jedan drugačiji smisao. Citiram relevantne rečenice iz obrazloženja Suda⁷: „Tačno je da su znanje o mogućim posledicama jednog načina postupanja i odobravanje ovih posledica dve samostalne pretpostavke eventualnog umišljaja ... Međutim, odobravanje posledice ne znači da ju je učinilac hteo. Eventualni umišljaj može postojati i kada nastupanje posledice nije hteo. U pravnom smislu on ipak prihvata ovu posledicu ako se, zarad postavljenog cilja, miri sa tim da će njegova radnja da izazove tu posledicu koja je sama po sebi neželjena, i time je u slučaju njenog nastupanja i hoće.“

Odluku, da se ovde radi o umišljajnom delu, smatram ispravnom. Ali, obrazloženje u kome se govori o tome da se u „pravnom smislu“ (tj. korišćenjem jedne posebne pravne terminologije) nešto prihvata što se u uobičajenom govoru upravo ne prihvata, jeste jedna neuverljiva pomoćna konstrukcija. Savezni sud se zapravo opredelio za jedno treće rešenje, koje se nalazi između teorije predstave i teorije odobravanja shvaćene u prvobitnom smislu. U daljem tekstu ću se više pozabaviti tom temom.

6. „OPREDELJIVANJE ZA MOGUĆU POVREDU PRAVNOG DOBRA“ KAO RAZGRANIČAVAJUĆI KRITERIJUM

Povodom komentara slučaja kožnog kaiša, još 1964. godine⁸ sam razvio tezu da dolus eventualis ne može da se svede ni na predstavu, ni na odobravanje posledice, već da se ovaj oblik umišljaja mora shvatiti kao „opredeljivanje za moguću povredu pravnog dobra“.

To se izvodi iz zadatka krivičnog prava koji se, po mom mišljenju, sastoji u zaštiti pravnih dobara⁹, koja su neophodna za jedan miran zajednički život u društvu; kao što su zaštita života, telesnog integriteta, lične slobode, svojine, imovine, itd. Ako se polazi od ove premise, koju ne mogu ovde dalje da obrazlažem, ali koja je većinom prihvaćena, onda se odlučujuća razlika u ne vrednosti između umišljaja i

7 Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (=BGHSt), Bd. 7, 368/369.

8 C. Roxin: Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit JuS, 1964, –in: *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973; C. Roxin: Zur Normativierung des dolus eventualis und zur Lehre von der Vorsatzgefahr –in: *Festschrift für Rudolphi*, 2004.

9 C. Roxin: *Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I: Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 2006, n° 4, § 2 je to u pojedinostima objašnjeno.

nehata sastoji u tome što se učinilac kod eventualnog umišljaja za slučaj da svoj plan ne može da sprovede na drugi način, opredeljuje protiv zaštićenog dobra, dok kod nehata – uključujući svesni nehat – jedna ovakva odluka uperena protiv pravnog dobra upravo ne postoji.

Želim to na slučaju kožnog kaiša da pojasnim. Kada je pokušaj razbojništva uz pomoć džaka peska propao, učinioci su se našli pred odlukom: oni su mogli ili da odustanu od daljeg sprovođenja svog plana i da na taj način poštede život žrtve. Ili su mogli, kao što se onda i stvarno desilo da, pošto nisu hteli da se odreknu plena, izvrše davljenje za koje su i sami uvideli da je opasno po život. Time su se – eventualno – odlučili protiv života kao pravnog dobra. Plen im je, s obzirom na to da nije postojao drugačiji način na koji bi oni mogli da ga se domognu, bio važniji od života žrtve. Na ovoj okolnosti se zasniva kvalifikacija njihovog načina postupanja kao umišljajnog lišenja života.

