

UDK 343 : ISSN 2217-219X

CRIMEN

ČASOPIS ZA KRIVIČNE NAUKE || JOURNAL FOR CRIMINAL JUSTICE



PRAVNI FAKULTET
UNIVERZITETA U BEOGRADU



Institut za uporedno pravo

BEOGRAD 2015 / BROJ 1 / GODINA VI

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 Dosije studiom
i Kriminološkom sekcijom Srpskog udruženja za krivičnoravnu teoriju i praksu

Izdavački savet / Scientific council

Strani članovi / Foreign members:

prof. dr Hans-Jörg Albrecht, Frajburg (Nemačka)	prof. dr Stefano Ferracuti, Rim (Italija)
prof. dr Jacqueline Azzopardi, Valeta (Malta)	prof. dr Dragan Milovanovic, Čikago (SAD)
prof. dr Michael Bock, Majnc (Nemačka)	prof. dr Eduard Filipovič Pobegajlo, Moskva (Rusija)
prof. dr Serge Brochu, Montreal (Kanada)	prof. dr Jean Pradel, Poatje (Francuska)
prof. dr Christian Grafl, Beč (Austrija)	prof. dr Miroslav Scheinost, Prag (Češka)
prof. dr Ulrich Sieber, Frajburg (Nemačka)	

Domaći članovi / Members from Serbia:

prof. dr Danilo Basta	dr Aleksandra Rabrenović
prof. dr Miroslav Đorđević	prof. dr Dragan Simeunović
prof. dr Radenko Vuković	prof. dr Snežana Soković

Redakcija / Editorial board

Glavni i odgovorni urednik / Editor-in-Chief

prof. dr Zoran Stojanović

Urednik / Associate editor

prof. dr Đorđe Ignjatović

Zamenik urednika / Vice editor

prof. dr Igor Vuković

Članovi Redakcije / Editorial board members

dr Jovan Ćirić

dr Slobodan Vuković

prof. dr Milan Škulić

prof. dr Đorđe Đorđević

prof. dr Goran Ilić

prof. dr Nataša Delić

prof. dr Zoran Ilić

Miloš R. Janković

Saradnici / Collaborators

mr Ivan Đokić, sekretar Redakcije

mr Vanja Bajović, lektor

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

GODIŠNJA PRETPLATA : 600 RSD; pojedinačan broj 300 RSD /

Annual subscription: 20 €

CRIMEN

ČASOPIS ZA KRIVIČNE NAUKE || JOURNAL FOR CRIMINAL JUSTICE

(VI) 1/2015 str. 1-117

SADRŽAJ

ČLANCI

- Sabine Gleß, Thomas Weigend, Inteligentni agenti i krivično pravo. 3
Jovan Ćirić, Genocidna namera. 27
Igor Vuković, Kauzalnost radnje pomagača u odnosu na delo izvršioca . . . 46

PREGLEDNI ČLANCI

- Miloš Janković, Slobode i prava lica sa mentalnim smetnjama – nedostaci
Zakona o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama 61
Nikola Vuković, Zašto je nemoguće da učinilac predikatnog krivičnog dela
bude „perač novca“? 81

IZ ISTORIJE KRIVIČNIH NAUKA

- Јован Ђ. Авакумовић, Покушај 92

PRIKAZI

- Andreas Werkmeister, Strafrecht im Völkerstrafrecht
(Teorije kažnjavanja u međunarodnom krivičnom pravu) 109

IN MEMORIAM

- William Chambliss. 114

CIP – Каталогизacija 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

Izdavanje ovog časopisa omogućeno je zahvaljujući sredstvima kojima Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije finansira projekat br. 179051

Sabine Gleß*

Pravni fakultet, Univerzitet u Bazelu

Thomas Weigend**

Pravni fakultet, Univerzitet u Kelnu

INTELLIGENTNI AGENTI I KRIVIČNO PRAVO***

Apstrakt: Autori se bave pitanjem naizgled krivičnog pravnog futurizma sa kojima se savremeni čovek već uveliko sreće, i sa kojima će se sretati u doglednoj budućnosti u još većoj meri, suočavajući oblike krivice i načine kažnjavanja tzv. inteligentnih agenata. U prvom delu se s tehničkog aspekta opisuju vrste inteligentnih agenata i način njihovog delanja. Centralno pitanje ovde jeste postupak donošenja odluka, čime se otvara put za analizu krivičnog pravnog odgovornosti samog inteligentnog agenta, s jedne, i njegovog ljudskog operatera s druge strane. Dok se u razmatranju mogućeg kažnjavanja inteligentnih agenata pravi analogija s kažnjavanjem životinja u prošlim vekovima, te pravnih lica u savremenom dobu, dotle se krivičnog pravnog odgovornosti ljudskog operatera inteligentnih agenata ispituje primenom važećih teorija krivičnog prava i mogućnošću primene osnovnih instituta Opšteg dela krivičnog prava. Zanimljiva filozofsko-pravna stanovišta su uključena u ova promišljanja, koja iznova opominju da su klasična pravna načela primenjiva i na tehnički najsavremenije ljudske tvorine sposobne da „misle“. Na ovom mestu autori najviše pažnje poklanjaju sankcionisanju nehatnog oblika krivice operatera inteligentnog agenta, i dolaze do zaključka da je takav oblik kažnjavanja moguć, ali da valja imati u vidu odmeravanje rizika koji je delanju inteligentnih agenata imanentan i koristi koje društvo uživa, a koje proističe iz njihove upotrebe.

Ključne reči: inteligentni agent, kažnjavanje, operater, rizik, objektivno uračunavanje

I INTELLIGENTNI AGENTI – POTENCIJAL I RIZIK

„Kriv je algoritam“, moglo se pročitati u novinama.¹ Supruga bivšeg predsednika Savezne Republike Nemačke se pravnim sredstvima usprotivila jer se njeno ime automatski povezivalo sa pojmovima kao što su „prostitucija“ ili „poslovna

* redovni profesor, sabine.gless@unibas.ch

** redovni profesor, Thomas.Weigend@uni-koeln.de

*** Rad je u Nemačkoj objavljen pod naslovom „Intelligente Agenten und das Strafrecht“ u *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 126 (2014) Nr. 3, pp. 561–591.

1 „Die Welt“ od 10.09.2012., http://www.welt.de/welt_kompakt/print_politik/article109114305 (posećeno 18.07.2014).

pratnja⁴, kada bi se unelo u Google pretragu. Ova povezivanja, koja je tužiteljka doživljavala kao uvredu, nisu bila zasnovana na individualnim odlukama lica iz delokruga tužene firme, već na funkcijama „google-bot“ i „google-autocomplete“, koji upite korisnika obrađuju prema opšte utvrđenim smernicama.² Obe funkcije su primer takozvanih inteligentnih agenata³: One postupaju prema određenim zadatim pravilima, ali obrađuju informacije (pretraživačko ponašanje korisnika Google-a) u svakom pojedinačnom slučaju samostalno.

Inteligentni agenti se – u svojim različitim oblicima⁴ – koriste tamo, gde hitra obrada velikog broja informacija zahteva preciznu kombinaciju i brzu reakciju, kao i tamo gde se zahteva upotreba fizičke snage, koja prevazilazi mogućnosti čoveka. Inteligentnih agenata danas ima u mnogim životnim područjima: oni određuju – u sasvim jednostavnom obliku softverskog agenta – kao mašine-pretraživači na internetu naš pristup informacijama, a time donekle i naše poimanje stvarnosti;⁵ „čitajući softverski agenti“ u onlajn-berzanskoj trgovini, autonomno donose na osnovu određenih poruka, odluku o kupovini ili prodaji.⁶ Kompleksniji sistemi poput „inteligentnih skalpela“ i „robota glodača“ obavljaju medicinske operacije,⁷ inteligentne letilice („dronovi“) se ne angažuju samo u vojne svrhe,⁸ već i za nadzor i obezbeđenje osetljivih civilnih područja, a u bliskoj budućnosti će možda biti angažovani i za isporuku robe.⁹ Najočevidnije se u svesti javnosti danas pojavljuju inteligentni agenti, zahvaljujući naporima industrije da proizvede automobile bez vozača za korišćenje na javnim putevima.¹⁰

Preduslovi da jedna mašina bude okvalifikovana kao inteligentni agent sporni su u informatici isto onoliko koliko je sporan i pojam inteligencije.¹¹ Za vrednovanje,

- 2 O pitanju građanskopravne odgovornosti vidi BGH NJW 2013, p. 2348; *Gounalakis*, NJW 2013, p. 2321; *Hager*, JA 2013, p. 630; *Mäsch*, JuS 2013, p. 814.
- 3 *Russel/Norvig*, Artificial Intelligence. A Modern Approach, 3. Aufl. 2014, p. 34ff.
- 4 Kao sinonim za opšti pojam inteligentni ili autonomni agenti koristi se često pojam „robot“; vidi npr. *Beck*, JR 2009, p. 226; isto u *Beck* (Hrsg.), *Jenseits von Mensch und Maschine*, 2012, p. 15. Često upotrebljavani uži pojmovi za različite oblike inteligentnih agenata su npr. „softverski agenti“, „android“ ili „dron“.
- 5 Vidi o tome npr. *Egermann*, Suchmaschinen, in: *Killan/Heussen*, Computerrecht, Stand 2013, Rdn. 7–10.
- 6 *Bram/Stalknecht*, Handelsblatt Online od 24.04.2013, <http://www.handelsblatt.com/finanzen/boerse-maerkte/boerse-inside/blitzabsturz-an-der-boerse-maschinen-an-der-macht/8113842.html> (posećeno 18.07.2014).
- 7 *Hilgendorf*, in: *Rotsch* (Hrsg.), *Criminal Compliance vor den Aufgaben der Zukunft*, 2013, p. 24f. O dopuštenosti upotrebe „robota glodača“ u operaciji zgloba vidi građanskopravne presude OLG Dresden NJOZ 2008, 247 und OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 08.11.2013–25 U 79/12 (<http://openjur.de/u/668787.html>).
- 8 Dopuštenost upotrebe dronova u vojne svrhe je sa stanovišta međunarodnog humanitarnog prava sporno; vidi o tome na primer *Asaro*, *International Review of the Red Cross* 94 (2012), p. 687; *Heller*, *Journal of International Criminal Justice* 11 (2013), p. 89; *May*, *Journal of International Criminal Justice* 11 (2013), p. 47; *Pagallo*, *The Laws of Robots*, 2013, p. 51f.; *Sparrow*, *Journal of Applied Philosophy* 24 (2007), p. 62.
- 9 Vidi npr. <http://www.amazon.com/b?node=8037720011>.
- 10 Vidi npr. <http://www.google.ch/about/careers/lifeatgoogle/self-driving-acr-test-steve-mahan.html>.
- 11 *Alan Turing* je 1950. razvio sledeći test: Čovek-postavljač pitanja komunicira koristeći tastaturu i ekran bez vizuelnog i audio kontakta sa dvojicom neznanaca; jedan je čovek, a drugi je mašina. Obojica pokušavaju da postavljača pitanja ubede da su misleći ljudi. Ukoliko postavljač pitanja

iz pravnog ugla, čini se smislenim, da se mašine razvrstaju prema tehničkom načinu funkcionisanja, i to u tri vrste: (a) jednostavni sistemi za obradu podataka, poput džepnih računara, kod kojih je tvorac sistema na osnovu hijerarhijski definisanih algoritama definitivno utvrdio kako način mogućeg unosa podataka tako i njihovu obradu; (b) otvoreni sistemi, poput automatizovanih kosilica za travu koje – putem senzora – mogu prihvatati različite podatke iz spoljnog sveta, i njih obrađivati prema pravilima koje je nepromenljivo utvrdio njihov tvorac; (c) inteligentni sistemi, koji ne samo da usvajaju veliku količinu podataka, već ih prema određenom obrascu tumače i samostalno reaguju na obrađene podatke. Otvoreni i inteligentni sistemi postupaju utoliko autonomno, što senzorski analiziraju i obrađuju svoju okolinu. Ali jedino su inteligentni sistemi pored toga u stanju da na preuzete i samostalno protumačene informacije neposredno reaguju i da ih uz to, pohrane na takav način koji im dozvoljava da se njima posluže u kasnijim procesima donošenja odluke. Ovo može da funkcioniše na veoma jednostavnom nivou, poput internet-pretraživača, koji pohranjuje sve upite korisnika, nudi varijacije najtraženijih upita i beleži prihvaćeno. Neki inteligentni agenti moraju donositi i veoma kompleksne odluke, poput autonomnog automobila, koji u interakciji sa vozačima-ljudima mora preći raskrslu s gustim saobraćajem, regulisanu saobraćajnim znacima.

Čak i jedan izuzetno visoko razvijeni inteligentan agent je doduše samo onoliko inteligentan koliko je isprogramiran. Pravila ponašanja¹² koja su njemu pridodata na osnovu obimnih simulacija, ne mogu ga nikada pripremiti za sve zamislive različitosti slučajeva stvarnoga života. Uz to ide da inteligentnim agentima uprogramirana pravila ne mogu – kao ljudima, putem analogije ili „intuicije“ biti preneti na nove situacije. Na primer, ako bi se u gore navedenom slučaju „google-autocomplete-u“ zadalo pravilo da ime određene osobe ne sme dopuniti pojmovima „prostitucija“ ili „poslovna pratnja“, sistem i dalje ne bi bio u stanju da zaključi da su pojmovi poput „kol-gerla“ ili „crveni fenjer“ zabranjeni.¹³

„Stvarno“ inteligentni sistemi svakako razvrstavaju primljene šumove podataka ne samo prema obrascima, kako bi na taj način što efikasnije postigli zacrtani cilj,¹⁴ već mogu, više od toga (u najširem smislu), da uče,¹⁵ utoliko što svoje ponašanje mogu prilagoditi dobijenim informacijama. I to funkcioniše na veoma jednostavnom stupnju, otprilike kao *recommender system* koji kupcu u onlajn prodavnici saopštava, „ono što bi ga još moglo interesovati“ (i čije se preporuke u velikoj meri približavaju intuiciji stvarnog prodavca). Iza *recommender system*-a koji korisniku automatski predlaže ostale ponude, nalazi se inteligentni agent, koji unose korisnika kontinuirano procenjuje shodno njegovim preferencijama i odbojnostima, pri

na kraju ne može sa sigurnošću da kaže ko je od sagovornika mašina, smatra se da je mašina položila Turingov test.

Vidi o tome: *Alan Turing*, *Computing Machinery and Intelligence*, *Mind* 59 (1950), p. 433.

12 *Russel/Norvig* (nap. 3), p. 57ff.

13 Čak i jednostavni softverski agenti mogu pak, naučiti „prenos“. To se dešava na primer, na taj način kada se jedan inteligentni agent poveže sa drugim ili kada na osnovu generatora slučajnosti izvlači zaključke iz okoline.

14 Vidi o tome *Wooldridge/Jennings*, *Knowledge Engineering Review* 10 (1995), p. 115; *John*, *Haf-tung für künstliche Intelligenz*, 2007, p. 15ff.

15 *Hofstadter*, *Fluid Concepts and Creative Analogies*, 1995, pp. 13ff., 62ff.

čemu jedan specifični statistički sistem kombinuje sa generatorom slučajnosti.¹⁶ U tu svrhu agent pohranjuje informacione tragove svih korisnika, jer *recommender system* potrebuje ogromne količine podataka, kako bi stvorio klasterne mušterija koji – statistički posmatrano – imaju iste interese.¹⁷ U jednoj daleko kompleksnijoj ravni „autonomno“ funkcioniše automobil bez vozača: Budući da on putem senzora samostalno po određenom obrascu ispituje prikupljene podatke i na njih neposredno reaguje, ne čini se samo posmatraču da automobil samostalno dela; već ni konstruktor ne može sa sigurnošću da predvidi, kako će automobil u određenoj saobraćajnoj situaciji reagovati povezivanjem različitih procesa obrade podataka, i ne može pojedine „odluke“ automobila, čak ni retrospektivno u potpunosti da shvati. Inženjer koji razvija automobil bez vozača, može, dakle, pod okolnostima tek posle niza udesa da spozna, da njegov automobil, na primer, prilikom određenih svetlosnih ili vremenskih uslova nije u stanju da raspozna znak prvenstva prolaza.

Nepredvidivo postaje ponašanje inteligentnog agenta ne samo onda kada dođe u situaciju za koju mu nije uprogramirano adekvatno reagovanje, već i onda kada na osnovu svog „iskustva“ autonomno odlučuje o određenim akcijama.¹⁸ Inteligentni agenti pokušavaju da izvrše naloge koji su im ljudi zadali, čak i kada zbog toga moraju da se odrede prema novim situacijama. Upravo u tome se sastoji njihova velika korist. Time, pak, čovek ne može niti u potpunosti da predvidi niti da kontroliše ponašanje agenta u takvim neplaniranim situacijama; čovek, na primer, ne može da predvidi da li i kada je autonomni automobil u stanju da saobraćajni znak koji nije u potpunosti vidljiv, pogrešno protumači kao neki, iz njegovog „iskustva“ sličan saobraćajni znak. Nedostatak mogućnosti kontrole je u neku ruku tamna strana medalje one posebne vrednosti koju roboti sposobni da uče predstavljaju za ljude.

Sledeći korak mogao bi biti razvoj „emocionalnih“ interakcija između mašine i čoveka: radi se na tome da se inteligentni agenti tako programiraju da budu u stanju da prepoznaju emocionalne potrebe ljudi i da simuliraju empatične reakcije. Poneki korisnik će se obradovati saosećanjem iskazanim od strane mašine (i možda će sledećeg puta pre biti spreman da od njih nešto poruči), iako se u stvarnosti radi o jednom veoma jednostavnom automatizmu. Čak je i kod nege bolesnika ustanovljeno da oboleli od demencije mogu uz pomoć robota u obliku životinje izgraditi svojevrsnu „osećajnu vezu“ tako što mašini pripisuju osećanja. U informatici se govori o *Eliza*-efektu,¹⁹ onda kada čovek radnju inteligentnog agenta nesvesno doživljava kao obrazac ljudskog ponašanja i sopstvenu motivaciju.²⁰ Međutim, ovaj efekat nosi

16 Time kod velikih onlajn trgovaca dolazi do pridodavanja daljih „preporuka na osnovu Vaše porudžbine“.

17 Tako nastaje izuzetno obiman problem zaštite podataka. Vidi o tome npr: Jeckmans/Beye/Erkin/Hartel/Lagendijk/Tang, *Privacy in Recommender Systems*, 2013, dostupno na: http://eprints.eemcs.utwente.nl/22141/01/Privacy_in_Recommender_Systems.pdf (posećeno 18.07.2014).

18 Russel/Norvig (nap. 3) pp. 35ff., 57ff.; Wooldridge/Jennings, *Knowledge Engineering Review* 10 (1995), p. 118f.

19 Računarski program ELIZA razvio je Jozef Vajcenbaum (Joseph Weizenbaum), koji omogućava da kompjuter simulira psihoterapeuta koji (naizgled) ostvaruje jezičku interakciju sa čovekom; Weizenbaum, *Computer Power Human Reason*, 1976; Hildebrandt, in: Hildebrandt/Gaakeer (Hrsg.), *Human Law and Computer Law: Comparative Perspectives*, 2013, p. 27f.

20 Vidi o ovome Picard, *Affective Computing*, 1995; Tao/Tan, in: Tao/Tan/Picard (Hrsg.), *Affective Computing and Intelligent Interaction*, 2005, p. 981.

sobom opasnost pogrešnog tumačenja (re)akcije mašine i time može dovesti do “nesporazuma” u interakciji između ljudi i inteligentnih agenata.

Kao što se moglo videti iz kratkog pregleda, inteligentni agenti koji poseduju sposobnost učenja otvaraju ljudima novu dimenziju napretka. Istovremeno, pravna ocena njihovog ponašanja nameće nova i teška pitanja. Delikatno je, pre svega, pitanje odgovornosti za delovanje inteligentnih agenata. O tome se u građanskom pravu već raspravljalo;²¹ u krivičnom pravu, naprotiv, rasprava se nalazi tek na početku.²² Prouzrokuje li inteligentni agent kakvu krivičnopravno relevantnu posledicu (na primer ubistvo ili ranjavanje čoveka ili uništenje stvari), postavlja se pitanje odgovornosti: Ko je delao i ko snosi krivičnopravnu krivicu? Čovek koji je tehnologiju osposobio da funkcioniše? Ili, pak, sam inteligentni agent? Najzad, možda i niko nije krivičnopravno odgovoran, jer ljudi smatraju razvoj i korišćenje takvih tehnologija poželjnim, i tako moraju sami snositi posledice njihove (delimične) nepredvidivosti? Ovim pitanjima se bavi sledeća skica mogućeg objašnjenja i ograničenja krivičnopravne odgovornosti delanja inteligentnih agenata.

II INTELIGENTNI AGENT KAO KAŽNJIV SUBJEKT?

Naše krivično pravo je stvoreno za ljude. Čoveku se pripisuje posledica krivičnog dela, kada ga on prouzrokuje svojim ponašanjem. Čovek snosi krivičnopravnu krivicu, kada, umišljajno ili iz nehata ostvari biće krivičnog dela, a uz to je svestan protivpravnosti svog ponašanja i mogućnosti da ga izbegne. Ipak, uočili smo, da su i inteligentni agenti sposobni da uče i da bar u prenesenom značenju mogu „autonomno“ postupati. Znači li to, da i oni mogu biti kažnjeni kao i ljudi?

1. *Prethodnici: životinje i roboti kao subjekti krivičnog prava*

Pre nego što pokušamo da pružimo odgovor na ovo pitanje, želeli bismo da bacimo pogled na iskustva i predstave o krivičnopravnom sankcionisanju ne-ljudi.

Tokom prethodnih vekova čovek nije još posedovao monopol nad krivicom i kaznom. Odmazda je činjena u velikoj meri i prema “bezdušnim predmetima.”²³ Istorija krivičnog prava izveštava o krivičnim postupcima i kažnjavanju životinja u Evropi sve do ranog Novog veka.²⁴ Predanje govori o jednom od mlađih postupaka protiv životinja, vođen u Bazelu (1474.): sudilo se petlu; stavljano mu je na teret da je sneo jaje iz koga je trebalo da se izleže Basilisk.²⁵ Bazelski petao – kao i

21 Vidi npr. Gruber, in: Beck (Hrsg.), *Jenseits von Mensch und Maschine*, 2012, p. 150; Hanisch, in: Hilgendorf (Hrsg.), *Robotik im Kontext von Recht und Moral*, 2014, p. 27; Spindler, in: Hilgendorf (Hrsg.), p. 63.

22 Vidi, pak Zbornik koji je priredio Beck (nap. 21).

23 Bauer, in: Perels/Wojak (Hrsg.), *Die Humanität der Rechtsordnung. Ausgewählte Schriften*, 1998, p. 251.

24 Postupci protiv životinja sadržali su elemente krivičnog postupka protiv ljudi, poput pritvora ili dodele branioca optuženoj životinji. Vidi: Dinzlacher, *Das fremde Mittelalter. Gottesurteil und Tierprozess*, 2006, p. 113.

25 Brednich, *Enzyklopädie des Märchens*, Bd.13, 2010, p. 651. – (Basilisk – mitsko biće koje je u Srednjem veku simbolizovalo smrt, đavola i greh – prim. prev).

druge životinje kojima je presuđeno – kažnjen je smrću. Šta je zapravo bio smisao kažnjavanja životinja, ostalo je sporno do danas. Istoričari prvo upućuju na sasvim profano pravo seljaka da ubiju stoku koja luta i koja pričinjava štetu.²⁶ Prema drugom izvoru svrha krivičnog postupka protiv životinja bila je težnja za magičnom zaštitom od đavolje rabote. Moguće je da je izvesnu ulogu imala i misao o odmazdi: U srednjem veku se smatralo da je Bog u odnosu na ljude životinjama dodelio podređenu funkciju “služenja”;²⁷ prilikom povrede ove funkcije životinja bi zaslužila kaznu isto – kao i ljudi – kojom bi odnos hijerarhije u svetu bio vaspostavljen.²⁸ Krivično pravo protiv životinja, okončano je prosvetiteljstvom i prodorom preventivnih teorija kazne.²⁹ Životinje se, prema tome, više ne tretiraju kao ljudi već kao stvari (vidi paragraf 90a stav 2 BGB) Ipak, danas se u okvirima pokreta za Prava životinja (“Animal Rights”) raspravlja o tome ne bi li životinjama pored prava, trebalo da pripadaju i obaveze.³⁰

Mašine imaju, prema modernim shvatanjima status lica isto onoliko malo, kao i životinje. Ne bivaju shvaćene kao samosvojna bića, pošto su definisane njihovim načinom funkcionisanja. *Mark Twen* je ovo formulisao još davne 1906. godine:³¹ “[The machine] does no more and no less than the law of its make permits and compels it to do. There is nothing personal about it; it cannot choose.” Ni “društveni roboti”, odnosno inteligentni agenti koji su predviđeni za interakciju sa ljudima,³² ne predstavljaju ništa drugo do spoj različitih tehničkih komponenata, poput kućišta, računara i senzora.

U žanru naučne fantastike susrećemo uvek iznova slutnje, da bi jedna mašina zamišljena kao čovekov pomoćnik mogla, ipak jedared postati nešto više. Robot koji se lagano pretvara u čoveka jeste lajtmotiv naučnofantastičnih romana. Još je 1950. godine *Isak Asimov* slikovito formulisao pitanje pravnog subjektiviteta mašina. U romanu sa upečatljivim naslovom “I, Robot” *Asimov* je predstavio pravila ponašanja, koja bi trebalo da regulišu (hijerarhijski ustrojen) odnos između čoveka i robota.³³ I u mnogobrojnim naučnofantastičnim filmovima mašine sa rastućom samosvešću igraju bitnu ulogu.³⁴ Klasičan primer jeste David, dete Android, koje u filmu

26 Brednich (nap. 25), p. 651.

27 Gergen, NuR 2012, pp. 96, 102.

28 Fischer, in: Rehberg (Hrsg.), Die Natur der Gesellschaft, 2008, pp. 5151, 5159.

29 Dinzlacher (nap. 24), p. 111.

30 Vidi Ritvo, Daedalus 136 (2007), p. 118; De Mello, Animals and Society, 2012; Peters/Stucki/Boscardin, The Animal Turn - What is it and Why Now?, Verfassungsblog.de 14. April 2014, dostupno na: <http://www.verfassungsblog.de/the-animal-turn-what-is-it-and-why-now> (posećeno 18.07.2014).

31 Mark Twain, What is man? 1906, dostupno na: <http://www.gutenberg.org/ebooks/70> (posećeno 18.07.2014).

32 Vidi Kobald, Ideengeschichtliche Aspekte zur Technikgenese der sozialen Robotik unter weltanschaulicher Perspektive, 2013, p. 13f.

33 Asimov, I, Robot, 1950, p. 27. Shodno tome trebalo bi da važe sledeća tri pravila: „1. A robot may not injure a human being or, through inaction, allow a human being to come to harm; 2. A robot must obey the orders given it by human beings, except where such orders would conflict with the First Law. 3. A robot must protect its own existence, as long as such protection does not conflict with the First or Second Laws.” (dostupno na: http://cdn.preterhuman.net/texts/literature/books_by-author/A/Asimov,%20Isaac%20-%20I,%20Robot.pdf [posećeno 18.07.2014]).

34 Vidi na primer 2001: A Space Odyssey (1968); Star Trek, The Ultimate Computer (1968); The Stepford Wives (1975); Blade Runner (1982); Artificial Intelligence (2001).

“AI” *Stivena Spilberga*, kajući se, obećava svojoj ljudskoj majci da će se popraviti, kako bi potom – preobraćen, poput klasičnog Pinokija – smeo da se vrati kući.³⁵

2. Inteligentni agenti kao lica?

Iako se kod prikaza inteligentnih agenata koji su naučili da razvijaju samosvest, osećanja, empatiju i moral, i kojima se s toga pripisuje jedna vrsta slobode volje i možda čak status moralnog agenta, radi samo o fiktivnim slutnjama, a ne o stvarnosti, takve knjige i filmovi nameću važna i interesantna pitanja – i ne na posletku pitanje, da li i pod kakvim pretpostavkama dolazi u obzir kažnjavanje inteligentnih agenata.³⁶ Možda nam se, pak roboti uskoro neće činiti “daljinski upravljivijim” nego što su to ljudi, koji, svoje navodno slobodne odluke donose u nedokučivom spletu uticaja genetike, vaspitanja i društvenog okruženja i koje još uvek definišemo kao “slobodne” u pogledu svoje odgovornosti.

U tom smislu, postavlja se, pre svega, pitanje gde se proteže granica između mašine i ljudskog lica kao tradicionalnog subjekta krivičnog prava. Da li je dovoljno, da robot poseduje isprogramiranu sposobnost, da iz okruženja primljene podatke poredi sa poznatim obrascima i da na toj osnovi dela, kako bismo ga smatrali “licem” odgovornim za sopstveno ponašanje?

Prema jednom pravnofilosofskom stanovištu *Džona Loka*³⁷ i *Imanuela Kanta*, licem se smatra onaj ko je u stanju da razvije misaoni odnos o samome sebi. Sposobnost samorefleksije omogućava osobi samoodređenje; ili, kako to *Kant* izražava: Pošto je svestan sebe samoga, čovek sebe posmatra “kao odredljivog samo na osnovu zakona koje samom sebi daje pomoću uma. U tom njegovom postojanju njemu ništa ne prethodi pre određenja njegove volje, već svaka njegova radnja (...) nije u svesti o njegovoj egzistenciji ništa drugo do posledica, pa to nikada ne treba smatrati određujućim razlogom njegovog kauzaliteta kao noumens.”³⁸ Iz tog razloga, nastavlja *Kant*, umno biće može za svaku protivpravnu radnju koju učini, s pravom da kaže, da je moglo i da je propusti.³⁹ Ako lice, pak, u samosvesti svoje egzistencijalne

35 David: „I’m sorry I broke myself. I’m sorry I cut your hair off. I am sorry I hurt Martin. [...] Mommy if Pinocchio became real and I become a real boy can I come home?”

36 O tome Beck, in: Battaglia/Mukerji/Nida-Rümelin/Bisol (Hrsg.), *Rethinking Responsibility in Science and Technology*, Pisa 2014, p. 177ff.; Koops/Hildebrandt/Jaquet-Chiffelle, *Minnesota Journal of Law, Science & Technology* 11 (2010), p. 522ff.; Hildebrandt, in: Hildebrandt/Rouvroy (Hrsg.) *Law, Human Agency and Autonomic Computing*, 2011, p. 141 ff.

37 John Locke, *An Essay Concerning Human Understanding*, 1690, p. 331 (§XVII Nr. 26), uzima za pretpostavku bića-lica, da je neko poput „intelligent Agent“ (!) „capable of a Law, and Happiness and Misery“. Svest o sopstvenoj prošlosti je ključ za lice: „This personality extends itself beyond present existence to what is past, only by consciousness, - whereby it becomes concerned and accountable; owns and imputes to itself past actions, just upon the same ground and for the same reason as it does the present.“ Vidi o ovome takođe Seelmann, *Rechtsphilosophie*, 5. Aufl. 2010, p. 132ff.; opširno isti., in: Heer u.a. (Hrsg.), *Toujours agite, jamais abattu*, Festschrift für Wiprächtiger, 2011, p. 575.

38 Kant, *Kritik der praktischen Vernunft*, in: Weischedel (Hrsg.), *Immanuel Kant, Werke in zehn Bänden*, 1975, Bd. 6, p. 223. – Kritika praktičnog uma. Preveo Danilo Basta. Beograd, BIGZ, 1979, str. 115 – prim. prev.

39 Kant (nap. 38), p. 223.

slobode ne može da sebe shvati odgovornim za svoja dela,⁴⁰ onda su drugi vlasni da tom licu pripisuju njegovu odgovornost. Drugo stanovište seže u *Hegelovu* tradiciju mišljenja, i oštro razdvaja pojam „lica“ od pojma „čoveka“ i shvata ono prvo kao oznaku ljudskog bića kao mogućeg nosioca prava i obaveza u društvu.⁴¹

No, ta razmatranja koja su zasnovana na idealističkoj filosofiji se svakako ne odnose na moderne robote. Ali, može se reći da inteligentnom agentu, od bitnih elemenata lica-bića nedostaje: Sve i da može da uči i da je sposoban da donosi – za druge nepredvidive – odluke, on ipak ne može da postane svestan svoje slobode; a još manje može da shvati sebe kao nosioca prava i obaveza u društvu.⁴² Inteligentni agenti, mogu, doduše, da obave određene zadatke, „automatski“, ali oni slede – čak ukoliko su sposobni da uče – u krajnjoj liniji, opcije zadate programiranjem i sebi samima o svom ponašanju ne polažu račun.⁴³ S toga inteligentne agente doživljavamo kao „ne-slobodne“ i ne možemo ih učiniti lično odgovornim za štetu koju pričinu.

Ovi zaključci, odnose se – s tim bi trebalo biti načisto – na sadašnje stanje razvoja veštačke inteligencije, s jedne strane, i tradicionalnog shvatanja bića-ličnosti u smislu nemačke filosofije s druge strane, pri čemu ovo poslednje još uvek predstavlja relevantan parametar krivičnog prava. Ukoliko bi inteligentni agenti i u pogledu samo – i pravne svesti, etičke i emocionalne oslovljenosti i ostalih „tipično ljudskih“ dimenzija, mogli da budu dalje razvijani, naravno da bi iznova trebalo razmatrati pitanje, mogu li se ipak posmatrati kao (tada, po mogućstvu kao krivičnoodgovorni) pravni subjekti.⁴⁴

3. Kažnjivost inteligentnih agenata?

Problem, da se inteligentni agenti *rebus sic stantibus* za svoje ponašanje u pravnom i moralnom pogledu ne mogu pozivati na odgovornosti odslikava se i u kategorijama krivičnopravne dogmatike. Isto kao kod, u pojedinim tačkama slično pozicioniranoj postavci pitanja kažnjivosti pravnih lica,⁴⁵ mogu se problemi isprva locirati pri pretpostavkama „radnje“ i „krivice“.

40 Kant (nap. 38), p. 223f., upućuje ovde na glas savesti čija samokritika i ukazivanje na čoveka – „čovek može mudrijašiti koliko mu drago“ – ne može da učutka. Preveo Danilo Basta. Beograd, BIGZ, 1979, str. 115 – prim. prev.

41 Vidi o ovome Jakobs, Norm, Person, Gesellschaft, 3. Aufl. 2008, p. 37ff.; Pawlik, Das Unrecht des Bürgers, 2012, p. 141ff.

42 Načelna razmatranja o pravnom subjektivitetu na polju veštačke inteligencije vidi kod: Solum, North Carolina Law Review 70 (1992), p. 1231; Matthias, Automaten als Träger von Rechten, 2008.

43 Vidi takođe Koops/Hildebrandt/Jaquet-Chiffelle (nap. 36), p. 522 ff.

44 O pitanju statusa vidi Beck, in Hilgendorf/Günther (Hrsg.), Robotik und Gesetzgebung, 2013, p. 239ff.; Hildebrandt, in: Hildebrandt/Gaakeer (nap. 19), p. 27f.

45 Vidi o ovome temeljito izloženo: Böse, ZStW 126 (2014), p. 126 ff.; Frisch, Festschrift für Wolter, 2013, p. 349; Heine, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, 1995; Hettinger (Hrsg.), Reform des Sanktionenrechts, Bd. 3: Verbandstrafe, 2003; Jakobs, Festschrift für Luderksen, 2002, p. 559; Mitsch, NZWiSt 2014, p. 1; Schünemann, Festschrift für Tiedemann, 2008, p. 429; isto., in: Leipziger Kommentar, 12. Aufl. 2007, vor § 25 Rdn. 17 ff; Volk, JZ 1993, p. 429. U najnovije vreme vidi pokušaj rešavanja u nacrtu Krivičnog zakonika za udruženja Pokrajine Severna Rajna- Vestfalija; dostupno na: http://www.justiz.nrw.de/JM/justizpolitik/jumiko/beschluesse/2013/herbstkonferenz13/zw3/TOP_IL_5_Gesetzenentwurf.pdf (posećeno 18.07.2014); o tome Hoven, ZIS 2014, p. 19; Löffelmann, JR 2014, p. 185; Zieschang, GA 2014, p. 91.

a) Poslovna sposobnost inteligentnih agenata

Internet-pretraživač sklapa kombinacije reči štetne po ugled, dron povređuje bezopasne ljude, automobil bez vozača gazi pešaka: Ovako opisani postupci deluju kao radnje koje upućuju na samog inteligentnog agenta ukoliko ovaj nezavisno od ljudskog upravljanja dela na osnovu svog – u gore navedenom smislu „podučivosti“⁴⁶ – algoritamskog programa. Ali, da li su ovo zaista „radnje“ inteligentnog agenta u krivičnopravnom smislu?

Pitanjem, kada postoji pravno relevantna radnja, nauka krivičnog prava se bavila pre svega sredinom prošlog veka. Za prevaziđenu „kauzalističku“ teoriju, dovoljan je bilo koji voljni pokret telom za krivičnopravno relevantnu radnju; njena moderna „društvena“ varijanta zahteva sem toga određeno društveno značenje pokreta tela.⁴⁷ Ukoliko se ove definicije primene na inteligentne agente, onda se barem kod onih inteligentnih agenata koji su napustili čisto softversko okruženje (poput interneta) i istupili pred nas u obliku mehanički delajućeg robota,⁴⁸ bez daljeg da se njihova tela „pokreću“; ali se tada svakako postavlja pitanje da li inteligentni agenti mogu „samovoljno“ da delaju. Prema kauzalističkom shvatanju radnje ne postavljaju se pak, nikakvi visoki zahtevi u pogledu voljnog upravljanja ponašanjem; poriče se voljna radnja samo onda kada telo čoveka samo „automatski“ reaguje (kao kod nekih refleksa koji se ne mogu kontrolisati) ili kada se telo jednog čoveka koristi od strane drugog čoveka kao puki fizički objekt (A baci B na C).⁴⁹ Ovo poslednje je slučaj kod jednostavnih mašina kojima upravlja čovek poput usisivača ili konvencionalnih automobila, ali ne i kod inteligentnih agenata, koji se shodno sposobnosti učenja, mogu u svakom trenutku otrgnuti kontroli čoveka; oni su u pogledu kauzalne teorije radnje sposobni da sami donose „samovoljne“ odluke. Za razliku od nekada dominantne kauzalne teorije radnje, zastupnici finalnog pojma radnje kao centralni kriterijum ljudske radnje određuju svrsishodnost.⁵⁰ Prema njihovom shvatanju ljudska radnja se od ostalih događaja koji mogu biti kauzalni nastaku štete, razlikuje po tome što su determinisani voljom čoveka. Samo onda kada i zato što je ljudska radnja izraz ciljno usmerene volje delovanja, može biti krivičnopravno relevantna.⁵¹ Kako onda stoje stvari sa poslovnom sposobnošću inteligentnih agenata? Na osnovu sposobnosti da uče, oni su u mogućnosti da samostalno odrede optimalne međuko- rake, koji u datim uslovima vode uspehu njihove misije. Tako – na jednom vrlo jednostavnom stupnju – internet-pretraživač može na osnovu određenog broja upita sam da formuliše spoj upotrebljenih, traženih pojmova koji su predmet upita ili – u jednoj daleko kompleksnijoj ravni – naoružani dron može da identifikuje i napadne

46 Vidi gore II 1.

47 O teorijama radnje vidi pregled kod Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, p. 217ff.; Puppe, in: Nomos Kommentar StGB, 4. Aufl. 2013, vor § 13 Rdn. 31ff.; Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl. 2006, p. 236 ff.

48 Problematično je postojanje „radnje“ u konvencionalnom smislu svakako kod agenata koji operišu čisto „intelektualno“, poput internet-pretraživača. Ovde bi moralo da se pojam radnje veoma „obesteli“ kako bi se njegovo ponašanje još uvek moglo označiti „radnjom“.

49 Vidi Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2003, p. 207–211.

50 Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, p. 33 ff.; ders., JuS 1966, p. 423; s današnjeg stanovišta Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2011, p. 57f.

51 Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl. 2011, p. 128f.

neprijateljske objekte. Zapravo, ključno pitanje (spoljašnje) ocene jeste da li se odluka inteligentnog agenta shvata kao odluka na osnovu „choises“ (izbora) koja mu je njegovim programiranjem već zadata, ili je reč o „judgements“ (prosudivanjima), dakle „sopstvenim“ vrednovanjima. Sve i kada se ovo poslednje prihvati, to još uvek ne znači da inteligentni agent može „voljno“ postaviti sebi ciljeve i da na osnovu tako postavljenih ciljeva odredi svoje radnje. To bi u najmanju ruku podrazumevalo da inteligentni agent „prepoznaje“ šta čini, i da zna na osnovu toga da je njegovo ponašanje od „društvenog uticaja“, dakle da može da utiče na život drugih ljudi. Da li inteligentni agenti imaju takvu vrstu samosvesti ili je mogu dosegnuti, predmet je rasprave o takozvanoj veštačkoj inteligenciji; o tome zasad još uvek nema pozitivnih odgovora.⁵² Mi danas (još uvek) ne pretpostavljamo, da inteligentni agenti znaju šta čine, i da percipiraju relevantnost svojih akcija – izvan konstatacije da li se približavaju programiranom cilju.

Najzad, pitanje o (krivičnopravnoj) poslovnoj sposobnosti inteligentnih agenata moglo bi biti pitanje definicije: kod kauzalističkog, čisto spoljašnjeg posmatranja, koje svaki „samovoljni telesni pokret“ definiše kao radnju, oni se mogu okarakterisati kao oni koji delaju. Što se jače pojam radnje substancionalno ispunjava, što se više učitava samosvesna usmerenost ka cilju, utoliko manje mogu inteligentni agenti da udovolje zahtevima poslovne sposobnosti.

b) Krivična sposobnost inteligentnih agenata

Kada se pretpostavi da inteligentni agenti preduzimaju radnje u krivičnopravnom smislu, dolazi se pitanjem njihove moguće krivične odgovornosti do sledeće prepone: mogu li inteligentni agenti biti vini? Može li se internet-pretraživaču prebaciti da on prilikom unosa određenog imena pokazuje lanac pojmova koji štete ugledu, i da li se inteligentnom skalpelu može prebaciti odstranjivanje zdravog tkiva, umesto bolesnog? U građanskom pravu se predlaže da inteligentni agenti budu tretirani kao subjekt odgovornosti sui generis – da se iz unapred formiranog fonda odgovornosti – isplaćuju zahtevi za štetu koju oni načine.⁵³ Čak se i u krivičnom pravu razmatra mogućnost pripisivanja krivične sposobnosti inteligentnim agentima, s obzirom na njihovu sposobnost učenja i pamćenja.⁵⁴ Shodno ustavnopravno zasnovanom principu krivice,⁵⁵ krivična odgovornost podrazumeva ličnu odgovornost učinioca za sopstveno delo u tom smislu, onda kada ju je on pri dovoljnom i njemu primerenom naporu mogao da izbegne; i da samo tada sme da mu se prebaci za protivzakonito ponašanje.⁵⁶ Savezni vrhovni sud je 1952. to iskazao sledećom klasičnom formulacijom: „Unutrašnji razlog prebacivanja krivice leži u činjenici da

52 Vidi o tome Hofstadter (nap. 15), pp. 179ff., 195ff.

53 Gruber (nap. 22), p. 150ff.

54 O pretpostavkama nastanka pravnog subjekta uporedi na primer Beck/Zabel, in: Friedrich/Zichy (Hrsg.), *Persönlichkeit- Neurowissenschaftliche und neurophilosophische Fragestellungen*, 2014, p. 49; Hildebrandt, in: Duff/Green, *Philosophical Foundations of Criminal Law*, Oxford 2014, p. 510.

55 Vidi BVerfGE 45, 187, 227; 95, 96, 140; naročito upečatljivo BVerfGE 123, 267, 413, gde se princip krivice zbog zasnovanosti u ljudskom dostojanstvu označava kao neraspoloživ u smislu čl. 79 st. 3 GG.

56 Uopšteno o principu krivice Frister, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Aufl. 2013, p. 30ff.; Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7. Aufl. 2012, p. 364ff.; Roxin, *Allg. Teil I* (nap. 47), p. 851ff.; Stratenwerth/Kuhlen, *Allg. Teil* (nap. 50), p. 159ff.

čoveka čini slobodno, odgovorno i moralno samoopredeljenje i da je usled toga sposoban da se opredeli za pravedno, a protiv nepravednog, da svoje ponašanje ustroji prema normama pravom određenog moranja i da izbegava pravom zabranjeno, čim dosegne moralnu zrelost (...).⁵⁷

Ova definicija ostavlja utisak da kategorički isključuje prihvatanje krivičnopravne krivice još toliko inteligentne mašine. Jer, inteligentni agenti zasad svakako ne predstavljaju osobe sazdane na moralnom saopredeljenju, već računarski potpomognute tehnologije, koji njima postavljene zadatke obavljaju shodno onome kako su programirani. S toga ne može da im se pripíše nikakva krivica u smislu koji proklamuje Savezni vrhovni sud. Međutim, sada još (ili opet) relativno nekontroverzna norma iz 1952. godine o slobodi volje ljudi kao važne osnove tradicionalnog pojma krivice – je u novije vreme prilično dovedena u pitanje, u svetlosti određenih saznanja o proučavanju mozga.⁵⁸ Šta pri aktuelnoj kontroverzi preostaje od idealističke predstave voljno slobodnog čoveka, još nije konačno razjašnjeno.⁵⁹ Ipak, to svakako – suprotno prvom utisku – za diskusiju o mogućoj krivičnopravnoj krivici inteligentnih agenata takođe nije od merodavnog značaja. Jer, još je pre diskusije oko rezultata novijih neurobioloških istraživanja u krivično pravo prodrlo saznanje da kod „shvatanja“ krivičnopravne krivice nije reč o istraživanju neuroloških povezanosti i tokova, već o očekivanjima i pripisivanju u aktuelnim društvenim odnosima.⁶⁰

Iz jednog tako shvaćenog principa krivice, odvojenog od neuronalnih tokova, proizlaze svakako zamisliva polazišta za prihvatanje „krivice“ inteligentnih agenata.⁶¹ Iz funkcionalne perspektive krivica se pripisuje onome koji se identifikuje kao odgovorni vinovnik društvenog konflikta koji se dogodio u okviru krivičnog dela.⁶² Time i ideja o „slobodnoj volji“ postaje generički odrediva: „sloboda samoodlučnog delanja“ nije nikakav prirodni fenomen, već proizvod pripisivanja koje služi određenim društvenim ciljevima, naime organizaciji društva pod premisom uzajamnog prihvatanja slobode.⁶³ Mada krivica i na njoj zasnovana pravna odgovornost u uslovima savremenog društva ne može biti pripisivana po nahodanju; u suprotnom bi

57 BGHSt. 2, 194, 200.

58 Vidi npr. Roth/Pauen, Freiheit, Schuld und Verantwortung, 2008; Singer, in: Geyer (Hrsg.), Hirnforschung und Willensfreiheit, 2004, p. 30ff.

59 Iz obimne literature o ovoj temi vidi samo: Duttge, in: ders. (Hrsg.), Das Ich und sein Gehirn, 2009, 2009, p. 13; Hillenkamp, JZ 2005, p. 313; Jäger, GA 2013, p. 3; G. Merkel, Festschrift für Herzberg, 2008, p. 3; R. Merkel, Willensfreiheit und rechtliche Schuld, 2008; Schiemann, ZJS 2012, p. 774; Streng, Festschrift für Jakobs, 2007, p. 675; Weißer, GA 2013, p. 26.

60 Frister, Allg. Teil (nap. 56), p. 32f.; Roxin (nap. 47), p. 869ff.; iz drugog ugla takođe i Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, p. 484f. Vidi već Kant, Kritik der reinen Vernunft, Werke in sechs Bänden, BD. 2 (1956), p. 501: „Otuda pravi moralitet radnji (zasluga i greh), pa čak i moralitet našega sopstvenoga ponašanja ostaju za nas potpuno skriveni. Naše osude mogu se odnositi samo na empirički karakter. Koliko je, pak, od toga čista posledica slobode, a koliko se ima pripisati prostoj prirodi i nenamernoj mani temperamenta ili njegovoj srećnoj osobini (merito fortunae) to niko ne može da objasni, pa zbog toga ni potpuno pravedno da sudi.“ Kritika čistog uma. Preveo Nikola Popović. Beograd, BIGZ, 1976, str. 334. – prim. prev.

61 Vidi o ovome takođe Gruber (nap. 44), p. 157; isti. (nap. 21), p. 150; Teubner, Zeitschrift für Rechtssoziologie 27 (2006), p. 15ff.

62 Jakobs (nap. 60), p. 471ff.

63 Frister (nap. 56), p. 32f.

društvena funkcionalnost krivičnog prava bila stavljena na kocku. Minimalni uslovi za to da nekome kao osobi pripišemo odgovornost za njeno ponašanje, ponovo dospevamo u gore već razmatrani uslov mogućnosti samorefleksije.⁶⁴ Ko nije u stanju da vrednuje sebe i svoje prethodne odluke prema etički referentnom sistemu, narodski rečeno da „razlikuje dobro od zla“⁶⁵, taj ne može biti tretiran kao subjekt prava, kao objekt pripisivanja odgovornosti i krivice, jer s njim nije moguće voditi etički dijalog, on nije u stanju da pruži „odgovor“ na etičko prebacivanje. Takav agent – poput divlje životinje ili čoveka koji pati od sumanutih predstava – može biti kontrolisan samo uz pomoć mera za odbranu od opasnosti, ali ne i krivično-pravno kažnjen.

