

UDK 343 : ISSN 2217-219X

CRIMEN

ČASOPIS ZA KRIVIČNE NAUKE || JOURNAL FOR CRIMINAL JUSTICE



PRAVNI FAKULTET
UNIVERZITETA U BEOGRADU



Institut za uporedno pravo

BEOGRAD 2010 / BROJ 1 / GODINA I

CRIMEN

ČASOPIS ZA KRIVIČNE NAUKE || JOURNAL FOR CRIMINAL JUSTICE

Izdavači

Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Institut za uporedno pravo iz Beograda
u saradnji sa Kriminološkom sekcijom Srpskog udruženja za krivično pravnu teoriju i praksu

Izdavački savet / Scientific council

Strani članovi / Foreign members:

prof. dr Jacqueline Azzopardi, Univerzitet u Valeti (Malta)
prof. dr Michael Bock, Univerzitet Johanes Gutenberg u Majncu (Nemačka)
prof. dr Serge Brochu, Univerzitet u Montrealu (Kanada)
prof. dr Christian Grafl, Univerzitet u Beču (Austrija)
prof. dr Stefano Ferracuti, Univerzitet La Sapienza u Rimu (Italija)
prof. dr Dragan Milovanovic, Severnoistočni Univerzitet Ilinois u Čikagu (SAD)
akademik prof. dr Eduard Filipović Pobegajlo, Moskva (Rusija)
prof. dr Jean Pradel, Univerzitet Poitiers (Francuska)
prof. dr Miroslav Scheinost, direktor Instituta za kriminologiju i socijalnu prevenciju u Pragu (Češka)

Domaći članovi / Members from Serbia:

prof. dr Živojin Aleksić, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu
akademik prof. dr Danilo Basta, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu
prof. dr Miroslav Đorđević, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu
prof. dr Obrad Perić, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu
dr Aleksandra Rabrenović, Institut za uporedno pravo, Beograd
prof. dr Dragan Simeunović, Fakultet političkih nauka u Beogradu
prof. dr Snežana Soković, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu
prof. dr Radenko Vuković, Medicinski fakultet u Novom Sadu

Redakcija / Editorial board

Glavni i odgovorni urednik / Editor-in-Chief

prof. dr Zoran Stojanović, Pravni fakultet u Beogradu

Urednik / Associate editor

prof. dr Đorđe Ignjatović, Pravni fakultet u Beogradu

Članovi Redakcije / Editorial board members

dr Jovan Ćirić, direktor Instituta za Uporedno pravo, Beograd
dr Slobodan Vuković, Institut društvenih nauka, Beograd
prof. dr Milan Škuljić, Pravni fakultet u Beogradu
prof. dr Đorđe Đorđević, Kriminalističko – policijska akademija, Beograd
prof. dr Goran Ilić, Pravni fakultet u Beogradu
prof. dr Nataša Delić, Pravni fakultet u Beogradu
mr Jasmina Kiurski, zamenik apelacionog javnog tužioca u Beogradu
Damir Joka, Ministarstvo pravde, Uprava za izvršenje krivičnih sankcija, Beograd

Saradnici / Assistants

mr Vanja Bajović, Pravni fakultet u Beogradu, lektor
Natalija Lukić, Pravni fakultet u Beogradu, sekretar redakcije
Ivana Marković, Pravni fakultet u Beogradu, sekretar redakcije

Sve članke predate na objavljivanje u Časopisu recenziraju najmanje dva anonimna recenzenta

All articles submitted to the CRIMEN are peer reviewed by two anonymous peer reviewers

Časopis izlazi dva puta godišnje (april i oktobar) / CRIMEN is published semiannual (April and October)

ADRESA REDAKCIJE / EDITORIAL ADDRESS:

Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu; Bul. K. Aleksandra 67, 11000 Beograd, Srbija

Web adresa: <http://www.ius.bg.ac.rs/crimenjournal/default.htm> • e-mail: crimen@ius.bg.ac.rs

© Autori prenose na Časopis autorska prava za dostavljene tekstove i nijedan njihov deo ne može se reprodukovati bez pismene saglasnosti urednika Časopisa. Rukopisi se ne vraćaju / Authors transfer to the Journal their rights to submitted texts and no part of them can be reproduced without written consent of Journal's editor. Manuscripts will not be returned.

Priprema i štampa: Dosije studio, Beograd

PRETPLATA ZA 2010. GODINU: za pravna lica 1.200; za fizička lica 600; za studente 300;
pojedinačan broj 300 RSD; za inostranstvo 50 €

CRIMEN

ČASOPIS ZA KRIVIČNE NAUKE || JOURNAL FOR CRIMINAL JUSTICE

(I) 1/2010 str. 1–134

SADRŽAJ

UVODNA REČ.....	3
ČLANCI	
Claus Roxin, O eventualnom umišljaju	5
Jean Pradel, L'appréhension du fait religieux par le juge pénal / Bojazan krivičnog sudije od religijskih činjenica	18
Obrad Perić, Origine et développement du droit pénal des mineurs: Etat actuel de droit pénal de Serbie / Nastanak i razvoj maloletničkog krivičnog prava: Krivično pravo Srbije.....	30
Boris Begović, Ekonomska teorija generalne prevencije: osnovna pitanja.....	50
Igor Vuković, Krivičnopravni problemi prenošenja HIV-a.....	66
IZ ISTORIJE KRIVIČNIH NAUKA	
Živko Topalović, Granične međe umišljaja i nehata.....	93
PRILOZI	
Ireen Christine Winter, The New Leoben Institute of Justice – a Model on Trial / Novi institut pravde u Leobenu– Probni model	120
<i>In memoriam</i> Louk Hulsman (1923–2009)	126
PRIKAZI	
Dragan Simeunović, <i>Terorizam</i>	130

CIP – Каталогizacija u publikaciji
Народна библиотека Србије, Београд
343

CRIMEN : časopis za krivične nauke = Journal for Criminal
Justice / glavni i odgovorni urednik Zoran Stojanović. – God. 1, br. 1
(2010)– . – Beograd (Bulevar kralja Aleksandra 67) : Pravni fakultet :
Institut za uporedno pravo, 2010– (Beograd : Dosije). – 24 cm

Dva puta godišnje
ISSN 2217-219X = Crimen (Beograd)
COBISS.SR-ID 174945036

UVODNA REČ

Krivične nauke u Srbiji pokazuju u novije vreme dinamičan razvoj. Pokretanje novog časopisa za krivične nauke „Crimen“ od strane Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu i Instituta za uporedno pravo iz Beograda odraz je težnje da se u njemu publikuju najvredniji radovi domaćih autora u ovoj oblasti. Takođe, orijentacija časopisa jeste i objavljivanje radova istaknutih stranih autora (prevoda, ili u originalu). Cilj je da se krivične nauke u Srbiji u što većoj meri integrišu u svetske tokove, odnosno da dostignu onaj stepen razvoja koji postoji u zemljama u kojima su te nauke već tradicionalno veoma razvijene (na primer, nauka krivičnog prava u Nemačkoj, ili kriminologija u SAD), ali uz zadržavanje određenih specifičnosti koje su odraz našeg pravnog sistema i tradicije. Pri tome, naglasak će biti na radovima teorijskog karaktera i onima koji su rezultat naučnih istraživanja. I sam početak izlaženja ovog časopisa vezan je za rad na naučnoistraživačkom projektu, pa je i njegovo štampanje omogućeno zahvaljujući sredstvima koje je Ministarstvo nauke Republike Srbije opredelilo za petogodišnji projekat broj 149033 (Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja) koji se realizuje na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu. To ipak ne znači da će se časopis isključivo orijentisati na objavljivanje radova koji su nastali kao rezultat rada na naučnoistraživačkim projektima. Dobrodošli su svi radovi koji ispunjavaju standardne kriterijume jednog naučnog rada. Osim toga, i sudska praksa i primena prava mogu biti predmet naučne obrade, tako da će i radovi orijentisani ka praksi moći da se nađu u časopisu.

Pored radova u kojima se raspravljaju pitanja i teme od značaja za savremenu krivičnu nauku, biće ustanovljena stalna rubrika u kojoj će ponovo biti objavljeni radovi koji su u Srbiji danas neopravdano pali u zaborav. Ti radovi pokazuju da u Srbiji postoji dobra tradicija u ovoj oblasti, što takođe predstavlja osnov za dalji razvoj ovih nauka. Takođe, u časopisu će povremeno biti objavljivani prevodi aktuelnog stranog zakonodavstva (delovi stranih krivičnih zakonika, odluke EU u oblasti krivičnog prava i sl.).

Časopis je otvoren za saradnju svim autorima koji svojim radovima mogu da daju doprinos daljem razvoju krivičnih nauka u Srbiji.

U Beogradu,
aprila 2010. godine

glavni i odgovorni urednik
prof. dr Zoran Stojanović

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 Rudolph*, 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 brzjoj 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 učinioci 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 (NSZ)*, 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 primenljivost 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.

Jean PRADEL*

Professeur émérite de l'Université de Poitiers

L'APPRÉHENSION DU FAIT RELIGIEUX PAR LE JUGE PÉNAL**

A première vue, un tel sujet paraît ne présenter qu'un intérêt limité pour deux raisons. La première est d'ordre constitutionnel: selon l'article 1er de la Constitution de 1958 "la France est une République indivisible, laïque (souligné par nous), démocratique et sociale". Faut-il ajouter que dès 1905, le législateur avait consacré le principe de la séparation des Eglises et de l'Etat. La seconde raison est que la grande source du droit en matière pénale est la loi dont le juge n'est que le serviteur: le juge ne doit être que "la bouche de la loi" disait Montesquieu.

A y regarder de plus près, il apparaît vite que notre thème est d'importance. Le législateur ne procède que de façon abstraite et générale alors que le juge, saisi de cas particuliers doit interpréter la loi. Or le pouvoir d'interprétation judiciaire n'est pas loin d'un pouvoir créateur de droit. Pour connaître la portée d'un texte, il est indispensable de consulter la jurisprudence qui en est issue. En outre, seconde évidence, la religion même reléguée dans un monde d'indifférence, reste un fait social puisque beaucoup de personnes en pratiquent une. Marcel Gauchet écrivait que si l'idée de société religieuse a perdu son sens, le religieux reste inséparable de l'existence humaine¹. Et A. Caillé de considérer, dans le même esprit, que nul ne saurait vivre sans un stock minimal de croyances sacrées². L'idée religieuse, d'un au-delà après la mort physique, est consubstantielle à l'homme et à l'humanité, et cela depuis la plus haute antiquité³. Il apparaît même que depuis quelques années, le fait religieux acquiert une nouvelle vigueur dans nos sociétés que l'on croyait aseptisées et areligieuses.

Dès lors, puisque notre sujet présente un intérêt certain⁴, il convient de s'interroger sur le sens précis du mot religion ou au moins de l'expression phénomène

* isabelle.michaut@univ-poitiers.fr

** Ovaj članak je već objavljen u *Revue pénitentiaire et de droit penal*, n°1 – janvier / mars 2009.

1 M. Gauchet, La démocratie contre elle-même, coll. Tel. Gallimard, 2002, p. 101.

2 A. Caillé, Qu'est-ce que le religieux?, *Revue du MAUSS*, 2003, n° 22, p. 7, note 5, cité par V. Fortier, Le juge gardien de pluralisme confessionnel, *Droit prospectif*, 2006, p. 1145.

3 Les recherches archéologiques démontrent que dès l'époque paléolithique l'homme avait des préoccupations religieuses. L'ouvrage princeps est de G. H. Luquet, *L'art et la religion des hommes fossiles*, Masson, 1926. Voir aussi G. Camps, *Introduction à la préhistoire*, Perrin, 1982.

4 Il a d'ailleurs donné lieu à plusieurs études. La revue *Les Cahiers du droit*, hélas disparue en 1986, avait publié notamment deux numéros touchant au fait religieux, le n° 29 (*Orientations*

religieux. La difficulté est réelle car la loi ne définit jamais ces mots même si le terme religion apparaît de temps en temps. Littré voit dans la religion “un ensemble de doctrines et de pratiques qui constituent le rapport de l’homme avec la puissance divine”⁵. Assez précise, cette notion de religion fait cependant penser aussitôt à celle de secte. Or il faut distinguer religion et secte. Comme on l’a justement écrit, “une religion est soutenue par une Eglise qui, conservatrice par nature, entretient l’ordre social établi” alors que la secte, “plus radicale, favorise la contestation”⁶. La pratique révèle en outre que toute personne peut sortir plus librement d’une religion que d’une secte. Puisque l’on peut donc distinguer les deux notions, au moins dans le principe, il nous sera facile de limiter notre propos à la religion, c’est-à-dire en pratique aux trois religions monothéistes que sont le judaïsme, le christianisme et l’islam, considérées dans leur pureté doctrinale, les sectes en constituant une déviation.

La question alors est claire: quelle est l’attitude du juge pénal à l’égard des adeptes de ces religions monothéistes ou plus précisément les reconnaît-il, les conteste-t-il ou les traite-t-il comme des faits sans portée juridiques? Une réponse uniforme ne peut être donnée et une distinction peut être faite à partir des deux termes que comporte la religion, à savoir les idées et l’application ou si l’on préfère les doctrines et leur concrétisation se manifestant par des convictions. Or si les doctrines ne peuvent être défendues à cause du principe de laïcité, les convictions doivent l’être en application d’une règle de bon sens appuyée sur le respect des personnes et de l’article 14 Conv. EDH qui prohibe les discriminations fondées par exemple sur la religion. Dès lors, l’attitude du juge pénal – dans la mesure où il jouit d’un certain pouvoir d’interprétation – est faite tout à la fois de rejet des doctrines religieuses et de respect des pratiques religieuses.

I – LE REJET DES DOCTRINES RELIGIEUSES PAR LE JUGE PÉNAL

Certains comportements sont dictés par le souci de leurs auteurs de défendre une doctrine religieuse malgré une loi positive contraire. On se trouve alors face à un conflit de valeurs. L’agent doit-il privilégier la loi positive ou la loi religieuse? Ou si l’on préfère, l’agent peut-il désobéir à la loi civile (au sens large)? Le doyen Hauriou voyait jadis dans une telle désobéissance une “catastrophe”⁷.

En réalité, c’est la loi positive qui doit l’emporter: d’abord pour une raison de cohésion sociale compte tenu de la diversité des doctrines religieuses, la primauté de celles-ci conduisant au plus grand désordre; ensuite car le mobile, religieux ou autre,

en droit pénal, 1953) et le n° 35 (Institutions para-pénales et post-pénales, 1955). Voir aussi, A. Chavanne, Religion et droit pénal, Actes du IV Colloque national des juristes catholiques, Paris, novembre 1983, éd. Téqui, 1984, p. 109 et s.; J. Pradel, Christianisme et droit pénal, Le Juriste chrétien, Revue de la confédération des juristes catholiques de France, 1983, n° 12, p. 9 et s.; E. Michelet, Religion et droit pénal, Mélanges P. Raynaud, 1985, p. 475 et s.; J. Pradel, La religion face au droit criminel, Mélanges A. Chavanne, 1990, Litec, p. 149 et s.

5 E. Littré, Dictionnaire de la langue française, V° Religion.

6 P. Boinot, Sectes religieuses et droit pénal, Rev. sc. crim., 1983, p. 409 et s., n° 4.

7 A. Hauriou, Rev. trim. dr. civ., 1927, p. 801.

est juridiquement inefficace dans notre droit; enfin parce que nos lois ne contiennent pas d'échappatoires sous la forme d'une exception religieuse, une sorte de fait justificatif sauf dans des cas tout à fait exceptionnels⁸. Ce qu'on pourrait appeler fait justificatif religieux n'existe donc pas dans notre droit. Et ce rejet est à la fois direct et indirect.

A. *Le rejet direct du fait justiciable religieux*

Le fait religieux tiré d'une doctrine ne peut se glisser dans aucun des faits justificatifs admis dans la législation. La légitime défense sert uniquement à protéger la vie et l'intégrité physique d'une personne agressée. L'état de nécessité sert uniquement à privilégier une valeur objective (admise par tous) par rapport à une autre valeur de même nature mais moins importante. L'ordre de la loi et le commandement de l'autorité légitime ne peuvent porter sur une prescription religieuse compte tenu du principe de laïcité. Et les juges ne peuvent que suivre la loi. De cette affirmation, on peut donner plusieurs illustrations.

1) On a vu des citoyens envisager de se soustraire au paiement de l'impôt pour contrer la politique militaire du gouvernement ou pour manifester leur opposition au remboursement de l'avortement par la sécurité sociale. Mais il y a fraude fiscale puisque, en termes généraux et sans prévoir la moindre exception, l'article 1741 du Code général des impôts réprime "quiconque s'est frauduleusement soustrait... à l'établissement ou au paiement total ou partiel des impôts..." qu'il doit. Il ne semble pas y avoir de jurisprudence en la matière, sans doute parce que les candidats à un tel geste sont persuadés qu'ils ne triompheraient pas en cas de poursuites.

2) L'admission de l'interruption volontaire de grossesse (IVG) sous certaines conditions, avec une loi du 17 janvier 1975, a suscité, on s'en souvient, l'hostilité de certains milieux catholiques. Devant cette opposition, une loi du 27 janvier 1993 est venue sanctionner l'action de personnes qui commettent des actes de nature à freiner la liberté des candidates à l'IVG. Était ainsi créé le délit d'outrance à l'IVG (art. L. 162–15 CSP)⁹, destiné à répondre à l'action des "commandos anti IVG".

Plusieurs dizaines de personnes, opérant par groupes, se postèrent aux alentours des blocs opératoires, voire en bloquèrent l'accès. Ces personnes étaient motivées par le principe chrétien de la défense inconditionnelle de la vie. Des poursuites eurent lieu néanmoins et, à la suite de condamnation, des personnes allèrent en cassation en faisant feu de tout bois, mais sans succès. Elles invoquèrent les libertés d'opinion et d'agression (art. 9 et 10 Conv. EDH), mais ne triomphèrent pas puisque ces libertés peuvent être restreintes par des mesures nécessaires à la protection de la santé ou des droits d'autrui¹⁰. Elles invoquèrent aussi l'article 2 Conv. EDH et l'article 6 du Pacte international sur les droits civils et politiques, qui reconnaissent

8 Comme la clause de conscience en matière d'interruption volontaire de grossesse.

9 Texte devenu ultérieurement l'article L. 2223–2 CPP.

10 Crim. 31 janvier 1996, Bull. crim., n° 57, Dr. pén. 1996, 87, obs. J. H. Robert, JCP 1996, II, 23713, note Dorsner-Dolivet, Rev. sc. crim., 1996, 670, obs. J. P. Delmas-Saint-Hilaire.

l’un et l’autre l’existence d’un droit à la vie pour toute personne, ce à quoi la chambre criminelle répondit que la loi n’y porte atteinte qu’en cas de nécessité et selon diverses conditions et limitations¹¹. Ces personnes invoquèrent encore l’état de nécessité, la sauvegarde d’une vie important plus que tout et autorisait donc la violation d’une loi, ce à quoi il fut répondu que l’interruption de grossesse est permise¹².

Dans le contexte actuel, les condamnations des membres de ces “commandos” étaient inévitables. Il faut reconnaître toutefois qu’il s’agit là d’affaires particulièrement douloureuses compte tenu du mobile généreux des prévenues¹³.

3) Un autre domaine de choc entre religion et droit positif est celui de certaines interventions chirurgicales sur des fillettes. Dans des familles islamiques vivant en France, des filles sont victimes d’excision (ablation du clitoris) et d’infibulation pour des raisons religieuses aux confins de traditions culturelles. Des condamnations ont été prononcées en France à l’encontre de personnes ayant pratiqué ces rites contraires à notre ordre public. La qualification utilisée par la justice française est celle de violences volontaires entraînant mutilation ou infirmité permanente et les peines sont celles de 10 ans d’emprisonnement et de 150 000 euros d’amende (art. 222-11 CP). Les prévenus invoquèrent systématiquement une vieille coutume religieuse africaine. Mais ce moyen de défense est rejeté puisqu’aucune justification ne peut être invoquée¹⁴. Les poursuites sont d’ailleurs parfois vouées à l’échec car les auteurs des faits arrivent d’Afrique en avion, agissent très vite et repartent par le premier avion.

Dans toutes ces situations le moyen de défense tiré de la religion est donc inopérant puisqu’il n’y a pas de fait justificatif. Tout au plus les juges peuvent-ils faire appel à des causes d’adoucissement de la peine, le mobile ici, le coutume là. La situation est un peu différente dans certaines autres hypothèses où le fait justificatif tiré de la religion n’est qu’indirectement rejeté.

B. *Le rejet indirect du fait justificatif religieux*

Le rejet indirect concerne une hypothèse bien précise: celle où un religieux peut certes se refuser à témoigner en invoquant le secret de la confession, ce qui semble donner effet à un dogme religieux, mais où les autorités judiciaires peuvent contourner ce secret et en somme le neutraliser. Le rejet d’une doctrine religieuse est alors indirect. De là deux séries d’applications.

11 Crim. 27 novembre 1996, 2 arrêts, Bull. crim., n° 431, dr. pénal 1997, 59, obs. J. H. Robert, rev. sc. Crim. 1998, 117, obs. J. P. Delmas-Saint-Hilaire; 5 mai 1997, 2 arrêts, JCP 1997, IV, 16106, GP 1997, II, chron. Crim., 179, rev. sc. Crim. 1998, 117, obs. précitée.

12 Crim. 31 janvier 1996 et 5 mai 1997, obs. précitées.

13 Sur la question, J. Pradel et M. Danti-Juan, Droit pénal général, 4ème éd., 2007, Cujas, n° 33.

14 Crim. 20 août 1983, Bull. Crim., n° 229; 22 avril 1986, Bull. crim., n° 136; 3 mai 1999, Bull. crim., n° 188; 9 mai 1990, Dr. pénal 1991, 291, Rev. sc. crim. 1991, 565, obs. G. Levasseur; Paris 10 juillet 1987, D. 1987, IR 197. Add. TA Lyon, 12 juin 1996, RUDH 1996, 695, note Lévinet, JCP 1997, I, 3996, obs. Fulchiron, D. 1998, Somm. 16, obs. F. Julien-Laferrière, ibid 1998, 304, obs. M. Vasseur, l’excision est un traitement inhumain ou dégradant au sens de l’article 3 Conv. EHD.

1) On sait qu'un témoin est tenu de révéler fidèlement aux policiers et aux magistrats ce qu'il a vu et entendu des faits, du moins dans certains cas. Sont ainsi réprimés l'omission de témoigner en faveur d'un innocent (art. 434–11 CP), le fait de refuser de répondre aux questions du juge d'instruction alors qu'on a déclaré publiquement connaître les auteurs d'un crime ou d'un délit (art. 434–12 CP), la non-dénonciation de crime (art. 434–1 CP). En outre, en application de l'article 109 CPP, le témoin qui ne vient pas déposer encourt lui aussi une peine (art. 434–15–1 CP).

Mais toutes ces obligations cèdent devant les nécessités du secret professionnel. Notamment les ministres du culte catholique ont l'obligation inverse, dans le cadre de la confession – notion faisant partie du dogme – de ne rien révéler à quiconque, même à la justice. Au XIX^{ème} siècle, la jurisprudence considérait de façon large que “les ministres des cultes légalement reconnus sont tenus de garder le secret sur les révélations qui ont pu leur être faites en raison de leur fonction”¹⁵. L'arrêt est large car il inclut d'autres ministres du culte que ceux du culte catholique et car il dépasse le cadre étroit de la confession. Aujourd'hui, l'extension aux religions chrétiennes autre que la religion catholique est maintenue¹⁶, mais d'un autre côté, une décision a limité le secret pour le prêtre catholique à la seule confession¹⁷.

2) Même limité à la confession, le secret peut gêner les autorités judiciaires. C'est pourquoi notre droit a prévu un subterfuge qui, contournant le secret, en arrive à le neutraliser. Il s'agit pour les autorités judiciaires de procéder à une perquisition: puisque la première ne peut être obtenue par l'autorité du ministre du culte, le juge ira la chercher là où elle est. Ainsi, par un détour et de façon indirecte, les autorités judiciaires ne tiennent pas compte du caractère sacré de la confession.

Cette possibilité a été retenue dans une affaire qui a été très médiatisée. Un religieux avait été soupçonné d'avoir violé une personne majeure qui s'en plaignit auprès de son évêque. Celui-ci fit procéder à une enquête par l'official de Lyon¹⁸ et il informa le parquet. Un juge d'instruction fut saisi par ce parquet et il signa à la police judiciaire une commission rogatoire aux fins de perquisition dans les bureaux de l'official. Malgré l'opposition des autorités ecclésiastiques, la police judiciaire procéda à la perquisition. Sur demande d'annulation de la procédure, la chambre de l'instruction de Lyon annula cette perquisition. Elle considéra en effet que la procédure pénale laïque est plus protectrice des droits de la défense que la procédure canonique de sorte que le procédé utilisé, en réduisant les droits de la défense était déloyal. Sur pourvoi, la chambre criminelle décida sèchement que “l'obligation imposée aux ministres du culte de garder le secret des faits dont ils ont connaissance dans l'exer-

15 Crim. 4 décembre 1891, D. 1892–I–139, concl. proc. gén. Baudouin, S. 1892–I–473, note E. Villey, en l'espèce les confidences ne résultaient pas de la confession.

16 Trib. corr. Bordeaux 27 avril 1977, G.P. 1977–II–506, note Gleizes, Rev. sc. crim., 1978, 104, obs. G. Levasseur.

17 Trib. corr. Caen 4 septembre 2001, affaire Mrg Pican, D. 2001, IR 1721, condamnation d'un évêque qui n'avait pas dénoncé au parquet des infractions qu'il avait sur les délits sexuels d'un prêtre pédophile de son diocèse. Critique d'Y. Mayaud, D. 2001, 3454.

18 L'official est un tribunal ecclésiastique.

cice de leur ministère ne fait pas obstacle à ce que le juge d'instruction procède à la saisie de tous documents pouvant être utiles à la découverte de la vérité¹⁹.

La solution ultime n'est pas pour étonner. Il a toujours été admis, et pas seulement pour les ministres du culte, que le juge peut contourner la barrière du secret professionnel. La chose a été admise par exemples pour les médecins²⁰.

On notera tout de même que la situation du médecin n'est pas la même que celle du ministre du culte bien que l'un et l'autre soient qualifiés de "confidants nécessaires", comme l'avocat d'ailleurs. Ce qui touche à la religion est particulier. Le secret doit être absolu, débordant même la connaissance des faits obtenue par la confession, comme le déclarait un vieil arrêt précité rendu par la chambre criminelle le 4 décembre 1891. On peut venir voir un prêtre pas seulement dans le cadre d'une confession et les propos échangés peuvent être de même nature en ou hors confession. En clair, dès lors que le prêtre est abordé en sa qualité de prêtre, le secret doit prévaloir et ledit prêtre ne peut jamais parler²¹. Dès lors il est assez choquant que la justice puisse paralyser ce principe en recourant à une perquisition qui est un véritable subterfuge.

Notre droit est d'ailleurs plus respectueux de l'idée religieuse lorsque l'auteur des faits s'attaque aux convictions.

II – LE RESPECT DE CONVICTIONS RELIGIEUSES PAR LE JUGE PÉNAL

Un arrêt d'appel, déjà en 1912, déclarait que "toutes les croyances religieuses, scientifiques ou philosophiques sont essentiellement respectables, pourvu qu'elles soient sincères et de bonne foi et il n'appartient pas à des juges civils, quelques soient d'ailleurs leurs opinions ou croyances personnelles de les railler, critiquer, condamner"²². Le propos est ancien et vise les juges civils. Mais il vaut encore, y compris pour les juges pénaux. Plus récemment, la CEDH ajoutera une précision: les idées religieuses sont tellement respectables que leurs défenseurs ont le droit d'essayer de convaincre dès lors qu'il ne s'agit pas d'un prosélytisme abusif²³.

En revanche, les personnes qui s'attaquent dans certaines conditions à une religion ou à ses adeptes peuvent faire l'objet de poursuites. De plus, une formalité judiciaire peut se trouver modifiée par les exigences religieuses de la personne concer-

19 Crim. 17 décembre 2002, Bull. crim., n) 231, D. 2004, 302, note Bouvier-Le-Berre, JCP 2003, II, 10036, note M. L. Rassat, GP 2003, I, 1744, concl. D. Commaret, note Damien et Echappé, RTD civ., 2003, 575, obs. Kibchaber.

20 Crim. 24 avril 1969, D. 1969, 637, rapport F. Chapar, JCP 1970, II, 16306, note R. Savatier, Le juge peut lors d'une perquisition saisir tous les documents utiles sans se voir opposer le secret professionnel.

21 Crim. 11 mai 1959, Bull. crim., n° 253, D. 1959, 312, pas de délit de violation du secret professionnel si la confiance n'a pas été faite au prévenu en sa qualité de prêtre.

22 Paris 4 décembre 1912, D. 1914, II, 213.

23 CEDH 25 mai 1993, Kokinakis c./ Grèce.

née. C'est donc à la fois la matière des incriminations et celle de la procédure pénale qui peuvent tenir compte des convictions, ce qui assure le respect.

A. *Une intention anti-religieuse, élément de certaines incriminations*

Supposons qu'une personne traite plus mal une autre personne que son entourage pour des raisons religieuses. Cet auteur peut tomber sous le coup de poursuites dans certains cas.

1) On pense d'abord au délit de discrimination qui tend à réprimer certaines atteintes à l'égalité. Selon l'article 225-1 CP, constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe..., de leur appartenance ou de leur non appartenance, vraie ou supposée à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée". Et l'article 225-2 CP précise que la discrimination doit consister à refuser la fourniture d'un bien ou service, à refuser l'embaucher à certaines conditions énumérées à l'article 225-1 CP. Ainsi donc, se fonder notamment sur un critère religieux, pour traiter différemment une personne est délictueux.

Les applications jurisprudentielles de ces textes sont peu nombreuses. On citera la condamnation d'un dentiste de confession musulmane qui, recherchant un confrère, avait rédigé l'annonce suivante: "Dentiste français sœur musulmane récemment diplômée recherche dentiste musulman pour remplacement ou collaboration"²⁴. L'offre d'emploi était subordonnée à la seule qualité de musulman du candidat, ce qui excluait d'emblée tout autre dentiste d'une autre religion ou sans religion.

2) Si le législateur a pris le parti d'incriminer les discriminations, il était raisonnable qu'il fasse de même pour les provocations aux discriminations. Selon l'article 24 al. 6 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse – cet alinéa ayant été rajouté à l'article 24 par une loi du 1er juillet 1972, adoptée d'ailleurs à l'unanimité à l'article 23 (discours, cris, menaces, écrits...) "auront provoqué à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison... de leur appartenance ou de leur non-appartenance... à une religion déterminée". Avec ce deuxième délit, la jurisprudence est bien plus fournie car ce comportement se réalise souvent par la voie de la presse dont nul n'ignore l'extrême importance.

Les prévenus soulèvent systématiquement le principe de la liberté de la presse dont on connaît les deux fondements: d'abord l'article 1 de la loi de 1881 sur la presse ("l'imprimerie et la librairie sont libres"), ensuite – et plus nettement encore – l'article 10 § 1 Conv. EDH qui assure la liberté d'expression y compris celle de la presse. En application de l'article 10, la CEDH affirme que la liberté d'expression "constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun"²⁵; elle décide de façon plus précise encore que "la liberté d'expression vaut non seulement

24 Trib. corr. Paris 19 décembre 1991, G.P. 1996, I, Somm. 51.

25 CEDH 29 mars 2001, *Thoma c. Luxembourg*, RTDH, 2002, 203, obs. Spielmann.

pour les informations ou idées accueillies avec faveur... mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent²⁶.

D'un autre côté cependant, tout n'est pas permis. L'article 10 § 2 Conv. EDH prévoit certaines exceptions. C'est pourquoi la chambre criminelle décide que l'article 24 al. 6 de la loi de 1881 n'échappe pas à ces exceptions et que le prévenu ne saurait systématiquement invoquer le principe de la liberté de la presse²⁷. Il ne faut pas, dit-elle, dépasser les limites du droit à la libre expression²⁸.

De ces principes découle une application faite d'équilibre avec un certain parfum de casuistique. Il suffit de lire quelques arrêts pour s'en convaincre. On peut classer ces décisions en deux catégories.

D'une part, on trouve quelques arrêts retenant la responsabilité pénale des auteurs. Ainsi en va-t-il de l'agent qui assimile la communauté juive à une association de malfaiteurs²⁹ ou faisant allusion à l'internationale juive³⁰. Il en est de même des auteurs d'images représentant le Pape en position d'être guillotiné, frappé d'un boulet de canon, la catholicité étant ainsi tournée en dérision à l'occasion de la commémoration d'un évènement de caractère religieux de l'histoire de France (le sacre de Clovis); ces dessins manifestent une hostilité à l'égard de la religion chrétienne, l'appel à la violence étant même formulée sur l'un de ces dessins³¹. De même encore, sont responsable les auteurs d'un dessin comportant une légende "Faisons comme eux" (les membres de "commandos anti-avortement") dans les églises, ce qui constitue une profanation des objets du culte catholique³².

D'autre part, échappent à la répression, grâce au principe de la liberté de la presse, les auteurs des comportements suivants:

- publication de caricatures tournant en dérision des religieuses représentées sous des traits grotesques, l'incitation au mépris n'entrant pas dans les prévisions de l'article 24 alinéa 6³³;
- publication d'un article tournant en dérision la confession en usage dans l'Eglise catholique, cet article n'incitant ni à la haine, ni à la violence, ni à la discrimination³⁴;
- publication dans une revue de dessin représentant le Christ et le Pape dans des positions obscènes ou inspirant la dérision, ces actes n'ayant pas pour

26 CEDH 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, § 49, Cah. dr. eur. 1978, 350, obs. Cohen-Jonathan; 23 septembre 1994, *Jersild c. Danemark*, § 33 et s, RSC 1995, obs. Massias. Add. Liberté de la presse et droit pénal, XII Journées de l'Association française de droit pénal, mars 1994, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1994.

27 Crim. 14 mai 2002, Dr. pénal, 2002, 107, note M. Véron.

28 Crim. 24 mai 1996, Bull. crim., n° 210, Rev. sc. crim. 1997, 650, obs. J. P. Delmas Saint-Hilaire.

29 Crim. 13 juin 1995, G.P. 1995, II, Somm. 459.

30 Crim. 29 janvier 1998, G.P. 1998, chron. crim., 74.

31 Paris 13 novembre 1997, D. 1998, IR 21.

32 Crim. 21 octobre 1997, Dr. pénal, 1998, 33, 1er arrêt, obs. M. Véron.

33 Crim. 7 décembre 1993, Bull. crim., n° 374, 1er arrêt.

34 Versailles, 18 mars 1998, D. 1998, IR 203, confirmé par Civ. II, n° 47, G.P. 2001, I, 821, rapport Guerdes et concl. Chemitho.

finalité de provoquer à la discrimination, à la haine ou à la violence et, en outre, ladite revue n'ayant pas pu être lue par des fidèles de l'Église catholique qui n'ont donc pas pu être atteints dans leurs convictions. Les juges affirment encore dans cette affaire que l'atteinte aux droits d'autrui est subjective, variant selon les personnes. D'où le double rejet de la poursuite et de la demande en dommages-intérêts³⁵;

- affiche présentant dans la disposition traditionnelle des personnages de la Cène, un groupe de jeunes femmes portant des vêtements à promouvoir et adoptant la position et les gestes composant le tableau de Léonard de Vinci représentant la Cène. N'y avait-il pas une représentation injurieuse et outrageante d'un thème sacré détourné par une publicité commerciale ? La Cour de cassation ne l'a pas pensé³⁶.
- enfin diffusion d'un tract intitulé "Pas de cathédrale à la Mecque, pas de mosquée à Strasbourg". Les deux auteurs de ce document avaient été assignés par la LICRA. Les juges du fond et ceux de la chambre criminelle considérèrent que ce texte n'avait pas pour objet de stigmatiser ceux qui pratiquent le culte musulman de manière à les exposer à la haine d'autrui³⁷. Ce texte est politique et non discriminatoire.

Les atteintes à la liberté d'expression sont, selon l'expression de la chambre criminelle, "de droit étroit"³⁸

3) Enfin la loi du 29 juillet 1881 réprime la diffamation commise "envers une personne ou un groupe de personnes à raison de ... leur appartenance ou de leur non-appartenance... à une religion déterminée" (art. 32 al. 2). On sait que la diffamation est l'allégation ou l'imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération d'une personne" (art. 29). Dès lors, par le jeu combiné des articles 29 et 32, la loi réprime le fait de porter atteinte à l'honneur ou à la considération d'une personne ou d'un groupe de personnes en prenant en compte des critères religieux. En raccourci, c'est la diffamation religieuse qui est répressive. Mais là encore on retrouve la question de la liberté d'expression.

Une affaire qui a fait du bruit doit lui être relatée. Une association, l'Alliance générale contre le racisme et pour l'identité français et chrétienne (AGRIF) avait fait citer devant le tribunal correctionnel de Paris l'auteur d'un article publié dans le Quotidien de Paris. Cet article intitulé "L'obscurité de l'erreur" visait l'encyclique "Splendeur de la vérité" et prétendait que la doctrine de ce texte papal comportait des ferments d'antisémitisme ayant favorisé l'Holocauste. Les juges du fond entrèrent en condamnation et la chambre criminelle ne cassa l'arrêt que sur les intérêts civils³⁹.

35 Crim. 30 mai 2007, A.J. Pénal, septembre 2007, 383, note S. Lavrie.

36 Civ. 1^{ère}, 14 novembre 2006, D. 2006, IR 2948, et 2007, Pan. 1041, obs. J. Y. Dupreux.

37 S. Lavrie.

38 V. not. Crim., 2 mai 2007, Bull. crim., n° 115; 12 novembre 2008.

39 Crim. 28 avril 1998, G.P. 1998, II, chron. 137, Dr. pénal, 1998, 131, obs. M. Véron.

Il faut cependant ajouter que l'auteur de l'article, ainsi condamné par la justice française, saisit les juges de Strasbourg qui ... condamnèrent la France au motif que l'intéressé avait voulu simplement apporter des éléments à un débat d'idées⁴⁰.

On doit rapprocher l'article 32 al. 2 sur la diffamation de l'article 32 al. 2, son penchant pour l'injure. Là encore, une espèce doit être évoquée. Une association de lutte contre le sida avait diffusé un tract représentant sous la légende "Sainte capote, protège-nous" l'image d'une religieuse, associée à celle d'un angelot et de deux préservatifs. La chambre criminelle se refusa à condamner en invoquant le principe de l'interprétation stricte et celui de la liberté d'expression⁴¹. La solution donnée paraît très discutable car l'image est définie par l'article 29 al. 2 de la loi du 29 juillet 1881 comme "toute expression outrageante, terme de mépris ou invective, ne renfermant l'imputation d'aucun fait". N'était-ce pas le cas? N'y avait-il pas mépris d'une religion? On peut en dire autant d'une affaire dans laquelle un quotidien avait publié un dessin représentant le "Christ engloire, nu, portant un préservatif vers lequel se dirigent les regards d'un groupe d'évêques dont l'un, blanc, déclare à un autre, noir: "lui même avait sans doute utilisé un préservatif". L'AGRIF avait cité en correctionnelle le directeur de la publication pour injure publique envers la communauté des chrétiens. Mais elle fut déboutée, les atteintes à la liberté d'expression étant de droit étroit et les limites à cette liberté n'étant pas dépassées.

Ce rapide tour d'horizon permet de confirmer cette impression de casuistique. Les juges hésitent à condamner et il ne le font que si les agissements du prévenu sont manifestement excessifs. En revanche, sur un point précis de procédure, la position de la jurisprudence est plus simple et plus nette. Il s'agit de l'admission d'une formalité inspirée d'une pratique religieuse.

B. L'admission d'une formalité inspirée d'une pratique religieuse

La procédure pénale est une discipline plus sensible qu'on ne le croit souvent aux particularismes, y compris quant interfèrent des données religieuses. De cette affirmation, on peut donner l'exemple du serment des témoins et des jurés.

On sait que les témoins doivent, avant leur déposition, prêter un serment dont la formule est indiquée à l'article 331 CPP: "le témoin prête serment de parler sans haine et sans crainte, de dire toute la vérité et rien que la vérité". Il faut alors se demander si un témoin peut, pour des raisons religieuses, se dispenser de satisfaire au rite légal ou y introduire une allusion à ses convictions. La réponse est affirmative. Déjà au XIXème siècle, la jurisprudence avait admis qu'un mahométan pouvait prêter serment la main sur le Coran et devant l'assesseur musulman⁴². Elle avait

40 CEDH 31 janvier 2006, *Giniewski c./ France*, D. 2006, IR, 468, AJDA 2006, 466, chron. J. F. Flauss, D. 2006, Panorama, 1717, de J.F. Renucci.

41 Crim. 14 février 2006, Bull. crim., n° 42; D 2007, Pan. 1041, obs. J. Y. Dupeux; RSC 2006, 625, obs. J. Francillon. Sur l'ensemble, voir aussi J. Pradel, *La liberté d'expression jusqu'où ? Brèves remarques sur quelques affaires récentes*, in *La liberté de critique*, sous la direction de D. Corrigan-Carsin, préface J. Foyer, Litec, 2007, p. 131 et s.

42 Crim. 15 janvier 1838, Bull. crim., n° 42.

aussi considérer qu'un anabaptiste pouvait se contenter de faire la promesse, la main sur le cœur, de parler sans haine et sans crainte, de dire toute la vérité, rien que la vérité⁴³. Plus généralement, la chambre criminelle a posé la règle que le témoin peut prêter serment selon le formalisme prévu dans sa religion⁴⁴. Cette affirmation a été ensuite reprise en faveur d'un témoin de religion juive qui refusait de jurer et de lever la main droite en raison des exigences de sa religion; les juges justifiaient son attitude car la substance du serment était conservée⁴⁵.

Le même problème s'est posé aussi pour les jurés. On se souvient que naguère leur serment contenait la formule "Vous jurez et promettez devant Dieu...". Or il s'est trouvé des jurés qui refusèrent de venir prêter serment⁴⁶ ou qui, s'étant déplacés, refusèrent d'admettre la référence à Dieu⁴⁷. Ils furent condamnés. Mais la question ne se pose plus aujourd'hui: en effet une loi du 29 novembre 1972 supprime la référence divine. On évite ainsi désormais une opposition sur un concept religieux. C'est une façon d'apaiser le conflit.

Le fait religieux, même si elle est rejeté de façon dogmatique reste donc une réalité et les juges eux mêmes ne peuvent que le reconnaître.

LITERATURA

1. Boinot P., Sectes religieuses et droit pénal, *Rev. sc. crim.*, 1983, n° 4.
2. Camps G., *Introduction à la préhistoire*, Perrin, 1982.
3. Chavanne A., Religion et droit pénal, Actes du IV Colloque national des juristes catholiques, Paris, novembre 1983, éd. Téqui, 1984.
4. Fortier V., *Le juge gardien de pluralisme confessionnel*, Droit prospectif, 2006.
5. Gauchet M., *La démocratie contre elle-même*, coll. Tel. Gallimard, 2002.
6. Littré E., *Dictionnaire de la langue française*, V° Religion.
7. Luquet H. G., *L'art et la religion des hommes fossiles*, Masson, 1926.
8. Michelet E., *Religion et droit pénal*, Mélanges P. Raynaud, 1985.
9. Pradel J., Christianisme et droit pénal, Le Juriste chrétien, *Revue de la confédération des juristes catholiques de France*, 1983, n° 12.
10. Pradel J., *La religion face au droit criminel*, Mélanges A. Chavanne, 1990.
11. Pradel J. et Danti-Juan M., *Droit pénal général*, 4ème éd., 2007, Cujas, n° 33.
12. Pradel J., La liberté d'expression jusqu'où ? Brèves remarques sur quelques affaires récentes, in *La liberté de critique, sous la direction de D. Corrignan-Carsin*, préface Foyer, Litec J., 2007.

43 Crim. 27 septembre 1883, Bull. crim., n° 237.

44 Crim. 16 décembre 1875, Bull. crim., n° 352.

45 Crim. 6 mai 1987, D 1987, Somm. 406, obs. J. Pradel.

46 C. d'assises de la Marne 17 juillet 1898, D. 1899, II, 340.

47 C. d'assises de la Seine Inférieure, 16 mai 1892, id.

Žan PRADEL

Profesor emeritus Univerziteta u Poatjeu

BOJAZAN KRIVIČNOG SUDIJE OD RELIGIJSKIH ČINJENICA

REZIME

Religija i ideje o njoj su sastavni deo ljudske istorije i kao takve predstavljaju određenu društvenu činjenicu. Ako se ona posmatra u svetlu primene krivičnog prava postavlja se pitanje kako bi sudija trebalo da se odnosi prema religijskim idejama – da li bi trebalo da ih prihvati, ospori ili da im ne pridaje nikakav pravni značaj? Ovo pitanje dobija posebno na važnosti u svetlu člana 14. Evropske konvencije o ljudskim pravima koji zabranjuje diskriminaciju zasnovanu na religijskim uverenjima. Zbog toga je stav krivičnog sudije, u meri u kojoj ima određenu slobodu u tumačenju pravne norme, takav da odbacuje religijska učenja, a istovremeno poštuje verske običaje.

Za sudiju ne postoji dilema da li bi trebalo da primeni pozitivno ili religijsko pravo, jer se primenjuje samo pozitivno, dakle, državno pravo. Može se, međutim, postaviti pitanje da li bi pozivanje na određene religijske činjenice moglo da predstavlja osnov koji bi isključivao postojanje krivičnog dela? Odgovor je određen, pri čemu do nepriznavanja pravnog značaja može da dođe bilo neposredno, bilo posredno. Kao primer za neposredno nepriznavanje autor pominje institut nužne odbrane ili krajnje nužde, ostavljajući mogućnost da se religijske činjenice uzmu u obzir kao olakšavajuće okolnosti prilikom odmeravanja kazne. O posrednom nepriznavanju osnova religijskog karaktera se može govoriti u slučaju da svedok, pozivajući se na obavezu čuvanja verske tajne, odbije da dâ iskaz, a sud naredi preduzimanje druge dokazne radnje i na taj način dođe do željenog dokaza.

Na osnovu izloženog ne bi trebalo izvesti zaključak da krivični sudija ne pridaje nikakav značaj religijskim verovanjima. Naprotiv, postojanje određenih inkriminacija u krivičnom zakonodavstvu i odgovarajuća rešenja u krivičnom postupku govore upravo suprotno. Zabrana diskriminacije na osnovu religijske pripadnosti je u francuskom pravu krivično delo, uostalom kao i izazivanje diskriminacije po verskom osnovu. Autor ističe da se okrivljeni za ova krivična dela najčešće pozivaju na slobodu izražavanja, pri čemu se sudije uglavnom ustežu da izriču osuđujuće presude izuzev ako je ponašanje okrivljenog bilo očigledno preterano. Situacija je mnogo jasnija na terenu krivičnog postupka u kojem su prihvaćene određene formalnosti u čijoj osnovi su verski običaji. Prema praksi Krivičnog odeljenja francuskog Kasacionog suda svedok može da položi zakletvu u skladu sa zahtevima koje postavlja njegova religija. Sličan problem se može pojaviti i kod porotnika, ali je on prevaziđen na taj način što je iz teksta zakletve koju oni polažu izostavljeno pozivanje na božansko.

Autor zaključuje da religijska činjenica, čak i kada se na dogmatički način odbacuje, ostaje stvarnost, pa zato sudiji ne preostaje ništa drugo do da je prizna.

Ključne reči: religija, religijske ideje, verski običaji, krivični sudija, krivično pravo, krivični postupak, sloboda izražavanja.

Obrad PERIĆ*

Professeur Honoraire, Faculté de droit, Université de Novi Sad

ORIGINE ET DEVELOPPEMENT DU DROIT PENAL DES MINEURS: ETAT ACTUEL DE DROIT PENAL DE SERBIE

INTRODUCTION

Le statut particulier des mineurs en droit pénal n'est pas un acquis des temps modernes, mais il résulte du développement historique continu. Ses origines datent depuis longtemps, bien avant la naissance du droit romain, pris d'habitude comme le point initial dans l'examen d'un problème juridique. Cependant, il ne s'agissait que des origines ou des annonces de la condition pénale des mineurs, et non pas de sa solution complexe. Si on prend en considération le fait que le statut des mineurs en droit pénal sous-entendait plusieurs éléments de base, tels *la responsabilité pénale, les organes compétents, la procédure* qu'ils appliquent ainsi que les *sanctions pénales* – on peut constater que dans la période la plus ancienne aucune des questions citées ci-dessus n'était réglée de manière intégrale. Le "statut" entier était le plus souvent réduit aux punitions atténuées des mineurs, et, dans certains cas, à un régime particulier d'exécution des peines, mais pas toujours et pas pour toutes les infractions, grâce à l'application de la règle *malitia supplet aetatem*, c'est-à-dire que la volonté criminelle manifestée remplaçait l'âge. Ce n'est qu'avec l'apparition des premières écoles de droit pénal, organisées vers la fin du 18^{ème} siècle, qu'on peut parler du statut particulier des mineurs, et même alors de manière fragmentaire, car cela n'englobait que certaines de ses composantes (par exemple, la responsabilité pénale, et beaucoup plus tard d'autres composantes).

Suite aux affirmations présentées ci-dessus, une question s'impose inévitablement: comment s'explique le besoin d'une situation particulière des mineurs en droit pénal, différente de celle destinée aux délinquants majeurs?

Dans la tentative de présenter une explication acceptable, il faut dire que toute société a l'intérêt de préserver certaines valeurs et qu'un phénomène social négatif tel le crime, et le crime des mineurs, pouvait sérieusement la compromettre. C'est la raison pour laquelle sont trouvés des nouveaux moyens, introduites des nouvelles mesures, et si possible, effectués des changements radicaux de la législation, c'est-à-dire, une nouvelle législation conforme pour cette catégorie de délinquants

* peric@yubc.net

a été adoptée. Il a été souligné depuis longtemps que la manière dont sont traités les mineurs devrait faire objet des plus grands soins du législateur¹. En effet, il est considéré que le traitement égal des mineurs et des adultes ne représentait pas une protection réussie de la société, mais portait, le plus souvent, davantage de préjudice que de bénéfice².

Cependant, il se pose, de toute justesse, la question quelle personne devrait être considérée de mineur délinquant en droit pénal, afin de pouvoir appliquer ensuite des dispositions spéciales, différentes de celles appliquées pour les majeurs délinquants. Cette question est fondée, car l'un des problèmes les plus difficiles et les moins expliqués est l'âge dans lequel l'homme atteint un tel degré de développement mental pour qu'il puisse assumer la responsabilité pour ses actes ou non-actes³. A ce propos s'impose également l'obligation d'examiner des limites d'âge. Cela s'impose parce que les limites d'âge revêtent une importance particulière en droit pénal, davantage que dans d'autres branches de droit. Elles impliquent, entre autres, l'existence de la législation différente pour les mineurs et les adultes⁴.