Sa ovog aspekta je jasno zašto ni teorija predstave, ni teorija odobravanja ne sadrže tačno rešenje. Teorija predstave prenebregava da predstava o jednom mogućem nastupanju posledice, ako ne navede učinioca da odustane od svog plana, ne mora nužno da predstavlja opredeljivanje protiv zaštićenog pravnog dobra. To se može videti na mom primeru oca koji ide na opasno planinarenje sa svojom decom. Ako bi ovde došlo do nesreće, ne može se reći da se otac – makar eventualno – opredelio protiv života svog deteta. On se, štaviše, pouzdao u to da će sve biti u redu. Jedan ovakav stav u odnosu na uočenu opasnost može da se označi kao lakomislenost. Lakomislenost je, međutim, oblik nehata, i nije umišljaj.

Kako sada da objasnimo to da radnja, uprkos prepoznatoj mogućnosti nastupanja posledice, u jednom slučaju predstavlja odluku protiv zaštićenog pravnog dobra i vodi kažnjavanju za umišljaj, dok u drugom slučaju ona to ne predstavlja? U moja dva navedena primera – o ostalim slučajevima će kasnije biti više reči – je relevantno to da li postoji ili ne postoji jedna situacija koja nakon procenjivanja nameće potrebu odlučivanja. Dva razbojnika su morala da se odluče da li će zarad plena da rizikuju život žrtve ili ne. Oni su ljudski život kao pravno dobro svesno prepustili slučaju i zbog toga su umišljajni učinioci. Otac koji sa svojom decom ide na planiranje se, sa druge strane, ne nalazi u situaciji da se mora odlučiti između nastavljanja izleta i jedne moguće nesreće koja bi bila opasna po život njegovog deteta. Štaviše, on uopšte ne donosi nikakvu odluku zato što se uzda u to da će sve biti u redu.

Slični slučajevi uopšte nisu retki. Ako neko suviše brzo vozi automobil i njegov saputnik mu skrene pažnju na to da tako može da prouzrokuje udes, onda on postupi nehatno ako se ne osvrne na upozorenje i zaista izazove udes. Ne možemo reći da se on u situaciji kada je morao da bira odlučio za eventualni udes. Jedna takva odluka bi sa stanovišta učinioca bila potpuno besmislena, jer udes samog učinioca dovodi u veliku opasnost, a i samo oštećenje prouzrokuje druge teške posledice (kao što je kažnjavanje i naknada visoke štete). Nerazumna bi bila pretpostavka da bi učinilac uživanje u brzom vožnji pretpostavio izbegavanju takvih posledica. Štaviše, on se uopšte – pa ni eventualno – nije odlučio za izazivanje udesa, zato što je bio vođen neracionalnom pretpostavkom da će imati sreće i da će se izvući bez udesa.

Sa druge strane, u mom drugom primeru sa atentatorom koji je prepoznao mogućnost da bomba može da ubije i slučajne prolaznike, po pravilu možemo da go-

vorimo o dolus eventualis-u ako se to zaista i dogodi. Ovde, naime, postoji tipična situacija u kojoj treba da se donese odluka. Učinilac se nalazi pred izborom: ili da odustane od bombaškog napada da ne bi doveo u opasnost živote nevinih ljudi, ili da atentat izvrši po svaku cenu, pa i po cenu eventualne smrti drugih ljudi. On se u ovoj drugoj situaciji opredelio protiv pravnog dobra života i može u datom slučaju da bude kažnjen i zbog umišljajnog lišenja života ljudi protiv kojih atentat inače nije bio uperen. Ni eventualno žaljenje zbog njihove smrti tu ne bi ništa promenilo. Ako postoji mala verovatnoća da će drugi ljudi biti lišeni života, onda u obzir može da dođe i drugačije rešenje, što ću kasnije još obrazložiti.