Ipak, već danas inteligentni agenti „odlučuju“ na osnovi koja prevazilazi vrednovanje sopstvenih ranijih načina delanja prikazanih u jednostavnoj podeli na uspeh ili neuspeh. Što su inteligentnim agentima povereni teži zadaci, utoliko složenija mora biti njihova struktura učenja; ovo važi, na primer, za autonomni automobil koji za dolazak do cilja stoji pred odlukom, da li da koristi magistralni put na kome dolazi do stvaranja gužve, ili pak da prođe kroz ulicu zatvorenu za saobraćaj, na kojoj se igraju deca. Za pretpostaviti je da će inteligentni agenti ubuduće u većem obimu morati da obraćaju pažnju na etičke aspekte prilikom donošenja odluka. Ovo važi, na primer, za autonomni automobil koji izvodi nužni manevar izbegavanja, prilikom koga može doći do povrede pravnih dobara trećeg lica;⁶⁶ etičke dileme mogu nastupiti i prilikom korišćenja civilnih dronova za isporuku pošiljki sa robom poručениh putem interneta.⁶⁷ Ukoliko bi takvi (sada već konkretni) planovi bili sprovedeni, dronovi-isporučioc bi morali da prilikom izvršenja svojih misija redovno biraju između više mogućnosti delanja i da se pri tome orijentišu prema (uprogramiranom) bonus-malus-obrascu, koji podrazumeva pridržavanje normativnih pravila. Kako bi trebalo da postupi jedan dron koji, osim ispunjenja osnovnog zadatka (na primer isporuke robe naručiocu do 17 časova), istovremeno dobije zadatak da svoju misiju izvede na društveno prihvatljiv način, recimo da na svom putu vodi računa o zaštitama od buke, i da poštuje privatnu sferu ljudi? U ovu svrhu morala bi mu se zacrtati detaljna pravila postupanja, na primer da ne preleće prenisko bolnice ili penthaus stanove. Za pridržavanje ovih pravila, dron bi bio nagrađivan bonus poenima, a u slučaju kršenja pravila bili bi mu zapisivani malus bodovi, kvantifikovani prema težini prekršaja.⁶⁸ Iz bonus-malus bilansa koji bi se izvlačio nakon izvršavanja misije, mogao bi dron da „uči“ kako ubuduće da ispuni svoj cilj uz što povoljniji bilans bodova.⁶⁹ Kod takvog sistema postavlja se pitanje da

64 Vidi takođe Beck/Zabel (nap. 54), p. 62ff.

65 Vidi Seelmann in: Heer u.a. (nap. 37), p. 575.

66 Pred tom pozadinom razvija se žestoka diskusija na internetu o tome kako bi inteligentni agent mogao da reši „Trolley Problem“ ili „Fat Man Problem“ (u nemačkoj diskusiji poznatiji kao slučajevi „skretničara“ (Fall Weichensteller), vidi: <http://marginalrevolution.com/marginalrevolution/2012/06/the-google-trolley-problem.html> (posećeno 18.07.2014).

67 Vidi o ovome: <http://www.zeit.de/wirtschaft/2013-12/amazon-will-ware-per-drohne-liefern> (posećeno 18.07.2014).

68 Pfützenreuter, *Intelligentes Missionsmanagement für autonome mobile Systeme*, 2005.

69 Tako bi dron koji se odluči da radi što brže isporuke robe, preleti dve bolnice, primio povratnu poruku, da je za povredu pravila dobio veliki broj malus-bodova; to bi trebalo da utiče da pri

li kršenje pravila vodi ne samo navikavanju na buduća ponašanja inteligentnih agenata, već i da li bi dronu mogla biti pripisana krivica, kada normativno „pogrešno“ postupi, dakle na primer kada bi iznova birao rutu koja je označena malus bodovima, koja vodi iznad nekoliko bolnica.

Moglo bi se zasigurno zamisliti takvo pripisivanje krivice – ali, da li bi to imalo smisla za prevazilaženje društvenih konflikata interesa između što je moguće brže dostave robe i potrebe pacijenata za tišinom. Na ovo pitanje moglo bi se potvrdno odgovoriti samo onda kada bi se pretpostavilo da jedan složeni bonus-malus sistem, namenjen inteligentnim agentima funkcionalno odgovara etičkom samovrednovanju i samoupravljanju čoveka. Jedino pod ovom pretpostavkom može biti smisleno prebacivanje krivice inteligentnim agentima. Ukoliko se to želi postići, uslovi za krivicu bi se morali prilagoditi sposobnosti spoznaje protivpravnog ponašanja inteligentnih agenata. Tada bi moralo biti dovoljno da (ljudski ili inteligentni) agent bude sposoban da prepozna nepoželjnost određenog ponašanja i da bude u stanju da takvo ponašanje „interno“ oceni kao negativno.⁷⁰ Tim razmatranjima se od početka ovog milenijuma bavi rastuća oblast *Machine Ethics*. Ovde se pre svega radi o tome da li i u kom slučaju je moguće robotu usaditi etički zasnovan sistem delanja.⁷¹ No, zasad su ovi projekti tek u povoju, s obzirom da formalizacija etičkih odluka uopšteno za sobom povlači velike poteškoće, tako da programiranje takvih odluka za robote deluje kao daleka budućnost.⁷²

c) Kažnjavanje inteligentnih agenata

Ukoliko bi se isto tako pošlo od toga da se inteligentnom agentu – barem u skorijoj budućnosti – može pripisati krivičnoppravna odgovornost, postavlja se, pre uvođenja krivičnog zakonika za robote, još jedno pitanje, da li inteligentni agenti mogu da budu kažnjeni. Naše krivično pravo je – barem zasad – prilagođeno ljudima i time isključuje predstavu da još neko biće osim ljudskog može ili treba da bude kažnjeno za pogrešno ponašanje.⁷³ To načelo je u različitim pravnim porecima utoliko prekršeno, na taj način što je moguće izreći krivične sankcije pravnim licima.⁷⁴ I ove (prevashodno novčane) kazne ne bi na kraju trebalo da pogađaju „pravno lice“ kao apstraktnu pojavu, već ona fizička lica koja

sledećem pokušaju izabere drugu rutu, koja bi možda bila nešto duža, ali bi izbegao ometanje bolesnika bukom.

70 O uporednoj problematici kažnjivosti pravnih lica Frisch (nap. 45), pp. 394, 353.

71 Wallach/Allen, *Moral Machines: Teaching Robots Right from Wrong*, Oxford 2008; Anderson/Anderson (Hrsg.), *Machine Ethics*, Cambridge 2011; Storrs Hall, *Beyond AI: Creating the Conscience of the Machine*, 2007; Georges, *Digital Soul: Intelligent Machines and Human Values*, Cambridge, MA 2003.

72 Vidi o tome na primer Muehlhauser/Helm, *Intelligence Explosion and Machine Ethics*, 2012, <http://intelligence.org/files/IE-ME.pdf> (posećeno 18.07.2014). O raspravi o mogućem tehničkom ostvarenju vidi Bostrom/Yudkowsky, *Cambridge Handbook of Artificial Intelligence*, Cambridge 2011; Santos-Lang, in: van Rysewyk/Pontier (Hrsg.), *Machine Medical Ethics*, New York 2014, p. 74.

73 Vidi o tome Matthias (nap. 42); Wallach/Allen (nap. 71).

74 Vidi o tome priloge Beale (USA), Hilf (Österreich) und Tricot (Frankreich) in *ZStW* 126 (2014), pp. 27ff., 73ff., 55ff.; o švajcarskom pravu vidi Art. 102 schw. StGB i o tome Stratenwerth (nap. 51), p. 447ff.

se kriju iza pravnog lica, bilo u obliku vlasnika udela ili člana društva.⁷⁵ Mogućnost „kažnjavanja“ inteligentnih agenata kaznama čiji smisao i svrha odgovaraju ljudima, teško se, pak danas jedva može zamisliti. S obzirom da inteligentni agent ne poseduje imovinu (u svakom slučaju on ne može *shvatiti* da je poseduje, sve i kada bi se ona njemu građanskopravno mogla dodeliti),⁷⁶ kazna namenjena agentu morala bi se nametnuti njegovom operateru ili bi pogadala fond odgovornosti, tako da ona svejedno ne bi pogadala inteligentnog agenta; i kakvo „lično“ kažnjavanje, recimo, fizičkim uništenjem i potpuno ponovnim reprogramiranjem inteligentnog agenta, što bi, gledano spolja ličilo na smrtnu kaznu, ponovo ne bi pogadalo agenta na isti način kao što pogada čoveka – u svakom slučaju dokle god inteligentni agenti nisu obdareni kakvom ljudskom voljom za životom i preživljavanjem. Iz tog razloga otpada mogućnost krivičnogpravnog kažnjavanja inteligentnih agenata pri trenutnom stanju razvoja, jer oni ne mogu razumeti kaznu kao takvu. Čovek može razumeti uništenje robota kao zasluženu kaznu za njegovo pogrešno ponašanje, međutim robot nema to shvatanje o takvoj meri. Ipak, usvajanje (čak i „nesavršene“) krivičnogpravne odgovornosti inteligentnog agenta može biti od pravnog značaja – naime, utoliko što bi odgovornost s agenta prešla na čoveka u pozadini.⁷⁷

4. Međurezultat

Dokle god inteligentni agenti „odlučuju“ samo u okviru svoje programiranosti, nedostaje im – u zavisnosti od pojma radnje na kome su zasnovani – verovatno i mogućnost krivičnogpravno relevantnog „delanja“. Tamo gde je ovo prihvaćeno, nailazi se na osnovno pitanje, da li se inteligentnim agentima sme pripisati krivica. To nije upitno samo onda kada oni sprovode proračunat ili barem proračunljiv proces donošenja odluke, već i onda kada podatke dobijene iz okruženja samostalno tumače, osvrćući se na sopstveno iskustvo i time određujući sopstveno delanje. Jer subjekt krivice može prema našem današnjem shvatanju biti samo onaj ko poseduje savest, dakle onaj ko je sposoban da sprovede etičku samorefleksiju. Tako nešto ne deluje moguće s obzirom na današnje stanje razvoja inteligentnih agenata; ipak, barem analogna mogućnost „moralnog“ procenjivanja sopstvenog ponašanja budućih inteligentnih agenata može se itetako zamisliti.⁷⁸ Poslednji korak ležao bi u stvaranju krivično odgovornog inteligentnog agenta, dakle u takvoj konstrukciji, koja bi uz pomoć određenih spoljašnjih promena bila sposobna da asocira na moralno neodobravanje njihovog ponašanja. Tome, ipak, predstoji dugačak put.

75 Pod kojim pretpostavkama je dopustiva, primerena ili čak nužna, takva odgovornost privredno pogođenog za pogrešno ponašanje drugih osoba, jeste teško, u biti nerazjašnjeno pitanje, koje se rado zabašuruje analogijom sa građanskim pravom. Vidi o tome Forster, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens nach Art. 102 StGB, 2006*, p. 38F; Kremnitzer/Ghanayim, *ZStW 113 (2001)*, pp. 538, 542ff.; Seelmann, in: Ackermann/Weigend, *Journal of International Criminal Justice 6 (2008)*, pp. 927, 931f.

76 Vidi o ovome i Koops/Hildebrandt/Jaquet-Chiffelle (nap. 36), p. 527ff.

77 O tome detaljnije u III poglavlju.

78 Beck (nap. 36); Hildebrandt, in: Hildebrandt/Gaakeer (nap. 19), p. 25f.

III ČOVEK U SENCI INTELIGENTNOG AGENTA

Pomisao da bi inteligentni agenti mogli prouzrokovati ogromne štete, a da za to nije predviđena krivičnopravna mogućnost kažnjavanja, ostavlja utisak nelagodnosti; a ta nelagodnost raste što više inteligentni agenti kao prividno samostalni akteri učestvuju u našem životu. Sve dok inteligentnim agentima ne može da se pripíše sopstvena krivičnopravna odgovornost, utoliko se više nameće pitanje, pod kojim preduslovima ljudi koji stoje iza mašine mogu i moraju biti pozvani na odgovornost zbog pogrešnih radnji inteligentnih agenata. Da li, primera radi, odgovara onaj koji razvija kompjutersku tehnologiju ili operater internet-pretraživača, kada ovaj ponudi kombinaciju reči kojom se neko kleveta? Podleže li krivičnoj sankciji konstruktor ili prodavac, kada dron otvori vatru na bezopasne civile ili kada automobil bez vozača povredi ili ubije drugog učesnika u saobraćaju?

1) Kažnjivost umišljaja

Ne proističu problemi za krivičnopravnu odgovornost operatera, onda kada ciljno ili voljno tako programira inteligentnog agenta, da ovaj prouzrokuje krivičnopravno relevantne posledice: upotrebi li vojni zapovednik svesno drona da ubije civile ili bude li autonomni automobil umišljajno tako programiran da gazi bicikliste koji voze ulicom, onda bez problema možemo identifikovati zapovednika ili konstruktora automobila-robotu kao odgovorne izvršioce štetnih posledica i da ih učinimo odgovornim za odgovarajuće relevantno biće krivičnog dela, jer su se oni poslužili – svejedno koliko inteligentnim – agentom na jedan način kako se ljudi i inače služe alatom po njihovoj volji.⁷⁹ Radi se o neposredno umišljajnom izvršilaštvu lica, koje po svojoj volji upravlja mašinom.

2. Kažnjivost nehata

Daleko češće mogu nastupiti slučajevi, u kojima upotreba inteligentnog agenta vodi *neželjenoj* šteti: shodno volji svog operatera,⁸⁰ dron bi trebalo da pogodi samo zadati vojni cilj, međutim, kao posledica pogrešne funkcije, on skreće sa svoje rute i ubija civile; autonomni automobil bi trebalo po pravilu da dozvoli prvenstvo prolaza kroz raskrnicu, ali to ne čini i povređuje biciklistu na raskrsnici. U ovim slučajevima u obzir dolazi samo nehatni oblik krivice operatera, kada je relevantnu posledicu krivičnog dela (dakle smrt civila ili povredu bicikliste) mogao predvideti i nije u nužnoj meri pažljivo postupao da spreči nastupanje posledice.⁸¹ Osim toga

79 U ovu kategoriju spada, na primer, i takozvani Google Bomb, koji Google-rezultate pretraživanja manipuliše za određene veb stranice mnogostrukim dodavanjem linkova i tu stranicu na taj način čini neupotrebljivom. Google danas uvek iznova menja algoritme pretraživača, kako bi otežao takve manipulacije.

80 Pojam „operatera“ koristi se u daljem tekstu zbirno za sve osobe koje kao proizvođači, programeri, konstruktori, prodavci ili odgovorni korisnici koji po mogućstvu krivičnopravno odgovaraju za inteligentne agente.

81 Razmišljanja o nehatnoj odgovornosti za inteligentne agente kod Hilgendorf, in: Hilgendorf/Hötitzsch, *Das Recht vor den Herausforderungen der modernen Technik. Beiträge der 1. Würzburger Tagung zum Technikrecht*, 2014, p. 27f.

neophodno je da se nastupanje posledice može uračunati operateru u krivicu. Svaka od ovih tačaka otvara nova pitanja upotrebe inteligentnih agenata.

a) *Predvidivost*

Prilikom proizvodnje i operisanja inteligentnim agentima nepredvidivost nastupanja posledice kao element nehata postavlja probleme.⁸² Jer, inteligentni agenti procenjuju samostalno podatke prikupljene iz svoje okoline i reaguju na rezultate obrade tih podataka bez daljeg uticaja čoveka, kako bi optimalno ispunili postavljeni zadatak. Čak i kada operater stalno nadgleda (re)akcije složenog inteligentnog agenta, nije u stanju da u svakoj pojedinosti predvidi, koji obrazac među prikupljenim podacima robot prepoznaje, kako će ga tumačiti i kako će na njega reagovati. Iz toga dalje sledi, da su u jednom tako otvorenom sistemu zadata pravila odlučivanja, po pravilu manjkava, jer se ne mogu sve životne situacije predvideti niti obraditi algoritmima uputstva delovanja i najzad zato što sam sistem tokom upotrebe samostalno stiče znanja.

Time je jedna određena nepredvidivost inteligentnih agenata i sa njom povezane opasnosti po treća lica “unapred uprogramirane”. Tako se može dogoditi da autonomni automobil jedan blago zaprljan saobraćajni znak koji nalaže prvenstvo prolaza pogrešno “pročita” i tako ne poštujući pravilo prvenstva prolaza bicikliste, njega povredi. Operater autonomnog automobila bi se protiv optužbe za nehatno nanošenje telesne povrede verovatno branio argumentom da pogrešan postupak automobila nije mogao da predvidi, pošto automobil autonomno obrađuje prikupljene podatke. Iz ovog saznanja mogu se izvući dva oprečna zaključka: S jedne strane može se reći da operater autonomno delajućeg agenta *nikada* ne može da odgovara nehatno, jer štetno ponašanje mašine na osnovu njene samostalne obrade informacija nije predvidivo. Ili, se može izvući potpuno suprotan zaključak; naime da oni koji upravljaju inteligentnim agentima moraju računati na “sve”, te je tako svaka vrsta činjenja štete principijelno predvidiva.⁸³

Prva varijanta teško da dolazi u obzir; jer onaj ko u promet pusti inteligentnog agenta nad kojim nema sigurnu kontrolu, ne može da negira svoju odgovornost za njegove nepredviđene štetonosne akcije, jednostavnim ukazivanjem na neuračunljivost inteligentnog agenta – on to isto onako malo može kao i upravnik zoološkog vrta koji pusti tigra na slobodu, i onda prolazniku, koga je tigar napao i ugrizao, objašnjava nepredvidivu prirodu divlje životinje. Ukoliko bi se drugačije odlučilo, nastala bi normativno neprihvatljiva difuzija odgovornosti između čoveka i inteligentnog agenta, koja bi ostavila bez ikakve reakcije krivičnopravno relevantnu povredu slučajne žrtve kao posledicu pogrešnog postupka agenta. Kada bi dakle sve zamislive posledice štete morale da važe za operatera kao predvidive, onda pretpostavka predvidivosti ostvarenja krivičnog dela ne bi predstavljala prepreku sveobuhvatnoj nehatnoj odgovornosti operatera prilikom svakog štetonosnog delovanja inteligentnog agenta.

82 Duttge, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2011, § 15 Rdn. 107ff.

83 Vidi npr. B. Beck, Journal for Robotics and Autonomous Systems (izlazi 2015).

b) Povreda obaveze pažljivog postupanja

Kažnjivost nehata dalje pretpostavlja pored predvidivosti ostvarenja krivičnog dela i pretpostavku da je učinilac povredio obavezu pažljivog postupanja.⁸⁴ Po pravilu povreda obaveze proističe iz predvidivosti posledice: onaj ko može da prepozna da njegova radnja može da dovede do povrede zaštićenog interesa, taj po pravilu dela protivno pažljivom postupanju, kada i nakon toga preduzme spornu radnju.⁸⁵ Naročito kod proizvodnje i distribucije potencijalno opasnih proizvoda, sudska praksa je razvila izrazito stroga pravila za pažljivo postupanje, koja su u najvećoj meri preuzeta iz građanskog u krivično pravo.⁸⁶ Shodno tome, brižni proizvođač sme da na tržište iznese samo one proizvode čija sigurnost odgovara stanju nauke i tehnike i koji su pre distribucije testovima u dovoljnoj meri provereni. Čak i pošto je proizvođač proizvod pustio u promet, mora ga stalno držati na oku na osnovu povratnih informacija potrošača. Pokažu li se pritom neočekivane štete ili rizici, proizvođač je obavezan da upozori potrošače i u krajnjem slučaju da organizuje povlačenje proizvoda.⁸⁷

Ova načela važe principijelno čak (i upravo) u vezi sa inovativnim proizvodima⁸⁸ poput inteligentnih agenata; ovde su – kao što je i pokazano – rizici posebno visoki i teški za kontrolisati. Preteća krivičnopravna odgovornost mogla bi onda, pak, u svakom slučaju, dovesti dotle da proizvodnja i distribucija (u svakom slučaju: nekih) inteligentnih agenata potpuno izostane, zbog nedostatka njihove upravljivosti. Ova posledica bi predstavljala dobit na sigurnosti, ali sa druge strane gubitak mnogobrojnih inovativnih primena koje bi čoveku mogle bitno da olakšaju život. Kažnjavanje nehatnog oblika ne mora, pak, da znači da bi se moralo odustati od svake potencijalno rizične radnje.⁸⁹ Ako se uzme za smisleno, pa čak i obavezno, to što ljudi koriste usluge inteligentnih agenata, onda ostaje kao izlaz samo redukcija obaveze pažljivog postupanja.⁹⁰ Moralo bi kod njihovog određivanja, rizike koje operater uzrokuje, dovesti u odnos sa korisnošću odgovarajuće tehnologije. Delovalo bi nepošteno kada bi “društvo” koje ima koristi od inovacije, neizbežne rizike koje nju prate, s aspekta krivičnog prava, u potpunosti prevalilo na operatere.

Operateri inteligentnih agenata bi mogli da se po mogućstvu pozivaju, braneći se od prebacivanja za manjkavost pažljivog postupanja, da razvojem i korišćenjem tehnologija koje su sposobne da uče, a time ograničena u kalkulaciji i upravljanju,

84 Vidi o tome Vogel, in: Lepiziger Kommentar, 12. Aufl. 2007, § Rdn. 164ff.

85 Vidi o tome Duttge, in: MK (nap. 82), § 15 Rdn. 121ff.

86 Temeljito BGHSt. 37, 106 („Lederspray“). O odnosu građanskopravne i krivičnopravne odgovornosti za proizvod Gless, recht 2013, p. 57f.; Kuhlen, in: Achenbach/Ransiek, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 2012, Rdn. 29ff.; isto., JZ 1994, p. 1142; Schlutz, DStR 1994, pp. 1811, 1814; Vogel, in LK (nap. 84), § 15 StGB Rdn. 277–281. O odluci u slučaju „sprej za kožu“ („Lederspray“) vidi Kuhlen, NStZ 1990, p. 566; Hilgendorf, NStZ 1994, p. 561. Načelna kritika kod na primer Hassemmer, Produktverantwortung im modernen Strafrecht, 1994, p. 74.

87 Vidi Kuhlen, in: Achenbach/Ransiek (nap. 86), Rdn. 40ff.; Weigend, in: LK (nap. 84), § 13 Rdn. 53f.

88 Kuhlen, in: Achenbach/Ransiek (nap. 86), Rdn. 34ff.

89 Stratenwerth (nap. 51), p. 171.

90 Vidi o mogućim načinima rešavanja Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, vor § 13 Rdn. 91; Puppe in NK (nap. 47), vor § 13 Rdn. 157ff.; Vogel, in LK (nap. 84), § 15 Rdn. 214 ff.

služe društvenoj potrebi. Time je postavljeno odlučujuće pitanje, u kojoj meri je društvo spremno da zbog povećane opšte koristi zajednice prihvati posebne opasnosti koje inteligentni agenti mogu da predstavljaju za pojedinca (ili i više) ljudi. Odgovor na to je komplikovan, jer upravo rizikonosna samostalna sposobnost odlučivanja inteligentnog agenta, koja isključuje potpunu kontrolu od strane ljudi, ali istovremeno pridonosi povećanju njegove koristi, je opravdana i s toga privredno i društveno poželjna.

Nespornog rešenja nema: S jedne strane zasigurno ne stoji da savremeno društvo, bez ikakve kritike, svekolike razvoje koji vode ka svetu kojim upravljaju mašine i sa njima povezane ogromne rizike – setimo se samo naoružanih dronova koji su izmakli kontroli – bez daljeg prihvata kao cenu napretka. S druge strane, vidi se na javnom unapređenju razvoja inteligentnih agenata da postoji društveni interes za korišćenjem takvih modernih tehnologija. Može se i pretpostaviti da su određeni rizici koji su povezani sa upotrebom inteligentnih agenata već u potpunosti prihvaćeni i odobreni – kao što je nedopuštena upotreba podataka, kada ih internet-pretraživači pohrane. Dokle god je javnost spremna da živi sa rizicima novih tehnologija, morala bi da prihvati i posledice, neočekivane reakcije inteligentnih agenata koji vode (načelno) predvidivom nanošenju štete slučajno pogođenih osoba, a da za to operateri ne budu sankcionisani.⁹¹ Mogu se za ovakav slučaj predvideti osiguranja ili građanskopravna apstraktna odgovornost;⁹² sveobuhvatna krivičnopravna odgovornost operatera za načelno predvidivo nanošenje štete bi morala, doslednosti radi, da bude izostavljena.⁹³

S druge strane, oblast izvan krivičnog prava za stvaranje nepredvidivih rizika po život i zdravlje drugih ne može biti velika.⁹⁴ Jer, društvo je doduše spremno da prihvati određene preostale rizike u ophođenju sa inteligentnim agentima; ono ipak mora da vodi računa da se te opasnosti što je moguće više smanje pažljivom konstrukcijom, programiranjem, temeljnim testovima, i stalnim posmatranjem. Ključno pitanje dakle glasi, koje bi zahteve trebalo postaviti, u cilju što efektivnijeg i što dalekosežnijeg suzbijanja rizika u vezi sa inteligentnim agentima.⁹⁵ Pri tome je za utvrđivanje mere potrebnih troškova neophodno sagledati, s jedne strane korist datog inteligentnog agenta, a s druge strane stepen opasnosti koju on može da proizvede.⁹⁶ Naoružani dronovi potrebuju dalekosežne mere opreza i sa jednog i sa drugog aspekta, dok se neočekivane reakcije pri kupovinama na internetu pre prih-

91 Kuhlen, in: Achenbach/Ransiek (nap. 86), Rdn. 27ff.

92 Gless (nap. 86), p. 57.

93 Na kom se mestu u konstrukciji krivičnog dela sprovodi ovo isključenje, drugorazredno je pitanje. U svakom slučaju radi se o ograničenju nepravda datog nehatnog krivičnog dela, a ne individualne krivice operatera. Kao „dogmatske“ tačke povezivanja u obzir dolaze ograničenje obaveze pažljivog postupanja, poricanje „nedozvoljenog“ podeznanja rizika kao pretpostavka (ili) objektivne uračunljivosti posledice (vidi o tome na primer Frisch, GA 2003, pp. 719, 722–724; Puppe, in: NK (nap. 47), vor § 13 StGB Rdn. 153ff., 205ff.) ili „socijalna adekvatnost“ stvaranja rizika koja isključuje biće krivičnog dela ili protivpravnost.

94 Vidi o pojedinim grupama slučajeva Vogel, in: LK (nap. 84), § 15 Rdn. 216–218.

95 Beck (nap. 36) kao i sa građanskopravnog aspekta Spindler, NJW 2004, p. 3146f.

96 Prittwitz, Strafrecht und Risiko, 1993, p. 297ff.; von Bar, in: Lieb (Hrsg.), Produktverantwortung und Risikoakzeptanz, 1998, p. 40ff.

vataju iako one uzrokuju manje imovinske štete korisnicima. U zavisnosti od koristi određeni rizici razvoja i primene inteligentnih agenata bi mogli biti prihvaćeni. Tako, može biti dopustivo, da se nakon dovoljnog broja testova, autonomni automobil i onda pusti u saobraćaj iako je, pak, u retkim pojedinačnim slučajevima, iznenada stao, kada se našao u neplaniranoj situaciji. Kako autonomni automobili za pojedinca i za rešavanje opštih saobraćajnih problema pokazuju veliki potencijal, mogu ovde da važe velikodušnija merila nego kod tehnološki jednostavnijih proizvoda (poput usisivača ili bicikala), nego kod inteligentnih agenata s manjom društvenom dodatom vrednošću (kao što su igračka ili borbeni dron) kod kojih takve mere moraju biti primenjivane.⁹⁷

Ipak, obaveza pažljivog postupanja zahteva prema zaštićenim pravnim dobrima pogođenih ljudi, čak i da se i kod korisnih inteligentnih agenata rizici u najvećem mogućem obimu isključe. Tako postoji i kod prihvaćenog rizika od inovacija, na primer, obimne obaveze upozoravanja i ukazivanja korisnicima kao i striktna obaveza proizvođača da iskustva s proizvodom prati i da odmah reaguje na prijavu nastanka štete.⁹⁸ Ukoliko se na primer pokaže da štetne vrste ponašanja autonomnog automobila ne nastupaju samo u sasvim retkim konstelacijama ili pri gruboj zloupotrebi, tada se automobil ne sme dalje distribuirati, već se u datom slučaju mora povući.⁹⁹ Ostane li operater pasivan, može krivično da odgovara pri nastanku štete za u svakom pojedinačnom slučaju primenjivo krivično delo.¹⁰⁰ Ova obaveza činjenja operatera proističe – kao i obično iz prava odgovornosti za proizvod – iz jedne „mirujuće nadležnosti.“¹⁰¹ Uvođenjem ili upotrebom, po prirodi stvari kod ne u potpunosti kontrolisanih inteligentnih agenata, operater stvara (čak i u sopstvenom privrednom interesu) povišeni rizik po druge, čime se pooštrava njegova obaveza da stalno nadzire proizvod i da snosi posledice iz (naknadno) saznate opasnosti.¹⁰² Ova obaveza predstavlja obavezu obezbeđenja saobraćaja. Ona proističe iz jednog, po sebi, zakonitog postupanja povećanog rizika, a ne kao odgovornost za ingerenciju iz jednog pretponašanja protivno obavezama i zakonu.¹⁰³

c) Objektivno uračunavanje

Kada operater inteligentnih agenata pod objašnjenim okolnostima prekrši obavezu pažljivog postupanja postavlja se još i pitanje, da li se njemu može (objektivno) uračunati posledica koja je nastupila krivičnim delom – ili, nije li ipak, “kriva mašina”.

97 Uporedi npr. razmatranja o zakonodavstvu SAD-a o autonomnim automobilima: Autonomous Vehicles in California; Statement of Policy on Automated Vehicles, U.S. Department of Transportation, <http://www.dmv.ca.gov/vr/autonomous/auto.htm> (posećeno 18.07.2014).

98 Kuhlen, in : Achenbach/Ransiek (nap. 86), Rdn. 34ff.

99 Gless (nap. 86), p. 59ff.

100 Vidi o razmatranjima o prenosu odgovornosti BGHSt. 37, 106, 115; o tome Schmidt-Salzer, Produkthaftung, Bd. I, 2. Aufl. 1998, Rdn. 1023ff.

101 Gless (nap. 86), p. 60f.; vgl. takode Hoyer, GA 1996, p. 175 f.; Schmidt-Salzer, NJW 1996, p. 6.

102 Za Švajcarsku vidi BGE 134 IV 255, 260 f.; za Nemačku Arzt, JA 1980, pp. 712, 714; Freund, Erfolgsdelikt und Unterlassen, 1990, p. 199ff.; Jakobs (nap. 60), p. 812f.; Kuhlen, NStZ 1990, pp. 566, 568; Maiwald, JuS 1981, p. 482.

103 Donatsch/Tag, Strafrecht I, 8. Aufl. 2006, p. 308; Cassani, in: CR, Art. 11 Nr. 44; Stratenwerth (nap. 51), p. 467f.

aa) Inteligentni agenti kao opšti životni rizik

Uračunavanje nastale posledice zbog ponašanja (protivnog obavezi pažljivog postupanja) operatera moglo bi za početak biti isključeno, s obzirom na postojanje „zabrane regresa“, kada je neposredni izvršilac (tj. inteligentni agent) sam krivičnopravno odgovoran za delo s predumišljajem.¹⁰⁴ Tako opisana opšta „zabrana regresa“ danas se, pak, pretežno odbija,¹⁰⁵ jer načelno je moguće da dve osobe nezavisno jedna od druge moraju da odgovaraju za jednu te istu posledicu, onda kada je ta posledica svakome od njih objektivno uračunljiva.¹⁰⁶

Više uspeha obećava stav, da se uračunavanje posledice koju izazove inteligentni agent operateru odbije, uz obrazloženje da nastupanje posledice (npr. nanošenje telesne povrede od strane autonomnog automobila) jeste „prirodan“ događaj kojim čovek nije upravljao, u kome se samo manifestovao opšti životni rizik.¹⁰⁷ Ovo bi ipak pretpostavljalo da inteligentni agenti budu prihvaćeni kao deo svakodnevnog života, sa čijim rizicima je svako upoznat i prema kome se može postaviti, poredivo na primer sa rizikom od grana koje padaju tokom šetnje šumom po oluji. U sadašnjosti i bliskoj budućnosti mogli bi potencijalno štetonosni inteligentni agenti, pak, da budu još uvek izuzetak, tako da onaj ko ih stavlja u promet, stvara *neobičan* rizik, i stoga ima da odgovara za njihove (opšte nepredvidive) učinjene posledice u okviru kažnjivosti za nehat. Drugačije je, pak, već danas kod softverskih agenata na internetu, koji su tamo sveprisutni kao internet-pretraživači ili *recommendation system*-i ili u kakvom drugom obliku. Bez obzira na to, što smo svesni opasnosti povrede naših prava ličnosti, mi i dalje poručujemo robu kod prodavaca na internetu – i prihvatamo kao opšti životni rizik mogućnost da sistem naše lične podatke obradi i primeni, na jedan način koji nije transparentan i na nekontrolisani način zadire u sferu naše privatnosti.¹⁰⁸ Mnogo toga govori u prilog da operater softverskog agenta na internetu, koji druge ljude izlaže „normalnim“ rizicima po zaštitu ličnosti aktualizuje algoritme koji su povezani sa internet-pretraživačima, a koji su za pogođene

104 O učenju o zabrani regresa, opširno Puppe, in: NK (nap. 47), vor § 13 Rdn. 167 ff. sa mnogobrojnim primerima; vidi takode Caro John, Das erlaubte Kausieren verbotener Taten- Regressverbot, 2007, p. 55ff.

105 Up. Eisele, in: Schönke/Schröder (nap. 90) vor § 13 Rdn. 77, 100ff.; Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges, 1988, p. 62f.; Puppe, in: NK (nap. 47), vor § 13 StGB Rdn. 236–238.

106 Tako može krivično odgovarati za ubistvo iz nehata onaj koji, vatreno oružje, suprotno propisu neobezbeđeno drugome učini dostupnim, na šta ta osoba – predvidljivo za vlasnika oružja – s predumišljajem ubije nekoga tim oružjem; vidi BGH StraFo 2012, 173 sa nap. Berster, ZIS 2012, 623 (Fall Winnenden). Kritička tačka u takvim slučajevima je pitanje da li je povezanost uračunljivosti između nedostajuće obezbeđenosti oružja i smrti žrtve prekinuta „autonomnim“ uplitanjem onog koji puca. Odgovor na ovo pitanje zavisi od toga, da li je rizik koji je stvorio proučini-lac preusmeren od (ukoliko, pak, u navedenom primeru drugoučini-lac pištolj koristi kao smrtonosnu alatku za udaranje) ili, da li se smrtonosnim pucnjem drugoučini-laca tačno ostvaruje rizik koji je trebalo da bude sprečen pažljivim obezbeđenjem oružja od neovlašćene upotrebe.

107 Vidi Puppe, in: NK (nap. 47), vor § 13 Rdn. 236 ff.; Walter, in: LK (nap. 84), vor § 13 Rdn. 103 ff.

108 O ovoj problematici na primer: Ramakrischan/Keller/Mirza, Privacy risks in Recommender Systems dostupno na: <http://people.cs.vt.edu/naren/papers/ppp.pdf> (posećeno 18.07.2014); podrobnije o pitanju zaštite privatne sfere u pogledu širenja inteligentnih Nadakavukaren Schefer, SchwZStr 2014, p. 259.

već danas samo jedan opšti životni rizik. Dobro bi bilo da takva procena inteligentnog agenata kao „normalnog“ interakcionog partnera ljudi, u budućnosti ne ostane ograničena na relativno jednostavne mašine na internetu, već da obuhvati i druge oblasti života. Čim autonomni podzemni vozovi i automobili bez vozača postanu samorazumljiva slika šinskog i putnog saobraćaja, susret sa takvim vozilima za ljude će predstavljati „normalan rizik“ i operater će tada (krivičnopravno) odgovarati ne za svaku načelno predvidivu pogrešnu funkciju, već samo za štetne posledice otklonjivih grešaka u konstrukciji i programiranju.

bb) Inteligentni agenti kao autonomno delajuća treća lica

Druga varijanta isključivanja objektivne odgovornosti postojala bi onda kada „sopstvena“ odluka autonomno delajućeg robota prekida povezanost uračunljivosti između delanja operatera i nastupanja krivičnopravno relevantne posledice.¹⁰⁹ Ovo se ne čini tako dalekim, i dešava se onda kada primera radi autonomni automobil nanese telesnu povredu na način da se to ne može smatrati delom konstruktora već „samog automobila“. Već smo gore, pak (II), zaključili da sankcionisanje inteligentnih agenata „krivičnim pravom za ljude“ za sada ne dolazi u obzir. Ali, ta okolnost ne znači nužno da upotreba autonomno delajućih tehnologija ne bi bila irelevantna za uračunavanje posledice čoveku koji stoji iza mašine. Kada se akcija inteligentnog agenta može okvalifikovati kao radnja „isturenog čoveka“, onda se i povezanost uračunljivosti sa „čovekom u pozadini“ (operaterom) može prekinuti. No, o autonomnom štetnom delovanju inteligentnih agenata ne može biti reči, dokle god inteligentnom agentu ne pripisujemo sposobnost sopstvenog stvaranja volje. Ovo za sada nije moguće. Gore smo već naznačili da takav vid pripisivanja kod inteligentnih agenata sa sposobnošću učenja i pamćenja, u buduću ne može biti isključena.¹¹⁰ Međutim, kada se kod razvoja antropomorfno bića dosegla ta tačka, trebalo bi primenjivati krivičnopravni regres za nehatno delajućeg operatera, dokle god inteligentni agenti sami ne postanu subjekt krivičnog prava; u suprotnom bi žrtvu štetonosnog dela, naime, u gore već napomenutoj nezadovoljavajućoj situaciji, pogodila difuzija odgovornosti¹¹¹ između čoveka i inteligentnog agenta, koja bi isključivala krivičnopravno kažnjavanje čak i najtežih oblika pričinjavanja štete.

IV ZAKLJUČAK

Prodor manje ili više blagodatnih inteligentnih agenata u naš život je jedan od onih fenomena, koji pravni poredak, a posebno krivično pravo postavlja pred praktična, ali isto tako i principijelna pitanja, na koja se dosadašnjim učenjima ne može stvarno odgovoriti. Na posletku, postojanje inteligentnih agenata otvara pitanje, šta je zapravo ljudsko u ljudima – pitanje, koje je od posebnog značaja za krivično pravo kao pravnu oblast koja je najličnije namenjena ljudima.

¹⁰⁹ Podrobnije kod Roxin, Allg. Teil I, p. 401ff.

¹¹⁰ Vidi o tome naslove u napomeni 44.

¹¹¹ Beck (nap. 38).

Krivičnopravnoj teoriji računanja nedostaje zasada adekvatan instrumentarizam kako bi u sadejstvu između (po mogućstvu manje inteligentnog) čoveka i (po mogućstvu veoma inteligentne) mašine mogla da odlučuje o stručno-adekvatnom pripisivanju odgovornosti. Tako bi uvođenje kažnjivosti inteligentnih agenata u doglednoj budućnosti, moglo da ostane samo jedan misaoni model. Inteligentni agenti ne raspolažu niti za čoveka shvatljivim osećajem za kaznu, niti razumevanjem sa kažnjavanjem povezanim etičkim prekorom, tako da primena krivičnog prava protiv njih "lično" ne bi imala smisla. Drugačije nego što je to kod kažnjivosti pravnih lica, kažnjavanje inteligentnih agenata ne bi se moglo tumačiti kao posredno kažnjavanje fizičkih lica koja stoje u pozadini zbog njihovih "organizacijskog sagrašenja". U svakom slučaju bi svako individualno sagrašenje operatera inteligentnih agenata moglo da se podjednako delotvorno sankcioniše neposrednim kažnjavanjem operatera zbog njihovih umišljajnih ili nehatnih kauzalnih doprinosa šteti prouzrokovanoj od strane agenata. Zamislivo je doduše da se konstruiše inteligentni agent kao samostalni subjekt građanskopravne odgovornosti (i da se u ovu svrhu opremi obaveznim osiguranjem od odgovornosti ili fondom odgovornosti),¹¹² i takođe bi se moglo razmatrati nalaganje uništenja ili reprogramiranja inteligentnog agenta, koji se otrgao kontroli, kao krivičnopravne sankcije uperene protiv njegovog vlasnika, ali jedna stvarna krivičnopravna odgovornost samog agenta ne dolazi u obzir, dokle god inteligentni agent ne postane i moralni agent.

Teže je dati odgovor na pitanje kažnjivosti "čoveka koji stoji iza mašine". Prouzrokuje li radnja inteligentnog agenta krivičnopravno relevantnu štetu, u svakom slučaju odgovara čovek kao neposredni izvršilac onda kada je agenta s namerom ili u znanju upotrebio, da uz pomoć njega ostvari ili pokuša da izvrši krivično delo. Jer čovek ne može prebaciti krivicu na mašinu onda kada je ciljno upotrebi kao alatku ili kada u svakom slučaju zna i prihvata da inteligentni agent u konkretno predviđenom zadatku može da ostvari određenu krivičnopravno relevantnu posledicu.

Čak i kada radnja inteligentnog agenta bez znanja i volje operatera vodi objektivnom ostvarenju bića krivičnog dela, ne može se krivica operatera poricati lapidarnim upućivanjem na "automatizam" algoritama. Prst uperen na automatizam, propisan matematičkim uputstvima rukovanja pokazuje u krajnoj liniji natrag na čoveka, koji je ponašanje inteligentnog agenta programirao, a time i mogućnost nastanka štete, ili distribucijom agenta. U slučaju pukog nehata, izranjaju mogući problemi na polju predvidivosti i računanju posledice. Složeni inteligentni agenti u postupku donošenja odluka nisu u potpunosti računljivi, te se predvidivost njihovog pogrešnog delanja po operatera može dovesti u pitanje. U određenoj meri na njihovo ponašanje bi se moglo gledati kao na samoodredivo. Ovo bi krivičnopravnom pribegavanju ka nehatu operatera moglo predstavljati prepreku, onda kada ponašanje inteligentnog agenta shodno opštim pravilima o računanju posledice, prekida povezanost računanja između ponašanja operatera i nastupanja posledice. To je, na primer, onda zamislivo kada je angažovanost inteligentnih agenata u određenoj sferi života do te mere postalo normalnost, da čak ulazi u opšti životni rizik pogođenog.

¹¹² Vidi Gruber (nap. 44), p. 157; isti, in: Beck (nap. 21), p. 150 ff.

Potpuno je drugačije pitanje, da li će jedan mali (“preostali”) rizik, koji proističe iz sposobnosti učenja inteligentnog agenta, biti voljno prihvaćen iz razloga velike društvene koristi takvog agenta. Ovo pitanje se postavlja već u ravni nehatne protivpravnosti, naime, kao moguće ograničenje obaveze pažljivog postupanja operatera. Upravo ova problematika bi mogla da, u prvom redu, odredi polemiku o krivično-pravnoj odgovornosti inteligentnih agenata u bliskoj budućnosti. Nad inteligentnim agentima čovek – za razliku od drugih proizvoda i otkrića – nema potpunu kontrolu; on ne može da u potpunosti planira i vlada sa njima povezanim rizicima. Što su roboti svestraniji, sposobni da uče, i inteligentiji, utoliko se više odupiru dalekosežnom planiranju svojih operatera i utoliko je teže identifikovati pojedine greške u konstrukciji i programiranju, koje bi mogle da obrazlože kažnjivost nehata ljudskih učesnika. Ne dođe li do saglasnosti po pitanju potpune zabrane inteligentnih agenata zbog malopre nabrojanih neovladivih rizika, onda verovatno ne postoji neka druga mogućnost, nego da se „društvu“ nametnu opasnosti proistekle nepouzdanim programiranjem i neodgovornim upravljanjem tokom angažmana, pri čemu se odustaje od krivičnopravne odgovornosti za nehat i time oštećeno lice definiše kao žrtva ne-čovekovog ponašanja. Pri tome nije neophodno da se zacrta jedno opšte i obuhvatno izuzimanje od odgovornosti ljudi koji stoje iza mašine; štaviše nudi se povlačenje krivičnog prava samo u onoj meri, u kojoj opšta društvena korist od inteligentnih agenata opravdava prihvatanje sa njima povezanih rizika po druge.

Pravnometodološki do ovog rešenja se može doći uvođenjem fleksibilnije generalne klauzule, poput sužavanja potrebnog pažljivog postupanja operatera odobravanjem “razvojnog rizika” ili stvaranja osnova za opravdanje “društvenoadekvatne upotrebe” inteligentnih agenata. U pozitivnopravnom smislu, bilo bi dobro dati prednost mukotrpnijem putu, da se zakonom ili uredbom odrede merila za dopušten rizik različitih tipova i područja upotrebe inteligentnih agenata. Time bi se u legitimnom demokratskom postupku stvorila primerena ravnoteža između potrebe da se mogućnosti, samostalno delajućeg čovekovog pomoćnika, koje obećavaju, angažuju bez straha od nepredivih krivičnopravnih posledica, i stvaranja nužnih podsticaja za što je moguće veća suzbijanja upravljivih rizika u *Vrlom novom svetlu*¹¹³ inteligentnih agenata.

S nemačkog preveo Lazar Glišović

INTELLIGENTE AGENTEN UND DAS STRAFRECHT

Zusammenfassung

Das Vordringen mehr oder weniger segensreicher Intelligenter Agenten in unser Leben ist eines jener Phänomene, das die Rechtsordnung und speziell das Strafrecht vor praktische, aber auch vor grundsätzliche Fragen stellt, die sich mit den hergebrachten Lehren nicht wirklich beantworten lassen. am Menschen ist – eine Frage, die insbesondere für das Strafrecht als das den Menschen höchstpersönlich adressierende Rechtsgebiet von höchster Relevanz ist. Der strafrechtlichen Zurechnungslehre fehlt bisher das adäquate Instrumentarium, um bei

113 *Huxley*, Brave New World, 1932, vidi: https://archive.org/details/ost-englisch-brave_new_world_aldous_huxley (posećeno 18.07.2014).

dem Zusammenspiel zwischen dem (möglicherweise wenig intelligenten) Menschen und der (möglicherweise sehr intelligenten) Maschine über die sachadäquate Zuweisung von Verantwortung zu entscheiden. Dabei dürfte die Einführung einer Strafbarkeit Intelligenter Agenten für die voraussehbare Zukunft ein bloßes Denkmodell bleiben. Anders als bei einer Strafbarkeit juristischer Personen ließe sich eine Bestrafung Intelligenter Agenten auch nicht als mediatisierte Bestrafung der im Hintergrund stehenden natürlichen Personen für deren „Organisationsverschulden“ interpretieren. Jedenfalls könnte man ein solches individuelles Verschulden der Betreiber des Intelligenzen Agenten ebenso wirksam durch die unmittelbare Bestrafung der Betreiber wegen ihres eigenen vorsätzlichen oder fahrlässigen Kausalbeitrags zu der von dem Agenten verursachten Schädigung sanktionieren. Schwerer ist die Frage nach der Strafbarkeit des „Menschen hinter der Maschine“ zu beantworten. Ruft die Aktion eines Intelligenzen Agenten einen strafrechtlich relevanten Schaden hervor, so haftet der Mensch jedenfalls dann als unmittelbarer Täter, wenn er den Agenten in der Absicht oder in dem Wissen benutzt hat, dass mit seiner Hilfe ein Straftatbestand verwirklicht wird oder werden kann. lung der Menschen hinter der Maschine festzuschreiben; vielmehr bietet es sich an, das Strafrecht nur in dem Maße zurückzunehmen, wie der allgemeine soziale Nutzen des Intelligenzen Agenten die Hinnahme der mit ihm verbundenen Risiken für die Allgemeinheit rechtfertigt. Rechtsmethodisch kann man dieses Ergebnis durch die Einführung flexibler Generalklauseln erreichen, etwa indem man die erforderliche Sorgfalt des Betreibers durch die Gestattung eines „Entwicklungsrisikos“ beschränkt oder indem man einen Rechtfertigungsgrund des „sozialadäquaten Einsatzes“ von Intelligenzen Agenten schafft. Im Sinne der Gesetzesbestimmtheit wäre allerdings der mühsamere Weg vorzuziehen, die Maßstäbe für das erlaubte Risiko bei verschiedenen Typen und Einsatzbereichen Intelligenzen Agenten durch Gesetz oder Verordnung festzulegen.