Bien que des tentatives de limiter l'âge puissent être remarquées plus tôt, c'est le partage des mineurs en groupes fait dans le droit romain à l'époque de Justinien⁵ qui est d'habitude considéré comme complètement défini. Cependant, les limites d'âge acquièrent leur plein sens effectivement avec la fondation des premières écoles de droit pénal. Il est important de noter qu'il existe trois critères pour l'établissement des limites d'âge des mineurs: l'un est formel, parce qu'il prend en compte uniquement l'âge suivant le calendrier, manifesté par le nombre d'années de vie; l'autre prend en compte le développement biopsychologique; le troisième tient compte de la maturité sociale⁶. Outre ces critères de base, des raisons historiques (par exemple, la tradition) et culturelles, et le plus souvent les besoins de la politique criminelle peuvent être également importants pour l'établissement des limites d'âge. Les législa-

1 *Projekat i motivi Kaznenog zakonika za Kraljevinu Srbiju (Projet et motifs du Code pénal du Royaume de Serbie)*, publication officielle du Ministère de la Justice, Belgrade, 1910, p. 173.

2 S. Frank, *Teorija kaznenog prava – opći dio (Théorie du droit pénal – partie générale)*, Zagreb 1955, p. 268.

3 Cf. T. Živanović, *Zakonski izvori krivičnog prava Srbije i istorijski razvoj njegov i njegovog krivičnog pravosuđa od 1804. do 1815 (Sources légales du droit pénal de Serbie, développement historique et de sa justice pénale de 1804 à 1815)*, Belgrade, 1967, p. 472.

4 J. Dublineau, *Les stades du développement des mineurs socialement inadaptés – aspect biologique – rapport général présenté au Vème congrès international de Défense sociale*, Stockholm, 25–30 août 1958, p. 23.

5 Le droit romain a connu des groupes suivants de mineurs: *infans* (moins de 7 ans); *infantiae proximus* (de 7 à 9,5 ans pour les filles et à 10,5 ans pour les garçons); *pubertatis proximus* (de 9,5 ou 10,5 ans à 12 ou 14 ans, selon le sexe); l'âge au-dessus était également important, jusqu'à l'âge de 25 ans (A. Besson et autres, *Les enfants et les adolescents socialement inadaptés. Problèmes juridiques et médico-psychologiques*, ouvrage publié sous la direction de A. Besson, Cujas, Paris 1958, pp. 23–24). A l'exception de la première catégorie de mineurs (*infans*) à qui une peine ne pouvait pas être prononcée, des limitations établies de telle manière, étant donné que la responsabilité pénale des mineurs n'était pas particulièrement réglée, revêtaient l'importance uniquement pour l'atténuation de la peine, la prononciation des autres peines particulières ou pour l'interdiction de toute punition.

6 Voir en détail: S. Frank, *op. cit.*, p. 269.

tions, antérieures et contemporaines, utilisent généralement, avec certaines corrections, l'âge suivant le calendrier⁷, en se décidant pour les limites d'âge.

Ce qui suit englobera le développement du droit pénal des mineurs dans certaines législations européennes plus importantes (I), et ensuite la même problématique en droit pénal de la République de Serbie (II), prenant, dans ce deuxième cas, en considération la période après la Seconde guerre mondiale, lorsque de grands changements ont été entamés dans ce domaine, sans négliger pourtant des règlements juridiques les plus importants de l'ex-Yougoslavie.

I – UN APERÇU BREF DU DEVELOPPEMENT PARTICULIER DE LA CONDITION JURIDIQUE DES MINEURS DELINQUANTS DANS LA LEGISLATION EUROPEENNE

Dans la condition juridique des mineurs, les règlements de la responsabilité pénale occupent la place centrale, car les autres composantes de leur statut en dépendent dans une grande mesure. Cela pris en compte, il faut examiner les règlements les plus importants de ce problème dans les pays du système continental de l'Europe, et ensuite les autres composantes qui constituent le statut des mineurs en droit pénal, dont l'importance sera remarquée plus tard, sans négliger pourtant ni la période la plus ancienne, à qui reviennent, dans un certain sens, des mérites pour les origines du statut particulier des mineurs.

1. *La période la plus ancienne*

La caractéristique fondamentale de cette période, qui précédait les écoles de droit pénal est que le mineur délinquant est considéré comme un délinquant “en miniature”. Une telle conception ne pouvait influencer que la peine, car, étant donné les convictions générales dans cette époque, la responsabilité pénale des mineurs était réglée de la même manière comme celle des majeurs, et ainsi l'âge mineur pouvait influencer sur ce qui était la conséquence de la responsabilité, c'est-à-dire, sur la peine. C'est pourquoi dans certains cas, l'âge était traité comme *miseratio aetatis*, et revêtait éventuellement l'importance pour la sorte et la durée de la peine.

Cette période comprend l'Antiquité et le Moyen Age et ne se termine qu'avec la victoire de la Révolution française, bien que certaines de ses formes soient présentes également plus tard, mais plutôt comme correction des autres critères. La conception qu'un mineur est “un délinquant en miniature” était caractéristique déjà pour le droit grec. Le droit romain contient cependant davantage de documents conservés, sur la base desquels ce problème peut être suivi. Ainsi, dans le monument le plus

7 C'est la raison pour laquelle dans la législation comparative on peut trouver des définitions différentes des limites d'âge, ce qui se rapporte notamment à la limite inférieure d'âge. Il est intéressant de noter que des documents internationaux les plus récents évitent de se prononcer clairement sur ce problème, en se limitant, majoritairement, à la limite supérieure d'âge, qui fait objet d'un accord presque général que l'âge de 18 ans devrait marquer la fin de la minorité.

ancien du droit romain, *Loi des Douze Tables*, on peut distinguer deux dispositions particulières qui se rapportent aux mineurs⁸. Les deux dispositions prennent en considération des peines atténuées, et non pas la responsabilité pénale des mineurs, et cela uniquement pour deux infractions contre le patrimoine, ce qui est anodin. La période qui a suivi n'a pas apporté d'améliorations plus importantes. Cependant, l'importance de cette période repose dans l'annonce d'une condition particulière des mineurs qu'elle contient. Selon certains auteurs, ces deux textes pointent le problème des mineurs délinquants à Rome durant les 13 siècles de son histoire⁹.

2. *Les premières écoles de droit pénal et leur contribution à la création du statut particulier des mineurs*

La victoire de la Révolution française, et notamment des tendances d'idées et la philosophie qui la précédaient, ne pouvait pas rester sans influence sur la totalité de la philosophie juridique de l'époque. Ce n'est pas par hasard que la première école de droit pénal, l'école classique¹⁰, reflète les tendances de cette période assez frénétique de développement de la société des hommes. Les encyclopédistes français ont joué un rôle spécial dans le flottement d'idées de cette époque. Ainsi, par exemple, dans son œuvre connue, *Du contrat social*, Rousseau écrit: "L'homme est né libre, et partout il est dans les fers..."¹¹. La première partie de cette phrase reflète de la manière la plus complète la philosophie sur laquelle sera plus tard fondé l'enseignement de l'école classique sur l'homme doté de volonté libre, capable de choisir entre le bien et le mal. L'école néoclassique fait suite à la précédente, et sa tâche était d'adapter la théorie sur la volonté libre aux besoins du moment donné. Le Code pénal français de 1791 était fondé sur les bases de l'école classique, de même que le Code pénal de Napoléon de 1810, au moins jusqu'aux premières modifications qui avaient changé sa conception, ainsi que plusieurs codes européens de cette époque.

L'école positiviste et l'école sociologique, qui ont apparu plus tard, ont pointé un nouveau problème qui acquerrait de plus en plus d'importance dans le droit pénal. C'est la personnalité du délinquant, et à cela a notamment contribué le développement des autres sciences, telles la psychologie, la psychiatrie et la pédagogie. Transféré sur le problème qui nous intéresse, on peut dire que des nouvelles tendances avaient exercé une certaine influence sur la responsabilité pénale des mineurs.

8 Les deux dispositions sont contenues dans la table VIII de cette loi. – Voir: S. Jasić, *Zakoni starog i srednjeg vijeka (Les lois de l'Antiquité et du Moyen Age)*, Belgrade, 1968, p. 78 – 81.

9 Voir B. Perrin, "La minorité pénale en droit romain et dans les législations européennes antérieures au XIXème siècle", dans l'ouvrage: H. D. Vabres et M. Ancel, *Le problème de l'enfance délinquante*, Sirey, Paris, 1947, p. 15.

10 Des critères divers sont utilisés dans la classification des écoles. C'est la raison pour laquelle les classifications se distinguent non seulement pas par la forme, mais le contenu et la base philosophique font objet des interprétations particulièrement différentes (voir, par exemple, Z. Stojanović, *Krivično pravo – opšti deo (Droit pénal – partie générale)*, 14ème édition, Belgrade 2007, p. 70 et similaires). Cependant, certaines écoles qui nous intéressent font objet d'un accord plus ou moins général.

11 J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, Garnier-Flammarion, Paris 1966, p. 41.

A. Les deux premières écoles (classique et néo-classique comme sa continuation) adaptent les préalables fondamentaux de leur enseignement en ce qui concerne les mineurs. La responsabilité pénale des mineurs, dans le cadre des limites d'âge, n'est plus une règle, car elle dépend de la question antérieurement résolue de *discernement*. Cependant, si la question sur le sens de cette notion est posée, il faut souligner que, par exemple, le Code pénal français de 1791, dans lequel est mentionné le discernement, ne définit nulle part cet institut¹², et la situation est similaire dans d'autres textes légaux. La question si un mineur avait commis un délit avec ou sans discernement était considéré comme une question de fait qui n'était réglée suivant aucun acte légal, mais suivant l'expérience et la connaissance des faits¹³.

En absence d'une définition légale, cette notion a fait objet des interprétations diverses, tant dans la jurisprudence que dans la théorie. Il ne sera pas incorrect de présenter la conception qui explique de plus près cette notion, à savoir que le discernement, dans une conception dont la base était la volonté libre de l'homme, cela dit également d'un mineur, qui peut, également, opter entre le bien et le mal, représente une sorte particulière d'imputabilité – *l'imputabilité des mineurs*. En effet, si l'on tient compte du fait que l'imputabilité sous-entend deux éléments – l'intellectuel et de volonté, la position généralement acceptée est que le discernement revêtait une importance pour la sphère intellectuelle de la personnalité (pour la possibilité de comprendre la portée de ses actes), tandis que la liberté de la volonté était sous-entendue dans ce cas aussi. Certains soulignent que le développement du pouvoir intellectuel, c'est-à-dire, la possibilité de comprendre la portée de son acte¹⁴ est le plus prononcé pour le développement mental des mineurs. Mais, comme les capacités psychiques ne sont pas suffisamment développées chez les mineurs, jusqu'à un certain âge il faut poser la question s'ils étaient conscients de l'importance de leur acte, c'est-à-dire s'ils procédaient avec ou sans discernement¹⁵. Le discernement était donc examiné dans chaque cas concret pour une catégorie déterminée, et cela était effectué par le tribunal.

-
- 12 Le discernement est mentionné pour la première fois dans le Codé pénal de Toscane de 1786, connu sous le nom *Codice Leopoldino* (voir: B. Zlatarić, *Dans quelle mesure se justifient des différences dans le statut légal et dans le traitement des mineurs, des jeunes adultes et des adultes délinquants – Aspect juridique*, Rapport général présenté au VIème congrès international de Défense sociale, Belgrade – Opatija du 22 au 28 mai 1961, Belgrade 1962, p. 32. – Sur *Codice Leopoldino*, voir également J. Pradel, *Histoire des doctrines pénales*, 2e éd. corrigée, PUF, Paris, 1991, p. 37. Etant donné que le développement le plus complet du discernement, et ensuite sa déformation ont eu lieu dans la législation française, nous tiendrons compte de l'exemple de ce pays dans la suite de nos développements.
- 13 *Kazneni zakonik i krivični sudski postupak Kraljevine Srbije (Code pénal et procédure pénale du Royaume de Serbie)*, Belgrade, 1911, commentaire du § 56 du Code pénal. – Similaire dans: J. Dj. Avakumović, *Teorija kaznenog prava, prvi deo, prva sveska (Théorie du droit pénal, première partie, premier cahier)*, Belgrade, 1887, p. 122, qui indique que les conclusions sur le discernement peuvent être faites sur la base d'une évaluation complète et fiable.
- 14 T. Živanović, *Osnovi krivičnog prava Kraljevine Jugoslavije – opšti deo (Elements de droit pénal du Royaume de Yougoslavie – partie générale)*, II livre, Belgrade, 1937, p. 100.
- 15 T. Živanović, *Osnovi krivičnog prava – opšti deo (Eléments de droit pénal – partie générale)*, II édition, Belgrade, 1922, p. 248.

Les conséquences en étaient les suivantes: si le tribunal tranchait que le mineur procédait avec discernement, il le proclamait pénalement responsable et lui prononçait une peine, et suivant la règle, la peine était plus atténuée, car l'âge mineur avait de l'importance. Dans le cas contraire, le mineur n'était pas pénalement responsable et envers lui étaient appliquées certaines mesures d'éducation, dont le registre était négligeable à l'époque.

B. Bien que Franz von Listz s'ait engagé en faveur de remplacer le *discernement* comme critère de responsabilité pénale par la notion de la maturité morale (*Sittliche Reife*), c'est à C. Stooss, auteur du *Projet du CP suisse* de 1893, que revient le plus grand mérite d'avoir pointé l'unilatéralité et l'égarement au sujet du discernement. En critiquant l'unilatéralité de cette notion, étant donné qu'uniquement la partie intellectuelle de la personnalité était prise en compte, il soulignait qu'il manquait plutôt au mineur de suivre la raison et de se contrôler, c'est-à-dire de régler sa conduite¹⁶. Sans contester l'importance de la volonté, certains auteurs affirmaient que cette capacité avait des manquements dans son aspect juridique par rapport à la capacité intellectuelle, et, en outre, il est plus difficile de déterminer son développement et de le partager en phases séparées¹⁷.

En tout cas, sous influence des nouvelles tendances, la notion du discernement des mineurs est élargie, ce qui permet de parler de sa variante éclectique. La composante intellectuelle reste comme avant, mais cette notion est enrichie également d'une composante de volonté, et les deux doivent être prises en compte lors d'établissement de la responsabilité pénale d'un mineur. En même temps, la différence terminologique est également soulignée, et à la place de "discernement" sont utilisées les expressions "la maturité", "le développement mental" etc. L'imputabilité des mineurs, élargie de cette manière, se rapproche de l'imputabilité des majeurs, mais elles ne sont toujours pas conformes¹⁸.

Les conséquences de l'existence de la "maturité" sont les mêmes comme avant, lorsqu'il a été établi que le mineur procédait avec discernement. Cependant, le prononcé de la peine n'était pas une règle s'il était établi que le mineur avait acquis seulement un certain niveau de maturité. A la place de la peine, on pouvait prononcer des mesures d'éducation, c'est-à-dire des mesures de sûreté, en dépendance du sens qui leur était attribué¹⁹.

16 Cf.: A. Carić, *Problemi maloljetničkog sudstva (Les problèmes de la justice des mineurs)*, Split, 1971, p. 52 – Une affirmation similaire de Šilović. Voir: J. Šilović, *Kazneno pravo (Droit pénal)*, Zagreb, 1920, p. 93.

17 Ainsi, par exemple, Živanović, dans la note 14, p. 100.

18 Afin de la distinguer de l'imputabilité des adultes, car il s'agit de deux notions différentes, Živanović (œuvre indiquée dans la note 14, p. 99–102) la nomme "discernement au sens plus large". Cela reflète, d'une manière linguistique aussi, la transformation que le discernement a subi dans la variante éclectique.

19 Les mesures prononcées aux mineurs étaient appelées, à la règle, des mesures de sûreté. C'était évidemment la conséquence du concept dualiste, sous l'influence duquel naissaient de nouvelles législations, et dans cette conception, les mesures d'éducation étaient considérées comme les mesures de sûreté les plus typiques.

C. En ce qui concerne les autres composantes de la condition juridique des mineurs (les organes compétents, la procédure pénale et les sanctions pénales), il faut souligner que le changement des autres segments du statut de mineur n'était, dans le même temps, la conséquence des changements dans le concept de la responsabilité pénale du mineur. Les problèmes sur le plan de procédure n'étaient toujours pas remarqués à cette époque. La même procédure était appliquée dans tous les cas, ce qui avait des conséquences négatives sur l'état mental d'une personnalité qui n'est toujours pas formée. Ce n'est que vers le début du 20^{ème} siècle que seront acceptées et réalisées les idées qui tenaient leur origine de l'Amérique du Nord, et ainsi certains principes fondamentaux de la procédure pénale ont subi des changements radicaux. La situation est similaire avec les organes compétents pour les mineurs. Le premier tribunal pour les mineurs n'est fondé qu'en 1899 aux Etats-Unis (à Chicago). Suite à leur fondation, les tribunaux particuliers se répandaient rapidement, non seulement aux Etats-Unis, mais également sur d'autres continents, notamment en Europe.

Les sanctions pénales pour les mineurs devraient être observées en un rapport étroit avec le développement de la responsabilité pénale. Cependant, pendant longtemps, les mêmes sanctions (peines) étaient appliquées aux mineurs et aux majeurs, avec la possibilité de peine atténuée pour la première catégorie. Des sanctions spéciales pour les mineurs apparaissent lorsque la responsabilité pénale des mineurs est résolue différemment. Leur origine devrait être recherchée dans la conception classique du droit pénal, lorsque les mineurs étaient classifiés, avec l'aide des critères tels le discernement, en deux catégories: pénalement responsables et pénalement non-responsables. Des mesures d'éducation étaient permises envers la deuxième catégorie, dont le registre se réduisait à cette époque seulement à deux: la remise à ses parents et le placement dans une institution.

3. *Fondation de Internationale kriminalistische Vereinigung et le statut des mineurs délinquants*

L'idée sur le statut particulier des mineurs, c'est-à-dire sur une législation particulière pour cette catégorie d'âge n'est remarquée cependant qu'à partir de la création d'*Internationale kriminalistische Vereinigung* (en version française: *l'Union internationale de droit pénal*), fondée, vers la fin du 19^{ème} siècle, par trois hommes de science renommés de l'époque: F. von Listz, Van Hamel et A. Prince. Ce mouvement a engendré la libéralisation de l'éclectisme et la constitution d'une école contemporaine de droit pénal. L'année 1889 est d'habitude prise comme l'année de fondation de l'Union. Cependant, d'après certains auteurs, l'Union a été fondée en 1888, et en 1889 à Bruxelles a eu lieu le premier congrès de l'Union, et sur son ordre du jour figurait pour la première fois le problème des mineurs. Le même problème a été débattu également aux congrès qui ont eu lieu en 1891 et en 1893²⁰. Ainsi, du droit

20 Voir plus dans M. Mérigeau, *Le droit pénal des mineurs et des jeunes adultes en République Fédérale d'Allemagne*, A. Pedone, Paris 1987, p. 12 – Il est habituel d'identifier la création de cette Union avec la naissance d'une nouvelle école de droit pénal – l'école sociologique, dont les représentants principaux étaient des hommes de science déjà mentionnés (ainsi, par exemple, dans Srzentić – Stajić – Lazarević, *Krivično pravo SFRJ – opšti deo (Droit pénal de RSFY – partie générale)*

pénal, fondé sur l'étude des crimes (*Tatstrafrecht*), depuis cette époque, l'attention est focalisée sur la personnalité du délinquant (*Täterstrafrecht*). Ces détours décisifs revêtaient une importance particulière pour les aspects de la personnalité des mineurs dont les spécificités ne peuvent pas être mises en question²¹. En effet, la conséquence d'une telle position faisait suite à la différenciation des mineurs: en mineurs délinquants et ceux qui sont en danger de le devenir²². Tous ces changements ont amené à la rupture avec l'égarement sur le mineur comme délinquant "en miniature" et au raffermissement de la conception d'un mineur comme être qui est différent d'un délinquant majeur par de nombreux aspects. C'est ainsi qu'à progressivement pris la surface l'idée sur le besoin d'un droit particulier pour les mineurs, qui sous-entendrait une procédure différente et des organes, sanctions et autres mesures particulières, de même que des critères pour leur application.

Le statut des mineurs à cette époque était réglé dans les cadres de droit commun, dans lequel prédominaient les dispositions sur les délinquants majeurs, tandis qu'un nombre minime de dispositions était consacré à la catégorie des mineurs²³.

Cependant, les idées de l'Union se sont rapidement reflétées sur la législation de certains pays européens, et ainsi en Angleterre, déjà depuis 1808, existent des règlements particuliers sur les mineurs, en France et en Belgique depuis 1912, en Allemagne, une loi particulière a été adoptée en 1923, etc. Là où cela n'a pas été fait, et c'était néanmoins un nombre plus important d'Etats, sont visibles les tendances d'accepter de nouvelles idées, mais ces questions sont toujours réglées dans le cadre des dispositions de droit commun, destinées, avant tout, aux délinquants majeurs. Un tel règlement a exercé une certaine influence sur la totalité de statut juridique des mineurs, car les autres dispositions générales, qui règlent de nombreuses autres questions, ne peuvent pas être négligées, nonobstant qu'il ne semble que les dispositions sur les mineurs constituent une unité particulière et relativement autonome. C'est pourquoi plusieurs raisons seraient favorables à une législation particulière sur les mineurs, bien qu'alors ne puissent non plus être évitées toutes les difficultés, car le rattachement des dispositions sur les mineurs avec celles qui portent sur les délinquants majeurs est inévitable dans une certaine mesure, même lorsque ce domaine est réglé par des règlements particuliers qui portent exclusivement sur les mineurs.

En commençant par F. von Liszt, comme le représentant le plus prononcé de la nouvelle Union, progressivement est créé un nouveau modèle de statut des mineurs délinquants. Dans la période qui a suivi, il n'a été que complété et perfectionné²⁴. A

rale), 7ème édition, Belgrade 1978, p. 54). L'Union a continué à travailler après 1924 sous le nom de Société internationale de droit pénal.

21 M. Mériageu, *ibidem*.

22 En effet, en 1891, dans le cadre de l'Union a été formée une commission qui a pointé le besoin de différencier ces deux catégories. – M. Mériageu, *ibid.*, p. 13.

23 Ainsi, par exemple, dans le Code pénal de la Principauté de Serbie, de 1860, seulement quatre paragraphes portaient sur les mineurs (§§ 55–58). – Dj. Cenić, *Objašnjenje Kaznitelnog zakonika za Knjažestvo Srbiju (Explication du Code pénal pour la Principauté de Serbie)*, Belgrade 1866, p. 188–189.

24 N. Kourakis: "Droits des mineurs et droits de l'homme. Tendances anciennes et actuelles en Grèce et ailleurs", in: *La privation de liberté dans le système pénal et les droits de l'homme*, 42ème Cours international de Criminologie, Athènes 1991, p. 413.

cela a contribué, dans une grande mesure, le mouvement de la Défense sociale nouvelle, qui était particulièrement prononcé à la fin de la Seconde guerre mondiale. Il était même estimé que le traitement des mineurs devrait avoir l'importance d'une expérience, afin d'élargir une telle manière de procéder également sur les majeurs délinquants²⁵, lorsque les circonstances pour cela seraient rassemblées.

Ce modèle peut être qualifié de modèle *welfare* (modèle "protection"), et ses caractéristiques sont, en bref, les suivantes: les autorisations de discrétion du juge sont visibles; le principe de proportionnalité des sanctions est abandonné et la personnalité du délinquant est primaire dans tous les aspects; à la place de punir le mineur, il lui est offert de l'aide²⁶; la caractéristique de la procédure n'est pas le formalisme, et la publicité est restrictive²⁷. Le modèle *welfare*, en dépit de toutes les remarques qui peuvent lui être adressées, était, plus ou moins, présent dans la majorité des textes législatifs élaborés en Europe, notamment suite à la Seconde guerre mondiale.

Cependant, c'est grâce aux circonstances modifiées dans la société occidentale que nous pouvons remarquer une optique différente de la criminalité des mineurs. Ainsi, à partir des années 80 du siècle passé, de plus en plus est présent un autre modèle de protection des mineurs, qui pourrait être nommé de modèle "justice". A cela ont contribué, entre autres, certains documents internationaux qui englobaient des aspects divers de la condition juridique des mineurs. En ce qui concerne la portée, il faut les interpréter de manières diverses, car certains parmi ces documents ont été adoptés par l'ONU, et d'autres par des organisations régionales, telles le Conseil de l'Europe; ensuite, certains ont le caractère contraignant, et d'autres non, mais, en revanche, ils contiennent des principes importants auxquels aucun pays civilisé ne pouvait pas renoncer. Il faut notamment mettre en vedette ici des documents internationaux tels: *Ensemble de règles minima des NU concernant l'administration de la justice pour les mineurs* de 1985²⁸; *Principes directeurs des NU pour la prévention de la délinquance juvénile (Principes directeurs de Ryad)* de 1990²⁹; *Règles des NU pour la protection des mineurs privés de liberté* de 1990³⁰; *Règles minima des NU pour l'élaboration des mesures non privatives de liberté (Règles de Tokyo)* de 1990³¹; *Convention sur les droits de l'Enfant* de 1989³². A ce qui a été précédemment exposé il faut également ajouter deux recommandations du Conseil de l'Europe, adoptées par le Comité des Ministres: *Recommandation n° R (87) 20 sur les réactions sociales*

25 Voir par exemple : S. Frank, *op. cit.*, p. 271.

26 F. Von Liszt contestait l'idée de la punition des mineurs, en l'argumentant de la manière suivante: "Si un jeune ou encore un adulte commet un crime, et si nous le laissons libre, le risque qu'il commette à nouveau un crime est moindre que si nous le punissons". – Cité d'après: M. Méri-geau, *op. cit.*, p. 13; bien entendu, cela n'exclut pas l'application des autres sanctions (par exemple, des mesures d'éducation).

27 Davantage à ce sujet: *Réactions sociales à la délinquance juvénile*, Conseil de l'Europe, Strasbourg 1989, p. 26–27.

28 Cf.: *Droit de l'homme – Recueil d'instruments internationaux*, NU, New York, 1988, p. 238–263.

29 NU, Assemblée générale, A/45/756 du 7 déc. 1990, p. 43–55.

30 *Ibid.*, p. 55–72.

31 *Ibidem*.

32 Lex-Yougoslavie a ratifié cette convention en 1990. Voir: *La loi sur la ratification de la Convention de l'ONU de l'Enfant*, "Journal officiel de la RSFY – Traités internationaux", numéro 15/1990.

à la *délinquance juvénile* de 1987 et *Recommandation* du même organisme, n° R (88) 6 sur les *réactions sociales au comportement délinquant des jeunes issus des familles migrantes* de 1988³³.

L'essentiel dans le modèle *justice* est que le mineur et ses besoins ne sont plus ce qui est primaire et dont il faudrait exclusivement tenir compte. A la place de cela, la victime de l'infraction et les intérêts de la société³⁴ sont mis en premier plan. En outre, une attention particulière est consacrée à la "responsabilité sociales" des mineurs, et cette notion est assez vague et indéfinie³⁵. Ensuite, il est cherché et trouvé une alternative pour la procédure pénale, de même que pour l'application de certaines sanctions, ainsi, chaque fois quand c'est possible, on a recours à la diversion de la procédure pénale³⁶. Les peines et tout autre traitement institutionnel sont le dernier moyen auquel il est recouru, et dans cette phase sont également utilisées les possibilités des sanctions alternatives.

Cependant, le premier et le deuxième modèle ne sont pas aptes pour l'application dans les nouvelles circonstances, et pour cette raison est recherchée une solution de compromis, qui prendra en compte les bons côtés des deux modèles.

II – LA CONDITION JURIDIQUE DES MINEUR DELINQUANTS DANS LA LEGISLATION PENALE DE LA REPUBLIQUE DE SERBIE

Jusqu'à récemment, dans l'ex-Yougoslavie et dans la République de Serbie, la condition juridique des mineurs délinquants a été réglée par des unités particulières dans le cadre du droit commun de caractère matériel, de procédure et de l'exécution. L'intégration aux nouvelles tendances dans le domaine de la criminalité des mineurs n'a eu lieu qu'à partir de 1959, lorsque, sous influence du mouvement de la Défense sociale nouvelle, des réformes vastes étaient mises en œuvre, notamment dans le domaine des mineurs délinquants³⁷. C'est pourquoi dans la suite, qui englobera

33 Le texte des deux recommandations est paru dans la publication *Réactions sociales à la délinquance juvénile*, *op. cit.*, p. 7–19.

34 A. Lahalle, *Les règles internationales et les grands systèmes de droit des mineurs en Europe occidentale (approche comparative)*, CRIV, Vaucresson 1990, p. 28.

35 Davantage à ce sujet: Ch. Lazerges. Seuils d'âge et responsabilité pénale en Europe. En hommage à M. Ancel, *Cahiers de Défense sociale*, 1990/91, p. 95. – Cependant, il ne faut pas traiter cette conception de manière répressive, en appliquant les mêmes peines comme pour les majeurs, mais il faut plutôt demander la coopération des mineurs dans les mesures appliquées, ce qui est, par ailleurs, une condition nécessaire pour le succès.

36 La notion "diversion" signifie des manières diverses de procéder afin de préserver les jeunes des effets nocifs des juges pour les mineurs. – Cf.: M. Ancel, *La Défense sociale* (traduit en serbe par O. Perić), Belgrade 1991, p. 63.

37 Bien qu'indirecte, l'influence du mouvement de la Défense sociale nouvelle est visible dans les motifs des changements législatifs, où il est indiqué que certains changements de la législation reflètent de nouvelles conceptions dans la politique criminelle. Ces nouvelles conceptions étaient, en fait, des conceptions de la Défense sociale nouvelle. – Voir: N. Srzentić, "Exposé des changements et amendements au Code pénal", *Archives pour les sciences juridiques et sociales*, numéro 1–2/1959, p. 85 et al.

l'époque depuis la fin de la Seconde guerre mondiale, seront pris en compte deux périodes: la période lorsque le statut des mineurs délinquants était réglé dans le cadre des dispositions générales de droit commun et l'état actuel, lorsqu'il existe une législation particulière pour cette catégorie.

1. *Première période: le statut des mineurs délinquants dans le cadre des dispositions générales de droit commun*

Cette période est assez longue, car elle englobe l'époque depuis la fin de la Seconde guerre mondiale jusqu'à l'année 2005 du siècle en cours. On peut y remarquer des règlements juridiques différents pour les mineurs, le plus souvent de caractère "révolutionnaire", mais aussi des annonces d'un statut différent pour cette catégorie. Nous mettrons brièvement en vedette certaines solutions les plus importantes de cette période de transition.

a) Parmi les premières lois adoptées après la guerre dans le domaine de droit pénal était la *Loi sur les types des peines* de 1945³⁸, mais elle ne portait pas du tout sur le statut matériel des mineurs délinquants. L'article 1er de cette loi stipule douze peines que les tribunaux civils et pénaux peuvent prononcer comme peines principales ou accessoires. On peut conclure que quelle que ce soit de ces peines pouvait être prononcée aux mineurs, de même qu'aux majeurs.

L'année suivante a été adoptée la *Loi sur la vérification et les amendements à la Loi sur les types des peines*³⁹, qui contient des dispositions particulières sur les mineurs. Les mineurs sont des personnes qui ont atteint l'âge de 14 ans et qui ont moins de 18 ans (article 23). Il provient de cette disposition, reprise plus tard, que la législation crée au terme de la Seconde guerre mondiale n'avait pas repris les catégories des mineurs représentées dans le droit pénal d'avant-guerre. Aux mineurs ne pouvaient être prononcées que trois mesures d'éducation, et les peines étaient permises seulement pour les mineurs qui avaient 16 ans au moment de la perpétration du délit. Le critère pour la punition d'un tel mineur était la dangerosité sociale de l'infraction et de l'auteur de délit (article 25), et ce critère n'était plus mentionné dans aucun document. Dans le même temps, les tribunaux pouvaient prononcer toutes les peines prévues (13 au total), y compris la peine de mort. Cette loi ne contenait pas certaines autres dispositions sur les mineurs.

Le *Code pénal – partie générale* de 1947⁴⁰, à la différence des règlements antérieurs, contenait des dispositions beaucoup plus élaborées sur les mineurs. Avant tout, tous les mineurs délinquants (toujours des personnes d'entre 14 et 18 ans), étant donné leur développement mental, étaient partagés en pénalement responsables et pénalement non-responsables. Le mineur délinquant pouvait être pénalement responsable s'il avait plus de 14 ans et s'il était mentalement développé au point de comprendre la portée de son acte et de régler sa conduite. Mais, lors du prononcé de la peine, le tribunal était contraint de manière qu'il ne pouvait pas prononcer la peine de mort au mineur, ni la peine de privation de liberté avec des travaux forcés à perpétuité. Le degré de développement mental influençait sur la peine.

38 "JO de la Yougoslavie Démocratique Fédérative", numéro 48/1945.

39 "JO de la République populaire fédérale de Yougoslavie", numéro 66/1946.

40 "JO de la République populaire fédérale de Yougoslavie", numéro 106/1947. – Ce Code pénal, comme son nom l'indique, contenait uniquement la partie générale de la matière, tandis que la partie spéciale était répartie en plusieurs textes légaux qui portaient sur certains groupes d'infractions.

Si le mineur n'avait pas atteint un niveau déterminé de développement mental, le tribunal pouvait appliquer des mesures d'éducation et de redressement, dont le registre était augmenté à quatre. Cependant, même s'il s'agissait d'un mineur délinquant pénalement responsable, certaines mesures d'éducation pouvaient être prises en compte dans certaines conditions. Le Code définissait leur but, en prévoyant la possibilité de modification de la mesure d'éducation prononcée. Des mesures médicales et de protection pouvaient être appliquées aux personnes qui n'étaient pas imputables ou bien celles qui possédaient une faculté essentiellement diminuée de comprendre la portée de leur acte ou de régler leur conduite.

Dans le *Code pénal* de 1951⁴¹, les dispositions sur les mineurs font objet d'un chapitre particulier (chapitre V, art. 64–79). Le Code ne change rien en ce qui concerne les limites d'âge supérieur et inférieur des mineurs, mais il précise les répartitions au sein d'elles de manière que les personnes d'entre 14 et 16 ans sont qualifiées de mineurs moins âgés, et celles d'entre 16 et 18 ans de mineurs plus âgés. Le partage en ces deux catégories a engendré certaines conséquences et il reste toujours d'actualité.

En ce qui concerne la responsabilité pénale, le Code partage tous les mineurs, nonobstant leur âge, aux pénalement responsables ou pénalement non-responsables. Comme avant, le critère pour cela est le développement mental. Cependant, en ce qui concerne la punition des mineurs moins âgés, un critère supplémentaire est introduit – la peine prévue pour l'infraction, et il est demandé que pour une infraction soit prévue la peine supérieure à 10 ans d'emprisonnement sévère. Il existait toujours des limitations dans le prononcé de certaines peines, mais il contient également des règles particulières pour la fixation de la peine, ainsi que la possibilité de l'application des mesures de sûreté.

La Loi sur les modifications et amendements du Code pénal de 1959⁴² revêt une importance particulière. Avec les modifications du chapitre VI du CP, la législation de l'époque, on peut librement affirmer, est entrée dans l'ordre de celles qui adoptaient des conceptions *contemporaines*. Ces modifications ont fondamentalement changé la condition juridique matérielle des mineurs délinquants. Sans changer les répartitions existantes, aux catégories déjà établies des mineurs est ajoutée une nouvelle – les jeunes adultes délinquants, la catégorie qui est de par certaines caractéristiques entre celles des délinquants mineurs et majeurs. Dans certaines conditions, ils peuvent se voir prononcer certaines sanctions prévues pour les mineurs.

Le critère pour la responsabilité pénale n'est plus le développement mental, mais est généralement mise en relief la personnalité totale du mineur. Le prononcé de la peine est limité, avec l'accomplissement de toute une série de conditions, formelles et autres, à la catégorie des mineurs plus âgés. Le registre de mesures d'éducation est considérablement élargi, et les mesures de surveillance renforcée occupent une place particulière. Est introduite une peine spéciale pour les mineurs plus âgés – l'emprisonnement pour mineurs. L'arrêt de l'exécution et la modification de la décision sur les mesures d'éducation est réglée précisément. La possibilité de prononcé d'autres mesures de sûreté nonobstant l'âge reste gardée. En outre, toute une série d'autres instituts a été améliorée, et ainsi il s'agissait vraiment des modifications de qualité, bien que ces modifications soient introduites dans le droit national avec beaucoup de retard par rapport aux tendances mondiales.

b) Les modifications de la législation matérielle, notamment celles effectuées en 1959, ont été accompagnées par des modifications conformes des dispositions de procédure et de l'exécution. Les dispositions sur les mineurs sont contenues déjà dans la première *Loi de procédure pénale* de 1948⁴³, ainsi que dans le *Code de procédure pénale* de 1953⁴⁴, qui contient

41 "JO de la République populaire fédérative de Yougoslavie", numéro 13/1951.

42 "JO de la République populaire fédérative de Yougoslavie", numéro 30/1959.

43 "JO de la République populaire fédérative de Yougoslavie", numéro 97/1948.

44 "JO de la République populaire fédérative de Yougoslavie", numéro 40/1953.

les bases de la procédure envers les mineurs appliquée aujourd’hui. Néanmoins, la procédure posée par ce code est réglée de manière plus complète en 1959 avec des modifications et amendements à ce code⁴⁵. Conformément au droit pénal matériel, ces modifications sont très importantes. La caractéristique principale de la procédure est son élasticité et l’absence du formalisme. On peut librement affirmer que la procédure est davantage adaptée à la personnalité du mineur qu’au respect de la forme juridique.

En ce qui concerne l’exécution des sanctions, il faut dire que ce domaine était réglé au début par des instructions et règlements internes, qui portaient, entre autres, sur la problématique des mineurs. Si l’on prend en compte des textes légaux, il faut mentionner *La Loi de l’exécution des peines* de 1948⁴⁶, qui stipulait, pour les mineurs, la manière d’exécution de certaines peines qui ne pouvaient être prononcées que pour des mineurs, ainsi que la *Loi sur l’exécution des peines, mesures de sûreté, mesures d’éducation et de redressement*⁴⁷, dans laquelle l’exécution de deux mesures d’éducation de caractère institutionnel occupe une place particulière.

Etant donné qu’en 1959 étaient effectuées des modifications importantes dans la législation matérielle et de procédure, et sur le plan international adoptés des documents qui se rapportent à l’exécution des sanctions pénales (Règles minima et d’autres documents), en 1961 a été adoptée une nouvelle loi intitulée *Loi sur l’exécution des sanctions pénales*⁴⁸. Elle est importante parce qu’elle reflète les changements dans les domaines de la législation matérielle et de procédure, ainsi que des recommandations élaborées sur le plan international. Cependant, on peut librement affirmer que l’avant-garde de la législation pénale autonome portant sur les mineurs était effectivement dans la législation d’exécution, plus précisément dans la *Loi sur l’exécution des mesures d’éducation*⁴⁹, qui se maintenait pendant longtemps – jusqu’à l’adoption de la *Loi sur l’exécution des sanctions pénales* de 1977⁵⁰.

2. *Etat actuel: législation spéciale sur les mineurs*

Dans le cadre de la réforme globale de la législation pénale (matérielle, de procédure et de l’exécution), effectuée vers le début de ce siècle suite aux changements importants dans la société, un pas important est fait par la séparation des dispositions sur les mineurs dans une loi particulière – *La Loi relative aux mineurs délinquants et à la protection des enfants victimes des infractions* (dans la suite du texte: La Loi)⁵¹. C’est ainsi qu’a été mise en vedette la position sur une entité autonome, particulière et complétée qui contient toute une série d’exceptions et de règlements spécifiques concernant les majeurs délinquants⁵². C’est le texte du Projet de la Loi sur la justice pour les mineurs, élaboré à l’époque par le Centre yougoslave pour les droits de l’Enfant⁵³.

45 Voir: *La Loi sur les modifications et amendements au CPP*, “JO de la République populaire fédérative de Yougoslavie”, numéro 52/1959.

46 “JO de la République populaire fédérative de Yougoslavie”, numéro 92/1948.

47 “JO de la République populaire fédérative de Yougoslavie”, numéro 47/1951.

48 “JO de la République populaire fédérative de Yougoslavie”, numéro 24/1961.

49 “Messager officiel de la République socialiste de Serbie”, numéro 47/1970.

50 “MO de la République socialiste de Serbie”, numéro 26/1977.

51 “MO de la République de Serbie”, numéro 85/2005. – La Loi est entrée en vigueur le 1er janvier 2006.

52 Z. Stojanović, *Krivično pravo – opšti deo (Droit pénal – partie générale)*, op. cit., p. 344.

53 Cf. : *Le Projet de la loi sur la justice pour les jeunes*, Yugoslav Child Rights Centre, Belgrade 2003.

L'élaboration de la Loi était fondée sur les règlements présents dans des entités particulières de la législation matérielle, de procédure et de l'exécution qui était en vigueur à l'époque, mais il a été également introduit un grand nombre d'innovations qui sont le résultat du développement des disciplines scientifiques qui étudient la personnalité des mineurs, des problèmes pointés par la jurisprudence dans la période passée, des résultats des recherches criminologiques, et ont été également pris en compte des documents internationaux déjà mentionnés dans ce texte. Cependant, cette loi ne devrait pas être comprise comme un "recueil" des documents légaux antérieurs qui portaient sur les mineurs, mais comme un texte tout nouveau, de qualité différente, nonobstant qu'il pointe, dans un grand nombre de cas, des règlements contenus dans le droit commun. Il est impossible et inutile d'éviter cela à tout prix, car il s'agit d'un système dans lequel se mélangent les mêmes principes, et d'après ce qui est connu, cela n'a été fait dans aucun des règlements spéciaux relatifs aux mineurs connus jusqu'à présent. Cependant, l'article 4 de la Loi est clair: les dispositions mentionnées matérielles, de procédure et de l'exécution sont appliquées uniquement si elles *ne sont pas contraires* à cette loi.

La Loi contient 169 articles au total, répartis en cinq unités. La première partie comprend des dispositions préliminaires, et la deuxième partie des dispositions de droit pénal proprement dit (les dispositions du droit pénal matériel, les organes compétents et la procédure pénale envers les mineurs, l'application des directives et l'exécution des sanctions pénales). Dans la troisième partie sont des dispositions sur la protection des mineurs en tant que victimes des infractions, et dans la quatrième partie des prescriptions disciplinaires, tandis que la cinquième partie contient des dispositions transitoires inévitables. Tenant compte du fait qu'il s'agit d'un grand nombre de nouveaux règlements et qu'il est impossible de les analyser davantage en détail, nous pointerons ici seulement les plus caractéristiques.

La Loi ne traitait pas d'une manière particulière les questions d'âge importantes pour le droit pénal, mais elle a accepté, pour les mineurs, la limite établie depuis longtemps d'entre 14 et 18 ans, ce qui peut être rattaché d'une manière à la tradition, bien que dans l'époque contemporaine est posée, tout justement, la question d'un tel règlement, tenant compte qu'il a été remarqué que les jeunes générations mûrissent de plus en plus rapidement. Comme jusqu'à présent, il existe une différence entre les mineurs de l'âge de 14 à 16 ans (mineurs moins âgés) et des mineurs d'entre 16 et 18 ans (mineurs plus âgés). La différenciation peut être importante pour l'application des sanctions et pour certaines dispositions de procès, comme, par exemple, celles qui se rapportent à la détention préventive. La Loi exclut cependant l'application des sanctions et des autres mesures par rapport aux personnes qui avaient moins de 14 ans au moment de la perpétration de l'infraction (des enfants), car cette population devrait être traitée par d'autres organes (organes de tutelle), et non pas par des organes de la justice. En ce qui concerne les mineurs moins âgés, l'application de la peine de l'emprisonnement pour mineurs est également exclue. En échange, sous certaines conditions, il est permis d'appliquer certaines dispositions sur les mineurs à la catégorie des majeurs, parmi lesquelles se distinguent notamment les jeunes adultes délinquants (si certaines conditions sont remplies, il s'agit des personnes d'entre 18 et 21 ans).

Les directives, en tant que des mesures particulières, représentent une innovation importante dans la Loi. En effet, sous influence de certains documents internationaux, avant tout des “Règles de Tokyo” de 1990 et des règlements dans le droit comparé, le législateur s’est décidé pour l’introduction de ces mesures grâce auxquelles dans certains pays sont réglés le plus souvent des conflits sur la relation mineur – communauté. Il est important de souligner que les mesures alternatives de cette espèce, qui imposent une obligation, ne peuvent être appliquées qu’avec le consentement des personnes auxquelles elles se rapportent. Ainsi, parmi les infractions qui appartiennent à la catégorie de la “criminalité moyenne”, et éventuellement parmi des délits plus graves, on tend à appliquer davantage des mesures alternatives et des sanctions alternatives. Ces nouvelles conceptions ont trouvé leur fondement théorique dans la soi-disant criminologie critique, qui s’est mise en relief dans les années 80 du siècle passé⁵⁴, dans le cadre de laquelle on peut ensuite distinguer plusieurs directions. Ainsi, par exemple, suivant la théorie du non intervention, il est recommandé d’éviter, chaque fois que c’est possible, la justice pour les mineurs par le biais de la diversion de la procédure pénale.

Les solutions exposées ci-dessus prises en compte, le règlement du conflit est possible même avant l’ouverture de la procédure, ainsi que lors de la procédure. Mais, il faut prendre en compte le fait que les alternatives peuvent être également prises en considération plus tard, lorsqu’il faut se décider pour la sanction pénale correspondante. Alors, dans le rôle des sanctions pénales, elles servent pour éviter les sanctions qui se réduisent à la privation de la liberté et qui sont, notamment ces derniers temps, désignées comme nocives pour le développement des mineurs, et pour cette raison sont recherchées des possibilités de les remplacer, ou, au moins, d’avoir recours à leur application autant restrictive que possible.

Trois groupes de sanctions pénales peuvent toujours être appliquées aux mineurs délinquants: d’abord des mesures d’éducation, ensuite la peine d’emprisonnement pour mineurs et certaines mesures de sûreté. Les conditions pour leur application n’ont pas subi des changements considérables, mais certaines autres solutions méritent que nous y attardions davantage. Ainsi, par exemple, le nombre de mesures d’éducation a considérablement augmenté dans le cadre de certaines espèces, et elles sont maintenant au total de 19, et il existe de grandes possibilités pour le cumul de certaines mesures. Sous influence des tendances contemporaines, en ce qui concerne les mesures institutionnelles est mis en relief le principe que ces mesures soient le dernier moyen auquel il est recouru, et leur durée est également diminuée, avec l’obligation du tribunal de réexaminer leur justesse tous les six mois. La libération conditionnelle est élargie également avec la mesure d’envoi dans un établissement d’éducation, outre les possibilités connues jusqu’à présent lors du prononcé d’envoi dans une maison d’éducation et de correction et de peine d’emprisonnement pour mineurs. Les mesures de surveillance renforcée, dont la durée possible est également réduite par la Loi, sont enrichies d’une nouvelle mesure semi-institutionnelle, qui sert de supplément si l’une des mesures mentionnées ne suffit pas pour réaliser le but.

54 Plus de détails dans: M. Ancel, *La Défense sociale nouvelle*, troisième édition revue et augmentée, Cujas, Paris 1981, p. 115 et s.

La punition reste, comme exception, toujours réservée, avec l'accomplissement de toute une série de conditions, uniquement pour des mineurs plus âgés, bien qu'il s'agisse d'une peine particulière, destinée uniquement aux mineurs. L'application de cette peine n'est pas possible envers les jeunes adultes délinquants. Cependant, on peut toujours distinguer trois critères différents pour l'application des sanctions pénales: l'un pour les mesures d'éducation, au fond le critère de la Défense sociale nouvelle; l'autre pour la peine d'emprisonnement pour mineurs, qui peut maintenant être prononcée pour la durée de six mois jusqu'à cinq ans, et dans certains cas même dix; le troisième critère se rapporte à l'application de certaines mesures d'éducation aux jeunes adultes délinquants. Les critères différents ne sont pas favorables aux règlements contemporains et ils peuvent plutôt créer certains problèmes dans leur application.

En ce qui concerne les dispositions de procédure, il faut, d'abord, mettre en vedette celles qui se rapportent aux organes compétents. La loi ne prévoit pas de tribunaux spéciaux pour les mineurs, et ainsi pour cette population sont toujours compétentes des chambres spéciales des tribunaux de droit commun. Néanmoins, deux innovations dans la Loi méritent une attention particulière. Pour les mineurs sont désormais compétents, en première instance, uniquement des chambres particulières pour les mineurs des tribunaux départementaux. Il était considéré qu'ainsi seraient créés, compte tenu de la compétence, des conditions pour une meilleure spécialisation dans les affaires des mineurs, bien qu'un tel règlement ait des manquements, notamment là où la compétence des tribunaux départementaux couvrirait une unité territoriale assez importante. Cependant, il faut notamment souligner que la spécialisation de tous les participants dans la procédure (juges des mineurs et procureurs publics des mineurs, agents de police, avocats) est obligatoire.

La procédure pénale envers les mineurs commence dans tous les cas uniquement sur demande du procureur public des mineurs, qui a l'obligation de participer dans cette procédure jusqu'à son achèvement. La détention préventive reste une mesure exceptionnelle, et l'innovation est que le temps passé en détention préventive, de même que toute autre privation de liberté, sera escompté dans la durée de la mesure d'éducation prononcée (d'envoi dans un établissement d'éducation, d'envoi dans une maison d'éducation et de correction) et de la peine d'emprisonnement pour mineurs, suivant les dispositions de l'article 63 du CP. Dans certains cas, lors du prononcé de la détention préventive, il est pris en compte s'il s'agit d'un mineur moins ou plus âgé.

Les dispositions sur l'exécution ne dérogent pas considérablement à celles qui étaient en vigueur. Il faudrait cependant souligner celles sur les mesures de sûreté dont certaines, d'après l'article 39 de la Loi, peuvent être prononcées de manière autonome, ce qui n'était pas prévu jusqu'à présent. Il s'agit des mesures de sûreté de caractère médical. Les nouvelles dispositions, qui protègent mieux les droits des mineurs sont également importantes, notamment celle sur la protection juridique par un tribunal qui a fait le procès en première instance.

Le droit national ne connaissait pas jusqu'à présent les dispositions de la troisième partie (*Dispositions particulières relatives à la protection des enfants et des adolescents victimes des infractions*). Elles contiennent, au fond, des bases de statut

particulier dans le droit pénal, non seulement en ce qui concerne les mineurs délinquants, mais également des autres catégories de mineurs. Bien que modestes de par leur étendue, elles ont une portée importante, étant donné qu'elles mettent en vedette la possibilité de création d'une nouvelle législation complète qui porterait sur les mineurs.



Pris en compte ce qui a été exposé et qui portait sur la Loi, on peut souligner, comme caractéristique générale, qu'il s'agit, au fond, d'innovations prudentes dans le cadre du modèle *welfare*. Certaines solutions plus radicales du modèle *welfare-justice* n'ont pas été adoptées, et il est question combien ces solutions seraient appropriées dans les conditions actuelles. Il reste alors à entreprendre des réformes plus vastes par le biais des futures modifications et amendements. Le pas initial et le plus important a été fait – une loi particulière sur les mineurs a été adoptée, avec laquelle la République de Serbie se classe parmi un groupe toujours assez petit de pays qui adoptent de nouvelles conceptions. Il reste à continuer le perfectionnement de la Loi par de nouveaux règlements, et c'est déjà une grande contribution qui mérite une attention particulière.