I teorija odobravanja pogrešno shvata, iako u drugačijem smislu, značaj kriterijuma odlučivanja. U jednom krivičnom pravu čiji je glavni zadatak taj da štiti pravna dobra, cezura između umišljaja i nehata koja odlučujuće deluje na kažnjivost učinioca, ne može da se zasniva na tome sa kakvim unutrašnjim stavom on uzrokuje zabranjenu posledicu. Na primer, u slučaju atentatora ili u slučaju kožnog kaiša razlika u ne vrednosti, koja predstavlja granicu između umišljaja i nehata, ne može se videti u tome da li se učinilac prema smrti kao posledici odnosi sa unutrašnjim odobravanjem, sa potpunom ravnodušnošću ili sa žaljenjem. Pretnja kažnjavanjem za umišljajno krivično delo ima, štaviše, za cilj da spreči da se on uopšte odluči protiv ljudskog života kao pravnog dobra; dakle, da on u našim primerima ukalkuliše eventualnu smrt prolaznika ili žrtve razbojništva.

Kriterijum opredeljivanja, po mom mišljenju, najpreciznije iskazuje razliku u podobnosti kažnjavanja koja postoji između umišljaja i nehata. Umišljajni učinilac se, iako možda samo zbog okolnosti ili iz nužde, suprotstavlja zakonu. Učinilac koji postupa sa svesnim nehatom, koji po pravilu poštuje zakon, pak, nije uzeo u obzir šta mu je razum govorio. Nepromišljenost, čak i tamo gde nailazi na lakomislenost, još uvek ne predstavlja nešto loše, nije neprijateljstvo prema zakonu. Upravo zato između eventualnog umišljaja i svesnog nehata postoji ne samo kvantitativna, već i kvalitativna razlika. Ona objašnjava zašto zakonodavac u graničnim slučajevima postupa različito.

7. KONKRETIZACIJA KRITERIJUMA OPREDELJIVANJA PUTEM FORMULA I INDIKATORA

Savezni sud Nemačke je, dakle, u ovoj stvari pravilno odlučio, iako pokušaj da se ovo rešenje obrazloži teorijom odobravanja nije uspeo. Sudska praksa, koja se nadovezala na to, držala se u bitnim crtama te linije¹⁰. Kriterijum opredeljivanja je u naučnoj literaturi široko prihvaćen¹¹. Dalja rasprava je međutim pokazala da ovo merilo zahteva dalju konkretizaciju. Naime, „opredeljivanje za moguću povredu pravnog dobra“ nije jedan spolja vidljiv postupak, već može da se zaključi samo na osnovu indicija.

Najčešće se koriste formule koje treba bliže da odrede stav učinioca prema mogućnosti nastupanja posledice. Dolus eventualis postoji kada je učinilac mogućnost

10 C. Roxin, *ibid.*

11 C. Roxin, *ibid.*, § 12, broj 21.

nastupanja posledice shvatio ozbiljno, ali je ipak nastavio sa preduzimanjem radnje. Ili se može zahtevati da je učinilac u krajnjem slučaju nastupanje posledice uzeo u obzir ili da se sa tim pomirio, dok se kod svesnog nehata pretpostavlja da se uzdao u nenastupanje posledice koju je uočio kao moguću.

Sve ovo su slikovite formulacije koje imaju otprilike isto značenje i koje se mogu uporedo koristiti (od strane Saveznog suda Nemačke u iskrivljenoj varijanti „odobravajućeg uzimanja u obzir“), ali su i apstraktne poput „opredeljivanja za moguću povredu pravnog dobra“ i sadržinski ne idu bitno dalje od ovog kriterijuma. One ostaju nedorečene posebno u pogledu toga kako da se u konkretnom slučaju utvrdi da li je neko mogućnost nastupanja posledice shvatio ozbiljno, uzeo u obzir ili se sa njom pomirio.

Ovde nam dalje može pomoći samo jedan postupak koji se nadovezuje na činjenično stanje koje može da se proveri i njega koristi kao „naznaku“ u pogledu toga da li postoji „odluka za jednu moguću povredu pravnog dobra“. Od najvažnijih indikatora, navešću tri.