Jovan Ćirić*

Institut za uporedno pravo, Beograd

GENOCIDNA NAMERA

Apstrakt: Zahvaljujući tragičnim događajima na prostorima bivše SFRJ, tema genocida iznenada je postala vrlo aktuelna u širim, ali i u stručnim, naučnim krugovima, te se o ovom krivičnom delu, odnosno o Konvenciji o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida iz 1948. počelo sve više govoriti i na prostorima bivše Jugoslavije, ali i izvan nje. U tom smislu je tema genocidne namere, posebno zaintrigirala Jovana Ćirića, jer je to zapravo ono što suštinski definiše genocid kao takav uopšte. Bez namere uništenja nacionalne, etničke, rasne ili verske grupe, genocida zapravo uopšte i nema, kaže klasično krivičnopravno shvatanje pojma genocida. Međutim, problem nastaje kada se pokuša definisati sama namera. U engleskom jeziku na primer ne postoji pojam – reč koji bi definisao nameru. U srpskoj literaturi i jeziku, stvari stoje samo delimično drugačije, a to će reći, da se namera u najvećem definiše kao specijalan, posebno jak oblik umišljaja. I to je nešto, što je za klasično shvatanje genocida u svetskoj literaturi, sve do skora bilo uobičajeno, međutim, suđenja pred Haškim tribunalom i za bivšu Jugoslaviju i za Ruandu, pokazala su da je najčešće veoma teško, gotovo sasvim nemoguće dokazati nečiju krivicu, tj. genocidnu nameru. Tužioc i Karla Del Ponte i Džefri Najs su se žalili tokom suđenja Miloševiću, da neće biti u stanju da dokažu njegovu genocidnu nameru. Moglo bi se reći da se upravo iz tih razloga u poslednjih nekoliko godina, u zapadno-evropskoj krivičnopravnoj misli razvila teorija, po kojoj za postojanje genocida uopšte nije potrebna namera, kao poseban oblik “jakog” umišljaja, već da je sasvim dovoljan čak i tzv. eventualni umišljaj. Autor ovde navodi koliko je to apsurdno, jer gotovo da namera, odnosno genocid tako postaju nešto uzgredno, poput kolateralne štete. S tim je u vezi i tema medijskog prejudiciranja i kršenja prezumpcije nevinosti. Naime, mediji su u određenom periodu “naduvali” priču o krivici i nameri optuženih pojedinaca i onda u takvoj situaciji više nije ni potrebno dokazivati krivicu i postojanje namere, jer su mediji sve već dokazali i presudili. Srbi su uporno, istrajno i tendenciozno prikazivani u najgorem mogućem svetlu, te je u takvoj situaciji bilo teško, gotovo nemoguće biti objektivni i nepristrasan u suđenjima za ratne zločine. Posebnu pažnju s tim u vezi treba posvetiti i propagandi genocida, koja je zabranjena Konvencijom iz 1948. kao neka vrsta podstrekavanja na genocid. Sa tim su međutim povezani i brojni problemi u vezi sa tzv. govorom mržnje, ali i slobodom govora, te vrlo komplikovanim pitanjem dokle ide sloboda govora, a kada počinje govor mržnje i podstrekavanje na genocid. Jedno pitanje je međutim ovde posebno interesantno, a to je neverovatna, histerična, anti-srpska propaganda devedesetih, za koju niko nikada nije odgovarao, što naravno otvara brojna pitanja i dileme, ali pre svega govori o značajnoj politizaciji čitavog fenomena genocida. Jovan Ćirić takođe smatra da se jedna genocidna namera uvek ima razmatrati i u odgovarajućem istorijskom kontekstu. Jedna

* naučni savetnik, jciric@icl.org.rs

je stvar ukoliko se namera, umišljaj, psihološki odnos učinioca prema svom delu razvije u jednom određenom trenutku, tj. kraćem vremenskom periodu, gotovo na mah, a druga je stvar, ukoliko se on razvija i na neki način ponavlja u kontinuitetu. Ćirić ovde naravno prvenstveno ima u vidu kontinuitet hrvatsko-srpskih odnosa, te ističe da ono za šta se zalagao Ante Starčević ima svoj nastavak u onome što je radio Ante Pavelić i isto tako u onome što je u svojim "brionskim transkriptima" izrekao Franjo Tuđman. Sadašnjost, naročito kada se radi o genocidu i genocidnoj nameri, nikada se ne može razumeti i u potpunosti sagledati ukoliko se ne uzme u obzir i istorijski kontekst.

Gljučne reči: genocid, namera, umišljaj, mediji, propaganda, politizacija, istorijski kontinuitet

1. KAKO DA UOPŠTE DEFINIŠEMO „NAMERU“?

Kada u rečniku potražite engleski prevod za izraz „umišljaj“, naći ćete „intent“. Isto će se dogoditi i kada potražite kako se na engleskom jeziku kaže „namera“ – pro-naći ćete da se upotrebljava isti izraz: „intent“. Drugim rečima u engleskom jeziku se i za „umišljaj“ i za „nameru“, upotrebljava isti izraz „intent“. Dodatni problem se sastoji i u tome što se u originalnom tekstu (engleskom) „Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida“, („Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide“) koju je 9. decembra 1948, usvojila Generalna skupština UN, u članu 2, kaže „with intent to...“, dok se u srpskom prevodu kaže: „u nameri da...“. Stvari se komplikuju i time što (srpski) Krivični zakonik uopšte ne govori o nameri, pa se tako o pojmu „namere“ u teoriji, u literaturi govori tek uzgred i sporadično, pa ponekad zaista nije jasno šta je to „namera“ i da li se i po čemu ona razlikuje od „umišljaja“?

U klasičnom delu srpske krivičnopravne literature, udžbeniku Sržentića, Stajića i Lazarevića, namera se definiše tako što se istovremeno definišu i cilj i pobuda, pa se tako kaže da je cilj spoljni, objektivni, fizički fenomen koji se kao predstava odražava u svesti čoveka, dok je namera predstava o cilju kao motivu za preduzimanje izvesne radnje, a pobuda je motiv koji učinioca opredeljuje na vršenje izvesnog dela, psihički poziv na vršenje izvesnog dela.¹ Zoran Stojanović kaže da namera pojačava voljni element umišljaja.² U udžbeniku „Međunarodnog krivičnog prava“ Đurđić i Jovašević konstatuju da, kada se radi o genocidu, u pogledu vinosti je potreban direktni umišljaj, koji kvalifikuje postojanje namere na strani izvršioca.³ Čejović i Kulić daju lapidarnu, ali vrlo dobru definiciju „namere“, po kojoj je „namera pokretač delatnosti učinioca“.⁴ U jednom od najnovijih udžbenika krivičnog prava, Nataša Mrvić-Petrović, kaže se da je namera direktna usmerenost delovanja u određenom cilju, zbog čega namera prevazilazi umišljaj, jer svest i volja učinioca obuhvataju još neke dalje ciljeve koje učinilac hoće da ostvari izvršenjem krivičnog dela.⁵ Nataša Delić ukazuje na to da namera nije isto što i pobuda, iako nameru u praksi često nije lako razlikovati od pobuda učinioca kao kvalifikatornih okolnosti.⁶

1 N. Sržentić, A. Stajić, Lj. Lazarević /1984/: Krivično pravo – opšti deo, Beograd, str. 246.

2 Z. Stojanović /2014/: Krivično pravo – opšti deo, Beograd, str. 109.

3 V. Đurđić, D. Jovašević /2003/: Međunarodno krivično pravo, Beograd, str. 76.

4 B. Čejović, M. Kulić /2011/: Krivično pravo – opšti deo, Beograd.

5 N. Mrvić-Petrović /2014/: Krivično pravo – opšti deo, Beograd, str. 140.

6 N. Delić /2008/: Pobude učinioca kao kvalifikatorne okolnosti kod krivičnog dela teškog ubistva, *Pravni život*, br. 9, str. 144–146.

Pitanje koje se ovde može postaviti, jeste pitanje zbog čega je uopšte značajno definisati nameru kao takvu? Između ostalog, upravo zbog krivičnog dela genocida. Jer, kada se govori o genocidu uopšte, pa i kao krivičnom delu, onda ono što ga razlikuje u odnosu na druge stvari, jesta namera. Ono što predstavlja bitan element genocida jeste postojanje subjektivnog elementa, tj. namera učinioca genocida da potpuno ili delimično uništi neku od navedene četiri grupe: nacionalnu, etničku, rasnu ili versku. Genocidna namera predstavlja, dakle, poseban umišljaj (*dolus specialis*), što je osnovna razlika između genocida i ostalih međunarodnih krivičnih dela, npr. krivičnih dela ratnih zločina.⁷ Dokazivanje postojanja genocidne ili uništavačke namere kod izvršioca kompleksnije je i zahtevnije u krivičnompravnom smislu. Pravilno shvatanje genocidne namjere je od krucijalne važnosti kada je u pitanju otklanjanje nepotrebnog poistovećivanja zločina genocida sa drugim međunarodnim zločinima. Teret dokazivanja zločina genocida se manifestuje u kompleksnosti dokazivanja specijalnog ili posebnog umišljaja „*dolus specialis*“, koji je pored genocida propisan i za neke oblike zločina protiv čovečnosti (npr. progon). Poseban ili specijalan umišljaj kada je u pitanju zločin genocida podrazumeva da izvršilac u konkretnom slučaju pored preduzimanja radnje izvršenja (npr. ubijanje članova grupe, nanošenje teških telesnih povreda ili neka druga propisana radnja izvršenja), teži postizanju nekog posebnog cilja a to je potpuno ili delimično uništenje zaštitne (nacionalne, etničke, rasne ili verske) grupe.⁸

Namera je dakle od ključne važnosti kada govorimo o genocidu, no i pored toga nije tako lako definisati sam pojam namere, iako na neki način preovlađuje da je to neka vrsta *dolus specialis*, jednog posebnog umišljaja.⁹ U tom smislu Otto Triffterer profesor emeritus Univerziteta iz Salzburga, kaže da se namera može bolje definisati uz pomoć nemačkog izraza „*Absicht*“. Taj izraz – pojam po profesoru Trifftereru jeste poseban, kvalifikovani oblik umišljaja u kojem dominira voljni, emocionalni element umišljaja. „*Absicht*“ zahteva posebnu, jako izraženu volju, koja je sasvim bliska posebnoj emocionalnosti, u stvari na neki način se može identifikovati sa mržnjom.¹⁰ To međutim uopšte ne znači da je time problem genocida i genocidne namere razrešen, već naprotiv. Problem koji se pojavljuje jeste problem praktične prirode – kako dokazati postojanje genocidne namere? Imajući u vidu taj problem, već pominjani Triffterer se u dotičnom članku zalaže za redefinisavanje genocida, odnosno za redefinisavanje tumačenja genocida, tako da se više ne bi postavljali tako visoki standardi posebnog umišljaja, *dolus specialis*-a, već bi se standardi spustili na nivo eventualnog umišljaja,¹¹ što uistinu može biti vrlo problematično. Ali, to s druge strane, može značiti da se uvek lako dokazuje nečija krivica, da se lako „učitava“ namera (umišljaj) optuženog. Učinilac se kod eventualnog umišljaja koleba i ne vlada u potpunosti svojom voljom, on preduzima radnju iako iza te radnje, iza

7 I. Stanković i I. Ćimović: Genocid; dostupno na internet adresi: (<http://www.helsinki.org.rs/serbian/projekti/osce.html>).

8 S. Karović: Mens Rea: Genocidna namjera; dostupno na internet adresi http://civitas.fpps.edu.rs/02/Civitas_No_2.pdf.

9 O tome i N. Mrvić-Petrović: *op.cit.*, str. 140.

10 O. Triffterer: Genocide, Its Particular Intent to Destroy in Whole or in Part, the Group as Such, dostupno na internet adresi: http://law.huji.ac.il/upload/ambos_reading4.pdf.

11 O. Triffterer: *ibid.*

tog dela on ne stoji svim svojim bićem,¹² a mi mu ipak spočitavamo poseban stepen krivice, to da se on iskazao kao posebno zao. Nije potrebno posebno isticati da se kod genocida kao takvog, radi o jednom posebno visokom stepenu zla, zla koje zaslužuje posebnu osudu u moralnom, političkom, pravnom i svakom drugom smislu. Ta osuda ne može biti posebno izražena ukoliko se radi o postupanju-ponašanju koje je na nivou eventualnog umišljaja, tj. tek za jedan stepen “jače” i nemoralnije od svesnog nehata.

Na prvi pogled uopšte nije sporno da je sasvim apsurdno genocid i genocidnu nameru tumačiti tako što bismo je praktično snižavali do nivoa eventualnog umišljaja, a to znači čak skoro i do nivoa svesnog nehata. Kako li bi tek onda trebalo tumačiti termin “kolateralna šteta”, na primer, termin sa kojim su se građani Srbije součili i upoznali tokom NATO agresije 1999. godine. Oni koji su bombardovali mostove, vozove, autobuse, televiziju, bolnice, tog proleća 1999. u Srbiji, nisu se baš mnogo kolebali, već su unapred “uračunavali” čitav niz sporednih efekata, sporedne žrtve, kolateralnu štetu i pristajali na sve to. Ako bismo upotreбили samo taj intelektualni element da su znali, morali znati, element eventualnog umišljaja, ne bi bilo nikakve dileme da su svi oni tada činili genocid. Mi u Srbiji¹³ bismo to svakako tumačili kao genocid, međutim dilema nam je kako bi to tumačili oni koji se danas zalažu za pojednostavlјivanje u tretiranju i tumačenju genocida i genocidne namere.

Ipak, treba reći da stavovi teoretičara koji se u svetu danas zalažu za izvesno redefinasanje genocida i tumačenje genocidne namere, uopšte nisu tek samo sporadični eksces.¹⁴ Naprotiv, radi se i o svojevrsnom pokušaju tužilaštava u krivičnim procesima za zločine u Ruandi i bivšoj Jugoslaviji da uspostave standard pukog znanja (“mere knowledge standard”) kojim bi se nejasna formulacija “namere – intent-a” prevazišla i kojom bi se uspostavio lakše proverljiv i dokazljiv standard da je neko znao šta se događa, pa je ipak pristajao – prihvatao...(kolateralnu, uzgrednu štetu, ili bilo šta slično). Oni koji su bombardovali vozove, mostove, televiziju, bolnice u Srbiji 1999. sigurno bi mnogo gore prošli kada bi se primenio kriterijum čistog, pukog znanja, a ne i kriterijum namere. Kriterijum čistog znanja, a ne i voljni kriterijum želje da se neka nacionalna, etnička, rasna ili verska grupa uništi, Haško tužilaštvo je pokušalo da uspostavi u slučaju Gorana Jelisića, ali je sud odbio da primeni takve kriterijume, te dotični Jelisić jeste bio osuđen na 40 godina za zločine u Brčkom, ali ne i za genocid, za koji ga je tužilaštvo optužilo. U tom slučaju “Jelisić”, pretresno veće je reklo, a žalbeno veće potvrdilo, sledeće: „Dela Gorana Jelisića nisu izraz osobe sa svesnom namerom da uništi jednu grupu kao takvu. Diskriminatorna namera nije jednaka genocidnoj nameri, koja genocid čini zasebnim i razlikuje ga od drugih krivičnih dela u međunarodnom humanitarnom pravu.“¹⁵ Ovakav stav Haškog

12 N. Mrvić-Petrović: *op.cit.*, str. 141.

13 O kolataralnoj šteti i drugim sličnim moralno-psihološkim problemima videti J. Ćirić /1999/: NATO agresija na Jugoslaviju – sedam pitanja i sedam odgovora na moralno-psihološke, socio-ekonomske i pravno-političke dileme, Beograd.

14 O tome, o tim novim stavovima: K. Ambos: What does Intent to Destroy in Genocide Mean?, dostupno na internet adresi http://www.genocidewatch.org/images/Articles_What_does_intent_to_destroy_in_genocide_mean.pdf.

15 http://www.icty.org/cases/jeliscic/tjug/bcs/991214_summary.pdf.

tribunala naslanja se na shvatanje izraženo u slučaju Akayesu,¹⁶ koji je 1998. bio osuđen u vezi sa događajima u Ruandi, odnosno tada postao prvi čovek koji je bio osuđen za krivično delo genocida, nakon što je 1948. bila donesena Konvencija o sprečavanju zločina genocida.¹⁷ U presudi je rečeno da neko može biti osuđen za genocid kada je jasno tražio nastanak zabranjenog dela, odnosno kada je učinilac jasno izrazio nameru da prouzrokuje krivično delo.¹⁸

Većina teoretičara slaže se sa ovakvim shvatanjima, međutim, kao što smo pomenuli, u poslednje vreme postoje i teoretičari koji pokušavaju da na drugačiji način tretiraju genocid i genocidnu nameru. Tako na primer Španjolka Alicia Gil Gil, smatra da se genocidna namera ima tretirati u jednom širem smislu, za koji bi bio dovoljan *dolus eventualis*, a ne *dolus specialis*.¹⁹ Na sličan način razmišlja i Alexander K.A.Greenwalt,²⁰ no ovde treba reći da uprkos različitim teorijskim objašnjenjima zbog čega bi genocidnu nameru trebalo spustiti na nivo eventualnog umišljaja, jedna praktična stvar ipak dominira, a to je praktična teškoća da se dokaže nečija genocidna namera, te da iz tog razloga neki koji su bivali optuženi za genocid, na kraju bivaju oslobođeni optužbe za genocid. To sasvim izričito i direktno govori i smatra već pominjani salcburški profesor Otto Triffterer.²¹ Ovo međutim sasvim protivureći jednom temeljnom, važnom demokratskom principu: „u sumnji lakše po okrivljenog“, odnosno principu da nijedan nevin čovek ne sme biti osuđen, pa makar stotine krivih bilo oslobođeno. Princip svrsishodnosti, odnosno nepravosti, odnosno anti-pravnodržavnosti,²² kaže suprotno: „nijedan krivac ne sme izbeći kaznu, pa makar i stotine nevinih nastradalo“. Da li je to ideal kojem treba težiti?

2. MEDIJI, PREJUDICIRANJE I PREZUMPCIJA NEVINOSTI

Na prvi pogled, tema medija, prejudiciranja i prezumpcije nevinosti nema ničeg zajedničkog sa genocidnom namerom. Ali, kao što u svakom demokratskom društvu treba da važi princip da je u sumnji lakše za okrivljenog, tako bi isto trebalo da važi princip da se svako smatra nevinim dok mu se u zakonitom sudskom postupku ne dokaže suprotno. Međutim, u radu Haškog tribunala uglavnom se događa nešto sasvim suprotno. Odnosno događalo se da se dugi niz godina u zapadnim medijima vršilo svojevrsno prejudiciranje krivice Srba i srpskih političkih lidera. Stalno se izveštavalo o silovanjima koje su Srbi vršili, o bombardovanjima gradova od strane Srba, o koncentracionim logorima koje Srbi drže, o streljanjima sprovedenim od

16 http://en.wikipedia.org/wiki/Jean-Pail_Akayesu.

17 <http://www.ushmm.org/wlc/en/article.php?ModuleID=10007157>.

18 K. Ambos: *op.cit.*

19 A. Gil Gil /1999/: *Derecho Penal Internacional: Especial consideracion del Delito de genocidio*; Tecnos, Madrid. Citirano prema Kai Ambos: *op.cit.*.

20 A. K. A. Greenwalt: *Rethinking Genocidal Intent: The Case for a Knowledge -based Interpretation*; dostupno na internet adresi: <http://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1337&context=lawfaculty&sei-redir=1&referer=http%3A%2Fwww.google.rs%2Fsearch>.

21 O. Triffterer: *op. cit.*

22 G. Radbruch /1980/: *Filozofija prava*; (prevod sa nemačkog), Beograd, str. 99–100.

strane srpskih vojnih i paravojnih formacija. Advokatima optuženih koji su se pojavljivali nakon svega toga pred Haškim tribunalom ovo je predstavljao poseban problem.²³ Medijsko prejudiciranje nečije krivice, jeste nešto što je posebno karakteristično za savremeni društveni trenutak, tako da se u današnjem svetu ustalio jedan poseban pojam – termin „trial by media“ (suđenje putem medija) što u vrlo velikoj meri diskredituje pretpostavku nevinosti, ali i sve ostale demokratske pravne principe.²⁴

Moglo bi se reći da „mi danas živimo u svetu u kojem javno mnjenje funkcioniše po principu ‘linč rulje’, kojom diriguju tabloidizovani i kompromitovani mediji“.²⁵ Ova minuciozna analiza savremenog sveta, koja je stala u samo jednoj rečenici, ima svoj poseban značaj kada je reč o radu Haškog tribunala. Stvar je dakle bila vrlo jednostavna: godinama su vodeći zapadni mediji govorili o srpskim zločinima, teroru, genocidu koji su sprovodili Srbi, odnosno koji su naređivali srpski politički lideri. Medijsko „prepariranje“ zapadnog javnog mnjenja bilo je temeljno organizovano, uporno i dugotrajno. Ono je prvenstveno bilo u funkciji pripreme tog javnog mnjenja za kasnije vojne intervencije protiv Srba.²⁶

Na isti način na koji je to zapadno javno mnjenje pripremljeno za kasniju vojnu intervenciju, ono je istovremeno bilo „pripremljeno“ i za naknadna suđenja glavnim vinovcima zločina devedesetih na Balkanu, a to su, prema izveštajima zapadnjačkih medija, bili naravno Srbi i njihovi lideri. Trebalo je samo da se „odradi“ forma, da se optuženi pojave pred međunarodnim sudijama u togama i vrlo brzo, sve bi, prema tom, prethodno već pripremljenom javnom mnjenju, trebalo jednostavno i nedvosmisleno da bude završeno, jer je sve već dokazano i ne postoji ništa što bi bilo sporno u dotičnim sudskim procesima.

Međutim, onda je u Haškom tribunalu započelo suđenje Slobodanu Miloševiću i u mnogo čemu, gotovo svemu, tužilaštvo je tu doživelo pravi fijasko. Karla del Ponte na primer kaže da izveštavanje medija o ratu pokazuje da Milošević jasno snosi najveću odgovornost za zločine počinjene u Hrvatskoj i Bosni,²⁷ pa dalje kaže i da baš to što nema nikakvih dokaza da je Milošević kriv po haškoj optužnici, jasno ukazuje da je tu po sredi organizovana zločinačka grupa koja je bila u stanju da sve dokaze prikrije. Kafkijanska logika, zaključuje Jos der Pitar (Jos der Putter), Holanđanin, autor filma „Slučaj Milošević“ (De zaak Milošević, 2004).²⁸

23 G. Petronijević /2013/: Neprincipijelnosti u primeni pravnih standarda MKSJ; u zborniku radova *Haški tribunal između prava i politike*, priredio Jovan Čirić, izdanje Instituta za uporedno pravo, Beograd, str. 138–150.

24 J. Čirić /2007/: Pravosuđe i mediji; u zborniku radova *Kriminalitet u tranziciji: fenomenologija, prevencija i državna reakcija*, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, str. 219–238.

25 N. Tanasić: Tragedija „Šarli ebdo“ – tanka linija između slobode govora i šovinizma; - dostupno na internet adresi: <http://www.nspm.rs/savremeni-svet/tragedija-sarli-ebdo--tanka-linija-izmedju-slobode-govora-i-sovinizma.html>.

26 B. Dimitrijević /1999/: Od medijskog stereotipa do vojne intervencije; *Vojno delo*, br. 2.

27 Ovo nedvosmisleno pokazuje i dokazuje značaj i uticaj medija na rad haškog pravosuđa.

28 Citirano prema S. Antonić: *Još nije gotovo Milošević*, Beograd, 2014. str. 426. Antonić takođe citira i Florans Artman i njenu knjigu „Mir i kazna“ iz 2007. gde ona kaže da je Najs još u septembru govorio da Del Ponteovoj da ne postoji nijedan dokaz o povezanosti Miloševića i Srebrenice, ali da Del Ponteova tako nešto nije htela da prihvati. (S. Antonić: *op.cit.* str. 427–428).

Džefri Najs je u tom smislu čak bio i sasvim izričit, pa je još za vreme dok je trajalo suđenje Slobodanu Miloševiću, izjavio da je teško dokaziva genocidna namera Miloševića.²⁹ Sve u svemu, čitava međunarodna javnost, ali isto tako i sami stručnjaci, vrlo brzo su se suočili sa Miloševićevom dobrom odbranom, sa trajljivim neprofesionalizmom u radu haškog pravosuđa, ali isto tako i sa objektivnim teškoćama koje postoje u dokazivanju genocidne namere. To je naravno izazivalo određene frustracije i među političarima, ali i među stručnjacima pravnicima, krivičarima, te verovatno u svemu tome treba tražiti razloge za izvesne pokušaje da se promeni postojeća paradigma, odnosno da se „genocidna namera“ danas više tretira kao gotovo neka vrsta eventualnog umišljaja. Nama se čini da upravo u tome treba tražiti razloge za dugačka i ponekad se čini previše komplikovana objašnjenja koja pokušavaju da dokažu da je standard „čistog znanja“, odnosno to da je optuženi znao, dovoljno da se zaključi da je dotični postupao sa genocidnom namerom. Sve u svemu, nama se čini da je ovde po sredi preterano pojednostavljivanje i tabloidizirano zaključivanje i presuđivanje, koje ugrožava prezumpciju nevinosti i isto tako polazi od, malopre pomenutog principa da u sumnji ne sme biti lakše, već naprotiv teže po okrivljenog. Uostalom, „preparirana“ medijska javnost takav način rezonovanja i pojednostavljivanja radije prihvata i razume, od, za nju, često sasvim nerazumljivog pravničkog formalizma i nečega što ona razume kao cepidlačenje, koje onemogućava ostvarivanje „pravde“.

3. PROPAGANDA, GOVOR MRŽNJE I GENOCID

Da bismo nečiju nameru uspešno „dešifrovali“ i odredili, često je neophodno „dešifrovati“ i odrediti verbalne poruke koje dotični odašilje, a to znači kretati se u komplikovanom svetu verbalnosti i propagande. U tom smislu, na ovom mestu bi pre svega trebalo citirati odredbu iz člana 3 Konvencije o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida, a pre svega ono što se kaže u tački (stavu „C“) ovog člana, – kažnjiva su sledeća dela: „neposredno i javno podsticanje na vršenje genocida“. Drugim rečima sama propaganda genocida jeste kažnjiva, što nije nerazumljivo. Pogotovu ako se ovo ima smatrati kao vid podstrekavanja. Međutim, ovde se otvaraju i neka druga pitanja, koja mogu biti posebno komplikovana.

Obično se smatra da, kada započne jedan rat, njegova prva žrtva jeste istina. Time se zapravo hoće reći da je propaganda nešto što je uobičajeno kada se radi o ratnim sukobima. U tom smislu se postavlja pitanje kako od jedne strane u ratu očekivati da ona bude sasvim objektivna, tj. da čuti bez ikakvog odgovora dok druga strana „puca“ iz „teške artiljerije“, odnosno koristi sva moguća propagandna sredstva ne bi li oslabila moral protivničke vojske.³⁰

Ovde treba reći da na primer strah od neprijatelja ili od „drugog“, može motivisati agresivnost, dok gnev zbog žrtvi i gubitaka može biti osnova za podstrekivanje

29 <http://www.blic.rs/Vesti/Politika/25891/Dzefri-Najs-tesko-dokaziva--genocidna-namera-Milosevica>.

30 Smatra se naime da je Prvi svetski rat i ono što se događalo u i povodom nemačke okupacije Belgije, prvi primer moderne ratne propagande. O tome A. Jazić /2014/: Propaganda u Velikoj Britaniji prema domaćem stanovništvu na početku i tokom Prvog svetskog rata; u zborniku radova *Sto godina od početka Prvog svetskog rata – istorijske i pravne studije*, priredili Jovan Čirić i Miroslav Đorđević, Beograd, str. 491–500.

osvete i otpora.³¹ Drugim rečima, da bi se sačuvao moral sopstvene vojske, a istovremeno poremetio moral protivničke vojske, potrebno je na odgovarajući način delovati propagandnim sredstvima. Propaganda se dakle pokazuje kao izuzetno važna, pogotovu u ratnim vremenima.³² Jedinствен je stav o deskriptivnim obeležjima negativne slike jedne društvene grupe prema drugoj, tj. slika neprijatelja ima integrativnu funkciju, jer doprinosi unutrašnjoj stabilnosti i koheziji.³³ Problem je međutim u tome što je granica između dozvoljene propagande, govora mržnje i nedozvoljenog podsticanja genocida, sasvim nejasna.

Ovde se naravno nameće podsećanje na jednu karikaturu objavljenu pre stotinu godina (1914– pred početak Prvog svetskog rata) u Austro-Ugarskoj, gde jedna velika pesnica udara, pritiska malog, ružnog čovečuljka po glavi, kao da je reč o nekakvom insektu. Ispod toga stoji natpis „Serbien muss sterbien“, što znači „Srbija mora umreti“,³⁴ a sve je to veoma slično onome što je Klaus Kinkel izjavio maja 1992: „Srbiju treba baciti na kolena“.³⁵ U stvari ovde želimo da skrenemo posebnu pažnju na histeričnu anti-srpsku propagandnu kampanju devedesetih godina u zapadnim medijima.³⁶

Pažnju svakako zaslužuje ono što je izjavio sir Peter Ustinov, ambasador UNICEF-a gde Ustinov, u kolumni u londonskom nedeljniku „The European“ 10.06.1993. kaže: „Životinje koriste svoje resurse znatno srećnije nego ovi naopaki stvorovi (mislite na Srbe), čija je pripadnost ljudskoj rasi u velikom zakašnjenju“.³⁷ Helmut Kol je takođe vrlo direktan, kada je početkom 1998. izjavio i to da „Srbi treba da se podave u sopstvenom smradu“,³⁸ a „The European“ od 5. oktobra 1998, je više nego ilustrativan za ono što nazivamo govor mržnje. „Srbi su narod parija – trule jabuke u buretu Evrope. Oni moraju da budu neutralisani.“³⁹ Kako dakle sve to prokomentarisati, osim kao direktan poziv, podstrekavanje na genocid. Ovo je posebno upečatljivo u slučaju kada je u londonskom listu „The Sun“ u jeku bombardovanja Srbije 1999. osvanuo natpis: „Gađajte ih kao pse!“⁴⁰ Ili pak kada Tomas Fridman, vodeći intelektualac „Tajmsa“, tada te 1999. napiše: „Hajde da vidimo šta će dvanaest nedelja manje hirurškog bombardovanja učiniti. Dajte šansu ratu!“⁴¹

Nikome naravno u zapadnom svetu nije padalo na pamet da sve te pomenute političare i novinare pozove na odgovornost ni za „običan“ govor mržnje, niti pak za podstrekavanje na genocid, što sve čitavu priču o genocidu i podstrekavanju na geno-

31 A. Jazić /2013/: Spoljnopolitička propaganda: akteri i sredstva; Beograd, str. 30–31.

32 O svemu tome i J. Čirić /2004/: Komandna odgovornost za genocid i ratne zločine; *Pravni život*, br. 9.

33 A. K. Flohr /1991/: *Feinbilder in der internationalen Politik*; Lit Verlag Munster, pp. 99–107. (Citirano prema Lj. Glišović /2011/: Srbija u ogledalu nemačke štampe 1987–2006; Beograd, str. 26).

34 commons.wikimedia.org/wiki/File:Serbien_muss_sterbien.jpg.

35 Lj. Glišović: *op.cit.*, str. 194.

36 O svemu tome, videti temeljnu analizu u knjizi S. Vuković /2009/: *Etika zapadnih medija – Anti-srpska propaganda devedesetih godina XX veka*; Novi Sad – Sremski Karlovci.

37 Z. Petrović Piroćanac /2002/: *Izbrisati srpski virus (Mala antologija rasizma, šovinizma i govora mržnje na kraju drugog i početkom trećeg milenijuma)*; Čigoja, Beograd, str. 35.

38 Z. Petrović Piroćanac: *ibid.*, str. 61.

39 Z. Petrović Piroćanac: *ibid.*, str.76.

40 S. Antonić: *op. cit.*, str. 299.

41 S. Antonić: *ibid.*

cid u dobroj meri diskredituje. Jer ono zbog čega su (neki) Srbi bez presude bili u pritvoru Haškog tribunala gotovo 12 godina, zapadnim političarima je bilo dozvoljeno.

U pitanju je dakle sasvim različito tumačenje istih ili relativno sličnih stvari, a što se manifestuje kada je reč o pripadnicima dva različita naroda, ali, ponekad je karakteristično i za pripadnike istog naroda. Reč je na primer o dvojici Nemaca iz nacističkog perioda: Julijusu Štrajheru i Hansu Fričeu. Štrajher (Julius Streicher) je bio član NSDAP, a od 1932. je bio glavni urednik lista „Stuermer“ (Jurišnik) koji je bio izrazito anti-semitskog karaktera i kao takav je propagirao istrebljenje Jevreja. Nakon završetka rata, Štrajher je uhapšen i izveden pred sud u Nirnbergu, koji ga je osudio na smrt, te je on bio pogubljen 1946. godine.⁴² Nasuprot njemu, Hans Fritzche je umro na slobodi prirodnom smrću 1953. On je bio novinar koji je 1. maja 1933. postao član nacističke partije, a prethodno je radio za desničarske listove. 1938. je postao zamenik šefa odeljenja za štampu pri Ministarstvu propagande. Bio je blizak saradnik Jozefa Gebelsa, ali je neuspešno pokušavao da zaustavi izlaženje časopisa „Stuermer“ i bio je protiv masovnih progona Jevreja. Bilo kako bilo tek, Friče je oslobođen na Nirnberškom sudu, mada je na tzv. denacifikacijskim suđenjima (nekoj vrsti lustracije) 1947. on bio osuđen i bilo mu je zabranjeno aktivno učešće u političkom životu. Sudija koji mu je sudio u Nirnbergu je za Fričea rekao da se on odlikovao jakim propagandnim izjavama, ali da to ipak nije bilo direktno podstrekavanje, a slično su smatrali i eksperti za genocid, Vilijem Šabas i Tiberman, tj. da njegova propaganda nije bila direktna i nedvosmislena.⁴³ „Nirnberški“ sudija Džon Parker je smatrao da „čovjek ne bi trebalo da bude osuđen za ono što govori, osim ako ne podstiče na vršenje krivičnih dela“.⁴⁴

I pored svega, ipak nije baš sasvim jasno kako i zašto je jedan od ove dvojice završio na vešalima, dok je drugi oslobođen, a jedino mu je bilo zabranjeno da se aktivno bavi politikom posle rata. Razlika u tretmanu je isuviše velika, dok razlika u onome šta je svaki od njih činio, ipak nije tako velika. To čini se može biti jedan od glavnih problema u tretiranju „govora mržnje“ i propagande, tj. podsticanja genocida, a što je problem uvek kada se radi o svetu verbalnosti, odnosno o svetu politike kao takve.⁴⁵ Kada god se radi o genocidu, naboj politike i političnosti je vrlo izrazit, te i o tome treba voditi računa kada govorimo o genocidu i genocidnoj nameri.

4. POLITIZACIJA GENOCIDA

Kao jedna od svojevrstnih „crvenih niti“, koja se provlači kroz svaku priču o genocidu, mogao bi se upotrebiti podnaslov „Različita merila za iste zločine“, podnaslov iz knjige „Okupacija“ profesora Koste Čavoškog.⁴⁶ Na to se nadovezuje i jedan nedavni članak – tekst iz dnevnog lista „Politike“, gde se kaže da je tužiteljka stalnog Međunarodnog krivičnog suda Fatou Bensuda, najavila da će preduzeti, tj. uraditi

42 <http://ushm.org/wic/en/article.php?moduleId=10007316>.

43 <http://www.historylearningsite.co.uk/hans.fritzche.htm>.

44 <http://nemrazi.mk/kon-definitsija-na-govor-na-omraza>.

45 Đ. Marjanović /1989/: Verbalni politički delikt neprijateljske propagande; u zborniku radova Misao, reč, kazna, Beograd.

46 K. Čavoški /2006/: *Okupacija*, Novi Sad, str. 137.

analizu navodnih ratnih zločina učinjenih od strane Izraela prema Palestincima u leto 2014. kada je poginulo 2.200 Palestinaca i 73 Izraelca. SAD su kritikovale tu odluku izjavljujući da je ona kontraproduktivna miru.⁴⁷ Drugim rečima već i sama činjenica da neko makar samo razmišlja i nešto analizira, nailazi na neodobravanje i osudu od strane određenih, po pravilu najmoćnijih država i njihovih političkih faktora. Kako u takvoj situaciji uopšte govoriti o univerzalnosti prava i pravde, čak i kada se radi o zločinima kakav je genocid. Jednostavno rečeno, onaj koji je jači, on ima mogućnosti da za sebe i na sopstvena dela primenjuje drugačije, različite, po pravilu povoljnije kriterijume i merila, kao što to reče malopre citirani Čavoški. Ili, kako bi to rekao italijanski pravni filozof Danilo Zolo – „ekonomsko-finansijska moć se koncentriše u rukama nekoliko super-sila i zbog toga je primena međunarodnog prava apsolutno podređena voluntarizmu njihove vojne nadmoći.“⁴⁸

U tom smislu ovde treba podsetiti i na ono što je ne tako davno izjavila Haška tužiteljka Karla Del Ponte. Ona u intervju za hrvatski „Večernji list“ kaže i to da je „NATO otežao istragu trgovine organima na Kosovu“⁴⁹ Drugim rečima, jedna moćna vojno-politička organizacija, kakva je NATO, sasvim lako može da onemogući istragu u nekim situacijama, kada proceni da joj to nije politički oportuno. Ili rečeno na još direktniji način: oni koji sami mogu biti optuženi za najteže ratne zločine, pa i genocid kao takav, u stanju su da stopiraju istragu i sve druge proceduralne aktivnosti povodom eventualnih ratnih zločina koje su sami učinili. Apsurdno u istoj onoj meri u kojoj je i sve što je u vezi sa politikom najčešće apsurdno, zar ne?

Sve u svemu, ono što povodom napada na francuski satirični list „Šarli ebdo“ kaže Noam Čomski, više je nego ilustrativno: „teroristički napadi– njihovi su grozni, a naši su moralni i lako mogu da se izbrišu iz pamćenja.“⁵⁰ U tom smislu, Čomski ne pominje samo bombardovanje RTS-a, već i fotografiju iz „Njujork tajmsa“ i članak u vezi sa događajima u iračkom gradu Faludža, kada su američki vojnici naterali pacijente i osoblje jedne bolnice da izađu na ulicu i da sednu na zemlju sa rukama na glavi, a sve to zbog toga što se iz te bolnice uporno izveštavalo o civilnim žrtvama u Iraku.⁵¹ Oni su uvek grozni varvari, dok smo mi civilizovani i to je nešto što vuče svoje korene iz Antičke Grčke i načina na koji su Grci tretirali sve strance.⁵²

Tako se dakle na medijsko-političke manipulacije nadovezuju i različite teorijske manipulacije, koje se opet, u stvari nalaze u funkciji odgovarajuće politike, odgovarajućih političkih manipulacija. Uzmimo u obzir samo tragični rat u Bosni, medijske manipulacije i još neka teorijska razmišljanja s tim u vezi. Na primer, januara 1993. samo 9 meseci posle početka rata u BiH, časopis „Newsweek“ donosi

47 U tekstu pod naslovom „SAD i Izrael osuđuju MKS što ispituje zločine nad Palestincima“; - „Politika“ 18. januar 2015. str. 4.

48 D. Zolo 2012/: Ljudska prava, demokratija i mir u eri globalizacije; *Strani pravni život*, br. 3, str. 9–18.

49 (<http://www.vecernji.hr/vijesti/del-ponte-NATO-otezao-istragu-trgovine-organima-kosovu-clanak-230105>).

50 U tekstu pod naslovom „Čomski: Sad smo Šarli, a nismo bili RTS“, u dnevnom listu „Politika“ od 21.01.2015, str. 2.

51 *Ibid.*

52 O tome P. Vukasović /2012/: Od Troje do Termopila – kako su stranci postali varvari, Beograd.

reportažu – članak o tome da su Srbi izvršili silovanja 50.000 Muslimanki.⁵³ To znači više od 5.000 silovanih žena svakog meseca, odnosno više od 1.000 nedeljno, a što je sve u dobroj meri besmisleno, pa, moglo bi se reći i nemoguće. Slično tome je i ono što je inače ugledni profesor Šerif Bassiuni, 1994. lansirao kao teoriju o tzv. “lokalnom genocidu”. Komisija Saveta bezbednosti UN, kojom je rukovodio Bassiuni, je Savetu Evrope maja 1994. podnela finalni izveštaj, koji je bio od osobitog značaja za kasniji rad Haškog tribunala. Bassiuni je takođe pred američkim Kongresom u decembru 1994. rekao da ako se Konvencija UN koristi kao standard, onda se dešavanja u Bosni teško mogu okvalifikovati kao genocid, ali, ako se zauzme, “progresivni stav” da se genocid može izvršiti na lokalnom nivou, onda je stvar drugačija. Kao primer za sve to uziman je Prijedor, za koji se govorilo da je bilo čak 56.000 nestalih lica. Na kraju se ispostavilo da se radi o ne više od 3.000 žrtava, ali je ta priča o preko 50.000 žrtava, Basiuniju poslužila da razvije novu tezu o genocidu na lokalnom, ograničenom nivou, što je paradoksalna stvar već sama po sebi, odnosno kontradiktorno je samo po sebi, jer genocid podrazumeva nameru sveukupnog uništenja, a ne nameru uništenja na jednom ograničenom prostoru.⁵⁴ Sličan paradoks postoji i u vezi sa presudom Krstiću za genocid u Srebrenici.⁵⁵ Krstić prema presudi Haškog tribunala, nije planirao ubistva u Srebrenici, niti je on sam učestvovao u njima, niti je odgovoran za ono šta se događalo u ranim fazama, međutim, u kasnijim fazama događanja u Srebrenici, Haški tribunal nalazi da je Krstić odgovoran za genocid i osuđuje ga na kaznu zatvora u trajanju od 35 godina.⁵⁶

Sve u svemu, uvek kada govorimo o genocidu, postoje znatne mogućnosti za političko-medijske manipulacije, pa i uspostavljanje različitih paradoksalnih situacija i apsurdnih zaključaka, od kojih jedan može biti i taj da uvek postoji rizik da se svaki etnički konflikt proglasi genocidom, što samo po sebi devalvira taj pojam u celini.⁵⁷ Imajući sve to u vidu, čini se da je lakše razumeti, možda na prvi pogled apsurdnu činjenicu, da je do 2012. godine “svega” 116 zemalja ratifikovalo Konvenciju o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida.⁵⁸

Treba takođe reći i to da se gotovo svi etnički sukobi, sukobi sa elementima građanskog rata, odvijaju po mehanizmu osvete u kojima se jedna etnička grupa sveti drugoj za neke prethodno učinjene zločine, no to je nešto što obično ne zanima ni novinare, ni širu javnost, ni teoretičare koji definišu pojam genocida u klasičnom, ili nekom novom značenju, novom smislu. Tako profesor istorije sa Univerziteta u Geteborgu Lennart Palm, navodi kako se nikada ne piše o hiljadama ubijenih Srba u ratu u BiH.⁵⁹ Štaviše, kada govorimo o ratnim događanjima u Bosni, onda treba pomenuti zvaničnu ekspertkinju Haškog tribunala Evu Tabu, koja je došla do

53 <http://thedailybeast.com/newsweek/1993/0104/a-pattern-of-rape.html>.

54 K. Magnusson /2013/: Pojam genocida u pravu i nauci: jaz koji se širi; *Crimen*, br. 1, str. 34.

55 http://www.icty.org/cases/krstic/cis/bcs/cis_Krstic_bcs.pdf.

56 K. Magnusson: *op.cit.*, str. 37.

57 K. Magnusson: *op.cit.*, str. 31.

58 Z. Stojanović /2012/: Komentar KZ Srbije, Beograd, str. 971.

59 <http://www.klix.ba/vijesti/bih/svedski-profesori-negiraju-genocid-u-bih-sistematskog-progonabosnjaka-nije-bilo/140130026>.

zaključka da je u Bosni nastradalo nešto preko 100.000 ljudi na svim stranama,⁶⁰ dok Mirsad Tokača iz Sarajeva govori o nešto manje od 100.000 ljudi,⁶¹ u svakom slučaju mnogo manje nego što su to bila preuveličavanja, koja su u zapadnim medijima trebala da Srbe prikažu kao sasvim genocidne. I nalazi Eve Tabu i Mirsada Tokače takođe govore o broju nastradalih civila, pa tako Tabu govori o tome da su 46 odsto nastradalih bili vojnici, dok Tokača operiše procentom od 59 odsto nastradalih vojnika.⁶² Sami sarajevski izvori dakle smanjuju broj žrtava na strani Bošnjaka – civila, te se u tom smislu mogu postaviti brojne dileme u vezi ne samo sa ratom u Bosni, nego na primer i događajima u Ruandi, a pre svega kada je reč o medijskim preterivanjima i svim stvarima koje su u vezi sa tim.⁶³ Bilo kako bilo čitava priča o genocidu i genocidnoj nameri je vrlo kompleksna i ona zahteva i razmatranja u odgovarajućem kontinuitetu i istorijskom kontekstu.

5. NAMERA U ISTORIJSKOM KONTEKSTU

I na nivou individualnog čina jedno je kada pojedinac, pa makar to bilo i sasvim preterano i beskrupulozno, nekoga ubije iz osvetničkih razloga, a drugo je kada ga ubije nakon duževremenog, hladnokrvnog promišljanja. Uzmimo na primer jednu ženu koja svog muža – partnera, nakon duževremenog maltretiranja i nasilništva sa njegove strane, ubije sekirom na spavanju. Drugim rečima, hoćemo da kažemo i sledeće: ako na primer sud u nekim situacijama, može da ima izvesnog razumevanja za ženu koja nakon duževremenog maltretiranja, odluči da muža ubije na spavanju, te sud to tada okvalifikuje kao „ubistvo na mah“, a ne kao „ubistvo na svirep ili podmukao način“,⁶⁴ zbog čega na sličan način ne možemo tretirati i situaciju, u građanskom ratu, koji se događao devedesetih godina na prostorima bivše SFRJ. Pitanje je u stvari: “Da li je i koliko i sama žrtva doprinela sopstvenoj viktimizaciji?”⁶⁵ Zamislimo dakle jednu sasvim realnu situaciju: jedna vojna jedinica u “svom” selu zatekne pokolj – mnoštvo ubijenih sunarodnika, žena, dece, civila. Nedugo nakon toga dotična jedinica uđe u susedno selo iz kojeg su došli oni koji su izvršili prvobitni masakr i sada ta (para)vojna jedinica izvrši odmazdu, osvetu nad civilima suprotne strane. To zaista može izazvati i zgražavanje i najoštriju moguću

60 J. Ćirić /2013/: Da li će posle “Haga” doći do pomirenja na prostorima bivše SFRJ? – u zborniku radova *Haški tribunal između prava i politike*, priredio Jovan Ćirić, Izdanje Instituta za uporedno pravo; Beograd, str. 171–192.

61 <http://www.idc.org.ba/aboutus.html>.

62 K. Magnusson: *op.cit.*

63 Građanski rat u Ruandi, odigravao se u periodu između 7. aprila i 15. jula 1994. i tada je prema nekim izvorima od strane Hutua, bilo ubijeno između 500.000 i 1.000.000 pripadnika naroda Tutsi. Britanski BBC govori o cifri od 800.000 ubijenih Tutsa (http://en.wikipedia.org/wiki/Rwandan_Genocide). Razlike u procenama su međutim toliko velike da one same po sebi pobuđuju sumnju. Ovo pogotovu kada se ima u vidu i činjenica da se radi o tehnološko zaostaljoj sredini. Šta želimo da kažemo? Za samo 100 dana ubiti 1.000.000 ljudi (10.000 dnevno) u zaostaljoj afričkoj zemlji u kojoj su transportne komunikacije između gradova i sela vrlo slabe, sve to zvuči prilično neverovatno, odnosno u najmanju ruku preterano.

64 V. Nikolić-Ristanović, Nataša Mrvić /1992/: *Društvena kontrola i kriminalitet žena*; Beograd, str. 62–65.

65 I. Marković /1997/: *Ubistvo na mah*; *Pravni život*; br. 9, str. 163.

osudu, ali to ipak ne može biti tretirano kao genocid, prosto zato što je namera – odluka donesena, pomalo, na izvestan način u afektu, na neki način na mah. Sve to govori da je ipak potrebno ući u istorijski analizu tipa: “ko je prvi započeo?” Tako je to i kada je reč o običnoj tuči, ali i kada je reč o građanskom ratu, na primer o građanskom ratu u Bosni.⁶⁶ Za razumevanje jednog, bilo kog događaja, potrebno je uzimati u obzir i sve ono što je prethodilo tom događaju, te videti koliko dugo je jedna zločinačka namera postojala, narastala u nečijoj ili nečijim glavama, da li od juče, ili možda ipak i od ranije.

Prilikom svakog razmatranja genocida i genocidne namere na prostorima bivše SFRJ, svakako treba imati u vidu i “čuvene” “Brionske transkripte” u kojima hrvatski Predsednik Franjo Tuđman, kaže da se Srbima moraju naneti takvi udarci da oni praktično moraju nestati.⁶⁷ Kako bi to rekao Vilijam Šabas, član srpskog tima za tužbu za genocid protiv Hrvatske pred Međunarodnim sudom pravde u Hagu, ovi transkripti, jesu vrlo jak dokaz o postojanju genocidne namere na strani Hrvata, pa je on, profesor Šabas, jedan od vodećih svetskih stručnjaka za genocid, čak dodao da je takva vrsta dokaza neobična u postupku za genocid.⁶⁸ Naravno, ovi transkripti nisu jedini dokaz o genocidnoj nameri na strani Hrvata, prosto zato što takva namera ipak ne postoji od juče. Tako se moramo vratiti čak i u dalju prošlost srpsko-hrvatskih odnosa.

U tom smislu, naravno sve ono što je vezano za Jasenovac, kao svojevrsni simbol stradanja Srba u NDH, ima svoje važno mesto u razumevanju srpsko-hrvatskih odnosa, pa i za odgovor na pitanje o genocidu i genocidnim namerama, pitanje koje se postavilo i pred sudijama Međunarodnog suda pravde u Hagu, po uzajamnim tužbama za genocid Srbije i Hrvatske. O stradanjima Srba u Hrvatskoj, tj. o genocidu nad Srbima u NDH, pisano je vrlo mnogo, te u tom smislu mi ovde nemamo nameru da tu tematiku ponavljamo i dodatno širimo, iako zaista smatramo da se poslednji ratovi na prostorima bivše SFRJ ne mogu dobro razumeti, ako se ta istorija prenebregne, pa na neki način i srpski strahovi da opet ne postanu žrtve. Osnovni motiv i moto srpske pobune početkom devedesetih, bio je: „zar da i 1991. kao i 1941. budemo mirni i dozvolimo da nas kao ovce kolju?“⁶⁹

Priča o ustašama i njihovom zločinu nad Srbima je zaista vrlo velika i kompleksna i nalazi se u gotovo nepreglednom broju knjiga, tomova knjiga napisanih od strane mnogih istoričara, eksperata.⁷⁰ Zanimljivo je u tom smislu da su neke od najsvestranijih, najubedljivijih, najkritičkijih (kritičkih naravno prema delatnosti ustaša i katoličke crkve) knjiga, napisane upravo od strane samih Hrvata.⁷¹

66 J. Ćirić /2011/: Prvi udarac; u zborniku radova *20 godina od razbijanja SFRJ*, izdanje Instituta za uporedno pravo, priredili Branislava Knežić i Jovan Ćirić, Beograd.