Literatura

1. Ancel M., *La Défense sociale* (traduit en serbe par O. Peric), Belgrade 1991.
2. Avakumović J. Dj., *Teorija kaznenog prava, prvi deo, prva sveska (Théorie du droit pénal, première partie, premier cahier)*, Belgrade, 1887.
3. Besson A. et autres, *Les enfants et les adolescents socialement inadaptés. Problèmes juridiques et médico-psychologiques*, ouvrage publié sous la direction de A. Besson, Cujas, Paris 1958.
4. Carić A., *Problemi maloljetničkog sudstva (Les problèmes de la justice des mineurs)*, Split, 1971.
5. Cenić Dj., *Objašnjenje Kaznitelnog zakonika za Knjažestvo Srbiju (Explication du Code pénal pour la Principauté de Serbie)*, Belgrade 1866.
6. Dublineau J., *Les stades du développement des mineurs socialement inadaptés – aspect biologique – rapport général présenté au Vème congrès international de Défense sociale*, Stockholm, 25–30 août 1958.
7. Frank S., *Teorija kaznenog prava – opći dio (Théorie du droit pénal – partie générale)*, Zagreb 1955.
8. Jasić S., *Zakoni starog i srednjeg vijeka (Les lois de l'Antiquité et du Moyen Age)*, Belgrade, 1968.
9. Kourakis N.: "Droits des mineurs et droits de l'homme. Tendances anciennes et actuelles en Grèce et ailleurs", in: *La privation de liberté dans le système pénal et les droits de l'homme*, 42ème Cours international de Criminologie, Athènes 1991.
10. Lahalle A., *Les règles internationales et les grands systèmes de droit des mineurs en Europe occidentale (approche comparative)*, CRIV, Vauresson 1990.
11. Mérigeau M., *Le droit pénal des mineurs et des jeunes adultes en République Fédérale d'Allemagne*, A. Pedone, Paris 1987.

12. Perrin B., “La minorité pénale en droit romain et dans les législations européennes antérieures au XIXème siècle”, dans l’ouvrage: H. D. Vabres et M. Ancel, *Le problème de l’enfance délinquante*, Sirey, Paris, 1947.
13. Pradel J., *Histoire des doctrines pénales*, 2e éd. corrigée, PUF, Paris, 1991.
14. Rousseau J.-J., *Du contrat social*, Garnier-Flammarion, Paris 1966.
15. Šilović J., *Kazneno pravo (Droit pénal)*, Zagreb, 1920.
16. Srzentić N., “Exposé des changements et amendements au Code pénal”, *Archives pour les sciences juridiques et sociales*, numéro 1–2/1959.
17. Srzentić – Stajić – Lazarević, *Krivično pravo SFRJ – opšti deo (Droit pénal de RSFY – partie générale)*, 7ème édition, Belgrade 1978.
18. Stojanović Z., *Krivično pravo – opšti deo (Droit pénal – partie générale)*, 14ème édition, Belgrade 2007.
19. Živanović T., *Osnovi krivičnog prava – opšti deo (Eléments de droit pénal – partie générale)*, II édition, Belgrade, 1922.
20. Živanović T., *Osnovi krivičnog prava Kraljevine Jugoslavije – opšti deo (Elements de droit pénal du Royaume de Yougoslavie – partie générale)*, II livre, Belgrade, 1937.
21. Živanović Cf. T., *Zakonski izvori krivičnog prava Srbije i istorijski razvoj njegov i njegovog krivičnog pravosuđa od 1804. do 1815 (Sources légales du droit pénal de Serbie, développement historique et de sa justice pénale de 1804 à 1815)*, Belgrade, 1967.
22. Zlatarić B., *Dans quelle mesure se justifient des différences dans le statut légal et dans le traitement des mineurs, des jeunes adultes et des adultes délinquants – Aspect juridique*, Rapport général présenté au VIème congrès international de Défense sociale, Belgrade – Opatija du 22 au 28 mai 1961, Belgrade 1962.

Prof. dr Obrad PERIĆ
Pravni fakultet, Novi Sad

NASTANAK I RAZVOJ MALOLETNIČKOG KRIVIČNOG PRAVA: KRIVIČNO PRAVO SRBIJE

REZIME

Posle kraćeg uvoda koji se odnosi na problematiku krivičnog prava položaja maloletnika uopšte, u radu se dalje obrađuju dve celine. U prvoj se razmatra krivičnopravni položaj maloletnika u nekim u to vreme značajnijim evropskim sistemima, pre i posle nastanka prvih škola u nauci krivičnog prava, dok se u okviru druge celine razmatra problematika krivičnog prava položaja maloletnika u Republici Srbiji. U ovom drugom slučaju ima se u vidu period posle Drugog svetskog rata, kada i inače započinju velike promene u ovoj oblasti, pri čemu se ne zanemaruju ni najvažniji propisi bivše Jugoslavije.

U prvom delu rada autor se ukratko osvrće na najstariji period koji je prethodio školama krivičnog prava, čija je osnovna karakteristika da je maloletni učinilac krivičnog dela tretiran kao “delinkvent u minijaturi”. Takvo shvatanje moglo je,

eventualno, da se odrazi samo na kaznu s obzirom na to da je krivična odgovornost maloletnika regulisana na isti način kao i za punoletne. Pobjeda Francuske revolucije, a naročito idejno-filozofska strujanja koja su joj prethodila, imala su uticaja i na krivičnopravni položaj maloletnika, što se prvenstveno odrazilo na kriterijume njihove krivične odgovornosti. Kriterijum za krivičnu odgovornost maloletnika u koncepciji prve škole u nauci krivičnog prava – klasične škole od tada je bio razbor (*discernement*), koji je predstavljao posebnu vrstu maloletničke uračunljivosti. Od odlučujućeg značaja je bilo da li je maloletnik postupao sa razborom ili bez razbora. U prvom slučaju primjenjivana je kazna, a u drugom za to vreme neka od malog broja vaspitnih mera. Međutim, razbor je obuhvatao samo intelektualnu stranu ličnosti maloletnika (mogućnost shvatanja značaja svog dela). U kasnijem razvoju razbor doživljava proširenu varijantu i obuhvata i voluntarističku komponentu (mogućnost upravljanja svojim postupcima), što se odražava i u nazivu ovog instituta koji se u toj koncepciji zove duševna razvijenost, zrelost i sl.

Ideja o posebnom statusu, odnosno posebnom zakonodavstvu za maloletnike nastaje sa ustanovljavanjem, 1889. godine, Međunarodnog kriminalističkog udruženja (*Internationale kriminalistische Vereinigung*), koje su osnovala tri napoznatija naučnika tog vremena – F. von Listz, Van Hamel i A. Prins i koje se poistovećuje sa sociološkom školom u nauci krivičnog prava. Od tog vremena pažnja je usredsređena na ličnost učinioca krivičnog dela, što je bilo od odlučujućeg značaja u pogledu maloletnika čije su specifičnosti nesumnjive. Tako se dolazi do saznanja o neophodnosti posebnog prava za maloletnike koje bi podrazumevalo drugačiju proceduru, posebne organe, drugačije sankcije koje oni primenjuju, kao i kriterijume za njihovu primenu.

Druga celina posvećena je krivičnopravnom položaju maloletnika u zakonodavstvu Republike Srbije. Autor smatra da je neophodno da se razlikuju dva perioda u razvoju krivičnopravnog položaja ove skupine. U prvom periodu koji je relativno dug, jer obuhvata vreme od završetka Drugog svetskog rata, pa sve do 2005. godine, sreću se različita rešenja, neretko “revolucionarnog karaktera”, ali je bitno da je krivičnopravni položaj maloletnika regulisan u okviru opštih odredaba. Ovo se podjednako odnosilo kako na materijalno, tako i na procesno i izvršno pravo. Ipak, od posebnog značaja su izmene materijalnog krivičnog zakonodavstva učinjene 1959. godine koje su našle odraza i u procesnim i izvršnim odredbama, jer od tog vremena ima dosta razloga da se govori o savremenom krivičnopravnom položaju maloletnika u našem pravu.

Sadašnje stanje (i to je druga celina u okviru ovog dela) karakteriše postojanje posebnog zakona o maloletnicima (*Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica*), koji je stupio na snagu početkom 2006. godine. U vezi sa ovim zakonom autor ukazuje na njegove najbitnije odredbe, ne propuštajući da skrene pažnju, uprkos postojanju posebnih propisa o maloletnicima, na neophodnost primene nekih opštih odredaba, jer u pitanju je celovitost sistema. Pored odredaba o maloletnim učiniocima krivičnih dela, ukazuje se i na odredbe o maloletnicima kao oštećenim u krivičnom postupku koje su sadržane u istom zakonu.

Mada zakon nije menjao starosne granice od značaja za krivično pravo, kao ni podele maloletnika na kategorije, uneseno je dosta drugih novina, među kojima posebno treba istaći znatno povećanje broja krivičnih sankcija i po prvi put uvođenje u naše pravo, pod uticajem nekih međunarodnih dokumenata, drugih krivično-pravnih mera, kao što su vaspitni nalozi, zatim nastojanje da se sudstvo kao i ostali organi nadležni za maloletnike specijalizuju itd.

Zaključak autora je da je početni korak u ovoj oblasti učinjen donošenjem posebnog zakona o maloletnicima, ali preostaje da se opsežne reforme vrše narednim izmenama i dopunama tog zakona zahvaljujući kojem se Republika Srbija svrstava u manji broj zemalja kojima su svojstvena ovakva rešenja.

Ključne reči: maloletnik, maloletničko krivično pravo, sankcije za maloletnike, ličnost maloletnika.

*Boris BEGOVIĆ**

Redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu,
Centar za liberalno-demokratske studije

EKONOMSKA TEORIJA GENERALNE PREVENCIJE: OSNOVNA PITANJA¹

Apstrakt: Cilj rada je da metodologijom ekonomske nauke, a na osnovu dosadašnjih doprinosa u oblasti ekonomske teorije kriminala, razmotri osnovna teorijska pitanja generalne prevencije. Analiza je usredsređena na teorijska pitanja optimalnog nivoa generalne prevencije i optimalne kompozicije faktora generalne prevencije – zaprećene kazne i verovatnoće njene primene. Optimalni nivo generalne prevencije uvek je, usled postojanja njenih troškova, niži od maksimalnog. Budući da se razlikuju funkcije troškova verovatnoće primene kazne i troškova zaprećene kazne, tako da su veći troškovi povećanja verovatnoće primene kazne, optimalna kombinacija faktora generalne prevencije zasniva se na maksimalnom iznosu zaprećene novčane kazne. Novčana kazna je ekonomski najefikasnija vrsta kazne, budući da su njeni društveni troškovi zanemarljivi. Ta vrsta kazne predstavlja transfer blagostanja: umanjenje blagostanja kažnjenika kompenzovano je uvećanjem blagostanja korisnika budžetskih sredstava, odnosno poreskih obveznika. Maksimalan iznos novčane kazne je individualizovan i zavisi od ukupnog bogatstva prestupnika. Razmatranja pokazuju da postoje teorijska i praktična ograničenja u pogledu primene ovako definisane optimalne kazne. Stoga se i pristupa modifikaciji navedenog optimuma, imajući u vidu problem marginalne kazne, povezanost visine zaprećene kazne i verovatnoće njene primene, situaciju nedovoljnog iznosa bogatstva prestupnika u odnosu na težinu krivičnog dela koje je učinio, kao i napuštanje pretpostavke o neutralnosti pojedinaca ka riziku. Pokazalo se, ukoliko je koeficijent elastičnosti očekivane vrednosti kazne u odnosu na zaprećenu kaznu veći od jedinice i ukoliko potencijalni prestupnici imaju averziju prema riziku, da je optimalni iznos zaprećene kazne manji od maksimalnog.

Ključne reči: generalna prevencija, očekivana vrednost kazne, novčana kazna, rizik, transfer blagostanja.

1. UVOD

Ekonomska analiza kriminala poklanja veoma veliku pažnju generalnoj prevenciji. Gotovo da se može reći da je generalna prevencija jedini proizvod kaznenog sistema koji interesuje ekonomiste. To nikoga ne treba da čudi. Jednostavno

* begovic@ius.bg.ac.rs

1 Zahvaljujem se Dragoru Hiberu, Đorđu Ignjatoviću i Mariji Karanikić na komentarima i korisnim sugestijama. Naravno, niko od njih ne snosi nikakvu odgovornost za eventualne preostale greške.

objašnjenje ovakvog odnosa ekonomista prema generalnoj prevenciji leži u samoj osnovi modela racionalnog ponašanja potencijalnih prestupnika, odnosno uslova za činjenje krivičnog dela – uslova koji je još pre više od 40 godina postavio Gari Becker, začetnik ekonomske škole kriminologije /Becker, 1968/.²

Cilj ovog rada je da metodologijom ekonomske nauke, a na osnovu dosadašnjih doprinosa u oblasti ekonomske teorije kriminala, razmotri osnovna teorijska pitanja generalne prevencije.³ Budući da je generalna prevencija osnovni predmet ovog rada, specijalnoj prevenciji pažnja će se posvetiti isključivo ukoliko se preklapa sa generalnom. Preostali motivi kažnjavanja prestupnika, onesposobljavanje (kao forma specijalne prevencije), resocijalizacija i retribucija, neće biti predmet ovog rada.⁴ Shodno navedenom cilju, analiza će se usredsrediti na pitanja optimalne generalne prevencije, optimalne kompozicije faktora generalne prevencije, da bi se potom razmotrile modifikacije jednog i drugog optimuma. Sledi i kratak zaključak.

2. OPTIMALNA GENERALNA PREVENCIJA

Da bi se uopšte moglo postaviti pitanje optimalne generalne prevencije, potrebno je krenuti od analize ponašanja pojedinaca koje dovodi do činjenja krivičnog dela. Beckerov model kriminala je, kao što je već navedeno, u svojoj osnovi model racionalnog ponašanja potencijalnih prestupnika, koje zavisi od čitavog niza faktora, između kojih je i očekivana vrednost kazne – ključni parametar koji utiče na odluku pojedinca da li će da učini krivično delo ili ne. Što je očekivana vrednost kazne veća, manja je verovatnoća da će pojedinac učiniti krivično delo, snažnija je generalna prevencija, odnosno snažnije je odvracanje potencijalnog prestupnika od krivičnog dela.⁵ U Bekеровom modelu, a i u većini modela koji su kasnije nastali, očekivana vrednost kazne je jednostavno, a na osnovu same matematičke (statističke) definicije očekivane vrednosti, proizvod zaprećene kazne i verovatnoće da će ta kazna biti primenjena na prestupnika, odnosno verovatnoća da će prestupnik biti otkriven, pravnosnažno osuđen, a kazna izvršena. Drugim rečima, ekonomski model krimi-

-
- 2 Umesto u rečniku krivičnog prava uobičajenog izraza „učinilac krivičnog dela“, u ovom tekstu će se, lapidarnosti radi, u istom značenju upotrebljavati reč „prestupnik“.
 - 3 Postoje autori /Stojanović, 2007/ koji generalnu prevenciju dele na negativnu, koja se poistovećuje sa odvracanjem pojedinca od toga da učini krivično delo, i pozitivnu, koja „za cilj ima učvršćivanje društvenih i moralnih normi čije usvajanje od strane pojedinca predstavlja najjaču branu vršenju krivičnih dela“. Ne ulazeći u razmatranje opravdanosti navedene podele, u ovom radu se razmatra isključivo generalna prevencija u smislu odvracanja pojedinca od toga da učini krivično delo.
 - 4 Shavell /2004/ je sačinio veoma jasan pregled društvenih ciljeva kažnjavanja prestupnika, odnosno motiva zakonodavca, ukazujući na postojanje izvesnog preklapanja, budući da jedna kazna može da zadovolji i više motiva: generalna prevencija, onesposobljavanje i retribucija, na primer.
 - 5 Bekеров model je model racionalnog ponašanja pojedinca, a model deli ukupnu populaciju na dve grupe: oni koji krše zakon i oni koji ga poštuju. U slučaju onih koji su prekršili zakon generalna prevencija je bila nedovoljna i irelevantno je koliko je bila nedovoljna. To se isto odnosi na one koji nisu prekršili zakon. Na taj način se ovim modelom svi pojedinci „homogenizuju“ u samo dve grupe: jednu za koju nivo generalne prevencije nije bio dovoljan, pa su učinili krivično delo, i drugu za koju je taj nivo bio dovoljan.

nala usredsređen je na razmatranje situacije *ex ante*, pre nego što je krivično delo učinjeno, odnosno na racionalnu *ex ante* odluku pojedinca da se upusti u kriminal.

Teorijski posmatrano, nivo generalne prevencije, odnosno iznos očekivane vrednosti kazne, može da bude takav da odvraća sve potencijalne prestupnike od činjenja bilo kog krivičnog dela, tako da bi, u takvim uslovima, kriminal bio iskorijenjen. Teorijski posmatrano, ovakva apsolutna generalna prevencija, odnosno dovoljno veliki iznos očekivane vrednosti kazne koji će obezbediti apsolutnu generalnu prevenciju, dostupna je svakom društvu. Stoga se postavlja pitanje da li je ona i poželjna, odnosno da li je optimalna sa stanovišta društva. Generalno posmatrano, postavlja se pitanje: koji je nivo generalne prevencije društveno optimalan? Pod optimalnim nivoom generalne prevencije podrazumeva se onaj njen nivo kojim se maksimizuje društveno blagostanje.

Da bi se došlo do odgovora na ovo pitanje, treba poći od činjenice da otkrivanje i kažnjavanje prestupnika ima svoju cenu. Njegovo otkrivanje i kažnjavanje (kako u smislu pravosnažne osude, tako i u smislu izvršenja kazne), generiše određene troškove, budući da se za izvršenje ovih poslova koriste realni resursi – kapital i radna snaga. Otkrivanje prestupnika pretpostavlja postojanje delotvorne policije, što znači dovoljno kapitala i radne snage alociranih u ovu delatnost, kako bi se ona delotvorno obavljala. Što je više resursa uloženo u policijsku službu, veća je *ceteris paribus* verovatnoća otkrivanja prestupnika, pa je stoga i veća verovatnoća njihovog kažnjavanja. Isto se odnosi na pravosuđe, koje treba da raspolaže sa dovoljno resursa (kapitala i radne snage, odnosno fizičkog i ljudskog kapitala) kako bi bilo delotvorno. Konačno, izvršenje određenih vrsta kazni takođe je vezano za neizbežne troškove. Na primer, izvršenje zatvorske kazne podrazumeva i kapital (zatvorska „postrojenja“) i radnu snagu (zatvorski čuvari). Svi ti resursi imaju svoje oportunitetne troškove, što znači da oni koji su angažovani na ovaj način mogu da se angažuju u nekim drugim delatnostima i da, na taj način, uvećavaju društveno blagostanje. Odatle i proizlaze troškovi generalne prevencije.⁶

Budući da usled vrednosti parametara funkcija troškova generalne prevencije, svaki iznos generalne prevencije koje je veći od nule generiše određeni iznos troškova,⁷ izvesno je da može da se donese prvi zaključak ekonomske teorije generalne prevencije: optimalni nivo generalne prevencije niži je od njenog maksimalnog nivoa.⁸ Obrazloženje ovog nalaza vrlo je jednostavno: čim postoje troškovi,

6 Jedno od osnovnih načela ekonomske nauke je da su svi troškovi sa kojima se suočavaju privredni subjekti u osnovi oportunitetni troškovi, odnosno da su posledica učinjenog izbora. Više o karakteru troškova videti u: Nicholson /1996/.

7 Obrnuti nalaz ne važi. Naime, pri nultom nivou generalne prevencije, usled postojanja određenih fiksnih troškova, troškovi generalne prevencije mogu da budu veći od nule.

8 Ovaj i svi sledeći nalazi ekonomske teorije generalne prevencije dobijeni su na osnovu formalnog (matematičkog) modela koji se zasniva na funkciji društvenog blagostanja, odnosno traženju njene ekstremne vrednosti (maksimuma). Funkcija društvenog blagostanja zasnovana je na individualnom blagostanju, odnosno društveno blagostanje predstavlja sumu individualne korisnosti svih članova društva /Polinsky i Shavell, 2000/. Ovakav pristup znači i da je individualna korisnost prestupnika koja je prisvojena činjenjem krivičnog dela sadržana u društvenom blagostanju. Iako je bilo autora koji su osporavali ovakav pristup /Stigler, 1970. i Lewin i Turmbull, 1990/, u savremenoj ekonomskoj teoriji, odnosno u savremenoj ekonomskoj teoriji kriminala, u

optimalnost se zasniva na izjednačavanju graničnih veličina koje su veće od nule. Treba da se izjednače granična društvena korisnost koja proizlazi iz dodatne jedinice generalne prevencije, odnosno posledičnog umanjavanja nivoa kriminala, i granični troškovi, oni troškovi koji su potrebni da se obezbedi dodatna jedinica generalne prevencije, odnosno umanjavanje nivoa kriminala. Razborito je pretpostaviti da je granična korisnost generalne prevencije uvek (pri svakom njenom nivou) opadajuća, dok su njeni granični troškovi rastući,⁹ što omogućava da se u uvek dobije jednoznačno optimalno rešenje, tj. jednoznačni nivo optimalne generalne prevencije koji je neminovno niži od njegovog maksimalnog nivoa.

„Borba protiv kriminala po svaku cenu“ je možda atraktivan medijski slogan, pogodan za politički marketing, ali to svakako nije ono što je društveno optimalno, budući da optimalni nivo zavisi upravo od cene. To je sasvim jasno i političarima pri donošenju odluka u političkom procesu, onih odluka koje se donose bez prisustva medija, budući da su budžetski rashodi uvek ograničeni i svaki rashod ima alternativnu namenu. Ono što se uloži u jaču policiju ili efikasnije pravosuđe, na primer, dovodi do slabije zdravstvene zaštite ili do nižeg kvaliteta obrazovanja. Kao i svi drugi resursi, i oni koji si predmet budžetskog procesa imaju svoju alternativnu namenu, pa time i svoje oportunitetne troškove. Samim tim, postoji konkurencija za sredstva koja se raspodeljuju budžetom, pa je stoga svakom političaru jasno da borba protiv kriminala uvek ima svoju cenu. Ta cena je manja javna potrošnja u drugim oblastima u kojima država, odnosno javni sektor neposredno ili posredno, pruža usluge finansirane iz budžeta.

3. OPTIMALNA KOMPOZICIJA FAKTORA GENERALNE PREVENCIJE

Sama koncepcija optimalne generalne prevencije u dobroj meri se svodi da pitanje optimalnog nivoa sprovođenja zakona, budući da je malo verovatno da će optimalni nivo generalne prevencije da se postigne uz maksimalnu (jediničnu) verovatnoću primene kazne, tj. jediničnu verovatnoću otkrivanja prestupnika i njegovog kažnjavanja /Stigler, 1970/. Odatle sledi i zanimljivo pitanje: da li optimalni nivo generalne prevencije, odnosno optimalni nivo sprovođenja zakona, podrazumeva postojanje određenog nivoa kriminala? U slučaju pozitivnog odgovora, može se govoriti o optimalnom nivou kriminala koji je različit od nule – društveno je poželjno da postoji određeni nivo kriminala. Iako je teorijski moguće da optimalni nivo kriminala bude nulti nivo, odnosno da je optimalni nivo generalne prevencije apsolutna prevencija, to zavisi od parametara modela, mala je verovatnoća da će parametri

potpunosti je prihvaćena koncepcija koja u društveno blagostanje uključuje i ukupnu individualnu korisnost prestupnika, odnosno korisnost koja je posledica činjenja krivičnog dela.

- 9 Pri visokom nivou generalne prevencije korisnost do koje dolazi usled dodatne jedinice te prevencije, odnosno posledičnog umanjavanja kriminala, manja je nego pri niskim nivoima generalne prevencije, odnosno veoma rasprostranjenom kriminalu. Isto tako, pri niskim nivoima generalne prevencije, troškovi „proizvodnje“ njene dodatne jedinice manji su nego pri njenim visokim nivoima.

modela uzimati one veličine koje će omogućiti takav ishod.¹⁰ Kako navodi Garoupa /1997/, u velikoj većini ekonomskih modela optimalni nivo generalne prevencije ne eliminiše kriminal – postoji optimalni nivo kriminala koji je različit (veći) od nule.

No, pošto je teorijski jasno i jednoznačno definisan optimalni nivo generalne prevencije, otvara se pitanje optimalne kompozicije faktora generalne prevencije – to je ona kompozicija kojom se pri optimalnom nivou generalne prevencije maksimizuje društveno blagostanje /Polinsky i Shavell, 1979/. Naime, generalna prevencija zasniva se na očekivanoj vrednosti kazne, a ona se sastoji od dve komponente: verovatnoći njene primene i visini zaprećene (propisane) kazne. Promena i jedne i druge veličine dovodi do promene nivoa generalne prevencije. U uslovima u kojima se razlikuju funkcija troškova verovatnoće primene kazne i funkcija troškova izvršenja same kazne, otvara se pitanje optimalne kombinacije faktora. Optimalno rešenje zavisi od pretpostavki, odnosno parametara modela ponašanja pojedinaca. Izvorni Bekerov model zasniva se na dve pretpostavke relevantne za optimalnu kombinaciju faktora. Prva je da je kazna za krivično delo isključivo novčana kazna, koja predstavlja besplatan transfer dohotka, odnosno bogatstva od prestupnika ka budžetu – drugim rečima, troškovi tog transfera jednaki su nuli. Druga je da su ljudi neutralni prema riziku, odnosno da one koji razmatraju da li da učine krivično delo karakteriše konstantna granična korisnost novca.¹¹

Prva pretpostavka o tome da je kazna za prestupnika isključivo novčana kazna zasniva se na nalazu o ekonomskoj superiornosti ove vrste kazne. Novčana kazna, u poređenju sa svim drugim vrstama kazne, najpogodnija je kazna sa stanovišta društvenog blagostanja. Naime, kazna po svojoj prirodi predstavlja prisilno umanjeње nivoa korisnosti (ličnog blagostanja) kažnjenika. U slučaju novčane kazne, to umanjeње se postiže oduzimanjem dohotka, odnosno bogatstva, što dovodi do umanjeња potrošnje, pa time i nivoa korisnosti. Taj dohodak, odnosno to blagostanje, nisu izgubljeni, već samo preraspodeljeni, pa se zato govori o transferu. Onoliko dohotka koliko je izgubio kažnjenik, dobili su korisnici budžetskih sredstava (u formi uvećane javne potrošnje) ili poreski obveznici (u formi umanjeњog poreskog opterećenja). Shodno tome, društveni troškovi novčane kazne jednaki su jedino administrativnim troškovima, odnosno troškovima izvršenja ove kazne, što znači da su praktično jednaki nuli, odnosno zanemarljivi. Nasuprot tome, druge vrste kazne, poput zatvorske ili telesne, ne predstavljaju transfer, tako da umanjeње korisnosti prestupnika usled njegovog zatvaranja nije praćeno uvećanjem korisnosti drugih pojedinaca.¹² Štaviše,

- 10 Potrebno je, pre svega, da u slučaju svih pojedinaca koji čine jedno društvo postoji dovoljno mala razlika između korisnosti, odnosno dohotka od bavljenja kriminalom i bavljenja delatnostima koje su u skladu sa zakonom.
- 11 Odnos pojedinca prema riziku definiše se na osnovu karaktera individualne funkcije korisnosti novca. Oni čije ponašanje karakteriše opadajuća granična korisnost novca posmatraju se kao pojedinci koji imaju averziju prema riziku. Nasuprot tome, oni čije ponašanje karakteriše konstantna korisnost novca posmatraju se kao pojedinci koji su neutralni prema riziku. Oni koji su neutralni prema riziku ne traže bilo kakvo osiguranje. Šire o odnosu prema riziku videti u: Nicholson /1996/.
- 12 Izuzetak od ovog nalaza može da bude uvećanje korisnosti koje proizlazi iz činjenice da je zatvaranje jednog prestupnika njega samog onemogućilo od činjenja krivičnih dela, barem onih čije su žrtve pojedinci koji su van zatvora, pa tako može da utiče na nivo njihove korisnosti. U ovom

izvršenje zatvorske kazne generiše velike troškove, počev od fiksnih troškova (troškova „kapaciteta“) do troškova koji rastu sa povećanjem broja zatvorenika. Shodno navedenom, nasuprot novčanoj kazni, postoje znatni društveni troškovi zatvorske kazne, kao i drugih nenovčanih, odnosno neimovinskih kazni – društveni troškovi tih kazni su daleko veći od odgovarajućih troškova novčane kazne.¹³

Na osnovu druge pretpostavke, sa stanovišta efekata faktora očekivane vrednosti kazne na generalnu prevenciju, u uslovima neutralnosti prema riziku, potpuno je svejedno da li se ona postiže, odnosno povećava uvećanjem verovatnoće ili uvećanjem zaprećene kazne.¹⁴ Budući da su ukupni troškovi zaprećene kazne u modelu jednaki nuli, pa su stoga nuli jednaki i njeni granični troškovi, izvesno je da je sa stanovišta društva poželjno da se povećanje generalne prevencije postiže povećanjem zaprećene kazne, a ne povećanjem verovatnoće njene primene. Ravnotežni ishod ovog procesa je maksimalni iznos zaprećene (novčane) kazne. Time se dolazi do drugog nalaza ekonomske teorije generalne prevencije: optimalna je ona kombinacija faktora generalne prevencije koja se zasniva na maksimalnoj (novčanoj) kazni i onoj verovatnoći koja je, pri maksimalnoj kazni, potrebna da se postigne optimalni nivo generalne prevencije.¹⁵

Dokaz ovog nalaz je intuitivan, mada ga je Becker (1968) i formalno dokazao, a u nešto modifikovanom obliku i Garoupa (1997). Na ovaj nalaz se nadovezuju dve tzv. narodne teoreme. Prva je nalaz da povećanje iznosa maksimalne zaprećene kazne dovodi do umanjenja optimalne verovatnoće njenog izricanja. Time dolazi do rekompozicije generalne prevencije koja može da dovede do izmene njenog optimalnog nivoa. Druga teorema je nalaz da uvećanje maksimalne zaprećene kazne uvek dovodi do uvećanja očekivane vrednosti kazne, odnosno generalne prevencije. Ova dva nalaza se nazivaju narodnim teoremama, budući da su intuitivni i lako razumljivi. Da li su i tačni, drugo je pitanje, na koje ćemo se kasnije vratiti.

No, ovim se postavlja se pitanje kako definisati maksimalan iznos kazne. Budući da se u ovom razmatranju radi isključivo o novčanoj kazni, njen maksimalni iznos predstavlja ukupno bogatstvo prestupnika.¹⁶ Ovaj nesporni nalaz ekonomske teorije generalne prevencije (pri datim pretpostavkama, odnosno parametrima mo-

slučaju radi se o specijalnoj prevenciji, putem onemogućavanja, do koje dovodi zatvorska kazna. No, taj oblik specijalne prevencije deluje samo tokom izdržavanja kazne, a pokazalo se da u mnogim zemljama postoji znatna sklonost ka recidivizmu, što znači da se, na dugi rok posmatrano, poništavaju povoljni efekti specijalne prevencije.

- 13 Više o ekonomskim odlikama različitih vrsti kazni videti u: Becker /1968/ i Shavell /2004/.
- 14 Kao što je Becker /1968/ pokazao, ukoliko pojedinac ima averziju prema riziku, jedinično povećanje verovatnoće primene kazne ima snažniji efekat na generalnu prevenciju nego jedinično povećanje zaprećene kazne. Drugim rečima, povećanje verovatnoće primene kazne je „produktivnije“ u odnosu na povećanje zaprećene kazne.
- 15 Radi jednostavnosti, pretpostavlja se da postoji sistem apsolutno određenih kazni, tj. da zakon propisuje samo jednu visinu novčane kazne za određeno krivično delo. Uvođenje sistema relativno određenih kazni u kome sud odmerava kaznu u okviru zakonom propisanog raspona ne menja ove teorijske nalaze, već samo bespotrebno komplikuje analizu.
- 16 Maksimalan iznos kazne se određuje prema ukupnom bogatstvu (imovini) osuđenog prestupnika, budući da prestupnik može svoje bogatstvo (fond) da pretvori u dohodak (tok) kako bi platio novčanu kaznu. Štaviše, oduzimanje imovine određene vrednosti, nezavisno od toga kako je stečena, u ekonomskom smislu *de facto* predstavlja novčanu kaznu.

dela) može da se razmotri, odnosno ospori sa nekoliko aspekata.¹⁷ Prvi je da veoma često društva, usled dominantnih društvenih, odnosno ustavnih normi, nisu spremna da prestupniku zaprete maksimalnom (novčanom) kaznom. Ljudska prava su univerzalna kategorija, važe za sve pojedince, pa su u to uključeni i prestupnici. Na primer, oduzimanje nečijeg celokupnog bogatstva u mnogim zemljama se ne bi smatralo primerenom kaznom sa tog aspekta, budući da otvara pitanje egzistencije, kako samog prestupnika, tako i njegove porodice.

Drugo, legitimna je i veoma rasprostranjena koncepcija pravičnosti da kazna treba da bude primerena krivičnom delu, odnosno da bude jednaka društvenoj šteti koja je nastala činjenjem tog krivičnog dela.¹⁸ Kako navodi Becker /1968/, primena ove koncepcije zahtevala bi da verovatnoća primene kazne bude jednaka jedinici, a da zaprećena kazna bude jednaka društvenoj šteti (društvenim troškovima) koja je nastala na činjenjem krivičnog dela.¹⁹ U takvim okolnostima, čak i ukoliko se traži ekvivalent očekivane vrednosti kazne, odnosno ekvivalent generalne prevencije, može, a slučaju mnogih krivičnih dela to je veoma verovatno, da se dogodi da je maksimalna kazna (ukupna vrednost imovine prestupnika) daleko veća od društvene štete koja je načinjena, pa se time radi o „preteranom“ nivou generalne prevencije.²⁰ Samim tim, određivanje zaprećene kazne na njen maksimalni nivo protivreči ovako formulisanom načelu pravičnosti.²¹

-
- 17 U ovom radu se neće analizirati slučaj niske novčane kazne. Eksperimentom se pokazalo /Gneezy i Rustichin, 2000/ da novčana kazna koja predstavlja cenu kršenja pravila može da dovede ne do odvratanja, već do pospešivanja kršenja pravila. Eksperiment se zasnivao na naplaćivanju male kazne roditeljima koji po svoju decu dođu posle kraja radnog vremena vrtića. Uvođenje te kazne dovelo je povećanja kašnjenja u odnosu na prethodni aranžman u kome kašnjenje nije novčano kažnjavano. Autori su ponudili nekoliko teorijskih objašnjenja zabeleženog paradoksa, ali ni jedno o njih nije uverljivo, tako da se ne može osporiti teza o efektima novčane kazne na generalnu prevenciju, čak i mi njenom malom iznosu.
- 18 Iz ekonomskog ugla posmatrano, ovo načelo pravičnosti bi se moglo interpretirati na sledeći način. Budući da krivično delo generiše negativne eksterne efekte, društvena šteta je jednaka ukupnim društvenim troškovima, a novčana kazna treba da bude jednaka tim troškovima. Na ovaj način, pravična kazna *ipso facto* predstavlja porez u smislu Pigua. Drugim rečima, može se zaključiti da je ovako definisana pravična kazna istovremeno i ekonomski efikasna kazna, na isti onaj način na koji je ekonomski efikasan i porez u smislu Pigua /Stiglitz, 1986/. Stoga je uobičajeno /Polinsky i Shavell, 1984/ da se onaj nivo generalne prevencije, odnosno odvratanja kojim je očekivana vrednost kazne ispod društvene štete naziva „nedovoljnim“ (*underdeterrence*), dok se onaj koji je iznad društvene štete naziva „preteranim“ (*overdeterrence*).
- 19 Becker /1968/ navodi da primena ovakve koncepcije iz analize isključuje troškove kažnjavanja, odnosno troškove vezane za primenu i izvršenje kazne. Samim tim, relativizuje se prethodni nalaz o ekonomskoj efikasnosti načela pravičnosti. Da bi se postigla ekonomska efikasnost potrebno je da očekivana vrednost kazne odgovara iznosu društvene štete koji uključuje i troškove kažnjavanja, odnosno troškove vezane za primenu kazne.
- 20 Ovaj nalaz ne treba poistovećivati sa odnosom između kazne i individualne korisnosti prestupnika od bavljenja kriminalom. Naime, društveni troškovi su daleko veći od transfera bogatstva, odnosno blagostanja od žrtava ka prestupniku, pa stoga i od prirasta individualne korisnosti prestupnika od činjenja krivičnog dela. Upravo se u tome i krije osnova za posmatranje krivičnih dela kao dela „velike društvene opasnosti“.
- 21 Štaviše, u savremenim pravnim sistemima je uobičajeno da se iznos kazne propisuje opštom normom („za svako lice koje učini“), dok bi određivanje kazne prema bogatstvu prestupnika bila svojevrsna individualizacija kazne.

Treće, u mnogim zemljama zakonodavna vlast ne veruje u novčane kazne kao primarne kazne za krivična dela, pogotovo ona najteža, već dominira mišljenje da generalnoj prevenciji (odvraćanje) treba dodati i specijalnu, u formi onesposobljavanja, odnosno resocijalizacije prestupnika, što se, načelno posmatrano, postiže pre svega zatvaranjem prestupnika, a ne novčanom kaznom. Time se upravo taj prestupnik makar privremeno sprečava da čini nova krivična dela (bar prema onima koji nisu u zatvoru), a smatra se i da se javljaju neke mogućnosti za resocijalizaciju. To znači da se nekim drugim ciljevima kažnjavanja daje prednost u odnosu na generalnu prevenciju.²² Samim tim, u stvarnosti politike kažnjavanja su takve da su veoma daleko od maksimalne (novčane) kazne, odnosno optimalne kompozicije faktora generalne prevencije koja se zasniva na maksimalnoj kazni.

Dosadašnja pitanja bila su vezana za način definisanja maksimalnog iznosa novčane kazne kao efikasne kazne, ali se može postaviti i pitanje društvene poželjnosti efikasne kazne definisane na ovakav način. Naime, korišćena definicija efikasnosti zasnovana je na maksimizaciji društvenog blagostanja, a ključna implicitna pretpostavka analize jeste da se država, odnosno oni koji u ime države donose odluke o kaznenoj politici, ponašaju ili bar treba da se ponašaju tako da im je cilj upravo i jedino maksimizacija društvenog blagostanja, odnosno zaštita javnog interesa. Drugim rečima, analiza se zasniva na pretpostavci o postojanju benevolentne države. Međutim, ponašanja mnogih vlada daju za pravo onima koji smatraju da je opravdano da se ta pretpostavka zameni onom o predatorskoj državi – državi koja se intenzivno uključila u traganje za rentom, pa je stoga cilj takve države maksimizacija budžetskih prihoda, bez obzira na to koje efekte ta maksimizacija ima.²³ U takvim uslovima novčana kazna, kao efikasna kazna, posebno je podložna predatorskoj zloupotrebi, budući da država ima motiv da očekivanu vrednost kazne postavi isuviše visoko, odnosno da dođe do nivoa generalne prevencije koji je viši od optimalnog, kako bi se maksimizovao budžetski prihod, odnosno maksimizovala renta koja se prisvaja /Garoupa i Klerman, 2002, Dittman, 2006 i D'Antoni i Galbiati, 2007/. Nasuprot tome, neefikasne kazne poput zatvorske, koje nemaju komponentu transfera, nisu podložne ovakvoj zloupotrebi. Preterano visoki nivo generalne prevencije zasnovane na zatvorskoj kazni samo će uvećati troškove izvršenja kazne, odnosno budžetske rashode u odnosu na optimalan nivo, bez ikakvog povećanja budžetskih prihoda, pa predatorska država nema motiv da uvodi ovakav nivo gene-

22 Ovo ne znači da zatvorska kazna nema efekata na generalnu prevenciju. Ti efekti mogu da budu veoma snažni, jedino što se postavlja pitanje troškova generisanja tih efekata. Ovde se radi samo o tome da novčana kazna nema efekata na sve vidove specijalne prevencije, odnosno da je neutralna u odnosu na onesposobljavanje i resocijalizaciju. Uvođenjem zakonske mogućnosti za oduzimanje imovine stečene (organizovanim) kriminalom (na primer, Zakon o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog dela, Službeni glasnik RS 97/08), zakonodavna vlast pokazuje da smatra da zatvorska kazna ne generiše dovoljno snažnu generalnu prevenciju, a ni specijalnu prevenciju u vidu odvraćanja, i da je treba pojačati, odnosno da treba umanjiti dohodak koji se stiče kriminalom. Zanimljivo je da se ni u ovom slučaju ne radi o maksimalnoj (novčanoj) kazni, budući da ona odgovara vrednosti celokupnog bogatstva prestupnika, a ne samo onom delu koji je stečen kriminalom.

23 Raspodela tako maksimizovanih budžetskih prihoda nije predmet ove analize.

ralne prevencije.²⁴ Stoga se pokazalo /Friedman, 1999 i Wickelgren, 2003/ da je, u takvim uslovima, postojeća struktura primenjenih kazni iako neefikasna, društveno poželjnija nego ona koja bi bila ekonomski efikasna.²⁵

Još jedan problem se javlja u pogledu nalaza o optimalnoj generalnoj prevenciji koja se zasniva na maksimalnoj zaprećenoj (novčanoj) kazni. Radi se o problemu marginalne kazne /Stigler, 1970/. Imajući u vidu da se krivična dela mogu rangirati po svojoj težini, odnosno po društvenoj šteti koju izazivaju, problem marginalne kazne svodi se na to da kazna za svako krivično delo treba da bude primerena, tj. proporcionalna težini tog krivičnog dela, odnosno društvenoj šteti koje je to krivično delo generisalo. Drugim rečima, sa povećanjem težine krivičnog dela, treba da raste i zaprećena kazna, što znači da marginalna kazna (povećanje kazne do kojeg dolazi sa jediničnim povećanjem težine krivičnog dela) treba da bude pozitivna i umerena, proporcionalna povećanju težine krivičnog dela, odnosno društvene štete do koje ono dovodi. To stvara dobre podsticaje onima koji čine krivična dela, kada se nalaze u dilemi koje od više krivičnih dela da učine. Prestupnici u takvim okolnostima mogu da imaju podsticaj da učine ono koje generiše najmanju društvenu štetu. Ukoliko je za sva krivična dela predviđena ista zaprećena kazna (maksimalna), onda će prestupnik, kojeg očekivana vrednost kazne nije odvrtila od činjenja krivičnog dela, imati podsticaj da učini teže krivično delo (ukoliko mu donosi veću očekivanu korisnost) ili će bar biti indiferentan prema krivičnim delima različite težine. To će, međutim, dovesti do umanjenja ukupnog broja učinjenih krivičnih dela, budući da za neka krivična dela generalna prevencija neće biti samo optimalna, nego će njen nivo biti preterano visok. Shodno tome, jedinstvena maksimalna zaprećena kazna može da, pri umanjenom broju krivičnih dela, dovede do pogoršavanja njihove strukture, odnosno do uvećanja ukupne štete (društvenih troškova). Društvo se nalazi pred izborom većeg broja lakših ili manjeg broja težih krivičnih dela.

Kako rešiti navedeni problem? Teorijski posmatrano, na prvi pogled je i dalje optimalna maksimalna kazna za sva krivična dela. Problem, međutim, leži u tome što se verovatnoće kažnjavanja prestupnika ne mogu diferencirati po krivičnim delima, kako bi se za svako krivično delo formulisala (njegova) optimalna očekivana vrednost kazne. Iako postoje indicije da se verovatnoće otkrivanja prestupnika razlikuju od jednog do drugog krivičnog dela, a može da se razlikuje i verovatnoća njegove pravnosnažne osude, te razlike su objektivno uslovljene, tj. radi se o veličinama kojima se ne može upravljati. Stoga se zaključak svodi na teorijski nalaz da je makar

24 Štaviše, kako su pokazali D'Antoni i Galbiati /2007/ upravo uvođenje ekonomski neefikasnih kazni (poput zatvorske) predstavlja verodostojan signal da se ne radi o predatorskoj državi.

25 Friedman /1999/ je ponudio turobnu sliku sveta sa efikasnim kaznama. Od svakog prestupnika prvo treba da se naplati novčana kazna u iznosu njegovog celokupnog bogatstva. Ukoliko to nije dovoljno prestupnik treba da se zatvori uz prinudnu rad, ukoliko je njegova produktivnost dovoljna da pokrije troškove njegovog zatočenja (granične i prosečne), a ukoliko ti troškovi nisu pokriveni, onda nad njim treba da se izvrši smrtna kazna, a njegovi organi upotrebe za transplan-taciju. Svet koji nas okružuje se, očigledno, razlikuje od opisanog. Iako je autor kao osnovni cilj svog rada postavio objašnjenje zbog čega se naša realnost razlikuje od sveta efikasnih kazni koji je opisao, u tome nije uspeo. Naprotiv, objašnjenja koja je dao idu u prilog neizbežnosti sveta efikasnih kazni – onoga koji danas ne postoji.

jedna optimalna kazna maksimalna zaprećena kazna (za najteže krivično delo), dok se dopušta mogućnost da su ostale kazne niže od maksimalne i da treba da budu rastuće sa težinom krivičnog dela /Wilde, 1992/.

Sa stanovišta marginalne generalne prevencije, zanimljivo je i pitanje obaranja pravnog standarda dokaza potrebnih za izricanje osuđujuće presude. Na prvi pogled, obaranje tih standarda dovodi do povećanja verovatnoće pravosnažne osuđujuće presude, pa se time uvećava i očekivana vrednost kazne, odnosno i generalna prevencija. Međutim, kako je pokazao Ognedal /2005/, ovakav potez neminovno dovodi do poremećaja marginalne očekivane vrednosti kazne – uvećava se relativna očekivana vrednost kazne za lakša krivična dela u poređenju sa težim krivičnim delima. Naime, radi se o tome da teža krivična dela iza sebe ostavljaju više (u odnosu na lakša krivična dela) onih dokaza koji mogu da izdrže stroži pravni standard dokaza na sudu. Naime, podizanje pravnog standarda manje obara verovatnoću izricanja presude, pa time i primene kazne u slučaju težih krivičnih dela. Raste relativna verovatnoća primene kazne u slučaju težih krivičnih dela. Nasuprot tome, u slučaju obaranja pravnog standarda, raste relativna verovatnoća primene kazne u slučaju lakših krivičnih dela. Posledica toga je manje relativno odvratanje od težih krivičnih dela, što znači da se stvaraju podsticaji prestupnicima da, kada već krše zakon, čine teže krivično delo.

4. MODIFIKACIJE OPTIMUMA

Sva dosadašnja razmatranja zasnivala su se na pretpostavci da iznos zaprećene kazne ne utiče na verovatnoću njenog izricanja, odnosno na verovatnoću pravosnažne osude. Ta pretpostavka teško da je održiva, budući da činjenice govore suprotno. Još je Becker /1968/ naglasio da uvećanje zaprećene kazne dovodi do umanjenja verovatnoće da će ta kazna zaista da se i izrekne. Bez obzira na to da li odluku o tome donosi sudija ili porota, sa povećanjem iznosa zaprećene kazne povećava se i strah da ne dođe do greške I tipa (kažnjen nevin pojedinac) i to relativno više nego do greške II tipa (nekažnjen krivac). Kasniji radovi na tu temu /Adreoni, 1991 i Fees i Wohlschlegel, 2009/ modelski su pokazali kako uvećanje iznosa zaprećene kazne može da dovede do smanjenja odlučnosti, pa time i verovatnoće pravosudnih organa da izreknu tu kaznu. Takođe, strože zaprećene kazne dovode do strožeg pravnog standarda dokaza koji je potreban za izricanje kazne /Tabach, 2009 i Lando, 2009/, pa se i na taj način umanjuje verovatnoća izricanja zaprećene kazne. Shodno svemu navedenom, stroža zaprećena kazna može da dovede do umanjenja nivoa generalne prevencije. Stoga je u analizu /Garoupta, 1997/ uvedena i elastičnost verovatnoće izricanja kazne, odnosno promena verovatnoće donošenja pravosnažne osuđujuće presude (pa time i kažnjavanja prestupnika) do koje dolazi sa jediničnom promenom zaprećene kazne. Osnovni nalaz u pogledu ove elastičnosti je da je maksimalna zaprećena kazna optimalna kazna ukoliko je pri tom njenom iznosu navedeni koeficijent elastičnosti manji od jedan.²⁶ Obrazloženje je jednostavno. Ukoliko je koefici-

26 Ova teorijska analiza se može dopuniti napuštanjem pretpostavke o postojanju sistema apsolutno određenih kazni i uvođenjem sistema relativno određenih kazni, koji se zasniva na sudskom

jent elastičnosti verovatnoće izricanja kazne manji od jedan, to znači da je poslednje uvećanje iznosa zaprećene kazne dovelo do povećanja očekivane vrednosti kazne (usled povećanja iznosa zaprećene kazne) koji je veći od pada očekivane vrednosti kazne (usled umanjavanja verovatnoće izricanja kazne) do koje dolazi usled povećanja iznosa zaprećene kazne, što znači da je maksimalna kazna optimalna, budući da je zaprećena kazna čiji je iznos jedinično manji od maksimalne kazna koja obezbeđuje manju očekivanu vrednost kazne.²⁷

No, postavlja se pitanje šta se sa optimalnom kaznom dešava ukoliko je nivo bogatstva prestupnika isuviše nizak, odnosno ukoliko je društvena šteta koju je prestupnik načinio isuviše velika u odnosu na optimalnu kaznu koja je definisana kao maksimalna i ograničena bogatstvom samog prestupnika. Drugim rečima, postoji opasnost nedovoljnog nivoa generalne prevencije koji se ostvaruje ovako definisanom optimalnom kaznom.²⁸ Tada se postavlja pitanje „dopune“ novčane kazne drugom vrstom kazne. Time se dolazi do sledećeg nalaza ekonomske teorije generalne prevencije. I dalje je maksimalna novčana kazna optimalna. Međutim, ovu kaznu treba, ukoliko je ona nedovoljna i ukoliko su marginalni troškovi zatvorske kazne dovoljno mali, dopuniti zatvorskou kaznom /Polinsky i Shavell, 1984/. Drugim rečima, optimalna kazna sastoji se iz dva dela. Prvi treba da bude novčana kazna u iznosu maksimalne kazne, tj. prestupnikovog bogatstva, a drugi, ukoliko je potreban, tj. ukoliko je prva isuviše niska, od zatvorske kazne.

Uvođenjem zatvorske kazne u analizu, prelazi se na teren kazni koje generišu društvene troškove. A zatvorska kazna je upravo takva – ona generiše znatne troškove. Ne radi se samo o direktnim troškovima podizanja, opremanja, održavanja i funkcionisanja zatvora, tj. oportunitetnim troškovima svih onih resursa koji su za to angažovani, već se radi i o oportunitetnim troškovima vremena onih koji su zatvoreni. Da su van zatvora, uz apsolutnu generalnu prevenciju, oni bi bili angažovani u delatnostima koje stvaraju vrednost, odnosno uvećavaju društveno blagostanje.²⁹

odmeravanju kazne u okviru zakonski propisanog raspona. Cilj ovakve analize bi mogla da bude elastičnost verovatnoće izricanja kazne u odnosu na prosečnu vrednost izrečene kazne.