7.1. *Prepoznata opasnost sopstvenog ponašanja*

Savezni sud Nemačke je u više navrata¹² koristio formulaciju da se može govoriti o dolus eventualis-u „ako učinilac sprovede svoju nameru, uprkos izrazitoj opasnosti... i ako prepusti slučaju da li će opasnost, koju je on prepoznao, nastupiti ili neće.“ I zaista: ako neko drugome, ne nameravajući da ga liši života, zarije nož u grudni koš i onesveščenu žrtvu ostavi tako da leži, a da ne pozove lekara, onda moramo da pretpostavimo da postoji umišljaj usmeren ka lišenju života (a u slučaju nastupanja smrti postojalo bi dovršeno umišljajno lišenje života). Naime, ne može ovako da se postupi, a da se ne shvati ozbiljno mogućnost nastupanja smrtnog ishoda i da se u tom slučaju ne donese odluka protiv pravnog dobra života.

Ako je sa druge strane učinilac svestan da stvara samo neznatnu opasnost, onda mu po pravilu moramo verovati da se uzdao u nenastupanje posledice i da se nije odlučio protiv zaštićenog pravnog dobra. Ako je u našem napred navedenom primeru atentator prepoznao da bomba stvara tek neznatnu opasnost za ljude protiv kojih atentat nije usmeren, onda je verovatno da će sudija shodno načelu *in dubio pro reo* biti mišljenja da se učinilac pouzdao u nenastupanje posledice i da se zato nije odlučio protiv zaštićenog pravnog dobra. Ova indicija se kroz druge okolnosti naravno može opovrgnuti i onda se može govoriti o umišljaju, što ćemo još pokazati.

7.2. *Verovatnoća, uračunata od strane učinioca, da će se žrtva sopstvenim snagama izvući iz opasnosti*

U praksi se često dešava da se policija, da bi zaustavila učinioca krivičnog dela koji je u bekstvu, postavi nasred ulice i pokazivanjem znaka „stop“ zahteva zaustavljanje njegovog automobila. Da li se radi o pokušaju ubistva sa eventualnim umišlja-

12 C. Roxin, *ibid.*, § 12, broj 78.

jem ako učinilac ne poštuje ovaj zahtev i povećanom brzinom juri ka policajcima, tako da oni tek u poslednjem momentu skokom u stranu uspeju da se spasu?

Razumljivo je da policija u ovakvim slučajevima želi osudu zbog pokušaja ubistva, ali Savezni sud u većini slučajeva to, sa pravom, odbija. Policajci neće, prema životnom iskustvu, u jednoj ovakvoj situaciji dozvoliti da ih neko tek tako pregazi kolima, već će se pravovremeno skloniti. Iako preostaje jedna ne baš zanemarljiva opasnost, mora se učiniocu uzeti u obzir da se on oslanja na jedno ovakvo postupanje, tako da mu se ne može staviti na teret da se odlučio protiv pravnog dobra života.

Na osnovu jednog drugog slučaja¹³ biće prikazano u kakvim različitim oblicima se ova vrsta slučajeva ispoljava. Ovde su dvojica razbojnika savladala žrtvu i opljačkala je. Onda su čoveka, koji je još uvek bio u stanju da reaguje, stavili na žbun pokraj jednog kanala, odakle je on pao u vodu. Oni su razmišljali da li da ga izvuku, ali po mraku nisu imali volje da ga traže i umirila ih je pomisao da žrtva verovatno ume da pliva, te da se neće utopiti. Tako je i bilo, i on je uspeo da se da spase.

Savezni sud je i ovde sklon da negira postojanje ubistva učinjenog sa eventualnim umišljajem. Takav stav smatram ispravnim: s obzirom na to da u Nemačkoj skoro svi odrasli ljudi umeju da plivaju, deluje logično da su se učinioци uzdali u to da žrtva neće umreti, već da će moći sama sebi da pomogne.

7.3. *Nepostojanje motiva za uzimanje u obzir posledice*

Indicije za i protiv dolus eventualis-a su za pitanje razgraničenja podjednako važni. Mogućnosti žrtve da se sama spase predstavljaju već jednu naznaku protiv postojanja eventualnog umišljaja. Jedna druga, još važnija protivindikacija jeste okolnost da učinilac uopšte nema motiv za to da moguće nastupanje posledice uračuna u svoje ponašanje. U nekim slučajevima je jedan ovakav motiv lako uočljiv: u slučaju kožnog kaiša se on, na primer, sastojao u želji da se do plena dođe ako treba i po svaku cenu. U ostalim situacijama, međutim, bilo kakav motiv ove vrste nedostaje.