67 <http://www.nezavisne.com/novosti/ex-yu/Brionski-transkripti-Srbi-moraju-da-nestanu-86592.tml>.

68 <http://www.blic.rs/Vesti/Politika/449814/Sabas-Brionski-transkripti-veoma-jak-argument>.

69 M. Mitrović /1994/: Raspad države i rat u Jugoslaviji; *Sociološki pregled*, br. 2, str. 194.

70 Ovde možemo navesti na primer samo dvoje istaknutih srpskih istoričara, koji dugotrajno i istrajno istražuju genocid Hrvata nad Srbima. To su: S. Avramov /2008/: Genocid u Jugoslaviji 1941–1945, 1991... I i II knjiga, Beograd, a isto tako i V. Krestić /2009/: Dosije o genezi genocida nad Srbima u NDH; Novi Sad.

71 Tako je na primer Bogdan Krizman napisao knjigu koja je 1986. objavljena u Zagrebu „Ante Pavelić i ustaše“, a svakako najznačajnije delo, delo enciklopedijskog karaktera iz te oblasti, jeste knjiga Viktora Novaka „Magnum Crimen“, koja je objavljena 1949. u Zagrebu, a čiji je tiraž tada

Svakako je potrebno imati u vidu i ono o čemu je tokom Drugog svetskog rata, izveštavao nemački diplomata Herman Nojbaher, zalažući se kod Hitlera za Srbe, za smanjivanje represalija nad Srbima i u samoj Srbiji, ali i za to da se utiče na ustaški režim da ovaj prekine sa tako velikim, masovnim pokoljem nad pravoslavnim stanovništvom.⁷² Ne mogu se mimoći ni zapisi nemačkog obaveštajca Gleza fon Horstenau, koji je izveštavao o ustaškim zločinima, izražavajući čuđenje i zgražavanje nad brutalnošću i svirepošću sa kojom su ustaše masakrirale pravoslavne Srbe.⁷³ Isto tako izvesni Gustav Stockele u svojoj knjizi „Vom Ende zum Anfang“ / str. 133/. kaže i sledeće: „Neki dr Blažeković se na jednom prijemu koji je priredio nemački poslanik, hvalio kako je on lično zarobljenim Srbima palčevima isterivao oči iz duplji.“⁷⁴ Horstenau kaže i to da bi nemačke okupacione trupe trebalo najzad direktno da intervenišu protiv ustaških nedela.⁷⁵ Kao dokaz da se u NDH zaista dogodio genocid, pre svega nad Srbima, mada genocid kao takav, tada nije bio pravno definisan, moglo bi se uzeti i to da je u toj državi, postojao poseban koncentracioni logor za decu, što je inače jedinstveni slučaj u svetskoj istoriji.⁷⁶

Ono što se u Drugom svetskom ratu događalo između Srba i Hrvata zaista jeste vrlo upečatljivo, međutim, ovde bi trebalo reći nekoliko reči i o nešto dužoj tradiciji hrvatsko-ekstremno desničarskog odnosa prema Srbima. Tako na primer, upravnik zagrebačke biskupije Ambroz Kuzmić, kivan što pravoslavni Srbi nisu dužni da plaćaju dažbine katoličkoj crkvi novembra 1700. kaže da “Vlahe (pravoslavne Srbe) treba sve poklati, a ne nastanjivati.”⁷⁷ Anti Starčeviću, osnivaču i vođi desničarske Hrvatske stranke prava, koji je delovao sredinom XIX veka, pripisuju se reči da su “Srbi vlaška nakot, zrela ta sjekiru.”⁷⁸ (Ne podseća li vas sve to na brionske transkripte i Tuđmanovo da “Srbima treba naneti udarce od kojih se oni neće moći

otkupila katolička crkva, te se reprint tog izdanja pojavio u Beogradu 1989. Pažnju zaslužuje i američki istraživač, istoričar Jozo Tomasevich, a svakako treba ovde biti do kraja objektivan, pa reći da je jedna od najžešćih kritika na račun ustaškog terora nad Srbima, napisana od strane Hrvata Ivana Gorana Kovačića u poemi „Jama“, koji opisuje kako ustaše kopaju oči Srbima: „Krv je moje svetlo i moja tama/blazenu noć su meni iskopali sa sretnim vidom iz očinjih jama...“ Sudbina Ivana Gorana Kovačića paradigmatična je međutim za veoma komplikovanu priču o zamršenim balkanskim mržnjama. Njega, koji je stao na stranu Srba, a protiv Hrvata – ustaša, ubili su, tj. zaklali upravo Srbi – četnici. Zaista, teško da bi neki, čak i najobjektivniji i najbenevolentniji strani posmatrač, sve ovo mogao shvatiti na pravi način.

72 Nojbaher kaže da je zločin počinjen nad pravoslavnim Srbima u NDH jedan od najvećih i najstravičnijih u svetskoj istoriji, te da je on o tome govorio i Hitleru, koji mu je rekao da je i on lično upozoravao Pavelića da se jedna tako velika manjina kakva su Srbi, ne može na taj i takav način uništiti. (Heraman Nojbaher; - Srbi u memoarima Hermana Nojbahera; - Beograd, 2007. str. 85) Drugim rečima čak je i Hitler izražavao možda ne negodovanje i zgražavanje, ali, makar čuđenje u vezi svega što se sa Srbima dešavalo u NDH.

73 V. Kazimirović /1987/: NDH u svetlu nemačkih dokumenata i dnevnika Gleza fon Horstenau 1941–1944; Beograd.

74 V. Kazimirović: *op. cit.*, str. 112, fusnota 5.

75 V. Kazimirović: *op. cit.*, str. 118.

76 Bilo je naravno jevrejske dece u nacističkim logorima, koja su odvođena zajedno sa svojim roditeljima, ali, nacisti ipak nisu gradili posebne logore za decu, kao što se to dogodilo u NDH, gde je u Jastrebarskom osnovan jedan takav logor 12. jula 1942 (www.telegraf.rs/vesti/813141-da-se-ne-zaboravi-jastrebarsko-ustaski-logor-oskljucivo-za-srpsku-decu-foto).

77 <http://www.srpsko-nasledje.rs/sr-I/1998/10/article-17.html>.

78 <http://www.crveneretke.com/frankovacka-ideologija-od-ante-starcevice-do-danas>.

oporaviti?") U svakom slučaju, poznato je delo, knjiga dotičnog Starčevića, iz 1876. godine, štampana u Zagrebu sa više nego simptomatičnim naslovom: "Pasmına Slavoserbska po Hervatskoj". U današnjoj Hrvatskoj, na najvećoj novčanici od 1.000 kuna nalazi se lik upravo dr Ante Starčevića, što sve vrlo upečatljivo govori o kontinuitetu istovrsne ideologije, u stvari onoga što možemo nazivati "genocidna namera". Jer, kao što rekosmo, nije isto kada se namera, umišljaj, psihički odnos prema nečemu, nazovite to kako god hoćete, formira u periodu od par dana, nekoliko meseci, pa i godina, kao i ono što u individualnoj i kolektivnoj svesti, otvoreno ili prikiveno egzistira tokom više decenija, pa i vekova.

Moglo bi se reći da su dokazi o ustaškom zločinu genocida nad Srbima veoma bogati i veoma ubedljivi, te da su fakti o genocidu nad Srbima toliko čvrsti, da se u ozbiljnoj i objektivnoj stranoj literaturi oni ne mogu ni na koji način dovesti u pitanje. No, da li je baš tako?

Nedavno je na prestižnom nemačkom Humbolt Univerzitetu svoju doktorsku disertaciju odbranio izvesni Aleksandar Korb: "U senci svetskog rata. Masovno nasilje nas Srbima, Jevrejima i Romima". Ta teza je odbranjena sa odlikom, a u obrazloženju predloga za najvišu ocenu, njegov profesor Jerg Baberovski kaže: Niko više neće moći da ubuduće piše o ovoj temi na do sada uobičajeni način". O ovom, za nas nesumnjivo važnom i indikativnom događanju, izveštava nas Vladimir Umeljić u jednom članku u "Zborniku Matice Srpske za društvene nauke".⁷⁹ Dotični Korb u svojoj nagrađenoj tezi tvrdi da se u tadašnjoj državi nije dogodio genocid nad Srbima, a da klerikalna komponenta hrvatskog klira nije igrala bitnu ulogu, pri čemu se citira i Ivo Omrčanin, doktor teologije, državni sekretar u ministarstvu spoljnih poslova NDH, a kasniji profesor u Indijani u SAD, koji je izjavio da se u NDH zapravo dogodilo nešto sasvim suprotno – da su Srbi izvršili genocid nad Hrvatima.⁸⁰ Stvar međutim uopšte nije ni smešna, ni naivna, jer, kako nas informiše Vladimir Umeljić, Korbova disertacija je pisana tako da se može konstatovati da je njegov način izražavanja tečan i vrlo elokventan, a ubedljivosti njegovih stavova doprinosi i impozantan broj fusnota – 1365.⁸¹

Korb u svojoj tezi ističe da su svi srpski izvori ili nacionalistički ili komunistički, dok su izjave preživelih srpskih žrtava izbeglih iz NDH, pojedinačne izjave koje izgledaju nefalsifikovane, ali je materijal problematičan pošto ga je srpska vlada iz nacionalističkih razloga manipulisala. On takođe odriče verodostojnost i izjavama nemačkih nacističkih i italijanskih fašističkih zvaničnika u NDH, jer su i oni tobože preuzimali informacije od srpskih nacionalista.⁸² Na prosečnog Srbina bi ovakvi stavovi delovali i zbunjujuće i frustrirajuće, ali ono što je ovde interesantno jeste to da dotična teza koja je odbranjena sa odlikom na prestižnom nemačkom univerzitetu, u Srbiji nije izazvala zapravo nikakvu pažnju – reakciju, sa izuzetkom jednog

79 V. Umeljić /2012/: Promena paradigme u nemačkoj istorijskoj nauci. U Hrvatskoj državi 1941–1945 nije izvršen genocid nad Srbima? (Doktorska disertacija Aleksandra Korba nagrađena najvišom ocenom na Humboltovom Univerzitetu u Berlinu i sve njene implikacije), *Zbornik Matice srpske za društvene nauke*, Novi Sad, br. 141 4/2012, str. 523–550.

80 V. Umeljić: *ibid*, str. 527.

81 V. Umeljić: *ibid*.

82 *Ibidem*.

stručnog članka Vladimira Umeljića, koji ispravno konstatuje da se ova disertacija mora tumačiti u smislu odgovarajućeg nemačkog i zapadnjačkog političkog pokreta, a pre svega revizije istorije, što se sve može pratiti još od početka devedesetih godina, kada je 31. avgusta 1991. Josip Dubovečak, katolički sveštenik iz Varaždina, u jednom nemačkom listu, napisao da u Srbima ima nešto satanski, genetski pokvareno, a sutradan je na to negativno reagovao samo jedan političar iz SPD – Hilmar Šmit, međutim, ubrzo ga je verbalno učutkao SCU političar Celer.⁸³

Sve ovo govori između ostalog i o tome da u zapadnom svetu za koji smo verovali da je svet slobode, demokartije i nepostojanja cenzure, stvari stoje upravo sasvim suprotno. Sve je podređeno politici, u stvari ogoljenim ekonomsko-političkim interesima: i mediji i medijske manipulacije i međunarodno pravosuđe, ali je politici podređena i nauka koja često nije objektivna, već se nalazi u funkciji tih ogoljenih ekonomsko-političkih interesa.

Druga stvar je ovde takođe značajna i paradigmatična na svoj način, a to je srpsko ćutanje i isčuđavanje nad ovakvim stvarima, kao što je ova (tobožnja) naučna doktorska disertacija. Ne postoje opšte-poznate činjenice i notorne stvari koje se ne dokazuju, sve se jednostavno mora uvek i iznova dokazivati i za sve, za svaku istinu se ima lobirati, pa i za istinu o genocidnom stradanju Srba za vreme Drugog svetskog rata u NDH. Zbog toga je ovu priču, o najblaže rečeno kontroverznoj doktorskoj tezi sa berlinskog Humbolt univerziteta, bilo potrebno posebno isticati i analizirati, a sve u vezi sa opštim raspravama o genocidu i genocidnoj nameri. Uopšte ne kao najmanje važno, priča o toj doktorskoj tezi nam ipak rečito govori koliko je sve što je vezano za genocid i genocidnu nameru ispunjeno politikom i političkim manipulacijama, tako i toliko da se ponekad čini da priča o ovom krivičnom delu gotovo uopšte nije priča o pravu, već je priča o politici.

LITERATURA

- K. Ambos: What does Intent to Destroy in Genocide Mean?, dostupno na internet adresi http://www.genocidewatch.org/images/Articles_What_does_intent_to_destroy_in_genocide_mean.pdf.
- S. Antonić /2015/: Još nije gotovo Milošević; Beograd.
- S. Avramov /2008/: Genocid u Jugoslaviji 1941–1945, 1991... I i II knjiga, Beograd.
- K. Čavoški /2006/: *Okupacija*, Novi Sad.
- B. Čejović, M. Kulić /2011/: Krivično pravo – opšti deo, Beograd.
- J. Ćirić /1999/: NATO agresija na Jugoslaviju – sedam pitanja i sedam odgovora na moralno-psihološke, socio-ekonomske i pravno-političke dileme, Beograd.
- J. Ćirić /2004/: Komandna odgovornost za genocid i ratne zločine; *Pravni život*, br. 9.
- J. Ćirić /2007/: Pravosuđe i mediji; u zborniku radova *Kriminalitet u tranziciji: fenomenologija, prevencija i državna reakcija*, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd.
- J. Ćirić /2011/: Prvi udarac; u zborniku radova *20 godina od razbijanja SFRJ*, izdanje Instituta za uporedno pravo, priredili Branislava Knežić i Jovan Ćirić, Beograd.

- J. Ćirić /2013/: Da li će posle “Haga“ doći do pomirenja na prostorima bivše SFRJ? – u zborniku radova *Haški tribunal između prava i politike*, priredio Jovan Ćirić, Izdanje Instituta za uporedno pravo; Beograd.
- N. Delić /2008/: Pobude učinioca kao kvalifikatorne okolnosti kod krivičnog dela teškog ubistva, *Pravni život*, br. 9.
- B. Dimitrijević /1999/: Od medijskog stereotipa do vojne intervencije; *Vojno delo*, br. 2.
- V. Đurđić, D. Jovašević /2003/: Međunarodno krivično pravo, Beograd.
- A. K. Flohr /1991/: *Feinbilder in der internationalen Politik*; Lit Verlag Munster, pp. 99–107. (Citirano prema Lj. Glišović /2011/: Srbija u ogledalu nemačke štampe 1987–2006; Beograd.
- A. Gil Gil /1999/: *Derecho Penal Internacional: Especial consideracion del Delito de genocidio*; Tecnos, Madrid. Citirano prema Kai Ambos, *op. cit.*.)
- A. K. A. Greenwalt: Rethinking Genocidal Intent: The Case for a Knowledge –based Interpretation; dostupno na internet adresi: <http://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1337&context=lawfaculty&sei-redir=1&referer=http%3A%2F%2Fwww.google.rs%2Fsearch>.
- A. Jazić /2013/: Spoljnopolitička propaganda: akteri i sredstva; Beograd.
- A. Jazić /2014/: Propaganda u Velikoj Britaniji prema domaćem stanovništvu na početku i tokom Prvog svetskog rata; u zborniku radova *Sto godina od početka Prvog svetskog rata – istorijske i pravne studije*, priredili Jovan Ćirić i Miroslav Đorđević, Beograd.
- S. Karović: *Mens Rea: Genocidna namjera*; dostupno na internet adresi http://civitas.fpps.edu.rs/02/Civitas_No_2.pdf).
- V. Kazimirović /1987/: NDH u svetlu nemačkih dokumenata i dnevnika Gleza fon Horstenu 1941–1944; Beograd.
- V. Krestić /2009/: Dosije o genezi genocida nad Srbima u NDH; Novi Sad.
- K. Magnusson /2013/: Pojam genocida u pravu i nauci: jaz koji se širi; *Crimen*, br. 1.
- Đ. Marjanović /1989/: Verbalni politički delikt neprijateljske propagande; u zborniku radova *Misao, reč, kazna*, Beograd.
- I. Marković /1997/: Ubistvo na mah; *Pravni život*; br. 9.
- M. Mitrović /1994/: Raspad države i rat u Jugoslaviji; *Sociološki pregled*, br. 2.
- N. Mrvić-Petrović /2014/: Krivično pravo – opšti deo, Beograd.
- V. Nikolić-Ristanović, Nataša Mrvić /1992/: *Društvena kontrola i kriminalitet žena*; Beograd.
- G. Petronijević /2013/: Neprincipijelnosti u primeni pravnih standarda MKSJ; u zborniku radova *Haški tribunal između prava i politike*, priredio Jovan Ćirić, izdanje Instituta za uporedno pravo, Beograd.
- Z. Petrović Piroćanac /2002/: Izbrisati srpski virus (Mala antologija rasizma, šovinizma i govora mržnje na kraju drugog i početkom trećeg milenijuma); Čigoja, Beograd.
- G. Radbruch /1980/: *Filozofija prava*; (prevod sa nemačkog), Beograd.
- N. Srzentić, A. Stajić, Lj. Lazarević /1984/: Krivično pravo – opšti deo, Beograd.
- I. Stanković i I. Aćimović: Genocid; dostupno na internet adresi: (<http://www.helsinki.org.rs/serbian/projekti/osce.html>).
- Z. Stojanović /2012/: Komentar KZ Srbije, Beograd.
- Z. Stojanović /2014/: Krivično pravo – opšti deo, Beograd.
- N. Tanasić: Tragedija „Šarli ebdo“ – tanka linija između slobode govora i šovinizma; – dostupno na internet adresi: <http://www.nspm.rs/savremeni-svet/tragedija-sarli-ebdo--tanka-linija-izmedju-slobode-govora-i-sovinizma.html>.

- O. Triffterer: Genocide, Its Particular Intent to Destroy in Whole or in Part, the Group as Such, dostupno na internet adresi: http://law.huji.ac.il/upload/ambos_reading4.pdf.
- V. Umeljić /2012/: Promena paradigme u nemačkoj istorijskoj nauci. U Hrvatskoj državi 1941–1945 nije izvršen genocid nad Srbima? (Doktorska disertacija Aleksandra Korba nagrađena najvišom ocenom na Humboldtovom Univerzitetu u Berlinu i sve njene implikacije), *Zbornik Matice srpske za društvene nauke*, Novi Sad, br. 141 4/2012.
- P. Vukasović /2012/: Od Troje do Termopila – kako su stranci postali varvari, Beograd.
- S. Vuković /2009/: Etika zapadnih medija – Anti-srpska propaganda devedesetih godina XX veka; Novi Sad – Sremski Karlovci.
- D. Zolo 2012/: Ljudska prava, demokratija i mir u eri globalizacije; *Strani pravni život*, br. 3.

Jovan Ćirić

Institute of Comparative Law, Belgrade

GENOCIDAL INTENT

Abstract: Due to the tragic events on the territory of the former SFRY, the subject of genocide has become very current topic in wider social and scientific circles. This offense and the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (1948), has become rather discussed subject on the territory of former Yugoslavia, but also outside of it. In that sense, the subject of genocidal intent has particularly intrigued Jovan Ćirić, because that element is what substantially defines genocide as such. The common standpoint of classical criminal justice law is that without the intent of destruction of national, ethnical, racial or religious group there is in fact no genocide. However, the problem arises when we try to define the intent itself. In English, for instance, there is no concept, a word that would define the intent. In Serbian literature and language, there is just a slight difference – the intent is mostly defined as special, particularly strong form of intent. Until recently, that was rather common concept in the world literature for the understanding of genocide. However, the trials before the International Criminal Tribunal in Hague concerning former Yugoslavia and Rwanda showed that it is very difficult, almost impossible to prove someone's guilt, i.e. genocidal intent. Prosecutors Carla Del Ponte and Geoffrey Nice complained during the trial of Slobodan Milošević that they won't be able to prove genocidal intent. It could be said that is the main reason western European criminal thought developed the theory that the existence of genocide requires no intent, as a special form of 'strong' intent, but that the existence of indirect intent is sufficient. The author claims such statements are absurd for they make the intent and genocide into something incidental, much like collateral damage. Related to that is the subject of media prejudice and breach of the presumption of innocence. Namely, media had at one point blown out of proportions the story of guilt and intent of several accused individuals and in such state there was no need to prove the guilt and intent, for the media verdict had already been given. Serbs were persistently, constantly and tendentially shown in the worst possible light and in such situation it was difficult, almost impossible to be objective and impartial in the trials for the war crimes. Special attention needs to be drawn to the propaganda of genocide which is prohibited by the Convention as a sort of incentive to genocide. However, that is connected with numerous problems concerning the so-called hate speech, but also with freedom of speech – the complicated question where the freedom of speech stops and the hate speech and incitement to genocide emerge. One question that

is particularly interesting is the unbelievable, hysterical anti-Serbian propaganda during the nineties which no one took the blame for, which raises many questions and foremost speaks about the politicization of the phenomenon of genocide. Jovan Ćirić also believes that a genocidal intent has to be considered having in mind particular historical context. It is one thing if intent, psychological attitude of perpetrator towards the act, develops in a particular moment, i.e. short span of time (almost in the heat of passion), and completely different thing is if it develops and repeats itself in continuity. The author predominantly has in mind the continuity of Serbo-Croatian relations and points that what Ante Starčević had in mind continues in what Ante Pavelić did and what Franjo Tuđman in his 'transcripts from Brijuni' said. Present, particularly when we talk about genocide and genocidal intent, cannot be fully understood and perceived without considering the historical context.

Key words: genocide, intent, media, propaganda, politicization, historical continuity

Igor Vuković*
Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

KAUZALNOST RADNJE POMAGAČA U ODNOSU NA DELO IZVRŠIOCA

Apstrakt: O eventualnoj kauzalnosti pomagačkih doprinosa u odnosu na delo izvršioca postoji niz različitih shvatanja. Većinsko učenje polazi od toga da prilog pomagača mora predstavljati *condicio sine qua non* posledice dela. Ipak, ovo shvatanje sudska praksa uglavnom ne prihvata, smatrajući da je dovoljno da se radnjom pomaganja unapređuje radnja izvršioca. Pored ovih osnovnih učenja, u literaturi se zastupaju i mišljenja da pomaganje predstavlja delo apstraktne opasnosti, kao i da se pomagačkim doprinosom uvećava rizik po napadnuto pravno dobro. Autor zaključuje da je u mnogim pitanjima razlika između navedenih shvatanja samo prividna i da se njima u drugi plan pomera centralno obeležje ovog oblika saučesništva, koje podrazumeva da pomaganje mora predstavljati izvesno olakšavanje izvršenja dela.

Ključne reči: pomaganje, *condicio sine qua non*, neuspelo pomaganje, psihičko pomaganje.

Pitanje kauzalnosti pomagačkih doprinosa predstavlja jedno od interesantnijih poprišta sučeljavanja različitih ideja u nauci krivičnog prava. Ova problematika je do sada u našoj doktrini uglavnom ostajala izvan detaljnije rasprave, iako, kako ćemo videti, prihvatanje različitih tumačenja ima i izvesne praktične posledice. Razlike između pojedinih shvatanja pokušaćemo da pojasnimo na školskom primeru koji se u ovoj diskusiji najčešće pominje. Tako možemo zamisliti lice koje, želeći da drugome pomogne u provalnoj krađi, ovome obezbeđuje duplikat ključa koji treba da omogući ulazak u tuđ stan. Kako se međutim ispostavlja, ključ nije uspeo da otvori vrata, pa je izvršilac bio prinuđen da pronade drugi način ulaska u objekat. To je i uspeo, budući da je jedan od prozora bio samo odškrinut. Da li davalac ključa predstavlja pomagača i da li činjenica što ključ nije faktički potpomogao izvršenje ima neki značaj na planu kažnjavanja?

* vanredni profesor, igorvu@ius.bg.ac.rs. Ovaj članak je nastao kao rezultat rada na Projektu br. 179051 „Kaznena reakcija u Srbiji kao ključni element pravne države“, koji finansira Ministarstvo nauke Republike Srbije.

1. POMAGANJE KAO SAPROUZROKOVANJE DELA IZVRŠIOCA

Prema jednom, danas vrlo zastupanom učenju, radnja pomagača mora saprozrokovati delo izvršioca. Naime, zahteva se stvarna kauzalna veza između radnje pomaganja i posledice dela izvršioca, koja u svakom konkretnom slučaju mora postojati. Ova veza imala bi se utvrđivati na uobičajen način, primenom teorije ekvivalencije. Tako je moguće da se izvršenje dela prema okolnostima uopšte ne može sprovesti bez radnje pomagača, kao u navedenom primeru, kada se u objekat, koji se hoće pokrasti, ne može ući bez duplikata ključa koji je on obezbedio. Međutim, pomaganje ne mora biti isključivo onaj kauzalni doprinos koji u strogom smislu predstavlja *condicio sine qua non* za ostvarenje dela, bez kojeg dakle dela izvršioca uopšte nema. Teorija ekvivalencije se ovde primenjuje u njenom modifikovanom vidu, koji kao kauzalan podrazumeva onaj pomagački prilog koji se ne može izuzeti a da posledica u svom *konkretnom sadržaju* ne otpadne.¹ Stoga se ne traži da delo izvršioca uopšte nije zamislivo bez doprinosa pomagača (pomagač je kradljivcu dao rukavice da nepovređen razbije prozor, iako je izvršilac mogao ući u stan i bez ovog dodatka), već je dovoljno da je doprinos pomagača delo izvršioca donekle izmenio (ulazak u stan sa rukavicama nije isti kao ulazak u stan bez rukavica).² Tako bi i pridržavanje merdevina predstavljalo pomaganje, iako je izvršilac i bez ove pomoći mogao da se usigne na sprat na neki drugi način,³ budući da je uz takvu pomoć sadržaj dela izvršioca tako modifikovan da je ono ispalo drugačije nego da doprinosa pomagača (pridržavanja merdevina) nije bilo.⁴ Kvalitet *condicio*-uslova ne bi bio

- 1 Vid. I. Vuković /2006/: Primena teorije ekvivalencije u krivičnom pravu – pojedina pitanja, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, № 2, str. 52.
- 2 Zbog toga pojedini autori donekle koriguju kauzalno učenje, naglašavajući da pomaganje zadovoljava uslov bilo kakvog modifikovanja dela izvršioca (u tom smislu npr. M. Köhler /1997/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin – Heidelberg, p. 533) odnosno da doprinos pomagača ima takav kauzalni značaj da ostvarenje bića dela „omogućava, olakšava, intenzivira ili osigurava“ (tako H.-H. Jescheck, T. Weigend /1996/: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin, 5. Auflage, p. 694; K. Kühl /2008/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München, 6. Auflage, p. 735; E. Samson /1974/: Die Kausalität der Beihilfe, u: *Einheit und Vielfalt des Strafrechts. Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag*, Tübingen, p. 135). U literaturi se međutim ovi heterogeni kriterijumi tumače kao neodređeni i suvišni, jer se njima ne uvodi suštinski ništa novo u objašnjenje koje daje kauzalna teorija u svom osnovnom vidu (B. Heinrich /2010/: *Strafrecht – Allgemeiner Teil II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat, Unterlassungs- und Fahrlässigkeitsdelikt, Irrtums-, Beteiligungs- und Konkurrenzlehre*, Stuttgart, 2. Auflage, p. 236; G. Jakobs /1993/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlin – New York, 2. Auflage, p. 673).
- 3 C. Roxin /1995/: „Was ist Beihilfe?“, y: *Festschrift für Koichi Miyazawa. Dem Wegbereiter des japanisch-deutschen Strafrechtsdiskurses*, Baden-Baden, p. 501; Z. Stojanović /2012/: *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, 4. izdanje, str. 187.
- 4 Tako se uzima i da čuvanje straže kauzalno modifikuje fizičko ostvarenje dela izvršioca, i kada se ispostavi da tim putem sprovođenje dela niko nije omeo (P. Cramer, G. Heine /2001/, u: A. Schönke, H. Schröder (Hrsg.) et al., *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München, 26. Auflage, p. 519). Ovaj doprinos nekim autorima u datim okolnostima ipak naliči tek na (nekažnjivi) pokušaj pomaganja (tako npr. G. Jakobs: *op. cit.*, p. 672), koji ni na koji način ne modifikuje konkretno izvršenje dela. O stvarnoj kauzalnoj vezi bi se moglo govoriti samo ako izvršilac u konkretnom slučaju bez čuvanja straže ne bi uopšte rizikovao izvršenje, ako je zbog ove pomoći eventualno

relevantan za postojanje pomaganja, ali ako je doprinos bio bitan (uz druge pretpostavke iz člana 33 KZ) – radnja pomaganja bi mogla prerasti u saizvršilaštvo. Ako do toga i ne dođe, iako su svi pomagački doprinosi kao uslovi dela izvršioca načelno ekvivalentni, viši kauzalni značaj pojedinih radnji svakako bi mogao biti uvažen na planu odmeravanja kazne. Važno je naglasiti da bi se kauzalnost pomagačkog doprinosa imala utvrđivati u odnosu na posledicu dela izvršioca. Jedino ako se delo izvršioca iscrpljuje u kakvoj radnji, dovoljno je da je radnja pomagača modifikovala radnju izvršioca u njenom konkretnom sadržaju.

Shvatanje o neophodnom kauzalnom doprinosu pomagača ima veliki broj pobornika u stranoj literaturi,⁵ a i među našim teoretičarima se nailazi na one koji prihvataju neke njegove postavke.⁶ Tako su autori Objašnjenja uz Nacrt Krivičnog zakonika FNRJ ukazivali da i pomaganje, slično podstrekavanju, podrazumeva „učestvovanje u prouzrokovanju posledice... Pomagač stvara takođe jedan od uzroka, koji zajedno sa ostalim uzrocima dovode do konkretne društvene opasne posledice“, iako se ne smatra odlučnim ako bi učinilac i bez pomoći drugog lica mogao da izvrši krivično delo.⁷ Stojanović takođe smatra da „nije opravdan stav koji ne zahteva da između pomaganja i dela u kojem se pomagalo, odnosno posledice mora postojati uzročna veza“.⁸ „Dovoljno je da je pomaganje dovelo i samo do manjih modifikacija u radnji izvršenja, odnosno načinu ostvarenja krivičnog dela“.⁹ S druge strane, veća grupa naših autora, iako naglašava da i radnja pomaganja predstavlja uslov posledice, ipak smatra da je razliku pomagačkog i saizvršilačkog doprinosa moguće pronaći na planu kvalitativnog razlikovanja uzroka (tada saizvršilaštvo) i

imao više vremena na raspolaganju, ili ako se na psihičkom planu osećao sigurnije (G. Seher /2009/: Grundfälle zur Beihilfe, *Juristische Schulung*, № 9, p. 794, G. Spindel /1977/: Beihilfe und Kausalität, u: *Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag am 29. April 1977*, Berlin – New York, p. 179).

- 5 U tom smislu npr. A. Charalambakis /2001/: Zur Problematik der psychischen Beihilfe. Zugleich ein Beitrag über die Kausalität der Beihilfe, u: *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlin – New York, p. 631; P. Cramer, G. Heine: *op. cit.*, p. 518; G. Jakobs: *op. cit.*, p. 672; R. Seebald /1969/: Nachweis der modifizierenden Kausalität des pflichtwidrigen Verhaltens, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, № 7, p. 209.
- 6 Bačić ukazuje da se „ne traži da su pomagačke radnje kauzalne za ostvarenje dela u smislu formule *conditio sine qua non*, tj. da bez te radnje delo ne bi bilo realizovano... Traži se jedno delotvorno podupiranje, podržavanje učinioca, stvaranje za učinioca povoljnih pretpostavki. Ako to nije slučaj, ako se za jednu delatnost ne može reći da predstavlja podršku delu, ako prilog pomagača nije ni na koji način bio od uticaja na izvršenje dela, ako se učinilac nije uopšte njime poslužio, radiće se o pokušaju pomaganja, o neuspehom pomaganju, koje zakon ne kažnjava“ (F. Bačić /1986/, u: *Komentar Krivičnog zakona SFRJ*, Beograd, 3. izdanje, str. 136). Slično i D. Jovašević /1999/: Institut pomaganja u izvršenju krivičnog dela – teorijski i praktični aspekti, *Glasnik advokatske komore Vojvodine*, № 7–8, str. 227; V. Turanjanin /2011/: Pomaganje u izvršenju krivičnog djela u srpskom krivičnom pravu, *Pravni fakultet u Novom Sadu. Zbornik radova*, № 1, str. 633.
- 7 *Objašnjenja uz Nacrt Krivičnog zakonika FNRJ /1951/*, Beograd, drugo izdanje, str. 103–104. Slično i T. Živanović /1935/: *Osnovi krivičnog prava Kraljevine Jugoslavije*, Beograd, 1–3. izdanje, str. 184.
- 8 Z. Stojanović /2012/: *op. cit.*, str. 188.
- 9 *Ibid.*, str. 187. Time se Stojanovićevo shvatanje približava onim varijantama kauzalnog učenja koje smatraju dovoljnim izvesno modifikovanje dela izvršioca (vid. fn. 2).

uslova (tada pomaganje).¹⁰ Kako međutim teorija ekvivalencije sve uslove smatra načelno jednakim, slično razlikovanje nije najpreciznije.

Osnovni argument u prilog ovom shvatanju tiče se činjenice da akcesorna priroda saučesništva podrazumeva *učestvovanje* u tuđem delu. Ako saučesništvo pojmovno podrazumeva izvesno učestvovanje, onda bi bilo logično da njega zasniva nekakav delujući kauzalni doprinos.¹¹ Uostalom, i prema zakonskoj definiciji (član 35 stav 1 KZ) kao pomagač se kažnjava onaj ko (sa umišljajem) *pomogne* drugome u izvršenju krivičnog dela. Ako nekakav stvarni doprinos prema okolnostima izostane, onda se izvršiocu ipak nije pomoglo, pa ne bi trebalo da postoji ni pomaganje kao učestvovanje u tuđem delu. Na takav zaključak upućuje i teorijsko objašnjenje razloga kažnjavanja saučesništva, koji se često prepoznaje upravo u uzročno-posledičnom uticaju radnje saučesnika na delo izvršioca (stvaranju odluke u slučaju podstrekavanja, odnosno psihičkom ili fizičkom podupiranju dela u slučaju pomaganja).¹²

Kauzalno učenje nailazi na poteškoće u objašnjavanju psihičkog pomaganja, gde se često oseća da zaključak o nekakvoj kausalnosti počiva na fikciji. Teško se može govoriti o nekakvoj realnoj kausalnoj vezi između psihičkog pomaganja i dela izvršioca, ako neko lice npr. verbalno otklanja izvršiočevu grižu savesti u pogledu onoga što ovaj planira da ostvari. Zapravo, mi i ovde možemo tvrditi da je psihički doprinos pomagača uticao na delo u njegovom konkretnom sadržaju (delo bi bez ovog uticaja na psihu izvršioca verovatno izgledalo drugačije), ali bi tako labavo razumevanje *condicio*-veze relativizovalo primenu *condicio*-formule u celini.¹³ Sličnom argumentacijom bismo mogli doći do zaključka da je svaki fizički prilog, koji iz nekog razloga nije doprineo delu izvršioca (izvršilac nije upotrebio ključ, ključ nije odgovarao bravi, polomio se ili štogod slično), mogao postati vid psihičkog pomaganja, jer je u vreme kada je pružen (kada je ključ dat) tobože pojačao rešenost izvršioca ili uvećao njegove šanse da u svom poduhvatu uspe. U takvim okolnostima bi se, suprotno intenciji zakonodavca, razlikovanje pomaganja u pokušanom ili dovršenom delu izvršioca zapravo pokazalo kao izlišno, jer bi se svako fizičko pomaganje u pokušanom deliktu moglo svesti na psihičko pomaganje u dovršenom deliktu. Drugim rečima, i ako se ne bi uspelo u zaključku da je odnosni prilog fizički delovao, svaki neuspeo fizički doprinos bi se preko navodnog jačanja odluke učinioca mogao prevesti u delujući kauzalni psihički doprinos.

U neku ruku, stroga primena *condicio*-formule (posledice dela bez doprinosa ne bi ni bilo) u slučaju pomaganja nije ni moguća, jer bi se onda po pravilu ili

10 U tom smislu npr. Lj. Jovanović /1978/: *Krivično pravo. Opšti deo*, Beograd, 3. izdanje, str. 237; N. Mrvić Petrović /2014/: *Krivično pravo. Opšti deo*, Beograd, 3. izdanje, str. 209; M. Radovanović /1976/: *Krivično pravo SFRJ*, Beograd, 5. izdanje, str. 229; J. Tahović /1961/: *Krivično pravo. Opšti deo*, Beograd, str. 305. Tako se i u jednoj odluci naglašava „da pomaganje sa gledišta uzročnosti nije uzrok već uslov posledice“ (rešenje Apelacionog suda u Beogradu, Kž1. Po1 10/2013 od 21.6.2013. godine). Ovo razlikovanje inače potiče od Živanovića (vid. T. Živanović: *op. cit.*, str. 167).

11 A. Charalambakis: *op. cit.*, p. 631.

12 Vid. U. Murmann /1999/: Zum Tatbestand der Beihilfe, *Juristische Schulung*, № 6, p. 549.

13 To priznaju i zastupnici kausalnog učenja (vid. npr. H.-H. Jescheck, T. Weigend: *op. cit.*, p. 694).

radilo o sa/izvršilaštvu ili o podstrekavanju. Stoga i ispitivanje – da li bi posledica bez posmatrane radnje izostala – ovde po pravilu promašuje, jer ono pred sobom ima samo glavne karike u kauzalnom lancu, a ne i one doprinose koji samo manje ili više modifikuju sadržaj dela, o čemu se kod pomaganja uglavnom radi.¹⁴ Ova nepouzdanost *condicio*-formule mogla bi se nepovoljno odraziti ne samo na psihičke već i na same fizičke doprinose. Tako bi se moglo tvrditi da i ukoliko izvršilac nije uspeo da otvori vrata ključem koji je obezbedilo drugo lice, već je morao sam da pronađe novi način ulaska u prostoriju, bez prethodnog (nepodobnog) pokušaja ulaska u prostoriju izvršilac ne bi ni probao da pronađe novi način provala, pa nema sumnje da je i prethodni nepodobni pokušaj modifikovao sliku konkretnog dela, odnosno doprineo njegovom ostvarenju „u konkretnom sadržaju“.¹⁵

Najzad, modifikovanje dela izvršioca u njegovom konkretnom sadržaju, kao kriterijum pomaganja, nije dobar da odvoji relevantne i irrelevantne priloge. Tako bi i svakodnevna neutralna ponašanja koja ljudi obavljaju u okviru svog profesionalnog poziva (npr. prodaja ubici *Victorinox* noža od strane prodavca u ovlašćenoj radnji) ili koja su malog značaja (npr. davanje suprugu tople odeće koja ga treba zaštititi tokom hladne noći u kojoj vrši zločin) morala biti uključena u zonu kažnjivog pomaganja. Zapravo, tako široko postavljen kriterijum mogao bi se razumeti i kao svojevrsno izigravanje uslova kauzalne veze, jer bi se tako za svaki materijalni doprinos moglo tvrditi kako uz njega (kakav god da je!) delo izgleda drugojačije nego bez njega. Gotovo da i ne bi bilo učestvovanja u delu drugoga koje ne bi zadovoljilo tako ekstenzivno postavljen uslov.¹⁶

Osim toga, zahtevanje kauzalne veze kao uslova pomaganja nije saglasno vladajućem shvatanju koje ni za saizvršilaštvo ne zahteva kauzalnost bitnog doprinosa.¹⁷ Kod pomaganja, kao vida učešća u delu ipak slabijeg intenziteta u odnosu na saizvršilaštvo, onda tim pre ne bi trebalo tražiti takav doprinos. Štaviše, ako ostvarenje bića dela predstavlja oznaku izvršilaštva, saučesnik ne čini svoje delo, već samo učestvuje u tuđem delu. Stoga mnogi autori ne vide zašto bi se podrazumevalo da pomagač, koji i inače ne mora da ostvari obeležja zakonskog opisa, ipak mora da saprouzrokuje ovo delo.¹⁸

14 T. Vogler /1972/: Zur Frage der Ursächlichkeit der Beihilfe für die Haupttat, u: *Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag am 1. Januar 1972*, Berlin, pp. 296-297.

15 U tom smislu F. Schaffstein /1970/: Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere bei der Beihilfe, u: *Festschrift für Richard M. Honig. Zum 80. Geburtstag. 3. Januar 1970*, Göttingen, p. 176.

16 S pravom H. Frister /2009/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München, 4. Auflage, p. 390; T. Vogler: *op. cit.*, p. 298. Štaviše, ne bi bilo sumnje da je radnja „pomagača“ bila kauzalna i onda kada je on, želeći da *odmogne* izvršiocu, ovome uklonio već spremljene merdevine koje su trebalo da omoguće ulazak u objekat. Iako je izvršilac sad morao da pronađe neki drugi, teži način ulaska u prostoriju – i na takvo (izmenjeno) delo izvršioca svakako je uticala radnja „pomagača“ (E. Samson /1974/, *op. cit.*, pp. 132-133.). Ipak, u ovom slučaju ne bi postojao umišljaj neophodan za pomaganje.

17 H. Frister: *op. cit.*, p. 389.

18 T. Vogler: *op. cit.*, p. 306.

2. POMAGANJE KAO UNAPREĐENJE RADNJE IZVRŠIOCA

Prema ovom shvatanju nije neophodno da pomagački doprinos bude kauzalan u odnosu na delo izvršioca. Dovoljno je da je pomagač svojom radnjom na bilo koji način unapredio ili olakšao radnju izvršenja, nezavisno od toga da li je doprinos bio relevantan za uspeh dela.¹⁹ Ipak, ovde je potrebno bliže oslikati centralnu razliku ovog naspram kauzalnih učenja. Shvatanja o neophodnosti kauzalnog doprinosa pomaganja polaze od toga da ovaj doprinos mora biti *condicio sine qua non* posledice dela, bilo tako što je neposredno saprouzrokuje, bilo tako što njeno nastupanje modifikuje. Ovde se međutim ne traži unapređenje ili olakšanje posledice dela izvršioca, već njegove radnje.

Iako u našoj literaturi nema izričitog pozivanja na ovo učenje, čini nam se da pojedini autori naglašavaju unapređenje radnje izvršioca kao centralnu karakteristiku pomaganja, uz istovremeno negiranje zahteva stroge kauzalne veze. Tako Lazarević smatra je neophodno da u slučaju pomaganja postoji izvestan kauzalni prilog, ali samo u smislu da se na izvestan način doprinelo izvešenju krivičnog dela. Tako bi postojalo pomaganje ako je izvršiocu bio stavljen na raspolaganje ključ koji ovaj nije upotrebio, jer mu je bilo dovoljno da samo odgurne vrata. „Iako ova radnja pomaganja nije u direktnom kauzalnom odnosu sa nastupanjem posledice, ona je značila pomaganje, podupiranje izvršenja krivičnog dela“.²⁰ Na slična razmišljanja nailazimo i u našoj sudskoj praksi. Tako je u jednom slučaju, u kojem se optuženi za pomaganje u silovanju branio time da nije bilo njegovog umišljaja da pomogne maloletnom izvršiocu ovog krivičnog dela „jer bi on i bez njegove pomoći izvršio silovanje“, sud u odluci zaključio da „odgovornost ne zavisi od toga da li je maloletni učinilac sam, bez njegove pomoći, mogao delo da izvrši. Pomagačke radnje kojima se tuđe krivično delo potpomaže, podržava ili se olakšava njegovo izvršenje, predstavljaju doprinos ostvarivanju krivičnog dela i ne moraju biti sa njim u kauzalnom odnosu, koji podrazumeva da bez tih radnji krivično delo ne bi bilo realizovano. U konkretnom slučaju, optuženi je nesumnjivo olakšao maloletnom učiniocu izvršenje dela i njegova radnja zato predstavlja pomaganje“.²¹

Na prvi pogled ovo shvatanje deluje prihvatljivije nego kauzalna učenja. Ne predstavlja li pomaganje po pravilu upravo podupiranje radnje izvršioca? U većini situacija pomaganja, kao u navedenom primeru pridržavanja merdevina, odnosni doprinos redovno unapređuje i potpomaže upravo delatnost izvršioca a ne tek nastupanje posledice. Time se, štaviše, preciznije potencira veza kvantitativne akcesornosti, koja se aktivira ulaskom izvršioca u kriminalnu zonu, što bi po pravilu označio momenat u kojem izvršilac započinje sa svojom radnjom.

19 U tom smislu npr. G. Seher: *op. cit.*, p. 795; V. Krey /2002/: *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band 2*, Stuttgart, p. 110.

20 Lj. Lazarević /2011/: *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, 2. izdanje, str. 198

21 Presuda Okružnog suda u Leskovcu K broj 31/95 od 23.2.1996. i presuda Vrhovnog suda Srbije Kž. broj 623/96 od 23.8.1996. godine.

Ipak, prihvatanje ovog učenja u sebi nosi jednu opasnost. Ono ne može jasno da ocrta razliku između pomaganja u dovršenom deliktu s jedne strane, i (nekažnjivog) pokušaja pomaganja ili pomaganja u pokušanom deliktu s druge strane.²² Ako jedno lice drugome obezbedi ključ kojim ovaj treba ući u objekat i poharati ga, koji ovaj ni ne upotrebi (ispostavilo se da su vrata bila otvorena), ili ga upotrebi ali se ispostavi da ovaj ključ ne otvara bravu, vezivanje pomaganja za preduzimanje radnje izvršenja nosi rizik da se doprinos pomagača vrednuje jednako nezavisno od krajnjeg ishoda poduhvata izvršioca. Ako je za (dovršeno) pomaganje dovoljno već unapređenje radnje, onda bi u navedenim primerima bilo svejedno što izvršiocu u konkretnom slučaju ulazak u objekat radnjom pomaganja konkretno nije bio olakšan, već je izvršilac bio prinuđen da potraži drugi ulaz (npr. kroz prozor). I izvršilac i pomagač odgovarali bi za dovršenu provalnu krađu. To međutim ne odgovara onome što je zaista ostvareno. U navedenim primerima, izvršilac ili nije uopšte upotrebio sredstvo (prva situacija), ili je tek (nepodobno) pokušao da ga iskoristi za izvršenje (druga situacija). Budući da za razliku od neuspelog podstrekavanja (vid. član 34 stav 2 KZ) neuspelo pomaganje nije kažnjivo, u prvom slučaju bi trebalo da postoji nekažnjivi pokušaj pomaganja. U drugom pak slučaju, prema izričitoj zakonskoj odredbi, ako je delo izvršioca ostalo u pokušaju – i pomagač bi morao da se kazni samo za pokušaj (član 37 stav 1 KZ), pa bi onda bilo smisleno odgovornost pomagača vezati samo za prvi (neuspeo) pokušaj ulaska ključem u objekat, a ne smatrati ga pomagačem u dovršenoj teškoj krađi, ako je izvršilac u objekat eventualno kasnije pristupio na neki drugi način.

3. POMAGANJE KAO UVEĆANJE RIZIKA PO NAPADNUTO PRAVNO DOBRO

Prema ovom učenju pomaganje kao oblik saučesništva i ne odlikuje kauzalnost u odnosu na delo izvršioca, već takvo delovanje kojim se (prema kriterijumu zamišljenog objektivnog posmatrača u vreme dela) povećavaju šanse da će delo izvršioca biti uspešno.²³ Ako doprinosom nije uvećana verovatnoća uspeha dela izvršioca, postojao bi samo nekažnjivi pokušaj pomaganja. Reč je o konceptu koji se idejno oslanja na teoriju objektivnog uračunavanja, iako se, za razliku od objektivnog uračunavanja, ne zahteva faktička kauzalna veza kao prethodna pretpostavka uvećanja rizika.²⁴ To u ishodu udaljava ovo shvatanje od kauzalnih učenja.²⁵ Tako će u pri-

22 B. Heinrich; *op. cit.*, p. 237; C. Roxin /1995/: *op. cit.*, p. 503; F. Schaffstein: *op. cit.*, p. 179.

23 U tom smislu K. Geppert /2007/: Zum Begriff der „Hilfeleistung“ im Rahmen von Beihilfe (§ 27 StGB) und sachlicher Begünstigung (§ 257 StGB), *Juristische Ausbildung*, № 8, p. 590; J. Kretschmer /2008/: Welchen Einfluss hat die Lehre der objektiven Zurechnung auf das Teilnahmeunrecht?, *Juristische Ausbildung*, № 4, p. 269; U. Murmann: *op. cit.*, p. 550; F. Schaffstein: *op. cit.*, p. 174; G. Stratenwerth, L. Kuhlen /2011/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat*, München, 6. Auflage, p. 258.