- 27 Potreban i dovoljan uslov za ovakvo tumačenje navedenog koeficijenta elastičnosti jeste pretpostavka da je taj koeficijent monotono rastući sa promenom iznosa zaprećene kazne. Ovakva pretpostavka je sasvim opravdana, budući da se navedeni efekti ne javljaju ili su vrlo slabi pri malim iznosima, odnosno niskim nivoima zaprećene kazne.
- 28 Ova opasnost je veoma realna. Velika većina prestupnika, onih koji čine krivična dela, ne spadaju u imućne ljude. Kako navodi Shavell /2004/, prema izveštaju Ministarstva pravde SAD, prosečni osuđenik-zatvorenik u poslednjoj deceniji prošlog veka bio je po svom dohotku na samom pragu siromaštva onako kako se prag siromaštva određuje u toj zemlji.
- 29 Zanimljivo je pitanje prinudnog rada u zatvorima, odnosno motiva zakonodavca za uvođenje te vrste (dodatne) kazne. Jedan mogući motiv zakonodavca je dalje pojačavanje kazne, odnosno umanjivanje nivoa korisnosti osuđenika. To se može proceniti na osnovu besmislenosti radnih zadataka koje su dobijali. Epizode poput zatočenja na Golom otoku pokazuju upravo ovakvu motivaciju. Na prvi pogled, kazneni sistem GULAG-a i prisilni rad zatočenika bio je motivisan pojačavanjem njihove kazne. Najnovija istraživanja na tu temu (Applebaum, 2003), međutim, pokazuju da je dobar deo motivacije pri osmišljavanju sistema GULGA-a bio zasnovan na želji da se obezbedi jeftina (praktično besplatna) radna snaga, naročito za velike infrastrukturne projekte poput Belomorskog kanala. Na sličan zaključak upućuju i epizode opisane u literaturi (Solženjicnov „Prvi krug“). Sve to navodi na to da je deo motivacije za uvođenje prinudnog rada bio vezan

Konačno, umanjnje korisnosti zatvorenika koje neminovno proizlazi iz same kazne nije u potpunosti kompenzovano transferom, odnosno uvećanjem korisnosti drugih pojedinaca koji čine društvo, onih koji nisu prestupnici.³⁰ Očigledno je da su društveni troškovi zatvaranja kao kazne veoma veliki. Razmatranje efekata korišćenja ovakve (skupe) kazne dovelo je do sledeća dva nalaza. Prvo, s obzirom na to da sa porastom zaprećene kazne, rastu i troškovi izvršenja kazne, budući da prestupnici provode više vremena u zatvoru, očigledno je da su marginalni troškovi izvršenja kazne pozitivni. Drugo, povećanje zaprećene (zatvorske) kazne dovodi do povećanja očekivane vrednosti kazne, što dovodi do povećanja stepena odvratanja, pa se umanjuje broj prestupnika koji se kažnjava zatvorom. To dovodi do obaranja troškovi izvršenja kazne, odnosno javlja se granična društvena korisnost od uvećanja zaprećene kazne /Kaplou, 1990/. Efekat ova dva nalaza na optimalni iznos zaprećene kazne zavisi od veličine, odnosno funkcije marginalnih troškova i marginalne koristi zaprećene kazne.³¹

Dosadašnja analiza zasnivala se na pretpostavci da su svi pojedinci neutralni prema riziku. Ukoliko potencijalni prestupnici nisu neutralni prema riziku, nego imaju averziju prema riziku, u svoju racionalnu kalkulaciju na osnovu koje donose odluke uključuju i premiju na rizik. Time se modifikuju dosadašnji nalazi i postavlja se pitanje kako uvođenje premije na rizik utiče na optimalnu visinu kazne. Premija na rizik je onaj iznos dohotka (novca) koji su racionalni pojedinci spremni da plate kako bi se oslobodili rizika. Alternativno posmatrano, to je onaj iznos koji pojedinac traži da mu bude plaćen kako bi snosio rizik, odnosno kako bi iz bezrizične situacije prešao u rizičnu. Što je veći rizik, veća je *ceteris paribus* premija na rizik koja se plaća, odnosno koja se zahteva. Kada se ovaj nalaz primeni na osnovni uslov na osnovu koga se donose odluke o činjenju krivičnog dela, sledi da povećanje verovatnoće kažnjavanja prestupnika, tj. povećanje rizika prestupnika da će biti kažnjen, više uvećava generalnu prevenciju nego povećanje zaprećene kazne.³² Naime, samo postojanje premije na rizik koja raste sa povećanjem verovatnoće izricanja presude

za rešavanje problema oportunitetnih troškova vremena zatvorenika. Naravno, prinudni rad je u svojoj osnovi robovski rad i takav aranžman ne nudi podsticaje za ekonomsku efikasnost angažovane radne snage.

- 30 Ne treba smetnuti sa uma da sama kazna dovodi do umanjenja ličnog blagostanja prestupnika (to joj je i svrha), pa time i *ceteris paribus* do smanjenja društvenog blagostanja, budući da se funkcija društvenog blagostanja zasniva isključivo na blagostanju pojedinaca kao argumentima. Zbog toga je, u cilju maksimizacije društvenog blagostanja potrebno da se obezbedi kompenzacija, odnosno transfer koji omogućava da se gubitak blagostanja prestupnika kompenzuje.
- 31 Implicitna pretpostavka ove analize je da verovatnoća kažnjavanja prestupnika ne zavisi od iznosa zaprećene kazne. Ovim se olakšava analiza, a ukoliko je potrebno, ovi nalazi se lako mogu kombinovati sa prethodnim nalazom vezanim za koeficijent elastičnosti očekivane vrednosti kazne.
- 32 Povećanje verovatnoće otkrivanja prestupnika zavisi od čitavog niza činilaca. Pokazalo se da neke promene zakona koje su imale za cilj povećanje otkrivanja prestupnika, odnosno povećanje očekivane vrednosti kazne, pa time i generalne prevencije, daju suprotne rezultate. Na primer, kako navodi Iyengar /2009/, uvođenje zakonske obaveze hapšenje osumnjičenog za nasilje u porodici u mnogim saveznm državama SAD dovelo je do povećanja stope ubistava u porodici, što se može tumačiti obaranjem generalne prevencije i to na dva načina. Prvo, žrtve su, suočene sa neizbežnim hapšenjem, u manjoj meri nego ranije prijavljivale nasilje u porodici. Drugo, uhapšeni prestupnici su dobili motiv za osvetu koja se završavala i ubistvom.

dovodi do svojevrsne multiplikacije dejstva povećanja verovatnoće izricanja kazne. Iz drugog ugla posmatrano, sa stanovišta generalne prevencije, više se isplati uvećavati verovatnoću izricanja kazne, nego samu zaprećenu kaznu. Ovo je nalaz do koga je, drugim putem, došao još Becker /1968/. Na ovom nalazu zasniva se sledeći nalaz ekonomske teorije generalne prevencije: ukoliko pojedinci imaju averziju prema riziku, optimalni iznos zaprećene kazne može biti manji nego njen maksimalni iznos /Polinsky i Shavell, 1979/.

Obrazloženje ovog teorijskog nalaza je jednostavno: umanjeno optimalnog iznosa zaprećene kazne ispod maksimalnog može da kompenzuje postojanje „preterane“ generalne prevencije u poređenju sa situacijom u kojoj su pojedinci neutralni prema riziku, budući da sama averzija prema riziku vrši funkciju odvratanja od krivičnog dela. Drugim rečima, postojanje averzije prema riziku „radi“ u korist društva, budući da će manje resursa da se koristi za pružanje optimalne generalne prevencije, pa se time uvećava društveno blagostanje.³³

Zanimljiva novina je i uvođenje proizvodne funkcije generalne prevencije /Henderson i Palmer, 2002/. Načelno posmatrano, ovakav pristup može da nam omogući bolje razumevanje načina na koji se uspostavlja generalna prevencija. Osnovni teorijski nalaz do koga su došli autori, međutim, nije previše intrigirajući: u uslovima u kojima troškovi nisu nulti, optimalno povećanje nivoa generalne prevencije zahteva uvećanje i verovatnoće primene kazne i zaprećene kazne. Zanimljivije su, međutim, mogućnosti koje leže pred ovakvim pristupom, naročito ukoliko se razmotre parametri ove proizvodne funkcije, kako bi se, na primer, dobio odgovor na pitanje da li je elastičnost supstitucije proizvodnih faktora jedinična, konstantna ili varijabilna. Načelno posmatrano, ovakav pristup nudi obilje mogućnost za bolje razumevanje procesa nastanka generalne prevencije, a vreme će pokazati da li će te mogućnosti biti iskorišćene i kakvi će rezultati dobiti.

5. ZAKLJUČAK

Prvi zaključak ekonomske teorije generalne prevencije glasi da je optimalni nivo generalne prevencije niži od njenog maksimalnog nivoa. Ovaj nalaz je posledica činjenice da resursi koji se koriste za stvaranje generalne prevencije imaju svoje oportunitetne troškove. Ukoliko su potencijalni prestupnici neutralni prema riziku i ukoliko je jedina kazna za krivična dela novčana kazna, ekonomska teorija generalne prevencije pokazala je da je maksimalna (zaprećena) kazna optimalna kazna. Ovo je posledica činjenice da su društveni troškovi aktivnosti koje uslovljavaju verovatnoću pravnosnažne osuđujuće presude veći od nule, dok su društveni troškovi novčane kazne praktično jednaki nuli. Maksimalan iznos zaprećene novčane kazne

33 Verovatno da je jedna od najznačajnijih komponenti verovatnoće kažnjavanja prestupnika verovatnoća otkrivanja prestupnika, a ta verovatnoća zavisi od količine resursa angažovanih u policiji i produktivnosti njihovog angažovanja. Lin /2009/ uverljivo objašnjava koji su to metodološki problemi doveli do toga da je malo empirijskih istraživanja potvrdilo ovu teorijsku nespornu tezu. Isti autor je pokazao da rešavanje tih problema omogućava empirijsku verifikaciju navedene teorijske hipoteze.

jednak je bogatstvu prestupnika. Budući da je novčana kazna jedina ekonomski efikasna kazna, ukoliko je bogatstvo prestupnika isuviše malo u odnosu na društvenu štetu koja je nastala krivičnim delom koje je učinio, novčana kazna može da se dopuni kaznom zatvora, ukoliko su marginalni troškovi te kazne umereni.

Nalaz o maksimalnoj kazni kao optimalnoj važi ukoliko je pri maksimalnom iznosu kazne koeficijent elastičnosti očekivane vrednosti kazne u odnosu na zaprećenu kaznu manji od jedan. U suprotnom, optimalan iznos kazne je manji od maksimalnog. Takva situacija se javlja usled obaranja verovatnoće izricanja kazne do koje dolazi sa povećanjem njene vrednosti. Jedan od mehanizama ove veze jeste i stroži pravni standard dokaza do kojeg dolazi sa pooštavanjem zaprećene kazne.

Averzija prema riziku potencijalnih prestupnika udaljava optimalnu kaznu od maksimalne, budući da je relativna efikasnost odvratanja usled povećanja verovatnoće pravnosnažne osuđujuće presude veća od odgovarajuće efikasnosti povećanja kazne. Što je veća averzija prema riziku, veća je razlika između optimalne i maksimalne zaprećene kazne.

Literatura

- Andreoni, J. /1991/: Reasonable Doubt and the Optimal Magnitude of Fines: Should the Penalty Fit the Crime, *RAND Journal of Economics*, Vol. 22
- Applebaum, A. /2003/: *GULAG: A History*, London: Allen Lane, The Penguin Press
- Becker, G.S. /1968/: Crime and Punishment: An Economic Approach, *Journal of Political Economy*, Vol. 76
- D'Antoni, M. i Galbiati, R. /2007/: A Signaling Theory of Nonmonetary Sanctions, *International Review of Law and Economics*, Vol. 27
- Dittmann, I. /2006/: The Optimal Use of Fines and Imprisonment if Government Don't Maximize Welfare, *Journal of Public Economic Theory*, Vol. 8
- Garoupa, N. /1997/: The Theory of Optimal Law Enforcement, *Journal of Economic Surveys*, Vol. 11
- Garoupa, N. i Klerman, D. /2002/: Optimal Law Enforcement with a Rentseeking Government, *American Law and Economics Review*, Vol. 4
- Feess, E. i Wohlschlegel, A. /2009/: Why Higher Punishment May Reduce Deterrence, *Economics Letters*, Vol. 104
- Friedman, D. /1999/: Why not Hang Them All: The Virtues of Inefficient Punishment, *Journal of Political Economy*, Vol. 107
- Gneezy, U. i Rustichini, A. /2000/: A Fine is a Price, *Journal of Legal Studies*, Vol. 29
- Henderson, J. i Palmer, J.P. /2002/: Does More Deterrence Require More Punishment? or Should the Punishment Fit the Crime, *European Journal of Law and Economics*, Vol. 13
- Iyenger, R. /2009/: Does the Certainty of Arrest Domestic Violence? Evidence from Mandatory and Recommended Arrest Laws, *Journal of Public Economics*, Vol. 93
- Kaplow, L. /1990/: A Note on the Optimal Use of Nonmonetary Sanctions, *Journal of Public Economics*, Vol. 42
- Lando, H. /2009/: Prevention of Crime and the Optimal Standard of Proof in Criminal Law, *Review of Law and Economics*, Vol. 5

- Lewin, J.L. i Trumbull, W.N. /1970/: The Social Value of Crime, *International Review of Law and Economics*, Vol. 10
- Lin, M.J. /2009/: More Police, Less Crime: Evidence from US State Data, *International Review of Law and Economics*, Vol. 29
- Nicholson, W. /1995/: *Microeconomic Theory: Basic Principles and Extensions*, Forth Worth and Orlando: The Dryden Press and Harcourt Brace & Company
- Ognedal, T. /2005/: Should the Standard of Proof be Lowered to Reduce Crime, *International Review of Law and Economics*, Vol. 25
- Polinsky, A.M. i Shavell, S. /1979/: The Optimal Tradeoff between the Probability and Magnitude of Fines, *American Economic Review*, Vol. 69
- Polinsky, A.M. i Shavell, S. /1984/: The Optimal Use of Fines and Imprisonment, *Journal of Public Economics*, Vol. 24
- Polinsky, A.M. i Shavell, S. /2000/: The Economic Theory of Public Enforcement of Law, *Journal of Economic Literature*, Vol. 38
- Shavell, S. /2004/: *Foundations of the Economic Analysis of Law*, Cambridge, Mass.: The Belknap Press of Harvard University Press
- Stigler, G.J. /1970/, The Optimum Enforcement of Law, *Journal of Political Economy*, Vol. 78
- Stojanović, Z. /2007/: *Krivično pravo: opšti deo*, XIV izdanje, Beograd: Pravna knjiga
- Tabbach, A. /2009/: Does a Rise in Maximal Fines Increase or Decrease the Optimal Level of Deterrence?, *Review of Law and Economics*, Vol. 5
- Wickelgren, A.L. /2003/: Justifying Imprisonment: On the Optimality of Excessively Costly Punishment, *American Law and Economics Review*, Vol. 5
- Wilde, L.L. /1992/: Criminal Choice, Nonmonetary Sanctions, and Marginal Deterrence: A Normative Analysis, *International Review of Law and Economics*, Vol. 12

Boris BEGOVIĆ

Full Professor, Faculty of Law, University Belgrade
Center for Liberal-Democratic Studies

ECONOMIC THEORY OF DETERRENCE: SOME BASIC ISSUES

SUMMARY

The aim of the paper is to review some basic issues of the economic theory of deterrence (general prevention), using economic methods and based on the contributions in the economic theory of crime. The analysis is focused to the optimal level of deterrence and optimal composition of the deterrence components: the punishment stipulated by law and probability that this punishment will be enforced. It was demonstrated that the optimal level of deterrence is always lower than the maximum one due to its social cost, i.e. the costs of the punishment itself and costs of its enforcement, including the costs of detection of the culprit and the costs of judicial process that leads towards punishment enforcement. Due to the difference in costs

function of the punishment itself and the probability of its enforcement, taking into account that the social costs of fine are negligible, optimal composition of the deterrence components is based on the maximum fine. The fine is the most efficient punishment from the economic point of view since its social costs are negligible, because it is only a welfare transfer: decrease of the culprit welfare is compensated by the increase of welfare of users of the budgetary funds or/and tax payers. The concept of the maximum fine is based on the individualized punishment and the amount of the maximum fine depends only on the culprits' wealth: all the wealth should be expropriated. There are both theoretical (the possibility of "overdeterrence" and zero marginal punishment, since probability of the punishment enforcement cannot be differentiated between the crimes, as well as the possibility of the predatory behavior of the state, i.e. maximization of budgetary revenues as a goal rather than deterrence) and practical obstacles (the concept of human right, built into constitutional constraints to punishment, as well as limited, i.e. insufficient wealth of the culprits) to the enforcement of the maximum fine as the optimal one. Modification of that optimum is based on the consideration of the marginal punishment (fine), causality link between the magnitude of punishment and the probability of its enforcement (increased magnitude leads to the decreased probability of the sentencing), possibility of introduction of the prison sentence supplementary to the fine if the culprit's wealth is too small, as well as relaxing the assumption about risk neutrality, presuming that rational individuals have aversion towards risk. If rational individual has aversion towards risk, increase in the probability of the punishment is more effective than the increase in magnitude of the punishment. It was demonstrated that, if the elasticity coefficient of expected punishment to its magnitude is bigger than one and if the potential culprits are risk averse, the optimal fine is smaller than the maximum one.

Key words: deterrence, expected punishment, fine, risk, welfare transfer.

dr Igor VUKOVIĆ*

docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu

KRIVIČNOPRAVNI PROBLEMI PRENOŠENJA HIV-a

Apstrakt: Za razliku od drugih zakonodavstava, što na ponašanja koja prenose ili dovode u opasnost od prenošenja virusa HIV-a primenjuju postojeća opšta krivična dela, Srbija je usvojila posebnu krivičnopravnu odredbu koja zabranjuje i kažnjava prenošenje HIV-a. Prema srpskom pravu (§ 250 srpskog Krivičnog zakonika) kažnjivo je već svesno dovođenje drugog u opasnost od infekcije HIV-om. U radu se ispituju različiti argumenti koji se tiču ove problematike, a naročito korišćenje sredstava zaštite, značaj testiranja na HIV i pristanak pasivnog subjekta na rizik. Naročita pažnja posvećena je materiji razgraničenja umišljaja i nehata.

Ključne reči: prenošenje HIV-a, testiranje na HIV, pristanak povređenog, dolus eventualis, nehat.

Sida (akronim od francuskog naziva za sindrom stečenog imunološkog deficita, fr. *Syndrome d'immunodéficience acquise*) je bolest što predstavlja krajnji stadijum infekcije virusom HIV-a (virus stečenog nedostatka imuniteta, skraćeno od engleskog naziva „human immunodeficiency virus“). Imuni sistem delovanjem virusa postepeno slabi i na koncu potpuno prestaje da funkcioniše, čime ljudski organizam gubi sposobnost da se odbrani od bilo koje bolesti ili infekcije. Važno je uočiti da infekcija virusom HIV-a ne znači istovremeno i oboljevanje od side. HIV pozitivna osoba je zaražena virusom, dok je kod osobe obolele od side ovaj virus dospelo do faze posle koje nastupa smrt. Progresija bolesti od infekcije HIV-om do oboljevanja od side i nastupanja smrti zavisi od toga da li se primenjuje odgovarajuća terapija, ali i od same individue. Sida se može dobiti već posle nekoliko nedelja od infekcije, ali i nakon dvadeset godina. Ipak, prosečno vreme oboljevanja iznosi između 9 i 10 godina, nakon čega smrt prosečno nastupa između 6 i 19 meseci.¹

Radnja osnovnog oblika krivičnog dela iz § 250 Krivičnog zakonika² jeste dovođenje drugog u opasnost od infekcije HIV virusom. Tri su osnovna načina prenošenja HIV infekcije: seksualnim putem, preko krvi i njenih produkata, kao i sa majke

* igorvu@ius.bg.ac.rs

1 M. Zwahlen, M. Egger, „Progression and mortality of untreated HIV-positive individuals living in resource-limited settings“, *извештај UNAIDS-a*, Bern 2006, 5.

2 Ako u daljem tekstu nije naveden pravni propis, reč je o odredbi Krivičnog zakonika Srbije.

na dete. Najčešće se infekcija stiče putem **seksualnog odnosa**, tačnije kada zaražena telesna tečnost jednog partnera (krv, sperma, presemena tečnost ili vaginalni sekret) dođe u kontakt sa genitalnom, oralnom ili rektalnom sluzokožom drugog. Verovatnoća prenošenja HIV-a zavisi od toga da li se radi o aktivnom ili pasivnom, odnosno vaginalnom, analnom ili oralnom odnosu. Tako je relativni rizik zaraze HIV-om na 20.000 slučajeva izloženosti izvoru zaraze (tzv. prevalencija HIV-a) sledeći: insertivna felacija – 1 (0,005%), receptivna felacija – 2 (0,01%), insertivni vaginalni odnos – 10 (0,05%), insertivni analni odnos – 13 (0,065%), receptivni vaginalni odnos – 20 (0,1%) i receptivni analni odnos – 100 (0,5%).³ Dosledna upotreba kondoma od lateksa⁴ smanjuje rizik prenošenja HIV-a za još dvadeset puta.⁵ Drugi načini dovođenja u opasnost od infekcije imaju danas manji praktični značaj. Načelno, svaki kontakt sa krvlju ili proizvodom krvi predstavlja rizik od prenošenja, bilo preko otvorene rane, intravenskog uzimanja droge zajedničkim špricom, tetovaže, pirsinga, skarifikacije ili nečeg sličnog, što treba imati u vidu prilikom tumačenja radnje „dovođenja u opasnost od infekcije“ u smislu § 250 st. 1. Prenošnje infekcije putem transfuzije krvi ili sa majke na dete, naročito u toku porođaja,⁶ potencijalno pre predstavlja rezultat nepažnje medicinskog radnika i time radnju „svesnog nepridržavanja propisa i mera koji se odnose na sprečavanje širenja HIV infekcije“ sa nehatnim prenošenjem infekcije na drugoga (§ 250 st. 2), nego radnju osnovnog oblika iz § 250 st. 1. Ipak, i u sličnim konstelacijama zamisliv je umišljaj.

Ako krivičnopravne norme štite najviša dobra od povreda i ugrožavanja, to nikako ne znači da je svako ugrožavanje ovih vrednosti krivičnim pravom kažnjivo. Niz ljudskih delatnosti podrazumeva izvesnu opasnost. I pored ogromnih ulaganja i izuzetnog tehnološkog napretka, saobraćaj, aktivnost različitih industrijskih postrojenja ili obavljanje hirurških zahvata, primera radi, povezani su sa rizicima na koje društvo pristaje, jer se bez njihovog obavljanja ne bi mogao zamisliti savremeni život. Ako je, dakle, obavljanje ovih opasnih delatnosti imperativ, krivično pravo to mora da uvaži i da granice **dozvoljenog rizika** u izvesnom stepenu koriguje. Utoliko je jedno ponašanje koje se kreće u okvirima standarda brižljivog postupanja⁷ – socijalno adekvatno i pravom dopušteno, čak i kada se tumačenjem krivičnopravne odredbe može podvesti pod zakonski opis određenog krivičnog dela.⁸ Ovakav slobodan prostor postoji i u sferi ljudskog delovanja što nosi rizike za čovekovo zdravlje. Lice obolelo od gripa nije pravno obavezno da izbegava kontakte sa drugim ljudima,⁹ iako to za njih predstavlja izvestan rizik, samo zato što se bolest prenosi

3 Vid. detaljnije B. Varghese *et al.*, „Reducing the Risk of Sexual HIV Transmission. Quantifying the Per-Act Risk for HIV on the Basis of Choice of Partner, Sex Act, and Condom Use“, *Sexually Transmitted Diseases* 1/2002, 39 i dalje.

4 Samo kondomi od lateksa ili poliuretana predstavljaju zaštitu od prenošenja HIV-a.

5 Varghese *et al.*, 40.

6 Rizici prenošenja HIV-a tokom trudnoće ili putem dojenja nešto su niži.

7 Detaljnije vid. I. Vuković, „Struktura nehatnog krivičnog dela“, *Arhiv za pravne i društvene nauke* 3–4/2008, 249 i dalje.

8 Tada se krivičnopravna zabrana ugrožavanja objekta zaštite može tumačiti i kao naredba da se rizici što ishode iz ponašanja drže u granicama minimuma.

9 Slično R. D. Herzberg, „Die Strafdrohung als Waffe im Kampf gegen Aids?“, *Neue juristische Wochenschrift* 24/1987, 1462. Kriterijum je normativan. Nije odlučno da li je bolesnik zarazu drugih mogao izbeći, već da li morao da se potruži da bi se izbegla infekcija (*ibid.*).

disanjem i kijanjem. Ako se narušavanje zdravlja i desi, to moramo vrednovati kao običan peh, a ne kao protivpravno delo prenosioca.¹⁰

Granice dozvoljenog rizika imaju naročito značenje kod onih zakonskih opisa koji predstavljaju delikte ugrožavanja, kakvo je i krivično delo iz § 250. Naime, kako smo već pomenuli, radnja osnovnog oblika iz st. 1 predstavlja „svesno dovođenje drugog u opasnost od infekcije HIV virusom“. Kako neophodan stepen opasnosti nije opredeljen, s jedne strane, postavlja se pitanje domašaja korišćenja izvesnih sredstava zaštite što umanjuju opasnost prenošenja infekcije na drugoga. Kako na drugoj strani mora biti reč o „svesnom dovođenju drugog u opasnost“, od značaja je i pitanje da li je i pod kojim uslovima dopušteno upustiti se u odnose bez zaštite i u situaciji kada prenosilac, iako pouzdano ne zna da je zaražen HIV-om, u određenom stepenu u to sumnja.

KORIŠĆENJE SREDSTAVA ZAŠTITE I RIZIK PRENOŠENJA

Korišćenje kondoma tokom seksualnog odnosa ili drugih sredstava zaštite (upotreba hirurških rukavica tokom porođaja, operativnog zahvata ili stomatološkog pregleda, primena propisanih procedura postupanja sa zaraženom krvlju¹¹, higijensko postupanje prilikom pružanja usluga higijenske nege i ulepšavanja lica i tela, kao i nemedicinskih estetskih intervencija kojima se narušava integritet kože¹²) ne pruža apsolutnu zaštitu od prenošenja virusa HIV-a, ali ovaj rizik višestruko umanjuje, i to u stepenu koji pravni poredak smatra prihvatljivim. Zbog očekivane stigmatizacije, društvo ne traži od zaraženog da javno prizna od čega boluje. Istovremeno, od njega se ne može zahtevati ni da se ne upušta u odnose koji u izvesnoj meri povišavaju rizik prenošenja na druge.¹³ To se ne odnosi samo na one telesne kontakte koji ne nose nikakvu opasnost od prenosa, kakvi su npr. poljupci, rukovanja, korišćenje istog toaleta, ili kašljanje i kijanje¹⁴ – već i na naučno verifikovane načine prenošenja, kakav je seksualni odnos. Drugojačije rešenje bilo bi kriminalno-politički neodrživo, jer bi podrazumevalo doživotno uzdržavanje HIV-pozitivnog od seksualnog kontakta. Istovremeno, time se podupire prevencija HIV-a, jer se podstiče spremnost na upotrebu prezervativa. Ako ne bi bilo razlike u pogledu kažnjivosti seksualnog akta sa ili bez korišćenja kondoma, zaštita od bolesti svela bi se na lični oprez i staranje o sopstvenom zdravlju.

Razume se, pred nosioca virusa su ipak postavljeni određeni uslovi. Lice obolelo od zarazne bolesti, odnosno nosilac uzročnika zarazne bolesti dužno je da se

10 *Ibid.*

11 Vid. Pravilnik o uslovima za prikupljanje, obradu i preradu ljudske krvi, njenih sastojaka i derivata („Službeni list SRJ“, br. 36/94).

12 Vid. § 34 Zakona o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti.

13 Ovo je danas opšte prihvaćeno. Vid. npr. Herzberg (1987a), 1462; C. Knauer, „AIDS und HIV – Immer noch eine Herausforderung für die Strafrechtsdogmatik“, *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 9/1998, 439; K.-L. Kunz, „Aids und Strafrecht. Die Strafbarkeit der HIV-Infektion nach schweizerischem Recht“, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* 1/1990, 50.

14 Virus HIV-a se nalazi u malim koncentracijama i u pljuvački, suzama ili urinu, ali nisu zabeleženi slučajevi infekcije ovim putem, tako da je potencijalni rizik prenošenja zanemarljiv.

pridržava određenih mera i uputstava zdravstvene ustanove, odnosno naloga doktora medicine, naročito u pogledu sprečavanja širenja zarazne bolesti (§ 37 Zakona o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti). Te mere i uputstva se pre svega odnose na upotrebu sredstava zaštite koja se zvanično preporučuju od strane državnih organa.¹⁵ Najveći praktični značaj u tom pogledu, kako smo već konstatovali, ima *coitus condomatus*. Ako se preporučena sredstva zaštite koriste, ili se pak uviđa da takvo sredstvo koristi partner, zaraženi sme da se upusti u seksualni odnos, koji tada neće predstavljati „svesno dovođenje drugog u opasnost od infekcije HIV virusom“ u smislu § 250 st. 1.¹⁶ Štaviše, ako se zaraženi pridržava utvrđenih smernica u pogledu umanjavanja rizika, on ne mora svog partnera ni da obavesti o svom zdravstvenom stanju, čak i kada pretpostavlja da bi slična informacija ovoga možda odvrtila od seksualnog kontakta, jer bi rizik smatrao nepodnošljivo visokim.

Osim kriminalno-političkih razloga, siguran seksualni odnos i objektivno umanjuje opasnost i svodi je na statističku grešku.¹⁷ To je uostalom i ključni razlog njegovog nekažnjavanja.¹⁸ Granice dozvoljenog rizika utvrđuje objektivno poredak, a ne svaki čovek pojedinačno. Bilo bi krajnje protivrečno kada bi država izvesno ponašanje što umanjuje rizik (kakvo je korišćenje kondoma tokom odnosa) u svojim kampanjama prevencije HIV-a preporučivala – a isto ponašanje istovremeno smatrala protivpravnim i kažnjavala.¹⁹ To međutim važi samo ukoliko se zaraženi u potpunosti pridržava utvrđenog standarda ponašanja. Tu svakako ne spada korišćenje kondoma samo tokom dela odnosa, višestruka upotreba istog kondoma, ili pak njegovo nekorišćenje uz *coitus interruptus*.²⁰ Dakle, pred zaraženim stoji ili uzdržavanje od seksualnog kontakta ili upuštanje u seksualni odnos uz pridržavanje utvrđenih procedura zaštite. Svaka od ovih opcija jednako isključuje njegovu krivičnu odgovornost prema § 250.

RIZIK PRENOŠENJA BEZ POZITIVNOG SEROLOŠKOG TESTA

Drugi problem koji dotiče pitanje granica dozvoljenog rizika tiče se slobode upuštanja u seksualni odnos bez zaštite u situaciji kada postoji sumnja o zaraženosti HIV-om. Kada ni jedan ni drugi partner nemaju nikakvo saznanje o bolesti, mogućnost infekcije predstavlja **opšti životni rizik** što isključuje svaku krivičnu odgovornost. Nesporno je, na drugoj strani, da lice čiji je rezultat, potvrđen kliničkim

15 Kod nas odgovarajuće smernice, iako nedovoljne, sadrži Nacionalna strategija za borbu protiv HIV/AIDS-a Ministarstva zdravlja Republike Srbije iz 2005.

16 Slično je i u austrijskom pravu (C. Bertel, K. Schwaighofer, *Österreichisches Strafrecht. Besonderer Teil II*, Wien 2006⁷, 12).

17 Već smo pokazali da se rizik prenošenja u tom slučaju približava nultoj vrednosti.

18 Tako Knauer, 441.

19 M. Bruns, „Ein Rückschlag für die AIDS-Prävention“, *Monatsschrift für Deutsches Recht* 3/1989, 199.

20 Knauer, 442; Kunz, 51.

i laboratorijskim testovima za dokazivanje infekcije HIV-om, pozitivan²¹ – ne sme da se upusti u odnos bez zaštite, jer u suprotnom „svesno dovodi drugog u opasnost od infekcije HIV virusom“. Ipak, između ove dve krajnosti nalaze se brojne sporne situacije. Tako, ako određeno lice vodi promiskuitetan život sa velikim brojem partnera, ili čak zbog narkomanije, prostitucije ili homoseksualnosti pripada određenoj rizičnoj grupi²² – nužno se nameće pitanje da li ovde granice dozvoljenog rizika treba postaviti nešto niže.

Prema jednom shvatanju,²³ granice dozvoljenog rizika treba vezati isključivo za **seropozitivan test**. U prilog ovoga govori više argumenata. Najpre, stepen sumnje u inficiranost zavisi od okolnosti može biti različit, ali ne daje dovoljan osnov za krivičnopravnu odgovornost. Samo ono lice koje zna da je zaraženo može imati svest o tome da druge dovodi u opasnost od prenošenja HIV-a. Sve manje od toga jeste samo viši ili niži stepen sumnje, koji može imati izvestan dokazni značaj samo u kontekstu drugih činjenica koje govore o zaraženosti,²⁴ ali što ne predstavlja dovoljno prezican kriterijum. Van tih retkih situacija, krivičnopravna reakcija bila bi ne samo neopravdana, već i nepoželjna. Svako ko je ikada imao seksualni odnos bez zaštite sa licem čiji status u pogledu bolesti nije bio nesporan, bio bi potencijalni otkriveni. Da li je jedan vanbračni „izlet“ dovoljan da pod pretnjom krivične odgovornosti obaveže supruga da ubuduće u odnosima sa svojom ženom koristi kondom, ili zubar da tokom zahvata ubuduće uvek koristi zaštitne rukavice?²⁵ Eventualno prenošenje infekcije na suprugu, bez njenog saznanja o muževljevoj nevernosti, bilo bi bez sumnje etički vrednovano krajnje negativno, ali to ipak nije dovoljno i za krivičnu osudu. Činjenica da se radi o homoseksualnoj preljubi ili o odnosu sa hemofilicarem svakako povišava verovatnoću da je preljubnik tom prilikom zaražen, ali ovo kvantifikovanje opasnosti nije dovoljno za zaključak da ovo lice zna da boluje od HIV-a.

Prema drugom shvatanju,²⁶ zabrana ugrožavanja života i zdravlja drugih podrazumeva takođe i zabranu upuštanja u seksualni odnos bez zaštite, ako lice zbog pripadnosti rizičnoj grupi ili promiskuitetnog seksualnog života, ima naročit razlog da **posumnja u sopstvenu zaraženost**. Da li se zaista homoseksualni heroinski zavisnik, koji uz to i često menja partnere, još uvek kreće u granicama dozvoljenog

21 Kako period od infekcije do trenutka kada se u organizmu razvije prisustvo antitela koja savremeni serološki testovi mogu da registruju prosečno iznosi mesec i po dana, to je vrlo moguće da i lica koja imaju negativan serološki nalaz prenesu virus HIV-a (W. H. Holland, „HIV/AIDS and the Criminal Law“, *Criminal Law Quarterly* 1994, 282–283). To treba naročito imati u vidu kod lica koja imaju česte odnose sa velikim brojem partnera (milje porno-industrije ili prostitucije). Negativan test samo pokazuje da nisu registrovana antitela na HIV, a ne da lice HIV-om nije zaraženo.

22 Prema pomenutoj Nacionalnoj strategiji, grupacije posebno osetljive na HIV infekciju su: intravenski korisnici droga, lica koja se bave prostitucijom i njihovi klijenti, kao i muškarci koji imaju seksualne odnose s muškarcima. U širem smislu, Strategija tu svrstava i druge društvene grupe (npr. osobe na izdržavanju kazne lišenja slobode, seksualne partnere HIV pozitivnih, sezone radnike, profesionalne vozače kamiona, primaocce produkata krvi).

23 Bruns (1989), 200; u švajcarskoj literaturi Kunz, 52.

24 Primera radi, osim što je pripadnik rizične grupe koja se svakodnevno intravenski drogira deleći špric, lice u pitanju pokazuje simptome ne samo HIV-a, već i side.

25 Kunz, 52. Slično M. Wait, „Criminal Law and the Sexual Transmission of HIV: *R v Dica*“, *The Modern Law Review* 2005, 131.

26 Npr. Herzberg (1987a), 1462.

rizika, slobodan da seksualno opšti bez zaštite? Ukoliko granicu dozvoljenog rizika označava isključivo serološki test, onda krivičnopravna zaštita ni ne može efektivno da deluje. Ako smo već konstatovali da interesi integracije obolelog i njegove destigmatizacije isključuju njegovu obavezu da druge informiše o svojoj bolesti pre upuštanja u zaštićeni seksualni odnos, pomeranje uz to i granice dozvoljenog rizika u situaciji kada postoji visok stepen svesti o izloženosti infekciji – krajnje bi relativizovalo granice krivičnopravne zaštite. Reklo bi se da u prilog tome ide i jezičko tumačenje norme, s obzirom da srpski zakonodavac ne govori o svesti o inficiranosti HIV-om, već o svesti da se drugi dovodi u opasnost od prenošenja HIV-a. Ni kriminalno-politički ishod suprotnog rešenja nije zanemarljiv. Ono bi delovalo destimulativno na spremnost takvog lica da definitivno razreši svoju sumnju testiranjem. Time bismo došli u paradoksalnu situaciju. Ne samo da potencijalno zaraženi treba da pobedi psihološku barijeru zbog ogromnog straha od seropozitivnog ishoda testa, već bi ga takvo saznanje u budućnosti potencijalno izložilo krivičnoj odgovornosti.²⁷

Prednost zaslužuje prvo rešenje. Osnovni oblik govori o „svesnom dovođenju drugog u opasnost“. Svesno ugrožavanje drugog je prema našem mišljenju po pravilu moguće ako lice u pitanju odista zna da je inficirano. Ovo saznanje najčešće proishodi iz odgovarajućeg pozitivnog serološkog testa. Vezivanje granica dozvoljenog rizika za procenu opasnosti od strane samog prenosioca, predstavlja neprihvatljivu subjektivizaciju kriterijuma. Ovo tim pre što je naš zakonodavac inkriminisao već ugrožavanje drugog, a ne tek prenošenje bolesti. Ako se granice krivičnopravne zaštite postave tako široko, zaključivanje da krivičnu odgovornost zasniva i obična pretpostavka o inficiranosti, ličila bi na svojevrсну odgovornost za nehatno ugrožavanje, što u obliku iz st. 1 ne stoji. Ali, zakonodavac nije inkriminisao samo dovođenje u opasnost, već i prenošenje HIV-a, gde postoji i nehatni oblik (st. 5). Dakle, ako se radi o pripadniku odgovarajuće rizične grupe kod kojeg su se razvili simptomi poodmaklog HIV-a odnosno side, i čiji je partner npr. već oboleo, njegovo neodgovorno netestiranje neće predstavljati alibi za eventualno prenošenje zaraze trećem licu, jer će sud redovno zaključiti postojanje nesvesnog nehata.

OBAVEŠTAVANJE PASIVNOG SUBJEKTA I NJEGOV PRISTANAK

Iako to ne proizlazi neposredno iz zakona,²⁸ svako lice zaraženo HIV-om trebalo bi da **upozna** potencijalnog partnera sa svojom infekcijom i rizicima kojima ga izlaže,²⁹ ali samo ukoliko namerava da se sa partnerom upusti u seksualni odnos

27 Slično Holland, 287.

28 Zakon o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti („Službeni glasnik RS“, br. 125/2004) govori samo o obaveznom prijavljivanju prisustva antitela na HIV od strane zdravstvenih ustanova (§ 14), a ne samih zaraženih. Vid. takođe odgovarajuće odredbe Pravilnika o prijavljivanju zaraznih bolesti i drugih slučajeva utrđenih Zakonom o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti („Službeni glasnik RS“, br. 98/2005).

29 W. Bottke, „Strafrechtliche Probleme von AIDS und der AIDS-Bekämpfung“, u: *Die Rechtsprobleme von AIDS*, Baden-Baden 1988, 206; M. Bruns, „AIDS, Prostitution und das Strafrecht“, *Neue juristische Wochenschrift* 12/1987, 694.

bez upotrebe kondoma. Dakle, ova informacija može da izostane, ali je zaraženi onda u obavezi da koristi kondom ili da zahteva od partnera da ga koristi. Ako tako ne postupi, zaraženi se izlaže krivičnopravnoj odgovornosti. Ovaj tipičan scenario u kojem inficirani ne obaveštava drugog o HIV-u, naročito je prisutan u miljeu prostitucije.³⁰ Postavlja se, međutim, pitanje da li saglasnost žrtve, npr. supružnika zaraženog ili korisnika usluga prostitutke, da seksualno opšti bez zaštite, uopšte može da isključi krivičnu odgovornost inficiranog. U delu literature, ova problematika se razmatra u okviru dejstava **pristanka** povređenog kao osnova isključenja protivpravnosti. Tako je i u našoj teoriji,³¹ gde bi od značaja bila uporediva razmatranja o pristanku povređenog na nanošenje telesne povrede. Drugo pak shvatanje³² nalazi da se ovde radi o granicama odgovornog samougrožavanja kao poziciji objektivnog uračunavanja. Temeljnije upoznavanje sa dejstvima ovog razlikovanja³³ prevazilazi okvire ovog rada, tako da ga nećemo bliže izlagati, već ćemo se kretati unutar terminologije koju poznaju naša teorija i praksa. U svakom slučaju, možemo razlikovati nekoliko konstelacija.³⁴

U **prvoj** situaciji, dva zaražena partnera se svesno upuštaju u polni odnos bez upotrebe kondoma, znajući da je i drugi partner inficiran. Kako opis oblikā iz § 250 podrazumeva prenošenje bolesti ili bar dovođenje u opasnost, posledica ne može biti ostvarena ako su oboje već inficirani virusom. Ipak, ostaje otvoreno da li se može raditi o teškoj telesnoj povredi, s obzirom da se u medicinskoj literaturi pominje tzv. superinfekcija HIV-om, kao stanje u kojem se na lice koje je već inficirano prenosi novi soj virusa, što može da uzrokuje rapidnu progresuju bolesti ili otpornost na izvesne lekove.³⁵ Ako se takav izuzetan slučaj i desi, u zavisnosti od okolnosti, delo bi načelno moglo da se kvalifikuje kao obična (§ 121 st. 1) ili kao naročito teška telesna povreda (§ 121 st. 2). Ipak, smatramo da bi u sličnom raspletu krivičnu odgovornost trebalo isključiti, i to ne samo zbog činjenice da su se oba zaražena partnera svesno upustila u takav rizik. Kažnjavanje niti odgovara stepenu opasnosti (ona se meri promilima), niti je kriminalno-politički opravdano sankcionisati eventualno pogoršanje zdravstvenog stanja, kada se time ne stvara nova opasnost za zdravlje trećih lica.

Od većeg praktičnog značaja je **druga** situacija, u kojoj je samo jedan partner inficiran HIV-om, što međutim i drugi zna, ali se svejedno upušta u rizični seksualni odnos ili zajedničko korišćenje nesterilizovanog šprica. Ovde bi prema ve-

30 B.-D. Meier, „Strafrechtliche Aspekte der Aids-Übertragung“, *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 5/1989, 208. U odnosu dva stalna partnera, priroda odnosa uslovljava češće obaveštanje o bolesti.

31 Vid. npr. A. Stajić, u: N. Srzentić et. al.: *Komentar krivičnih zakona SR Srbije, SAP Kosova i SAP Vojvodine*, Beograd 1986, 155.

32 Bruns (1987a), 694; Kunz, 53; Meier, 218 i dalje.

33 Vid. npr. Bottke, 183 i dalje; C. Prittwitz, „Strafbarkeit des HIV-Virusträgers trotz Aufklärung des Sexualpartners?“, *Neue juristische Wochenschrift* 46/1988, 2942 i dalje.

34 Ostaćemo na primeru polnog odnosa, iako slične situacije možemo zamisliti i kod zajedničkog intravenskog uživanja droge ili krvnog „bratimljenja“.

35 Vid. detaljnije D. Smith, D. Richman, S. Little, „HIV Superinfection“, *The Journal of Infectious Diseases* 3/2005, 438 i dalje.

ćinskom shvatanju³⁶ koje srećemo u stranoj teoriji – odgovorno samougrožavanje pasivnog subjekta trebalo da potisne krivičnu odgovornost prenosioca virusa. S obzirom da kauzalni proces u celosti zavisi od dispozicije volje žrtve, čak ni negativno vrednovana subjektivna strana prenosioca (npr. njegova namera da partnera zarazi), ne bi onda bila krivičnopravno relevantna. Dakle, svako obaveštavanje partnera o infekciji isključilo bi krivičnu odgovornost. Ovo shvatanje **nije prihvatljivo** prema srpskom krivičnom pravu. U srpskom pravu sloboda raspolaganja pasivnog subjekta ograničena je u pogledu najvrednijih dobara. To se ne odnosi samo na isključenje raspolaganja sopstvenim životom (kao u situaciji inkriminisanog navođenja na samoubistvo i pomaganja u samoubistvu – § 119), već i na situacije pristanka na povređivanje, u zavisnosti od toga da li je „saglasnost na povređivanje u suprotnosti sa društvenim interesima i etičkim principima našeg... društva“.³⁷ Tako, ako je cilj povređivanja ostvarivanje nezakonitih prava ili naknada iz zdravstvenog ili penzijskog osiguranja (vid. § 168) ili npr. izbegavanje služenja vojnog roka (vid. § 397) – nikakav pristanak na povređivanje ne bi mogao da isključi protivpravnost. Ali, ako je svrha društveno korisna, čak i ako je motiv negativno vrednovan, protivpravnost i društvena opasnost bili bi isključeni. U osnovnom obliku se međutim i ne radi o povređivanju tela (narušavanju zdravlja), već samo o njegovom **ugrožavanju**,³⁸ praćenim uz to vrlo niskom verovatnoćom da će do narušavanja zdravlja uopšte doći. Načelno, mogli bismo prihvatiti da konkretno ugrožavanje, o kojem se u ovom obliku radi, može biti opravdano slobodom odlučivanja pasivnog subjekta, da je u pitanju delikt protiv života i tela. Međutim, ovde je grupni objekt zaštite **zdravlje ljudi**. Da li dakle pojedinac uopšte može raspolagati sopstvenim zdravljem tako što će svojom voljom isključiti delikt upravljen protiv javnog zdravlja, čak i ako se radi isključivo o konkretnoj opasnosti?

Pojedini autori, koristeći metod teleološke redukcije, nalaze da je tako nešto moguće. Ako je za ostvarenje bića dela dovoljno prenošenje virusa samo na jednu osobu, opasnost po javno zdravlje iz takvog čina moguća je samo ukoliko lice ne zna da je nosilac virusa. Samo tada ono predstavlja svojevrсну tempiranu bombu, jer ugroženost drugih zavisi od spleta neizvesnih okolnosti (njegovog promiskuiteta ili protoka vremena kada znaci bolesti postanu dovoljno uočljivi). U suprotnom, ako lice poznaje rizike prenošenja, onda ono u izvesnom smislu može da kontroliše infekciju trećih od njega kao potencijalnog prenosioca. Radnja prvog prenosioca tada ne bi ni predstavljala opasnost za neodređeni broj trećih lica.³⁹ Ovaj argument ne stoji. Pristajanje jednog lica da bude zaraženo ne stoji ni u kakvoj korelaciji sa rizikom da i treći budu zaraženi. Reč je o običnoj pretpostavci, koja ne samo da se

36 Tako npr. Bottke, 186; Kunz, 55.

37 Stajić, 156.

38 Da se ovde u osnovi ne radi o pristanku na povređivanje, već o pristanku na opasnost od povređivanja primećuje i Hercberg (Herzberg (1987a), 1462). Pojedine odluke anglosaksonskih sudova prave razliku da li se radi o namernom prenošenju HIV-a, kada je pristanak povređenog potpuno irelevantan, ili običnom svesnom ugrožavanju drugog, kada je odbrana što počiva na pristanku pasivnog subjekta dostupna okrivljenom (vid. Weait, 125).

39 Tako Kunz, 55.

tiče nećeg budućeg, već u celosti zavisi od savesnosti i „dobre volje“ novozaraženog da će se strogo držati mera zaštite. Takvo nagađanje ne može da zameni činjenicu da narodno zdravlje nije individualno pravno dobro.⁴⁰

Ako je došlo do prenošenja HIV-a, reć je o narušenju zdravlja koje se prema ranije iznetim kriterijumima takođe ne može opravdati pristankom povređenog.⁴¹ Cilj pristanka nije društveno koristan (seksualno zadovoljstvo), tim pre što na raspolaganju stoji lako dostupno sredstvo zaštite. Stoga, činjenica da partner pristaje na odnos bez zaštite ne isključuje krivićnu odgovornost, ali može predstavljati olakšavajuću okolnost na planu odmeravanja kazne.

Krivićnopravno je nesporna treća konstelacija u kojoj samo jedan partner zna da je zaražen virusom HIV-a. To je upravo onaj slućaj koji pokriva § 250 st. 1. Ovde učinilac drugog „svesno dovodi u opasnost od infekcije HIV virusom“. Reć je o **konkretnoj opasnosti** prenošenja zaraze na koju pasivni subjekt ne pristaje, te ne može biti govora ni o kakvom odgovornom samougrožavanju. Kako se radi o ugrožavanju drugog, učinilac odgovara za § 250 st. 1. Ako pak dođe i do prenošenja zaraze, učinilac će odgovarati samo za dovršeno ili pokućano delo iz st. 3, u zavisnosti od toga kako je rećen problem uzročnosti.

Najzad, poslednja mogućnost pokriva situaciju u kojoj pasivni subjekt samo sumnja da je njegov partner zaražen HIV-om, najćeće zbog toga što ima saznanje da ovaj pripada odgovarajućoj rizićnoj grupi.⁴² Rećenje je jednostavno kada se radi o obliku iz st. 3. Manja ili veća verovatnoća da je partner zaražen ne može da prebaci sav rizik sa onoga ko zna za sopstvenu bolest, i o tome ćuti, na ųrtvu koja u to samo sumnja, ćak i ako ųrtva sama pripada rizićnoj grupi.⁴³ Saznanje o bolesti koje ima prenosilac i saznanje o njegovoj pripadnosti rizićnoj grupi koju ima partner – nikako se ne mogu izjednaćiti. Utoliko krivićnu odgovornost prenosioća za delo iz st. 3 ne isključuje sumnja partnera u pogledu slike njegovog zdravlja. Kod osnovnog oblika je sporno to što se radi o delu konkretne opasnosti. Kako konkretna opasnost (opasnost od infekcije) predstavlja samo verovatnoću nastupanja povrede (u ovom slućaju samog prenošenja infekcije), deluje interesantna pomisao da saglašavanje ųrtve sa verovatnoćom da je seksualni partner zaražen HIV-om istovremeno znaći i njeno saglašavanje sa konkretnom opasnoću u koju stupa. Ipak, kako smo već pokazali, i ovde moramo isključiti pristanak povređenog, s obzirom da je grupni objekt zaštite zdravlje ljudi.