Ako jedan već vrlo umoran čovek nakon izvesnog konzumiranja alkohola u kasne sate u krevetu puši cigarete, ako ignoriše uporna upozorenja svoje devojke koja je bila kod njega u gostima i koja upravo odlazi, a upozorava ga na mogući požar, naposljetku ipak sa upaljenom cigaretom zaspi i izazove požar, onda će se uprkos uočenoj, ne maloj opasnosti raditi o prouzrokovanju požara koje je učinjeno sa svesnim nehatom.

Učinilac, naime, nije imao ni najmanji razlog da rizikuje izbijanje požara. Inače, ne postoje naznake da bi se moglo raditi o pokušaju samoubistva ili o pokušaju prevare u osiguranju, tim pre što niko na ovaj način ne bi inscenirao ova dela. S obzirom na to da je učinilac svojim ponašanjem upravo sebe najviše ugrozio, može se isključiti da se on nužno odlučio za podmetanje požara i time protiv zaštićenog pravnog dobra. Ovde postoji samo grubi nehat. Isto važi i za napred navedene slučajeve planinarenja i prebrze vožnje u saobraćaju. Nepostojanje motiva za uzimanje

13 Entscheidungen des Bundesgerichtshofs, *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSTZ)*, 1982, 506.

u obzir jedne nesreće i u ovim situacijama govori protiv postojanja uslovnog umišljaja, a u prilog postojanja svesnog nehata.

8. „SVEUKUPNO SAGLEDAVANJE SVIH OBJEKTIVNIH I SUBJEKTIVNIH OKOLNOSTI KONKRETNOG SLUČAJA“ U GRANIČNIM SLUČAJEVIMA

Mora se priznati da se izvođenjem ovakvih indikatora mom razgraničavajućem kriterijumu „opredeljivanja za moguću povredu pravnog dobra“ u velikom broju slučajeva mogu dati precizni obrisi. Ali, ni tu još ne može biti kraj. Na primer, kako treba odlučiti kada pojedini indikatori upućuju u suprotstavljene pravce?

Uzmimo slučaj koji smo napred već prikazali, u kom atentator uočava da bi svojom bombom mogao da ubije i slučajne prolaznike koji sa atentatom nemaju nikakve veze, ali i da je rizik ovakvih dodatnih ubistava nizak! Ako ipak dođe do nastupanja ovakvih posledica, onda nizak stepen rizika govori samo u prilog svesnom nehata. Za postojanje dolus eventualis-a bi se moglo, pak, reći da je učinilac ipak možda imao motiv da se nužno pomiri i sa ubistvom nedužnih ljudi; naime, zbog namere da atentat u svakom slučaju i po svaku cenu izvrši.

Situacije kao što su ove, koje sam na jednom fiktivnom slučaju prikazao, poslednjih godina su u nemačkoj sudskoj praksi, ali i u teoriji doveli do pretpostavke da se kod razgraničenja dolus eventualis-a i svesnog nehata u spornim slučajevima ne može ograničiti na pojedinačne indikatore, već da se sve okolnosti konkretnog slučaja prilikom procenjivanja moraju uzeti u obzir¹⁴.

U mom primeru bi to značilo da treba proveriti da li je teroristička organizacija, kojoj bombaš pripada, u drugim slučajevima bila sklona tome da poštedi živote nedužnih ljudi, kao i da li je atentator svesno kao mesto izvršenja izabrao takvo mesto, u kom bi prolaznici bili u što manjoj meri ugroženi. Ako tako stvari stoje, onda se radi o svesnom nehata ukoliko je došlo do neželjenog ubistva. Ako se, pak, pokaže da su organizacija čiji je učinilac član, ili sam učinilac u drugim prilikama bez obaziranja na gubitke žrtvovali živote nedužnih ljudi, onda bi se moglo govoriti o eventualnom umišljaju.