24 Vid. Z. Stojanović /2015/: *Krivično pravo. Opšti deo*, Beograd, 21. izdanje, str. 125.

25 Slično T. Vogler: *op. cit.*, p. 307. Ovo primećuje i Roxsin, koji zahteva kumulativno i kauzalnost radnje i uvećanje rizika (vid. C. Roxin /1995/: *op. cit.*, p. 510).

meru davanja duplikata ključa postojati pomaganje (a ne njegov pokušaj), nezavisno od toga da li je duplikat ključa uopšte bio upotrebljen, ako je već predaja ključa u vreme preduzimanja radnje (*ex ante*) delovala tako da uvećava šanse za uspeh izvršenja.²⁶ Obrnuto, ako bi se hipotetičkim ispitivanjem ispostavilo da posmatrana radnja ni na koji način nije uvećala šanse za uspeh dela izvršioca, ona neće predstavljati pomaganje, nezavisno od toga da li je imala kauzalni značaj. To se naročito odnosi na situacije u kojima se na izvestan način olakšava izvršenje. Tako Šafštajn (*Schaffstein*), kao jedan od osnovnih zastupnika ovog shvatanja, navodi primer prevoženja izvršioca, gde bi hipotetički i objektivnom posmatraču bilo jasno da je izvršilac do mesta dela prema okolnostima mogao doći pešice ili biciklom, ili transporta merdevina, koje je i izvršilac bez tuđe pomoći mogao da preveze do mesta izvršenja.²⁷ Kako u navedenim primerima izostaje procena da je doprinos uvećao šanse za uspeh, slične radnje, iako u neku ruku kauzalno modifikuju izvršenje dela, ne bi prema ovom kriterijumu predstavljale pomaganje u krivičnopravnom smislu, već vid nekažnjive solidarnosti sa učiniocem.

Kriterijum uvećanja rizika nije uvek pouzdano sredstvo utvrđivanja postojanja pomaganja.²⁸ On tako zakazuje u situacijama alternativnih priloga sličnog rizika. Tako, ako učinilac planira usmrćenje žrtve hlorovodoničnom kiselinom, a drugo lice mu stavi na raspolaganje jednako delotvornu dozu arsenika, koju ovaj naposljetku i upotrebi, teško možemo reći da je radnja drugoga uvećala šanse za uspeh dela izvršioca, budući da oba otrova nose približno jednak rizik po žrtvu.²⁹ U takvom slučaju se rešenje može dobiti pozivanjem na to da je primena arsenika prema svom konkretnom sadržaju uvećala rizik nastupanja posledice dela, ali se time kriterijum vraća na kauzalno učenje. Ovom shvatanju se prebacuje i to što u vrednovanje unosi tzv. rezervne uzroke (hipotetičke kauzalne tokove), što se načelno ne prihvata ni kada se radi o ispitivanju kauzalne veze u slučaju izvršilaštva.³⁰

Takođe, i ovom učenju se može prigovoriti da zanemaruje da li je doprinos pomagača dospeo u stadijum dovršenja delikta, čime nedosledno izjednačava pomaganje u pokušanom i dovršenom delu. To se najbolje vidi na pokaznom primeru nabavke duplikata ključa, gde se pomaganje smatra dovršenim nezavisno od toga da li je obezbeđenje ključa u konkretnom slučaju ostvarilo svoju svrhu i omogućilo ulazak u prostoriju. Zakon ove dve situacije ipak razlikuje, pa u slučaju pomaganja u pokušanom delu izvršioca predviđa da će se i pomagač „kazniti za pokušaj“ (član 37 stav 1 KZ).

26 Slična procena može i izostati ako je, primera radi, izvršiocu dat neki običan kalauz koji očigledno ne može da otvori kasu (F. Schaffstein: *op. cit.*, p. 181).

27 *Ibid.*, p. 182.

28 U našoj literaturi uglavnom nema osvrta na ovo učenje. Jedino Bačić konstatuje da je „previše ako se traži da pomaganje treba da poveća šanse za uspeh glavnog dela ili da je njime opasnost ostvarivanja dela verovatnija“ (F. Bačić: *op. cit.*, str. 136).

29 A. Charalambakis: *op. cit.*, p. 629.

30 H.-H. Jescheck, T. Weigend: *op. cit.*, p. 693; C. Roxin /2006/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenlehre*, München, 4. Auflage, p. 204. Vid. I. Vuković /2006/: *op. cit.*, str. 51.

4. POMAGANJE KAO DELIKT APSTRAKTNOG UGROŽAVANJA

Ovo shvatanje smatra da pomagački doprinos niti mora biti kauzalan niti mora olakšati delo izvršioca. Zakonodavac je pomaganje u izvršenju krivičnog dela zabranio nezavisno od toga da li u konkretnom slučaju zaista povećana opasnost po zaštićeno dobro, pa se može reći da je pomaganje delikt svojevrsnog apstraktnog ugrožavanja.³¹ Naime, iako je saučesništvo akcesorno u odnosu na izvršilaštvo, danas prihvaćeni restriktivni pojam izvršilaštva strogo odvajaju izvršilački i saučesnički doprinos. Dok krivična dela opisana u posebnom krivičnom zakonodavstvu uvek označavaju dela izvršilaca, krivičnu odgovornost saučesnika zasnivaju tek odredbe o pomaganju i podstrekavanju iz Opšteg dela Krivičnog zakonika (čl. 34 i 35). Stoga se radnja pomaganja u neku ruku orijentiše sama prema sebi, pa bi biće pomaganja predstavljalo upravo ono što zakonodavac i potencira u članu 35 KZ – pružanje pomoći u izvršenju krivičnog dela. Svuda tamo gde je pružena izvesna pomoć (a zakonodavac više od toga ne traži), postojaće pomaganje, nezavisno od toga da li je konkretno izvršenje dela na bilo koji način bilo modifikovano. Kauzalnost je neophodna, ali u odnosu na samo pružanje pomoći, a ne i u odnosu na delo izvršioca, pa se pružanjem pomoći iscrpljuje biće pomaganja, nezavisno od toga da li je delo izvršioca *in concreto* bilo potpomognuto. Naprosto, zakonodavac se odlučio da generalno zabrani pomaganje u zločinu, iako time pod kriminalnu zonu nekada upadaju i radnje koje u konkretnom slučaju nisu nosile nikakvu škodljivost. Stoga bi i davanje umornom obijaču trezora osvežavajuće flašice Koka-kole predstavljalo radnju pomaganja, iako ostvarenju dela nije neposredno kauzalno doprinelo.³²

Ovo učenje promašuje najpre u svom insistiranju da saučesništvo ima neko svoje samostalno biće. Biće saučesništva nije samostalno, jer njegovo nepravo svoju ne vrednost vuče iz glavnog dela (izvršioca).³³ To je posledica prihvaćenog koncepta akcesornosti.³⁴ Da je svako nepravo samostalno, onda se ni ne bi razlikovali izvršenje (vlastitog) dela i saučesništvo u (tuđem) delu. Samostalnost svakog pojedinačnog doprinosu podrazumevala bi zapravo prelazak na principalno razumevanje saučesništva, a od tog koncepta zakon ne polazi. Pomaganje predstavlja pružanje pomoći u protivpravnom delu izvršioca, i ova oslonjenost njegovog bića na tipizirano nepravo oslikano u zakonskom opisu samo naglašava nesamostalnost udela pomagača.

31 R. D. Herzberg /1971/: Anstiftung und Beihilfe als Straftatbestände, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, № 1, p. 7. Jednu varijaciju ovog učenja razrađuje Fogler, prema kome se kod pomaganja radi o vidu *apstraktno-konkretnog* ugrožavanja pravnog dobra. Tako je već davanje izvršiocu duplikata ključa, iz ugla planiranog napada i opšteg životnog iskustva opasno po dobro, nezavisno od toga da li se ispostavilo da su vrata bila otvorena (T. Vogler: *op. cit.*, pp. 311-312). I ova varijanta podleže međutim sličnim prigovorima kao i ideja o pomaganju kao apstraktnom ugrožavanju.

32 R. D. Herzberg: *op. cit.*, p. 6.

33 S pravom T. Vogler: *op. cit.*, p. 299.

34 Iako Herzberg ne želi da napusti ideju akcesornosti saučesništva, ukazujući kako njegovo učenje tako nešto ne tvrdi (R. D. Herzberg: *op. cit.*, p. 3), takvo objašnjenje ne deluje ubedljivo.

Ovaj kriterijum nije ni od neke praktične koristi, jer se njime ne daju konkretne smernice pod kojim uslovima pružanje pomoći zaista predstavlja pomaganje.³⁵ Kako iz primera davanja osvežavajućeg pića učiniocu možemo zaključiti, nepostojanje takvih smernica u ishodu vodi ekstenzivnom tumačenju zone pomaganja. Osim toga, i apstraktno ugrožavanje je ipak ugrožavanje nekog pravnog dobra.³⁶ Kako se, međutim, relacija sa bićem dela hoće odbaciti, nedostaje svaki realan temelj za smisleno tumačenje koje to radnje nose apstraktnu opasnost po ovo dobro.

Ovo shvatanje pati od sličnog prigovora kao i ono koje u pomaganju vidi unapređenje radnje izvršioca. Ako pomaganje podrazumeva (apstraktno) ugrožavanje dobra, onda je njegova sadržina ispunjena nezavisno od toga da li je delo izvršioca ostalo u pokušaju. Stoga i ovo učenje naginje tome da učestvovanje u pokušanom deliktu izjednači sa učestvovanjem u dovršenom deliktu.³⁷

5. KAUZALNOST TZV. PSIHIČKOG POMAGANJA

Pored tzv. fizičkog pomaganja, koje podrazumeva različite materijalne priloge delu izvršioca (npr. davanjem oružja za izvršenje dela), kauzalnost radnje pomagača za delo izvršioca predstavlja poseban problem iz ugla tzv. psihičkog (intelektualnog) pomaganja. U ovom slučaju doprinos pomagača ne ogleđa se u potpori materijalnoj strani izvršenja delikta, već u uticaju na psihu izvršioca, pa je utvrđivanje kauzalne veze između radnje pomaganja i dela izvršioca skopčano sa dokaznim poteškoćama.

Od različitih vidova psihičkog pomaganja, najmanje su sporni oni koji imaju „tehnički“ karakter, budući da se odnose na *davanje saveta* ili *uputstava* kako da se izvrši krivično delo. Slične radnje su česte u praksi, budući da izvršioci neretko dobijaju stručne informacije kako da npr. obiju sef ili da smešaju otrov. Kako slične radnje modifikuju konkretan način ostvarenja dela od strane izvršioca, nema sumnje da se prema opštem kriterijumu mogu smatrati kauzalnim u odnosu na delo izvršioca. Takav zaključak možemo izvesti u pogledu svih saveta koji se odnose na materijalnu stranu sprovođenja dela (npr. odavanje informacije kojim se putem žrtva uobičajeno vraća kući, u koje vreme neće biti u stanu ili u kojoj prostoriji se nalaze sakrivene dragocenosti).

Pitanje kauzalnosti *unapred obećanog* prikrivanja krivičnog dela, učinioca, sredstava kojima je krivično delo izvršeno, tragova krivičnog dela ili predmeta pribavljenih krivičnim delom, nešto je složenije, jer se fizičko pomaganje može pružiti samo pre ili za vreme izvršenja delikta. Međutim, iako se obećana pomoć ovde odnosi na vreme nakon dovršetka dela, kada saučesništvo više nije moguće, i kada se krivična odgovornost može kretati samo u okvirima prikrivanja (član 221 KZ) ili pomoći učiniocu posle izvršenog krivičnog dela (član 333 KZ), i ove radnje prema izričitoj

35 S pravom A. Charalambakis: *op. cit.*, p. 630; E. Samson /1972/: *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Kausalität der Beihilfe*, Frankfurt am Main, p. 82.

36 Tako i uništavanje alatke za krađu, kao vid onemogućavanja drugoga da ukrade, može prema okolnostima nositi apstraktnu opasnost, ako se izvršilac, lišen sredstva, sada okrene primeni prinude odnosno razbojništvu (G. Jakobs: *op. cit.*, p. 672).

37 H.-H. Jescheck, T. Weigend: *op. cit.*, p. 694; C. Roxin /2006/: *op. cit.*, p. 196.

zakonskoj odredbi (vid. član 35 stav 2 KZ) predstavljaju vid psihičkog pomaganja, koje se sastoji u jačanju odluke učinioca da izvrši delo.³⁸ Stoga prethodno obećanje alibija učiniocu ili prikrivanja plena planirane krađe osnažuje izvršioca u njegovoj odluci, otklanjajući mu jednu brigu manje.

Međutim, kauzalnost radnji kojima se izvršilac snaži u svojoj već donetoj odluci, nije jednoglasno prihvaćena. Prihvatanje psihičkog pomaganja samo uz zahtev da je ono „ojačalo odluku“ izvršioca vodilo bi gotovo neograničenom proširivanju zone ovog oblika saučesništva, ako nije moguće ustanoviti valjane kriterijume prema kojima bi uticaj na psihu izvršioca mogao predstavljati validan doprinos njegovom delu. Čini nam se da kvalitet pomaganja zaslužuju samo oblici svojevrsnog „stabilizovanja“ odluke izvršioca, npr. jačanjem njegove motivacije obećanjem kakve novčane ili druge koristi ako ostane pri svojoj odluci, ili uklanjanjem sumnji da pristupi delu.³⁹

Nejasno je međutim da li bi se psihičkim pomaganjem mogao smatrati pokušaj navođenja drugog lica na izvršenje krivičnog dela, koje je ovaj već bio odlučio da izvrši (tzv. *omnimodo facturus*), u situaciji kada izvan neuspešnog pokušaja stvaranja odluke nije bilo nekog drugog vidljivog uticaja na motivaciju izvršioca (stavljanjem u izgled neke koristi, obećanjem prikrivanja plena, ili nečeg sličnog). Da je radnja navođenja bila uspešna (i kauzalna), učesnik bi bio smatran podstrekačem; ovako se teško može tvrditi da jačanje postojeće odluke predstavlja *condicio sine qua non* ostvarenja bića dela od strane izvršioca.⁴⁰ Ipak, ako ni fizičko pomaganje ne mora predstavljati *condicio sine qua non* ostvarenja bića dela, onda to ne mora biti ni psihičko pomaganje, tako da ovaj argument nije dovoljan da pobije mogućnost psihičkog pomaganja. Ali, mora postojati kakva konkretna okolnost na osnovu koje je učinilac faktički obodren da istraje u svojoj odluci. Ta okolnost prema stavu prihvaćenom u našoj literaturi može predstavljati i neki fizički doprinos koji izvršiocu stoji na raspolaganju, koji prema okolnostima ne bude iskorišćen (npr. sredstvo za obijanje koje učinilac ipak ne upotrebi, jer je naišao na otključana vrata).⁴¹

Pomaganje ne može predstavljati obično *prisustvovanje* na mestu izvršenja krivičnog dela, čak nezavisno od toga da li se iz konteksta vidi u čemu je ovo prisustvo pojačalo volju izvršioca, da li mu je ulilo sigurnost, ili je na drugi način uticalo na konkretno ostvarenje delikta.⁴² Ako neko samo stoji na mestu izvršenja, makar bio i

38 Tako izričito Lj. Lazarević: *op. cit.*, str. 197.

39 K. Geppert: *op. cit.*, p. 591; C. Roxin /2006/: *op. cit.*, p. 199; G. Spindel: *op. cit.*, pp. 179–180. Smatra se da i ove radnje predstavljaju karike u kauzalnom lancu, pa ko ovakvim obećanjem saprouzrokuje odluku, doprinosi i posledici kojom se odluka realizuje (*causa causae est causa causati*). Suprotno Karalambakis, koji smatra da u primeru iz nemačke sudske prakse (RGSt 73, 52), prema kojem je ljubavnica obećala brak ako (već rešeni) muž istraje u odluci da svoju suprugu usmrti, nedostaje bilo kakav uticaj na već okončani motivacioni proces. Ako se muž međutim još uvek premišlja, pa obećanje braka predstavlja noseći motiv odluke, Karalambakis zaključuje da se radi pre o podstrekanju (A. Charalambakis: *op. cit.*, p. 636; takođe G. Seher: *op. cit.*, p. 795).

40 F. Schaffstein: *op. cit.*, p. 178.

41 F. Bačić: *op. cit.*, str. 137.

42 Prema okolnostima je pojavljivanje nekog lica na mestu dela moglo predstavljati rezultat prethodnog dogovora sa izvršiocem, kako bi ovaj npr. po potrebi priskočio u pomoć nekom svojom radnjom. Tada već pojavljivanje može predstavljati izvestan doprinos delu izvršioca.

znatiželjan šta se to pred njim odigrava, nije pomagač u zločinu izvršioca, čak i ako se ispostavi da je zločinac faktički bio ohrabren ćutanjem posmatrača. Pri tom, ne treba zaboraviti da je pomaganje nečinjenjem moguće samo pod uslovom da je prisutni u datim okolnostima imao dužnost da interveniše, što prolaznici ili druga lica koja spletom okolnosti prisustvuju nekom zločinu – redovno nemaju.⁴³ U odsustvu takve dužnosti, obično prisustvo ne treba tumačiti kao pomaganje.⁴⁴ Na slična razmišljanja u pogledu vrednovanja običnog prisustvovanja mestu izvršenja krivičnog dela nailazimo i u našoj doktrini.⁴⁵

6. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Iz izloženog pregleda različitih učenja o kauzalnosti radnje pomaganja u odnosu na delo izvršioca možemo zaključiti da se većina autora, i pored načelnog svrstavanja u različite tabore, saglašava u pogledu osnovnih tačaka ove diskusije. Tako gotovo niko ne zahteva da radnja pomaganja mora da *omogući* delo izvršioca u smislu da bez radnje pomaganja dela izvršioca ne bi ni bilo (stroga *condicio sine qua non* veza);⁴⁶ dovoljno je da je delo izvršioca bilo na neki način potpomognuto, olakšano. S druge strane, čini se da je zahtev kauzalne veze, na način kako se ona u tom smislu razume, kao onaj doprinos koji se ne može izuzeti a da posledica u svom konkretnom sadržaju ne otpadne, suviše neodređen. Štaviše, razlikovanjem da li se doprinos pruža preduzimanju radnje ili nastupanju posledice ne dobija se mnogo, jer se primenom *condicio*-formule, koja smatra dovoljnim modifikovanje dela, dolazi do istog rezultata. Modifikovanjem radnje se istovremeno modifikuje i delo u celini,⁴⁷ pa se postavlja pitanje praktičnog razlikovanja kauzalnog učenja i shvatanja o unapređenju radnje izvršioca.

Ovo praktično značenje se zapravo svodi na razlikovanje dejstava nekažnjivog pokušaja pomaganja, gde doprinos pomagača i nije bio iskorišćen za izvršenje dela, pomaganja u pokušanom deliktu, gde je doprinos pomagača bio iskorišćen za izvršenje dela ali gde nije uspeo da ga potpomogne, i pomaganja u dovršenom deliktu, gde je doprinos pomagača bio delotvoran. Osnovni argument kauzalnog učenja tiče se nastojanja da se vezivanjem zahteva kauzalnosti za posledicu dela

43 U suprotnom bi se svako prisustvovanje zločinu moglo premetnuti u psihičko pomaganje (s pravom C. Roxin /2006/: *op. cit.*, p. 201).

44 Vid. detaljnije I. Vuković /2013/: *Krivična dela nepravog nečinjenja*, Beograd, str. 77, sa primerima iz strane sudske prakse.

45 Tako Stojanović ističe da se „samo prisustvo na mestu izvršenja ne može smatrati podrškom ukoliko ne postoji neka veza sa ostvarenjem krivičnog dela u svom konkretnom obliku. Argument da time kod izvršioca dolazi do povećanog osećaja sigurnosti nije dovoljan za postojanje pomaganja, kao što ne predstavlja kažnjivo pomaganje ni obično solidarisanje sa izvršiocom, izražavanje simpatija prema njegovom postupku“ (Z. Stojanović /2012/: *op. cit.*, str. 188).

46 Najstroži pristup ovde imaju oni autori koji upravo prema kriterijumu da li se radi o omogućavanju ili olakšavanju dela izvršioca razlikuju saizvršilaštvo i pomaganje (tako npr. D. Atanacković /1995/: *Saučesništvo u krivičnom delu, Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, № 1-2, str. 45).

47 S pravom C. Roxin /1995/: *op. cit.*, p. 503.

izvršiocu omogućiti dosledna primena dejstva iz člana 37 stav 1 Krivičnog zakona, koje činjenicu da je krivično delo izvršioca ostalo u pokušaju prenosi i na podstrekača i na pomagača, sa mogućim ublažavanjem kazne. Ne vidimo, međutim, zbog čega bi ovo dejstvo uslovljavalo pojam i pretpostavke samog pomaganja. To je više posledica akcesornosti dela saučesnika u odnosu na delo izvršioca nego nekakvog „nedovršenog“ pomaganja, kod kojeg je, slično nedovršenom izvršenju, delo zaostalo za umišljajem učinioca.⁴⁸ Ako se međutim ovo razlikovanje zanemari, pokazuje se da između kauzalnog i učenja o unapređenju radnje i nema značajnije razlike.

Osim toga, stiče se utisak da kauzalno učenje zanemaruje zakonsku odrednicu koja u pomaganju prepoznaje izvesno fizičko ili psihičko olakšavanje (unapređenje, podupiranje) dela izvršioca. Ako prilog pomagača ništa ne doprinosi poduhvatu izvršioca, onda nikakva kauzalna veza to ne može da nadomesti. Gola kauzalnost je „slepa“ i ovu okolnost ne podrazumeva. Stoga i ona radnja koju lice preduzima u nameri da *odmogne* izvršiocu ima nekakav kauzalni modifikujući karakter (da „pomagač“ nije sakrio merdevine izvršilac ne bi bio prinuđen da pronađe drugi ulaz u objekat), ali je svakako ne bi trebalo smatrati saučesništvom u delu. Zaključak kako ovde nedostaje tek umišljaj da se pomogne (što je nesporno) ne čini nam se dovoljnim, jer bi već na objektivnom planu trebalo utvrditi da nisu ispunjene pretpostavke pomaganja. Utoliko shvatanje o unapređenju radnje, pa i učenje o uvećanju rizika po napadnuto pravno dobro – bolje oslikavaju ovu činjenicu doprinosu delu izvršioca. Ipak, ne mislimo da je u obrazloženju pomaganja kao vida saučesništva neophodno posegnuti za argumentacijom učenja o objektivnom uračunavanju, što prihvatanje učenja o uvećanju rizika ipak nužno podrazumeva.

Imajući u vidu izneta zapažanja, čini nam se da nijedno od navedenih shvatanja ne zaslužuje apsolutno prihvatanje. Već sama činjenica da zastupnici kauzalnog učenja ne zahtevaju da radnja pomaganja u strogom smislu predstavlja *condicio sine qua non* posledice dela, već je dovoljno da modifikuje njeno nastupanje, pokazuje da je ovom pitanju u stranoj literaturi posvećena pažnja koju ono nije opravdalo. Stoga se stiče utisak da većinsko stanovište prisutno u našoj literaturi, koje donekle objedinjuje kauzalno učenje i shvatanje o unapređenju radnje izvršioca, i oslikava najvažnije pretpostavke oba ova modela – zaslužuje prihvatanje. Time se ispravnije ukazuje da pomagački doprinos mora suštinski da potpomogne i unapredi delo izvršioca; pozivanje na nekakvu „slabu“ kauzalnu vezu tu nije dovoljno.

48 Uostalom, pomagač će se kazniti za pokušaj i kada je njegov doprinos razlog zbog kojeg je delo izvršioca u celini ostalo nedovršeno (nabavljeni duplikat ključa ne otvara bravu), kao i kada izvršilac iz nekog drugog razloga nije uspeo da delo dovrši (neko je naišao pa je pobegao). Vezivanje *condicio*-formule za posledicu dela ima tendenciju da i one doprinose koji nesumnjivo unapređuju radnju izvršenja, kao npr. u slučaju čuvanja straže, smatra pomaganjem u pokušanom deliktu, već zbog činjenice da putem na kojem se stražarilo niko nije naišao (vid. fn. 4). Ovaj zaključak je neprihvatljiv, jer je u vreme kada se delo vrši svakome jasno da radnja čuvanja straže unapređuje izvršenje dela.

LITERATURA

- Atanacković D. /1995/: Saučesništvo u krivičnom delu, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, № 1-2
- Bačić F. /1986/, u: *Komentar Krivičnog zakona SFRJ*, Beograd, 3. izdanje
- Charalambakis A. /2001/: Zur Problematik der psychischen Beihilfe. Zugleich ein Beitrag über die Kausalität der Beihilfe, u: *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlin – New York
- Cramer P., Heine G. /2001/, u: A. Schönke, H. Schröder (Hrsg.) et al., *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München, 26. Auflage
- Frister H. /2009/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München, 4. Auflage
- Geppert K. /2007/: Zum Begriff der „Hilfeleistung“ im Rahmen von Beihilfe (§ 27 StGB) und sachlicher Begünstigung (§ 257 StGB), *Juristische Ausbildung*, № 8
- Heinrich B. /2010/: *Strafrecht – Allgemeiner Teil II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat, Unterlassungs- und Fahrlässigkeitsdelikt, Irrtums-, Beteiligungs- und Konkurrenzlehre*, Stuttgart, 2. Auflage
- Herzberg R. D. /1971/: Anstiftung und Beihilfe als Straftatbestände, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, № 1
- Jakobs G. /1993/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlin – New York, 2. Auflage
- Jeschek H.-H., Weigend T. /1996/: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin, 5. Auflage
- Jovanović Lj. /1978/: *Krivično pravo. Opšti deo*, Beograd, 3. izdanje
- Jovašević D. /1999/: Institut pomaganja u izvršenju krivičnog dela – teorijski i praktični aspekti, *Glasnik advokatske komore Vojvodine*, № 7-8
- Köhler M. /1997/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin – Heidelberg
- Kretschmer J. /2008/: Welchen Einfluss hat die Lehre der objektiven Zurechnung auf das Teilnahmeunrecht?, *Juristische Ausbildung*, № 4
- Krey V. /2002/: *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band 2*, Stuttgart
- Kühl K. /2008/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München, 6. Auflage
- Lazarević Lj. /2011/: *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, 2. izdanje
- Mrvić Petrović N. /2014/: *Krivično pravo. Opšti deo*, Beograd, 3. izdanje
- Murmann U. /1999/: Zum Tatbestand der Beihilfe, *Juristische Schulung*, № 6
- Objašnjenja uz Nact Krivičnog zakonika FNRJ /1951/*, Beograd, drugo izdanje
- Radovanović M. /1976/: *Krivično pravo SFRJ*, Beograd, 5. izdanje
- Roxin C. /2006/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München, 4. Auflage
- Roxin C. /1995/: „Was ist Beihilfe?“, y: *Festschrift für Koichi Miyazawa. Dem Wegbereiter des japanisch-deutschen Strafrechtsdiskurses*, Baden-Baden
- Samson E. /1974/: Die Kausalität der Beihilfe, u: *Einheit und Vielfalt des Strafrechts. Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag*, Tübingen
- Samson E. /1972/: *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Kausalität der Beihilfe*, Frankfurt am Main
- Schaffstein F. /1970/: Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere bei der Beihilfe, u: *Festschrift für Richard M. Honig. Zum 80. Geburtstag. 3. Januar 1970*, Göttingen

- Seebald R. /1969/: Nachweis der modifizierenden Kausalität des pflichtwidrigen Verhaltens, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, № 7
- Seher G. /2009/: Grundfälle zur Beihilfe, *Juristische Schulung*, № 9
- Spendel G. /1977/: Beihilfe und Kausalität, u: *Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag am 29. April 1977*, Berlin – New York
- Stojanović Z. /2012/: *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, 4. izdanje
- Stojanović Z. /2015/: *Krivično pravo. Opšti deo*, Beograd, 21. izdanje
- Stratenwerth G., Kuhlen L. /2011/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat*, München, 6. Auflage
- Tahović J. /1961/: *Krivično pravo. Opšti deo*, Beograd
- Turanjanin V. /2011/: Pomaganje u izvršenju krivičnog djela u srpskom krivičnom pravu, *Pravni fakultet u Novom Sadu. Zbornik radova*, № 1
- Vogler T. /1972/: Zur Frage der Ursächlichkeit der Beihilfe für die Haupttat, u: *Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag am 1. Januar 1972*, Berlin
- Vuković I. /2013/: *Krivična dela nepravog nečinjenja*, Beograd
- Vuković I. /2006/: Primena teorije ekvivalencije u krivičnom pravu – pojedina pitanja, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, № 2
- Živanović T. /1935/: *Osnovi krivičnog prava Kraljevine Jugoslavije*, Beograd, 1-3. izdanje

Igor Vuković

Faculty of Law, University of Belgrade

CAUSALITY OF AIDER'S CONTRIBUTION IN RELATION TO A PERPETRATOR'S ACT

SUMMARY

There are a number of different views about possible causality of aider's contribution in relation to an act of the perpetrator. Majority understanding assumes that aider's contribution must represent a *condicio sine qua non* of the consequence of the offense. However, this view is generally not accepted by the jurisprudence, considering that it is sufficient that the act of the aider improves the action of the perpetrator. In addition to these basic notions, in literature are also presented opinions that aiding embodies a deed of abstract endangerment and that the aider's contribution increases risk to the protected good. The author concludes that in many issues the difference between these ideas is only apparent, and that this theoretical debate only conceals the central feature of this form of participation – that assistance must constitute certain facilitation of the offense.

Key words: aiding, *condicio sine qua non*, attempted aiding, mental assistance.

*Miloš Janković**

Zamenik zaštitnika građana

SLOBODE I PRAVA LICA SA MENTALNIM SMETNJAMA – nedostaci Zakona o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama –

Apstrakt: Navršile su se dve godine od donošenja Zakona o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama. Imajući u vidu neophodnost unapređenja zaštite prava osoba sa mentalnim smetnjama, kao i probleme koji se javljaju u sprovođenju Zakona, potrebno je razmotriti postojeća rešenja i utvrditi šta u njemu treba menjati. U tom cilju u radu je, nakon sagledavanja ključnih sloboda i prava lica sa mentalnim smetnjama, izvršena analiza pojedinih aspekata zaštite položaja tih lica, i to pitanje prava lica sa mentalnim smetnjama na lečenje u svetlu proklamovane deinstitucionalizacije; smeštaj lica sa mentalnim smetnjama u psihijatrijsku ustanovu, i to dobrovoljni smeštaj, smeštaj na zahtev trećeg lica i prinudni smeštaj; fizička ograničavanja lica sa mentalnim smetnjama u psihijatrijaskoj ustanovi, i to fizičko sputavanje i izolacija; medicinska istraživanja nad licima sa mentalnim smetnjama; postupak prema licima sa mentalnim smetnjama, učinocima krivičnih dela ili prekršaja; kao i postupanje policije u odnosu na lica sa mentalnim smetnjama. U rezimeu su sadržane preporuke date radi unapređenja normativnog okvira u oblasti zaštite lica sa mentalnim smetnjama.

Ključne reči: lica sa mentalnim smetnjama, deinstitucionalizacija, dobrovoljni smeštaj, prinudni smeštaj, fizičko sputavanje

1. UVOD

Navršile su se dve godine od donošenja Zakona o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama.¹ Imajući u vidu neophodnost unapređenja zaštite prava osoba sa mentalnim smetnjama, kao i probleme koji se javljaju u sprovođenju Zakona, potrebno je izvršiti analizu postojećih zakonskih rešenja i utvrditi šta u njemu treba menjati.

Zakonom o zdravstvenoj zaštiti,² i to počev od osnovne verzije iz 2005. godine, propisano je da će se način i postupak, kao i organizacija i uslovi lečenja duševno

* zamenik zaštitnika građana nadležan za zaštitu lica lišenih slobode, član Potkomiteta UN za prevenciju torture, milos.jankovic@zastitnik.rs

1 Zakon o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama, „Sl. glasnik RS“, br. 45/13.

2 Zakon o zdravstvenoj zaštiti, „Sl. glasnik RS“, 107/05, 72/09 – dr. zakon, 88/10, 99/10, 57/11, 119/12, 45/13 - dr. zakon i 93/14.

bolesnih lica, odnosno smeštaj ovih lica u stacionarne zdravstvene ustanove, urediti posebnim zakonom.³ Donošenju Zakona o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama u suštinskom smislu put je utrt 2007. godine donošenjem Strategije razvoja zaštite mentalnog zdravlja,⁴ čiji sastavni deo je Akcioni plan. Iako je Akcionim planom uz Strategiju bilo predviđeno donošenje Zakona do kraja 2007. godine, do donošenja Zakona proteklo je šest godina. Njegovom usvajanju 2013. godine prethodila je javna rasprava koja je tako vođena da je više zadovoljila formalne nego suštinske kriterijume. Brojni subjekti, između ostalih predstavnici nezavisnih državnih organa i civilnog sektora, argumentovano su ukazivali na njegove brojne nedostatke.

Zaštitnik građana je, saglasno Zakonu o Zaštitniku građana,⁵ Ministarstvu zdravlja i široj javnosti blagovremeno uputio Mišljenje na nacrt Zakona. Izneo je ocenu da postoji širok prostor za nužna unapređenja. Ukazao je da nacrt Zakona nije u potpunosti usklađen sa napred pomenutom Strategijom razvoja zaštite mentalnog zdravlja, kao ni sa standardima utvrđenim Konvencijom UN o pravima osoba s invaliditetom⁶ i Konvencijom UN o pravima deteta.⁷

Tokom rasprave većina primedbi na nacrt Zakona nije usvojena. Jedna od retkih prihvaćenih sugestija tokom rasprave je intervencija Zaštitnika građana da se umesto fakultativnosti propiše obaveznost obrazovanja jedinica za obavljanje poslova zaštite mentalnog zdravlja u zajednici. Nisu prihvaćeni argumenti da je neophodno da te jedinice budu posebne ustanove, kao ni oni koji su ukazivali na nedopuštenost mere izolacije osoba sa mentalnim smetnjama; neprimerenu ulogu policije u postupanju prema osobama sa mentalnim smetnjama; izostanak adekvatnog multi-sektorskog pristupa prevenciji mentalnog zdravlja; nepostojanju odredbi koje imaju sistemski pristup u očuvanju mentalnog zdravlja dece i mladih, i sl. Uprkos svesti o postojećim nedostacima, preovladao je stav, kog su tokom rasprave isticali i predstavnici pojedinih međunarodnih organizacija koje su podržavale izradu Zakona, da je bolje da se donese bilo kakav zakon nego nikakav. Konačno, Zakon o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama donet je 22. maja 2013. godine, a stupio na snagu 30. maja 2013. godine.

Zakon sadrži odredbe o pravima lica sa mentalnim smetnjama; o zdravstvenim ustanovama za lečenje lica sa mentalnim smetnjama; o dobrovoljnom smeštaju lica sa mentalnim smetnjama u psihijatrijsku ustanovu; o zadržavanju bez pristanka i smeštaju bez pristanka lica sa mentalnim smetnjama u psihijatrijsku ustanovu; o pravima i obavezama lica sa mentalnim smetnjama u psihijatrijskoj ustanovi; o poverljivosti podataka o zdravstvenom stanju lica sa mentalnim smetnjama; o otpustu iz psihijatrijske ustanove; o primeni fizičkog sputavanja i izolacije; o posebnim oblicima lečenja lica sa mentalnim smetnjama; i o postupku prema licima sa mentalnim smetnjama, učiniocima krivičnih dela ili prekršaja.

3 Zakon o zdravstvenoj zaštiti, član 44, stav 3.

4 Strategija razvoja zaštite mentalnog zdravlja, „Sl. glasnik RS“, br. 8/07.

5 Zakon o Zaštitniku građana, „Službeni glasnik RS“, br. 79/2005 i 54/2007, član 18, stav 4.

6 Zakon o ratifikaciji Konvencije UN o pravima osoba s invaliditetom, „Službeni glasnik RS - Međunarodni ugovori“, br. 42/2009.

7 Zakon o ratifikaciji Konvencije UN o pravima deteta, „Službeni list SFRJ - Međunarodni ugovori“, br. 15/90 i „Službeni list SRJ - Međunarodni ugovori“, br. 2/97.

Kako je Zakonom o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama regulisano zadržavanje lica sa mentalnim smetnjama, propisano je da danom stupanja na snagu Zakona, prestaju da važe odredbe Glave druge („Zadržavanje u zdravstvenoj organizaciji koja obavlja delatnost u oblasti neuropsihijatrije“) Zakona o vanparničnom postupku.⁸

Zakonom o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama propisano je da će ministar nadležan za poslove zdravlja doneti propise za sprovođenje ovog zakona u roku od šest meseci od dana stupanja na snagu Zakona.⁹ Uprkos uobičajenoj pojavi u našoj pravnoj praksi, nadležni ministar je, između ostalog, blagovremeno doneo dva propisa neophodna za sprovođenje Zakona, i to Pravilnik o bližim uslovima za primenu fizičkog sputavanja i izolacije lica sa mentalnim smetnjama koja se nalaze na lečenju u psihijatrijskim ustanovama¹⁰ i Pravilnik o vrsti i bližim uslovima za obrazovanje organizacionih jedinica i obavljanje poslova zaštite mentalnog zdravlja u zajednici.¹¹

2. SLOBODE I PRAVA LICA SA MENTALNIM SMETNJAMA

2.1. Normativni okvir

Ustavom Republike Srbije propisano je da je ljudsko dostojanstvo neprikosnovo i da su svi su dužni da ga poštuju i štite, kao i da svako ima pravo na slobodan razvoj ličnosti, ako time ne krši prava drugih zajemčena Ustavom;¹² da je fizički i psihički integritet nepovrediv kao i da niko ne može biti izložen mučenju, nečovečnom ili ponižavajućem postupanju ili kažnjavanju, niti podvrgnut medicinskim ili naučnim ogledima bez svog slobodno datog pristanka;¹³ da svako ima pravo na ličnu slobodu i bezbednost i da je lišenje slobode dopušteno samo iz razloga i u postupku koji su predviđeni zakonom;¹⁴ da se prema licu lišenom slobode mora se postupati čovečno i s uvažavanjem dostojanstva njegove ličnosti, kao i da je zabranjeno svako nasilje prema licu lišenom slobode;¹⁵ da svako ima pravo na zaštitu svog fizičkog i psihičkog zdravlja;¹⁶ te da građani i porodice kojima je neophodna društvena pomoć radi savladavanja socijalnih i životnih teškoća i stvaranja uslova za zadovoljavanje osnovnih životnih potreba, imaju pravo na socijalnu zaštitu, čije se pružanje zasniva na načelima socijalne pravde, humanizma i poštovanja ljudskog dostojanstva, kao i da se u tom pogledu invalidima pruža posebna zaštita.¹⁷

8 Zakon o vanparničnom postupku, „Sl. glasnik SRS“, br. 25/82 i 48/88 i „Sl. glasnik RS“, br. 46/95 – dr. zakon, 18/05 – dr. zakon i 85/12.

9 Zakon o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama, član 63.

10 Pravilnik o bližim uslovima za primenu fizičkog sputavanja i izolacije lica sa mentalnim smetnjama koja se nalaze na lečenju u psihijatrijskim ustanovama, „Sl. glasnik RS“, br. 94/13.

11 Pravilnik o vrsti i bližim uslovima za obrazovanje organizacionih jedinica i obavljanje poslova zaštite mentalnog zdravlja u zajednici, „Sl. glasnik RS“, br. 106/13.

12 Ustav Republike Srbije, „Sl. glasnik RS“, br. 98/06, član 23.

13 Ustav Republike Srbije, član 25.

14 *Ibid.* član 27.

15 *Ibid.* član 28.

16 *Ibid.* član 68.

17 *Ibid.* član 69.

Ustav određuje da se ljudska i manjinska prava zajemčena Ustavom neposredno primenjuju; da se jemče, i kao takva, neposredno primenjuju ljudska i manjinska prava zajemčena opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava, potvrđenim međunarodnim ugovorima i zakonima; da se odredbe o ljudskim i manjinskim pravima tumače u korist unapređenja vrednosti demokratskog društva, saglasno važećim međunarodnim standardima ljudskih i manjinskih prava, kao i praksi međunarodnih institucija koje nadziru njihovo sprovođenje;¹⁸ da ljudska i manjinska prava zajemčena Ustavom mogu zakonom biti ograničena ako ograničenje dopušta Ustav, u svrhe radi kojih ga Ustav dopušta, u obimu neophodnom da se ustavna svrha ograničenja zadovolji u demokratskom društvu i bez zadiranja u suštinu zajemčenog prava;¹⁹ te da su pred Ustavom i zakonom svi jednaki, kao i da je zabranjena svaka diskriminacija, neposredna ili posredna, po bilo kom osnovu, između ostalog po osnovu psihičkog ili fizičkog invaliditeta;²⁰ te da svako ima pravo na sudsku zaštitu ako mu je povređeno ili uskraćeno neko ljudsko ili manjinsko pravo zajemčeno Ustavom, kao i pravo na uklanjanje posledica koje su povredom nastale.²¹

Zakonom o zdravstvenoj zaštiti propisano je da građanin Republike Srbije, kao i drugo lice koje ima prebivalište ili boravište u Republici Srbiji, ima pravo na zdravstvenu zaštitu, u skladu sa zakonom; te da svaki građanin ima pravo da zdravstvenu zaštitu ostvaruje uz poštovanje najvišeg mogućeg standarda ljudskih prava i vrednosti.²²

Zakon o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama uređuje način zaštite mentalnog zdravlja i određuje da je zabranjena diskriminacija na osnovu mentalnih smetnji; da svako lice sa mentalnim smetnjama ima pravo na humani tretman, uz puno poštovanje njegovog dostojanstva; te da je zabranjeno svako zlostavljanje, zanemarivanje, eksploatacija, zloupotreba ili ponižavajuće postupanje prema licu sa mentalnim smetnjama. Zakonom je propisano da lice sa mentalnim smetnjama ima pravo na zaštitu i unapređenje mentalnog zdravlja kroz prevenciju, negu, lečenje i psihosocijalnu rehabilitaciju u odgovarajućim zdravstvenim i drugim ustanovama, oporavak i uključenje u porodičnu, radnu i društvenu sredinu, uz uvažavanje njegovog izbora; pravo na jednake uslove lečenja koji su primereni njegovim zdravstvenim potrebama, pod istim uslovima kao i drugi korisnici zdravstvenih usluga, na lečenje u najmanje restriktivnoj okolini, uz primenu najmanje restriktivnih i prinudnih medicinskih postupaka, kao i koje odgovara njegovoj verskoj i kulturnoj pripadnosti; pravo na privatnost; te pravo na ostvarivanje građanskih, političkih, ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava, kao i na druga prava kojima se uređuje oblast zdravstva i drugim zakonima.²³

U članu 38. Zakona utvrđena su brojna prava lica sa mentalnim smetnjama koja su smeštena u psihijatrijskoj ustanovi, i to pravo da budu obavешteni o razlozima i ciljevima smeštaja; o svrsi, prirodi, posledicama, korisnosti i rizicima sprovođenja predloženog lečenja; o svojim pravima i obavezama, o načinu ostvarivanja

18 *Ibid.* član 18.

19 *Ibid.* član 20, stav 1.

20 *Ibid.* član 21.

21 *Ibid.* član 22.

22 Zakon o zdravstvenoj zaštiti, član 3 i 25.

23 Zakon o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama, član 3–10.

prava i podnošenja prigovora, zahteva, žalbi i drugih pravnih lekova; da se nasa-
mo savetuje sa zastupnikom i punomoćnikom; da aktivno učestvuju u planiranju i
sprovođenju svoga lečenja, oporavka i resocijalizacije; da se radno osposobljavaju i
dobijaju naknadu za radno angažovanje na poslovima kojima se ostvaruju prihodi;
da primaju posete, druže se sa drugim licima i da se bave rekreacijom; da uz punu
privatnost šalju i primaju poštu, da telefoniraju, primaju pakete i novine, prate radio
i televizijske programe, drže kod sebe predmete za ličnu upotrebu, da učestvuju u
verskim aktivnostima.²⁴

Zakonom je propisano da prava lica sa mentalnim smetnjama mogu biti ogra-
ničena samo kada je to neophodno da se zaštiti zdravlje ili bezbednost lica sa men-
talnim smetnjama ili drugih lica; da su zdravstveni radnici dužni da organizuju
primenu medicinskih mera i lečenje lica sa mentalnim smetnjama kojima se u naj-
manjoj mogućoj meri ograničavaju njihova prava i slobode, samo onda kada postoji
odsustvo mogućnosti za neko drugo rešenje; te da niko ne može biti prisiljen na
procenu zdravstvenog stanja radi utvrđivanja postojanja mentalnih smetnji, osim u
slučajevima i u postupku utvrđenim zakonom.²⁵

Iz navedenog proističe da je u Srbiji propisima utvrđen širok spektar prava lica
sa mentalnim smetnjama. Navedeno, uz brojne međunarodne standarde, preporuke
nadležnih ugovornih tela i drugih međunarodnih subjekata, odluke Evropskog suda
za ljudska prava, kao i preporuke Zaštitnika građana i Nacionalnog mehanizma za
prevenciju torture, predstavlja sistemski okvir kojim je određeno postupanje nad-
ležnih organa prema licima sa mentalnim smetnjama.

2.2. Izazovi u praksi

Problem na putu ostvarenja zaštite prava lica sa mentalnim smetnjama koja su
smeštena u psihijatrijskim ustanovama, poput svih ustanova detencije, je u tome što
su te ustanove zatvorene, u velikoj meri sklonjene od očiju javnosti. U tom smislu
položaj lica koja se nalaze u njima je u velikoj meri određen voljom, često i raspo-
loženjem lica koja o njima brinu. To u znatnoj meri povećava rizik od torture, kao
i drugih oblika surovog, nečovečnog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja.
Komentarišući navedeno, profesor *Sir Nigel Rodley* je konstatovao „*Tortura je zločin,
i kao mnogi drugi zločini, situacionog je karaktera*“.²⁶

Shodno zatvorenosti ustanova detencije i postojećim rizicima za povredu prava
i pojavu zlostavljanja u takvom okruženju, potrebno je da unutrašnji i spoljni kon-
trolni mehanizmi, kao i organizacije građanskog društva, obavljaju što intezivnije
posete psihijatrijskim ustanovama u cilju kontrole poštovanja prava lica koja su u
njima smeštena i prevencije bilo kog oblika zlostavljanja.

Zakonom o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama je propisano da nadzor nad
primenom Zakona sprovodi ministarstvo nadležno za poslove zdravlja.²⁷ Značaj-

24 *Ibid.* član 38.

25 *Ibid.* član 11.

26 Nigel Rodley /2009/: Reflections on Working for the Prevention of Torture, *Essex Human Rights Review* 6, no. 1. pp. 16.

27 Zakon o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama, član 64.

nu ulogu u kontroli zakonitosti i pravilnosti rada u oblasti zaštite prava pacijenata smeštenih u psihijatrijskim ustanovama obavlja Zaštitnik građana, shodno ovlašćenjima utvrđenim Zakonom o Zaštitniku građana. Osim toga, posete psihijatrijskim ustanovama Zaštitnik građana vrši i u okviru poslova Nacionalnog mehanizma za prevenciju torture, shodno mandatu koji je utvrđen Opcionim protokolom uz Konvenciju UN protiv torture.²⁸ Preporuke Zaštitnika građana, kao i Izveštaji o posetama sa preporukama Nacionalnog mehanizma za prevenciju torture objavljuju se na internet stranici Zaštitnika građana.²⁹

Praćenje poštovanja ljudskih prava u psihijatrijskim ustanovama u Republici Srbiji vrši veliki broj međunarodnih i regionalnih organa i tela. U tom pogledu posebno je značajna uloga Evropskog komiteta za sprečavanje mučenja, shodno njegovom mandatu utvrđenim Evropskom Konvencijom za sprečavanje mučenja.³⁰ Komitet je standarde u oblasti prisilnog smeštaja u psihijatrijske bolnice izneo u svom Osmom opštem izveštaju,³¹ a u vezi sa sredstvima za ograničavanje slobode kretanja u psihijatrijskim ustanovama za odrasle u svom 16. Opštem izveštaju.³² Komitet je Srbiju posetio 2004, 2007, 2011. i 2015. godine. Izveštaji o posetama sa preporukama, kao i odgovori Vlade Republike Srbije objavljuju se na internet stranici Komiteta.³³

Ograničenost kapaciteta postojećih kontrolnih i nadzornih mehanizama ima za posledicu da se posete, odnosno nadzor nad određenom ustanovom obavi jednom ili nekoliko puta godišnje. Osim toga, izveštaji i nalazi o obavljenim posetama, odnosno nadzorima uglavnom nisu dostupni javnosti ili se objavljuju sa značajnim zakašnjenjem. Shodno tome, osim iz akata Zaštitnika građana i pojedinih nevladinih organizacija, javnost teško stiče sliku o poštovanju prava lica sa mentalnim smetnjama koja su smeštena u psihijatrijskim ustanovama.

3. ANALIZA POJEDINIH ASPEKATA ZAŠTITE SLOBODA I PRAVA OSOBA SA MENTALNIM SMETNJAMA

3.1. *Pravo na lečenje lica sa mentalnim smetnjama*

Zakonom o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama propisano je da su zdravstvene ustanove za lečenje lica sa mentalnim smetnjama psihijatrijske ustanove i domovi zdravlja koji obavljaju i delatnost lečenja lica sa mentalnim smetnjama, kao i da se u tim ustanovama obrazuju posebne organizacione jedinice koje obavljaju poslove zaštite mentalnog zdravlja u zajednici.³⁴ Navedena odredba predstavlja normativni okvir za institucionalni i vanistitucionalni oblik lečenja lica sa mentalnim smetnjama.