Ako smo zaključili da pristanak zaraženog ne isključuje krivićnu odgovornost prenosioća, to ipak ne znaći da obaveštavanju o bolesti odrićemo svaki krivićnopравни znaćaj. Naprotiv, ako informacija o bolesti izostane, a okrivljeni je u vreme seksualnog akta znao za svoju bolest, sud će bez sumnje zaključiti da postoji protivdućnosno ponaćanje dovoljno da zasnuje odgovornost za nehat. Kako je pak srpski

40 Slićno shvatanje dominira i u austrićskoj teoriji (vid. npr. K.-P. Bittmann, „Strafrechtliche Probleme im Zusammenhang mit AIDS“, *Österreichische Juristen-Zeitung* 16/1987, 489).

41 Aktuelan je i argument da će lica zaražena HIV-om u velikom procentu i umreti, kada bi se moglo uzeti da je reć o svojevrsnom pristanku na samoubistvo, a ne samo pristanku na povređivanje.

42 Takođe je, kao i u prethodnim slućajevima, reć o seksualnom kontaktu bez zaštite.

43 Ovaj pasivni subjekt je moćda nemaran i nepromišljen, ali ni njegovom nemaru ne moćemo odreći krivićnopravnu ųtitu, ako partner zna da je zaražen HIV-om.

zakonodavac umišljajno ugrožavanje iz st. 1 preveo na svesno ugrožavanje pasivnog subjekta, proširivši time ovaj oblik i na svesni nehat – neobaveštanje ima značajan dokazni potencijal ne samo za nehatni oblik iz st. 5, već i za delikt ugrožavanja iz st. 1 člana 250 Krivičnog zakonika.

PROBLEMATIKA POKUŠAJA

Utvrđivanje da je određeno lice prenelo virus HIV-a nije jednostavno. Pretpostavka uzročne veze jeste dokaz da je oštećeni u periodu između navodnog prenošenja zaraze i krivičnog postupka polno opštio samo sa okrivljenim. Možda je, međutim, žrtva inficirana HIV-om i ranije – pre spornog koitusa.⁴⁴ Problem predstavlja i dugačak period inkubacije kod HIV-a. Mogu proći i godine a da oštećeni uopšte ne zna da je zaražen. Štaviše, ako u datom periodu on slobodno seksualno opšti, dolazi u poziciju da i on sam druge zarazi. To dalje usložnjava utvrđivanje primarnog prenošenja, jer se stvara svojevrsan krug više zaraženih lica, gde je teško rekonstruisati smer kretanja zaraze.⁴⁵ Ako se pak žele identifikovati seksualni kontakti zaraženog, otvara se problem i na planu zadiranja u slobode i prava, jer se dolazi u opasnost da privatnost u sferi seksualnih odnosa bude narušena.⁴⁶

Pored protoka vremena, problem predstavlja i milje u kojem se kreću potencijalni prenosioci. Ako oštećeni pripada kakvoj rizičnoj grupi,⁴⁷ dokazivanje je još zamršenije. Tako, ako je oštećeni polno opštio sa licem koje se prostituiše, sudija verovatno neće poverovati njegovom iskazu kojim tvrdi da je, primera radi, u poslednje pola godine imao seksualni kontakt isključivo sa okrivljenim.⁴⁸ Pošto se sa dovoljnom sigurnošću ne može isključiti, da je oštećeni tokom perioda inkubacije polno opštio i sa drugim licima,⁴⁹ odnosno od koga je, kojom radnjom i u kojem trenutku do prenošenja virusa uopšte došlo – uzročna veza po pravilu će se negirati.

Ako nije moguće utvrditi da je okrivljeni preneo na drugog infekciju HIV-om, mora se prema pravilu *in dubio pro reo* isključiti kauzalnost,⁵⁰ te na raspolaganju ostaje odgovornost za pokušaj. Takav ishod, međutim, saodređuje kriminalnu zonu, s obzirom da se za pokušano delo iz nehata⁵¹ (§ 250 st. 5), nezavisno od propisane

44 Bottke, 180.

45 Ako se zna ko je prvi inficiran, danas je moguće upoređivanjem sojeva virusa isključiti da je virus prenet od određenog lica. Pozitivan dokaz, međutim, teže je izvesti, jer neposredno nakon infekcije, zbog terapija i različitih imunih sistema, dolazi do sve izraženijeg odstupanja koje se sa protekom vremena dalje uvećava (upor. F. Beglinger, u: M. A. Niggli, H. Wiprächtiger *et al.*, *Strafrecht II. Basler Kommentar*, Basel 2007², 1413).

46 To primećuje Holland, 287, 301.

47 Prema Gradskom zavodu za javno zdravlje Beograda najveći procenat inficiranih HIV-om i dalje pripada homoseksualnoj populaciji. Kada je reč o novoregistrovanim infekcijama, u 2008. godini od 64 novoinficiranih na teritoriji grada – 39 su homoseksualna odnosno biseksualna lica (vid. Statistički prikaz Gradskog zavoda za javno zdravlje Beograda za 2008. godinu).

48 Bruns (1987a), 694.

49 Ostaje takođe otvoreno da li je do prenošenja možda došlo i putem krvnog kontakta (npr. neke ogrebotine ili povrede).

50 Meier, 209.

51 Vid. I. Vuković, *Pokušaj krivičnoga dela*, neobjavljena doktorska disertacija, Beograd 2008, 37 i dalje.

kazne ne odgovara. Kako je direktan umišljaj, osim u slučajevima dokazivog namernog inficiranja,⁵² vrlo redak, pitanje kriminalne zone neposredno je uslovljeno obuhvatom eventualnog umišljaja.

PROBLEMATIKA UMIŠLJAJA

Poslednjih godina, problematika prenošenja virusa HIV-a živo je uticala na oživljavanje diskusije o granicama umišljaja i nehata. Štaviše, može se uočiti da stavovi zauzeti po ovom konkretnom pitanju redefinišu teorijska shvatanja koja su u ovoj materiji važila decenijama. Osobnost prenošenja HIV-a tiče se korelacije neznatne verovatnoće da se jednim seksualnim odnosom prenese zaraza i zaključka o krivici. Već smo pokazali da i najrizičnije (analno) polno opštenje pokazuje verovatnoću prenošenja virusa od samo 0,5%. Polazeći od te okolnosti, deluje krajnje utemeljena eventualna odbrana okrivljenog „da jeste praktikovao seksualni odnos bez odgovarajuće zaštite, ali da se nadao da će sve proći dobro i da neće doći do infekcije“. Nije li neznatna verovatnoća po sebi dovoljan oslonac za zaključak o „olakom držanju da do dela neće doći ili da će to moći da spreči“ – dakle svesnom nehata? Pitanje dakle nije usko ograničeno na problematiku prenošenja HIV-a, pa čak ni na isključivo razgraničenje prema eventualnom umišljaju. Možemo tako zamisliti učinioca koji iz velike udaljenosti i u uslovima loše vidljivosti puca na pokretan cilj čiju smrt želi, jer je za to dobio novac, dakle poziciju koja se bez izuzetka tumači kao direktan umišljaj, iako je takođe reč o neznatnoj verovatnoći da će učinilac u svome naumu i uspeti.

Rešenje na planu krivice otežava i visoka smrtnost lica obolelih od side. Ako je rizik infekcije u situaciji jednokratnog seksualnog kontakta neznatan, verovatnoća smrtnog ishoda ako do infekcije ipak dođe – izuzetno je visoka.⁵³ Pošto infekcija dostiže vrhunac u nastupanju side, čiji je ishod redovno smrtonosan, onda bi umišljaj da se prenosi infekcija, uz anticipiranje smrtonosnog ishoda, lako mogao da se razume kao umišljaj da se drugi lišava života.⁵⁴ Zbog osobnosti problematike umišljaja prenošenja HIV-a, analiziraćemo pojedine aspekte ove diskusije.

Prema članu 25, krivično delo je učinjeno sa umišljajem kada je učinilac bio svestan svog dela i hteo njegovo izvršenje (direktan umišljaj) ili kada je bio svestan da može učiniti delo pa je na to pristao (eventualni umišljaj). Vezu između učiničevog ponašanja i pristajanja na posledicu treba da vaspоставi formula koju je osmislio nemački krivičar Rajnhard Frank /Reinhard Frank/. Ova formula, koja je prodrla u većinu evropskih prava i koju primenjuje i naša sudska praksa, počiva na

52 U uporednoj sudskoj praksi postoje slučajevi da zaraženi ne krije da je stupao u seksualne odnose sa većim brojem lica kako bi na njih preneo virus.

53 B. Schünemann, „Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Tötung, Körperverletzung oder Vergiftung?“, *Juristische Rundschau* 3/1989, 93. Šineman ovaj argument navodi kako bi pobio uobičajeno tvrđenje u nemačkoj sudskoj praksi kod prenošenja HIV-a: „umišljaj povređivanja – da, umišljaj lišenja života – ne“.

54 W. Frisch, „Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Straftat?“, *Juristische Schulung* 5/1990, 367; A. Wisuschil, „Ungeschützter Sexualverkehr eines HIV-Infizierten“, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2/1998, 62.

zamišljanju kako bi se učinilac ponašao da je bilo izvesno da će posledica da nastupi. Dođe li se do zaključka da bi učinilac i uz takvo saznanje opet postupao, umišljaj i volja bili bi potvrđeni; dođe li se do zaključka da bi učinilac radnju tada propustio – umišljaj bi se imao negirati (tzv. prva Frankova formula). Drugačije rečeno, kaže li kao rezultat promišljanja učinilac sebi: „Bilo ovako ili drugačije, nastane li ovo ili štogod drugo – ja u svakom slučaju postupam, njegova krivica je umišljajna... Kaže li učinilac međutim sebi: ‘Da znam da to tako treba da bude ili da se desi, propustio bih svoju radnju’ – tada ne postoji *dolus eventualis*, i može najviše biti govora o nehatu⁵⁵ (tzv. druga Frankova formula).

Ako teoriju pristanka primenimo na naše krivično delo prenošenja na drugog infekcije HIV-a, uočićemo da na planu *svesti* – predviđanja mogućeg prenošenja bolesti – nema nepoznanica. Česte kampanje koje su upravljene na prevenciju side, uslovile su da su danas tipični načini prenošenja opšte poznati. Dakle, ako lice zna za svoju bolest i ipak se svesno upusti u seksualni odnos bez odgovarajuće zaštite, svest o mogućnosti prenošenja kao element zakonske definicije eventualnog umišljaja po pravilu će postojati. Teškoće nastaju sa utvrđivanjem elementa volje. Naime, osnovni prigovor teoriji pristanka, kao kriterijumu razrešenja razgraničenja umišljaja i nehata, tiče se u neku ruku fiktivnog uspostavljanja odnosa učinioaca prema delu. Njena praktična primenljivost ograničena je samo na one situacije kada okolnosti pružaju dovoljan oslonac za zaključak, kako bi se to učinilac zaista ponašao da predviđa nastupanje posledice kao sigurno. Katkada će, međutim, okolnosti pokazivati da učinilac zasigurno ne bi preduzeo radnju da je znao da će posledica nastupiti, a gde pravni osećaj pokazuje da ipak treba zaključiti eventualni umišljaj. Primer za to predstavljaju situacije u kojima je nastupanje posledice očevidno protivrečno učiničevom cilju,⁵⁶ ali i slučajevi prenošenja HIV-a, gde mnoge okolnosti – od emocionalnog naboja, intimnosti seksualnog čina, česte bliskosti partnera i tsl. – upućuju da je prenosiocu infekcija drugog zapravo nepoželjna. Učinilac hoće seksualni odnos (bilo zbog seksualnog uzbuđenja, bilo zbog finansijskih razloga kod prostitucije), ali se slično neželjenoj trudnoći, i ovde nada pozitivnom ishodu odnosa bez zaštite, umirujući svoju savest „kako će sve dobro proći“ i psihološki potiskujući⁵⁷ spoznate rizike.

55 R. Frank, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, Tübingen 1908⁵⁻⁷, 132.

56 Tako se u često navođenom Lacmanovom primeru (vid. W. Lacmann, „Über die Abgrenzung des Vorsatzbegriffes“, *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 1911, 109) učinilac opkladio da će na vašarskom strelištu pogoditi staklenu kuglu koja se nalazi u ruci zaposlene devojke. Ako pogodi devojku, učinilac planira da pušku baci i da se izgubi u masi. Ovde učinilac svakako ne bi pucao da zna da će pogoditi, iako se slični slučajevi visokog hazarda redovno podvode pod eventualni umišljaj (tipičan primer predstavlja švajcarska legenda o Viljemu Telu, koji je gađao jabuku na glavi svoga sina, koju npr. F. Bačić, *Krivično pravo. Opći dio*, Zagreb 1986³, 271 – navodi kao pokazni primer eventualnog umišljaja). Ako se Frankova formula strogo primeni, ovde se mora zaključiti da učinilac neće nastupanje posledice. Svako učiniočevo unutrašnje saglašavanje kao psihološka činjenica moralo bi se odbaciti.

57 A. Kreuzer, „Aids und Strafrecht. Kriminologische Anmerkungen zur strafrechtlichen und kriminalpolitischen Diskussion“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 4/1988, 798. U nemačkoj teoriji danas dominira shvatanje koje razlikovanje između umišljaja i nehata rešava prema tome da li se opasnost ostvarenja dela shvata *ozbiljno* ili se u izvesnom smislu „*potiskuje*“ (Meier, 214). Ovde je, slično teoriji pristanka, takođe odlučan unutrašnji učiniočev stav. Kako je

Ako zaključimo da bi prema teoriji pristanka većina zamislivih situacija prenošenja HIV-a bila svrstana u sferu (svesnog) nehata, golo propisivanje nehatnog oblika ne bi se pokazalo kao dovoljan kriminalno-politički mehanizam za suzbijanje infekcije. Već konstatovane poteškoće u utvrđivanju uzročne veze prenošenja virusa od strane konkretnog lica, koje za ishod imaju odgovornost samo za pokušaj, suzile bi krivičnopravnu reakciju samo na one slučajeve u kojima je žrtva imala seksualne odnose samo sa jednom zaraženom osobom (ako je to uopšte i dokazivo). Dakle, ili će u situacijama prenošenja virusa HIV-a, slično uočenoj nepodobnosti kriterijuma teorije pristanka u saobraćaju,⁵⁸ razgraničenje „pristajanja“ i „olakog držanja“ u praktičnoj primeni biti ekstenzivno protumačeno, ili će sam zakon pokušati da krivicu uredi prema drugojačijem modelu.

Prvi izlaz podrazumeva napuštanje **psihološko-deskriptivnog** razumevanja volje, koje dominira u srpskoj teoriji i praksi. Takvo određenje volje zahteva da se onaj koji štogod „voli“, prema ovom hotećem pozitivno odnosi – njegovo ostvarenje želi. Kako krivično delo jeste akt čoveka u spoljnom svetu, onaj koji hoće štogod da ostvari, preduzima radnju koja je na ostvarenje željenog upravljena. Utoliko je voljan najpre onaj ljudski čin koji je usmeren na ostvarenje kakvog cilja, koji ovom cilju teži, koji je finalan. Ako je dakle čovek naumio da ubije ljubavnika svoje supruge, radi kojeg cilja on na ljubavnika puca – naum učiniočev koji je bio i osnovni pokretač njegovog dela bio je, rekli bismo, voljan – nameran. Nije, međutim, umišljaj što se razume kao htenje čega, kao gola psihološka datost, svodiv samo na namerno postupanje. Ono nameravano (krajnji cilj) može biti samo konac jednog složenijeg procesa prouzrokovanja, gde je do konačnog ostvarenja nauma bilo nužno preduzeti čitav niz raznovrsnih akata (međuciljeva), prema kojima se učinilac takođe psihički odnosi. „Većitom studentu“ koji je svestan da svojim radom ne može stići do fakultetske diplome, davanje mita možda predstavlja nužan ishod promišljanja o željenom. On se teško može braniti time kako „nije hteo da učini poklon“ službenom licu. Ipak, svođenje umišljaja na htenje nailazi ovde na značajne probleme, i pokazuje da umišljaj ne mora uvek biti htenje dela. Umišljajni učinilac ostvarenje međucilja može i da ne želi. Ako u našem ranijem primeru zamenimo uloge učinioca i žrtve, i zamislimo očajnog ljubavnika, kojem svaka pomisao na dragu u zagrljaju njenog muža predstavlja nepodnošljivi teret, možemo pretpostaviti da će on pre potezanja oružja na supruga verovatno iscrpeti sve zamislive mogućnosti. Njemu je osnovni cilj, možda ostvariv i razvodom ili nekim sličnim raspletom – zajednički život sa

predviđanje opasnosti odlika i eventualnog umišljaja i svesnog nehata, neophodno je postaviti graničnik na unutrašnjem planu. Naročita pažnja posvećuje se fenomenu samougrožavanja, koje se psihološki objašnjava time što učinilac kod svesnog nehata opasnost po sebe i druge istina spoznaje, ali je u odlučnom momentu iz svoje svesti potiskuje i ipak preduzima radnju. Međutim, ovaj kriterijum pokazuje se kao nepodoban u situacijama kada učinilac postupa suprotno od očekivanog: u uslovima neznatne opasnosti što se uzima za ozbiljno, ili izuzetne opasnosti ostvarenja dela koja se potiskuje. Teško je objasniti da učinilac, kojem je velika opasnost ispred očiju, ali koju nerazumno potiskuje, zaslužuje manji prekor od onoga koji je procenjuje valjano (s pravom I. Puppe, u: U. Kindhäuser, U. Neumann, H.-U. Paeffgen *et al.*, *Strafgesetzbuch. Band I*, Baden-Baden 2005², 494). Osim toga, i ovde se radi o čisto unutrašnjem učiniočevom odnosu prema nastupanju posledice, koji je u osnovi nedostupan pouzdanom utvrđivanju.

58 Tu dominira kriterijum bezobzirnosti.

ljubavnicom. Svi mogući putevi do ovog krajnjeg cilja nisu jednako poželjni. Ako se on ipak odvaži da podigne ruku na suparnika, htenje suparnikove smrti kao psihološka činjenica obična je fikcija. Proračunat čovek uvažice i rizik da njegova zavera bude otkrivena i da umesto vremena provedenog sa ljubljenom sleduje vremenska kazna zatvora. On takav ishod svakako ne želi. Utoliko se teško može tvrditi da on i smrt suparnika pozitivno vrednuje. Ovde se njegovo htenje zaključuje u jednom **normativnom** smislu, u smislu njegovog **opredeljivanja za posledicu**⁵⁹. To je još očiglednije u situacijama kada se direktni umišljaj izvodi iz visokog stepena svesti o izvesnom nastupanju kakve uzgredne, sporedne⁶⁰ posledice. Onaj koji postavlja eksplozivnu napravu u vazduhoplov hotеći da liši života određenog političara, zna da drugačiji ishod nije moguć ni u pogledu posade i drugih putnika u vazduhoplovu. Da li on želi i pozitivno vrednuje i njihovu smrt – potpuno je nevažno. Preduzimanje radnje i pored predstave o takvom izvesnom ishodu, govori nam da je učinilac hteo i njihovu smrt.

Upravo ove situacije direktnog umišljaja pokazuju osnovnu slabost psihološki-deskriptivno shvaćene volje. U najvećem broju konstelacija koje se danas razumeju kao umišljajna dela, volja shvaćena kao psihološka činjenica jednostavno ne postoji. Samo u onim primerima u kojima se radi o finalno upravljanim aktima – postojalo bi istinsko htenje posledice. Ostale situacije direktnog umišljaja zahtevaju normativno shvaćenu volju, inače se zaključak o nepostojanju umišljaja ne bi mogao izbeći. Još komplikovanije je fikcijom volje obuhvatiti ono što se danas razume kao eventualni umišljaj. Stoga je ovde neophodno pronaći kakav **surogat volje**⁶¹, koji će zameniti istinsko htenje dela. Ako se već ne može neposredno reći da učinilac hoće posledicu, potrebno je zaključiti njegovo **unutrašnje slaganje** sa mogućnošću njenog nastupanja. Ono se pronalazi u opisima kakvi su: „saglašavanje sa posledicom“, „računanje sa njenim nastupanjem“, „pristajanje“ na nju, njeno „odobravanje“ ili „prihvatanje“. O takvom jednom „pristajanju na delo“ govori i srpska odredba o umišljaju. Ovo unutrašnje saglašavanje učinioca sa sopstvenim delom i njegovim posledicama može se takođe razumeti dvoznačno: kao nešto željeno, ali i kao prekor zbog neuzdržavanja od dela i pored spoznatih efekata. Drugim rečima, pristajanje na delo kao unutrašnji učiniočev stav, kao svojevrsno zamišljeno mahanje glavom na pomisao o mogućim posledicama, ili bar kao sleganje ramenima, u smislu nezainteresovanosti za takav mogući ishod, u svom značajnom delu ne može se shvatiti drugojačije negoli normativno. Deskriptivno saglašavanje sa posledicom jeste izvesna mogućnost, ali se dovođenje u vezu sa umišljajem ravnodušnosti⁶² ili čak

59 Slično Puppe, 486.

60 Specifična razlika ove kategorije direktnog umišljaja prepoznaje se upravo u tome što se ovde ne radi o krajnjem cilju ili međucilju, već isključivo o sporednim posledicama (K. Kühl, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München 2002⁴, 97).

61 Puppe, 487.

62 Prema teoriji koju je zastupao Engiš /Engisch/ učinilac kod umišljaja povredu pravnog dobra ili želi ili je prema povredi ravnodušan. Engiš je ravnodušnost razumeo kao konkretnu psihičku činjenicu, koja u deskriptivnom smislu označava da se učinilac uopšte i ne trudi da vrednuje kakvo činjenično stanje. Pozitivno utvrđivanje ravnodušnosti on predlaže samo ukoliko verovatnoća ostvarenja bića nije visoka (tada umišljaj) ili neznatna (tada nehat), već pripada svojevrsnoj srednjoj zoni.

unutrašnjeg neslaganja sa posledicom – može objasniti isključivo putem prekora zbog odlučivanja na delo. Osim toga, unutrašnji učiniočev odnos prema nastupanju posledice, potpuno je nedostupan pouzdanom utvrđivanju. Stoga ne iznenađuje što ovaj nedostatak svih shvatanja što osnov razlikovanja vide u unutrašnjem učiniočevom uverenju, problematiku razgraničenja sve više prebacuje u svet procesnog.

Volju, dakle, treba razumeti **psihološki-normativno**.⁶³ Tada subjektivna strana i prosečnog prenosioca HIV-a postaje nešto jasnija. Lice koje ne praktikuje „siguran seks“, koje dakle iako svesno da je zaraženo ne koristi odgovarajuću zaštitu – inficiranje partnera prepušta golom slučaju. Da bi učinilac „olako držao da do posledice neće doći ili da će je moći sprečiti“, mora postojati odgovarajući činjenični supstrat koji će podupreti takvo pouzdanje u nenastupanje posledice. Ovo hazardiranje, svojevrsan „ruski rulet“, mora se dakle normativno izraziti kao „pristajanje“ na prenošenje zaraze, čak i kada bi na osnovu pojedinih okolnosti bili uvereni da je učinioocu takva posledica nepoželjna.⁶⁴ Normativno protumačeno „pristajanje“ u stvari podrazumeva zaključak suda da se učinilac saglasio sa svojim delom i njegovim ishodom. Prepuštanje ishoda zakonima slučajnosti praćeno visokim stepenom rizika upravo upućuje na pristajanje u normativnom smislu. Kod prenošenja HIV-a, međutim, činjenični supstrat za zaključak o nehatu dominira. Kako je rizik prenošenja neznatan, prigovor okrivljenog da se nadao da će nepoželjan ishod izostati deluje krajnje utemeljeno.⁶⁵ O nekom visokom riziku i hazardu ipak nema govora. Dakle, ni modifikovano psihološko-normativno tumačenje pristajanja, za koje nalazimo da treba da zameni čisto psihološko razumevanje pristanka u našoj praksi, ne predstavlja siguran putokaz za rešavanje vinosti kod situacija prenošenja HIV-a. Da li pouzdaniji oslonac možemo naći u drugim teorijskim shvatanjima?

Već psihološko-normativno razumevanje umišljaja predstavlja približavanje klasičnim pristupima što naglasak stavljaju na element svesti,⁶⁶ u izvesnoj meri zanemarujući voluntativni aspekt. Prema **teoriji verovatnoće** između umišljaja i nehata i nema suštinske razlike; ona je samo gradualna. O granici odlučuje stepen ugrožavanja zaštićenog pravnog dobra, prema predstavi učinioca.⁶⁷ Ovo shvatanje u celosti zanemaruje voljnu stranu eventualnog umišljaja. Kako prekor umišljaja tako i prekor nehata zasniva činjenica da se učinilac i pored predviđanja opasnosti nije uzdržao od ponašanja. Kako raste opasnost koju učinilac svesno pokreće, tako bi rastao i prekor koji njegovo ponašanje zaslužuje. Samo se postavlja pitanje na kom stepenu svest o ugrožavanju koja zasniva nehat prerasta u svest o ugrožavanju što zasniva umišljaj. Problemi primene ovog shvatanja na situacije prenošenja HIV-a više su nego očigledni. I da možemo da postavimo kakvu primenjivu granicu prema izloženom kriterijumu,⁶⁸ već smo konstatovali da je rizik inficiranja HIV-om,

63 Tako i Z. Stojanović, *Krivično pravo. Opšti deo*, Beograd 2009¹⁶, 150.

64 Slično Bruns (1987a), 693.

65 Bottke, 189; Bruns (1989), 200; Frisch, 367.

66 To primećuje i Šineman, uočavajući u tome primese teorija verovatnoće i ravnodušnosti (Schünemann, 93).

67 Tako je npr. u švajcarskoj praksi, vid. Kunz, 62.

68 Ova teorija barata samo neodređenim merilima kakvi su „visoka verovatnoća“, „neznatna šansa“ i tsl., bez istinskog potencijala da kriterijum bude upotrebljiv u praksi. Pokušaji da se umišljaj

naročito kada se radi o samo jednom odnosu bez zaštite, vrlo nizak. Ako bismo se dosledno držali kriterijuma, predstava o niskom stepenu ugrožavanja mogla bi u potpunosti da potre voljni element čak i ako je naš prenosilac hteo nastupanje posledice. U suprotnom, ako bismo uzeli da namerno ostvarenje bića mora da zasnuje umišljaj, iako je verovatnoća nastupanja posledice zanemarljiva, više se i ne bismo nalazili na terenu kriterijuma verovatnoće. Stoga teorija verovatnoće ne zadovoljava. Pokušaj da se nezatna šansa prenošenja jednokratnim seksualnim činom uveća svojevrsnim „sabiranjem rizika“⁶⁹ – okolnošću da se u životu eventualno radi o većem broju seksualnih odnosa bez zaštite između dva partnera – ne može da ispravi temeljnu nedorečenost kriterijuma.

Prema **teoriji mogućnosti** eventualni umišljaj se potvrđuje čim je učinilac spoznao konkretnu mogućnost povrede pravnog dobra i ipak preduzeo radnju krivičnoga dela. Ovde svest o mogućnosti u potpunosti zamenjuje voljnu dimenziju umišljaja, istina po cenu negiranja svesnog nehata. Jer, ako svest o mogućnosti prenošenja virusa podrazumeva umišljaj, onda je nehat moguć samo vidu nepostojanja svesti, dakle nesvesnog nehata. Reklo bi se da je ovim putem išao **srpski zakonodavac**, kada je u pitanju prenošenje HIV-a. On ovde umišljaj i nehat razdvaja isključivo preko intelektualnog elementa – svesti odnosno znanja.⁷⁰ Umišljajni oblik iz st. 3, što govori o učinocu koji „znajući da je zaražen HIV virusom“ tu infekciju „svesno prenese na drugog“, predstavlja upravo ozakonjenje osnovne potke teorije mogućnosti. Istovremeno, proširivanjem umišljajnog oblika na svesni nehat, zona nehatnog oblika iz st. 5 nužno se svodi samo na nesvesni nehat. Možemo konstatovati da ovo rešenje vešto izbegava probleme razgraničenja koje, kako smo videli, teorija ne može lako da reši. Ako postoji svest o zaraženosti, postojaće umišljajni oblik. Ako se učinilac još nije testirao, ali sumnja u zaraženost zbog pripadnosti rizičnoj grupi, postojaće nehatni oblik. Da bi se, međutim, stekla potpunija slika o našem zakonskom rešenju, treba pokazati kojim putem su išla druga zakonodavstva.

UPOREDNOPRAVNA REŠENJA

U većini evropskih država nije propisano posebno krivično delo prenošenja virusa HIV-a,⁷¹ kako je to učinio srpski zakonodavac. To je specifična razlika srpskog rešenja. U **Nemačkoj** se ovi slučajevi uglavnom razmatraju u kontekstu krivičnih dela protiv života i tela, upravo, izuzetno preko običnog ili teškog ubistva (§§ 211, 212) odnosno češće oblikā telesnog povređivanja (§§ 223, 224). Kvalifi-

smisleno veže za izvesne kvote verovatnoće, ili bar za zaključak da je kod eventualnog umišljaja nastupanje posledice verovatnije nego njeno izostajanje (tako u srpskoj teoriji npr. Đ. Lazin, „Razgraničenje svesnog nehata od eventualnog umišljaja“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 3/1977, 396 i dalje) – ne mogu se označiti uspelim.

69 Tako Kunz, 64.

70 Vid. detaljnije I. Vuković, „O pojmu nehata i njegovim pojavnim oblicima“, u: *Stanje kriminalitea u Srbiji i pravna sredstva reagovanja*. 3. deo, 2009, 249.

71 Slično je i u anglosaksonskom pravu (pojedininim saveznm državama SAD, Kanadi i Velikoj Britaniji, vid. Holland, 291, 310, 313).

kovanje prenošenja virusa HIV-a preko navedenih opisa,⁷² kako se bez izuzetka primećuje u nemačkoj teoriji, pokazuje brojne nedostatke, na koje smo delom već ukazali. Najjednostavnije je infekciju HIV-om smatrati pogoršanjem zdravstvenog stanja u smislu telesne povrede. Ipak, i u ovoj najmanje spornoj konstelaciji, zbog problema dokazivanja uzročnosti, u praksi se najčešće odgovora samo za pokušaj, što pak zahteva bar eventualni umišljaj. Kako je isti teško dokazati, zadržavanje kriminalne zone moguće je postići samo širenjem granica eventualnog umišljaja na užtrb svesnog nehata, dakle jednim temeljnim zahvatom u složena pitanja razgraničenja samog umišljaja i nehata. Stoga ne iznenađuju ukazivanja da se prenošenje HIV-a može adekvatno rešiti prvenstveno putem odgovarajućeg delikta ugrožavanja.⁷³

Švajcarsko krivično pravo poznaje krivično delo (§ 231) slično našem prenošenju zarazne bolesti iz § 249, koje ostvaruje onaj što umišljajno ili nehatno (lakši oblik) prenese opasnu zaraznu bolest. Reč je o posledičnom delu, što prema sudskoj praksi obuhvata ne samo prenošenje side, već i prenošenje HIV infekcije. Nešto širi obuhvat slične inkriminacije poznaje austrijsko pravo, koje prenošenje HIV-a smatra deliktom opšte opasnosti. Za razliku od švajcarskog posledičnog zakonskog opisa, što zahteva stvarno prenošenje HIV infekcije na zdravog, austrijsko zakonodavstvo se zadovoljava umišljajnim ili nehatnim apstraktnim ugrožavanjem drugoga (§§ 178, 179). Dovoljno je da je radnja podobna da prouzrokuje opasnost prenošenja zarazne bolesti među ljudima; niti je neophodno da je do prenošenja zaista i došlo, niti se traži konkretna opasnost da se zaraza prenese.⁷⁴ Time se izbegavaju problemi dokazivanja uzročne veze (da je konkretna HIV infekcija prouzrokovana od strane određene HIV pozitivne osobe), ali se i proširuje opseg inkriminacije, naročito zbog nehatnog oblika. Nehatno inkriminisanje dela apstraktne opasnosti podrazumevalo bi krivičnu odgovornost HIV-pozitivnog koji nije znao da je zaražen, ali koji je imao razloga da u to posumnja i da proveri da li je nosilac virusa.⁷⁵ Takav povod bi mogao biti rizičan odnos sa prostitutkom ili pripadnikom druge rizične grupe ili primera radi deljenje zajedničke igle. Štaviše, u austrijskoj nauci dominira shvatanje da zbog apstraktne opasnosti dela kažnjivost zasniva i ljubljenje otvorenim ustima,⁷⁶ pa čak i upotreba prezervativa, jer se ne može isključiti mogućnost da dođe do pucanja ili greške u proizvodnji.⁷⁷ Ovako široku kriminalnu zonu ne smatramo opravdanom.

72 Prema jednom mišljenju (A. Wisuschil, „Aids und Unkontrollierbarkeit des Tatmittels bei § 330a StGB“, *Medizinrecht* 6/2006, 342), seksualni odnos HIV pozitivnog moguće je podvesti pod krivično delo teškog ugrožavanja oslobađanjem otrova (§ 330a nemačkog KZ-a), koje se nalazi u glavi čiji je grupni objekt zaštite životna sredina. Problem sličnog tumačenja ne predstavlja samo to što se prenošenjem virusa HIV-a ne napada životna sredina, već i činjenica da se zaražena telesna tečnost ni uz najekstenzivnije tumačenje ne može podvesti pod otrov koji se oslobađanjem više ne može kontrolisati.

73 Herzberg (1987a), 1463; Wisuschil (1998), 63. Za kanadsko pravo izričito Holland, 314–315.

74 Bertel, Schwaighofer, 12; Bittmann, 488.

75 Tako Bertel, Schwaighofer, 12; Bittmann, 489.

76 Tako Bittmann, 488.

77 C. Mayerhofer, u: F. Höpfel, E. Ratz *et al.*, *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Wien 2007, 39.

OBLICI KRIVIČNOG DELA IZ § 250

Kako smo već ukazali na osnovne krivičnopravne probleme koji se tiču prenošenja HIV-a, u narednim izlaganjima osvrnućemo sa samo na pojedine konkretne aspekte rešenja iz § 250 Krivičnog zakonika Srbije.

Svesno dovođenje drugog u opasnost od infekcije (§ 250 st. 1)

Analiza krivičnopravnih problema do kojih može doći u situacijama prenošenja HIV-a pokazala je da njihovo rešavanje preko posledičnih krivičnih dela povrede u ovoj materiji nije dovoljno, bilo zbog teškoće dokazivanja uzročne veze, bilo zbog teškoća u utvrđivanju umišljaja. Zato je **dogmatski** ispravan put kojim je išao naš zakonodavac, inkriminišući u osnovnom obliku svesno dovođenje drugog u opasnost od infekcije (§ 250 st. 1). Inkriminisanje delikta ugrožavanja opravdano je i **kriminalno-politički**. Onaj ko svesno izlaže drugog riziku od prenošenja zaslužuje kažnjavanje. Ako na izvestan broj zaraženih „očajnika“, koji smatraju da više nemaju šta da izgube, slična odredba i ne može preventivno da utiče, na najveći broj običnih nosilaca virusa svest o zaraženosti delovaće na promenu navika u sferi seksualnog ponašanja kako bi se primenom sredstava zaštite izbeglo dalje širenje zaraze.

Naučno potvrđeni načini prenošenja virusa HIV-a od značaja su za preciziranje radnji kojima se drugi dovodi u opasnost od infekcije. Reč je, dakle, pre svega o vaginalnom, analnom ili oralnom⁷⁸ **koitusu** bez korišćenja kondoma. Upotreba kondoma predstavlja socijalno-adekvatno ponašanje što rizik prenošenja drži u granicama dozvoljenog. Milovanje i **dodirivanje** polnog organa partnera ne predstavljaju radnju dovođenja drugog u opasnost od infekcije. To nije ni uobičajeno pozdravljanje poljupcima, **ljubljenje** zatvorenim ustima, ali ni ljubljenje otvorenim ustima, što podrazumeva dodirivanje jezika i razmenu pljuvačke.⁷⁹ U pljuvački i suzama virus se nalazi u suviše maloj količini da bi se mogao preneti, dok ga u znoj uopšte i nema, tako da kontakt sa ovim telesnim tečnostima nije krivičnopravno relevantan. Ipak, zbog povišenog rizika krvne transmisije, **ujedanje** predstavlja podobnu radnju dela, iako do sada nisu zabeleženi slučajevi prenošenja HIV-a ovim putem, čak i kada je dolazilo do oštećenja kože.⁸⁰ Kako virus ne živi dugo u spoljnoj sredini, treba isključiti i one radnje što podrazumevaju kontakt sa zaraženim u domaćinstvu ili radnom okruženju. To se međutim ne odnosi i na one kontakte koji nose nepotreban rizik od krvne transmisije, kakvi su korišćenje zajedničke četkice za zube ili briača.

Nije od značaja da li se u opasnost dovodi partner (bračni ili vanbračni) ili lice sa kojim se ne živi u sličnoj zajednici. Potencijalna opasnost daljeg prenošenja virusa postoji i kada se radi o **monogamnoj** vezi, jer se ne može isključiti da još

78 Isto važi ne samo za felaciju (lat. *fellatio*), već i za kunilingus (lat. *cunnilingus*), s obzirom da se ne mogu isključiti rane u ustima ili tragovi krvi u vaginalnom sekretu. Razlikovanje kažnjivosti prema tome da li se radi o aktivnom ili pasivnom oralnom odnosu, prisutno u austrijskoj teoriji, smatramo neopravdanim.

79 Zanemarljivi rizik od prenošenja postoji, ali samo ako je oštećena sluzokoža usta.

80 Tako Holland, 285.

neinficirani partner u budućnosti neće stupiti u seksualne odnose sa trećim licima. Čak i kada bi partner bio istrajan u vernosti, ostaje mogućnost da se zaraza dalje prenese npr. tokom eventualnog kasnijeg porođaja ili nekog drugog verifikovanog načina prenošenja.

Na planu krivice, svesno dovođenje drugog u opasnost podrazumeva one stepene krivice što sadrže element svesti, dakle direktni i eventualni umišljaj kao i svesni nehat. Ne radi se dakle o umišljajnom ili nehatnom obliku u uobičajenom smislu reči, već o subjektivnom obeležju *sui generis*. Istovremeno, dovoljno je da svest obuhvati dovođenje drugog u opasnost, tako da na planu dokazivanja neće postojati poteškoće u pogledu utvrđivanja subjektivnog sadržaja,⁸¹ jer se nesmotrenost i nepažnja (dovoljni za svesni nehat) mogu zaključiti već iz saznanja o bolesti i nekorišćenja preporučenih sredstava zaštite. Utoliko će utvrdivo umišljajno dovođenje drugog u opasnost, koje srećom nije imalo za ishod i prenošenje bolesti, imati karakter otežavajuće okolnosti prilikom odmeravanja kazne (stepen krivice – § 54 st. 1). Ipak, umišljajno dovođenje drugog u opasnost otvara problem odnosa ovog oblika i umišljajnog prenošenja HIV-a iz st. 3, s obzirom da je pokušaj dela iz st. 3 kažnjiv.⁸² Ako je moguće dokazati umišljaj ne samo u pogledu ugrožavanja drugog, već i u pogledu prenošenja virusa, radnju učinioa treba kvalifikovati kao pokušaj dela iz st. 3. To će redovno biti situacije kada zaraženi ide za tim da zarazi što veći broj lica.

Prenošenje HIV-a nepridržavanjem propisa i mera (§ 250 st. 2)

Ratio propisivanja nehatnog oblika iz st. 2 jeste razlikovanje prenošenja infekcije nepažnjom samog prenosioca (st. 5), od svesnog nepridržavanja propisa i mera koji se odnose na sprečavanje širenja HIV-a, što je za posledicu imalo prenošenje infekcije na drugoga. Dakle, ovde se ne radi o nehatu samog nosioca zaraze, već o **nečinjenju** lica koje, iako nije zaraženo, u okviru svojih dužnosti ne preduzima mere upravljene na sprečavanje širenja HIV-a.⁸³ Imajući u vidu redovne načine prenošenja, ova odredba pokriva pre svega krivičnu odgovornost zdravstvenih radnika u postupku kontrole postupaka prikupljanja, obrade i prerade ljudske krvi, njenih sastojaka i derivata.⁸⁴ Takođe, delo se može ostvariti i ne higijenskim postupanjem prilikom pružanja usluga higijenske nege i ulepšavanja lica i tela (kozmetičari, frizeri, berberi), medicinskih intervencija (hirurzi, lekari, stomatolozi) odnosno nemedicinskih estetskih intervencija kojima se narušava integritet kože (akupunktura, tetovaža, pirsing, bušenje usiju).⁸⁵

81 To primećuje i Holland, 304.

82 Vid. § 30 st. 1.

83 Iako i kod osnovnog oblika i radnje „svesnog dovođenja drugog u opasnost od infekcije“ gramatičkim tumačenjem može da se zaključi da njegov učinilac može da bude svako lice, a ne samo nosilac zaraze (tako LJ. Lazarević, *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije*, Beograd 2006, 660; Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd 2006, 582), smatramo da tumačeno ciljno – razlikovanje oblika iz st. 1 i 2 govori u prilog tome da je učinilac oblika iz st. 1 sam zaraženi, a oblika iz st. 2 drugo lice. U suprotnom, ne bi bilo moguće smisljeno razlikovati st. 2 i st. 5.

84 Vid. ranije pomenuti pravilnik istog naziva.

85 Instrumenti koji narušavaju integritet kože (igle za tatu ili akupunkturu, pištolji za bušenje usiju) moraju da budu korišćeni jednokratno ili da budu očišćeni i na odgovarajući način sterilizovani.

Iako način podvajanja radnje (nepridržavanja propisa i mera) i ishoda (prenošenja infekcije) formulacijom uzročne veze („i time dovede“) nalikuje tipičnom oblikovanju objektivnog uslova inkriminacije, prenošenje infekcije ne predstavlja objektivni uslov već posledicu dela, koju mora da obuhvati nehat učinioca. Radnja nepridržavanja propisa i mera mora biti u uzročnoj vezi sa nastupanjem posledice prema uobičajenim pravilima, dakle biti *condicio sine qua non* prenošenja infekcije.

Kazna propisana za ovaj oblik (od jedne do pet godina) značajno je viša od nehatnog oblika iz st. 5 (do tri godine). To ima svoje opravdanje, ne samo zato što je reč o protivdužnosnom postupanju odgovornog lica, već i s obzirom na različito rešenje na planu sticaja ako posledica pogađa više lica. Naime, ako jedan prenosilac virusa (npr. prostitutka) svesno prenese na više lica virus HIV-a (st. 5) – odgovaraće za realni sticaj onoliko krivičnih dela koliko ima posledica (prenošenja ili u slučaju oblika kvalifikovanog smrću – smrti). Ako se, međutim, radi o obliku iz st. 2, te npr. zaposleni u transfuziji svojom nepažnjom ne primeni odgovarajuće mere postupanja sa zaraženom krvlju, usled čega veći broj primaoca produkata krvi (npr. hemofilicara) bude zaražen – postojaće samo jedno krivično dela iz st. 2.⁸⁶

Treba primetiti da delo iz st. 2 nema teži oblik kvalifikovan smrću, kao što je učinjeno kod umišljajnog (st. 4) i nehatnog (st. 5) prenošenja infekcije na drugog. U pitanju je **propust** zakonodavca. S jedne strane, krivična odgovornost učinioca prema st. 2 nije limitirana bolešću, kako je to slučaj kod ostalih oblika ovog dela. Dok prenosilac HIV-a koji je i sam zaražen najčešće neće ni biti u prilici da odgovara za smrt pasivnog subjekta, jer će zbog razvoja sopstvene bolesti njegova smrt nastupiti pre smrti žrtve kao kvalifikovane posledice – ovde takvog ograničenja nema. S druge strane, iako je u savremenom svetu, gde se svaka jedinica krvi testira na HIV, ovaj vid prenošenja sve ređi – njegove posledice su neuporedivo teže, jer je ishod često infekcija većeg broja lica.⁸⁷

Umišljajno (§ 250 st. 3) ili nehatno (st. 5) prenošenje HIV-a na drugog

Biće ovog oblika inkriminiše „svesno prenošenje na drugog infekcije HIV-a“. Reč je o posebnom obliku telesnog povređivanja, u vidu teškog narušenja zdravlja. Prodiranjem virusa u ljudski organizam, imuni sistem postaje neotporan, dok istovremeno zaraženi i sam postaje infektivan.⁸⁸ Učinilac neće istovremeno odgovarati i za tešku telesnu povredu iz § 121, već će postojati prividni idealni sticaj po osnovu **specijalnosti**.

Dovoljno je da je infekcija prenetna samo na jedno lice. Kako vidimo, opis ne zahteva tek prenošenje side kao poslednjeg stadijuma HIV-a sa smrtnim ishodom.

Isto važi i za instrumente što nužno ne narušavaju integritet kože, ali gde može doći do kontakta sa zaraženom krvlju (npr. brijači).

86 Razume se, broj zaraženih utičaće na odmeravanje kazne.

87 Dovoljno je pomenuti poznati slučaj inficiranja više od 400 dece u Libiji 1998. godine, za šta je na smrt osuđeno pet bugarskih medicinskih sestara i jedan palestinski doktor. Iako je smrtna kazna kasnije zamenjena doživotnim zatvorom, nakon sporazuma sa Evropskom unijom, Libija je dozvolila da se ova kazna izvrši u Bugarskoj. Nakon što je šestoro osuđenih sletelo u Sofiju, bugarski predsednik ih je pomilovao.

88 Slično Holland, 302.

To niti proishodi iz jezičkog tumačenja, niti bi takav ishod bio kriminalno-politički poželjan, s obzirom da opasnost po zdravlje ljudi uzrokuje već prenošenje HIV-a. Dovoljno je dakle prenošenje već tzv. primarne infekcije (prvi stadijum virusa). Inače, ovaj stadijum najčešće nije praćen odgovarajućim simptomima (ili su oni slični gripu), tako da zaraženi, osim ukoliko nije svesno bio izložen kontaktu visokog rizika, najčešće i nema predstavu da je zaražen.⁸⁹ Štaviše, ako se u ovoj početnoj fazi koja traje nekoliko nedelja uradi test na antitela na HIV, on može biti i lažno negativan. Zaraza se po pravilu otkriva tek u kasnijim stadijumima,⁹⁰ tako da je redovan izvestan protok vremena od infekcije do saznanja o bolesti, u kojem su moguća dalja prenošenja zaraze na treća lica.

Direktan umišljaj (samo u obliku svesti o mogućem, a ne i u obliku svesti o izvesnosti) i namerno postupanje su zamislivi, naročito ako je reč o učiniocu kod kojeg dominira motiv da inficira druge („ako ja imam sidu, treba i drugi da je imaju“)⁹¹.

Ako se u vršenju razbojništva preti špricom sa (stvarno ili navodno) zaraženom krvlju HIV-virusom, osnovni oblik iz st. 1 će biti konzumiran prinudom, pa će učinilac odgovarati samo za razbojništvo. Ako špric bude i upotrebljen, učinilac će odgovarati samo za teži oblik razbojništva iz § 206 st. 2.

Osim samog prenošenja virusa, druga posledica ne mora da nastupi. Eventualno pogoršanje stanja psihičkog zdravlja pasivnog subjekta zbog saznanja o zarazi može predstavljati otežavajuću okolnost. Isto važi i za druge posledice koje se tiču različitih negativnih efekata na život žrtve (problemi u radnom okruženju, seksualni život itd.).

Kako je reč o posledičnom opisu, za dovršenje dela je neophodno utvrditi da je uzrok prenošenja HIV-a delo okrivljenog. Dokaz uzročne veze nije jednostavno izvesti. Kako pozitivan test ne daje nikakve informacije o onome ko je infekciju preneo, uzročnost je moguće dokazati samo u slučajevima u kojima je postojao kontakt sa jednim prenosiocem virusa. Zbog toga, veći praktični značaj ima odgovornost za pokušaj dela iz stava 3.⁹²

Prenošenje infekcije HIV kvalifikovano smrću (§ 250 st. 4)

Do odgovornosti za najteži oblik (§ 250 st. 4), kada je „usled dela iz stava 3. ovog člana nastupila smrt zaraženog lica“, neće doći često, bilo zato što zbog dugog perioda latencije smrt zaraženog još uvek nije nastupila, bilo zato što je prenosilac već preminuo od bolesti. Reč je o tipičnoj konstrukciji krivičnog dela kvalifikova-

89 Kako mora biti govora o „svesnom prenošenju“ infekcije, tek zaraženo lice neće često moći dalje da prenese infekciju u ovom ranom stadijumu, i da za to krivičnopravno odgovara.

90 Drugi, asimptomatski stadijum bolesti traje prosečno desetak godina. Iako ni ovaj period ne karakterišu tipični simptomi (moguće je oticanje limfnih čvorova), bolest se kao i u prvom stadijumu može preneti na drugog. To što ozbiljni simptomi nastupaju tek u trećem stadijumu bolesti, nije od značaja za ostvarenje bića dela. Naposletku, objektivno biće ovog oblika može biti ostvareno i u poodmaklom četvrtom stadijumu, kada nastupa sida. Razume se, lice obolelo od side ne prenosi na drugog neposredno sidu, već virus HIV-a, koji će se kod novoobolelog dalje individualno kretati kroz iste stadijume.

91 Bittmann, 490.

92 Zbog propisane kazne (od dve do dvanaest godina), ovaj pokušaj bio bi kažnjiv (vid. § 30 st. 1).

nog težom posledicom, na koju se odnosi § 27. Dakle, između prenošenja virusa i smrti mora da postoji uzročna veza, dok u odnosu na smrt mora biti utvrđen nehat učinioca, čime se isključuje primena § 118 za nehatno lišenje života.⁹³ Ako u datom slučaju učinilac postupi sa umišljajem, onda bi u obzir došla odgovornost kako za ubistvo⁹⁴ tako i za prenošenje infekcije HIV-a.⁹⁵ Ova mogućnost je dogmatski krajnje sporna, ali je moramo načelno prihvatiti, kada je zakonodavac već propisao ovaj kvalifikovani oblik. Ipak, češći će biti nehat učinioca u pogledu nastupanja smrti. Zaraza HIV-om nema nužno za ishod smrt. Do četvrtog stadijuma razvoja HIV-a može, ali i ne mora doći. Ako pak infekcija u stadijum side i napreduje, ovaj period – kako smo već ukazali – može trajati i više decenija. Utoliko okrivljenom stoji na raspolaganju argument očekivanja da će u datom periodu lek biti otkriven.⁹⁶ Zaključak o nehatu u pogledu nastupanja smrti, u smislu zakonske definicije „olakog držanja da do toga neće doći ili da će to moći sprečiti“ (§ 26), deluje iz ove perspektive sasvim zasnovan.

Literatura

1. Bačić F., *Krivično pravo, Opći dio*, Zagreb 1986.
2. Beglinger F., u: Niggli M. A., Wiprächtiger H. et al., *Strafrecht II. Basler Kommentar*, Basel 2007.
3. Bertel C., Schwaighofer K., *Österreichisches Strafrecht. Besonderer Teil II*, Wien 2006.
4. Bittmann K.-P., „Strafrechtliche Probleme im Zusammenhang mit AIDS“, *Österreichische Juristen-Zeitung* 16/1987.
5. Bottke W., „Strafrechtliche Probleme von AIDS und der AIDS-Bekämpfung“, u: *Die Rechtsprobleme von AIDS*, Baden-Baden 1988.
6. Bruns M., „AIDS, Prostitution und das Strafrecht“, *Neue juristische Wochenschrift* 12/1987.
7. Bruns M., „Nochmals: Aids und Strafrecht“, *Neue juristische Wochenschrift* 37/1987.