Savezni sud Nemačke je u međuvremenu slučajeve, koji se nalaze na granici između umišljaja i nehata, počeo da procenjuje na osnovu „sveukupnog sagledavanja svih objektivnih i subjektivnih činjeničnih okolnosti“¹⁵, što želim da podvučem na jednom primeru iz sudske prakse¹⁶.

Optuženi, koji je prema svoja dva mala deteta bio „nežni, saosećajni otac i koji je telesno kažnjavanje kao način vaspitanja odbijao“, na isti način se više puta brinuo o jednogodišnjem Svenu, sinu njegove devojke. I one večeri kada je izvršio krivično delo, na propisan način se starao o Svenu. Ljut zbog vrištanja

14 C. Roxin: Zur Normativierung des dolus eventualis und zur Lehre von der Vorsatzgefahr –in: *Festschrift für Rudolphi*, 2004.

15 Ova formulacija se prvi put pominje u BGHSt 36, 10.

16 BGH NStZ, 1988, 175.

deteta, on ga je potom više puta udario po glavi, ali ga je posle toga opet hranio bananom. Kada je Sven nakon toga ponovo počeo da vrišti, optuženi, inače trenirani karatista, ga je „ivicom ruke jednom snažno udario u levu zadnju i bočnu stranu glave“. Dete je usled toga umrlo. „Nespretni pokušaji reanimacije“ su ostali bezuspešni.

Udarac ivicom ruke u ovom slučaju predstavlja jaku indiciju za eventualni umišljaj, jer jedan karatista, koji uz sve to ima iskustva sa staranjem o maloj deci, morao je da bude svestan koliko je njegovo ponašanje opasno. Ako radnju koja je vodila ka smrti posmatramo izolovano, onda možemo zaključiti da je optuženi jedan ovakav ishod uzeo u obzir.

Ako na jedan sveobuhvatan način posmatramo sve okolnosti, onda se ipak stvara jedna malo drugačija slika. Savezni sud navodi šest protivindicija: da optuženi u prošlosti u osnovi nije bio nasilan; primereno staranje o malom Svenu u ranijim prilikama; prvobitno primereno staranje o malom dečaku i one večeri kada je učinio krivično delo; hranjenje bananom; afektivno stanje razdraženosti optuženog; i, naposletku, pokušaji reanimacije.

Hteo bih da dodam sedmi razlog, koji mi deluje podjednako važno kao i ostali zajedno: da je optuženi, naime, za ubistvo deteta, iako ga je možda samo nužno uzeo u obzir, nije imao razumljiv motiv, jer je on morao sebi da kaže, da će u slučaju smrti deteta morati da izdrži dugotrajnu kaznu i da će od početka biti jasno da je on učinilac. Isto tako mu je moralo biti jasno da će njegova veza sa devojkom zbog jednog ovakvog događaja biti uništena.

Ako se sve ove okolnosti zajedno uzmu u obzir, onda moramo reći da ovde ne postoji opredeljivanje za eventualno lišenje života deteta, već jedno, doduše grubo nehatno, lišenje života. Optuženi je izgubio živce i staloženost; ali mu se mora priznati da nije računao sa jednim ovakvim ishodom. Ovakvom shvatanju je sklon i Savezni sud.

9. ODREĐIVANJE UMIŠLJAJA KAO VREDNOSNI SUD SUDIJE

Diskusija o ovom pitanju u Nemačkoj iza sebe ima, dakle, jedan dugačak razvojni put. Spor između teorije predstave i teorije odobravanja je kroz kriterijum „opredeljivanja za moguću (ili eventualnu) povredu pravnog dobra“ prevaziđen, što se sadržinski, uprkos iskrivljenoj terminologiji, primenjuje i od strane nemačkog Saveznog suda.