28 Zakon o ratifikaciji Opcionog protokola uz Konvenciju UN protiv torture, "Sl. list SCG - Međunarodni ugovori", br. 16/05 i 2/06 i "Sl. glasnik RS - Međunarodni ugovori", br. 7/11

29 Zvanična internet stranica Zaštitnika građana Republike Srbije, <http://www.zastitnik.rs>, 06.04.2015.

30 Zakon o ratifikaciji Evropske Konvencije za sprečavanje mučenja, "Sl. list SCG - Međunarodni ugovori", br. 9/2003.

31 Evropski Komitet za sprečavanje mučenja, Osmi opšti izveštaj /1998/ [CPT/Inf (98) 12].

32 Evropski Komitet za sprečavanje mučenja, 16. Opšti izveštaj /2006/ CPT/Inf (2006) 35].

33 Zvanična internet stranica Evropskog Komiteta za sprečavanje mučenja, <http://www.cpt.coe.int>, 06.04.2015.

34 Zakon o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama, član 12.

Kada je u pitanju vaninstitucionalni oblik lečenja lica sa mentalnim smetnjama, suštinski nedostatak rešenja prihvaćenog u Zakonu je to što je propisano da se jedinice za zaštitu mentalnog zdravlja u zajednici, koje bi trebalo da sprovedu vaninstitucionalno lečenje, formiraju kao organizacione jedinice postojećih psihijatrijskih ustanova i domova zdravlja, i to kao njihova dopunska delatnost. Takvu ulogu ne mogu da ostvare postojeće psihijatrijske ustanove jer su one nosioci institucionalnog zbrinjavanja lica sa mentalnim smetnjama, niti domovi zdravlja koji u tom pogledu ne ispunjavaju ni jedan organizacioni, niti kadrovski uslov. Osim toga, neodrživost propisanog rešenja ogleda se i u činjenici da kompleksni poslovi lečenja, zbrinjavanja, pružanja zaštite, odnosno svakovrsne i svakodobne podrške licima sa mentalnim smetnjama u zajednici ne mogu da se obavljaju kao usputna aktivnost. Shodno navedenom, očigledno je da je neophodno da se jedinice za zaštitu mentalnog zdravlja osnuju kao posebne ustanove, čija je organizacija, nadležnost i delokrug rada propisana zakonom. U tom smislu, osim neophodnih izmena odredbi Zakona o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama, potrebno je izvršiti dopunu postojećeg Zakona o zdravstvenoj zaštiti, tako da se predvidi još jedna vrsta ustanova – specijalizovana za zaštitu mentalnog zdravlja u zajednici.

Napred navedeni nedostaci važećih propisa su pre svega rezultat nepostojanja jasne volje relevantnih političkih struktura za sprovođenje deinstitucionalizacije. Osim toga, primetno je i suprotstavljanje takvim idejama od strane velikog broja zaposlenih u psihijatrijskim ustanovama, naročito psihijatara koji strahuju za svoju profesionalnu budućnost. Očigledno je da relevantne strukture postojećeg institucionalnog sistema ne prepoznaju njihovu potencijalnu ulogu u zaštiti mentalnog zdravlja u zajednici.

Potreba za deinstitucionalizacijom proističe iz činjenice da su psihijatrijske bolnice u kojima se pacijenti zadržavaju na dugi rok, neki i doživotno, poprimile azilarni karakter. Zaštitnik građana je u svom izveštaju naveo da je samo u jednoj psihijatrijskoj bolnici zatekao preko 800 pacijenata, od koji se njih skoro 500 lečilo duže od jedne godine, a njih preko 100 više od deset godina. Iako je Zakonom propisano da se lečenje u psihijatrijskim ustanovama sprovodi kada je to jedini ili najbolji način da se obezbedi odgovarajući medicinski postupak, u praksi je u brojnim slučajevima reč o izopštavanju pacijenata iz zajednice, odnosno iz njihovog redovnog okruženja, a ne o lečenju pacijenata.

Tvrđnje kojima se napred opisano dugoročno zadržavanje u psihijatrijskim bolnicama pravda lečenjem su nelogične. Zapostavlja se da takav vid višegodišnjeg „lečenja“ po pravilu ne dovodi do ozdravljenja, već naprotiv, da godine provedene u psihijatrijskim bolnicama osobama sa mentalnim smetnjama umanjuju, između ostalog, i pojedine životne sposobnosti koje su imali pre dolaska na „lečenje“. Posebno zabrinjava da je dugoročno zadržavanje osoba sa mentalnim smetnjama u psihijatrijskim bolnicama u velikom broju slučajeva rezultat potrebe njihovog socijalnog zbrinjavanja. U svakom slučaju, ta lica vremenom postaju zavisna od života u ustanovi i nesposobna ne samo za samostalni, već i za život uz podršku u zajednici.

Imajući u vidu da dugoročno zadržavanje pacijenata u dislociranim psihijatrijskim bolnicama, posebno u smeštajnim uslovima koji ne ispunjavaju važeće

standarde, predstavlja okruženje pogodno za nastanak pojedinačnih slučajeva torture, a u svakom slučaju predstavlja nečovečno i ponižavajuće postupanje, potrebno je unaprediti postojeća zakonska rešenja u pogledu dužine trajanja lečenja unošenjem u Zakon maksimalnog perioda stacionarnog lečenja u psihijatrijskim ustanovama i preciziranjem standarda materijalnih uslova smeštaja u psihijatrijskim ustanovama.

3.2. Smeštaj lica sa mentalnim smetnjama u psihijatrijsku ustanovu

3.2.1. Dobrovoljni smeštaj

U uvodnim odredbama Zakona o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama propisano je da pojam „pristanak na smeštaj“ predstavlja slobodno izraženu volju lica sa mentalnim smetnjama na smeštaj u psihijatrijsku ustanovu, radi primene određene medicinske mere, koja se zasniva na odgovarajućem poznavanju svrhe, prirode, posledica, koristi i rizika od medicinske mere i drugih mogućnosti lečenja.³⁵ „Dobrovoljni smeštaj“ je određen kao smeštaj lica sa mentalnim smetnjama u psihijatrijsku ustanovu uz njegov pristanak.³⁶ Pod naslovom „Dobrovoljni smeštaj lica sa mentalnim smetnjama u psihijatrijsku ustanovu“ (glava V) propisano je da se lice sa mentalnim smetnjama koje može da razume svrhu i posledice smeštaja u psihijatrijsku ustanovu i koje je na osnovu toga sposobno da donese odluku o pristanku na smeštaj, može uz pismeni pristanak, smestiti u psihijatrijsku ustanovu, uz obavezu psihijatra da utvrdi sposobnost tog lica za davanje pristanka.³⁷ Precizirano je da će se lice sa mentalnim smetnjama smestiti u psihijatrijsku ustanovu ukoliko psihijatar utvrdi da se poboljšanje stanja, odnosno povoljan terapijski ishod ne može postići lečenjem izvan psihijatrijske ustanove.³⁸ Iz napred navedenih odredbi Zakona proističe da se „dobrovoljni smeštaj“ ostvaruje na osnovu pravno relevantne volje, odnosno pristanka lica koje se smešta u psihijatrijsku ustanovu.

Za razliku od postojećeg Zakonom usvojenog rešenja da pristanak na smeštaj u psihijatrijsku ustanovu lice sa mentalnim smetnjama daje u pismenom obliku psihijatru, prema ranije važećem Zakonu o vanparničnom postupku sačinjavanju pismene izjave o saglasnosti za prijem u psihijatrijsku bolnicu morala su biti prisutna dva poslovno sposobna i pismena svedoka.³⁹ U vreme prethodno važećeg Zakona o vanparničnom postupku, Zaštitnik građana je utvrdio da prilikom sačinjavanja pismenih izjava o saglasnosti za prijem u psihijatrijsku bolnicu u brojnim slučajevima nisu bila prisutna dva poslovno sposobna i pismena svedoka. Nadležni u psihijatrijskim bolnicama su kao opravdanje za protivzakonito postupanje navodili da je u momentu prijema pacijenta na lečenje veoma teško pronaći dva svedoka koji ispunjavaju propisane uslove tada važećeg Zakona o vanparničnom postupku, koji nisu zaposleni u ustanovi i koji nisu srodnici lica koje daje saglasnost, kao i da ga oni nisu doveli u bolnicu. Nesumnjivo je da je obezbeđenje svedoka koji su

35 Zakon o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama, član 2, tačka 8.

36 *Ibid.* član 2, tačka 9.

37 *Ibid.* član 20, stav 1–2.

38 *Ibid.* član 20, stav 3.

39 Zakon o vanparničnom postupku, član 46. stav 2.

prisustvovali davanju izjave predstavljalo veliki problem u radu psihijatrijskih ustanova. Međutim, danas se sa pravom postavlja pitanje da li izostavljanje tog uslova iz Zakona o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama stvara nesigurnost u pogledu verodostojnosti izjave lica sa mentalnim smetnjama kojom daje pristanak na smeštaj u psihijatrijsku ustanovu.

Naime, izjave lica sa mentalnim smetnjama kojima daju pristanak na smeštaj u psihijatrijsku ustanovu u velikom broju slučajeva su sporne. Pre svega, otvara se pitanje da li je izjava osobe sa mentalnim smetnjama pravno relevantna, pogotovo ako je reč o osobi koja ima teški mentalni poremećaj ili je u stanju naročite uznemirenosti. Slikovit primer je prikazan u jednoj od preporuka Zaštitnika građana, u kojoj je utvrđeno da je lice koje je u psihijatrijsku bolnicu dovedeno od strane policije i hitne pomoći zbog narušavanja javnog reda i mira, u izuzetno agitiranom stanju, primljeno na lečenje u bolnicu kao dobrovoljno hospitalizovani pacijent, i to na osnovu pacijentovog „pristanaka na smeštaj“. Zaštitnik građana je zauzeo stanovište da lice koje je u napred opisanom stanju nema pravno relevantnu volju koja može predstavljati njegovu saglasnost na hospitalizaciju, te je bolnici uputio preporuku da se ubuduće agitirana lica dovedena od strane policije i hitne pomoći isključivo prinudno hospitalizuju, i to ako usled mentalnih smetnji ozbiljno i direktno ugrožavaju sopstveni život ili zdravlje ili bezbednost, odnosno život ili zdravlje ili bezbednost drugog lica.⁴⁰

Veliki broj lica sa mentalnim smetnjama koja su dala pristanak na smeštaj u psihijatrijsku ustanovu, smešten je u zatvorenim odeljenjima, odnosno drže se zaključani i ograničena im je sloboda kretanja. Iz navedenog proističe da su ta lica na osnovu datog pristanka na smeštaj u psihijatrijsku ustanovu, odnosno sopstvene saglasnosti, faktički lišena slobode. Na taj način se povređuje suština ljudskog prava na slobodu, koje je neotuđivo i koga se niko ne može odreći. U tom smislu potrebno je Zakonom jasno propisati da se lica sa mentalnim smetnjama koja su dobrovoljno hospitalizovana, odnosno koja su dala pristanak na smeštaj u psihijatrijsku ustanovu, mogu smestiti samo u otvorenom odeljenju, iz koga mogu da izađu u svakom trenutku (uz poštovanje kućnog reda).

3.2.2. Smeštaj na zahtev trećeg lica

U uvodnim odredbama Zakona o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama propisano je da pojam „pristanak na smeštaj“ predstavlja slobodno izraženu volju lica sa mentalnim smetnjama na smeštaj u psihijatrijsku ustanovu, radi primene određene medicinske mere, koja se zasniva na odgovarajućem poznavanju svrhe, prirode, posledica, koristi i rizika od medicinske mere i drugih mogućnosti lečenja i da je „dobrovoljni smeštaj“ smeštaj lica sa mentalnim smetnjama u psihijatrijsku ustanovu, uz njegov pristanak.⁴¹ Pod naslovom „Dobrovoljni smeštaj lica sa mentalnim smetnjama u psihijatrijsku ustanovu“ (glava V) propisano je i da se lice sa mentalnim smetnjama koje može da razume svrhu i posledice smeštaja u psihijatrijsku usta-

40 Preporuka Zaštitnika građana 12-907/12, <http://www.ombudsman.rs/index.php/lang-sr/2012-02-07-14-03-33/3136-2014-01-02-19-06-15>, 06.04.2015.

41 Zakon o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama, član 2, tačka 8.

novu i koje je na osnovu toga sposobno da donese odluku o pristanku na smeštaj, može uz pismeni pristanak, smestiti u psihijatrijsku ustanovu, uz obavezu psihijatra da utvrdi sposobnost tog lica za davanje pristanka.⁴²

Iz napred navedenih odredbi Zakona proističe da se „dobrovoljni smeštaj“ ostvaruje na osnovu pravno relevantne volje, odnosno pristanka lica koje se smešta u psihijatrijsku ustanovu. Međutim, u istom članu pod naslovom „Pristanak lica sa mentalnim smetnjama na bolničko lečenje“, propisano je i da se lice sa mentalnim smetnjama koje nije sposobno da dâ pristanak, može smestiti u psihijatrijsku ustanovu i na zahtev i uz pismeni pristanak njegovog člana uže porodice ili njegovog zakonskog zastupnika.⁴³

Navedeno određenje je protivurečno, jer ako dobrovoljni smeštaj lica sa mentalnim smetnjama u psihijatrijsku ustanovu predstavlja smeštaj na osnovu njegovog pristanka, nelogično je da se pod „dobrovoljnim smeštajem“ smatra i njegov smeštaj na koji nije dao pristanak, već je njegovo smeštanje u psihijatrijsku ustanovu izvršeno na zahtev i uz pristanak trećeg lica. Očigledno je da se smeštaj lica sa mentalnim smetnjama koje je smešteno u psihijatrijsku ustanovu bez njegovog pristanka, a na zahtev i uz pismeni pristanak trećeg lica, ne može klasifikovati kao smeštaj uz njegov pristanak, odnosno dobrovoljni smeštaj.

Ukazana protivurečnost ne ukazuje na potrebu da se ukine mogućnost da se lice sa mentalnim smetnjama koje nije sposobno da dâ svoj pristanak na smeštaj, smestiti u psihijatrijsku ustanovu na zahtev i uz pismeni pristanak njegovog člana uže porodice ili njegovog zakonskog zastupnika. Navedena mogućnost može biti od značaja u brojnim situacijama u kojima je neophono zaštititi najbolji interes lica sa mentalnim smetnjama kome je potrebno stacionarno lečenje.

Međutim zabrinjavajuća je okolnost da je veliki broj lica sa mentalnim smetnjama koja su smeštena na zahtev i uz pismeni pristanak njegovog člana uže porodice ili njegovog zakonskog zastupnika u psihijatrijsku ustanovu, uglavnom smešteno u zatvorenim odeljenjima, odnosno drže se zaključani i ograničena im je sloboda kretanja. Iz navedenog proističe da su ta lica lišena slobode na osnovu zahteva trećeg lica. Na taj način se povređuje suština ljudskog prava na slobodu, koje je neotuđivo i koga se niko ne može odreći, a posebno se ne može uskratiti na osnovu volje trećeg lica. U tom smislu potrebno je Zakonom jasno propisati da se lica sa mentalnim smetnjama koja su smeštena u psihijatrijsku ustanovu na zahtev i uz pismeni pristanak njegovog člana uže porodice ili njegovog zakonskog zastupnika, mogu smestiti samo u otvorenom odeljenju, iz koga mogu da izađu u svakom trenutku (uz poštovanje kućnog reda).

Smeštanje lica sa mentalnim smetnjama u psihijatrijsku ustanovu na zahtev i uz pismeni pristanak člana njegove uže porodice ili njihovog zakonskog zastupnika ne može se klasifikovati kao dobrovoljni smeštaj ukoliko je pacijant u psihijatrijskoj ustanovi zaljučan, odnosno ako nije u mogućnosti da je napusti kad god poželi. U praksi takav vid smeštanja licima sa mentalnim smetnjama u psihijatrijsku ustanovu može predstavljati ostvarivanje skrivenog interesa lica koje je podnelo zahtev i dalo pismeni pristanak na takvo postupanje, a ne ostvarenje interesa osobe sa mentalnim smetnjama kojoj je potrebno psihijatrijsko lečenje. Reči jednog psihijatra izgovore-

42 Zakon o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama, član 20, stav 1 i stav 2.

43 *Ibid.* član 20, stav 4.

ne tokom posete tima Nacionalnog mehanizma za prevenciju torture psihijatrijskoj bolnici u Gornjoj Toponici su upozoravajuće: „Koga jednom prime u psihijatrijsku bolnicu na osnovu zahteva staratelja i saglasnosti doktora, taj do kraja života zavisi od njihovih dogovora“.

Okolnost da se određeno lice smešta i drži zatvoreno u psihijatrijskoj ustanovi na osnovu volje trećeg lica samo po sebi otvara pitanje opravdanosti svrhe takvog postupanja. Posebno što za takvo smeštanje, koje je primenom neke vrstom pravničke akrobatike označeno kao dobrovoljno, ne postavlja uslov koji postoji kod prinudne hospitalizacije – da lice ugrožava sopstveni život ili zdravlje ili bezbednost, odnosno život ili zdravlje ili bezbednost drugog lica. Navedeno u praksi predstavlja izbegavanje odlučujuće uloge suda koja postoji u postupku prinudne hospitalizacije (i njenom produžavanju), a ujedno se uskraćuje mogućnost korišćenja redovnih pravnih lekova koji su propisani za slučaj prinudne hospitalizacije.

Ukoliko je smeštanje u psihijatrijsku ustanovu zaista nužno, odnosno ako lice ugrožava sopstveni život ili zdravlje ili bezbednost, odnosno život ili zdravlje ili bezbednost drugog lica, kao i ako ne postoje manje restriktivni načini, onda je takvo lice neophodno prinudno hospitalizovati, a pristanak člana uže porodice ili zakonskog zastupnika tim povodom je irelevantan.

Imajući u vidu povredu prava koje mogu biti prouzrokovane licu koje se smešta u psihijatrijsku ustanovu na zahtev i uz pismeni pristanak njegovog člana uže porodice ili njegovog zakonskog zastupnika, potrebno je u smislu napred iznetog izmeniti odredbu iz stava 4. člana 20. Zakona o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama.

3.2.3. *Prinudni smeštaj*

U uvodnim odredbama Zakona o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama utvrđen je pojam „zadržavanje bez pristanka“.⁴⁴ Navedena formulacija navodi na pomisao da može postojati pristanak na zadržavanje. Navedeno je u suprotnosti sa suštinom ljudskog prava na slobodu, koje je neotuđivo i koga se niko ne može odreći. Zadržavanje predstavlja akt lišavanja slobode, ono je po svojoj suštini protivno volji zadržanog lica i po logici stvari je uvek bez pristanka zadržanog lica. Zadržavanje podrazumeva akt prinude u odnosu na određeno lice, a ne volju onoga ko je zadržan. Lice koje slobodno izrazi svoju volju da radi lečenja bude smešten u psihijatrijskoj ustanovi, po logici stvari nije „zadržan“, a ukoliko naknadno opozove datu izjavu, od tog trenutka može biti zadržan samo ukoliko tako odluči psihijatar, odnosno sud, u skladu sa zakonom. U smislu napred navedenog, očigledno je da u članu 2, tačka 10, iza reči „zadržavanje“ treba brisati reči „bez pristanka“, i razmotriti eventualnu upotrebu drugačijeg termina umesto reči „zadržavanje“.

Zakonom je propisano da pojam „zadržavanje bez pristanka“ predstavlja smeštaj lica sa mentalnim smetnjama u psihijatrijsku ustanovu od trenutka donošenja odluke psihijatra o zadržavanju ovog lica bez njegovog pristanka, do odluke suda o smeštaju bez pristanka.⁴⁵ Navedeno je u skladu sa odredbom zakona po kojoj psihijatar donosi odluku o zadržavanju bez pristanka lica sa mentalnim smetnjama.⁴⁶

44 Zakon o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama, član 2, tačka 10.

45 *Ibid.* član 2, tačka 10.

46 *Ibid.* član 24, stav 1.

Međutim, obe napred navedene odredbe su ujedno i u potpunoj suprotnosti sa odredbom po kojoj o zadržavanju lica sa mentalnim smetnjama u psihijatrijskoj ustanovi bez njegovog pristanka odlučuje sud, kao i sa ostalim odredbama Zakona kojima je propisano postupanje suda povodom zadržavanja bez pristanka lica sa mentalnim smetnjama u psihijatrijskoj ustanovi.⁴⁷

Iz napred navedenog proističe da je potpuno nejasno da li odluku o „zadržavanju bez pristanka“ donosi psihijatar ili sud, odnosno da li „zadržavanje bez pristanka“ traje do, ili počev od odluke suda. Dodatnu konfuziju unosi odredba da se postupak za „zadržavanje bez pristanka“ pokreće obaveštavanjem ministarstva nadležnog za unutrašnje poslove i hitne medicinske pomoći.⁴⁸ U tom smislu, potrebno je precizno odrediti značenje pojma zadržavanja, i jasno razgraničiti nadležnosti policije, psihijatra i suda.

Zakonom je propisano da pojam „smeštaj bez pristanka“ predstavlja smeštaj lica sa mentalnim smetnjama u psihijatrijsku ustanovu, bez njegovog pristanka, odnosno pristanka njegovog zakonskog zastupnika, koji je dat bez pretnji ili neprikladnog podstrekavanja, i to pošto mu se pruže dovoljne i razumljive informacije o dijagnostičkoj proceni, svrsi, načinu i predviđenom trajanju lečenja i očekivanim koristima od njega, alternativnim načinima lečenja uključujući manje intruzivne metode, mogućim bolovima i nelagodnostima, rizicima i propratnim pojavama predložene terapije.⁴⁹ Navedena definicija je nerazumljiva, kao i konfuzna jer meša pitanja smeštanja (hospitalizacije) i pružanja obaveštenja o lečenju, te je neophodno istu preformulisati na jasan način. Apsurdnost navedene odredbe se ogleda i u tome što kao uslov za „smeštaj bez pristanka“ postavlja neophodnost da se pacijentu pruže dovoljne i razumljive informacije. Navedeno otvara pitanje mogućnosti ostvarenja tog uslova u situaciji kada je pacijent nesposoban za rasuđivanje usled teškog mentalnog poremećaja ili izuzetne uznemirenosti, a dosledna primena tog pravila dovela bi do toga da se takvi pacijenti uopšte ne mogu hospitalizovati, iako je smisao prinudne hospitalizacije zaštita pacijenata koji su u takvom stanju.

Imajući u vidu napred navedeno, kao i da se u daljem tekstu Zakona izraz „smeštaj bez pristanka“ pojavljuje samo na nekoliko mesta i to iza izraza „zadržavanje bez pristanka“, kao i da uopšte nije propisano ko donosi odluku o smeštaju bez pristanka, potpuno je nejasna njegova svrha, te je uz eventualna unapređenja potrebno razmotriti da li je potrebno u Zakonu zadržati taj pojam.

Posebnu pažnju treba obratiti na Zakonom propisane rokove koji se odnose na zadržavanje, odnosno smeštaj bez pristanka u psihijatrijsku ustanovu. Psihijatar kada utvrdi da postoje zdravstveni razlozi za stacionarno lečenje i zadržavanje bez pristanka dužan je da bez odlaganja donese odluku o zadržavanju bez pristanka lica sa mentalnim smetnjama.⁵⁰ Po prijemu lica sa mentalnim smetnjama u psihijatrijsku ustanovu, najkasnije prvog radnog dana konzilijum psihijatrijske ustanove odlučuje da li će se ovo lice zadržati na daljem bolničkom lečenju, ili će biti otpušteno.

47 *Ibid.* član 27 – 37.

48 *Ibid.* član 22, stav 1.

49 *Ibid.* član 2, tačka 11.

50 *Ibid.* član 24, stav 1.

Psihijatrijska ustanova koja je zadržala bez pristanka lice sa mentalnim smetnjama dužna je da u roku od 24 sata od dana konzilijarnog pregleda dostavi nadležnom sudu obaveštenje o njegovom zadržavanju.⁵¹ Sud je dužan da u roku od tri dana od dana prijema obaveštenja o zadržavanju održi ročište u psihijatrijskoj ustanovi u kojoj je zadržano lice sa mentalnim smetnjama, sasluša lice o čijem zadržavanju odlučuje i donese odluku.⁵²

Iz navedenog proističe da za razliku od zadržanog lica od strane policije, odnosno tužioca koje mora biti izvedeno pred sud najkasnije u roku od 48 sati, osoba sa mentalnim smetnjama koja je npr. pred vikend zadržana od strane psihijatra susreće se sa sudijom tek nakon nedelju dana. Imalo bi smisla Zakonom propisati da osoba sa mentalnim smetnjama koja je zadržana od strane psihijatra mora biti izvedena pred sud najkasnije u roku od 48 sati. Ako se rok od 48 sati odnosi na zadržana lica za koja postoje osnovi sumnje da su izvršila krivično delo, nejasno je zašto taj rok ne bi bio primenjen i na osobe sa mentalnim smetnjama.

Zakon propisuje da sud, pre donošenja odluke o zadržavanju bez pristanka lica sa mentalnim smetnjama ili o njegovom otpustu iz psihijatrijske ustanove, treba da pribavi pismeni nalaz i mišljenje jednog od psihijatara sa liste stalnih sudskih veštaka o tome da li je zadržavanje bez pristanka ili otpust iz psihijatrijske ustanove, opravdan.⁵³ Sudovi kao veštake angažuju psihiatre sa liste stalnih sudskih veštaka, ali većinom one koji su zaposleni u psihijatrijskim ustanovama u kojima je pacijent zadržan. To znači da kao veštaci postupaju lica koja su zaposlena u ustanovi koja je predlagáč u sudskom postupku.

Okolnost da se za veštake određuju psihijatri koji nisu primili na lečenje, odnosno koji ne rade na odeljenju na kom je smešteno lice čija prinudna hospitalizacija je predložena, nije dovoljan garant nepovezanosti veštaka ni sa jednom stranom u postupku. Imajući u vidu da se na odluke suda po pravilu ne ulažu pravni lekovi, očigledno postoji potreba da se u Zakon unese odredba koja će izričito propisati da veštak u sudskom postupku ne može da bude lice zaposleno u psihijatrijskoj ustanovi koja je podnela predlog za prinudnu hospitalizaciju pacijenta.

3.3. Fizička ograničavanja lica sa mentalnim smetnjama u psihijatrijskoj ustanovi

3.3.1. Fizičko sputavanje

Zakonom o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama, u delu koji se odnosi na primenu fizičkog sputavanja i izolacije, propisano je da će se fizičko sputavanje lica sa mentalnim smetnjama koje je smešteno u psihijatrijsku ustanovu, primeniti izuzetno, kada je to jedino sredstvo da se to lice spreči da svojim ponašanjem ozbiljno ugrozi sopstveni život i bezbednost ili život i bezbednost drugih lica, kao i da će se fizičko sputavanje primeniti u meri i na način preko potreban radi otklanjanja opasnosti izazvane postupcima lica sa mentalnim smetnjama, i da će trajati onoliko vremena koliko je potrebno da se ostvari njegova svrha.⁵⁴

51 *Ibid.* član 25. stav 2.

52 *Ibid.* član 29.

53 *Ibid.* član 32.

54 *Ibid.* član 46–47.

Osim toga, Zakonom su propisani uslovi za primenu fizičkog sputavanja; nadležnost za donošenje odluke o fizičkom sputavanju; praćenje primene fizičkog sputavanja i izolacije; kao i pomoć policijskih službenika u fizičkom sputavanju pacijenata.⁵⁵

Shodno odredbi Zakona da će bliže uslove koje moraju da ispunjavaju psihijatrijske ustanove za primenu fizičkog sputavanja propisati ministar nadležan za poslove zdravlja i da će propise za sprovođenje Zakona doneti u roku od šest meseci od dana njegovog stupanja na snagu⁵⁶, ministar je blagovremeno doneo Pravilnik o bližim uslovima za primenu fizičkog sputavanja i izolacije lica sa mentalnim smetnjama koja se nalaze na lečenju u psihijatrijskim ustanovama.

Veoma je značajno da su Zakonom i Pravilnikom usvojeni brojni važeći standardi koji se odnose na primenu fizičkog sputavanja pacijenata u psihijatrijskim bolnicama. Međutim, Pravilnik sadrži niz nedostataka i grešaka, što značajno otežava njegovu primenu. Na primer, propisano je da su mere fizičkog sputavanja, između ostalog, manuelno ograničenje i fizičko ograničenje, koje mogu da traju najduže (odnosno „oko“) 30 sekundi, ali je takođe propisano i da dok traje primena mere fizičkog sputavanja lica sa mentalnim smetnjama neprekidno se prati njegovo fizičko stanje i ono se posećuje u intervalima ne dužim od 15 minuta.⁵⁷ Očigledno je da se ne može pratiti u intervalima od 15 minuta primena mere koja traje najduže 15 sekundi.

Osim toga, Pravilnikom je kao jedna od mera fizičkog sputavanja predviđeno „mehaničko ograničenje“, a koje je određeno kao korišćenje bilo kojeg sredstva u sprečavanju, ograničenju ili smirivanju pokreta tela lica sa mentalnim smetnjama.⁵⁸ Iz navedenog opisa proističe da je reč o vezivanju (fiksaciji) pacijenata. Kako se vezivanje (fiksacija) pacijenata najčešće vrši kaiševima i platnenim povezima, nejasno je zašto je ograničavanje sredstvima koja nisu mehanička nazvano „mehaničko ograničenje“. Očigledno je da bez daljih odlaganja treba ispraviti napred navedene nedostatke.

Prilikom razmatranja potreba izmena postojećih propisa koji se odnose na fizičko sputavanje, bilo bi od koristi imati u vidu preporuku Zaštitnika građana kojom se razrađuje način primene fizičkog sputavanja mehaničkim ograničenjem, odnosno vezivanjem (fiksacijom) pacijenata u skladu sa važećim propisima i standardima.⁵⁹

3.3.2. Izolacija

Zakonom o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama, u delu koji se odnosi na primenu fizičkog sputavanja i izolacije, propisano je da će se izolacija lica sa mentalnim smetnjama koje je smešteno u psihijatrijsku ustanovu izuzetno primeniti kada je to jedino sredstvo da se to lice spreči da svojim ponašanjem ozbiljno ugrozi sopstveni

55 *Ibid.* član 48–52.

56 *Ibid.* član 48. stav 2, i član 63.

57 Pravilnik o bližim uslovima za primenu fizičkog sputavanja i izolacije lica sa mentalnim smetnjama koja se nalaze na lečenju u psihijatrijskim ustanovama, član 3, 19 i 21.

58 *Ibid.* član 3 i član 19, stav 1.

59 Preporuka Zaštitnika građana 61–1885/14, <http://zastitnik.rs/index.php/lang-sr/2012-02-07-14-03-33/3731-2015-03-13-12-55-24,06.04.2015>.

život i bezbednost ili život i bezbednost drugih lica, kao i da će se izolacija primeniti u meri i na način preko potreban radi otklanjanja opasnosti izazvane postupcima lica sa mentalnim smetnjama, i da će trajati onoliko vremena koliko je potrebno da se ostvari njena svrha.⁶⁰

Zakon meru izolacije pacijenata nije odredio kao medicinsku meru, niti upućuje da je usmerena na lečenje, ni da ima terapeutsko opravdanje. Uvodi je kao meru čija je svrha otklanjanje opasnosti izazvane postupcima lica sa mentalnim smetnjama. Međutim, ta svrha se može postići na drugi način, uz manje ograničenje prava, i bez zadiranja u elementarna i opšteprihvaćena prava, kao što je Ustavom zajemčeno pravo na neprikosnovenost ljudskog dostojanstva i dužnost svih da ga poštuju i, kao i pravo na nepovredivost fizičkog i psihičkog integriteta, uključujući zabranu mučenja i zlostavljanja.⁶¹ Postojeće rešenje Zakona prevazilazi obim neophodnog da se ustavna svrha ograničenja prava zadovolji u demokratskom društvu i neopravdano zadire u suštinu napred navedenih zajemčenih prava.

Specijalni izvestilac UN za torturu, u izveštaju iz 2011. godine, ukazao je da su istraživanja pokazala da osobama sa mentalnim smetnjama usamljivanje značajno pogoršava njihovo psihičko stanje, da negativni efekti usamljenja posebno pogađaju osobe sa teškim mentalnim poremećajima, a što u pojedinim slučajevima dovodi do samopovređivanja, ponekad i suicida, te zaključuje da izolacija osoba sa mentalnim smetnjama, u bilo kom trajanju, predstavlja surovo, nečovečno ili ponižavajuće postupnje kojim se povređuje član 7. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima i član 16. Konvencije UN protiv torture. Shodno tome, upućuje da države treba da ukinu meru usamljenja prema osobama sa mentalnim smetnjama.⁶²

Potkomitet UN za prevenciju torture, u izveštaju o poseti Paragvaju 2010. godine, ukazuje da mera usamljenja u dužem trajanju može predstavljati torturu ili drugo surovo, nečovečno ili ponižavajuće postupanje ili kažnjavanje, s tim da uopšte ne treba vršiti izolaciju osoba sa mentalnim smetnjama.⁶³

Shodno napred navedenom, a imajući u vidu da u psihijatrijskim bolnicama u Srbiji mera izolacije ne predstavlja ustaljenu praksu, potrebno je brisati sve odredbe Zakona koje se odnose na primenu mera izolacije lica sa mentalnim smetnjama.

3.4. Medicinska istraživanja nad licima sa mentalnim smetnjama

Zakonom o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama propisano je da se medicinska istraživanja nad licima sa mentalnim smetnjama mogu vršiti samo na način i po postupku propisanim zakonom.⁶⁴

Zakonom o pravima pacijenata propisano je da se medicinsko istraživanje koje uključuje punoletnog poslovno sposobnog pacijenta može preduzimati samo uz

60 Zakon o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama, član 46–47.

61 Ustav Republike Srbije, član 23, stav 1 i član 25.

62 Specijalni izvestilac UN za torturu, Privremeni izveštaj Generalnom sekretaru /2011/, [A/66/268 (2011)], t. 68, 78 i 86.

63 Potkomitet UN za prevenciju torture, Izveštaj o poseti Paragvaju /2010/, [CAT/OP/PRY/1 (2010)], t. 185.

64 Zakon o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama, član 57.

njegov pismeni pristanak, nakon što je dovoljno obavešten o smislu, cilju, postupcima, očekivanim rezultatima, mogućim rizicima, kao i o neprijatnim pratećim okolnostima istraživanja. Pacijent mora biti posebno upozoren da je slobodan da učešće u istraživanju odbije i da pristanak koji je dao, u svako vreme opozove, u pismenom obliku. Propisano je da izuzetno, medicinsko istraživanje koje uključuje pacijenta lišenog poslovne sposobnosti, može da se preduzme radi neposredne koristi samog pacijenta i uz pismeni pristanak njegovog zakonskog zastupnika, koji je prethodno obavešten, osim ukoliko se sam pacijent tome ne protivi. Nadležni zdravstveni radnik koji vrši medicinsko istraživanje, dužan je da vodi računa o tome da zaštita života i zdravlja pacijenta uvek ima prednost u odnosu na interes društva i nauke. Zakonom je propisano i da pacijent, koji zbog medicinskog istraživanja pretrpi štetu na svom telu ili zdravlju, ima pravo na naknadu štete u skladu sa zakonom, bez obzira na krivicu. Zdravstvena ustanova je dužna da, pre početka medicinskog istraživanja, osigura pacijenta koji učestvuje u medicinskom istraživanju, za slučaj nastanka štete po zdravlje tog lica koja je izazvana medicinskim istraživanjem, u skladu sa zakonom, kao i da zaključi ugovor sa pacijentom, kojim se određuje iznos neophodnih troškova koji pripadaju pacijentu koji učestvuje u medicinskom istraživanju.⁶⁵

Imajući u vidu napred navedene odredbe kojima se pacijentu utvrđuje pravo na naknadu troškova za učešće u medicinskom istraživanju i pravo na naknadu za eventualno pretrpljenu štetu, uključujući obavezu osiguranja pacijenata po tom osnovu, postavlja se pitanje sukoba u ostvarivanju interesa pacijenta lišenog poslovne sposobnosti koji učestvuje u medicinskom istraživanju i njegovog staratelja, koji, osim što daje pristanak na učešće u medicinskom istraživanju, ujedno i upravlja njegovom imovinom, a načešće je i njegov potencijalni naslednik.

Očigledno je da je Zakonom o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama potrebno precizno regulisati način i postupak učešća lica sa mentalnim smetnjama u medicinskim istraživanjima.

3.5. Postupak prema licima sa mentalnim smetnjama, učinocima krivičnih dela ili prekršaja

Zakonom o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama propisano je da se mera obaveznog psihijatrijskog lečenja na slobodi lica sa mentalnim smetnjama primenjuje u skladu sa odredbama zakona kojim se uređuje izvršenje krivičnih sankcija, odnosno zakona kojim se uređuje prekršajni postupak.⁶⁶

Osim te upućujuće odredbe na druge propise, Zakon ne sadrži nijednu odredbu kojom se propisuje psihijatrijsko lečenje i drugi oblici postupanja prema učinocima kažnjivih dela, niti na osnovu izrečenih krivičnih sankcija (mere bezbednosti psihijatrijskog lečenja – shodno odredbama Krivičnog zakonika, Zakonika o krivičnom postupku, Zakona o maloletnim učinocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica, kao i Zakona o izvršenju krivičnih sankcija), ni na osnovu izrečenih

65 Zakon o pravima pacijenata, „Službeni glasnik RS“ broj 45/13, član 25.

66 Zakon o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama, član 60.

prekršajnih sankcija (zaštitne mere obaveznog psihijatrijskog lečenja shodno odredbama Zakona o prekršajima).

U zavisnosti od opredeljenja da li će mere bezbednosti psihijatrijskog lečenja ostati deo sistema izvršenja krivičnih sankcija, ili će te mere biti sprovedene u okviru prinudne hospitalizacije osoba sa mentalnim smetnjama, ostaje otvoreno pitanje da li je potrebno ovim Zakonom urediti psihijatrijsko lečenje i druge oblike postupanja prema učiniocima kažnjivih dela.

3.6. Postupanje policije u odnosu na lica sa mentalnim smetnjama

Zakonom o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama propisana je značajna uloga Ministarstva unutrašnjih poslova, odnosno policijskih službenika u odnosu na lica sa mentalnim smetnjama. Pre svega, postavlja se pitanje da li je napred navedena uloga policije u odnosu na lica sa mentalnim smetnjama u skladu sa važećim standardima, a naročito da li su policijski službenici osposobljeni za izvršavanje mandata i radnih zadataka koji su im povereni.

Zakonom je propisano da su ovlašćena službena lica ministarstva nadležnog za unutrašnje poslove dužna da, na poziv zdravstvenog radnika, pruže pomoć prilikom savladavanja telesnog otpora lica sa mentalnim smetnjama, i to samo dok to lice pruža telesni otpor i dok se ne obezbedi zbrinjavanje i otklanjanje neposredne opasnosti za njega, ili za druga lica.⁶⁷ Indikativno je da ni nakon dve godine od donošenja Zakona, policijski službenici nisu prošli bilo kakve obuke o primeni odredbi koje se odnose na postupanje Ministarstva unutrašnjih poslova, odnosno policijskih službenika u odnosu na lica sa mentalnim smetnjama.

Posebno je sporna odredba Zakona po kojoj kada postoji direktna opasnost da će lice sa mentalnim smetnjama svojim ponašanjem u psihijatrijskoj ustanovi ugroziti sopstveni život, život drugog lica, ili se radi o drugim težim situacijama, da će ovlašćena službena lica ministarstva nadležnog za unutrašnje poslove, na poziv zdravstvenih radnika psihijatrijske ustanove ili hitne medicinske pomoći, pružiti odgovarajuću pomoć u skladu sa odredbama zakona kojim se uređuje postupanje policijskih službenika.⁶⁸

Prisustvo policijskih službenika unutar psihijatrijskih ustanova, a pogotovo primena mera prinude prema licima sa mentalnim smetnjama od strane uniformisanih policijskih službenika (sa oružjem, palicama, lisicama...), može pogoršati psihičko stanje kako pacijenata prema kojima se od strane policije primenjuje mera prinuda, tako i svih ostalih zatečenih osoba sa mentalnim smetnjama koji prisustvuju primeni mere prinude. U prilog ocene o neprimerenosti navedenih odredbi je i to da pripadnici službe obezbeđenja u zatvorima ne nose oružje, palice i druga sredstva za primenu sile.

Opisane odredbe o ulozi policije u održavanju bezbednosti u psihijatrijskim bolnicama treba brisati, a održavanje reda prepustiti osoblju bolnica, koje mora biti neuniformisano i nenaoružano, i koje raspolaže savremenim nenasilnim tehnikama obuzdavanja agitiranih psihijatrijskih pacijenata.

67 *Ibid.* član 51.

68 *Ibid.* član 52.

Eventualno ostvarivanje policijskih ovlašćenja u psihijatrijskim bolnicama nije potrebno posebno propisivati. Policija na osnovu Zakona o policiji i drugih brojnih propisa može intervenisati na bilo kom mestu u slučaju narušavanja javnog reda i mira, ili ugrožavanja života ili imovine, time, u krajnjem slučaju, i u psihijatrijskim bolnicama.

Zakonom o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama propisano je i da postupak za zadržavanje bez pristanka i smeštaj bez pristanka lica sa mentalnim smetnjama mogu pokrenuti članovi njegove uže porodice, organ starateljstva, poslodavac i zdravstveni radnici, obaveštavanjem ministarstva nadležnog za unutrašnje poslove i hitne medicinske pomoći o ugrožavajućem ponašanju tog lica.⁶⁹

Nejasno je da li se na osnovu navedene odredbe postupak za zadržavanje bez pristanka i smeštaj bez pristanka lica sa mentalnim smetnjama pokreće isključivo obaveštavanjem ministarstva nadležnog za unutrašnje poslove i hitne medicinske pomoći. Shodno tome, otvara se pitanje da li psihijatar može da zadrži u psihijatrijskoj ustanovi lice sa mentalnim smetnjama kada utvrdi da postoje zdravstveni razlozi za njegovo stacionarno lečenje i zadržavanje bez pristanka, u situaciji kada je to lice pristupilo u psihijatrijsku ustanovu bez pokretanja postupka obaveštavanjem ministarstva nadležnog za unutrašnje poslove i hitne medicinske pomoći. Očigledno je da treba preispitati opravdanost rešenja iz člana 22 Zakona.

4. REZIME

Iz napred navedenog proizlazi da je neophodno pristupiti unapređenju postojećih odredbi Zakona o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama.

U tom cilju potrebno je propisati: ograničenje dužine trajanja stacionarnog lečenja u psihijatrijskim ustanovama; minimalne standarde materijalnih uslova smeštaja u psihijatrijskim ustanovama; da su jedinice za zaštitu mentalnog zdravlja posebne, specijalizovane ustanove, uz uređenje njihove organizacije, nadležnosti i delokrug rada; da se ne može ograničavati sloboda kretanja licima sa mentalnim smetnjama koja su hospitalizovana na osnovu sopstvene saglasnosti ili smeštena u psihijatrijsku ustanovu na osnovu saglasnosti njihovih članova užih porodica ili njihovih zakonskih zastupnika; da osoba sa mentalnim smetnjama koja je zadržana od strane psihijatra mora biti izvedena pred sud najkasnije u roku od 48 sati; kao i da za veštaka u sudskom postupku prinudne hospitalizacije ne može da bude određen psihijatar zaposlen u psihijatrijskoj ustanovi koja je podnela predlog za prinudnu hospitalizaciju pacijenta.

Na jasan i nedvosmislen način treba propisati postupak: prinudne hospitalizacije i u tom pogledu razgraničiti nadležnosti policije, psihijatra i suda; postupak fizičkog sputavanja lica sa mentalnim smetnjama; kao i postupak učešća lica sa mentalnim smetnjama u medicinskim istraživanjima.

Osim navedenog, potrebno je propisati zabranu fizičkog sputavanja mehaničkim ograničenjima lica sa mentalnim smetnjama koja su hospitalizovana na osnovu sopstvene saglasnosti ili smeštena u psihijatrijsku ustanovu na osnovu saglasno-

69 *Ibid.* član 22.

sti njihovih članova užih porodica ili njihovih zakonskih zastupnika, kao i brisati odredbe koje se odnose na primenu mera izolacije lica sa mentalnim smetnjama i odredbe o ulozi policije u održavanju bezbednosti u psihijatrijskim ustanovama, uz propisivanje da održavanje reda vrši osoblje psihijatrijske ustanove, koje mora biti neuniformisano i nenaoružano, i koje raspolaže savremenim nenasilnim tehnikama obuzdavanja agitiranih psihijatrijskih pacijenata.

LITERATURA / IZVORI:

- N. Rodley /2009/: Reflections on Working for the Prevention of Torture, Essex Human Rights Review 6, no. 1;
- Potkomitet UN za prevenciju torture, Izveštaj o poseti Paragvaju /2010/, [CAT/OP/PRY/1 (2010)];
- Specijalni izvestilac UN za torturu, Privremeni izveštaj Generalnom sekretaru /2011/, [A/66/268 (2011)];
- Preporuka Zaštitnika građana 61–1885/14, <http://zastitnik.rs/index.php/lang-sr/2012-02-07-14-03-33/3731-2015-03-13-12-55-24>;
- Ustav Republike Srbije, „Sl. glasnik RS”, br. 98/06;
- Zakon o vanparničnom postupku, „Sl. glasnik SRS”, br. 25/82 i 48/88 i „Sl. glasnik RS”, br. 46/95 – dr. zakon, 18/05 – dr. zakon i 85/12;
- Zakon o pravima pacijenata, „Službeni glasnik RS” broj 45/13;
- Zakon o ratifikaciji Evropske Konvencije za sprečavanje mučenja, „Sl. list SCG – Međunarodni ugovori”, br. 9/2003;
- Zakon o ratifikaciji Konvencije UN o pravima osoba s invaliditetom, „Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori”, br. 42/2009;
- Zakon o ratifikaciji Konvencije UN o pravima deteta, „Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori”, br. 15/90 i „Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori”, br. 2/97;
- Zakon o ratifikaciji Opcionog protokola uz Konvenciju UN protiv torture, „Sl. list SCG – Međunarodni ugovori”, br. 16/05 i 2/06 i „Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori”, br. 7/11;
- Zakon o zaštiti lica sa mentalnim smetnjama, „Sl. glasnik RS”, br. 45/13;
- Zakon o Zaštitniku građana, „Službeni glasnik RS”, br. 79/2005 i 54/2007;
- Zakon o zdravstvenoj zaštiti, „Sl. glasnik RS”, 107/05, 72/09 – dr. zakon, 88/10, 99/10, 57/11, 119/12, 45/13 – dr. zakon i 93/14;
- Pravilnik o bližim uslovima za primenu fizičkog sputavanja i izolacije lica sa mentalnim smetnjama koja se nalaze na lečenju u psihijatrijskim ustanovama, „Sl. glasnik RS”, br. 94/13;
- Pravilnik o vrsti i bližim uslovima za obrazovanje organizacionih jedinica i obavljanje poslova zaštite mentalnog zdravlja u zajednici, „Sl. glasnik RS”, br. 106/13;
- Strategija razvoja zaštite mentalnog zdravlja, „Sl. glasnik RS”, br. 8/07;
- Zvanična internet stranica Evropskog Komiteta za sprečavanje mučenja, <http://www.cpt.coe.int>;
- Zvanična internet stranica Zaštitnika građana Republike Srbije, <http://www.zastitnik.rs>.

Miloš Janković

Deputy Ombudsman of Republic of Serbia

Member of UN Subcommittee on Prevention of Torture (SPT)

FREEDOM AND RIGHTS
OF PERSONS WITH MENTAL DISABILITIES
– Disadvantages of the Law on the Protection
of Persons with Mental Disabilities –

Abstract: It has been two years from the adoption of the Law on the Protection of Persons with Mental Disabilities. Bearing in mind the necessity of improvement of protection of the rights of persons with mental disabilities, as well as issues facing the law enforcement, there is a need to examine existing solutions and to determine what should be changed. In that aim, considering main freedoms and rights of persons with mental disabilities, this paper is analyzing certain aspects of the protection of those persons, such as the question of their right to so called deinstitutionalization treatment; voluntary and involuntary accommodation of persons with mental disabilities in a psychiatric institutions; physical restraints and isolation; medical researches on persons with mental disabilities; status and treatment of persons with mental disabilities, perpetrators of criminal offences and misdemeanors; as well as the police treatment of the persons with mental disabilities. Summary contains certain given recommendations in the aim of the improvement of the normative framework in the field of protection of persons with mental disabilities.

Keywords: persons with mental disabilities, deinstitutionalization, voluntary hospitalization, involuntary hospitalization, physical restraining.

*Nikola Vuković**

Više javno tužilaštvo u Novom Sadu

ZAŠTO JE NEMOGUĆE DA UČINILAC PREDIKATNOG KRIVIČNOG DELA BUDE „PERAČ NOVCA“?

Apstrakt. Pojavna forma ovog rada, a možda i sam način pisanja rada značajno odstupa od one na koju redovno nailazimo. Značaj rešavanja pitanja iz naslova ne tiče se izolovano ispravne pravne kvalifikacije, već pre svega odbrane „fizike među društvenim naukama“, a to je krivično materijalno pravo. Nijedna druga oblast prava nikada se nije toliko približila prirodnim naukama. Radi se o tome da ili se poštuje sistem ili pokušajem „izvlačenja jedne cigle“ uništavamo do sada sagrađeno. Zanimljivo bi bilo kada bi neurohirurgu „izvadili“ znanja iz anatomije mozga i pustili da operiše. Norme opšteg dela svojom nadpravnom prirodom došle su na sam prag razuma, da ga čuvaju. Onaj ko odluči da ih menja ili da ih krši mora dobro da pazi da ne uđe u izmenu ili kršenje razuma. Takođe ćemo videti da „igranje“ sa opštim delom povlači za sobom i opravdanost postojanja krivičnog pravosuđa i pravnika krivičara uopšte. Pitanje koje se obrađuje podseća nas i na prevlast opšteg dela nad posebnim, istovremeno opominjući na varljivost pravila *lex specialis derogat legi generali*. U radu su analizirani i relevantni međunarodni akti kao i stanje u uporednom zakonodavstvu. Pisac ovih redova moli čitaoca da previdi činjenicu da je ove redove napisao student¹ i pravnik na početku bavljenja ovim poslom.

Ključne reči: pranje novca; predikatno krivično delo; prividni idealni sticaj; poreska utaja; teret dokazivanja i finansijska istraga.