93 Hercberg prihvata samo krivičnu odgovornost za povređivanje, a isključuje odgovornost za smrtni ishod, ukazujući ne nepostojanje veze objektivnog uračunavanja između radnje učinioca i nastupele smrti od side. Kao što se mora odreći pravno relevantan rizik nastupanja smrti ako se neprijatelju u nadi njegove smrti od srčanog udara saopšti vest o lažnoj nesreći, tako prema Hercbergu objektivno uračunavanje treba ograničiti na prenošenje virusa (Hercberg (1987a), 1465; uporedivi primeri vid. R. D. Herzberg, „Die strafrechtliche Haftung für die Infizierung oder Gefährdung durch HIV“, u: *AIDS und Strafrecht*, Berlin 1996, 65). Ovaj argument ovde nije dovoljan jer bi time isključili svaku objektivnu vezu između radnje i smrti, pa i kada se radi o krivičnom delu kvalifikovanom težom posledicom, što nismo u mogućnosti zbog zakonskog rešenja. Interesantan je i pokušaj Šlehofera da objektivnu vezu odrekne uvođenjem novog kriterijuma objektivnog uračunavanja – vremenskog uračunavanja (vid. H. Schlehofer, „Risikovorsatz und zeitliche Reichweite der Zurechnung beim ungeschützten Geschlechtsverkehr des HIV-Infizierten“, *Neue juristische Wochenschrift* 33/1989, 2025). Kako smrt od side nastupa protekom više godina, prognoza njenog nastupanja u dalekoj budućnosti leži prema ovom autoru izvan granica vremenskog uračunavanja.

94 Od okolnosti bi zavisilo da li bi se radilo o običnom ili teškom ubistvu.

95 Sticaj ne bi bio prividan, s obzirom da delo iz st. 250 napada i zdravlje ljudi, a ne samo život pasivnog subjekta.

96 Tako M. Bruns, „Nochmals: Aids und Strafrecht“, *Neue juristische Wochenschrift* 37/1987, 2282.

8. Bruns M., „Ein Rückschlag für die AIDS-Prävention“, *Monatsschrift für Deutsches Recht* 3/1989.
9. Frank R., *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, Tübingen 1908.
10. Frisch W., „Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Straftat?“, *Juristische Schulung* 5/1990.
11. Herzberg R. D., „Die Strafdrohung als Waffe im Kampf gegen Aids?“, *Neue juristische Wochenschrift* 24/1987.
12. Herzberg R. D., „Die strafrechtliche Haftung für die Infizierung oder Gefährdung durch HIV“, u: *AIDS und Strafrecht*, Berlin 1996.
13. Holland W. H., „HIV/AIDS and the Criminal Law“, *Criminal Law Quarterly* 1994.
14. Knauer C., „AIDS und HIV – Immer noch eine Herausforderung für die Strafrechtsdogmatik“, *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 9/1998.
15. Kreuzer A., „Aids und Strafrecht. Kriminologische Anmerkungen zur strafrechtlichen und kriminalpolitischen Diskussion“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 4/1988.
16. Kunz K.-L., „Aids und Strafrecht. Die Strafbarkeit der HIV-Infektion nach schweizerischem Recht“, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* 1/1990.
17. Kühl K., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München 2002.
18. Lacmann W., „Über die Abgrenzung des Vorsatzbegriffes“, *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 1911.
19. Lazarević LJ., *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije*, Beograd 2006.
20. Lazin Đ., „Razgraničenje svesnog nehata od eventualnog umišljaja“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 3/1977.
21. Mayerhofer C., u: Höpfel F., Ratz E. et al., *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Wien 2007.
22. Meier B.-D., „Strafrechtliche Aspekte der Aids-Übertragung“, *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 5/1989.
23. Prittwitz C., „Strafbarkeit des HIV-Virusträgers trotz Aufklärung des Sexualpartners?“, *Neue juristische Wochenschrift* 46/1988.
24. Puppe I., u: Kindhäuser U., Neumann U., Paeffgen H.-U. et al., *Strafgesetzbuch. Band I*, Baden-Baden 2005.
25. Schlehofer H., „Risikoversatz und zeitliche Reichweite der Zurechnung beim ungeschützten Geschlechtsverkehr des HIV-Infizierten“, *Neue juristische Wochenschrift* 33/1989.
26. Schünemann B., „Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Tötung, Körperverletzung oder Vergiftung?“, *Juristische Rundschau* 3/1989.
27. Smith D., Richman D., Little S., „HIV Superinfection“, *The Journal of Infectious Diseases* 3/2005.
28. Srzentić N. et al.: *Komentar krivičnih zakona SR Srbije, SAP Kosova i SAP Vojvodine*, Beograd 1986.
29. Stojanović Z., *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd 2006.
30. Stojanović Z., *Krivično pravo. Opšti deo*, Beograd 2009.
31. Varghese B. et al., „Reducing the Risk of Sexual HIV Transmission. Quantifying the Per-Act Risk for HIV on the Basis of Choice of Partner, Sex Act, and Condom Use“, *Sexually Transmitted Diseases* 1/2002.

32. Vuković I., *Pokušaj krivičnoga dela*, neobjavljena doktorska disertacija, Beograd 2008.
33. Vuković I., „Struktura nehatnog krivičnog dela“, *Arhiv za pravne i društvene nauke* 3–4/2008.
34. Vuković I., „O pojmu nehata i njegovim pojavnim oblicima“, u: *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja. 3. deo*, 2009.
35. Weait M., „Criminal Law and the Sexual Transmission of HIV: *R v Dica*“, *The Modern Law Review* 2005.
36. Wisuschil A., „Ungeschützter Sexualverkehr eines HIV-Infizierten“, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2/1998.
37. Zwahlen M., Egger M., „Progression and mortality of untreated HIV-positive individuals living in resource-limited settings“, *извештај UNAIDS-a*, Bern 2006.

Igor VUKOVIĆ, Ph.D.

Assistant Professor at the Law Faculty, Belgrade

ISSUES OF CRIMINAL TRANSMISSION OF HIV

SUMMARY

Unlike many other countries, which apply existing criminal law offences to conduct that transmits HIV or risks transmission, Serbia enacted legislation that specifically prohibits and penalizes transmission of HIV as an offence against public health. Under Serbian law (according to Art. 250 of the Serbian Criminal Code), a person who knowingly endangers another person with infection by HIV virus may be guilty of a crime. The first issue this article addresses comes from the fact that this crime involves sexual act as an activity to which the participants are usually consenting. The author holds the position that a person engaging in sex does not need to know the seropositive status of the sexual partner, i. e. that the infected person does not have the obligation to disclose it's HIV infection. However, if the infected person does not reveal it's HIV-positive status, it should take some precautions to reduce the risk of transmission, usually by practicing safer sex. Only by such responsible act, infected person could avoid criminal liability. On the other hand, in contrast to other European penal codes, Serbian Criminal Code criminalizes not only the awareness of the risk of transmission (punished by imprisonment up to two years), but also the very transmission of HIV infection to another person, knowingly (punished by imprisonment of two to twelve years) or by (unconscious) negligence (punished by imprisonment up to three years). Such distinction raises questions on the matter of differentiation of the endangerment and attempted transmission, as well as the requisite mental culpability. Resolving these problems demands taking into account two important facts: low risk of HIV transmission through unprotected (vaginal, oral or anal) sex on one side and high mortality followed by long progression of the disease after the infection on the other side. The author studies different theories on distinguishing between dolus

eventualis and conscious negligence (with an emphasis on the theory of acceptance of the consequences as the theory adopted by Serbian courts) and their applicability on transmission of HIV. The paper puts current criminal code provisions under analysis, emphasizing issues of attempted transmission and distinction between intended and negligent crime.

Key words: transmission of HIV, HIV testing, consensual conduct, *dolus eventualis*, negligence.

IZ ISTORIJE KRIVIČNIH NAUKA

Rasprava Živka Topalovića koja je izdata pre jednog veka (1911) izabrana je da bude ponovo objavljena na ovom mestu iz više razloga. Ona pokazuje da je tadašnja srpska krivičnopravna nauka bila na nivou dostignuća teorije krivičnog prava u Evropi. Štaviše, čini se da se u Srbiji tada više pratila savremena inostrana krivičnopravna literatura nego što je to slučaj sa našom novijom teorijom (bar kada je u pitanju krivičnopravna dogmatika). Iako su neki stavovi zastupani u ovoj raspravi danas prevaziđeni, a primećuju se i neki njegovi drugi nedostaci (kao što je neujednačenost krivičnopravne terminologije), ipak je on u celini gledajući iznenađujuće aktuelan. Štaviše, savremena nauka krivičnog prava u Srbiji u pogledu nekih pitanja se tek nedavno približila onome što je Ž. Topalović u svojoj raspravi, makar delimično, već tada zastupao. Tako, normativnoj komponenti krivice koja je u jugoslovenskoj i srpskoj nauci krivičnog prava i zakonodavstvu do nedavno bila potpuno odbačena (ostajanjem isključivo na pozicijama zastarele psihološke teorije), on posvećuje odgovarajuću pažnju. Treba primetiti da je to bilo svega nekoliko godina pošto je R. Frank u Nemačkoj prvi ukazao na značaj normativnog aspekta krivice (da bi on danas u Nemačkoj i u krivičnom pravu mnogih evropskih zemalja postao dominantan).

Jedan od razloga za ponovno objavljivanje ove rasprave jeste i činjenica da je ovaj rad Živka Topalovića kod nas malo poznat čak i onima koji se bave krivičnim pravom. Ne ulazeći u razloge zašto je to tako (verovatno je posle II svetskog rata na to uticao i ideološki faktor, tj. činjenica da je Ž. Topalović bio osuđen zbog aktivnosti u četničkom pokretu), smatramo da ovaj rad zbog značaja pitanja koja obrađuje i načina na koji to čini zaslužuje da bude ponovo publikovan bez obzira što je od njegovog prvog objavljivanja prošao jedan vek. Na aktuelnost ove problematike ukazuje i uvodni članak u ovom broju časopisa (C. Roxin), tako da se mogu povući određene paralele između savremenih shvatanja i načina rešavanja problema razgraničenja eventualnog umišljaja i svesnog nehata i onoga što je zastupano u raspravi Ž. Topalovića.

Redakcija časopisa *Crimen*

dr Živko Topalović

Kratki biografski podaci

Rođen 21. marta 1886. u Užicu. Pravni fakultet u Beogradu završio je 1908. godine, gde je i saradivao na Katedri za krivično pravo. Fakultet mu je dodelio stipendiju za specijalizaciju iz krivičnog prava. Početkom 1909. godine je objavio knjigu „Krivično pravo: po predavanjima dr Božidara Markovića. Izradio dr Živko Topalović“, a naredne dve godine i knjige „Smrt smrtnoj kazni od J. Šterna“ (preveo s nemačkog Živko Topalović) i „Granične medje umišljaja i nehata“. U Berlinu 1910–1911. pohađa kriminološki seminar, zatim 1912. nastavlja specijalizaciju na Pravnom fakultetu u Parizu. Prvi i Drugi Balkanski rat 1912–1913. i Prvi svetski rat 1914–1918. prekinuli su njegovu specijalizaciju i univerzitetsku karijeru. U navedenim ratovima učestvuje kao rezervni oficir. Bio je aktivni član Balkanske komisije. U Prvom svetskom ratu je bio teško ranjen i zarobljen, ali je početkom 1918. razmenjen za zarobljene austrijske oficire, gde je stigao na Krf. Srpska vlada ga je angažovala kao inspektora zarobljeničkih logora u Solunu. Bio je branilac optuženih u procesima po Zakonu o zaštiti države. Jedan je od osnivača Socijalističke partije Srbije i sindikalni funkcioner. Bio je dugogodišnji sekretar Međunarodnog biroa rada u Ženevi. Pisac više knjiga, monografija, članaka, rasprava, prikaza i osvrta iz oblasti prava, politike, socijalne politike i dr. Prišao pokretu Draže Mihailovića, i učestvovao na četničkom Kongresu 27. januara 1944. godine u selu Ba kod Gornjeg Milanovca. Posle toga savezničkim avionom iz Srbije prebačen u Italiju, gde je bio predstavnik Draže Mihailovića kod saveznika. Vojni sud je 1946. osudio Živka Topalovića u odsustvu na 20 godina zatvora. Sve ovo vreme ostao u emigraciji, gde je u Beču umro 9. februara 1972. godine.

(dr Đorđe Lopičić)

Živko TOPALović

GRANIČNE MEĐE UMIŠLJAJA I NEHATA

PRVI DEO

Glava prva UVOD

Krivično pravo ima svoju osobitu socijalnu zadaću. Celokupno pravo, pa i krivično kao njegov deo, ima prvu zadaću da formira pravni poredak, da reče: šta se ima smatrati za zakonsko pravo, a šta za nepravo. I kad zakon to uradi onda država, koja se karakteriše time što ima na raspoloženju jedan kvantum velike i dobro organizovane fizičke sile, nagoni svakoga pojedinca da mora poštovati naredbe pravnoga poretka. Ako on to neće, biće nagnan silom. Pojedinač, pa i čitavi redovi društveni u normalnome stanju stvari, nemaju mogućnosti da se odupru državnoj sili. Ako to pokušaju biće uništeni. I tako hteli nehteli, oni moraju da slušaju propise pravnoga poretka.

U svakoj društvenoj organizaciji pravni poredak garantuje pojedincima izvestan kvantum prava, obezbeđuje im jedan izvestan kompleks životnih interesa, da bi oni mogli živeti i delati saglasno osnovnim principima na kojima počiva ta društvena organizacija. Ti pravom zaštićeni životni interesi ljudi nazivaju se pravnim dobrima. No pravna dobra mogu pripadati ne samo pojedincima već i organizaciji, zajednici, celini.

Svakome pojedincu stalo je do toga, da njegovi životni interesi, njegova pravna dobra budu poštovana, da ih niko ne vređa. Ali je i državi, opštem pravnom poretku takođe do toga stalo. Jer pojedincima ili pojedinim društvenim organizacijama dodeljen je onaj kvantum prava koji oni moraju imati, pa da i celina društvena kao takva može postojati. Otuda se u svakoj povredi pravnoga dobra jednoga čoveka, u isto vreme vređa društvena celina, postojeća socijalna organizacija, jer se podrivaju temelji na kojima ona počiva. Vrhovna zadaća pak svega pravnoga poretka jeste da tu socijalnu organizaciju, zajedničko pravno dobro, čuva.

Država kao predstavnik celine, u interesu njenom, mora da reagira na svaku povredu prava. Ona redovno reagira na taj način što narušioča vraća u granice prava. Ali takva joj reakcija nije dovoljna. Izvesna pravna dobra pojedinaca i društva

od osobitoga su značaja za celinu, za državu. Ta osobito važna pravna dobra država mora osobito i da zaštititi. I kad neko njih povredi, onda se on ne samo vraća u granice prava nego biva *kaznjen*. Država poništava njegova pravna dobra: život, slobodu, imanje itd. gotovo sveti mu se, za njegove postupke. Zaista kaznom zaštićena pravna dobra veoma su energično zaštićena. Onaj ko njih hoće da vredi zna da će mu se ne samo silom oduzeti ono što je on povredom dobio, već da će mu se i pored toga oduzeti još i veliki kvantum prava kojima sam raspolaže. Normalno se pretpostavlja da će svaka povreda prava biti pronađena i da će na nju država reagirati. Kod pravnih povreda, za koje se kazni, zločinac ne može nikad računati da što dobije, već samo da izgubi veliku količinu onoga što ima. Ako ume da misli onda se on nikad neće rešiti da sam sebi čini zlo. To je preventivni značaj kaznenih propisa.

Evo onda socijalne zadaće krivičnoga prava: da između pravnih dobara pojedinaca i zajednice probere ona, koja naročito treba da zaštititi kaznom i da ih unese u svoj zbornik. Kad to učini onda da odluči kako ih, na koji način, kojom efikasnošću treba zaštititi, na ime kakvom i kolikom kaznom zločinca treba kazniti. Ono sad na dalje ima da utvrdi principe i metode ovoga diferenciranja i odabiranja. Već iz ove zadaće vidi se da svaka kulturna i politička epoha čovečanstva mora imati svoje krivično pravo, koje sa društvenom celinom raste i razvija se.

Kazna kao spoljni izraz egzistencije krivičnopravne vlasti državne, jeste reakcija celine protivu čoveka, pojedinca, koji nije hteo da poštuje onaj red što ga je celina postavila. Kazna ima cilj: da kod svakoga koji bi nameravao izvršenje krivičnoga dela probudi osećaj straha za sebe, za svoja pravna dobra, a ako je delo već izvršeno onda da deluje tako da delikvent u buduće slična dela više ne čini. Po ovoj zadaći organizuje se sistem kazni i vrši se odmeravanje kazne. Od sporednoga je značaja da li će se ovome represivnome ili preventivnome delu kazne pridavati veća vrednost. Oba se dejstva priznaju.

Iz cilja kazne nesumnjivo izlazi da kažnjive akcije ljudi mogu biti samo ozbiljne i *svesne* akcije¹). Ako kazna preventivno delajući, ima smer da pojedincu stavi na znanje da se on izvršenjem dela stavlja u opasnost da naškodi samome sebi, onda će to ona moći samo tada, ako je delikvent u momentu radnje svestan toga da on čini nešto što je zabranjeno, nedopušteno, da vredi tuđa pravna dobra, da čini nešto našta nema prava. Delikvent dakle mora imati pravilan pojam o svojoj radnji i posledicama njenim. Jer ako on u opšte dela bez svesti, ili ako dela u uverenju da čini nešto zakonima, moralom i svatanjem sredine u kojoj živi, dopušteno, kad nema predstave o protivpravnom ili protivdužnosnom karakteru svoje radnje, onda od kuda može tu bojazan od kazne uticati na njega i odvrćati ga od vršenja zločina? Pre svega zločinac treba da je u opšte sposoban da pojmi značaj svoje radnje, po tom, da je u konkretnome slučaju bio sposoban da ga pojmi, pa tek prema takvome čoveku može zaprećivanje kaznom stvarati otporni motiv želji za zločinom.

I svoj represivni cilj može kazna istaviti samo prema svesnim akcijama ljudi. Time što su izvršili zločin, povredili socijalni mir, zločinci su pokazali jednu antiso-

1 Svakako društvo ima i razloga i potrebe da se brani od opasnih, protidruštvenih ma i ne svesnih radnji pojedinaca. Ali tu ono sa ljudima postupa kao i sa životinjama. Mere koje se preduzimaju: bolnice sa oduzimanjem slobode ili bez toga, nisu kaznene mere.

cijalnu crtu svoga karaktera. Oni su se pokazali nesposobnima da žive životom koji postojeća društvena organizacija traži od pojedinaca. Cilj izvršenja kazne tada jeste da izglađava te antisocijalne crte njihova karaktera. Toga radi se zahteva potpuno individualisanje kazne, prilagođavanje njeno osobinama pojedinih zločinaca, delovanje onako i onim srestvima kako se taj konkretni zločinac najbolje može popraviti t. j. osposobiti se da može živeti i ophoditi se sa ljudima onako kako zakon propisuje, kako je to nužno radi opstanka društvene sredine u kojoj je.

Da bi pak jedna radnja bila izraz karaktera delikventova, da bi ona bila odble-sak njegovih intelektualnih sklonosti, njegovih psiholoških osobina, ta radnja mora biti proizvod njegove svesti, *mora biti svesna radnja*. Ova radnja treba da se javi kao rezultat borbe mnogobrojnih prestava u čovečijoj svesti. Unutrašnji nadražaji, psihičke osobine, karakterne crte, valja da dobiju prilike da konkurišu sa spoljašnjim nadražajima, da učestvuju u borbi oko formiranja odluke, oko kreacije volje. Nema li te borbe prestava za radnju i posledicu i protiv njih čovečijoj svesti, nema li svesnog ostvarivanja posledice pomoću radnje, onda mi po takvome postupku čovekovom ne možemo da ocenimo njegove karakterne osobine, ne možemo da utvrdimo da li on ima kakve antisocijalne karakterne crte ili ne. Delovanje kazne tu bi bilo bespredmetno. Ako se njena primena hoće da opravda, onda se ona može primenjivati samo na svesne ljudske akcije.

Polazeći sa ovih osnovnih postavki, odmah se zaključuje da se kažnjavati može samo *čovek*, kao jedino svesno biće. A čovek pak može biti kažnjen samo tada ako je delao svesno. Kad god je kod delikventa oskudevala svest o njegovoj radnji, ta radnja ne može biti podložna kazni. To je u opšte priznati princip u krivičnom pravu. Otuda se u mnogima zakonodavstvima, pa i kod nas deca do izvesnoga doba za sve svoje postupke ne kažnjavaju, jer se pretpostavlja da ne mogu imati svesti u svojoj radnji i karakteru njenom. Na dalje se postupci ljudi bez svesti, duhovno bolesnih, i onih koji su o momentu lišeni mogućnosti za normalno, zdravo rasuđivanje, takođe ne kažnjavaju.

Lica koja su nesposobna za jednu svesnu akciju, za razvijanje jedne pravno važne volje, nazivaju se pravno *neuračunljivima* i kazna se na njih ne primenjuje.

Prvi osnov za primenu kazne jeste dakle lična uračunljivost, *sposobnost* lica koje je u pitanju, da preduzima svesne akcije i da formira jednu volju koja se pravno može tretirati²).

Dosadanja izlaganja čine podlogu za još jedan zaključak. Na ime, ne samo da je nužno radi primene kazne, da jedno lice bude uračunljivo, već da se tome uračunljivome licu nastupela protivpravna posledica iz njegove radnje *može uračunati u krivicu*, t. j. da se može reći da je to lice *krivo* ili *vino* što je posledica nastupila.

2 Ako se pod svesnom akcijom razume onaj pokret čovečijega tela o kome se imala prestava u centru mišljenja, pre nego što je on preduzet, onda svakako takvu prestavu mogu imati i deca. I ona mogu preduzimati svesne radnje. Ali njima će u najviše slučajeva oskudevati pravilna prestava o kauzalnom toku njihove radnje, t. j. šta sve iz njihove radnje može da proizađe. U koliko pak i ta prestava postoji nedorasli nisu u stanju shvatiti *značaj* svoje radnje i posledice koju ona proizvodi. Oni ne mogu da razviju jednu ozbiljnu volju, koja bi se pravno mogla tretirati.

Kao što se vidi ima dve vrste uračunljivosti: uračunljivost *krivca*, vinovnika, koja upravo nije ništa drugo nego njegova *spособnost za odgovaranje*. Nemački izraz *Zurechnungsfähigkeit* to tačno i veli. Drugo je pak uračunljivost *posledice*, t. j. dopuštenost, mogućnost da se ta posledica upiše vinovniku u krivicu, da mu se ona može uračunati. Nemački izraz to zove *Zurechenbarkeit*³).

Kad se može reći da je neko kriv za nastupanje posledice, t. j. jedne promene u spolnjem svetu, kojom su povređena tuđa pravna dobra?

Na prvome mestu jasno je da valja zahtevati kauzalni odnos između radnje čovekove i nastupele posledice, t. j. radnja čovekova mora biti uzrok što je posledica nastupila, ili: zato što je bilo radnje bilo je i posledice; da nije bilo radnje ne bi bilo ni posledice. Čovekova radnja, kao napon njegove fizičke snage, celishodan pokret njegovih organa, jeste nešto vidljivo. Promena u spolnjem svetu koja je takvom čovekovom akcijom proizvedena, takođe je nešto vidljivo. Otuda je nama jasan kauzalni odnos između ta dva elementa. Ali on još nije dovoljan za pojam krivice. Jer kauzalni odnos između čovekove radnje i nastupele posledice u mnogo slučajeva može da bude čist mehanički odnos, odnos dva mrtva elementa. Na pr. jedan mesečar, potpuno nesvestan šta radi, načini štetu penjući se na tuđ krov. U tom slučaju ne može da bude reči o krivici, to bi bila besmislica, kao god što bi bilo besmisleno govoriti o krivici mašine što je čovek povređen, ili o krivici groma koji je razorio kuću.

Pojam krivice sadrži u sebi jedan ličan, svesan elemenat, zahteva postojanje jednoga svesnoga bića, koje ima moć samoopredeljivanja. Otuda se može da govori samo o krivici čoveka, i to u slučaju kad je on u mogućnosti da se opredeljuje nezavisno od svake psihičke i psihofizičke prinude. Pojam krivice dakle zahteva jedan kauzalni odnos, ali kauzalni odnos između čovekove *svesti* i *volje* i nastupele posledice. Radnja čovekova t. j. akcija njegove mišićne snage jeste samo nužni posrednik, mrtvo oruđe, kojim se svest i volja služe da u spolnjem svetu stvore promenu koju žele. Što se pak vulgarno govori o kauzalnom odnosu radnje i posledice, to je stoga, što su to vidljivi elementi, dok su svest i volja nevidljivi, i što su mahom čovekove radnje rezultat, proizvod, njegove svesti i volje, sinonimne dakle sa njima. Ali to što je u većini slučajeva nije uvek, jer može biti i takvih pokreta čovečijih mišića, koji ili ne odgovaraju njegovoj volji ili su direktno njoj suprotni. Ovako je uvek kad čovek dela, radi, u oskudici svake zdrave volje i svesti, ili gonjen elementarnim silama, ili pod dejstvom psihičke ili psihofizičke prinude ili u punoj zabludi o stvarnome toku svoje radnje.

Da uzmemo baš da je za pojam krivice dovoljna egzistencija kauzalnoga odnosa između dva fakta, bez obzira da li je jedan od njih svestan, onda ćemo doći opet do istoga rezultata. Reč je o krivici *čoveka*, ili kad se čovek može okriviti za izvestan učin. U tom rasmatranju mi moramo računati sa normalnim čovekom. Normalan

3 Izrazi „uračunljivost vinovnika“ i „uračunljivost posledice“ primljeni su u prevodu Listovoga udžbenika na srpski jezik, te ih i mi ovde po nuždi uzimamo. Ovako prevođenje pak bilo je pogrešno i može pri površnoj studiji da omete pravilno poimanje. Ima u stvari samo jedna uračunljivost: *upisivanje posledice vinovniku u krivicu*. To se zove uračunavanjem. Mesto opštega pojma o *uračunljivom licu*, valjalo je upotrebiti izraz *podobnost za odgovaranje*.

pak čovek jeste biće koje se poglavito od ostalih bića odlikuje jačom svešću, raspolaganjem moći samoopredeljivanja i razumevanja. Otuda reći da je čovek kauzalna činjenica za jednu posledicu znači to isto što i reći: da su čovečija *svest* i *volja* za nju kauzalni.

Krivica ili uračunljivost posledice postoji tada, kada se posledica može svesti na čovekovo *hotenje*, na njegovu volju. Volja je naša nesumnjivo kriva za nastupelu posledicu kad je ona upravila naše mišiće na akciju, koja je morala dovesti do posledice, kad postoji, dakle, direktan kauzalni odnos između volje i posledice. Tu možemo govoriti o jednoj pozitivnoj akciji volje. Ali naša volja može biti kriva za nastupanje posledice i u slučaju svoje neakcije. Ona nije htela da se razvija, ostala je lenja protiv svoje dužnosti, i usled te inercije svesti i volje nastupila je posledica. Taj kauzalni odnos nije direktan već indirektan, posredan.

Kao što se vidi, u pojmu *krivice*, uračunljivosti posledice, ogleda se jedan *psihički odnos* čoveka, krivca, prema nastupeloj posledici. No u svima slučajevima počinjenih krivičnih dela nije isti taj psihički odnos čoveka i promene u spolnjem svetu. Veza je ova nekad čvršća nekad labavija. Otuda mora biti veće i manje krivice čoveka za delo. Stepenuisanje lične krivice čovekove, pak, vrši se uvođenjem u krivično pravo raznovrsnih pojmova, koji u sebi obuhvataju pojedine delove pune volje. Tako se dobija mogućnosti da se manji stepen protivpravne volje kazni blažije, nego viši stepen njen, a da se kazna ne primenjuje na slučajeve gde postoji, istina, povreda tuđih pravnih dobara, ali se nikakva ljudska volja za to ne može učiniti uzročnom. Ovu potrebu pravilnoga krivičnoga pravosuđa zadovoljavaju pojmovi *umišljaja*, *nehata* i *slučaja*, o kojima ćemo dalje govoriti⁴).

4 Nećemo da ulazimo detaljnije u pojam krivice, jer bi se teza zbog mnogih kontroverza suviše razvukla. Ali ovdje moramo napomenuti da se umišljaj i nehat, kojima je zajednički genetički pojam „krivica“, imaju smatrati kao tehnički delovi jednoga tehničkog izraza. Reč krivica ima svoje vulgarno i svoje pravno tehničko značenje. Za to razlikovanje imaju Nemci vrlo zgodne izraze: Schuld i Verschulden. Reč Verschulden označava u opšte izvesno protivpravno postupanje čovekovo iz koga proishodi povreda pravnih dobara. Za to svoje protivpravno postupanje on je više ili manje kriv prema tome kakvi ga motivi odlučuju na delo. Veli se na pr.: da je krivlji blagajnik koji je pokrao novac radi izdržavanja luksuzne ljubavnice nego što je bančin momak koji utaji jedan paket sa novcima kad ih je nosio na poštu, radi toga da bi imao čim lečiti bolesnu ženu. (Oetker S. 162). Tu je reč o krivici u vulgarnom smislu i ona se stepeniše po motivima delanja. Međutim Schuld krivica u tehničkom pravnome smislu znači psihički odnos krivca i posledice. Izrazi umišljaj i nehat obeležuju intenzivitet veze između volje subjektive i posledice. Tu se ne vodi nikakva računa o motivima postanka volje. Očevidno da sa istom intenzivnošću volje uzima novac i blagajnik i služitelj. Otuda je stepen njihove krivice isti – oni obadva delaju umišljeno, doložno. O motivima se može voditi računa samo prilikom odmeravanja kazne.

Schuld je nehatno ili umišljeno ostvarivanje obeležja jednoga kaznenim zakonikom predviđenoga krivičnoga dela. Ovakva krivica (Schuld) je jedna apstrakcija. U pojedinim konkretnim slučajevim postoji samo zgrešenje (Verschulden), t. j. takvo postupanje jednoga čoveka, kakvo pravo ne odobrava. Ono se javlja u nehatnom ili umišljenom ostvarivanju obeležja krivičnoga dela.

Krivicu u formalnome smislu List naziva „odgovornošću vinovnika za učinjenu protivpravnu radnju“. „Zbog ove krivice (Schuld) izriče se presuda kojom se na delo nadovezuje kazna kao pravna posledica i primenjuje se na vinovnika“. Pretpostavka takvoj krivici u formalnome smislu (Schuld) jeste krivica u materijalnom smislu (Verschulden). Ta pak krivica u materijalnome smislu jeste „oskudica socijalnih osećaja, nužnih za zajednički život u državi, koja se pokazuje izvršenim delom“ (Lehrbuch S. 157.).

U krivičnopravnoj nauci je opšta saglasnost u tome, da je postojanje ovoga ličnoga, moralnoga, elementa, lične krivice vinovnikove, osnova za primenu kazne.

Kontroverzno je pitanje da li taj lični moralni, elemenat valja uneti u pojam o krivičnom delu, pa reći da ne može postojati krivično delo u nedostatku ličnoga elementa; ili ne unositi ga u pojam krivičnoga dela, dopustiti da u taj pojam ulaze samo objektivne činjenice, koje leže van ličnosti, a subjektivni elementi da budu samo pretpostavka za primenu kazne. Opšta pravna teorija, kojoj na čelu stoji *List*, unosi u pojam krivičnoga dela i subjektivne i objektivne elemente. (*Liszt-Lehr-buch* § 26, I₂). Po njoj je krivično delo „vino, protivpravno delanje, ugroženo kaznom“. G. Dr. *Toma Živanović* (*De l'élément* 259, 264) misli da je pogrešno unositi subjektivne elemente u pojam krivičnog dela, već samo objektivne. Otuda po njemu *vinost* (lična krivica) nije obeležje pojma krivičnoga dela.

„Krivično je delo protiv-pravno delanje, ugroženo kaznom“. Ali on u isto vreme veli da je *la cupabilité* („psihički odnos učionica prema posledici njegove radnje“) drugi *uslov za primenu kazne*. On misli da krivično pravo ima ne dva osnovna pojma: krivično delo i kaznu, već još i treći: krivca, delikventa. Subjektivni elemenat ne ulazi u pojam krivičnoga dela, ali ulazi u pojam delikventa. Ipak dakle bez njega ne može biti kazne, jer se kazna primenjuje samo na delikventa. A to je ono što je za nas poglavito od važnosti.

Da učinimo još jedno ograničenje. Umišljaja i nehata može biti na svima poljima ljudske delatnosti. Umišljeno, namerno i nehatno, nemarno može se učiniti nekome i dobro, usluga. Umišljaj i nehat izražavaju psihički odnos lica prema svima posledicama njihovoga činjenja. O umišljaju i nehata pak kao delovima krivice može biti reči tek tada ako je posledica protivpravna ili, ako je ljudsko činjenje, bilo protivdužnosno. „Tvrđenje da su umišljaj i nehat forme krivice u toliko je tačno u koliko se prečutno pretpostavlja u tome tvrđenju da nehat i umišljaj imaju protivdužnosnu sadržinu“ – *Finger* S. 264.

Glava druga

UMIŠLJAJ I NEHAT U STRANOM POZITIVNOM ZAKONODAVSTVU

A. UMIŠLJAJ

I. Pojam. Strana pozitivna zakonodavstva se mogu podeliti na dva dela: ona koja određuju pojam, daju definiciju umišljaja i ona koja to ne čine. Gde pozitivni zakon definiciju nije dao ona se usled praktične nužnosti stvorila u pravosuđu i u krivičnopravnoj nauci.

Sva su zakonodavstva saglasna u tome da je umišljaj jedan opšti pojam, pravna ustanova koja vredi za sve delikte, tako da ljudski učini uzimaju na sebe tek tada formu delikata ako su drugovali sa umišljajem. Umišljaj je forma u kojoj imaju da se obavljaju ljudske radnje, ako hoće da se nazovu deliktним radnjama. Prema tome gde god se ne bude moglo dokazati umišljeno delanje tu nema ni krivičnoga dela. Neznatna ostupanja od ovog opšteg principa zakonodavstva izrično propisuju.

1. Nikakvu definiciju ne daju o umišljaju francuski, belgiski, holandski, portugalski, švajcarski kantonalni i norveški zakonici. Svi oni, međutim, usvajaju umišljaj kao tehnički pojam (*dolus, dol, intention*) i po svima se kod zločina i prestupa za pojam krivičnoga dela bezuslovno traži umišljaj. Kod istupa (*contraventions*), međutim, kazni se bez obzira na to da li se delalo umišljeno ili nehatno. Umišljaj se tamo ne traži generalno već samo tada, kad je zakon to izrično naredio, ili se iz prirode delikata vidi da se umišljeno mora delati.

U francuskoj judikaturi i nauci, kao i u svima ostalim, pod umišljajem se razume ona *volja koja je upravljena na protivpravno ostvarenje bitnih obeležja krivičnoga dela*. U umišljaj dolazi pre svega *hotenje* obeležja krivičnoga dela. Svako zakonom predviđeno krivično delo ima nekoliko svojih bitnih obeležja. Onaj ko *hoće* da ostvari sva ta obeležja i voljno ih ostvari, izvršio je umišljeno krivično delo. Ako se ma i jedno bitno obeležje konkretnoga krivičnoga dela u napred neće, ili ako o njemu vinovnik u momentu radnje nije imao tačnu predstavu, bio je dakle u zabludi, tada nema umišljaja.

Po francuskoj se teoriji na dalje za pojam umišljaja traži i *hotenje povrede prava*, t. j. i svest o protivpravnosti radnje. Vinovnik zna da posledica koju on hoće da ostvari objektivnim pravom nije dopuštena, ali on radnju ipak preduzima. Njegovo hotenje protivpravne posledice obuhvata u sebi hotenje povrede prava. Međutim se u praksi kažnjava i onaj vinovnik koji bi bio u zabludi o dopuštenosti svoje radnje. Garson i Ortolan uzimaju da za pojam umišljaja nije nužna voljna povreda prava, već samo faktička mogućnost da se vinovnik upozna sa zakonskim propisima. Ako bi se desio takav slučaj da on apsolutno nije mogao saznati da je njegova radnja zakonom zabranjena, onda ne bi bilo umišljenog delanja. U Japanu i Belgiji je na slučaj pravne zablude dopuštena blažija kazna, a u Norveškoj i potpuna nekažnjivost. Međutim u Engleskoj, Holandiji, Italiji, Nemačkoj, Bugarskoj, neznanje da je

preduzeta radnja i željena posledica pravno nedopuštena nema nikakvoga uticaja na primenu kazne pa ni na pojam umišljaja (Hippel, Vorsatz 387, 587, 588.).

2. Stariji, naročito zakoni nemačkih državnica odlikovali su se time što su redovno postavljali legalnu definiciju umišljaja. Nju imaju, ma da nedovoljno određeno izraženu i austrijski, italijanski i japanski zakonici. A kao plod naučne borbe i praktične potrebe date su jasne, potpune i određene zakonske definicije umišljaja u zakonima bugarskom i ruskom i poslednjem projektu opšteg švajcarskoga kaznenoga zakonika.

Po svima ovim zakonicima umišljaj je *saznanje i hotenje obeležja krivičnoga dela* (Wissen und Wollen).

Vinovnik treba da je u momentu radnje znao, imao u svesti predstavu o svima obeležjima konkretnoga krivičnoga dela.

Pored toga on treba da *hoće* njihovo ostvarenje. Oba elementa: saznanje i hotenje daju pojam umišljaja.

Svi pozitivni zakonici koji su se upustili u postavljanje definicije o umišljaju usvojili su u tome pogledu *teoriju volje* (Willenstheorie). Umışljaj, po njima, nije ništa drugo do volja, psihološki kauzalni odnos između čoveka i bitnih obeležja krivičnoga dela. Novija teorija prestave (Vorstellungstheorie) u pozitivnome zakonodavstvu još nije našla sebi izraza.

II. Podela. Podelu umišljaja na razne oblike retko su kad vršili pozitivni zakonici. Ona je vazda ostavljena krivičnopravnoj nauci. Ali u starijim zakonicima, kao što su nemački partikularni i austrijski zakonik, i u novijim koji daju definiciju umišljaja, ima u samoj definiciji nabrojanja slučajeva u kojima je dolus dat, i onda svaki od tih slučajeva prestavlja po jednu formu dolus-a.

Podela umišljaja može biti dvojaka: ili s obzirom na *način* kako je volja postala, ili s obzirom na odnos volje prema posledici. Ova druga podela je za nas važnija, jer ako je volja sadržina umišljaja, ako umišljaj nije ništa drugo do naročiti psihološki odnos vinovnika prema posledici, onda ima onoliko oblika dolus-a koliko god stupnjeva ima između najviše i najmanje mere kauzalnosti posledice.

Ovo su glavni oblici dolusa:

- a) dolus *directus* sive *determinatus*. On postoji tada kada je radnja upravljena za postizanje jedne unapred određene posledice. Vinovnik tačno ostvari što je unapred hteo.
- b) dolus *indeterminatus*. Ovaj dolus postoji tada kad je hotena posledica radnje unapred neodređena. Iz te radnje mogu proizaći više posledica. Vinovnik hoće samo jednu od njih, ali mu je sve jedno koja će to biti. Na pr. puca na više ljudi koji stoje jedan pored drugog. Sve jedno mu je koga će od njih ubiti.
- v) dolus *indirectus*. Ovaj dolus, koji se gde što naziva i eventualnim, postojao je gotovo u svima starijim kaznenim zakonicima, pa i danas još postoji u austriskom. U literaturi je međutim potpuno napušten. Za ovaj dolus

Garson postavlja t. zv. *question classique*: kako će vinovnik odgovarati pri umišljenome delanju kad posledica ne odgovara ili premaša našu nameru. Vinovnik je na pr. hteo da rani čoveka, pa ga je ubio. On je preduzeo umišljeno izvršenje jednoga krivičnoga dela, ali je iz njegove radnje proizišlo drugo, teže krivično delo. Austriski zakon naređuje da će se vinovnik i za to drugo delo kazniti, ako ono iz preduzete radnje „obično ili vrlo moguće proishodi“ („gemeingleich erfolgt, oder doch leicht erfolgen kann“).

Davnašnji protivnik ovoga *dolus-a* jeste Fajerbah. On misli da kad je zločinac postavio sebi za cilj jedan određeni protivpravni efekt, ali iz radnje, kojom je on trebao taj efekt da realizira, postane drugi protivpravni efekt, koga je zločinac predviđao kao verovatnu posledicu svoje radnje, ili ga je bar mogao predvideti, onda je zločinac *in dolo* s obzirom na onu pravnu povredu koju je *hteo* ostvariti, a *in culpa* s obzirom na onu pravnu povredu koja je ostvarena bez njegove namere. U ovome slučaju dakle postoji idealni sticaj umišljenoga i nehatnoga delanja, koji Fajerbah naziva „nehat određen umišljajem“ („*culpa dolo determinata*“).

U modernoj literaturi indirektni je *dolus* učinjen nepotrebnim posle utvrđenja novoga važnog oblika – eventualnog *dolusa*.

- g) *dolus eventualis*. U početku je ovaj *dolus* smatran za istovetan sa indirektnim, kod koga se nastupela posledica htela posredno, eventualno. Danas on ima samostalan oblik.

Kad iz jedne radnje mogu da proizađu dve raznovrsne posledice i njih vinovnik predviđa, onda ili je njemu svejedno koja će od njih nastupiti, on hoće jednu pa ma koju, ili on prvenstveno želi jednu od njih. U prvom slučaju postoji *dolus alternativus* (ili – ili), a u drugom *dolus eventualis*.

Eventualni je *dolus* granična međa između umišljaja i nehata. Po Lamašu se i kod eventualnog *dolusa* i kod nehata posledica predviđa samo kao mogućna. Ako se vinovnik ne nada da će se ta in abstracto mogućna posledica in concreto moći izbeći, ako on svesno više ceni svoju nadu na dobit nego pravni poredak koji će možda povrediti, kad je njegova bezobzirnost prema tuđim interesima bila tolika da je radije reskirao povredu ovih interesa nego što bi propustio priliku da se sam koristi, tada postoji eventualni *dolus*. Kod njega se posledica *hoće*.

Ovako eventualni *dolus* definišu i ruski i bugarski zakonici.

B. NEHAT

I. Pojam. Nehat se sa svoje gornje strane graniči umišljajem a sa donje slučajem. Prostornu oblast nehatnoga delanja određivali su, ma da vrlo rezervisano, neki od zakonika koji su dali definiciju o umišljaju. To su ruski, bugarski, švajcarski projekti i stariji partikularni nemački zakonici. Međutim italijanski, austrijski, japanski mada govore o umišljaju, nehat ne definišu pozitivno, već po njima izlazi da je nehat onaj oblik kažnjivoga delanja pri kome je isključeno *hotenje* posledice. Utvrđenje pojma nehata ostavljeno je nauci i pravosuđu još više nego utvrđenje pojma umišljaja.

Po ruskome i bugarskom zakonu, čije su opšte odredbe gotovo istovetne, nehat postoji tada kad je vinovnik delao ma da je predviđao da protivpravna posledica može nastupiti, ali se lakomisleno nadao da to neće biti; ili posledicu u opšte nije predviđao, a mogao je i trebao je da je predvidi. Projekt opštega švajcarskoga k. z. od 1908 god. veli da se zločin ostvaruje nehatno tada kad vinovnik nije pomišljao na posledicu svoga delanja, ili je nije predviđao zbog protivdužnosne nepažnje. A protivdužnosna je nepažnja ona kad vinovnik ne dela sa onoliko pažnje sa koliko je prema okolnostima i prema svojim ličnim odnosima dužan to činiti.

U pravosuđu i literaturi zemalja gde nema legalne definicije nehata on se od umišljaja razlikuje oskudicom *hotenja* posledice. Po švajcarskom kriminalisti Štosu nije nepredviđanje posledice karakteristika nehata. I onaj dela nehatno koji posledicu predviđa kao mogućnu, ali je on neće, ne želi. Karakteristično je obeležje nehata to da vinovnik posledicu ne želi i dalje, da je on nju pažnjom mogao i trebao sprečiti. Lamaš veli da svi oblici nehata imaju zajednički taj negativni momenat što se pravno relevantna, zločina posledica nije *htela* (ni prećutno, ni eventualno, ni uslovno, ni indirektno). Pozitivno obeležje i osnov za kažnjivost nehata jeste zanemarivanje pod datim okolnostima dužne pažnje, brižljivosti i obzira prema tuđim pravno zaštićenim interesima. Mera te pažnje određuje se *objektivno* stanjem stvari, a *subjektivno* ličnim osobinama krivca.

Od slučaja se nehat razlikuje po tome što se kod nehata može učiniti krivcu jedan opravdan *prekor*, dok kod slučaja to ne može biti. Kod nehata je krivac *mogao i trebao* da predvidi i da spreči nastupanje posledice, a kod slučaja to nije ni mogao ni trebao.

II. Podela. Već je u zakonskim definicijama data podela nehata za *svestan* (avec prevoyans) i *nesvestan* (sans prevoyans) prema tome da li se protivpravna posledica u momentu radnje predviđala ili se nije predviđala. I ta je podela u opšte danas usvojena. Pri izradi pruskog kaznenog zakonika predviđale su se tri vrste nehata: *grub* nehat – kad se pri običnim sposobnostima i bez ikakvog naprezanja pažnje može sprečiti posledica; *srednji* (obični) nehat – kad se pri običnom, normalnom stepenu pažnje može sprečiti posledica; i *sitan* nehat – gde se posledica može izbeći tek osobitim naprezanjem pažnje. Ova podela ima vrlo malo svojih pristalica.

III. Kažnjivost. Sve pozitivno zakonodavstvo je saglasno u ovome osnovnom principu: kod zločina i prestupa nehat se kazni samo izuzetno. Tek ako zakon izrično naredi kazniće se nehatno izvršeni zločin i prestup. Drugačije je kod istupa i policijskih prestupa. Tamo se kazni svaki prekršaj zakona bez obzira na formu svesnoga ljudskoga delanja, kojom je to izvršeno. Prema tome i kulpozno učinjeni istupi redovno se kazne. Izuzetno zakon naređuje da se kazne samo dolozno izvršeni istupi, ili se iz prirode delikta vidi da on može biti samo umišljeno ostvaren. Tada se nehat ni tu ne kazni.

Izuzetak od ovoga čini španski kazneni zakonik po kome se i nehat kažnjava isto tako generalno kao i umišljaj. Redovno se kazni faktičko ostvarenje protivpravne

posledice, a kao subjektivni kvalitet radnje uvek je dovoljna nesmotrenost ili lakomislenost vinovnika. Ovo vredi i za neka partikularna nemačka zakonodavstva koja su stajala pod Fajerbahovim uticajem. Po Fajerbahovoj teoriji *psihičke prinude* suština je nehata u svesnoj povredi dužnosti svakoga čoveka da bude pažljiv (*obligation ad diligentiam*). Ova obligatio ima generalni karakter te i kažnjivost nehata mora biti generalna (Hippel, Vorsatz 457).

Glava treća

SRPSKO POZITIVNO ZAKONODAVSTVO I LITERATURA O UMIŠLJAJU I NEHATU

I. Srpsko pozitivno zakonodavstvo i ranije i docnije nema nikakvih odredaba ni o umišljaju ni o nehatu. Ostala zakonodavstva imaju bar odredbu o zabludi po kojoj neznanje koga bitnog obeležja krivičnog dela isključuje kažnjivost za umišljaj, te se otuda posredno izvodi da je umišljaj volja koja je upravljena na ostvarenje sviju obeležja jednoga krivičnoga dela. Kod nas nema ni te odredbe o zabludi. Законъ за злочинства и преступе у кнежевству сръбскомъ од 6. јуля 1859., Криминальнй (казнителнй) законикъ за княжеводство Србію, од 29. марта 1860. године, са свих својих двадесет и три измене до данас, па и њихов претходник, Казнителнй законикъ за полицаине преступке од 1850. године, немају ниједне одредбе која би одређивала појам умішљаја и појам нехата. У њима се нигде не одређује каквога субјективнога квалитета треба да буду све кањживе радње. Међутим у специјалном делу сви законци предвиђају и умішљене и нехатне деликте. Тако, на пр.: законикъ за полицаине преступе од 1850. године у своме § 1. вели: „Сваки є дужан, повиновати се законімъ полицаинимъ наредбама. Ко не учини наредбомъ наложено казни се, и после мора онъ опетъ оно исто учинити“. Овај општи пропис несумњиво односи се на све врсте деланја и он наредује да ће свака радња којом се вређа наредба власти бити кањжива. Али закон у својим даљим одредбама предвиђа неколико нехатних деликата. Отуда би се могао извести закључак: да код полицаинихъ преступа“. т. ј. ситуација, данашњих иступа, вреди правило да се нехат и умішљай изједначају, у колико закон изрично не наредује да ће само умішљай или само нехат, једно на један а друго на други начин кањзити. Нехатне деликте предвиђа овај закон у § § 11, 53, 129, 185, и 186. (Интересантно је поменути да у § 53. овај закон кањзи покушај самубиства).

Данашњи кањнени законик у специјалном делу, нарочито у глави XV о убиству и у XIX о повреди тела на више места говори о намерном и нехатном вршењу кривичних дела. Свакако термин „намера“ употребљује закон не само у смислу долуса већ и нешто више од тога, желећи да тим означи *циљ* деланја. Закон је усвојио термине умішљаја и нехата којима никакво значење није одредио.

II. Ми смо до сада имали два коментатора нашега кањненог законика: Ђорџа Ценића и Д-р Косту Петковића, који се по датумима разликују за 43 године. Ни Ценић ни Петковић ни на једном месту својих коментара немају речено: каква субјективна квалifikација кривичнога дела треба да буде па да би закон за њу везивао кањзу. Они нам нигде не дају одговора на питање: уноси ли наш законик субјективне елементе у обељење кривичнога дела, или, чини ли од субјективних елемената бар претпоставку за примену кањзне, и какав субјективан квалитет радње треба да буде да би било места примени кривичнога законика. И коментари по примеру законика не знају за једно начелно схватање питања, већ код појединих параграфа, где је изрично поменуто умішљай или нехат, дају одредбе о њима. Јасно је међутим да се не само код

onih paragrafa, gde se umišljaj i nehat izrično traže, mora o njima voditi računa, nego se o tome mora biti načisto apsolutno kod svakoga delikta.

Cenić opisno definiše umišljaj ili „namišljaj“ kao rešenje, *volju* da se izvrši jedno određeno krivično delo (ОВОГА ИЛИ ОНОГА ДУЋАНЪ ОБИТИ). Ta se volja ostvaruje „чрезъ решимостъ, кад се т. ј. реши да намеру своју и изврши“. (str. 133.). Volja se međutim ne ostvaruje odlukom da se ostvari već radnjom, pokretima tela, koji stvaraju posledicu.