Kriterijum odluke je, sa svoje strane, sve više konkretizovan da bi se primena zakona što je moguće više približila stvarnom životu. To je najpre pokušano primenom pojašnjavajućih formula poput „uzimanje u obzir posledice“ („Inkaufnehmen des Erfolges“), „mirenje sa tim“ („Sich-Abfinden“) ili „shvatanje ozbiljno“ („Erstnehmen“) mogućnosti njenog nastupanja. Ovi naponi su nastavljeni izdvajanjem indikatora koji govore u prilog ili protiv eventualnog umišljaja: na primer, razmere uočene opasnosti radnje učinioca, verovatnoća samospašavanja žrtve i pitanje da li je učinilac mogao da ima motiv da se eventualno odluči protiv pravom zaštićenog

dobra. Krajnju tačku ovog razvoja predstavlja „sveukupno sagledavanje svih objektivnih i subjektivnih okolnosti“, koje zastupa i Savezni sud Nemačke. Praktičnu primenjivost ovog metoda sam pokušao da pojasnim na primeru karatiste.

Zaključno želim da skrenem pažnju na to da su se sa ovakvim razvojem i metode utvrđivanja umišljaja radikalno izmenile. Teorija predstave i teorija odobravanja, i pored svih svojih suprotnosti, zasnivaju se na zajedničkoj pretpostavci da je umišljaj (pa i uslovni) jedna psihička činjenica koja može da se locira u glavi učinioca (radi se, naime, o predstavi ili unutrašnjem odobravanju mogućeg nastupanja posledice). Postojanje umišljaja se prema tome dokazuje tako što se utvrđuje jedan unutrašnji proces.

Nasuprot tome, „opredeljivanje za jednu moguću povredu pravnog dobra“ je samo u tipičnim slučajevima jedna datost koja može empirijski da se utvrdi. Ona bi na primer u slučaju kožnog kaiša postojala da su razbojnici nakon neuspelog napada džakom peska razgovarali i rekli: „Mi sada moramo da odlučimo da li želimo da se odrekemo našeg plena ili želimo ipak da upotrebimo kožni kaiš i pri tome rizikujemo život naše žrtve.“ Međutim, umišljaj po pravilu, ako se sledi postupak sveukupnog sagledavanja oslonjenog na indikatore, nije psihička činjenica, već jedan vrednosni sud sudije. Ako smem pomalo paradoksalno da se izrazim: umišljaj se ne stvara u glavi učinioca, već u glavi sudije. Njegovo određivanje nije empirijsko utvrđivanje, već jedno normativno pripisivanje, jedan vrednosni sud sudije.

Pri tome treba uzeti u obzir sve što može da se utvrdi o psihičkoj situaciji učinioca u kojoj se nalazio u momentu izvršenja krivičnog dela. No, kao što sam pokušao da prikažem, u ocenjivanje treba uključiti i brojne druge okolnosti koje su relevantne za procenu. Krajnji zaključak – da li se radi o umišljaju ili nehata – jeste u svakom slučaju jedan akt vrednovanja.

Ovo je rezultat koji se može smatrati iznenađujućim. Ali, tu se pokazuje jedan okret od ontičkog ka normativnom, što je inače obeležilo razvoj novije krivično-pravne dogmatike. U skladu sa tom okolnošću je i to da učinilac u situaciji kada mora da se opredeli, po pravilu ne razmišlja o tome da li mogućnost nastupanja posledice shvata ozbiljno, sa njom se miri, itd., već da jednostavno postupa na jedan određeni način. Da li u tome dolazi do izražaja opredeljivanje za jednu moguću povredu pravnog dobra, to procenjuje sudija.

(prevela Ivana Marković)

LITERATURA

- Roxin C., *Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I: Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 2006
 Roxin C., Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit JuS, 1964, in: *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973
 Roxin C., Zur Normativierung des dolus eventualis und zur Lehre von der Vorsatzgefahr –in: *Festschrift für Rudolphi*, 2004
 Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (=RGSt), Bd. 33
 Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (=BGHSt), Bd. 7

Claus ROXIN

Em. O. Professor an der Universität München

ÜBER DEN DOLUS EVENTUALIS

ZUSAMMENFASSUNG

Die Abgrenzung des bedingten Vorsatzes (*dolus eventualis*) von der Fahrlässigkeit gehört zu den umstrittensten Fragen der Vorsatzlehre. Nach anfänglichen Definitionsversuchen des *dolus eventualis* hat der Gesetzgeber letztendlich doch auf eine Regelung über den bedingten Vorsatz im deutschen Strafgesetzbuch verzichtet und diese Frage vielmehr der Wissenschaft und Rechtsprechung überlassen.