1. Rad je napisan povodom konkretnog problema koji se javio u praksi, a to je da li se učiniocu krivičnog dela poreska utaja iz čl. 229. KZ² može na teret staviti i krivično delo pranje novca iz čl. 231. st. 3. KZ.

2. Uvidom u Nacionalnu procenu rizika od pranja novca³ (Projekat Evropska unija uz učešće Republike Srbije i Saveta Evrope) može se zaključiti da krivično

* tužilački saradnik, nikola5tm@yahoo.com

1 Student treće godine doktorskih akademskih studija na Pravnom fakultetu u Novom Sadu.

2 Sl. glasnik R. Srbije br. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013 i 108/2014.

3 Tekst „Procene“ – http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/corruption/Publications/MOLI-SE/National%20Risk%20Assessment%20in%20Serbia%20April%202013_SE.pdf, (pristupio, 22.01.2015.).

delo poreske utaje i druga poreska krivična dela koja se spominju u dokumentu, mogu da se tretiraju kao predikatna krivična dela za krivično delo pranje novca, *što je, dodajemo, samo jedna strana mnogo složenijeg problema*. Tako, „Procena rizika“ ne samo da navodi da poreska krivična dela mogu da budu predikatna u smislu pranja novca, već nam i ukazuje koliki je procenat poreskih krivičnih dela u ukupnom broju krivičnih dela izvršenih u R. Srbiji, zatim daje kriminološki aspekt (iz ugla kriminološke fenomenologije) krivičnog dela poreske utaje opisujući ga kao „jedan od najraširenijih oblika finansijske nediscipline pravnih subjekata u R. Srbiji“. Takođe ukazuje na „nedostatke u definisanju i tumačenju radnje izvršenja osnovnog oblika krivičnog dela poreske utaje“ te se povodom toga poziva na „izmene i dopune Krivičnog zakonika koje se uskoro očekuju“ te da sve to zajedno „indikuje veći broj ovih krivičnih dela“ te „nalaze da se radi o delima velike imovinske koristi“. Potpuno je nejasan i krivičnom pravu nepoznat pojam „dela velike imovinske koristi“. Zatim, iz ovakvog zaključka proizlazi da ZBOG NEDOSTATAKA U DEFINISANJU I TUMAČENJU RADNJE IZVRŠENJA KRIVIČNOG DELA PORESKE UTAJE, KOJA SE IZMENAMA I DOPUNAMA KZ USKORO OČEKUJE, NALAZE DA SE RADI O DELIMA VELIKE IMOVINSKE KORISTI!? *Dakle zbog nedostatka u tumačenju radnje krivičnog dela poreske utaje, ona postaje „delo velike imovinske koristi“!? Pre daljeg obrazlaganja, ukazaćemo da je pitanje mogućnosti poreskog dela da bude predikatno pranju novca, samo puka ljuštura problema koji postavlja pitanje da li učinilac poreskog (ili bilo kojeg predikatnog dela) može da bude i perač novca.*

3. Osvrnuo bih se i na početak ove „Procene“ gde se navodi sledeće: „*Sadržaj ove publikacije je isključivo odgovornost Uprave za sprečavanje pranja novca i ni na koji način ne odražava stavove Saveta Evrope i Evropske unije*. Ova Procena je doneta prevashodno da bi se „ispoštovale“ preporuke FATF⁴ (40 Preporuka FATF) – Financial Action Task Force (on Money Laundering), (Arbeitsgruppe für finanzielle Maßnahmen gegen Geldwäsche). To je zapravo vodeći međunarodni odbor/telo koje je zaduženo za borbu protiv pranja novca.⁵ Osnovana je 1989. godine i sedište joj je u Parizu, pri OECD (Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung– Organizacija za privrednu saradnju i razvoj). *Preporuka br. 1 (sadržina, uopšteno)* – Intencija da se što više krivičnih dela „uvede/odredi“ da mogu figurirati kao predikatna krivična dela. Uvesti da se kao predikatno delo tretira i ono izvršeno u drugoj državi, ako je predviđeno kao delo i u domicilnoj državi. *Država može da propiše da se krivično delo pranja novca ne odnosi na učinioca predikatnog krivičnog dela, ako je tako propisano osnovnim načelima krivičnog zakonodavstva. Pre nego što pređemo na dalju razradu podsetićemo se par stvari:*

4 Tekst preporuka - http://www.hnb.hr/novcan/pranje_novca_terorizam/h-40-preporuka-sprjecavanje-pranja-novca.pdf, (pristupio 22.01.2015.).

5 Ovo telo se sastoji od stručnjaka koji se bave analizom načina/metoda pranja novca i omogućavanjem otkrivanja imovine nezakonitog porekla, cilj je borba protiv pranja novca, finansiranja terorizma i zaštita međunarodnog finansijskog sistema (od zloupotreba). Članstvo obuhvata 34 države i 2 regionalne organizacije. Do 2001. godine ovo telo usvojilo je 40 preporuka kao osnov za zakonodavstvo u državama članicama u oblasti borbe protiv pranja novca. Nakon 2001. godine, usvojeno je još 9 posebnih preporuka. 16.02.2012. godine usvojeno je novih/obnovljenih/izmenjenih 40 preporuka koje su zamenile prethodnih 49 preporuka.

- a) *Radnje izvršenja pranja novca* – 1) prenos ili konverzija; 2) prikrivanje ili lažno prikazivanje činjenice o imovini; 3) sticanje, korišćenje, držanje takve imovine koja potiče od krivičnog dela.
- b) *Jezička formulacija čl. 231. KZ jasno ukazuje da kao predikatno delo može figurirati bilo koje krivično delo*, jer kaže – „sa znanjem da ta imovina potiče od krivičnog dela...“. Dakle, zakonska norma načelno ne postavlja bilo kakva ograničenja u pogledu pojedinih krivičnih dela ili pojedinih glava posebnog dela KZ, međutim *videćemo da zakon postavlja⁶ ograničenja u pogledu toga ko može biti učinilac krivičnog dela pranje novca*.
- c) *Poreska utaja je dovršena samim preduzimanjem radnje izvršenja* – 1) daje lažne podatke o zakonito stečenim prihodima; 2) neprijavlivanje zakonito stečenog prihoda u slučaju obavezne prijave; 3) na drugi način prikriva podatke; *pri čemu je neophodna namera izbegavanja plaćanja poreza i dr.*⁷ Nije potrebno da je izvršilac poreske utaje izbegao obavezu plaćanja poreza i dr., dovoljno je da je preduzeo jednu od 3 alternativno predviđene radnje izvršenja u nameri da potpuno ili delimično izbegne plaćanje poreza i dr.
- d) Tačno je da za dovršenje poreske utaje nije potrebno da je izbegnuta poreska obaveza tako da učinilac „poreza“ ne mora ni da stekne imovinsku korist, ali tada ni ne možemo govoriti o kasnijem pranju novca jer učinilac nije ni došao do imovine koja bi poticala iz krivičnog dela.
- e) Nema poreske utaje i pranja novca u sticaju jer se lice već kažnjava za krivično delo poreske utaje time što nije platilo porez, a ukoliko bismo kažnjavali i kroz pranje novca – zbog toga što drži; stiče ili koristi imovinu koja potiče od krivičnog dela, značilo bi da svaki onaj koji izvrši delo iz 229. KZ automatski vrši i pranje novca iz 231. KZ. Ovo se objašnjava *prividnim idealnim sticajem i to po osnovu konsumpcije*. Ipak, kako se ovaj oblik prividnog idealnog sticaja graniči i sa prividnim realnim sticajem, kao naknadno nekažnjivo delo (pranje novca), nije pogrešno svrstati ga i u tu kategoriju. Naime, konsumpcija postoji zato što je u ovom slučaju pranje novca tipično prateće delo (ukoliko je definišemo kao prividni idealni sticaj), jer nije moguće izvršiti poresku utaju, a da se ne izvrši i pranje novca kroz radnju držanje imovine sa znanjem da potiče od krivičnog dela. *Konsumpcija doduše može da predstavlja i prividni realni sticaj*, u ovom slučaju kao naknadno nekažnjivo delo, jer to naknadno „pranje novca“ držanjem takve imovine znači samo realizaciju prethodnog krivičnog dela, poreske utaje.
- f) Ako se pak prihvati da poresko delo može da bude predikatno, tom „logikom“ zaključujemo da svako onaj koji ukrade bicikl i kasnije ga koristi/drži, taj je perač novca, i ne samo on, već i svaki drugi učinilac bilo kog krivičnog dela kojim je stečena imovinska korist – primer učinilac teškog ubistva iz koristoljublja je ne samo ubica već i perač novca, kao i hiljade učinilaca krađa iz nadležnosti Osnovnog suda, koje bi po toj logici trebalo da se „ustupe“ na nadležnost Višem sudu zbog pranja novca. Ova podtačka biće u daljem tekstu dopunski obrazložena.

6 U Opštem delu.

7 Doprinosa ili drugih propisanih dažbina.

4. Ova tačka odnosi se na analizu, kako međunarodni pravni akti navode „osnovnih načela domaćeg (krivičnog) zakonodavstva države potpisnice“. U čl. 60. KZ R. Srbije uređeno je pitanje sticaja krivičnih dela. *Pravila o prividnom idealnom sticaju predstavljaju otvorenu prepreku primeni čl. 231. st. 3. KZ (izvršenje pranja novca od strane učinioca predikatnog krivičnog dela). Na primedbe da u odnosu opšteg i posebnog važi lex specialis derogat legi generali, odgovorićemo – „Ako Skupština izmeni neko krivično delo te ga zapreti kaznom od 50 godina, da li ćete primeniti tu specijalnu odredbu ili ćete se držati propisanog opšteg maksimuma iz opšteg dela KZ ?” Na primedbu da prividni idealni sticaj nije na izričit način uređen kao pravilo o opštem maksimumu, odgovorićemo – „Zašto ga poštujemo u slučaju krivičnih dela utaje i pronevere, u slučaju učestvovanja u tuči i ubistva, u slučaju ubistva i oštećenja tuđe stvari, u slučaju krađe i prikrivanja, u slučaju teškog ubistva gde su ispunjena obeležja više kvalifikovanih oblika, u slučaju prevare i zloupotrebe položaja odgovornog lica, u slučaju prevare i utaje poreza, u slučaju teške telesne povrede i pokušaja ubistva, u slučaju različitih oblika radnje izvršenja kod falsifikovanja novca (zašto nisu dva dela pribavljanje lažnog novca u nameri stavljanja u opticaj i stavljanje lažnog novca u opticaj), u slučaju prevare i falsifikovanja novca, u slučaju krađe i motornog vozila i neovlašćenog korišćenja tuđeg vozila, u slučaju teške krađe obijanjem stana i narušavanja nepovredivosti stana i dr.?”* Prividni idealni sticaj ima za cilj da onemogući povredu zabrane dvostrukog vrednovanja i na taj način, doduše posredno, zabrane dvostrukog suđenja za isto delo. Radi se o tome da učinilac bilo kog krivičnog dela kojim je stekao imovinsku korist automatski vrši i pranje novca što je u najblažu ruku duboko bizarno, posebno ukoliko se ima u vidu da je onda i svaki učinilac sitne krađe istovremeno i perać novca. *Pravo je brana samovolji, a osnovna funkcija krivičnog prava je, možda više od zaštitne, garantivna.*

5. Osvrnućemo se za trenutak i na *Krivični zakonik SR Nemačke* (Strafgesetzbuch der Bundesrepublik Deutschland) koji u čl. 261. pod nazivom Pranje novca; Prikrivanje protivpravno stečene imovine (§ 261 Geldwäsche; Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte)⁸, uređuje uslove za postojanje ovog krivičnog dela. Naime, u st. 1. je određeno koja krivična dela mogu figurirati kao predikatna. Tu bismo napomenuli da KZ Nemačke poznaje dve vrste protivpravnih ponašanja, a to su zločini (Verbrechen) i prestupi (Vergehen), a što je uređeno u čl. 12. KZ Nemačke, pri čemu su Verbrechen dela zaprećena kaznom zatvora u trajanju od najmanje 1 godine, dok su Vergehen dela za koja je zaprećena niža kazna zatvora (od jedne godine) ili novčana kazna. Uvidom u čl. 261. st. 1. KZ Nemačke utvrđujemo da se kao predikatna krivična dela u ovom sistemu mogu pojaviti sva dela koja spadaju u Verbrechen, kao i određena koja spadaju u Vergehen. Međutim, ono što je posebno bitno, to je st. 9. tač. 2. ovog člana, u kojem je predviđen lični osnov isključenja kažnjivosti (*persönlicher Strafausschließungsgrund*), a odnosi se na isključenje odgovornosti za krivično delo pranje novca ukoliko je u pitanju učinilac koji je učestvovao u predikatnom krivičnom delu⁹ (Nemci ova predikatna krivična dela

8 Tekst zakona - http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_261.html, (pristupio - 28.01.2015.).

9 Navodi se – „die eine Strafbarkeit wegen Geldwäsche immer dann ausschließt, wenn der Angeklagte bereits wegen der Beteiligung an einer Katalogtat strafbar ist“.

zovu Katalogtat¹⁰); vidi – presuda Saveznog suda Nemačke (Bundesgerichtshof) br. BGH 5 StR 252/00 od 20.09.2000. godine.¹¹ U navedenom predmetu Savezni sud nije prihvatio navode iz revizije koju je podnelo državno tužilaštvo i potvrdio je prvostepenu presudu. Naime, državno tužilaštvo podnelo je reviziju zbog povrede materijalnog prava, a u pitanju je bio postupak koji se vodio protiv 22 okrivljena koji su osuđeni zbog poreskog krivičnog dela¹², pri čemu su neki od okrivljenih imali status pomagača u poreskom delu. Tako Savezni sud Nemačke navodi – „weil der Angeklagte als Täter oder Teilnehmer an der Vortat beteiligt gewesen und deshalb gemäß § 261 Abs. 9 Satz 2 StGB eine Strafbarkeit wegen Geldwäsche ausgeschlossen sei“, odnosno s obzirom da su optuženi učestvovali u predikatnom krivičnom delu kao izvršioци ili saučesnici, shodno čl. 261. st. 9. tač. 2. KZ (Nemačke), isključena je odgovornost za pranje novca.

6. U prethodnoj tački analizirali smo KZ Nemačke, iz razloga što je naše krivično (materijalno) pravo u suštini nastalo po ugledu na ovu granu prava u Nemačkoj.¹³ Nadalje, imajući u vidu uporedni metod tumačenja, koji svakako nije prioritetan, ali nije ni na odmet primeniti ga kako bi se otkrio smisao ove inkriminacije,¹⁴ nalazimo za shodno da ukažemo na zakonska rešenja iz ove oblasti u inostranstvu.¹⁵

- U KZ Hrvatske¹⁶ je u čl. 265. propisano krivično delo pranje novca. Povođom radnje izvršenja „pribavlja, poseduje, koristi“ – odgovara našem „drži, stiče, koristi“, stav 3. ovog člana KZ Hrvatske naglašava da ovu radnju može izvršiti samo onaj ko tako postupa sa imovinom koju je drugi stekao krivičnim delom, a ne inkriminiše se takvo ponašanje lica ukoliko je to lice učinilo prethodno (predikatno) krivično delo. U stavu 7. istog člana predviđen je osnov za fakultativno oslobođenje od kazne koji se odnosi na učinioca „kaznenog djela“ pranja novca ukoliko „dobrovoljno pridonese otkrivanju kaznenog djela kojim je ostvarena imovinska korist“. Dakle, ne

10 Tačnije predikatno delo u kontekstu u kojem smo govorili je Vortat, što bi značilo prethodno delo, a Katalogtat upotrebljavamo na ovom mestu jer su dela propisana na takav način, (kataloški).

11 Vidi - <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/5/00/5-252-00.php3>, (pristupio - 22.01.2015.). Kompletan tekst presude - <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=18337&pos=0&anz=1>.(pristupio - 22.01.2015.).

12 Poreske krivična dela su u SR Nemačkoj propisana u Poreskom zakonu (*Abgabenordnung*). Poreske krivičnopravne odredbe nalaze se u prvom odeljku osmog dela zakona, u čl. 369. – 376. Tekst zakona - http://www.gesetze-im-internet.de/ao_1977/index.html, (pristupio - 28.01.2015.)

13 Prvi KZ Srbije iz 1860. godine, nastao je po uzoru na Pruski KZ iz 1851. godine. Takođe, izlišno je i navoditi u kojoj meri je srpska nauka krivičnog prava bila pod uticajem nemačke nauke, a takođe je nesporno da je upravo takva nauka bila zamajac svih zakonodavnih reformi u Srbiji u ovoj oblasti.

14 Jer nije naš KZ prvi koji je uveo krivično delo pranje novca, niti je naš zakonodavac prvi prepoznao potrebu za inkriminisanjem ovakvog ponašanja, te stoga ne bi bilo na odmet upoznati se sa „pravom“ prirodom ovog krivičnog dela, odnosno utvrditi koje su to radnje zapravo „toliko“ društvene opasne da zaslužuju da se propišu kao krivična dela.

15 Hrvatska je uzeta kao primer s obzirom na susedski odnos kao i okolnost da je poslednja država koja je primljena u EU, te da se i Srbija nalazi na putu prijema u EU. Dve Konvencije koje potom slede izabrane su iz razloga što predstavljaju vodeće smernice na globalnom planu, u borbi protiv teških oblika kriminaliteta.

16 Tekst zakona - <http://www.zakon.hr/z/98/Kazneni-zakon>. (NN 125/11, 144/12).

na učinioca predikatnog dela jer on i ne može da izvrši krivično delo pranje novca, već na učinioca krivičnog dela pranje novca koji dobrovoljno otkrije krivično delo iz kojeg potiče imovinska korist, što će reći koji dobrovoljno otkrije lice za koje pere novac.

- *Konvencija UN protiv transnacionalnog organizovanog kriminala*¹⁷ u članu 6. pod nazivom „Kriminalizacija pranja dobiti stečene kroz kriminal“ u st. 2. tač. e. navodi sledeće: „ukoliko je tako predviđeno osnovnim načelima domaćeg zakonodavstva neke od države potpisnice, može se predvideti da se krivična dela iz stava 1. ovog člana ne primenjuju na lica koja su izvršila predikatno krivično delo“.
- *Konvencija UN o borbi protiv korupcije*¹⁸ u članu 23. pod nazivom „Pranje sredstava stečenih izvršenjem krivičnog dela“ u st. 2. tač. d. navodi sledeće: „Ukoliko se to zahteva osnovnim načelima domaćeg zakonodavstva države ugovornice, može se predvideti da se krivična dela navedena u tački 1. ovog člana ne primenjuju na lica koja izvrše predmetno krivično delo“.
- *Preporuke FATF iz 2012. godine*, analizirane su u tački 2., a ovde ćemo samo podsetiti da Preporuka br. 1. ima gotovo identično rešenje u pogledu učinioca predikatnog krivičnog dela i pitanja pranja novca kao i dve konvencije o kojima smo govorili.
- *KZ Crne Gore*¹⁹ u članu 268. propisuje krivično delo pranje novca te se navodi: „Ko izvrši konverziju ili prenos novca ili druge imovine sa znanjem da su pribavljeni kriminalnom djelatnošću, u namjeri da se prikrije ili lažno prikaže porijeklo novca ili druge imovine, ili ko stekne, drži ili koristi novac ili drugu imovinu sa znanjem u trenutku prijema da potiču od krivičnog djela, ili ko prikrije ili lažno prikaže činjenice o prirodi, porijeklu, mjestu deponovanja, kretanja, raspolaganja ili vlasništva novca ili druge imovine za koju zna da su pribavljeni krivičnim djelom....“ Dok stav 2. ovog člana predviđa: „Kaznom iz st. 1. kazniće se izvršilac djela iz stava 1. ovog člana ako je istovremeno i izvršilac ili saučesnik u krivičnom djelu kojim je pribavljen novac ili imovina iz stava 1. ovog člana.“ Ovakva formulacija je nešto preciznija od one koja postoji u KZ R. Srbije gde se u čl. 231. st. 3. navodi: „Ko učini delo iz st. 1. i 2. ovog člana sa imovinom koju je sam pribavio izvršenjem krivičnog dela...“. Nejasno je ko se sve ima smatrati licem „koje je pribavilo imovinu izvršenjem krivičnog dela“, posebno u situaciji kada pomaže²⁰ u predikatnom krivičnom delu poma-

17 Vidi Zakon o potvrđivanju Konvencije UN protiv transnacionalnog organizovanog kriminala (Sl. list SRJ – Međunarodni ugovori, br. 6/2001).

18 Vidi Zakon o potvrđivanju Konvencije UN o borbi protiv korupcije (Sl. list SCG – Međunarodni ugovori, br. 12/2005).

19 Ovaj zakon nudi drugačiji stav od onog koji zastupamo u ovom radu, međutim, navodimo ga kako zbog sličnosti dva zakonodavca tako i zbog „dopunskog“ preciziranja učinioca predikatnog dela. (Sl. list RCG br. 70/2003, 13/2004, 47/2006, i Sl. list CG br. 40/2008, 25/2010, 32/2011, 40/2013 i 56/2013. Dana 01.09.2012. godine prestale da važe odredbe glave VI – vidi čl. 189. Zakona 64/2011–1).

20 U prikazanom važi i za podstrekača.

že izvršiocu predikatnog dela da upravo taj izvršilac dođe do imovine, pri čemu pomagač od toga nema imovinske koristi. Na koji način onda može da se primeni član 231. stav 3. KZ Srbije, na koji način je takav pomagač sam pribavio imovinu. Sličnu soluciju (kao i KZ Crne Gore) nudi i *KZ Slovenije*²¹ u članu 245. stav 2. KZ.

- *KZ Austrije*²² u čl 165. predviđa krivično delo pranje novca (Geldwäscherei). Stav 2. ovog člana kaže da će se kazniti i onaj koji radnje „pranja novca“²³ (iz čl. 165. st. 1.) vrši u odnosu na imovinu proisteklu iz radnje drugog, kaže „die aus einer in Abs. 1 genannten mit Strafe bedrohten Handlung eines anderen stammen“. Ova odredba austrijskog KZ izazvala je mnoge nedoumice oko pitanja da li učinilac predikatnog dela može istovremeno biti i učinilac pranja novca. Od 2010. godine pranje novca moguće je u Austriji i u odnosu na lice koje je steklo spornu imovinu, odnosno moguće je „pranje sopstvenog novca“. Tako austrijski Die Presse, dana 09.11.2011. godine izveštava da Tužilaštvo za borbu protiv korupcije (*Korruptionsstaatsanwaltschaft*) otvara istragu protiv bivšeg ministra policije Ernst Strasser-a zbog postojanja sumnje da je izvršio „Eigengeldwäsche“, odnosno da je opraio sopstveni novac (pranje novca u odnosu na protivpravno stečenu imovinu, koju je sam stekao), te navodi da je u pitanju delikt koji je tek od pre godinu dana kažnjiv (ein Delikt, das erst seit einem Jahr strafbar ist).²⁴

7. Ova tačka odnosi se na ispitivanje stepena korisnosti jednog pravila. Načelno se smatra da pravo treba da bude korisno i (što je više moguće) pravično, međutim u svetlu „neograničenih zakonskih mogućnosti“ to i ne mora da bude slučaj, pri čemu obično dolazi do „odstranjivanja“ pravičnosti. Odvojeno je pitanje koje ovom prilikom nećemo analizirati – Kad već žrtvujemo pravičnost, kome takvim aktom obezbeđujemo korisnost, odnosno, za koga je tako nešto korisno? A posebno je opasna zvezda vodilja „korisnosti“ kad joj se pravci delovanja arbitrarno određuju, no, drugom prilikom...

- Na primeru sticanja protivpravne imovinske koristi izvršenjem poreskog krivičnog dela, pokazaćemo da *postoje drugi, efikasniji, lakši, načini da se oduzme ono što je protivpravno stečeno*. Zagovaramo stav da je „dokazno jednostavnije“ i ispravnije oduzeti takvu imovinsku korist kroz primenu *Zakona o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog dela*²⁵ nego kroz inkriminisanje učinioca predikatnog krivičnog dela i za pranje novca. Naime, u članu 3. stav 1. tačka 2. ovog zakona propisano je da se imovinom

21 Vidi tekst na - <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>, (pristupio 28.01.2015.).

22 Tekst zakona - http://www.jusline.at/Strafgesetzbuch_%28StGB%29.html, (pristupio 22.01.2015.).

23 Nećemo nabrajati sve radnje.

24 Tekst pod naslovom – „Geldwaescheverdacht : Neue Ermittlungen gegen Strasser“; http://diepresse.com/home/politik/innenpolitik/707042/Geldwaescheverdacht_Neue-Ermittlungen-gegen-Strasser (pristupio 22.01.2015.).

25 Sl. glasnik RS br. 32/2013.

proisteklom iz krivičnog dela smatra imovina vlasnika koja je u očiglednoj nesrazmeri sa njegovim zakonitim приходima; u tač. 4. tog člana se navodi da se vlasnikom smatra okrivljeni, okrivljeni saradnik, ostavilac, pravni sledbenik ili treće lice, a posebno je bitna i tač. 8. koja kaže da se trećim licem smatra svako fizičko ili pravno lice na koje je preneti imovina proistekla iz krivičnog dela. Zatim u članu 23. uređeno je privremeno oduzimanje imovine proistekle iz krivičnog dela, a u članu 25. određeni su uslovi pod kojim će to biti učinjeno, dok isti član u st. 1 tač. 3. propisuje da vrednost imovine mora da bude preko 1.500.000 dinara, što tačno „pokriva“ član 229. st. 2. i 3. KZ. Ključna stvar i razlog plediranja za primenu ovog zakona je i pitanje tereta dokazivanja koji je u slučaju nesrazmere u imovini na okrivljenom (i trećim licima, gore navedeno), dok je kod pranja novca potrebno dokazati ne samo da postoji predikatno krivično delo, već je potrebno kasnije se uplitati i dokazivati i pranje novca pri čemu je teret na javnom tužiocu.

8. U odnosu na pitanje koja sve krivična dela mogu da se jave kao predikatna, za krivično delo pranje novca, ukazujem da je zakonodavac tu više nego jasan. Naime, kaže se: „sa znanjem da ta imovina potiče od krivičnog dela“, pri čemu se ni na jednom mestu u čl. 231. KZ ne uvodi bilo kakva vrsta ograničenja za bilo koju grupu krivičnih dela. Da je zakonodavac hteo da pojedina krivična dela izuzme od mogućnosti da se pojave kao predikatna, učinio bi to. U vezi sa tim, institut produženog krivičnog dela primer je za uvođenje te „mogućnosti ograničenja“, pa tako u čl. 61. st. 3. KZ, zakonodavac (doduše možda ne baš precizno) ograničava njegovu primenu te navodi da „ne mogu činiti produženo krivično delo ona dela koja po svojoj prirodi ne dopuštaju spajanje u jedno delo“.

9. Imajući dakle u vidu tačku 8. ovog rada, zaključujemo da sva krivična dela mogu da se jave kao predikatna pranju novca, te da je bazični uslov da imovina potiče iz takvog dela. Ovo znači da sva ona krivična dela kojima se stiče imovinska korist, a za koja se krivično gonjenje preduzima ili po predlogu ili po privatnoj tužbi, „stvaraju“ uz to predikatno delo i pranje novca, te da kao takva „dolaze“ u nadležnost Višeg suda. Sve one sitne krađe, prevare, utaje i sl. dolaze u sudnice Viših sudova, a učinioci ovih krivičnih dela postaju perači novca. Naravno, sa opcije da učiniocu za krivično delo sitna krađa, prevara i utaja iz čl. 210. KZ izrekne novčanu kaznu ili zatvor do 6 meseci, dobijamo priliku da ga osudimo na kaznu zatvora u trajanju od 6 meseci do 5 godina, tačnije, pošto je u pitanju „idealni sticaj“ ta opcija raste na zatvor u trajanju do 5 godina i 5 meseci.²⁶ Potpuno je iluzorno ali ujedno i simpatično kod takvih učinilaca opisivati umišljaj u odnosu na pranje novca. Međutim, neko može da kaže da predikatna dela za pranje novca ne mogu da budu sva krivična dela.²⁷ Pitali bismo, a koja dela mogu? Po kojem kriterijumu ste ih odbrali? Ko ih je odabrao? Kad su u jednom sudskom slučaju odabrana da li ste stvorili precedent? Da li će sudija u narednim slučajevima da sudi po Krivičnom zakoniku ili po nečijoj sudskoj presudi? Da li će sudije kao razlog za takvu odluku da je obrazlože rečima

26 Princip asperacije.

27 Iz kojih je stečena bilo kakva imovinska korist.

„zato što tako piše u jednoj ranije donetoj sudskoj odluci“? I da li će za 10 godina takvo postupanje postati mutirani običaj i sveto mišljenje koje će povesti sudije budućnosti da kažu da je „tako oduvek“. Sve to može da se učini i jednostavnom izmenom zakona. Pa valjda nam je istorija više nego dovoljno pokazala da zakon može da bude bilo kakav. I ne samo istorija, i sadašnjost već najavljuje nemirne vode krivičnom materijalnom pravu u budućnosti.

10. U ovoj tački prikazujemo na trenutak još jedan tip situacija do kojih bi došlo ukoliko se prihvati stanovište da učinilac predikatnog dela može da bude i učinilac krivičnog dela pranje novca, a kako je to predviđeno našim KZ, u članu 231. stav 3. KZ. Naime, za stav 1. ovog člana zaprećena je kazna zatvora od 6 meseci do 5 godina i novčana kazna. Stav 3. kaže da će se učinilac kazniti kaznom iz stava 1.²⁸ Dakle, *pokušaj pranja novca je kažnjiv. Drugim rečima, kažnjiv je pokušaj da se stekne, drži ili koristi imovina koju je učinilac stekao krivičnim delom.* Iz navedenog bi se moglo zaključiti da je učinilac koji je ostao u pokušaju predikatnog krivičnog dela, istovremeno ostvario i pokušaj pranja novca. *Upitaćemo da li takvo lice nije pokušalo da stekne imovinu koja bi poticala iz krivičnog dela?* Takođe, upitaćemo i kada postoji pokušaj pranja novca kod radnje „stekne, drži ili koristi“? Ukoliko dakle Marko pokuša da sa salaša ukrade 10 kilograma slanina ali ipak bude uhvaćen prilikom krađe²⁹, ne znači li to da je istovremeno i pokušao da stekne imovinu sa znanjem da potiče od krivičnog dela. Napominjemo da smo namerno ukazali na primer krađe, ne zato što prema opštim pravilima kažnjavanja za pokušaj, pokušaj krađe iz čl. 203. KZ ne bi bio kažnjiv, već zato što postoji i sitna krađa, kod koje ne samo što pokušaj nije kažnjiv, već se i gonjenje preduzima po privatnoj tužbi.³⁰ Dakle, za pokušaj sitne krađe, koji nije kažnjiv, i kod koje se dovršeno delo goni po privatnoj tužbi, postojala bi kažnjivost za pokušaj pranja novca. I to ne samo što pranje novca ne poznaje nikakvu granicu novčanog iznosa koji se „pere“, već i zato što zagovornici postojanja sticaja između predikatnog dela i pranja novca prihvataju sticaj kod dovršenog predikatnog dela i pranja novca, te ne znamo zašto se ne bi prihvatio sticaj i kažnjivih pokušaja predikatnog dela i pranja novca, i ne samo to, već bi u tom slučaju i svi nekažnjivi pokušaji predikatnih dela postali kažnjivi kroz sticaj sa pokušanim pranjem novca. Apsurdno.

11. *Na kraju, osvrnućemo se kratko na dopunsko pojašnjenje razloga pisanja ovog rada, a to je pitanje da li učinilac poreskog dela može da vrši i pranje novca, u smislu da poresko krivično delo bude predikatno delo pranju novca.* Ovo su dva odvojena pitanja. Jednostavno rečeno, sva krivična dela mogu da dođu u obzir kao predikatna krivična dela, ali učinilac predikatnog krivičnog dela ne može biti učinilac i pranja novca. Dakle, nije sporno da poresko delo može biti predikatno delo, ali samo onda ako pranje novca dobijenog iz poreskog dela vrši lice koje sa izvršenjem poreskog krivičnog dela nije imalo nikakve veze. Ukoliko je to lice već izvršilo poresko delo ili je na bilo koji način učestvovalo u njegovom izvršenju (pomagač, podstrekač), takvo lice ne može da vrši i pranje novca bez obzira na odredbu čl. 231.

28 Kaže da će se kazniti kaznom iz st. 1. i 2. ovog člana, naravno u zavisnosti koji je oblik u pitanju.

29 Nebitno da li je obična, teška ili sitna krađa.

30 Ukoliko je izvršena na štetu privatne imovine.

st. 3. KZ jer je ista suprotna odredbi čl. 60. KZ. U gotovo svim slučajevima, učinilac poreskog krivičnog dela je taj koji raspolaže sa takvom stečenom koristi, tako da će se uvek raditi o tome, da on sam vrši pranje novca, a što je nemoguće iz već navedenih razloga. Ne treba insistirati na nečemu što će dati nikakve ili prilično sumnjive rezultate, kad na raspolaganju imamo rešenja iz Zakona o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog dela.

LITERATURA

- Krivični zakonik SR Nemačke (Strafgesetzbuch der Bundesrepublik Deutschland) – http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_261.html.
- Krivični zakonik R. Austrije (Strafgesetzbuch der Bundesrepublik Österreich) – http://www.jusline.at/Strafgesetzbuch_%28StGB%29.html.
- Poreski zakon SR Nemačke (Abgabenordnung der Bundesrepublik Deutschland) – http://www.gesetze-im-internet.de/ao_1977/index.html.
- Rechtsprechung Die vollständige strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) und ausgewählte Urteile und Beschlüsse u.a. des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG), des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) und weiterer Gerichte – <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/5/00/5-252-00.php3>.
- Aktuelle Entscheidungen des Bundesgerichtshofes » Urteil des 5. Strafsenats vom 20.9.2000 – 5 StR 252/00 – <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=18337&pos=0&anz=1>.
- Krivični zakonik R. Srbije (Sl. glasnik R. Srbije br. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012 i 104/2013).
- Kazneni zakon R. Hrvatske (NN 125/11, 144/12) <http://www.zakon.hr/z/98/Kazneni-zakon>.
- Krivični zakon R. Crne Gore (Sl. list RCG br. 70/2003, 13/2004, 47/2006, i Sl. list CG br. 40/2008, 25/2010, 32/2011, 40/2013 i 56/2013. Dana 01.09.2012. godine prestale da važe odredbe glave VI – vidi čl. 189. Zakona 64/2011-1).
- Kazenski zakon Republike Slovenije –Criminal code of the Republic of Slovenia – <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>.
- Zakon o potvrđivanju Konvencije UN protiv transnacionalnog organizovanog kriminala (Sl. list SRJ – Međunarodni ugovori, br. 6/2001).
- Zakon o potvrđivanju Konvencije UN o borbi protiv korupcije (Sl. list SCG – Međunarodni ugovori, br. 12/2005).
- Zakon o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog dela (Sl. Glasnik RS br. 32/2013).
- FATF preporuke (Financial Action Task Force (on Money Laundering), (Arbeitsgruppe für finanzielle Maßnahmen gegen Geldwäsche)– http://www.hnb.hr/novcan/pranje_novca_terorizam/h-40-preporuka-sprjecavanje-pranja-novca.pdf.
- Nacionalna procena rizika od pranja novca – http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/corruption/Publications/MOLI-SE/National%20Risk%20Assessment%20in%20Serbia%20April%202013_SE.pdf.
- „Geldwaescheverdacht:Neue Ermittlungen gegen Strasser“; http://diepresse.com/home/politik/innenpolitik/707042/Geldwaescheverdacht_Neue-Ermittlungen-gegen-Strasser.

Nikola Vuković

Higher Public Prosecution, Novi Sad

WHY IS IMPOSSIBLE THAT THE PERPETRATOR OF PREDICATE CRIMINAL OFFENCE BE A MONEY LAUNDERER

SUMMARY

Abstract: The emergent form of this paper, and maybe even the style of writing significantly deviates from the form that we usually meet. The importance of solving problem isn't just the matter of correct legal qualification but primarily the defence of "the physics among social sciences", and that is criminal substantive law. Not single field of law has ever been so close to natural sciences. It is about that either we respect the system or we try with the attempt of "pulling the brick out" by which we ruin everything that has been made. It would be rather interesting when we would, in case of neurosurgeon "pull out" his knowledge of brain anatomy and then let him operate. The norms of the basic part of criminal substantive law with their "above the law nature" have come to the doorstep of reason, to protect it. One who decides to change or violates them must be very careful not to enter in change or breach of the reason. Further on, we will see that "playing" with the basic part of criminal substantive law withdraws with it validity and need of the criminal judiciary existence and criminal lawyers at all. The question that we here deal with reminds us of predominance that basic part has over the special simultaneously warning on fraudulence of the norm *lex specialis derogat legi generali*. The relevant international acts as well as the situation in comparative law are also analyzed in the paper. The writer asks the reader to overlook the fact that these lines are written by the student and jurist that is at the beginning of dealing with this profession.

Key words: money laundering; predicate offence; ostensibly ideal competition; tax fraud; burden of proof; financial investigation.

IZ ISTORIJE KRIVIČNIH NAUKA

П О К У Ш А Ј

Најисао
Ј. Ђ. Авакумовић

У БЕОГРАДУ

Краљевско-српска државна штампарија
1884

П. П Р И П Р Е М А.*

Има кажњивих дѐла, која се на мах извршују. Кривац се тако рећи у тренутку одлучи да их учини; и у истом магновењу и покуша да ту своју одлуку удејствује, па можда то и постигне. То су дѐла у афекту, страху и другим моментаним предузећима. Но већина кажњивих дѐла не догађа се тако, већ са свим противно. Обично кажњивом дѐлу нешто претходи. На тај начин кажњива дѐла имају своје *ирејхродеће унутарње и сјољне* саставне дѐлове. Код кажњивих дѐла редовно бива да је ко год најпре *зажелио, смислио, одлучио* или коначно *решио* да учини неко кажњиво дѐло, па тек после да га и отпочне. А оно су све облици, у којима се огледа онај чисто *унутарњи* саставни акат који обично претходи кажњивом дѐлу. Овај унутарњи акат често не излази у круг спољног света: он остаје само код онога, који је творац тог акта.

Но кад неко не остане при оном само унутарњем акту, већ хоће да својом радњом дејствује на спољни свет у извесном правцу, онда он тиме прелази у круг спољности, предузима оне *сјољне* радње, које морају да претходе сваком злочину. То су *ирејрема* и *покушај*.

Онај први унутарњи акат, то је чињеница чисто моралне природе, са којој обично нема никаква посла казнено право. Ово у осталом, и не треба да се бави са том моралном појавом, ма да би њена крајна сврха била и криминалистична. Јер у сваком случају од те унутарње одлуке, па до извршења или бар почетка каквог кажњивог дѐла, има још толико времена, да свакојако радња опет зависи само од воље и опредељења дотичног лица. Још је само у његовој власти, да ли ће остати при оној својој само унутарњој одлуци без икаква дејства на спољни свет, или ће радити противно, то јест своју одлуку извршити, или бар почети да извршује у спољном свету. Отуда сама одлука, решење, *намера*, као чињеница чисто унутарња није кажњива. Кажњивост настаје тек, кад се то више већ не може да опозове; кад се, у духу и правцу одлуке производе *сјварна њовреда* у *сјољном свету*.

Опште је признато, да је *мисао* слободна; да за њу нико не може да одговара казним путем, па ма колико да је криминалистична та *мисао*. Казнено право нема дакле посла са голим мислима, идејама, одлукама, намерама или решењима.

* Покушај, Београд 1884, стр. 14–59.

Но ми смо опет морали о томе проговорити ово неколико речи, јер то је захтевала сама природа предмета. Не би било потпуности у обради овог нашег предмета, кад не би проговорили нешто и о томе *унућарњем* акту. Говорити одма само о оним *спољним* појавама, које претходе извршењу кажњивог дѣла, припреми и покушају, значило би прелазити преко нечега што *мора да њрећходи* и самим тим претходим спољним појавама. Не сме се, противно природи ствари, замишљати, да припреми и покушају кажњивог дѣла ништа не претходи, па говор сводити само на њих двоје. Но кад се већ зна, да припреми и покушају, као спољним појавама, мора да претходи неки унутарњи акат, онда је дужност казати, како се у системи казненог права, сматра и тај чисто унутарњи акат? Да ли је он кажњив или није, то мора да је начисто у теорији казненог права. Па да би показали, како тај чисто унутарњи акат није кажњив, мислимо да је довољно ово, што до сада о томе рекосмо.

А сад да пређемо на оне *спољне* појаве, које претходе извршењу каквог кажњивог дѣла.

Као што смо већ казали те спољне појаве могу да буду у облику: *њрињреме* и *њокушаја*.

Ово обоје, као спољне појаве, наравно да могу да дођу у сферу казненог права. То бива онда, кад се са њима већ вређа туђе право у таквом виду и размеру, да би било опасности за друштво, државу, ако би се то оставило некажњено.

Но и ако те две појаве имају као заједничку карактеристику то, да утичу на спољне прилике, опет су оне једна од друге у *основу различне*. Та њихова основна разлика постоји у томе, што онај први облик те спољне појаве (припрема) – *само њо изузећу* долази у сферу казненог права, под прописе казњених закона. Док на против она друга појава (покушај) *редовно* је предмет казненог права, и само по изузећу, у мањим кажњивим делима, позитивни казњени закони и ову другу спољну појаву не увршћују у редове кажњивих дѣла.

Имајући пред очима ту основну разлику између те две спољне појаве (припреме и покушаја) – нужно је даље знати: шта је то *њрињрема*, а шта опет *њокушаја*?

Да би то показали, почећемо са опредељењем припреме. То ће бити задатак овог одељка у нашој расправи. У њему ћемо говорити само о томе, шта се сматра као припрема каквог кажњивом делу. А у *којим се случајима* та припрема узима као кажњива и сама за себе, без покушаја или извршења, о томе ћемо говорити у нарочитом одељку при крају ове наше расправе.

Дакле шта је то припрема? Припрема је свака спољна радња, која је намењена да, *њослужи као олакишица за њосћићинуће какве казнене намере и која њрећходи самом извршењу кажњивој дѣла, али у исто време још није ни оћићочейак њећов*.

У ово неколико речи имамо исказан појам припреме у смислу казненог права.

Но и ако је ово, начелно узимајући, довољно за опредељење појма припреме; опет смо ми дужни, зарад бољег разумевања, ближе да одредимо, у *чему се састоји* та припремна радња код кажњивих дѣла?

Та припремна радња бива увек: у предузимању потребних мера за извршење каквог кажњивог дѣла. А ово се догађа на више начина. Или:

1. Тиме, што човек испитује место, на коме ће, и прилике, код којима ће отпочети какво кажњиво дѣло;
2. Тиме, што сазнаје личности, према којима мисли да учини кажњиво дѣло;
3. Што тражи и добија обавешћења о свему томе;
4. Што тражи и налази другове или помагаче у кажњивом дѣлу;
5. Што набавља или преправља оруђа и сретства за извршење кажњивог дѣла;

6. Што тако спреман полази на место, гди смера да изврши какво кажњиво дѐло, на прилику код убиства што носи нож, код крађе лажан кључ, и са тим долази на место, да учини убиство или крађу; и најпосле:
7. Што би, потпуно обавешћен и спреман, већ стојао на месту извршења, па само још не би предузео онај акат, који би сачињавао сам отпочетак смишљеног кажњивог дѐла.

Ово су разни облици, у којима се јавља припрема за какво кажњиво дѐло.

Као што видимо, то су све таква предузећа, која су већ изишла из сфере чисто *унушарње* одлуке или решења, па прешла у сферу *сиољној* света. Но опет за то све те радње, и ако су спољне, још нису *йочештак* извршења самог кажњивог дѐла. За то се оне и сматрају као *мање важне*, него ли што би био сам почетак извршења каквог кажњивог дѐла, у коме се налази појам *йокушаја*.

Сувише би нас далеко одвело, кад би се овде упуштали у описивања, чиме се и на који начин може да учини свако од напред поменутих припремних предузећа, јер то може да буде на разне начине. Набавка сретстава, на прилику, може да буде у једном случају на један, а у другом на са свим на други начин. То исто важи и за остала припремна предузећа. Но то су све питања *йрактичне* примене и оцене, која не сачињавају засебан предмет ове наше расправе, и која са свим зависе од правилне оцене свију засебних прилика и околности, па за то се ми у то овде нећемо ни упуштати. Ми ћемо на против, остајући само при *начелној* расправи овог питања о припреми, у томе *йравцу* да проговоримо још неколико речи.

Као припрема сматра се, правнички узимајући, само она радња или предузеће, које нема свој *самосијалан* смер, већ служи само као средство за извршење друге неке радње, као крајњег смера свега рада и предузећа. То је начелна карактеристика, по којој се распознаје, да ли је каква радња *само йријремна*, или је она на против самостално кажњиво дѐло. Са тог гледишта ствар узимајући, дошло се у казним законима дотле, да су неке радње, које се по својој природи сматрају само као припремне, опет узете као самостална кажњива дѐла. Тако на прилику справљање отрова може да послужи само као припрема за убиство тровањем. Али опет за то и само то справљање отрова обично се сматра као самостално кажњиво дѐло у случајима кад тровање не би било покушано. Или на прилику ако би когод *украо* пушку у намери да са њом неког убије, онда би ова крађа, ма да би имала да послужи као сретство за извршење убиства, опет била *самосијално* кажњиво дѐло, а не само *йријрема* за убиство. А ово са тога, што је крађа *засебан* акат, који је кажњив *сам йо себи* исто онако, као и *йоред* другог кажњивог дѐла, коме би та крађа служила као средство.

Тако дакле као особину припреме морамо исказати не само то, да она служи као сретство за извршење неког кажњивог дѐла, већ и да та припрема *није сама йо себи кажњива као засебна кривица*. Гди не би постојала та *оба* услова, ту не би могло бити говора о *йријреми* у смислу казног права, ма и да би нека радња била извршена само у цели постигнућа другог кажњивог резултата. Чим би оскудевао онај други услов, одма би она припремна радња давала појам *засебној* кажњивог дѐла, као што показасмо горњим примерима. С' тога при сваком испитивању и оцени какве припремне радње, ваља употребити особиту смотреност, те одлучити, да ли у томе лежи појам припреме, или на против другог *засебној* кажњивог дѐла. А на ово је нужно пазити нарочито због тога, што припрема обично није кажњива, док се на против то начело некажњивости не би смело применити и на *засебна* кажњива дѐла, ма и да би она служила као средство за извршење *другој* опет кажњивог дѐла, као што показује, на прилику, онај случај крађе пушке у цели убиства.

И ако смо у овоме, што до сада казасмо, дали довољно начелног објашњења о појму припреме у смислу казненог права, опет не смемо наш говор о њој завршити, пре него што би оповргли нека погрешна мишљења о њој.

Тако:

а. Неки доказују, да припрему сачињавају радње, које су саме по себи невинне, које још не дају доказа да је човек баш осудно решио се, да баш хоће и да изврши оно, што је предузео.¹

Ма колико да су признати правнички ауторитети, који заступају ово мишљење, опет морамо рећи, да је оно погрешно. Ако би се још и могло дозволити, да се назову невиним актима она предузећа, која би служила на још *неодређене* цели, која би се кретала још само у кругу *ојшћих* казних пројеката и планова. Али ни у ком случају не би се могла невинима назвати и она предузећа, која би служила као припремне радње за извршење неког већ *одређеног* кажњивог плана и одлуке. Свака радња, која би се предузела као средство за постигнуће какве већ *одређене* кажњиве намере, самим тим изилази из реда невиних, индиферентних, подузећа.

Исто тако неумесна је и она друга поставка као да припрема још не би показивала *осудно* решење, као да би после припремне радње требало још неке *нарочите одлуке за извршење*. То не стоји. Одлука је код сваке припреме већ ту. И само је ваља после припремне радње одржати и на њеном остварењу даље радити, па онда је то очевидно вршење *једне* већ постојеће одлуке, а не некаквих више *засебних* одлука, као што би морало бити по оној поставци, као да би после припремних радња требало још неке *засебне* одлуке за извршење. У осталом кад би оно мишљење могло да важи за припрему, вредило би толико исто и за покушај, јер све и до несвршеног покушаја могу да наступе нове, нарочите одлуке.

б. Друго опет мишљење налази карактеристику припреме у томе: што је она по времену удаљена од извршења толико, да човек и после припремне радње ваља тек да ступи на земљиште истините опреке наспрам казних закона, па са тога да он може од свега по самој својој вољи и да одустане и после неке припремне радње.²

Но, пре свега, са свим је без значаја то, што је припрема по времену удаљена од извршења. А исто тако не упливише ништа на ствар ни то, што се у том времену може да промени воља оптуженикова. То обоје, то јест и удаљеност по времену и могућност промене у вољи, постоји тако исто и код покушаја, све докле није свршен, па опет за то нико не полаже *још и на њо* никакву важност при расправи питања о покушају.

в. Неки изводе некажњивост припреме отуда, што би се у противном случају казнила и сама одлука, мисао, намера.

Но ма да је правилно, да се припрема обично не казни, опет је погрешно изводити да би казњење припреме, и кад би је било, значило осуду за *саму мисао*. Припрема није *само мисао*, као нешто *унућарње*. На против она је још и једна радња у облику *сиљне* појаве. С' тога се узрок њене некажњивости мора тражити у другоме, а не у томе, што би она била само гола мисао, намера. А тај је узрок само у томе, што је то радња, која тако далеко одстоји од извршења, да у њој још нема ни *зайочетног* извр-

1 *Zachariae*, Versuch, I део, стр. 207–209;

Rossi, Traité du droit pénal, II део, стр. 27;

Mittermaier, Neues Archiv, II део, стр. 606 и 608.