Cenić ne zna za podelu umišljaja. Ipak on napominje Fajerbahovu culpa dolo determinata, ma da joj ne daje nikakav praktičan značaj. „Ако је когодъ ктеюћи какво забранѣно дѣло учинио, па изъ тога произађе и друго кое е онъ предвиђао, или увидети могао, гди се дакле хотимица и нехатъ стичу, тако на пр. ктео когодъ само да рани и ранио га, но изъ те ране и смртъ произађе, онда се и едно и друго као идеалный стицай казни“. (str. 538 i 539.). Cenić ne čini razliku da li se predviđana kao mogućna posledica htela ili nije htela, pa da u prvom slučaju bude dol. eventualis a u drugom culpa lata, već predviđa samo nehat. Za njega dakle ne postoji nikakav dalji pojam van neposrednog umišljaja.

Cenić karakteriše nehat kao nenamerno ostvarenje krivičnoga dela, koje se moglo pri dovoljnoj pažnji sprečiti.

On razlikuje dve vrste nehata, lakomislenost, pustoš, ili svestan nehat i nepažnju, nesvestan nehat.

Sudeći po primerima koje je Cenić naveo za potvrdu svoga svatanja o podeli kulpe, on je nije dobro razumeo.

Drugi komentator Petković govori o umišljaju kod § 155. Kriv. Zak. On veli da hotičnost kao takva po samom filološkom značenju reči obeležava nameru. Zadržavajući isto značenje i u pravnom smislu reči hotičnost radnje kod dela ubistva pokazuje da je ubistvo *voljno*, da se ono *htelo*. (str. 255.). U detaljnije određivanje pojma Petković se nije upuštao.

O nehatu on govori kod § 158. Kriv. Zak. (str. 265, 266.) i kao nehat, nebreženje, nepažnju, nesmotrenost u pravnom smislu reči razume svaku radnju protiv личности, imanja ili prava koju je njen izvršilac mogao da izbegne da je bio pažljiv, predostrožan, smotren do mere običnoga, statistički prosečnoga čoveka. Razni stepeni ovoga nehata i to grubi nehat, koji može da se izbegne sa najobičnijim sposobnostima, bez ikakva traga kakve naročite pažnje, obični nehat, koji može obična pažljivost prosečnoga čoveka da izbegne, i niži stepen nehata, koji može da izbegne samo naročita pažnja, nemaju upliva na samu kažnjivu stranu nehata, već samo na stepen kažnjivosti.

III. Monografske književnosti o ovome pitanju nema. Otuda je gledište literature izloženo samo u jednome sistematskom delu iz krivičnog prava: Jovana Avakumovića.

Avakumović, što se moglo očekivati od jednoga naučnoga dela, ne pokazuje nigde genetičku vezu umišljaja i nehata, niti govori o potrebi jedne takve institucije

u krivičnom pravu. U tom pogledu on se ravna sa komentatorima našega Kriv. Zakonika.

Elementi su dolus-a *volja*, *namera* i *radnja*. Volja ima svoj početak u tome što čovek hoće da podmiri neku svoju potrebu, požudu, na priliku što bi pribavio kakvu imovinu. Kad čovek za ostvarenje takve svoje volje preduzme kakvu nezakonu radnju, onda volja već postaje nedopuštenom namerom (str. 428, 429.). Avakumović ne razume pod voljom hotičnost posledice, već motive za postanak namere.

Definicija dolus-a, na strani 434. glasi: „dolus je kad čovek namerno preduzme kakvu radnju ili propusti nešto da uradi, s namerom da bi postigao kakav nedopušteni rezultat, znajući da je nezakonita ta radnja ili propuska“.

Culpa ili nehat po Avakumoviću jeste u kaznenom pravu pojava (!) koja se može ovako karakterisati: ona je kakva radnja ili neradnja, u kojoj se pokazuje *nepažnja*; ona stvara kakvo kažnjivo delo *protiv volje ili bar bez znanja* onoga, koji ima da odgovara za taj kažnjiv rezultat. Najposle pojam culpa-e pretpostavlja i to da je bilo moguće sprečiti kažnjivi rezultat, kad bi se upotrebila obična pažnja i smotrenost u radu. Nehat se deli na nehat iz zloćudosti (svestan) i iz nesmotrenosti (nesvestan).

IV. Kad jedno pitanje od eminentne praktične važnosti zakonom nije regulisano svakako je nužno imati u judikaturi jedno konstantno mišljenje. Tu valja očekivati kakvu načelnu odluku Kasacionog Suda. U svima zemljama, naročito u Nemačkoj, čiji zakoni ne sadrže zakonske definicije dolusa i kulpe, ima mnogo načelnih i specijalnih odluka najvišega suda o njima. Kod nas načelne odluke nema u Zbirkama do sada objavljenim. Gledajte se bar donekle ipak da izraditi po nekoliko specijalnih odluka.

U *Novoj Zbirci* St. Maksimovića na str. 266–268. ima ovakav primer: Policijski činovnik optužen za neizvršenje osude po štamparskoj krivici. Prvi ga sud oslobodio jer nalazi da je on imao i drugih hitnih stvari na izvršenju te ga je službeni posao sprečio. Kasacioni Sud to poništi i činovnik bude kažnjen sa 5 dana zatvora po § 128. Krivičnog Zakona u kome se veli: „Činovnik, koji *okleva* da izvrši kaznu i t. d.“ Apelacioni Sud poništi tu presudu što se iz akta ovog optuženja ne vidi niti dokazuje *namerno oklevanje* optuženoga, već prosto *nebreženje*, što ne prestavlja krivicu, koja je predviđena gore rečenim zakonom“ Kasacioni Sud poništi rešenje Apelacionog Suda sa ovih razloga: „Sud Apelacioni navodeći razloge, na kojima osniva pomenuto rešenje, priznaje da presude zbog kojih je g. Jeremija optužen nisu izvršene jedino iz nebreženja njegovog a nikako sa oklevanja što se za ovakvo delo traži, pošto obe one reči „oklevanje“ i „nebreženje“ nisu ništa drugo do izraz jedne iste radnje ili upravo neradnje, iz koje krivica kao posledica proizilazi kao što je to već i opštom sednicom K. S. rešeno“. Apelacioni Sud dà ovakve protivrazloge: „K. S. u gornjim primedbama, navodi da između reči „oklevanja“ i „nebrežanja“ nema nikakve razlike. Takvo mišljenje nekorektno je, jer nebreženje i oklevanje nije jedno isto. Kad kogod učini krivicu zato što je oklevao da izvrši svoju dužnost, onda se tu uvek pretpostavlja zla namera njegova, i on znajući da to čini protiv zakono, čini naročito radi toga da bi stvar ostala bez pravnih posledica, – a kod nebreženja nema nikad zle namere, nego je *nemarljivost prosta*, gde izvesno lice slučajno, ili nehotično ne radi svoj posao tač-

no, pa zbog toga izade nepravilnost u njegovoj radnji“. Opšta sednica K. S. odbacila je ove protiv razloge.

Dva najviša suda spore se oko toga: da li je za izvršenje dela iz § 128 nužno dolozno ili kulpozno delanje, ma da, izgleda, Kasacioni Sud to dovoljno ne shvata. Tu bi svakako nužno bilo najpre načelno utvrditi šta je dolus a šta culpa. Apelacioni Sud to pokušava veleći da je dolus „zla namera“. Za kulpu on veli da je to „nemarljivost prosta“ gde izvesno lice slučajno (!) ili nehatno radi. Kasacioni Sud prosto bega od jasnoga izražavanja. On u 1886. godini izgleda da nije imao izrađeno shvatanje o umišljaju.

Na strani 329–332. navodi se odluka o § 266. Kriv. Zak. – delu krivokletstva. Jedan sudski računovođa zakleo se da od izvesnog lica nije primio jednu sumu novaca. Posle te zakletve bude tužen za krivokletstvo jer se podnese njegova priznanica izdana pre godinu dana. I tada, kao i pri polaganju zakletve kad mu priznanica nije bila još pokazana, već na nju samo opomenut, rekao je da se on apsolutno ne seća da je novac primio i da ne veruje da je priznanicu izdao. Priznaje pak priznanicu za svoju čim je pokazana. Utvrđuje da kod njega nije bilo svesti o lažnosti zakletve. Prvi ga sud ipak kazni. Apelacija to poništi sa ovih razloga: „iz navedenog propisa (zakon veli: „ako se sa *znanjem* krivo zakune“) jasno izlazi da zakonodavac traži da izvesno lice voljno i sa *znanjem* lažnu kletvu položi i da je potpuno ubeđeno da ne postoji fakt koji zakletvom hoće da utvrdi, već nešto što je sasvim protivno“. Utvrđuje dalje da u konkretnom slučaju nije bilo svesti o neistinitosti fakta na koji se kune.

Kasacioni Sud to poništi, jer veli: „Znanje ili neznanje koga krivca o tome što radi, zaključuje se po okolnostima koje ili prethode delu, ili koje delo prate, ili za njim idu, pošto se drugojačije znanje, kao unutrašnjost krivca, ne može na drugi način saznati. Kad krivac izvrši takva dela, koje skorašnji trag svoj ostavljaju i za *koja on zbog toga lako saznati ili ih se opomenuti može*, pa zatim protivno ovima radi, onda se sa pouzdanošću može izreći „da je on *hotično* i sa *znanjem* docnije protivno radio“. Opšta sednica odbija ovo rezonovanje odeljenja, a Maksimović veli da to nije trebalo činiti.

U ovome slučaju umišljaj je definisan kao znanje i hotenje posledice.

U judikaturi Kasacionog Suda od 1899. god. pa na dalje, koja je izložena u trećoj svesci „Odluka Kasacionog Suda“, u izdanju *Braniča*, oseća se već jedno i koštano i pravilno gledište.

Svoju definiciju umišljaja dao je Kasacioni Sud u nekoliko polemika sa Apelacionim Sudom. U odluci od 15. novembra 1899. g. Br. 9261 veli se: „Da bi se radnja optuženoga mogla smatrati za doloznu nije dovoljno to da je optuženi *znao* da njegova radnja može imati rđavih posledica, već treba još konstatovati da je on i *hteo* da ove posledice pretrpi lice, protiv koga je radnja upravljena“.

U odluci od 18. marta 1900. god. Br. 2605 razvija se pojam još jasnije. Tamo se veli: „Krivična namera po usvojenim načelima u kriminalnoj nauci sastoji se u pravilnom svatanju zabranjenje protivzakone radnje, koja se nameravala da izvrši. Prema tome *volja* – primenjena na radnju ili neradnju – koja predstavlja materijalni element krivice, *jeste bitni uslov kažnjivosti*. Sama pak krivična namera (dolus)

pojavljuje se s obzirom na posledice radnje (i na ostalo, na pr. način vršenja) u tri oblika: kao određena namera (*dolus determinatus*) kao neodređena namera (*dolus indeterminatus*) i kao eventualna namera (*dolus eventualis*).

Primeni oblika određene namere (*dolus determinatus*) po nauci ima mesta kod onih zabranjenih radnji gde se volja učinioaca tačno ispoljava u posledicama njegove radnje t. j. kad je učinilac *hteo* i *predvideo* jedno precizno zlo kao posledicu svoje radnje.

Oblik neodređene namere (*dolus indeterminatus*) po nauci ima mesta kod onih zabranjenih radnji, gde se volja može ispoljiti u raznim posledicama njegove radnje t. j. kad je učinilac *predviđao razne zle posledice svoje radnje*, nu istu vrši bez obzira na to koja će od posledica nastupiti. Ovde učinilac samo pretpostavlja, zamišlja mogućnost, ali ne i izvesnost rezultata, izvesnost kakve štetne, određno očekivane posledice.

Namera je eventualna (*dolus eventualis*) i daje se konstatovati kod onih izvršenih radnji, gde se javljaju posledice koje idu dalje od volje učiniočeve t. j. kad je učinilac predviđao i *hteo* izvesno zlo, a u isti mah i predviđao, no ne da je *hteo* i nastupanje drugog, akceptujući ga kao moguće rezultat njegove radnje, dakle kao posledicu koja ide van domašaja njegova cilja. Na pr. paljevina zgrada određenih za obitavanje, pa pri paljevini izgore i stanovnici zgrada.

Da li je učinilac *hteo* i ovu radnju da izvrši ili je ona bila samo neizbežna posledica za postignuće drugoga cilja – za krivičnu je odgovornost sasvim sve jedno, drugim rečima: kad je učinjeno zlo *nužna* ili bar obična posledica svesno i voljno (hotično) umišljenog dela, učinilac, koji je svesno učinio delo takve prirode, da je iz njega moralo proizaći zlo, koje je učinjeno, mora se smatrati kao da je ne samo predvideo nego *hteo* to zlo.

Kasacioni je Sud stao na zemljište teorije volje i smatra da je *dolus* voljno ostvarivanje predviđenih posledica. U svome razlaganju on je potpunce akceptirao odredbe austriskoga kaznenoga zakonika.

Od najvećega praktičnoga značaja jeste shvatanje Kasacionog Suda o neodređenoj nameri (*dolus indeterminatus*) pri kome on postojano ostaje i po kome je poništio nekoliko odluka nižih sudova. Takav je slučaj na pr. u odlukama od 9.–H–1899. god. Br. 7911, Br. 3832, 15. novembra 1899. god. Br. 9261, 28. novembra 1899. god. Br. 10533, 8. februara 1900. god. Br. 1017, 18. marta 1900. Br. 2605 na pr. optuženi je u suton bacio se ispred svojih vratnica na Iliju kamenom i razmrskao mu glavu toliko da je naskoro umro. Prvostepeni i Apelacioni Sud osude ga na 8 godina robije za delo zlostave sa nepredviđenom smrtnom posledicom. U primedbama I odeljenja Kasacionog Suda veli se: „Nije utvrđena namera optuženoga da Iliju zlostavi, već es na protiv ima uzeti da ga je udario u neodređenoj nameri (*dolus indeterminatus*) i po tome optuženi je krivično odgovoran za ono delo, koje je posledica njegove protivpravne radnje, a to je delo *ubistva*“. (Odluke str. 58.). Ili, kmet naređuje opštinskome služitelju da izbac i iz kafane jednoga pijanog. Ovaj vadi smrtonosan nož i udari kmeta u grudi usled čega mu nanese laku telesnu povredu. Prvostepeni i Apelacioni Sud osude ga za pokušaj ubistva jer je upotrebio smrtonosno oruđe a Kasacioni Sud nađe da je napad izvršen u neodređenoj nameri te otuda ne može

biti pokušaja ubistva, već je optuženi kriv samo za posledicu koju je proizveo, a to je laka povreda tela (str. 39.). Ili, tuženi je tužioca udario dva puta nožem u leđa. Prvo-stepeni ga i Apelacioni Sud kazne za pokušaj ubistva. Kasacioni Sud veli: „Apelacioni Sud pogrešno je našao u ovome slučaju pokušaj ubistva. Naprotiv, iz svega onoga što je utvrđeno isleđenjem ne da se *izvesti nesumnjiva namera za ubistvo* te da može biti kažnjen za pokušaj toga dela, nego po tome što je dokazano da se optuženik pre dela zavadio sa tužiocem i da su se uzajamno gađali kamenicama i najposle da je povodom toga optuženik udario optužioca kamenom, ima se uzeti da je delo izvršeno sa neodređenom namerom (dolus indeterminatus). Zato optuženik može biti odgovoran samo za posledice svoje radnje, a to je povreda tela“ (str. 12., 13.).

U ovome smislu moglo bi se citirati još nekoliko odluka. Protivljenje Apelacionog Suda nije u odbijanju principijelnoga svatanja o dolus-u indeterminatus-u i njegovoj kažnjivosti, koje ima Kasacioni Sud, već u tome što Apelacioni Sud uvek nalazi da postoji dokazan psihički elemenat – određena namera, upravo volja da se ostvari posledica za koju se optužuje.

Svatanje Kasacionog Suda jeste logično izvođenje teorije volje na koju je on stao definišući umišljaj. Da bi se jedna posledica nekome mogla uračunati kao umišljena, nužno je da je on nju pre ostvarenja hteo. Kad vinovnik predviđa samo jednu posledicu svoje radnje i njoj svojom radnjom direktno teži, onda je to određeni umišljaj. Ali kad on predviđa više posledica svoje radnje i hoće ih sve, hoće svaku pojedinačno i ne pravi razliku između jedne ili druge, kad se on zadovoljava samo ako jedna nastupi pa ma koja, onda se on može optužiti da je umišljeno ostvario samo tu posledicu, koja je faktički nastala, a ne i druge koje je samo zamišljao. Jer, čim je *samo jedna* od više mogućnih posledica hotena, pa jedna i nastupi, onda je u stvari volja definitivno iscrpljena, nje više nema, pa se otuda i ne može rasprostitirati na druge nenastupele posledice.

Praktična vrednost ovakvoga svatanja jeste u razlikovanju između povrede tela i pokušaja ubistva. U oba ta delikta materijalni elementi su istovetni. I u slučaju povrede telo je obranjeno, poremećen je njegov internitet, a to je isto i u slučaju pokušaja ubistva skopčanog sa povredom. Po materijalnome osnovu mi ova dva delikta ne možemo razlikovati. Otuda se moramo obratiti subjektivnim elementima krivičnoga dela, pa pitati: šta je vinovnik hteo svojom radnjom da ostvari. Ako je on hteo da proizvede smrt onda postoji pokušaj ubistva, a ako on to nije hteo, onda postoji povreda. Međutim, ako vinovnik u momentu radnje nije imao nikakvu određenu nameru, ako mu je bilo svejedno a ubio a povredio, ako je dakle jednako hteo i ubiti i povrediti, onda je on u stvari hteo onu posledicu koja faktički nastupi.

Sudovi i istražne vlasti, mahom kad hoće da utvrde pokušaj ubistva, ne obraćaju se ispitivanju subjektivnih elementa, ne istražuju volju vinovnikovu, pa da iznađu koju će mu posledicu uračunati, već vazda pomoću veštaka utvrđuju da li je oruđe kojim je delo izvršeno per se smrtonosno, da li je sposobno da proizvede smrt. Ako veštaci reku da jeste, onda se presuda izriče za pokušaj ubistva. Znamo slučaj da je osuđen za pokušaj ubistva čovek koji je udario protivnika malom tupom sekirrom po vratu i naneo mu laku povredu tela.

Ovakvo je postupanje apsolutno pogrešno. Nikakve solidne baze nema razlikovanje na smrtonosna i nesmrtonosna oruđa. I najmanjom iglicom može se čovek ubiti, ako se njome zgodno probije do mozga. I čovečijom pesnicom, pa čak u nekim slučajevima i čvrkom može se čovek ubiti. Bi li sad po tome trebalo osuditi za pokušaj ubistva svakoga koji udari drugoga pesnicom ili čvrkom? U izvesnim slučajevima svakako se mora voditi računa o kvalitetu oruđa, ali ono što je za pokušaj ubistva karakteristično nije upotrebljeno oruđe nego namera, volja, hotenje vinovnikovo. Kad ja nekome ljutom smrtonosnom kamom uzmem da otsecam nokte, pa mu na jednom mestu namerno zakačim parče mesa onda, jesam li izvršio pokušaj ubistva ili povredu tela?

Kasacioni Sud je sa svim u pravu što je stao uz teoriju volje za pojam umišljaja i tu teoriju dalje dosledno proveo. On je tumačio duh zakona koji je rađen po vrlo starim zakonicima, kada je jedino i isključivo vladala teorija volje. Osnova za to ima naročito u propisu § 41. K. Z. koji veli: da pokušaj zločinstva ili prestupljenja postoji tada, kad je vinovnik kažnjivo delo *hteo* da izvrši, pa to nije uspeo usled dejstva drugih okolnosti.

DRUGI DEO

Umišljaj – dolus

Glava prva TEORIJE O UMIŠLJAJU

Biće nesumnjivo jasno sa razloga koje smo u uvodu izneli i sa praktične potrebnosti pojma umišljaja u krivičnom pravu, da on, umišljaj, predstavlja jedan psihološki odnos vinovnika prema krivičnome delu. O njemu se može govoriti tada kad se čovek može okriviti za jednu posledicu.

Da bismo pravilno svatili umišljaj, mora se detaljnije ispitati kakav je, koje je prirode i kategorije onaj duhovni odnos vinovnika prema posledici.

U ovome pitanju susrećemo se sa dve osnovne teorije, koje se između sebe bore o pojmu umišljaja. To su teorija *volje* i teorija *prestave*.

Teorija volje je danas vladajuća teorija u pozitivnom zakonodavstvu, a ima većinu prestavnika i u nauci. Njezin najenergičniji branilac jeste prof. Hipel, a zatim Bar, Beling, Berner, Birkmajer, Burn, Finger, Helšmer, Huter, Lamaš, Olshauzen, Openhof, itd. Teorija prestave pak ima uza se mali broj ali najodličnijih kriminalista: Bekera, Lista, Franka, Lukasa, Lilijentala, Kolera, Tomzena, Hagena.

I. Teorija volje smatra da umišljaj postoji tada kad je vinovnik *svesno* i *voljno* ostvario posledicu. Da bi je ostvario svesno on je najpre mora predviđati, t. j. imati u svesti prestavu o posledici, radnji i kauzalnome toku njegove radnje. Ali to nije dovoljno. Pored predviđanja on posledicu mora još i hteti. Hotenje se mora odnositi na sva bitna obeležja krivičnoga dela, i sviju njih vinovnik prethodno mora biti svestan. Hipel veli: „Suština je umišljaja *volja* koja je upravljena na ostvarenje obeležja krivičnoga dela. Zastupnici ovoga gledišta saglasni su u tome da se mogu hteti samo one posledice radnje, koje se predviđaju, te otuda problem umišljaja za njih glasi ovako: kad se predviđane posledice radnje hoće, te su prema tome umišljene, a kad se one neće, te su neumišljene“. (Vorsatz, 487., 488.). Vajnrh veli: „Dolus je moment volje; on mora u sebi obuhvatiti sve stvarne momente, momente dela“ (Strafrecht 809.). Merkel (Lehrbuch 79.). „Kad se govori o umišljaju mora se ići dalje od onoga što se samo predviđa. Kad za koga tvrdimo da je umišljeno ubio čoveka, mi tada rečju „umišljeno“ ne obeležavamo samo ono što stoji van radnje, već u isto vreme kvalificiramo radnju kao izraz svesne ljudske volje“. Openhof (Strafgesetzbuch § 59, 1.). „Izuzev nehatnih prestupa i nekoliko drugih, mahom omisivnih delikata, za svako krivično delo nužno je *umišljeno* delanje t. j. volja da se ono ostvari. Krivično delo mora proishoditi iz te volje. To je opšta karakteristika krivičnoga dela a

ne samo tada kad zakon ovu umišljenost traži kao obeležje krivičnoga dela. Otuda nikakva radnja nije kažnjiva ako ona nije voljna radnja učiniočeva“. Olshauzen (Komentar § 59, 16.) „Pretežno mišljenje teorije volje definiše krivičnopravni umišljaj kao predviđanje i hotenje sviju obeležja krivičnoga dela“. Helšner (Strafrecht 227.) „Ono što je predvideo čovek ostvaruje hoteći i delajući. Posledica radnje nije uslovljena (određena) jedino ljudskom voljom, jer pošto se posledica javlja kao proizvod telesnoga pokreta to će ona biti takva kakva po prirodnim zakonima iz učinjenih pokreta tela mora postati, a ne takva kakvu bi je ljudska volja želela ili predviđala. Nastupanje predviđene i hotene posledice zavisi od tačnog poznavanja okolnosti pod kojima se dela, od poznavanja osobina snage koja se pustila u pokret, i od tačnoga rukovanja njome da bi dospela željenome cilju. Kad se u jednom slučaju ono što se htelo i ono što se dogodilo poklapa, kad se dakle dogodilo ono što se htelo, onda mi takav odnos posledice prema volji nazivamo umišljajem; ili, posledica je tada umišljeno prouzrokovana, kad je ona u celome svome prostranstvu, pa i način njenoga ostvarenja, bila najpre u volji učiniočevoj“. Berner (Lehrbuch, 120.) „Pod umišljajem mi razumemo volju kao stvarni (delajući) uzrok“⁵).

Za ovu je teoriju od vrlo velike važnosti razlikovanje između onoga što se *hoće* i onoga što se *želi*. Bar je to najizrazitije izložio. Evo toga izlaganja. (Dol. ev. 535, 536.). Glavno je pitanje u koliko se jedna određena spoljašnja posledica može pravno smatrati kao ostvarenje volje subjekta, koji je delao, jer odgovor u mnogo slučajeva nije lak pošto se češće desi da svršeno delo ima drugojačiji oblik nego što se htelo i započelo. Učinilac bi rado odbio od sebe posledicu tvrdeći da ona ne odgovara njegovoj volji, ali s druge strane njemu bi se moglo reći: George Dandin, „Tu l'as voulu“, „ti si hteo nešto iz čega je po opštem ljudskom svatanju morala proizaći posledica, koju si želeo izbeći, i koja ti je u najvećem stepenu nemila. Ali je ta posledica samo druga strana, naličje *onog* dela, koje si ti hteo, posledice za kojom si ti težio“. Fotografiju posledice svoga delanja nema niko u džepu.

Hotenje i želenje najčešće se susreću u jednoj posledici. Ali ih ipak treba strogo razlikovati. Ja *hoću* ono na čije nastupanje svojom delatnošću mogu imati ma kakva dejstva, dakle samo ono što ja mogu kauzalno proizvesti, ili tačnije rečeno, ja hoću samo ono za čije nastupanje imam predstavu o bar uzgrednom, sporadičnom kauzalitetu moga ja. Želeti pak mogu i ono na što nikakvoga kauzalnoga dejstva nemam. Po pravilu ja želim ono što mi je ugodno, što mi čini zadovoljstvo. Ako pak želim nešto što mi je samo za sebe neugodno, ja ga želim samo kao predhodni stupanj, kao srestvo za postignuće nečega ugodnoga, zadovoljavajućega. Na protiv,

5 Interesantno je ovde napomenuti da je g. Avakumović pri stvaranju pojma o dolusu gotovo prepisivao Bernera, jer je naveden isti tok misli i isti primeri kao i kod Bernera u § 66. str. 119. Ali on nije bio srećan da tačno razume Bernera. Berner je govorio o psihološkom procesu postanka umišljaja. On veli da kod učinioca postoji jedna najpre subjektivna potreba, koja je motiv njegovoga raspoloženja. Iz toga raspoloženja postaje odluka da se izvrši krivično delo izvesne vrste, na pr. krađa. Iz te generalne odluke stvara se *volja* da se izvrši jedno konkretno objiranje kase. Ta volja je obeležje umišljaja, a motivi za njen postanak indiferentni su. G. Avakumović je video da Berner unosi volju u obeležje umišljaja, ali nije mogao shvatiti šta Berner razume pod voljom. Otuda je pogrešno uzeo da je volja ono raspoloženje učiniočevo izazvano jednom potrebom, na pr. da nabavi sebi hrane kad je gladan. Zbog toga pogrešnog svatanja uneo je i takvu volju i radnju i nameru u pojam umišljaja, i najposle nije uspeo ništa upotrebljivo da stvori.

baš u običnome smislu reči, ja mogu nešto *hteti* što mi je po sebi neugodno, što ne želim. Ja hoću na pr. da se podvrgnem operaciji zuba i ako znam da će me boleti. Kod hotenja preteže *kauzalitet* (ili predviđanje kausaliteta, jer ja mogu hteti i ono gde je moja prestava o kausalitetu pogrešna). Ipak psihološki volja postaje iz želje. Ja nešto hoću, ili zato što ga želim, ili što mislim, predviđam (imam prestavu), da će iza toga ili uz to hoteno ali neželjeno nastupiti ono što želim i što mi je ugodno: ja se podvrgavam neugodnoj operaciji zuba s toga što se nadam da ću se tako osloboditi sadašnjih stalnih bolova.

Važan dakle zaključak jeste: *da se može hteti i ono što se ne želi*. Do ovoga istoga rezultata dolazi i Citelman, koji se starao da dubokom psihološkom analizom dokaže tačnost druge teorije, teorije prestave. Posledica radnje koja nam nije ni sredstvo ni cilj ne može se hteti.

Ali u etici i jurisprudenciji i ta se posledica, ako smo je samo svesno ostvarili, smatra kao voljna. Jer, ako se ne može reći da smo je *hteli* ne može se reći ni da je *nismo hteli*. Ta je posledica proizašla iz naše radnje; mi smo nju predviđali kao mogućnu i kad je *ne bismo hteli* ne bi ni radnju preduzimali. Otuda smo mi nju hteli uzgred sa drugom nekom željenom posledicom („mitgewollt“). Mi željenu posledicu bez ove neželjene nismo mogli hteti već ih mi ili hoćemo obadve ili nećemo obadve. One čine nerazdvojnu celinu koja se ne može pola hteti a pola nehteti. Ko se oženi prostitutkinom ćerkom ne može biti samo ćerkin muž nego i majčin zet. Ako bi on to odricao odgovorilo bi mu se: Znao si da je to nužna posledica onoga što si hteo i sada snosi konsekvence: *tu l'as voulu*, George Dandin !

II. Teorija prestave svodi pojam umišljaja na *predviđanje* kausalnog odnosa između radnje i posledice. Prestavnici te teorije vele da je volja nešto neodređeno, kolebljivo i unošenje toga pojma u krivično pravo bilo bi opasno. U mesto hotena svih obeležja krivičnoga dela za pojam umišljaja dovoljno je *predviđanje*, prestava posledice, ili saznanje (Kennen) svih obeležja krivičnoga dela.

List (Lehrbuch 171.) veli da je umišljaj predviđanje posledice koje prati ostvarenje volje, ili tačnije prevedeno: umišljaj postoji tada kad se pri ostvarivanju volje predviđa posledica (Vorsatz ist die Willensbethätigung begleitende Vorstellung des Erfolges)⁶). Da bi umišljaj postojao nužno je da vinovnik ima prestavu o ostvarenju volje t. j. o radnji koju će voljno preduzeti, da predviđa posledicu t. j. sva obeležja konkretnoga krivičnoga dela, i da predviđa kausalni odnos između ostvarenja volje i posledice.

6 Srpski prevod Listovoga udžbenika je sa IX izdanja. Nije nam pri ruci nemački tekst da bi videli kako je glasilo, ali ipak verujemo da on u sebi nije sadržao onaku besmisleni definiciju kakvu srpski prevod sadrži. Tamo se na str. 185. veli: „*Umišljaj je prema tome predviđanje protivpravne posledice ostvarenjem prouzrokovane ili nesprečene volje*“. Umišljaj je predviđanje posledice ostvarenjem volje, t. j. kad ostvarenje volje predviđa posledicu onda postoji umišljaj. Ostvarenje volje pak to je radnja, telesna akcija čovekova, jedan mehanički učin koji ne može da predviđa ni da ne predviđa posledicu. Nju predviđa ljudska svest ona ista koja predviđa i samu tu radnju, t. j. to ostvarenje volje. U definiciji se dalje govori o nekakvoj „prouzrokovanoj“ i „nesprečnoj“ volji. Ali nismo u stanju pojmiti šta je to.

Frank, tvorac imena teorije prestave, ali koji ipak stoji na sredini između teorije volje i teorije prestave, veli: (Strafgesetzbuch, 126., 127.). „Dolus je saznanje (Kenn-tniss) bitnih zakonskih obeležja krivičnoga dela koje prati ostvarenje volje“. Pod tom pretpostavkom vinovnik je kriv za svoje delanje s toga što ga predviđanje posledice nije *uzdržalo* od delanja, što prestava posledice nije imala uticaja na formiranje volje, kao što pravni poredak očekuje. Umišljaj se dakle karakteriše time što vinovnik izvesne prestave ne uzdiže na stupanj odlučujućih otpornih motiva.

Zašto prestavnici teorije prestave odbacuju teoriju volje?

1. List veli (Lehrbuch 171.) da je to nasilje nad običnim smislom reči (Verge-wältigung des Sprachgebrauchs) kad se tvrdi da se mogu „hteti“ i one posledice koje se ne žele, pa su čak šta više neugodne. Da je ovaj prigovor netačan, mi smo videli još ranije, izlažući mišljenje Bara i Citelmana. Ako je jedna posledica takva da nam je ona sama za se neugodna, ipak je mi možemo hteti tada kad se ona pojavljuje kao srestvo za postignuće cilja koji nam je prijatan i koji nesumnjivo možemo hteti. Ko hoće cilj mora hteti i srestvo koje cilju vodi, ma da mu je ono neugodno. Hipel vrlo zgodno odgovara: „Jedna dama kupi žuđeni šmuk i pored toga što je srce boli za velikom sumom novaca koji je za njega dala. Je li ona *htela* da za njega dâ novac? I to, svakako jeste! A kako joj je taj izdatak bio neprijatan! Ko ovde poriče hotenje izdataka on vrši nasilje prema običnom smislu reči, a ne onaj ko ga priznaje“. (Vorsatz S. 503.).

Frank (Z. – X – S. 199/200) veli da je izraz „hteti“ potpuno neodređen i pravno neupotrebljiv. Kad na pr. hoću svome prijatelju na strani da javim kakvu novost, ja bacim poštansku kartu u sanduče. Šta ja tu hoću? Hoću li pokret ruke ili ubacivanje u sanduče, ili da javim novost? Radi putovanja u Petrograd ja se popnem u voz. Hoću li ja da putujem u Petrograd, ili da uđem u vagon, ili da se ispnem na prvu, na drugu stepenicu ili najzad samo nogu da dignem? Ali sâm Frank na to daje i odgovor: ja hoću *sve* ove momente. Iz ovih se primera može izvesti samo jedan zaključak: u običnome se govoru veli da se hoće krajnji cilj, ali se isto tako hoće i sva srestva koja tome cilju vode. Od kuda tu nejasnost sadržine hotenja?

2. Beker, Citelman, Frank a ranije i List tvrde, da ono što se hoće nije *posledica* nego *radnja*, pokret tela, a posledica treba samo da se predviđa kao rezultat te radnje. Ovo se nalazi u srpskom prevodu Listova udžbenika (str. 185. pr. 2.), ali je već u 14. nemačkom izdanju napušteno, pa ga je napustio i Frank u svome komentaru.

Radnja kao celishodan fizički pokret tela ne preduzima se besciljno, sama za se a kao uzgred predviđa se posledica. Naprotiv, predviđanje da samo takva radnja može ostvariti ovu posledicu, određuje karakter preduzetoj radnji. U prvom se redu hoće posledica i radnja je upravo samo spoljna manifestacija volje za posledicom. Suprotno tvrđenje vodi našoj narodnoj pošalici: nisam te ja udario nego moja ruka.

Tvrđenje, da se hoće radnja a ne posledica, odvelo bi dotle, da bi za umišljaj bio karakterističan samo svestan kauzalni odnos između radnje i posledica, dakle dva gotovo realna fenomena i da otuda umišljaj ne bi bio psihički odnos vinovnika prema posledici. Najzad kako se i kod nehatnoga, pa i kod slučajnoga delanja, hoće radnja onako isto kao i kod umišljaja, između njih bi po teoriji prestave ostalo kao razlika samo nepredviđanje i predviđanje posledice. A kako se kod svesnoga nehata

posledica takođe previđa kao mogućna, to bi onda pojam umišljaja morao obuhvatiti i svestan nehat.

Predstavnici teorije prestave dobro osećaju slabost svoje teorije. Samo predviđanje posledice radnje nije nikako u stanju da dâ pojam umišljaja, a naročito ne može da ga ograniči od nehata. Beker, Citelman i Hopen (Vorsatz 171–179.) ne zadovoljavaju se samo predviđanjem posledice, već ono treba da je praćeno i sa nešto *izvesnosti*, uverenja vinovnikovog da će posledica nastupiti. Po stupnju izvesnosti razlikuje se umišljaj od svakog nehata. Ali niko nije pokušao da utvrdi stepen izvesnosti nastupanja posledice kojim bi se umišljaj karakterisao. Bez toga pak cela je ova kombinacija praktično neupotrebljiva. Kad se jedna posledica predviđa samo kao mogućna, onda ona može biti ostvarena i umišljeno i nehatno. Tu je stepen izvesnosti za vinovnika jedan isti. Posledica se takođe za oba slučaja predviđa.

Na graničnoj liniji između umišljaja i nehata slomila se teorija prestave. Nju su tu napustili njeni najvažniji predstavnici: Frank i List.

U polemici protiv Burija (Z. – X – S. 221.) Frank utvrđuje da umišljaj postoji tek tada ako je prestava posledice imala za postanak volje *kauzalno kreirajuće dejstvo*. Sâm, dakle, predviđanje posledice nije dovoljno. Uz to treba da dođe i naročito psihičko raspoloženje koje ta predviđana posledica stvara, pa tek da se dobije pojam umišljaja. A u životu i psihologiji se za ono što svojom prestavom izaziva odluku volje kaže da se *hoće*. Prema tome izlazi, da se umišljaj karakteriše hotenjem posledice, a da bi se nešto moglo hteti o njemu se mora pre svega u svesti imati prestava.

List (Gutachten S. 113.) takođe govoreći o definiciji svesnog nehata, priznaje da se ni umišljaj ni nehat ne mogu karakterisati samo predviđanjem ili nepredviđanjem posledice, već jednim psihičkim momentom koji uz to dolazi. To je kod umišljaja *saglašavanje* (Einwilligung) sa posledicom. „Pojam nehata mora se rasprostriti i na slučajeve u kojima je vinovnik posledicu koju predviđa kao mogućnu *odbijao* (abgelehnt)“.

Glavni predstavnici teorije prestave priznaju elemenat volje za karakteristiku umišljaja. Oni traže da radnja koja je kauzalna za posledicu i čija se kauzalna veza predviđa, mora biti *voljna* radnja, ostvarenje volje, hotenja. Pri razlikovanju umišljaja i nehata oni svestan nehat razlikuju od umišljaja po tome što se kod nehata posledica *neće*. Otuda, kao što Hipel na nekoliko mesta konstatuje, najviđeniji predstavnici teorije prestave u stvari usvajaju teoriju volje.

Najlepšega izraza ovoj misli daje Frank (Strafgesetzbuch 127, 128.). On veli: „Između teorije volje i teorije prestave postoji samo jedna formalna suprotnost. Jer, niti teorija prestave može odbaciti volju, niti teorija volje prestavu. One obe pitaju: kad je volja kriva? Teorija volje odgovara: kad je bila upravljena na ostvarenje izvesnih fakata; a teorija prestave: kad je prate izvesne prestave. Teorija prestave formalno dolazi na elemente za stvaranje volje, a stvarno to čini i teorija volje“.

3. Beker, Citelman, Lilijental i Hagen pokušali su da dokažu da između predviđanja i hotenja po sadržini nema razlike. Za umišljaj je dovoljno hotenje radnje i predviđanje posledice. Kad ko *hoće* radnju čiju posledicu predviđa, on istovremeno *hoće* i posledicu, jer kad nju ne bi hteo, onda ne bi hteo ni radnju, koja će, kao što on predviđa, posledicu ostvariti. Delanjem on izražava svoje *saglašavanje* sa posle-

dicom. Otuda je izlišno isticati naročito hotenje posledice. Misao da je vinovnik *hteo* radnju i posledicu izražava se i drugim rečima: da je on radnju *hteo*, a posledicu predviđao. Kad ta dva elementa idu zajedno onda nigde ne treba isticati hotenje posledice. (Hippel, Grenze 31.).

I prestavnici teorije volje tvrde da se može hteti samo ono o čemu se ima prestava. Otuda je apsolutno svejedno reći: ja sam posledicu *hteo* ili: ja sam predviđao posledicu kao učin moje radnje.

Na kraju krajeva sve je dakle ipak svedeno na volju, na hotenje posledice, ali se volja svodi na njezine motive. I u tome je ostalo još jedino razlikovanje između ove dve teorije⁷).

III. Delikventi se kažnjavaju ne zbog egzistencije ovakve ili onakve volje kod njih, već s toga što su povredili jedno pravno dobro. Krivičnom je pravosuđu cilj da ta dobra zaštiti i ono nema razloga da stupa u akciju sve dotle, dok pravna dobra u opasnost ne dođu. Ali s druge strane i tada kad je jedno konkretno pravno dobro povređeno opet, kao što smo videli, krivično pravosuđe nema razloga da dejstvuje, ako se jedno lice ne može okriviti za tu povredu. Čovek pak za jednu povredu pravnih dobara može biti okrivljen tada kad postoji kauzalna veza između njegove volje i posledice. U volji, u hotenju posledice, mora ležati pojam umišljaja.

Prestava jedne posledice pobuđuje nas na akciju da je ostvarimo samo tada kad mi tu posledicu hoćemo. Predviđanje posledice kao mogućne pri našem delanju postoji i tada kad je nećemo. Na pr.: kad mi predviđamo posledicu kao mogućnu, ali se nadamo da ona neće nastupiti, i ta nada opredeljuje nas na delanje, ili kad je predviđamo kao mogućnu pa ipak delamo zato što je primamo, pristajemo na nju baš i ako nastupi. U oba se slučaja dakle posledica predviđa. Pa ipak, smemo li u oba slučaja reći da je vinovnik podjednako kriv? U jednom slučaju on posledicu nije *hteo* i nada da ona neće nastupiti bila je pokretač njegovog delanja; u drugom slučaju on posledicu hoće, prima ako nastupi i nada da posledica neće nastupiti nije bila odlučujući momenat za njegovo delanje. Opšta je saglasnost u nauci da se ova dva slučaja moraju podvojiti, jer su kod njih različiti stepeni krivice. Prvi je slučaj svestan nehat, a drugi eventualni umišljaj. Nije to dakle predviđanje posledice koja umišljaj karakteriše, nego njeno *hotenje*, volja da se posledica ostvari.

Netačno je tvrđenje da je predviđanje posledice uz hotenje radnje to isto što i hotenje posledice, da se dakle u tome slučaju predviđanje posledice i njeno hotenje slažu, znače jedno isto. Ima momenata kad se hoće radnja, a predviđana mogućna posledica iz te radnje neće se. To je slučaj kod svesnog nehata. Vinovnik hoće radnju. Predviđa posledicu kao mogućni rezultat te radnje i nju *neće*. Predviđanje i hotenje ne poklapaju se.

Teorija prestave izvrće naopako svojim tvrđenjem o hotenju radnje prirodni psihološki red u procesu postanka volje. Šta se primarno hoće: radnja ili posledica? Mi se nikad ne odlučujemo na besciljnu radnju. Mi pre svega moramo znati

7 Pokušaji, koje su činili Majer, Lefler, Miriška i Kolrauš da dadu samostalna gledišta o dolusu, nisu uspeli. Ukoliko pozitivno vrede, oni se u glavnom naslanjaju na ova dva gledišta.

šta hoćemo. Hotenje posledice jeste primarno psihično raspoloženje. Tek posle toga dolazi izbor radnje koja će biti podesna da željenu posledicu ostvari. Hotenje radnje je sekundarno psihološko raspoloženje. Ja nisam, da uzmemo Frankov primer, najpre hteo da bacim jednu kartu u poštansko sanduče, pa mi po tom palo na pamet da tom kartom mogu javiti kakvu novost mome prijatelju, već sam ja najpre hteo da to prijatelju javim. Kad sam se na to odlučio, ja sam, možda posle razmišljanja od nekoliko sati, odlučio da to učinim pišući jednu poštansku kartu i bacajući je u poštansko sanduče.

Ono što hoću moram najpre predviđati. I posledicu koju hoću moram najpre predviđati. Otuda je ovo red psihičkih momenata u procesu postanka volje: 1. predviđanje posledice; 2. hotenje posledice; 3. predviđanje radnje i kauzalne veze između te radnje i posledice; 4. hotenje te radnje.

Može li ovo sekundarno hotenje da potisne primarno hotenje? Radnja se javlja kao srestvo za postignuće cilja – posledice. Ko hoće cilj bezuslovno mora hteti srestvo. Otuda svako hotenje posledice u sebi sadrži i hotenje radnje kojom je ta posledica ostvarena. Ali, pošto nastupanje posledice ne zavisi samo od nas već i od kompleksa kauzalnih sila van naše ličnosti, to hotenje srestva ne znači uvek hotenje posledice. Teorija prestave koja na toj postavci počiva i logički i psihološki je pogrešna.

Frank nema prava kad tvrdi, da se umišljaj karakteriše time, što izvesne prestave vinovnik nije podigao na stupanj otpornih motiva delanju. On ni kod svesnog nehata isto tako ne podiže predviđanje posledice na stupanj otpornog motiva delanju. Frank pogrešno tvrdi: kako teorija prestave ustvari ne govori o prestavama kao o prestavama, već kao o motivima za postanak volje. Motivi za postanak volje nisu samo prestave posledice. To je samo jedan od motiva.

Volja je jedna psihološka akcija, koja se javlja kao rezultat borbe prostih i asocijativnih prestava u našoj svesti. Mi suštinu volje upravo ovako shvatamo: spoljašnji svet, i konstitucija našega organizma kao celine, vrši nadražaje preko perifernih na centralne organe našega nervnog sistema. Ti nadražaji stvaraju u našoj svesti proste prestave, koje ostaju u svesti i mogu se pojavljivati docnije u osustvu novih nadražaja. Proste prestave mogu se opet povodom kakvoga spoljašnjega ili unutrašnjega nadražaja spajati, grupirati i davati nove, asocijativne prestave. Jedna prosta ili jedna asocijativna prestava, u borbi koja se među prestavama neprestano vodi, može da preovlada, te se tako stvori pobuda ili potreba jedne psihološke akcije, t. j. dejstvovanje centralnih nerava na periferne, a ovih opet na kretanje naših mišića, naše fizičke snage. Volja je upravo reakcija našega nervnog sistema na spoljašnje i unutrašnje nadražaje njegove. Ona kao neki unutrašnji, apriorni spontanitet ne postoji.

Motivi za opstanak volje jesu prestave, ali ne samo prestave koje bi dolazile usled spoljnih, ili samo usled unutrašnjih nadražaja, nego apsolutno sve. Otuda su prestave posledice radnje samo jedan deo od motiva za kreiranje volje, a otuda su opet one same sobom nedovoljne da zamene pojam volje.

Pristalice teorije prestave greše kad tvrde: kako se ne može hteti ono što se ne želi. Pitanje je postavljeno ovako: volja se kreira dejstvom prestava. Prestava neželjenoga ne može nikad izazvati akciju volje, t. j. ne može proizvesti psihološ-

ko žuđenje da bude ostvarena. To je tvrđenje tačno, ali samo u jednome slučaju: kad bi nekad u svesti bila mogućna egzistencija jedne jedine prestave. Tako što pak nemoguće je. Sa prestavom one neželjene posledice konkuriše veliki broj prostih i asocijativnih prestava koje se žele, i u kompleksu željenih može se hteti i jedna neželjena posledica.

Ako je cilj kaznene primene i celokupnoga krivičnoga pravosuđa da zločinca vrati popravljenoga u ljudsko društvo, ili da ga kao nepopravimog u interesu društvene bezbednosti ukloni, onda se primeni svega toga može naći opravdanost samo tada, ako su *psihološke osobine* zločinčeve takve, da dopuštaju formiranje volje za povredama pravnoga poretka. Kazna njih treba da popravlja.

Te psihičke osobine daju sebi izraza, pokazuju se virtuelne i za pravni poredak važne s toga, što vrše unutrašnje nadražaje nerava i prema tome delaju kao motivi za formiranje volje.

Umišljeno je delanje normalno zločinačko, krivičnopravno delanje. Zločinačko delanje, da bi primeni kazne bilo mesta, mora takođe biti izraz psiholoških osobina vinovnikovih. Da pak zločinačko delanje može to biti, ono mora da je proizvod volje, jer su samo preko volje, preko određene nervne akcije, mogle psihološke osobine imati uticaja na mišićne pokrete i prema tome biti kauzalne za posledicu. Nemoguće je ma kakvo neposredno dejstvo karakternih psiholoških osobina na pokrete našega tela i preko njih na proizvođenje posledice. To dejstvo može biti samo putem nadražaja nerava, koje stvara u svesti prestave, iz borbe prestava formira se akcija volje, koja opet preko nerava daje impuls za fizičke pokrete tela i za proizvođenje posledice.

Sa ovih razloga krivično pravo mora tretirati svako umišljeno delanje samo kao voljno delanje. Bega li ono od toga da jednu posledicu oglasi kao proizvod volje vinovnikove, onda ono nema mogućnosti da dokaže da su psihičke osobine vinovnikove takve, da ih je nužno izvesnim merama preobražavati ili vinovnika iz društva eliminisati, u interesu društvene bezbednosti.

Kad se to pak ne može utvrditi, onda na što primena kazne, van ako ona neće da bude prosta osveta zato što je krivično delo učinjeno?⁸

8 Vrlo je interesantno izlaganje o slobodi volje u najnovijoj knjizi, udžbeniku austriskog krivičnog prava od K. Štosa (Allgemeiner Teil. Erste Heft, S. 27–29.). „Po monističkome svatanju postoji prirodno *jedinstvo između duha i tela*. Po ovome svatanju naše duhovne funkcije jesu funkcije mozga. Otuda i duhovno biće čovečije potpada pod zakon kauzaliteta, koji je opšti, nepromenljivi prirodni zakon; čovek dela samo onda kad postoje *uslovi*, razlozi za to delanje. Kad bi uslovi (pogodbe) delanja čovečijega bile poznate količine, onda bi se svako čovečije delanje moglo unapred matematički proračunati.

Ovakvo svatanje odgovara našem iskustvu i mi ćemo do njega doći ako posmatramo kako čovek dela pod datim okolnostima, bilo dobrim, bilo rdavim. Svako će reći: „Ja ovako radim i drugojačije ne mogu“. A što ne reče: „Ja ovako radim i drugojačije neću?“ Ne može, jer delanje čovekovo zavisi od njegovih motiva. Njegovo delanje proishodi iz motiva, ono je rezultat motiva, ono je prema tome *nužno*, isto tako kao što je u svetu stvarnom svaka posledica nužni proizvod jednoga uzroka. Time još nije rečeno da su motivi čovekova delanja podložni zakonu koji je potpuno identičan sa kauzalnim zakonom. Mogu li se ja savladati, mogu li primorati samoga sebe da delam ili da nedelam, tako da motivi stvore jedan upečatak, ali im ja ne dam da van mene, preko mene, delaju na spoljašnji svet?

Mi smatramo da mi do izvesnoga stepena imamo motive u svojoj vlasti. Ja dopuštam sebi da radim, dopuštam sebi da idem, ja sam, ako mi je samo duh i telo zdravo, *gospodar* nad motivima. To mi nazivamo *moralnom snagom*. Ali svaka snaga, da bi mogla delovati, mora najpre postojati. Motivi proishode dakle iz jednoga izvora, koga je Kant nazvao kategoričkim imperativom, iz *karaktera*, čiji je puls savest. Karakter je komplikovana pojava, on je delom *nasleđen*, a delom stečen najraznovrsnijim dejstvima u životu.

Poslednje je pitanje: možemo li mi sami uticati na naš karakter? To je ujedno i poslednja, jedino mogućna naša sloboda. Ja sam pristalica takve slobodne volje, ma da je i ona možda iluzija.

Normalan će čovek imati snage da se odupre želji za zločinom, ako mu tu snagu da njegov karakter. Otuda je od osobite važnosti vaspitanje dece kao prepreka zločinu.