Nach einer kurzen Erklärung zur unumstrittenen Abgrenzung des *dolus eventualis* von den beiden anderen Erscheinungsformen des Vorsatzes, der Absicht und dem *dolus directus*, wird etwas näher auf die Vorstellungs- und die Willenstheorie (auch Billigungs- oder Einwilligungstheorie genannt) eingegangen, wobei auch die Schwächen beider Theorien aufgezeigt werden. Diese werden konkret am Lederriemenfall aus dem Jahre 1955., einem *leading case* der deutschen Rechtsprechung erörtert, in welchem der Bundesgerichtshof der Billigungstheorie einen anderen Sinn, bzw. eine dritte Lösung, die zwischen der Vorstellungs- und der ursprünglichen Billigungstheorie liegt, gegeben hat. Die Strafwürdigkeitsdifferenz, die zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit besteht, soll am präzisesten durch eine „Entscheidung für die mögliche Rechtsgutverletzung“ als Abgrenzungskriterium in einer zur Entscheidung zwingenden Abwägungssituation wiedergegeben werden, welches nicht nur den quantitativen, sondern auch einen qualitativen Unterschied zum Ausdruck bringt (vom Bundesgerichtshof in Form der verfehlten Terminologie des „billigen Inkaufnehmens“ praktiziert). Da eine solche Entscheidung aber kein äußerlich sichtbarer Vorgang ist, sondern nur aus Indizien erschlossen werden kann, bedarf es einer weiteren Konkretisierung. Formeln die bisher dafür benutzt wurden („Ernstnehmen“, „Inkaufnehmen“ oder „Sich-Abfinden“ mit dem Erfolg) gehen in ihrem Aussagegehalt über das Entscheidungskriterium nicht wesentlich hinaus, so dass ein Verfahren nötig erscheint, das an nachprüfbare Sachverhaltsumstände anknüpft und diese als „Anzeichen“ dafür benutzt, ob eine rechtsgutfeindliche Entscheidung vorliegt oder nicht. Drei der wichtigsten Indikatoren, die jeweils durch Beispiele veranschaulicht werden, sind die erkannte Gefährlichkeit des eigenen Verhaltens; die vom Täter einberechnete Chance des Opfers, der Gefahr aus eigener Kraft zu entkommen und das Fehlen eines Motivs für die Inkaufnahme eines Erfolges.

In Zweifelsfällen, in denen einzelne Indikatoren in entgegengesetzte Richtungen weisen, ist es nötig, alle Umstände des konkreten Falles in die Beurteilung einzubeziehen, bzw. eine „Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumstände“ durchzuführen, was den Endpunkt der genannten Entwicklung darstellt und auch vom Bundesgerichtshof verwendet wird.

Abschließend wird noch darauf hingewiesen, dass sich mit der genannten Entwicklung auch die Methoden der Vorsatzfeststellung radikal geändert haben, da der

Vorsatz nunmehr, wenn man dem Verfahren der indikationsgestützten Gesamtbeurteilung folgt, kein psychisches Faktum, sondern ein richterliches Werturteil ist. Seine Ermittlung ist demnach keine empirische Feststellung, sondern eine vom Richter durchgeführte normative Zuschreibung. Hierin zeigt sich auch die für die neuere Strafrechtsdogmatik kennzeichnende Wendung vom Ontischen zum Normativen.

Schlüsselwörter: dolus eventualis, bewußte Fahrlässigkeit, Vorstellungstheorie, Willens-
theorie, Abgrenzungskriterium.