Kad ko učini delo koje je zakon oglasio za zločin, on time otkriva jednu pogrešnu stranu, jednu slabu crtu svoga karaktera. Pa je li sad zadatak države da preobražava lažni karakter vinovnikova i da tako uklanja uzrok zločinu? To će se sa uspehom moći činiti jedino tamo gde po prirodi čovekov karakter još nije definitivno razvijen i učvršćen, dakle u mladosti. Kad je pak vinovnik sasvim odrastao, onda nije jedini zadatak države da preobražava njegov karakter, jer je taj zadatak neizvodljiv.

Sudija tada veli odraslome vinovniku: Ti si kriv za ovaj zločin i za to ćeš biti kažnjen. Vinovnik pita: Pa u čemu je moja krivica? Šta ja sad mogu što sam takav? Ovo je delo bilo nužna posledica karaktera. Sudija odgovara: Kao građanin i član društva znao si da je takvo delo zabranjeno. Ti si svoju dužnost prenebregao i opšti interes zahteva da na nju budeš opomenut i da iskušiš kako takva dela država neće da trpi. Pravo ti pokazuje da tvoje delo ne odobrava, time što ti stvara zlo koje je ravno delu. Na to vinovnik prigovara: Ja se dakle kažnjavam za delo koje sam morao činiti; ja onda u stvari služim državi kao sredstvo samo za njezine ciljeve. A sudija mu onda odgovara: Kad ti sad ne bi bio kažnjen, ti bi rekao: šta me se tiče država? Činim ja što hoću. Pa bi onda činio nove zločine, pa bi tako radili i drugi ljudi. Evo, s toga ti moraš da otrpiš muke koje ti je pravo dodelilo.

Štosova koncepcija slobode volje zaista je iluzija. Kako mi možemo uticati na naš karakter? Možemo jedino tako, što smo zaključkom svoga razuma uvideli pogrešne karakterne crte i poznali sredstva kojima ćemo ih preobražavati. A šta je to zaključak razuma? U stvari ništa drugo nego jedna asocijativna prestava, kompleks mnogobrojnih drugih prestava, i ta asocijativna prestava dela sad kao zaseban motiv na formaciju volje. Ni u tome razumnom uticaju na karakter nema dakle ničega spontanoga, nekauzalnoga.

Pogrešno mi se čini i ono izdvajanje ljudskoga delanja ispod opšteg zakona kauzaliteta. To Štos čini s toga što pod motivima za postanak volje razume samo one prestave koje su postale spoljašnjim nadražajem nerava. To, međutim, nije tačno. Mi u svesti imamo prestave i isto tako od unutrašnjih nadražaja nerava, koje nam se pojavljuju kao potrebe ove ili one vrste. I te su prestave takođe motivi. I karakterne osobine, bilo nasleđene, bilo stečene, nisu ništa drugo nego motivi. Opšti zakon kauzaliteta vredi dakle potpuno i za ljudsko delanje.

O slobodi volje može se govoriti samo ako se pretpostavi podela čoveka na dušu i na telo. Mi imamo prava tu podelu danas nazvati smešnom. Čovek je jedno jedinstvo materije. Ali on je jedno komplikovano jedinstvo, koje sam danas još ne razume kao što uopšte ne razume proces života. Ono što on u njemu zapaža, to je većito kruženje materije. A da je materija podloga svake životne funkcije, dokaz je to, što sa poremećajem materijalne organizacije propada ceo život. Pristalice slobodne volje mogu tvrditi da tada duša ide na nebo. Mi nemamo razloga ni mogućnosti da je tamo tražimo i ispitujemo. Na zemlji postoji većito kruženje materije, koje podleži zakonu kauzaliteta. Ničega nekauzalnoga, pa ni nekauzalne ljudske volje.

*Ireen CHRISTINE WINTER, Ph.D.**

Senior researcher at the Institute for Criminology and Criminal Law,
University of Vienna

THE NEW LEOBEN INSTITUTE OF JUSTICE – A MODEL ON TRIAL

“Full Prisons,” “No Rooms Free in Lockup,” “The Austrian Prisons are Ripping at the Seams” – These kind of blunt headlines are regularities in the yellow press. Academia and legal firms are talking about “overfilling becoming the universal norm.” In March 2008 approximately 8,800 people were incarcerated in Austrian correctional facilities; in May, 2006 it reached over 9,000 people. In light of the Austrian population of 8.3 Million, this means there were 105 inmates for every 100,000 citizen in 2007. In Germany the rate reaches 95 and Switzerland only 83 inmates per 100,000 residents.

The Austrian Federal Ministry responded to the long standing critique against the inadequate detention conditions in overfilled penal institutions by building a new, larger prison as part of Justice Center in Leoben with an integrated local and regional court as well as a district attorney’s office. The prison complex in Styria – built on the foundations of the run down Dominican monastery, which had been used as a prison since the 1950s — was awarded the Austrian Architecture Prize and was opened and fully operational in March 2005. Since then it is been as the most secure and modern Prison institution in Austria.

DARK AND CRAMPED QUARTERS GIVE WAY TO BRIGHT AND CLEAR INTERIOR DESIGN

As a result of the move to the new building, the accommodations for inmates and employees have changed drastically. Lightless, crowded rooms, low hallways and cells with tiny windows close to the ceiling gave the old prison the classic image of a conventional, dreary jailhouse from 1900. One of the main problems was the predominant use of six-person prison cells, which was far from meeting the current engineering standards. The new complex distinguishes itself through its pavilion-like construction and transparent fundamental structure (industrial glass), which is reminiscent of a modern urban-development on a smaller scale. Systems of glass tunnels, compact administration and supply systems as well as neighboring

* ireen.friedrich@univie.ac.at

visitation and detention facilities create a symbiosis of imprisonment and everyday life on multiple floors. The maximum capacity of the new prison is 205 inmates (men, women and teenagers with detention terms up to 18 months), which exceeds the capacity of the old building (128 inmates) by 60%. The entire complex, all 166 rooms plus the neighboring court and district attorney's office reflect an investment of approximately €46.7 million. Among other things this was made possible by the fact that the justice administration set new service-oriented correctional standards when it comes to the formal requirements of detention facilities. For the first time in Austria the topic of "Art and Construction" in Prison was taken into consideration. The range of rooms is meant to be value-oriented, providing "the most freedom of movement for the inmates within the confines of imprisonment." Multifunctional and flexible furniture with personal shower facilities verify these intentions.

ART IN ACCORDANCE WITH THE HIGHEST OF SAFETY PRECAUTIONS

A great portion of this new interior design concept consists of the variety of artistic innovations, which were included in the planning of the prison, thanks to well-known artists who chose to work on the project. These artists produced different functional pieces and creative artwork, inside and on the façade of the prison, e.g. woodwork, wall murals, courtyards and indoor objects, all fashioned under strict surveillance. The new prison therefore reaches the most modern technical safety standards: digital, time-synchronized audio/video-surveillance and sluices as well as transponder closing mechanisms, which have replaced conventional keys. Moreover, the guards can now open and close doors with the click of a mouse. Another important factor is the installation of separate courtyards, in which the inmates cannot see from one into the other (separated by section), with one courtyard situated on the secured rooftop. This concept is also a unique novelty in prison architecture.

RESULTS OF AN EMPIRICAL INVESTIGATION

A comprehensive evaluation study (PhD) of the inmates' and overseers' situation before and after the move shows just how much the detention circumstances have changed structurally and what advantages and disadvantages have become clear by directly comparing the two institutions. The data was collected in three phases, in which standardized written questionnaires were conducted among the all inmates and overseers present on the day in question. The anonymous and voluntary questionnaires were issued both before (first phase) and after (second phase) the move to the new institution. The inmate response rate to the first enquiry was pleasingly high at approximately 76% (n=97 of 127). Among the wardens present on the day of the questionnaires, the response rate reached 100% (36 of 36). Despite the increase in numbers of inmates (from 128 to 165 inmates) in the new building, the rate of feedback in the second phase only reached 44% (73 of 165 total); the overseers remained at 100% (33 of 33 total). For each group of participants the writ-

ten questionnaire included five sets of questions, separated into A. Inmate accommodations, B. Education opportunities, C. Help and treatment measures, D. Free Time and E. Overall prison climate. In addition, six months after the second written questionnaire, standardized interviews were conducted with 10 inmates and overseers (third phase).

All in all, both groups from the new institution concur that there has been a significant improvement of accommodations and consequently of the inmates' personal quality of life. In fact, the implementation of single prison cells with personal showers was highly praised by all participants. In the old prison there were many complaints about warm water shortages in the group showers. The condition of the walls, floors and doors (indoor view) in old prison building was given a D grade by the inmates and a C- by the staff, whereas the interior design of the new institution was given an A- on average. For instance, in the old penal institution 75% of the inmates and 44% of the overseers wanted more daylight, whereas in the new institution only 2% of the inmates and none of the overseers felt in need of more daylight.

INTERIOR DESIGN

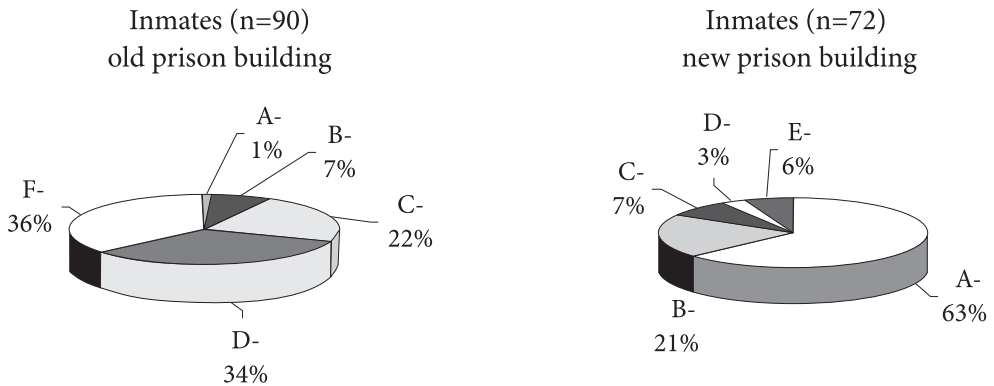


Fig. 2: Ø Grade: D Fig. 3: Ø Grade: A-

The questionnaire regarding reactions to the implementation of visual art in the prison yielded enlightening results. Both in the written and in the oral questionnaire the majority of the inmates found the addition of artistic to prison life to be “good” while the prison staff was rather critical and restrained. When asked why, it became clear that the majority of the staff interpreted the term “art” quite differently and partially saw it as a “waste of money.” However, approximately 90% of the staff and 60% of the inmates stated that the artistically designed visiting areas are “very good” or “good.”

The last set of questions had to do with how environment is experienced in the new prison. Many inmates felt that they were much better treated by the staff in

the new institution, and even stated that there were fewer conflicts and arguments among inmates. According to all those questioned, this is due to the implementation of single cells. These provide the inmates with opportunities for retreat, creating more personal privacy. The mood among the inmates is much less heated than in the old prison. In the new institution there is much more recreation space and room to keep out of each other's way. All wardens stated that the overall more generous accommodations in the new prison lead to relaxation and a lessening of aggression among the inmates, but also helped with their relationship to the staff, although 46% of the inmates stated that the behavior of the inmates towards each other was "very good" or "good" in the old institution. However, 65% of the inmates see the inter-inmate relations in the new prison as "very good" or "good".

TECHNOLOGY CANNOT REPLACE PEOPLE

The new prison in Leoben is groundbreaking in its construction. Architecture as a supporting element, art as part of public (free) life, even in prison, as well as security inside and out combine to form the foundation of this prison concept. The efforts of the justice department to develop humane detention facilities, as close as possible to life in freedom, have been realized very positively here. The results of empirical studies have shown that designing interior elements in a violence-preventive fashion has a positive effect on the overall prison climate, among the inmates for one, but also among the overseers. Besides the construction of high quality living and detention facilities, the supervision of the inmates by trained staff should not be forgotten. The questionnaires indicate that it personal contacts are important to the inmates. The accommodations make a significant difference in the inmates' well being and therefore support the maintenance of a relaxed atmosphere (also an important security factor). The overseers are the only contacts to the "outside," besides the staff of social services and psychotherapy.

In conclusion, a combination of supportive interior design, security technology and supervision by personnel – opposed to restrictive detention – is a step in the right direction. The available technology and architecture should support and complement the work of the overseers in a meaningful way and not replace them by isolating the inmates completely. This seems to be becoming increasingly difficult in the new institution since the number of overseers has stayed the same even though the number of inmates has risen drastically at the same time. In 2005, the overseer/inmate ratio was 1:2.35 and in 2007 it was 1:3.76. Therefore it is important to make sure that the positive concept of the institution doesn't backfire. Because of the lack of personnel, the non-use of the new costly resources (sports facilities, educational facilities, computer rooms) could cause financial difficulties.

It is therefore a matter of time before it becomes clear how Austrian prison construction will continue in light of rising imprisonment rates. The progressive beginnings and courageous innovations in the new prison in Leoben should be taken into account and expanded when planning the construction of further penal institutions. In "therapeutic detention" It would be desirable that high security mechanisms and

digital surveillance systems do not cause a shortening of personnel. It is an undisputed fact that even the best technology cannot replace people. When incarceration is necessary by law, the constant improvement of accommodations should be the main objective, as in the case of the Leoben “model institution on trial.”

References

- CPT Report, 21.7.2005, Abs. 69, Austrian Part 14–23 April 2004.
- Friedrich, Modernisierungsprozesse im österreichischen Strafvollzug aus der Sicht von Straftäter und Justiz – Eine empirische Studie am Beispiel der JA Leoben. Reihe der österreichischen Strafverteidiger 2008.
- Grafl u.a., Kriminalpolitische Initiative, Mehr Sicherheit durch weniger Haft!, Juridikum 2/2005, 66.
- Walmsley, World Prison Population List 2006, 2, UK, Home Office Research, Development and Statistics Directorate, London 2006.
- Zinganel, Real Crime, Architektur, Stadt & Verbrechen, Wien 2003.

Dr Ireen CHRISTINE WINTER

Viši saradnik na Institutu za kriminologiju i krivično pravo,
Univerzitet u Beču

NOVI INSTITUT PRAVDE U LEOBENU – PROBNI MODEL

Rezime

U poslednjoj deceniji u Austriji je došlo do naglog porasta zatvoreničke populacije koja je u jednom trenutku obuhvatala broj od oko 9 000 ljudi. Kontinuirano povećanje broja osuđenih lica bilo je praćeno lošim i neadekvatnim zatvorskim uslovima. Država je na brojne prigovore i kritike zbog prenatrpanosti zatvora odredovala građenjem Pravosudnog centra u Leobenu u čijem se sastavu pored suda i kancelarije javnog tužioca nalazi i najmoderniji i najbolje obezbeđen zatvor u Austriji. Zatvor je sagrađen na mestu gde se nekada nalazio manastir koji je od 1950-ih godina bio korišćen u svrhe zatvaranja osuđenika.

Za razliku od predašnjeg kao i od drugih zatvora širom Austrije, u novom zatvorskom kompleksu više ne postoje male, skućene, pretrpane i slabo osvetljene ćelije u kojima je do nedavno bilo smešteno i po šest osoba. Novi zatvor je izgrađen u modernom i urbanom stilu sa dominantnom upotrebom stakla da bi se postigla transparentnost. Zatvorenici imaju brojne pogodnosti što zajedno sa ostalim prednostima ovog zdanja stvara svojevrsnu simbiozu zatvoreničkog i svakodnevnog života na slobodi. Kapacitet zatvora je 205 zatvorenika (pri čemu postoje odeljenja i za maloletnike i za žene) što je za 60% više u odnosu na prethodni zatvor. Po prvi put je u izgradnji zatvorskog objekta uzeta u obzir i unutrašnja arhitektura što se

može videti po umetnički dizajniranim unutrašnjim i spoljašnjim fasadama kao i odvojenim dvorištima za zatvorenike.

Autorka je sprovela ispitivanje osuđenika sa ciljem utvrđivanja njihovog mišljenja u pogledu novih zatvorskih uslova. Pitanja su bila klasifikovana u nekoliko grupa a ispitivanje (ankete i intervjui) sprovedeni u tri faze. Rezultati pokazuju da je većina zatvorenika zadovoljna novim uslovima u zatvoru, da je dekoracija po njihovom mišljenju dobra kao i da su odnosi između zatvorenika poboljšani i u manjoj meri opterećeni netrpeljivošću i agresijom. Zanimljivo je da su stražari u manjoj meri bili oduševljeni i da su smatrali da je toliko ulaganje u novi zatvor nepotrebno trošenje finansijskih sredstava.

Cilj izgradnje novog zatvora bio je stvaranje povoljnijih uslova za život zatvorenika koji bi bio što približniji uslovima na slobodi. Taj cilj je ostvaren a rezultati istraživanja su pokazali da ulaganje u poboljšanje kvaliteta zatvorskog života dovodi do smanjivanja agresije i stvaranja jedne pozitivnije atmosfere među zatvorenicima. U tom smislu, trebalo bi i dalje raditi na kombinovanju moderne bezbedonosne tehnologije, pogodnog dizajna i nadziranja od strane fizičkog osoblja. Posebnu pažnju treba posvetiti poslednjem faktoru jer u uslovima daljeg porasta zatvoreničke populacije nije poželjno osloniti se samo na tehnologiju koja ne može u potpunosti zameniti stručno osoblje unutar i najmodernijih zatvora.

IN MEMORIAM

LOUK HULSMAN (1923–2009)

Krajem januara 2009. godine u 85. godini života preminuo je jedan od najistaknutijih kriminologa u poslednjih nekoliko decenija, profesor emeritus i veliki kritičar sistema krivičnog pravosuđa, Louk Hulsmann. Pripadnik abolicionističkog pokreta u okviru kritičke kriminologije, zalagao se za brojne reforme krivičnog prava, krivičnog postupka kao i sistema krivičnih sankcija. Tokom čitavog života istrajavao je u svom abolicionističkom stavu i energično ga zastupao na brojnim tribinama širom sveta sve do decembra 2008. kada je svojim najbližima rekao da se oseća umorno.

Louk Hulsmann rođen je u Holandiji. Tokom Drugog svetskog rata aktivno je učestvovao u pokretu otpora nacističkom režimu, a 1944. godine bio je zatočen u jednom od koncentracionih logora. Posle završetka Pravnog fakulteta u Lajdenu, svoju karijeru započeo je u holandskom ministarstvu odbrane. Zahvaljujući pravničkom talentu dobio je priliku da interese svoje zemlje zastupa u brojnim evropskim organizacijama. Jedno vreme je radio kao savetnik u holandskom ministarstvu pravde a 1963. je postao prvi profesor kriminologije i penologije na Erasmus Univerzitetu. Prilikom da se bliže upozna sa praktičnom primenom krivičnog prava i uopšte funkcionisanjem sistema krivičnog pravosuđa dobio je obavljajući brojne funkcije. Bio je na čelu Holandskog servisa za sprovođenje uslovne osude, predsednik Udruženja za penološke reforme u svojoj zemlji, član saveta u Policijskoj akademiji Holandije. 1968. godine postavljen je na čelo Komisije za politiku suzbijanja narkomanije. U rešavanju problema zloupotrebe opojnih droga Hulsmann je pošao od ideje da je narkomanija pre svega medicinski problem. Pravio je razliku između „teških“ i „lakih“ droga i zalagao se za legalizaciju ovih drugih. Iako njegova ideja nije bila svugde prihvaćena, cilj je postignut. Holandija je zemlja sa najmanjom stopom smrtnosti među narkomanima.

Abolicionistička perspektiva nastala je u evropskoj kriminološkoj tradiciji. Pored Hulsmanna njeni zastupnici su i Nils Christie i Herman Bianchi. Ova teorijska orijentacija objašnjava dva za nju ključna pitanja. Jedno je opravdanost postojanja krivičnog prava kao sredstva za suzbijanje kriminaliteta a drugo regulisanje međusobnih odnosa učinioca i žrtve kroz model restorativne pravde. Abolicionizam predstavlja jedan od pravaca unutar kritičke kriminologije čiji predstavnici svoja gledišta na kriminalni fenomen uspostavljaju kroz kritikovanje društveno-ekonom-

skih odnosa, organa formalne socijalne kontrole, efekata koji se postižu primenom krivičnog prava (pre svega stigmatizacija učinioca krivičnih dela), kriminalnih statistika. Oni zahtevaju socijalne promene zarad uspostavljanja jedne pravednije društvene zajednice¹.

Louk Hulsman je smatrao da na oblikovanje krivičnih normi utiču pre svega moćni društveni slojevi. Istovremeno, krivična represija je primarno usmerena ka siromašnima iako se znatan procenat kriminaliteta može pripisati nosiocima političke i ekonomske moći. Doprinos je kritičke kriminologije, kako ističe Hulsman, u ukazivanju na takvu stvarnost u društvu.

Hulsman je smatrao da krivično pravo ima ograničene mogućnosti i stoga treba raditi na njegovim reformama pre svega kroz dekriminalizaciju. Njegova primena dovodi do porasta a ne do smanjivanja stope kriminaliteta. Zalagao se za suženu primenu kazne zatvora koju treba supstituisati novčanim kaznama. Posebno je zanimljiv njegov stav da je neophodno kombinovati primenu krivičnih i kriminoloških znanja. Na svom matičnom fakultetu osnovao je u cilju integrisanja ove dve discipline kurs „Krivično pravosuđe i kritička kriminologija“, koji i danas postoji. Za buduće pravnike je neophodno da znanje koje imaju o krivičnom pravu upotpune sadržajima o kriminalnom fenomenu koje pružaju nauke poput kriminologije. Takav integrativni pristup bi pozitivno uticao na ublažavanje nedostataka krivičnog pravosuđa čije funkcionisanje je Hulsman takođe kritikovao. Sudije krivičare odlikuje neposedovanje realnih i sociološko-psiholoških znanja koje je preko potrebno kako bi kaznena politika sudova uticala na redukovanje kriminaliteta. U svrhu promene takvog stanja krivičnog pravosuđa, osnovao je poseban kurs na Erasmus Univerzitetu kako bi sudije naučile da bolje prilagodjavaju krivične sankcije težini krivičnih dela kao i samoj svrsi sankcionisanja. Hulsman se zalagao i za širu primenu oportuniteta krivičnog gonjenja smatrajući da bi mogućnost da javni tužilac odustane od krivičnog gonjenja trebala da postoji kod svih krivičnih dela.

U skladu sa navedenim kritikama, Hulsman se posebno zalagao za model restorativne pravde. Umesto retribucije koja samo zadaje dodatnu patnju i učiniocu krivičnog dela ali i drugim, njemu bliskim, ljudima treba uticati na zločinca da u budućnosti promeni svoje ponašanje. To je dobro poznata ideja o resocijalizaciji kao glavnoj svrsi sankcionisanja koju su prvo zastupali pripadnici pokreta Nove društvene odbrane a takođe i abolicionisti. Naročito je Marc Ancel, kao zastupnik umerenije struje u okviru teorijske orijentacije Nove društvene odbrane, izvršio uticaj na razmišljanja Louka Hulsmana. Rešavanje nepovoljnih situacija je moguće na različite načine. Za razliku od medijacije, arbitraže ili sudskih postupaka najmanje fleksibilnosti, kako je tvrdio Hulsman, ima krivični postupak. U njemu se ne pruža mogućnost izbora, zajedničkog pronalaženja rešenja već dolazi do otuđenja između stranaka i zato je bolje nepovoljne situacije rešavati kroz medijaciju sa ciljem pomirenja učinioca i žrtve. U tu svrhu, Hulsman se zalagao za osnivanje fondova kojima bi se postizala kompenzacija za žrtve krivičnih dela.

1 Više o tome u: Ignjatović Đ./2009/: *Teorije u kriminologiji*, Beograd

Stvaralački opus Louka Hulsmana je bio izuzetno bogat. Od radova na engleskom jeziku mogu se izdvojiti sledeći: *Penological System as Social Problem (Penološki sistem kao socijalni problem, /1974/)*, *The Dutch Criminal Justice System From A Comparative Legal Perspective (Holandski sistem krivičnog pravosuđa iz komparativne zakonadavne perspektive /1978/)*, *Report on Decriminalisation (Izveštaj o dekriminalizaciji /1980/)*, *Critical Criminology and the Concepts of Crime (Kritička kriminologija i koncept zločina /1986/)*, *The Right of the Victim not to be subordinated to the Dynamics of Criminal Justice (Pravo žrtve da ne bude podređena sistemu krivičnog pravosuđa /1989/)*, *The Abolitionist Case: Alternative Crime Policies (Abolicionistički slučaj: Alternativne kaznene politike /1989/)*. Njegovo najpoznatije delo objavljeno na francuskom jeziku je *Peines perdues (Izgubljene kazne)* iz 1982. Ova knjiga je za sada prevedena na holandski, španski i koreanski jezik.

Louk Hulsman je svoje stavove zastupao neumorno po čitavom svetu. Samo tokom 2007. godine sa svoje 84 godine prisustvovao je konferencijama u Nemačkoj, nekoliko gradova Italije, u Kolumbiji, Francuskoj, Švajcarskoj, Kanadi. Oni koji su ga poznavali kažu da je putovao svuda gde je bio pozivan i gde su ljudi želeli da čuju njegove ideje. Voleo je da učestvuje u diskusijama koje je sâm podsticao u želji da sa sagovornicima razmenjuje različite poglede na pitanja kojima se bavio. Iako nije uvek nailazio na odobravanje, mnogi ga nisu smatrali utopistom već čovekom koji je imao hrabrosti da na penološki sistem gleda iz drugačijeg ugla. Sam Hulsman je u jednom od brojnih obraćanja onima koji su bili zainteresovani za njegove ideje izjavio: „Smelost je kada ljudi mogu na svet posmatrati uz istovremeno distanciranje od njega. Potrebna je velika hrabrost da se taj svet zamisli bez postojanja penološkog sistema, a da se potom pronađu načini za rešavanje problematičnih situacija.“ Hulsman je celog svog života ostao dosledan svojim idejama. Čak i kada je pred kraj života bio svedok usvajanja retributivnih rešenja u holandskom krivičnom pravu, verovao je u mogućnost promena koje bi po njemu dovele do postojanja humanijeg sveta.

Pogrešno bi bilo smatrati da se celokupan rad Louka Hulsmana svodio isključivo na abolicionističku orijentaciju. Na mnoge druge načine je ovaj kriminolog dao svoj doprinos u razumevanju pojave koja se označava kao kriminalitet a kroz rad u raznim organizacijama uticao je na usvajanje mera za poboljšanje funkcionisanja krivičnog pravosuđa. Poslednjih godina svog života bio je jedan od vodećih članova Evropske grupe za proučavanje devijantnosti i socijalne kontrole kao i predsednik Coornhert lige za reformaciju krivičnog prava čiji je bio osnivač.

Posthumno je odlikovan od strane Holandskog udruženja za kriminologiju Bongerovom nagradom što je izraz poštovanja za doprinos u razvoju kriminološke nauke. Za one koji su ga poznavali, Hulsman će ostati u sećanju kao čovek koji je bio dosledan, neumoran, a istovremeno vrlo staložen i prijatan u iznošenju ideja koje su često zapanjivale ljude oko njega, dok oni koji nisu imali prilike da ga lično upoznaju će to uvek moći da urade kroz njegova brojna dela.

Profesor Hulsman je nekoliko puta posetio Srbiju što je bila lepa prilika da se naši krivičari upoznaju sa njegovim idejama, koje je uvek izlagao nekonvencionalno i sa karakterističnom ležernošću. Zahvaljujući tome, uspostavio je prijateljske od-

nose sa više naših naučnika, među kojima i sa profesorima Obradom Perićem, Živojinom Aleksićem i Zoranom Stojanovićem. Našim čitaocima dostupan je prevod jednog njegovog teksta (*Kritička kriminologija i koncept zločina*) koji je objavljen u već pomenutoj knjizi *Teorije u kriminologiji* u Ediciji CRIMEN. Trenutno se, zahvaljujući saglasnosti njegove ćerke Ane Jehanne u okviru iste edicije vrše pripreme za prevođenje pomenutog dela *Peines perdues* koje na neki način predstavlja naučni legat ovog velikana krivičnih nauka.

Natalija Lukić

DRAGAN SIMEUNOVIĆ, *Terorizam*,

Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu,
Edicija Crimen, Beograd, 2009, str. 254

Događaji od jedanaestog septembra 2000. godine, učinili su da terorizam, kao pojam i pojava, postane predmet opšteg interesovanja. Ujedno, došlo je do ekspanzije izdavaštva u ovoj oblasti, a novonastale publikacije su pretežno koncipirane u čisto deskriptivnoj formi, opterećene mnoštvom statističkih podataka, često nepouzdanih i nekritički preuzetih iz medija ili sa brojnih internet strana. Osnovna zamerka koja se može uputiti njihovim autorima (uz retke i časne izuzetke), tiče se zanemarivanja činjenice da je terorizam istovremeno pravni, politički i društveni fenomen i da njegovo sagledavanje ili analiza mora biti kao polaznu tačku odabrati jedan ili više pomenutih aspekata.

Upravo je ovo imao u vidu prof. dr Dragan Simeunović, redovni profesor Fakulteta političkih nauka i Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, koji sa razlogom važi za najvećeg poznavoca problematike terorizma na našim prostorima. Stvarajući monografiju pod nazivom *Terorizam*, koja je već doživela drugo izdanje, pokazao je izvanrednu dozu sluha za potrebe, kako stručne i naučne javnosti, tako i znatiželjnika čije interesovanje za ovu temu ne potiče iz profesionalne orijentacije. Odlučan u nameri da terorizam objasni kao političku i društvenu pojavu, vešto vodi čitaoca od pojmovnog određenja, preko društvenih korena i istorijata pojave, sve

do pojavnih oblika i aktuelne situacije u svetu, ali i na našim prostorima.

Autor nam već u predgovoru knjige stavlja do znanja kojim se ciljevima rukovodio dok ju je stvarao. Prvenstveno, on se zalaže za što preciznije definisanje samog pojma terorizma i naglašava da je ovo pitanje važnije od pukog nago milavanja podataka o raznovrsnim terorističkim organizacijama (kritikujući činjenicu da većina autora publikacija posvećenih ovoj temi, pravi maločas pomenutu grešku) koje, kako prof. Simeunović kaže, samo doprinose tome da se, „od drveća ne vidi šuma“ /str. 9/.

U skladu sa ovakvim pristupom autora je i podela monografije na dva dela. Prvi deo, pod naslovom *Definisanje, klasifikovanje i istorijat terorizma* obuhvata pet poglavlja. Prvo poglavlje – *Definisanje terorizma*, autor započinje osvrtom na već pomenutu, „zagušenost“ tekstovima čija je tema terorizam gotovo u svim društvenim naukama. Putem interesantnog tabelarnog prikaza dostupnosti ove teme na globalnoj elektronskoj mreži u proteklih pet godina, povlači paralelu sa sličnim situacijama koje su po pitanju zastupljenosti pojedinih tema u naučnoj i stručnoj literaturi, postojale pre i posle velikih istorijskih događaja (primer Prvog svetskog rata /str. 14/). Takođe, skreće pažnju na površnost i puku deskriptivnost pomenutih publikacija, obrazlažući je, kako činjenicom da se

radi o autorima koji fenomen terorizma proučavaju kratko, tako i nastojanjem ovih autora da se dodvore aktuelnoj političkoj eliti i da istovremeno izbegnu pretnje ili čak napade pripadnika terorističkih organizacija.

Prof. Simeunović, nakon konstatacije da je veoma teško dati jedinstvenu definiciju terorizma, kao ključne razloge tog problema, izdvaja činjenicu da se radi o razvojnoj pojavi koja ima mnoštvo pojava oblika, potom, brojnost već uvreženih a još uvek nejasnih predstava o pojmu terorizma, ali i brojne druge faktore, poput toga da je terorizam pretežno tajna aktivnost, da se pod ovaj pojam podvode raznovrsni oblici nasilja, subjektivnost u određenju pojma, ideološki razlozi, različiti naučni pristupi.

Nastojeći da pronađe efikasno rešenje za prevazilaženje prepreka u definisanju pojma terorizma, autor kao polaznu tačku uzima njegovo razgraničenje od drugih, pojavno srodnih oblika političkog nasilja – terorisanja, terora i gerile. Pre nego i sam definiše pojam terorizma, pravi jedinstven statistički koncipiran pregled definicija koje egzistiraju u svetskoj nauci (akademske definicije) i onih koje su nastale u okviru različitih institucija – za njihove potrebe (administrativne definicije), prateći zastupljenost ključnih elemenata koji se u njima najčešće javljaju.

U drugom poglavlju, prof. Simeunović naglašava značaj definisanja terorizma kao jedinstvene, društvene i političke pojave, ističući značaj korišćenja pojmova koji su prethodno i sami precizno definisani. S obzirom da se radi o višedimenzionalnoj pojavi, autor se opredelio za širu i sveobuhvatnu definiciju koju daje u trećem poglavlju:

„Kao višedimenzionalni politički fenomen savremeni terorizam se može

teorijski najopštije odrediti kao složeni oblik organizovanja grupnog, i ređe individualnog ili institucionalnog političkog nasilja obeležen ne samo zastrašujućim brahijalno fizičkim i psihološkim, već i sofisticirano-tehnološkim metodama političke borbe kojima se obično u vreme političkih i ekonomskih kriza, a retko i u uslovima ostvarene ekonomske i političke stabilnosti jednog društva, sistematski pokušavaju ostvariti ‘veliki ciljevi’ na morbidno spektakularan način, a neprimereno datim uslovima, pre svega društvenoj situaciji i istorijskim mogućnostima onih koji ga kao političku strategiju upražnjavaju. Društveno-ugrožavajući opus terorizma obuhvata pretnju silom u okviru intenzivne psihološko-propagandne delatnosti, zloupotrebu interneta u terorističke svrhe, otmice, ucene, psihofizičko zlostavljanje, atentate, sabotaze, diverzije, samoubilačke napade, pojedinačna i masovna politička ubistva, i intenciju ispoljavanja ređe nad stvarnim i potencijalnim političkim protivnicima, a češće nad predstavnicima sistema i nevinim žrtvama. Kao vid individualnog, nelegitimnog, nelegalnog i neinstitucionalnog nasilja terorizam je uvek okrenut protiv određenih institucija nekog društva, odnosno *in concretum* protiv neke države.“ / str. 80/

Četvrto poglavlje je posvećeno klasifikaciji terorizma prema tri različita kriterijuma: 1. prema programsko-ciljnoj orijentaciji, 2. prema sredstvima i metodima i 3. prema tipu aktera – subjekata terorizma.

Peto, poslednje poglavlje u prvom delu monografije, govori o istorijatu terorizma, sagledavajući, kako nastanak termina terora, teroriste i terorizma i njihovo značenje u različitim vremenima

ma, tako i evoluciju terorizma kao pojave. Analizirajući značaj koji su u ovom smislu imali Ziloti, Tagi i Asasini, autor zaključuje da se ni jedna od ovih grupacija ne bi mogla nazvati terorističkom u današnjem smislu te reči, ali ističe da se Asasini svakako mogu označiti „kao začetnici potpuno sistematski osmišljenog, oformljenog i indukovano sprovedenog samoubilačkog metoda političke borbe“ /str. 108/, te u njima vidi preteče današnjih terorista.

U analizi istorijskog razvoja terorizma, pokret levice nakon Francuske revolucije i ideje anarhizma, ključne su tačke koje prof. Simeunović izdvaja u procesu rađanja prvih terorističkih organizacija, vezujući taj trenutak za Rusiju s kraja devetnaestog veka i organizaciju pod imenom Narodna volja. On „lišava“ Karla Marksa, često pripisivane etikete „prvog teroriste“, ističući da se u njegovim delima pretežno insistira na preuzimanju vlasti mirnim putem, dok „idejnim ocem terorizma“ naziva anarhistu Mihaila Bakunjinina. /str. 110/ Prof. Simeunović ne propušta ni da naglasi da se Bakunjinovim idejama o nasilju kao osnovnom principu i jedinom sredstvu revolucije, na sastanku srpskih socijalista sa Bakunjinom u Cirihu 1869., suprotstavio jedino Svetozar Marković, svestan činjenice da je Srbija, u to vreme, još uvek bila zaostala sredina čija je teritorija delimično bila pod turskom kontrolom. /str. 114/

U drugom delu monografije, nazvanom *Savremeni terorizam*, autor prateći klasifikaciju terorizma napravljenu prema programsko-ciljnoj orijentaciji, daje pregled najznačajnijih terorističkih organizacija u svetu, pa je u skladu sa ovom podelom čitav drugi deo podeljen na tri poglavlja.

Prvo poglavlje, pod nazivom *Ideološki motivisan terorizam*, prati savremeni levičarski i desničarski terorizam, analizirajući njihove uzroke i osnove egzistiranja, svojstva, dejstva, aktere, ciljeve i efekte.

On uzroke levičarskog terorizma vidi u „apriornoj osudi i proceni nemogućnosti ostvarenja revolucije mirnim putem, kao putem postepenih legalnih promena u okvirima datog sistema usled ocene tih promena kao sporih i neefikasnih u odnosu na kvalitet rezultata koji im omogućuje nasilje“. /str. 125/ Prof. Simeunović smatra da ideološke korene levičarskog terorizma treba tražiti u borbi narodno-oslobodilačkih pokreta Kine, Kube, Vijetnama i Palestine i nekritičkom prihvatanju „teorije fokusa“ koju su razvili Ernesto Če Gevara i Režis Debre.

Korene desničarskog terorizma autor traži na tlu ekstremizma. „Kako svaki ekstremizam formalno ima odbrambeni stav, bilo osnovani bilo neosnovani, a brane se po pravilu najviše vrednosti i dobro pripadnika grupe u čije ime ekstremisti istupaju, u rasponu od duhovnih pa sve do golih života time se stiče pravo na beskompromisnost u borbi za te vrednosti, a ona se vrlo brzo i lako pretvara u pravo na netrpeljivost, odnosno netoleranciju.“ /str. 150/ Prof. Simeunović analizira i činjenicu da je više ekstremista među pripadnicima muškog pola, a uzroke ove pojave vidi kako u biološkom i tradicionalističkom nasleđu, tako i jače izraženom narcizmu kod muškaraca. /str. 151/

„Ekstremisti vide sebe kao spasitelje svojih širih društvenih grupa kojima, razume se, po definiciji moraju pripadati“ /*ibid.*/ Autor ističe da ekstremizam zahteva monolitni identitet, koji može

biti verski, rasni ili nacionalni, kao i da za ekstremiste nema kvalitetnog mešanog identiteta.

„Na planu ideologije desnica se povezuje sa konzervativizmom i nacionalističkom ideologijom, kao i sa visokim vrednovanjem tradicije i religije svoje sredine.“/str. 159/

U drugom poglavlju, prof. Simeunović se bavi objašnjenjem etno-separatističkog terorizma. Pa tako u ovom poglavlju čitalac može pronaći, sa nepogrešivom preciznošću koja odlikuje samo izuzetne poznavaoce pojedinih oblasti, odmerenu količinu podataka, koji se tiču kako opštih uzroka, tako i posebnih okolnosti koje rađaju ovu vrstu terorizma. Autor se ovde bavi pitanjem Severne Irske, Baskije, Korzike, Kosova i Metohije, Kurdistana, Čečenije, Šri Lanke i Crne Gore.

Poslednje poglavlje drugog dela monografije posvećeno je verski fundiranom terorizmu. Često je zanemarena činjenica da islam nije jedina religija koja se može vezati za nasilno ostvarenje verski modeliranih ciljeva. Autor objašnjava ovu zabludu činjenicom da je islam „jedina „velika“ religija koja je savremeno aktivna u podsticanju na nasilje, i u okviru toga na terorizam“ /str. 196/. On daje pregled najznačajnijih islamskih terorističkih organizacija, počev od Muslimanske braće, organizacije osnovane 1928. godine u Egiptu, koju naziva „terorističkom pramajkom“ /str. 197/. Takođe, demistifikuje i širokoeksploatisani i najčešće pogrešno upotrebljavani pojam džihada.

Kao jedine dve arapske respektabilne terorističke organizacije danas, izdvaja Hamas i Hezbolah.

Autor nije propustio ni da se pozabavi pitanjem sponzorstva terorističkih

organizacija, posebno finansijskom i drugim oblicima podrške koju već decenijama, najvećim terorističkim organizacijama pruža Iran.

Posebnu pažnju, prof. Simeunović posvetio je izlaganju o Al-Kaidi i njenom delovanju kao vidu ekstremnog džihadizma. Jednostavnim i jedinstvenim stilom izlaganja, uspeva da ono što, s razlogom naziva „baukom koji kruži svetom“ /str. 208/, približi svakom čitaocu.

Sledeća tema kojom se autor bavi u okviru monografije je ono što on naziva „Samonikli islamistički terorizam na tlu Evrope i SAD“. Uzroke ovog „samoniklog terorizma“ vidi u sve više gradova u kojima dolazi do koncentracije islamskog stanovništva, izdvajajući primere Londona, Pariza i Madrida /str. 219/, čime se znatno povećava opasnost od terorističkih napada. Istu opasnost predstavljaju i manji gradovi nad kojima ekstremisti mogu u potpunosti preuzeti kontrolu, jer im manji broj stanovnika dozvoljava da brzo postanu većina.

Pred kraj izlaganja, prof. Simeunović se osvrnuo i na islamistički terorizam na prostoru bivše Jugoslavije, posebno na prostoru Bosne i Hercegovine i Kosova, počev od 1939. godine i organizacije Mladi muslimani, pa sve do događaja koji su obeležili prethodne dve decenije.

Završno izlaganje je posvećeno terorizmu verskih sekti. Autor ističe da veoma mali broj verskih sekti uopšte koristi nasilje a da je jedina u tom smislu aktivna sekta Vrhovna istina (Aum Shinrikyo) /str. 235/.

Objektivnost zahteva da na kraju pomenemo i jedan od najvećih kvaliteta ove publikacije. Naime, iako bi bilo za očekivati da je knjiga čiji je autor re-

dovni profesor Fakulteta političkih nauka i Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu namenjena samo, kako se to obično kaže, stručnoj i naučnoj javnosti, ovde je situacija nešto drugačija. Zahvaljujući vešto odmerenom stilu i jeziku, prof. Simeunović je pronašao idealnu formu, podjednako pristupačnu i razumljivu, kako maločas pomenutoj grupaciji, tako i široj čitalačkoj publici.

Nekoliko meseci nakon objavljivanja, popunivši prazninu koja je pre njenog pojavljivanja postojala u ovoj oblasti, monografija „Terorizam“ je postala nezamenljivo štivo studenata pravnih i političkih nauka, kako na osnovnim, tako i na poslediplomskim studijama.

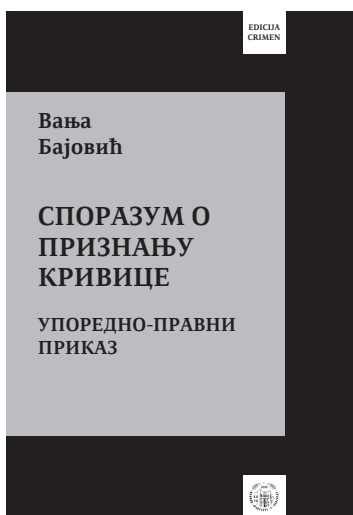
Milica Kolaković

NOVO U EDICIJI CRIMEN

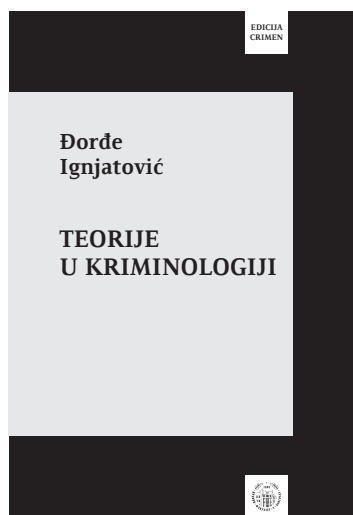


Edicija CRIMEN • Knjiga 14

Kao četrnaesta knjiga u ediciji CRIMEN Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu objavljen je prevod dela *De l' anthropologie a la criminologie comparée* Denisa Szaboa koji već decenijama spada u najuglednije i najuticajnije svetske kriminologe. Iz svog bogatog opusa profesor Szabo je za prevođenje na srpski jezik izabrao upravo ovu knjigu u kojoj je pokušao da odgovori na nekoliko ključnih pitanja koja se pred čovečanstvo postavljaju početkom XXI veka, a pre svega: može li će se savremena liberalna pravna i pluralistička država na pravi način suočiti sa izazovima sve opasnijih zločina? Mogu li ljudska prava i bezbednost građana biti istinski osigurani u uslovima kada je očita ozbiljna kriza pravosuđa i konstantno povećanje kriminaliteta?



Edicija CRIMEN • Knjiga 13



Edicija CRIMEN • Knjiga 12

UPUTSTVA AUTORIMA

1. Članci moraju biti originalni, do sada neobjavljeni niti (u celosti ili delimično) za objavljivanje u drugoj publikaciji predati tekstovi. Njihov obim ne bi trebalo da prelazi 1,5 autorski tabak (do 45.000 slovnih znakova, uključujući i praznine). Tekst pisati u elektronskoj formi latinicom u programu Word for Windows, font Times New Roman, veličina slova 12, sa duplim proredom, uključujući fusnote.

2. Tekstovi za rubriku Članci moraju sadržati: – na početku apstrakt obima do 20 redova i do pet ključnih reči; na kraju popis literature, rezime do 40 redova i ključne reči na engleskom jeziku. Budući da časopis objavljuje i radove na stranim jezicima, autori u tom slučaju treba da dostave apstrakt, rezime (summary) i ključne reči na tom jeziku, a redakcija Časopisa će obezbediti njihov prevod na srpski jezik. Svi tekstovi inače podležu stručnoj lekturi.

3. Pored odštampanog primerka – na stranicama formata A4; jednostrano, margine na vrhu i sa obe strane teksta treba da budu najmanje 3 cm – tekst treba poslati i na CD-u i/ili na e-mail redakcije.

4. Fusnote priložiti na posebnim stranama na kraju teksta; fusnote ne treba iznova numerisati od početka na svakoj strani već neprekidno.

5. Reference treba da sadrže sledeće podatke:

5.1. Reference za knjige:

Uopšte

J. Fawcett /1968/: *The Law of Nations*, London, p. 100

Zbornici

M. Sorensen (ed.) /1989/: *Manual of Public International Law*, London, pp. 12–15

Ponovljene reference

J. Fawcett: *op.cit.*, p. 40.

Uzastopne reference

J. Fawcett: *ibid.*, p. 40.

5.2. Reference za tekstove u časopisima i zbornicima:

Članci u časopisima

D. Connell /1988/: Jurisdiction, *British Journal of International Law*, n^o 4, pp. 2–18.

Prilozi u zbornicima

N. Kluwer /1995/: Subjects of International Law – in: *Manual of Public International Law* (M. Sorenson, ed.), London, pp. 40–100.

5.3 Reference za zakone i sudsku praksu

Preporučuje se citiranje prema nacionalnom metodu

5.4. Citiranje internet izvora

Pored navođenja internet adrese, potrebno je navesti i datum pristupa dokumentu

http://crime.about.com/od/sex/a/rape_myths.htm, 27.mart 2010.

6. Treba ostaviti prostor između naslova i teksta. Redosled odvajanja trebalo bi jasno naglasiti: glavna celina, prva pod-celina, druga pod-celina itd. Podele unutar poglavlja treba da budu zasnovane na sistemu 1.1.1., koji ostavlja mogućnost korišćenja sistema (a), (b), (c) unutar teksta. Numerisanje paragrafa treba izbegavati.

1. PRVA POD-CELINA VELIKIM SLOVIMA

1.1. Druga pod-celina potamnjena slova (bold)

1.1.1. Treća pod-celina u italic-u ili podvučena

1.1.1.1. Ostale pod-celine malim slovima

AUTHOR GUIDELINES

1. The contributions must be original, they may not be published or submitted elsewhere in full or in part. Articles should preferably have an overall length of one author's sheet (not more than 45 000 characters including spaces). Text to be in electronic form in Serbian latin in Word for Windows, font Times New Roman, font size 12, double spacing including footnotes.
2. Texts for the section Articles must have: abstract of not more than 20 lines and five key words; summary of not more than 40 lines and with key words (both in English) and list of literature at the end of the article. Considering the fact that in this journal contributions in foreign languages will also be published, authors of these texts should submit abstract, summary, key words in the language of the foreign text and the Redaction of the journal will provide their translation in Serbian. All submitted articles are subjected further to editing by the journal editorial staff.
3. Apart from the printed text– page format A4, only one side of each sheet of paper used, with margins on top and on both sides of at least 3cm– text should also be sent on CD or on e-mail address of the Redaction.
4. Submit footnotes on separate pages at the end of the text, do not restart footnote numbering on each page, but number them consecutively.
5. References should contain following details:
 - 5.1. References to Books:
 - General
 - J. Fawcett /1968/: *The Law of Nations*, London, p. 100
 - Collections of papers
 - M. Sorensen (ed.) /1989/, *Manual of Public International Law*, London, pp. 12–15
 - Repeated references
 - J. Fawcett, *op.cit.*, p. 40.
 - Subsequent references
 - J. Fawcett, *ibid.*, p. 40.
 - 5.2. References to texts in Journals and Collections of papers
 - Articles in Journals
 - D. Connell /1988/, Jurisdiction, *British Journal of International Law*, n° 4, pp. 2–18.
 - Contributions in Collections of papers
 - N. Kluwer /1995/: Subjects of International Law – in: *Manual of Public International Law* (M. Sorenson, ed.), London, pp. 40–100.
 - 5.3. References to Legislation and Juridical Decisions
 - A method of citation according to the national method is recommended
 - 5.4. Citation of Internet sources
 - Beside the Internet address, date of access to the document should also be written
 - http://crime.about.com/od/sex/a/rape_myths.htm, 27.mart 2010.
 6. A space should be left between the headings and the text. The order of division should be indicated as clearly as possible: main division, first sub-division, second sub-division etc. The chapter division to be adopted is that based on the 1.1.1. system, which leaves the (a), (b), (c) system for use within the text. Paragraph numbering should be avoided.
 1. FIRST SUB-DIVISION IN MEDIUM CAPITAL
 - 1.1. **Second sub-division in bold lower case**
 - 1.1.1. *Third sub-division in italics or underlined*
 - 1.1.1.1. The remaining sub-divisions in medium lower case

CRIMEN

ČASOPIS ZA KRIVIČNE NAUKE || JOURNAL FOR CRIMINAL JUSTICE

(I) 1/2010 pp. 1–134

CONTENTS

EDITORIAL	3
ARTICLES	
Claus Roxin, Über den dolus eventualis	5
Jean Pradel, L'appréhension du fait religieux par le juge pénal	18
Obrad Perić, Origine et développement du droit penal des mineurs: Etat actuel de droit penal de Serbie	30
Boris Begović, Economic Theory of Deterrence: Some Basic Issues	50
Igor Vuković, Issues of Criminal Transmission of HIV	66
FROM THE HISTORY OF CRIMINAL JUSTICE	
Živko Topalović, Demarcation between intent and negligence	93
NOTES	
Ireen Christine Winter, The New Leoben Institute of Justice – a Model on Trial	120
<i>In memoriam</i> Louk Hulsman (1923–2009)	126
REVIEWS	
Dragan Simeunović, <i>Terrorism</i>	130

ISSN 2217-219X