2 *Mittermaier*, Neues Archiv, II свеска, стр. 609 и 610;

Schröter, Handbuch, страна 121. и приметба 3.

шења кажњиве намере, па по томе ни *йочейка* каквог кажњивог дѣла, а без овога, не може ни бити казнене одговорности у опште.

г. Најпосле други тврде, да у круг казног права спадају само спољне, објективно опасне радње, а у тај ред долази, веле они, само већ отпочета *йлавна* радња у каквом кажњивом предузећу, па из овог изводе не кажњивост припреме.³

Но ово је мишљење само површно. Кад би се усвојило као правило то, да би тек само отпочетак *йлавне* радње у каквом кажњивом дѣлу сачињавао онај штетан недозвољени и опасан улазак у сферу туђег права, који је кажњив, онда би се, слествено узимајући, из казнене одговорности морала искључити не само припрема, већ и *несвршени* покушај, јер ни он још није отпочетак *йлавне* радње у дотичном кажњивом дѣлу. Сем тога ово је и излишно, јер и без њега има довољно разлога, да се припрема по својој природи и своме могућем дејству сматра као дѣло, које је још удаљено од сфере казног права, и то томе које и не треба увлачити у њу, сем ретких, врло опасних припремних предузећа.

Ово су, у главном, начела, која о припреми важе у данашњој науци казног права, а која су, негде више, негде мање, примењена и у позитивним казним законима цивилизованих народа.⁴ Међу тим морамо додати, да је *енглеско* казно право са свим нејасно у овоме. Оно само говори, у приличној опширности, о појединим видовима *йокушаја*, а о *йрипреми* у њему се не налазе исказана никаква начела. У Енглеза је то питање потпуно остављено *йракиици*; зависи од увиђавности и правилне оцене судиске.⁵

III. П О К У Ш А Ј.

По природном току ствари, покушај вазда долази *йосле* припреме. Покушај је акат, који може да се учини на разне начине, са разним средствима, у разним правцима и према разним предметима. Ово све изазива потребу да се о покушају говори са разних гледишта. Ми ћемо у току ове наше расправе о свему томе говорити у засебним одељцима. А овде да приступимо првом питању, које се јавља по саој природи, а то је: *ийа је ио йокушај?*

Говорећи о *йрипреми*, и дајући опредељење њеног појма, тиме смо у једно олакшали себи задатак, који нам је претстојао у опредељењу покушаја. У предходећем одељку ми смо довољно разложили, да све оно што спада само у *йрипремне* радње, наравно да не може сачињавати појам покушаја као нечега, што је од припреме много ближе самом извршењу каквог кажњивог дѣла. Но све то још није довољно за појам покушаја. То је само *нейайивна* страна његовог опредељења. А да би се прибавило потпуно и правилно знање о покушају као једној правној чињеници, нужно је упознати се и са *йозиийивном* страном опредељења о његовом појму. То ће бити засебни задатак овог одељка.

3 Mittermaier, Neues Archiv, II део, стр. 604;

Zachariae, Versuch, I део, стр. 207;

Brackenhoeft, Neues Archiv, стр. 69 и 70 од 1847. год.

4 Berner, Lehrbuch, стр. 162;

Coestlin, System, 232;

Feuerbach, Lehrbuch, стр. 75;

Oppenhoff, Strafgesetzbuch, стр. 78 и даље;

Hèlie, Théorie du code pénal, књига I. стр. 365; и

Ortolan, Elément du droit pénal, књига I. стр. 416 и 436.

5 Mühry, Englisches, Strafrecht, књига I. стр. 231 и даље.

Шта је дакле покушај?

Покушај је онај акаџи, којим би неко лице истинна ошћочело какво кажњиво дѣло, али при свем том не би успело да изврши њо кажњиво дѣло, као шћио је хћило.

Као што се види из овога, *намера* је код покушаја једна и иста, као и код извршења. А разлика је између покушаја и извршења само у успеху, резултату, рада. Код *покушаја* кривац не успева у ономе, шта је хтео, а код *свршеној* кажњивог дѣла његова је воља потпуно испуњена, намера са свим остварена. Ту главну, основну, разлику између покушаја и свршеног кажњивог дѣла ваља увек имати на уму, па се неће никад упасти у збрку њихових појмова или у погрешну примену истих. А сем тога, знаће ове карактеристике покушаја, у исто време је јака гаранција за начелну разлику и између покушаја и припреме.

Но да би ту двогубу разлику покушаја, између њега и свршеног кажњивог дѣла с' једне стране, и између њега и припреме с' друге стране, још јасније показали, ми ћемо овде разложити поједине саставне дѣлове покушаја.

Сваки покушај кажњивог дѣла састављен је из овога трога:

а. Воље, која је по своме обиму била *већа*, него што је свршено дѣло. Код сваког покушаја кривац хоће нешто *више*, а постизава *мање*. На прилику, неко би хтео да *убије* другога, па би успео само да га лако обрани, или га промаши. Но и ако код покушаја воља није потпуно извршена, опет у самој тој вољи лежи узрок одговорности за покушај. Само *везујући* ону *већу* вољу са постигнутим *мањим* резултатом долази се до тог закључка, да је и та непотпуно извршена воља, која се јавља у облику покушаја, дѣло онога, који је вољно учинио извесну радњу, и по томе да се то мора њему ставити на терет. Без те везе између веће воље и мањег резултата, морало би се доћи до са свим погрешног мишљења, на име, да покушај не би могао бити кажњив, што не би био слика *пошћуне* воље онога, који је тежио да постигне извештан кажњиви резултат у облику свршеног кажњивог дѣла.

б. Из дѣла као *недовољне њојаве* према ономе, шта је кривац хтео. А ова *недовољност* може да буде из два узрока. Или што би остварење намере било *сћречено* при њеном коначном излазу у спољни свет, као на прилику, кад би неко у тренутку, у коме би пошао да опали револвер и да убије човека, силом био од другога спречен да то изврши. Или друго, што би међу стварним приликама, које је кривац претпостављао при тој својој радњи, било и таквих, које су сметале да се потпуно оствари намера, која је већ изишла у сферу спољног света. Док међу тим да су те стварне прилике биле онакве *како их је кривац претпостављао*, оне би биле кадре да остваре његову намеру. Тако на прилику неко би могао пуцати да убије другога човека, претпостављајући да између њих двојице нема никаквог предмета, који ће сметати извршењу те његове намере; док међу тим између њих је било неко дрво, које кривац није спазио, па би у место човека, он погодио то дрво.

Таква радња задржава свој казнени карактер само у онолико, у колико би се у истини развила. Она се то јест никад, у таквом случају, не би могла сматрати као *свршено* дѣло; али за то морала би се узети као покушај. У овом постављеном примеру наравно да се не би смело узети, да би постојало *убиство*. Али тако исто било би са свим погрешно сматрати, да ту не би било ни *покушаја* *убиства* што би човек био заклоњен дрветом, што би у дрвету била стварна сметња за извршење убиства. Покушај би постојао без призрења на то, *шћио* је сметало те воља није потпуно извршена. Као год што целокупни резултат воље, *извршење кажњивој дѣла*, наступа само са подударним дејством свију прилика и околности, на које је воља при извршењу рачунала; тако исто *пошћоји* *покушај* онде, гди воља наиђе на несавладиве спољне сметње

при своје остварењу. И у овом случају са свим је без значаја то, из којих је узрока спречено потпуно извршење воље. Покушаја има, па ма се воља потпуно не извршила, и само са тога што би се кривац преварио у своје рачуну на прилике и околности; или што би какав стран предмет показао се као препрека за извршење воље; или најпосле што би сила природе томе сметала.

Но ма колико да је, као што из овога видосмо, радња код покушаја зависна од воље, опет би било погрешно сматрати, да би тај услов покушаја што треба да има неке радње, могао да буде непотребан према оном услову воље. Не треба заборављати, да појам покушаја постаје само онда, кад је воља тек каквом радњом *йрешила у сферу казнености*, а то ће рећи у спољни свет. Воља дакле и радња то су два истина једно од другог нужна, па да би се могло рећи да постоји покушај у смислу казног права.

в. Из односа дѣла ка вољи, који се састоји у томе: да се воља огледа у дѣлу, ма и да није ово крајња тежња воље.

А по овом односу између воље и дѣла дознаје се, пре свега, *йоийуна* воља, која је била тежила да извршила неко кажњиво дѣло. Сем тога у том односу између воље и дѣла лежи поуздано упутство, да покушај почиње тек са оним моментом, у коме се тако опредељена воља јавља у облику неке спољне радње. И најпосле у том односу између воље и дѣла лежи и узрок да нека радња може да изгуби свој карактер покушаја, чим би ко сам драговољно одустао од те намере пре него што би она прешла у сферу спољног света.

То су та три услова, из којих се мора да састоји сваки покушај; или другим речима то су саставни дѣлови сваког покушаја. Држећи се њих, може се имати јасан појам о покушају.

Но и поред тога, да не би било погрешке у примени покушаја у појединим случајима, нужно је нарочито обратити пажњу још на неке његове карактерне црте. Покушај има као *заједнички* карактерну црту са припремом то: да, он још није *извршено* кажњиво дѣло. А опет као своју *засебну* карактеристику има то: да ли је он *бар йочейшак* његовог извршења, док на против припрема *није ни йочейшак* његовог извршења, док на против припрема *није ни йочейшак* тога. Сем тога покушај има као *заједничку* карактеристику са припремом и то: што у оба случаја човек драговољно може одустати од извршења. А опет са *свршеним* кажњивим дѣлом покушај има *заједничку* карактеристику то: да се обојим тим актима већ *врши* кажњиво дѣло. А разлика је опет само у томе, што је првом случају постигнуто *све*, што се хтело, а у другом нема овог резултата. По томе њихоје је *засебна* карактеристика то: да је покушај само *недовољан* резултат предузетог дѣла; док на против *свршено* кажњиво дѣло јесте *йоийуни* успех намере.

Ове карактеристике покушаја имају свога природног уплива на казнену одговорност. Тако у првом случају, где не би било *ни йочейшка дѣла*, не би било покушаја због тога, што радња још не би прешла из сфере унутрашњости у сферу спољног света. А у другом случају опет не би било покушаја са тога, што би са *йоийуним* постигнућем намере наступио случај одговорности за *свршено* кажњиво дѣло са свим у оном правцу, као што га је и смерао његов учинилац.

У оним карактеристикама покушаја и припреме лежи у једно и правни основ одговорности за покушај, који би у извршењу био спречен каквом недољивом силом као елементом стојећим ван властитости онога, који би покушао какво кажњиво дѣло. Кад не би и такав покушај већ био *йочейшак* самог извршења, онда не би било никаквог разумног основа њега *сйроже* узимати од саме припреме. А међу тим такав поглед на *неусйешни* покушај био би врло штетан и опасан. Под утицајем таквог мишљења о том виду покушаја, сваки би могао опробати извршење каквог кажњивог дѣла, не

бојећи се никакве одговорности. А *ойей са усйехом* кривац би, у накнаду за одговорност, имао бар то своје лично задовољство, да је постигао оно, што је хтео. Поврх овога, у неким кажњивим дјелима, политичним, успешан покушај заклањао би кривца од одговорности већ и због промењених политичких околности. Еле свокојако онакво мишљење о покушају, имало и у себи јаку клицу хрђавог уплива на друштвене и државне односе међу људима.

У опште узимајући, оне карактеристике о разлици између покушаја и припреме с' једне, и покушаја и свршеног кажњивог дјела с' друге стране, врло су значајне како за појам покушаја, тако и за одговорност, која отуда настаје по начелима казненог права и положних казних закона. За то је нужно не само имати јасне основе о томе, већ и увек чинити правилну примену тих основа у појединим случајима оптужења.

Ми смо нашим досадањим говором о појму покушаја дали, надамо се, довољно материјала за то обоје. Но опет држимо, да сама важност предмета захтева да у кратко додамо још неколико речи том нашем разлагању. То ако неће што припомоћи бољем разумевању овог питања, зацело неће ништа наудити томе.

Као ту допуну нашем досадањем говору о самом појму покушаја можемо навести још ово:

- а. Покушај мора да буде увек каква *сиољна* радња;
- б. У покушају се мора увек налазити *йочейак* смераног кажњивог дјела.
- в. Било би погрешно узимати, да би постојао покушај и онде, где би каквом радњом већ било *свршено* дотично кажњиво дјело.
- г. У покушају мора бити непосредне узрочне везе између отпочете радње и главног, смераног, кажњивог дјела.
- д. Радња, која не би стајала у непосредној вези са главним кажњивим дјелом, већ би имала своју *засебну* циљ, не би се смела уврстити у покушај оног главног кажњивог дјела. Она би се на против морала сматрала као *свршено засебно* кажњиво дјело. То би био на прилику онај случај крађе пушке у циљу убиства, о коме смо напред говорили. По што се у противзаконим присвојењу туђе пушке већ налази појам *свршене* крађе, то би било погрешно од тог *засебног, свршеног* кажњивог дјела правити некакав покушај убиства само са тога, што би та крађа била извршена у циљу покушаја убиства, па било ово отпочето или не. На против у таквом случају било би правилно само то: да се ту у првом случају, узме стицај два кажњива дјела: *свршене крађе и йокушаној убиства*, ако би ово било доцније предузето, а у другом случају постојала би *само свршена* крађа.
- ж. Није довољно, да је каква радња само *сиољна*, већ је потребно у једно и то, да је она *законом за кажњиву ојлашена*, па да би се могло рећи, да би у отпочетку такве радње постојао покушај кажњивог дјела. Без законске забране те радње, она би, и ако отпочета, била само још један нов облик тако назване „*nuda cogitatio*“ (голог мишљења или смера), а не и покушај у смислу казненог права. А са *йаквим* радњама не бави се казнено право, па ма колико да би оне биле неморалне. Јер иначе би се повредило оно опште начело, које смо наследили још из римског права: „*Nullum crimen, nulla poena sine lege*“ (нема кажњивог дјела, нема казне, без изречног закона). То су радње, које могу бити *недостойне*, али које при свем том нису *кажњиве*. Такве радње могу неког човека да окарактеришу као *хрђава*, па можда и као *нейошћена*; али опет не и као *кривца* у смислу казненог права.

3. Да ли у појединим случајима дојиста постоји онаква непосредна веза између отпочете радње и главног кажњивог дјела, каква је апсолутно потребна за појам покушаја у смислу казненог права, – о томе се не могу поставити *ојшиша* начела (in abstracto), већ то увек мора да буде остављено судском испитивању и оцени на спрам целокупних прилика и околности, под којима би биле учињене обе те радње: почетна и главна. Та непосредна веза са свим је релативне (односне) природе, па за то је ваља ценити у сваком поједином случају према *особинама* обеју тих радња како у њиховом односу једне према другој, тако и према намери, која би служила као основа и једној, и другој од њих.

Све ово, што смо до сада у разним тачкама навели ваљало би да се деси у каквој радњи или подuzeћу, па тек онда би се смело рећи, да би то био покушај, са којим се бави казнено право. А без тога, сва радња или би била *йријрема*, коју казнени закони редовно не сматрају као кажњиву! или отпочето, па можда и свршено, дјело, но које би могло бити недостојно или неморално, али при свем том не и кажњиво.

То су начела, која о појму покушаја данас важе како у теорији, тако и законима о казненом праву.⁶

Ми би се на овоме могли зауставити, небојећи се да би нам се могла пребаци-ти непотпуност у обрађивању предмета. Но при свем том дотаћићемо се још једног нарочитог питања у овом предмету.

Има писаца, који заступају то мишљење да, закони не треба да дају начелна опредељења о разлици између припреме и покушаја. Они веле да је боље и познавање те разлике оставити само судској оцени, подобно оној њиховој оцени о непосредној вези између отпочете и главне радње у каквом кажњивом дјелу. Но заступајући то мишљење, и сами они не дају никакве разлоге, за *шио* би и ту разлику између припреме и покушаја ваљало оставити чисто судској оцени, без икаквих начелних опредељења о томе.⁷

Али да је овакво гледиште на ово важно питање са свим погрешно, држимо да није тешко доказати. Припрема и покушај производе тако супротна дејства у казненом праву, да је апсолутно потребно знати јасну разлику између њих. Докле за припрему обично нема никакве казнене одговорности, дотле на против покушај ову редовно за собом повлачи и то често у тако великом размеру, да казна неких покушаја у више случајева може да надмаши казну о неким *свршеним* кажњивим дјелима. А такав огроман уплив на судбу једног човека оставити просто оцени и увиђавности појединих судија, не дајући им никаква обавештења, поуке и начела за правилно појимање, то би било колико неправедно, толико исто и опасно у појединим случајима. Нарочито би правда тим начином могла да осети јаке и чисте ударе. Судије би, као остављени сами себи, често један другом са свим супротно расправљали случајева, који би иначе, по свима приликама и околностима, заслуживали једнакију оцену и одлуку. А, као што се зна, ништа није црње и горе, него кад правда није свима једнака.

6 *Berner*, Lehrbuch, стр. 161;
Coestlin, System, стр. 214;
Oppenhoff, Strafgesetzbuch, стр. 76;
Feuerbach, Lehrbuch, стр. 71 и 76;
Zachariae, Versuch, I део, § 119;
Hèlie, у наведеној књизи, стр. 332 и 343;
Ortolan, у навед. књ, стр. 416.

7 *Breidenbach*, Commentar, I књига, други део, стр. 128 и даље.

Често нешто, што би, по себи цењено, можда било и неправо, може међу људима да важи *бар као односна љавда* само за то, што би се то вршило према свима подједнако. Кад сваки још у напред зна, да ће се нешто једнако вршити не само према њему, већ и према сваком другом, под једнаким приликама и околностима, онда он не може имати узрока, да се тужи на какву неправду нарочито према њему лично. А на против и највећа правда може да постане, бар односном неправдом, само ако се не би према свима вршила једнако.

Оволико о питању: *шћиа* је покушај? А сад да пођемо даље.

IV. КАД НАСТАЈЕ ПОКУШАЈ?

У *џеорџији* није тешко исказати, *кад настџаје* покушај. Али у практичној примени постављеног начела о томе, постоје велике тешкоће у распознавању тог момента, *ога-кле* настаје покушај. Ту тешкоћу ствара баш она разлика између припреме и покушаја. Често је у појединим случајима врло тешко распознати, гди *џресџаје* припрема, а гди *настџаје* покушај. Граница између та два акта често је тако деликатна и непровидна, да је тешко може да спази и најискусније око. Помишљајући на ту тешкоћу, ми ћемо се потрудити да овде не само јасно искажемо начела, која о томе важе у теорији казненог права; већ ћемо у исто време и расправом нарочитих практичних питања о почетку покушаја састарати се да олакшамо ту тешку задаћу распознавања између припреме и покушаја. Покушај је акат, који стоји у средини између припреме и извршења каквог кажњивог дѣла; с' тога се његов постанак може тачно знати тек онда, ако се има јасан појам о томе: гди *џресџаје* припрема, а гди *настџуџа* случај *свршеное* кажњивог дѣла.

Држећи се тога, ми ћемо гледати да тачно обележимо онај моменат, кад настаје покушај.

Покушај настџаје са оном радњом, којом се улази у остварење каквог кажњивог дѣла. Или другим речима: *џочетџак извршења каквог кажњивог дѣла, џо је моменатџ, са којим се добија џојам џокушаја.*

Овако се данас опредељује почетак покушаја не само од стране научара, већ и од казних законодавстава у опште.⁸

Но и ако је ово *оџшџе* признато; и ако изгледа као довољно исказати: *џочетџак извршења, џо је џокушај*, опет и овај израз треба објасњења, ако се хоће њиме да добије јасан појам о постанку покушаја. Мора се знати, *када* управо настаје тај акат, који се зове почетак у извршењу каквог кажњивог дѣла, као и по чему се познаје, да је већ наступио тај акат. То нам је дужност тачно претставити и обележити, ако хоћемо да дамо јасан појам о том почетку извршења.

Тај акат о започетом извршењу каквог кажњивог дѣла настаје са оном радњом, којом *оглучна воља сџуџа на земљшџе сџољног светџа, смерајући да џшме џроизведе неку џовреду џуђеџ љрава џо оглуци џе воље.*

8 Berner, Lehrbuch, стр. 165;
Feuerbach, Lehrbuch, стр. 72, 73 и 75;
Oppenhoff, Strafgesetzbuch, стр. 76 и даље;
Zachariae, Versuch, стр. 209;
Coestlin, System, стр. 234;
Hélie, у наведеној књизи, I део стр 343;
Ortolan, у навед. књизи део први стр. 419.

Може когод колико хоће *смерати* да вређа туђа права; али докле он не би ту своју намеру у *делу очийвоао*, догле не може бити ни говора о покушају каквог кажњивог дѣла.

Сем тога као почетак покушаја у каквом кажњивом дѣлу сматра се само она радња, која стоји у узрочној вези, као што смо и напред поменули, са главном радњом дотичног кажњивог дѣла тако, као што су једно за друго везани сретство и цел, узрок и дејство. Без ове узрочне везе такође не може бити говора о *йочейку йокушаја* у смислу казненог права. Само се онде сме рећи да је наступио покушај, гди је учињена нека радња, која је природна *йосредница између воље и смишленој кажњивој дѣла*.

Но поврх свега тога, да би се могло рећи, да је каква радња „почетак ивршења“, нужно је, да се у тој радњи налази *нейосредно осйиваравање* опредељене злочиначке намере. То мора бити почетак *дѣла*. А све, што би само *йосредно* томе ишло; или што би се окретало још у кругу неопредељених кажњивих смерова; још се не би могло назвати „почетком ивршења“, и по томе покушајем каквог, опредељеног кажњивог дѣла у смислу казненог права.

Али опет онај израз „почетак ивршења“, не знати то, да би са том радњом било учињено *све*, што се тражи за појам каквог *свршеној* кажњивог дѣла. На против довољно је да у тој радњи има ма и само нечега, што сачињава главну карактеристику дотичног кажњивог дѣла, па да би се могло говорити о његовом покушају. Кад би се за „почетак ивршења“ тражило оно прво, то јест да је учињено *све*, што се хтело, онда никад не би ни могло бити говора о *йокушају*, већ увек само о *свршеном* кажњивом дѣлу.

А исто тако за онај услов покушаја „почетак ивршења“ не тражи се ни то, да би отпочета радња морала имати *усйеха*, па ма и да би закон за постојање каквог *свршеној* кажњивог дѣла постављао успех као главни његов услов. На против и сам почетак ивршења, и ако без успеха, био би довољан за појам покушаја таквог кажњивог дѣла.

Са овим објасњењем, можемо дакле констатовати: *да са йочейком ивршења ивсесној кажњивој дѣла настјаје његов йокушај*.

Но ма колико да је лако ово положити као начело о постанку покушаја, опет није баш без тешкоћа то начело добро применити на поједине радње и предузећа људска. Често је, у пракцици, врло тешко одлучити: да ли је каква радња непосредни отпочетак каквог кажњивог дѣла, и по томе његов покушај; или је то само још *удаљења* посредница, те по томе само припрема. Није шта више не обично, да и *једна и исйа радња* може да буде за неко кажњиво дѣло *нейосредни оиййочейтак*, дакле *йокушај*; а за друго кажњиво дѣло да је само *йосредница*, припрема. Тако, на прилику, и сами они, који ускакање у кућу или проваљивање у цељи *крађе* сматрају већ као *йочейтак крађе*, *йокушај* њен, никако не сматрају то ускакање или проваљивање као *йокушај*, на прилику, *убисйва* или блуда, ако би и било доказано, да је то учињено у тој цељи.⁹

Помишљајући на ту тешкоћу која стоји на путу правилној примени оног начела о почетку ивршења, ми ћемо се овде дотаћи нарочито неких питања о томе. Тако:

1. Да ли би се сматрало као „почетак ивршења“ то, што би когод у цељи крађе већ *ускочио* или *йрескочио* у место крађе?

У овоме су мишљења научара подељена, а и практика судска са свим неједнака.

Једни мисле, да сам акат ускакања или прескакања у туђу кућу или затворене просторе у цељи крађе, већ садржи у себи онај услов „почетак ивршења“ кажњивог дѣла, и по томе покушај крађе.¹⁰

9 Berner, Grundsätze des preussischen Strafrechts, стр. 11.

10 Berner, Lehrbuch, стр. 166.

Oppenhoff, Strafgesetzbuch, стр. 80, примерба 21.

Други опет држе, да у самом том ускакању или прескакању још нема оног „почетка извршења“ каквог опредељеног кажњивог дела, па по томе ни покушаја. Они то своје мишљење бране тиме, што то ускакање или прескакање може да буде у разним намерама. Оно може да буде у цељи: насиља, разбојништва, отмице, крађе, убиства и тако даље, па ако би се, веле, сам акат ускакања или прескакања узео као онај „почетак извршења“, који даје појам покушаја, онда би било питање, а *које* би се од тих дела сматрало као покушано, кад је био могућ покушај више њих, једно од другог са свим различних.¹¹

Ма и да је савршена истина, да се ускакање или прескакање може да чини у разним намерама, ми опет држимо да је правилније оно прво мишљење *које* и у самом том акту ускакања или прескакања налази „почетак извршења“ *крађе* или подобног кажњивог дела према засебним приликама. Но ово би наравно било правилно само тада, ако би било доказано, да је то ускакање или прескакање било баш у цељи *крађе* или другог сродног кажњивог дела на спрам *џуђе имовине*, а не да је то било у каквој другој намери. Пребациће нам се можда, а да зашто ли то ускакање или прескакање у цељи каквог другог кажњивог дела, на прилику убиства, не би било покушај и *овој* кажњивог дела, само ако би било доказано, да је то ускакање или прескакање учињено у цељи убиства?; зашто да се ускакање или прескакање може да сматра као покушај *крађе*, а да није покушај *убиства*? Изгледа као да би ту било неке неслетствености. Али у ствари није тако. Појам *крађе* или каквог другог кажњивог дела против *туђе имовине*, и појам убиства са свим су противне природе. Прво је напад на *туђу својину*, а друго је напад на *туђу личност*. Као напад на *имовину* или *својину*, он се код *крађе* може да отпочне и самим тим ускакањем или прескакањем, јер у томе се већ налази незаконит и недозвољен поступак према *туђој имовини*, почетак напада на њу. Док на против тако никад не може да буде код убиства. Са ускакањем или прескакањем *личности* онога, кога би неко хтео да убије, још није дошла ни у какву опасност, у томе акту нема дакле „почетка за извршење убиства“.

Па као што је теорија, тако је исто и практика судска у овоме подељеног мишљења. Има судских одлука, *које* и само ускакање или прескакање у цељи *крађе*, сматрају као „почетак извршења“, и по томе покушај; а има их и противних. Примера о томе имаде доста у пракцици немачких и француских судова.¹²

Међу тим морамо додати, да и они, који држе да сам акат ускакања или прескакања у цељи *крађе* не би још био *покушај њен*, узимају да би у таквом случају опет постојао покушај кадгод би лопов, по уласку у кућу или какав простор, у *џом месту* предузео ма какву даљу радњу у цељи остварења *крађе*, на прилику ако би уклонио неке предмете, који би му сметали извршењу и томе подобно. Но да и овај додатак не иде у прилог оном мишљењу по коме се ускакање или прескакање не би смело сматрати као покушај *крађе*, – то није тешко разумети. Кад се хоће да говори о покушају, онда није реч о томе, да ли ускакање или прескакање, у *вези са другим каквим следећим акциом*, сачињава почетак извршења, већ да ли оно то даје *само за себе ценећи ја*. А међу тима онај акат, који би био учињен *после* ускакања или прескакања ако би био такав да би у њему имало „почетка *крађе*“, онда би он то био исто тако *без ускакања или прескакања*, као што би био и поред њих. То управо показује, колико и сами

Zachariae, im Goltdammer Archiv, књ. 5, стр. 779.

Berner, Grundsätze § 12.

11 *Hélie*, у наведеној књизи, I део, стр. 361.

12 *Oppenhoff*, Strafgesetzbuch, стр. 80, прим. 23.

Hélie, у навед. књ. I. стр. 359–361.

они, који у ускакању или прескакању у цељи крађе, не налазе њен почетак, увиђају погрешност таквог свог мишљења, кад морају тако рећи да крпаре, па да примају и онакве ситнице, као што су уклањање неког предмета с' места на место, као „почетак извршења“, крађе само ако би то било после ускакања или прескакања. А то у једно још утврђује умесност оног противног мишљења о томе, које и ми заступамо.

Овде ће бити место, да наведемо један пример из *наше* скорашње судске практике о овом питању.

У Свилајнцу десио се био недавно овакав случај: Један је хтео да покраде туђ дућан. У тој цељи он се једне ноћи попне на кров дућанске зграде, *ускочи* у оцак и пође тим путем да *силази* у дућан. Но кад је био на половини оцака, лопов се ту заглави тако, да није могао ни горе, ни доле. Дуго се ту копрцао, не би ли се како код избавио; али све бадава; оцак је био тако неправилне фигуре, а он се опет толико заглавио, да се никако није могао курталисати тог положаја. Видећи то и бојећи се зар да не би било још и што горе, лопов нададне вику и дреку, те се људи искупе, попну на кров, и, кад није могло другачије бити, развале оцак те лопова извуку из његовог колико смешног, толико и несрећног положаја. Доведен пред суд, лопов је признао да је у оцак ускочио и цељи крађе, и на основу тога његовог признања и исказа сведока, како је лопов нађен заглављен у оцаку, суд округа ћуприског осудио га је за *покушај ојасне крађе*. Пресуду о томе одобрио је и наш Касациони суд.

Као што се види из овога, овди су наши судови читовали оно мишљење, по коме се и само ускакање у цељи крађе сматра као њен покушај. Док на против по оном другом мишљењу у томе не само не би било покушаја крађе, већ не би било *никаквој* кажњивог дела. Ми незнамо управ *каквој* би кажњивог дела ту могло и бити по оном другом мишљењу. Покушаја крађе не би било; повреде туђих ствари такође не би могло бити, јер оцак није покварио *лојов*, већ су то учинили други само да би га извукли из оцака. Сем ако се у томе ваљда не би хтео наћи некакав иступ, рушење ноћне тишине због оне дреке и ларме лоповљеве или што подобно?! Но да би ово – башкад би и било правилно – било сасвим недовољно за казну онако велике дрскости, као што је било оно ускакање кроз оцак у цељи крађе, то је увиђавно и на први поглед.

2. Сматра ли се *ћроваљивање* у цељи крађе као њен покушај?

У одговору на ово питање можемо бити краћи. И о овоме питању мишљења су подељена исто онако, као и код оног првог питања. Разлози су и овде и једнима и другим они исти, који и тамо.¹³

И ми немамо потребе овде наводити какве *нове* разлоге против оног другог мишљења и у овом питању, јер држимо да ће бити довољно оно, шта смо о томе казали при расправи првог питања. Додаћемо само толико, да је *ћроваљивање* један корак ближе извршењу, него ли што би било *ускакање* или *ћрескакање*, па са тога онај, који признаје да је правилно у акту ускакања или прескакања с' намером крађе налазити покушај крађе, тај ће допустити, да је још правилније тако мислити о проваљивању у истој цељи.

3. Да ли би се недозвољени ноћни улазак у отворене зграде или просторе у цељи крађе, могао сматрати као „почетак њеног извршења“, као покушај?

13 *Berner*, Lehrbuch, стр. 166, приметба 1.

Oppenhoff, Strafgesetzbuch, стр. 80, приметба 24.

Berner, Grundsätze § 12;

Zachariae, Goltammer Archiv, књ. 3. стр. 304.

Hélie, у наведеној књизи, I део, стр. 260 и даље.

Да они писци, који ни само ускакање, прескакање или проваљивање у цељи крађе не сматрају као њен покушај, тако исто мисле и о овом увлачењу, то је са свим појмљиво.

Но међу тим овако исто мисле о том ноћном уласку или увлачењу у намери крађе и они, који о ускакању, прескакању или проваљивању имају *јрошивно* мишљење. *Ойшше* је мишљење, да се овакво ноћно увлачење у отворене просторе *редовно* не би могло још сматрати као почетак крађе, ма и да би било доказано, да је оно било учињено у тој цељи. Разлика је међу њима само у томе, што се неки тога држе *айсо-лушно*, то јест недопуштају да би се ни под каквим условом такав улазак или увлачење могло сматрати као покушај крађе.¹⁴ А други остављају судској оцени да у неким нарочитим приликама и околностима дѣла могу и сам такав улазак или увлачење сматрати као покушај.¹⁵

Ми мислимо да је правилније допустити ово изузеће од правила, по коме би судији било дозвољено, да и у самом том ноћном уласку или увлачењу у отворене просторе може наћи покушај крађе, само ако би се такво његово схватање дало довољно правдати засебним приликама и околностима дѣла.

4. Кад би ко у намери крађе *склонио* какав предмет на рад поверни му, да ли би се то могло сматрати као „*йочешак њеној извршења*“, као *йокушај* крађе?

Ово се питање тиче случаја где би когод туђу поверену му ствар склонио у каквој *јосјодаревој* просторији у намери, да би је доцније узео. Гди би дакле ствар, правнички узимајући, јошбила у притежању њеног првог господара. Јер ако би ствар била однесена *ван домашаја јосјодаревих јросјорија*, онда ту не само да би било покушаја, већ и *свршеној* кажњивог дѣла крађе.

Дакле да останемо при онаком примеру, то јест, кад би ко од поверених му ствари неку у господаревој просторији прикрио у намери да је доцније однесе и себи противзаконо присвоји, питање је, да ли би у самом таквом акту прикривања туђе ствари у цељи крађе постојао њен *йокушај*?

Има мишљења, која у томе налазе само *јријрему*, и по томе акат не кажњив.¹⁶

А други на против држе, да би у томе постојао *йокушај* крађе, ово међу тим и они нарочито мисле само онда, ако лопов ствар не би из притежања господаревог склонио у туђу неку просторију у намери, да би је после одатле однео; а ако би он и то учинио, онда они у томе налазе *свршену* крађу.¹⁷

Ми држимо да је ово друго мишљење правилније, јер кријући од правог господара његову ствар у намери, да је после одатле узме, лопов ју је *фактички* већ узео из притежења господаревог, а то је већ *йочешак* противзаконог присвојења туђе ствари себи, или другим речима покушај крађе.

5. Тражење црквеног огласа о женидби да ли би се могло сматрати као почетак извршења намере о женидби? У опште то се узима као почетак акта о женидби. С' тога ако би то учинио какав ожењен човек, онда би се у том његовом акту налазио *йокушај двоженсџва, бијамије*.

14 *Zachariae*, Golt. Archiv књ. 5. Стр. 570.

15 *Oppenhoff*, у наведеној књизи стр. 80, прим 25; *Berner*, Grundsätze § 12.

16 *Oppenhoff*, у наведеној књизи, стр. 81, прим. 26;

17 Пруски касаџиони суд својим решењима од: 12 Јануара 1853, 28 Јануара 1861, 29 Окт. 1862, 12 Дец. 1862 и 27 Маја 1864 године.

6. Када би се код *кривоклейџџива* сматрало да је отпочето извршење тог кажњивог дѣла?

Да ли можда тиме, што би онај, који би хтео да положи заклетву, стао спреман да то пред влашћу учини, па би можда и руку дигао као знак да хоће да изрече законску формулу заклетве; или се тражи још и нешто више?

У опште се узима, да код кривоклетства почетак његовог извршења почиње тек са изговором бар речи „Ја“, са којом заклетве почињу. У тренутку, кад би оптужени то изговорио, он би учинио *йокушај* кривоклетства. Ма и да би он био спречен или и сам одустао од даљег кривоклетничког говора, опет се не би могло бранити да би то била само некажњива припрема. То је признато мишљење у казненом праву.¹⁸ Док на против сам *џрисџијанак* на полагање заклетве, или баш и долазак до места заклетве без почетка говора оне законске формуле о томе, – још не би био почетак о извршењу кривоклетства.¹⁹

7. Да ли би се *најовор* на какво кажњиво дѣло могао сматрати као почетак кажњивог дѣла, и по томе као покушај?

У овоме су питању сагласни научари не само једног и истог народа, већ и разних. И Немци, и Французи мишљења су да наговор на какво кажњиво дѣло, а нарочито и наговор на лажну сведочбу, не даје, *сам њо себи*, појам *йокушаја*. Тек ако би наговорени по наговору отпочео оно кажњиво дѣло, које је било предметом наговора; тек ако би наговорено лице, на прилику, почело да сведочи лажно, онда би наговорач могао да одговара за покушај. А без тога наговор, и ако би већ био примљен, сматрао би се само као *џријрема*, као дѣло неморално, али не у исто време и кажњиво.²⁰

Два су разлога за овакво мишљење о наговору на какво кажњиво дѣло.

Први је у *објекџивџијџију* казног права, то јест, што се за кажњиво смтра само оно, што каквом *сјољном* радњом улази у сферу спољног света као што смо и до сада спомињали. А наговор је, без покушаја од стране наговоренога, још акат више *унуџарње* природе, докле год наговорени не би по наговору ступио у сферу вређања спољног света.

А други је разлог у томе, што би и сама наговорена личност постала одговорном тек од времена, кад би покушала кажњиво дѣло по наговору. Па кад би се за наговорача узело противно, онда би настала аномалија, да би неко као наговорач одговарао за *йокушај* неког кажњивог дѣла, ма да ово никако није ни било покушано, ма да и сам наговорени не би одговарао за покушај.

8. Да ли би се писање писма у намери насилне изнуде и полазак на место, гди би писмо имало да буде подбачено; да ли би се дакле то могло сматрати као *йокушај*, или би то било само припрема?

За објасњење овог питања ми ћемо се послужити једним примером из *наше* скорашње судске пракције.

Неки Панта Јанковић из Кушиљева, незнајући писати, молио је био више пута неког Милана Димитријевића момка коларског, да му, као од стране познатог хајдука

18 *Oppenhoff*, Strafgesetzbuch, стр. 18, прим. 2,

Goltdammer, Archiv, I, стр. 702;

19 *Goltdammer*, Archiv, 2, књ. стр. 429.

20 *Zachariae*, Archiv, од 1850 године, стр. 279;

Berner, Theilnahme, стр. 274;

Hélie, у наведеној књизи, део 1, стр. 368–369.

Петра, напише писмо на Милана Радивојевића, свећеника из Кушиљева, којим ће од Радивојевића тражити 30 # цес. да му остави код неког цера, претећи Милану да ће га убити, ако то не би учинио. Димитријевић је најпре одбио Панту од тога; но кад је овај непрестано наваљивао да му то напише, он јави случај помесној општинској власти, и ова му дозволи, те он напише Панти писмо, које је овај тражио. Панта је то писмо узео од Димитријевића једно вече, као што су се били договорили њи двојица, па са тим писмом пође да га остави у авлију Радивојевићеву. Но у путу, докле Панта још није био дошао до куће Радивојевићеве, ухвате га намештени стражари, и нађу код њега и писмо. Панта је на испиту признао, да је било овако, као што мало час испричасмо; и полициска власт спроведе га суду као кривца за насилну изнуду – § 249 казненог закона – . Примивши то дело и кривца Панту, суд округа пожаревачког својим решењем од 27 Сеп. 1883 № 18945 био је нашао: да у радњи Пантиној нема кажњивог дела, „кад он *писмо није подбацио* или га ма како Радивојевићу доставио“. Но касац. Суд. 26. Нов. 1883 године № 4221. решио је: да у тој Пантиној радњи *има покушаја* насилне изнуде. Као главни разлог за своје такво решење, Касациони Суд употребио је то, што је Панта у извршењу насилне изнуде био спречен туђом вољом и силом.

Али овакво схватање нашег касационог суда не одговара начелима науке о покушају. Покушај је *почетак и вршења* самог кажњивог дела, овде насилне изнуде; сам полазак на место, гди би се отпочело извршење кажњивог дела, никад још није и отпочетак истога. А по томе се у самом том поласку не може налазити појам *покушаја*, и ако је Панта у даљем раду био спречен туђом вољом. То је само припремна радња, од које је Панто могао и сам, пре почетка дела, одустати исто онако, као што га је и стража спречила. Но другојачије би било, да је стража оставила Панту, да уђе у Радивојевићеву авлију, и да отпочне остављати писмо, онда би у томе било покушаја, јер у тој радњи било би „отпочетка дела“, од чега Панто не би могао одустати по својој вољи. Тада би потпуно извршење могло бити спречено само туђем вољом и радњом, дакле било би свега оног, што се тражи за појам покушаја. Ми смо овако мислили још у одељењу касац. Суда. Тада смо истина ми са нашим таквим мишљењем били у мањини. Али доцније, општа седница Касационог суда својим решењем од 20. Дец. 1883 године № 4639, усвоила је наше мишљење, нашао је: да у оној Пантиној радњи *нема покушаја насилне изнуде*.

То су главна питања о „почетку извршења“ каквог кажњивог дела, на која обично мора да наиђе сваки, који се буде бавио са казним правом, било као теоретичар, било као практичар.

С' тога смо и ми сматрали за потребно да се њих нарочито дотакнемо.

Но пре него што би завршили овај наш говор о „почетку извршења“ код кажњивих дела, дужност нам је да обратимо пажњу још на двоје:

- а. Има дела, која сама по својој природи нису ништа друго, већ само *припремно* сретство за извршење другог кажњивог дела, па опет закони та дела сматрају не као покушај, већ као *вршења* кажњива дела. То је случај код прављења лажног новца. Сам акат прављења лажног новца, још није „почетак извршења“ кажњивог дела са лажним новцем, јер ово би настало тек са *упо-требом* лажног новца. Могао би ко правити *лажни* новац колико би хтео, па опет он не би требало да одговара за то, докле не би тај лажни новац био употребљен. Тако би било строго начелно узимајући. Но помишљајући на опасност и штету, која може да наступи због прављења лажног новца, казнено је право поделило одговорност за то на двоје: прво за само прављење; друго за употребу лажног новца. Некад се деси, да код каквог оптуженика

постоје ове обе карактеристике; али и кад би постојала само она прва, дело би се сматрало не само за *покушано*, већ за свршено.

- б. По француском казненом праву има дела, која и ако би била *покушана*, опет се не би сматрала као кажњива. То је случај, кад би *маћи* узимала да побаци дете. За побацивање деце код Француза мати одговара само ако би успела да то изврши. Док на против сам покушај тога, од њене стране обично се не сматра као кажњив. Но узрок те штедње према таквој матери не лежи у томе, што у том акту не би било почетка побацивања, већ једино у деликатности материнског положаја, пошто фамилијарни разлози говоре за то, да се не улази у таква тугаљива испитивања и онде, кад је покушај побацивања од стране мајке остао безуспешан. Уосталом ову су теорију Французи развили само на основу њиховог положног закона.²¹

Док на против Немци, држећи се строгих основа правде, покушај побацивања и од стране матере сматрају као кажњив.²²

Мислимо да ће ово, што доведе казасмо, бити довољно за објасњење, шта се разуме под „почетком извршења“, и по томе у чему се налази појам покушаја неког кажњивог дела.

Можемо дакле поћи за даљим током ове наше расправе.

21 *Hélie*, у навед. књизи, дел. I, стр. 368; и члан 317 француског казненог закона.

22 *Oppenhoff*, стр. 281 примедба 5.

ANDREAS WERKMEISTER, Straftheorien im Völkerstrafrecht (Teorije kažnjavanja u međunarodnom krivičnom pravu),

Baden-Baden, Nomos Verlag 2015, 409 str.

Krajem proleća ove godine izašla je u Nemačkoj knjiga koja je za sada najuspeliji izdanak nove diskusije o svrsi kažnjavanja. Dok jedni autori (kao T. Walter i G. Pérez-Barberá) po prvi put posle mnogo godina otvoreno predlažu da se neki vid retribucije („Vergeltung“) prihvati kao legitimna ili čak i glavna i jedina svrha kažnjavanja, Verkmaјsterova knjiga napisana je u duhu protivne škole, kojoj je svaka osveta i retribucija mr-ska i koja nastoji da kažnjavanje veže za opipljive, smislene i pravom kritičkom mišljenju dostupne principe. Šta je i kako izloženo u Verkmaјsterovoj knjizi „Teorije kažnjavanja u međunarodnom krivičnom pravu“ i šta treba očekivati od dalje rasprave?

I.

Studija Verkmaјsterova počinje sa poglavljem „Ist das ein Mensch?“ i završava se poglavljem „Das ist ein Mensch“. Dakle, otprilike, autor otvara svoju studiju upućivanjem na uobičajne reflekse i osećanja svakog čoveka koji se suoči sa grozotama nedela koje međunarodno krivično pravo kažnjava i njihovim učiniocima („Čovek ili nečovek“, „Ist das ein Mensch?“) i završava svoju studiju saupečatljivim konstantacijom da učinilac svakako jeste čovek („Das ist ein Mensch“). Između tog polaznog pitanja i odgovora, nalazi se čitav niz prevrednih izlaganja o svrsi kažnjavanja.

Prva glava (str. 23-82) sadrži vrlo lepo napisan deo o međunarodnom javnom

pravu i problematici teorije kažnjavanja u okviru međunarodnog krivičnog prava. Karakteristika je, a biće i svojevrsna prednost studije, što su u diskusiju ravnomerno uključene kako pristalice različitih pravaca iz kruga krivičara, tako i značajni doprinosi predstavnika drugih disciplina (npr. J. Habermas, N. Luhmann).

Druga glava (str. 79-117) je svojevrsno teorijsko stecište cele studije u kome je na prvi pogled samo retorički značaj uvodnog pitanja i odgovora preveden u sferu centralnog teorijskog problema. Polazeći – nužno – od posebnog značaja koji se u Nemačkoj pridaje „ljudskom dostojanstvu (Menschenwürde)“ (v. čl. 1 nemačkog Osnovnog zakona), Verkmaјster je izgradio okvir za legitimaciju kažnjavanja, koji, prema njegovom shvatanju, ima strogo biti iscrtan imperativima koji proizilaze iz poštovanja ljudskog dostojanstva. Pritom valja naglasiti, da u pogledu ljudskog dostojanstva Verkmaјster, kao i glavnina savremene teorije javnog prava u Nemačkoj, ne prihvata filozofsko-metafizičko shvatanje ovog pojma, po kome bi ljudsko dostojanstvo bilo neko apstraktno (za pozitivniji ukus moglo bi se reći: mistično) svojstvo ljudskosti. Verkmaјster polazi (str. 79, 91 ff.) od „subjekatske teorije“ (Subjektive Identitätstheorie), prema kojoj zaštita ljudskog dostojanstva znači pre svega zaštitu čoveka koji po definiciji ima individualno srasao identitet.

Čitav zaokret prema „ljudskom dostojanstvu“ ima, barem se tako meni čini, manje logičku ili teleološku vrednost, a više se

može razumeti i prihvatiti kao vešta i neopodno korekcija „diskursa“ u kome postoji tendencija da se okviri legitimacije kažnjavanja postave bez obzira na karakter ljudi kao društvenih bića i često čak uz retroaktivno pripisivanje neljudskih svojstava učiniocu. U tom pogledu, kao što je uostalom često slučaj, kažnjavanje više govori o nama koji kažnjavamo, o dostojanstvu države, organizacije, pojedinaca koji kažnjavaju, pa i međunarodne zajednice, nego o kažnjenicima i njihovim nedelima.

Treća glava (str. 118-355) je najobimnija i predstavlja središnji deo studije u kome je Verkmaister izneo kritiku različitih teorija kažnjavanja i njihovog mogućeg značaja u međunarodnom krivičnom pravu. Shodno obimu i značaju izlaganja, reći ću o aspektima iz ove glave nešto više, pri čemu ću uvek nastojati da iznesem pokoji detalj naročito interesantan za naše čitaoce. Zanimljivo je da je Verkmaister napustio dihtomiju „apsolutnih“ i „relativnih“ teorija kažnjavanja i da umesto toga razlikuje „retributivne teorije“, „preventivne teorije“ i „ekspresivne teorije“.

U pogledu retribucije (118 ff.) izložene su u studiji, pored starinskih postavki Kanta i drugih metafizičara, i novije evropske i američke teorije koncipirane u proteklih nekoliko decenija (134 ff.).

Kod specijalne prevencije pohvalno je uzimanje u obzir kriminoloških nalaza i učenja (154 f.). Verkmaister u pogledu specijalpreventivnog aspekta polazi od toga da svrha međunarodnog krivičnog prava i kažnjavanja koje počiva na njegovim osnovima strogo gledano sme biti samo sprečavanje budućih zločina iz domena međunarodnog krivičnog prava a ne totalna prevencija kriminalnog ponašanja krivca (170 ff.). Sa dosta uspeha u studiji je izložena neophodnost da konkretna kazna *bude kombinacija* prisile i prikraćivanja sa jedne strane i resocijalizacije u pedagoškom smislu sa druge strane (362 ff.). Verkmaister je zauzeo dosta kritički stav prema negativnoj specijalnoj prevenciji (189), što je izgleda najpre posledica okolnosti da je svoje izlaganje ravnao prema Listovoj hipotezi po

kojoj bi taj oblik prevencije bio rezervisan za „nepopravljive“. I inače se stiče utisak da „sigurnosni“ odn. negativni aspekt specijalne prevencije autor, u skladu sa novijim nađenjem u Nemačkoj, ne želi *uopšte* da prihvati kao pojmovni element *kazne*, već ga shvata kao arhitip bezbednosne mere.

U skladu sa poznatim, novijim studijama (L. Greco), u pogledu negativne generalne prevencije Verkmaister nastoji da naročito oprezno oceni Fojerbahovu koncepciju (196 ff.), za koju se danas – drugačije nego do skora – drži da ne počiva na okosnicama rational choice-a već naročite asocijativne psihologije Fojerbahovog vremena, koja je, za razliku od učenja o razložnom izboru, imala značajne determinističke primese. Otud postoje barem dva bitno različita pravca koja se zalažu za negativnu generalnu prevenciju: stariji Fojerbahov, čija je posebna zasluga (ali i logična nužnost) potenciranje principa zakonitosti, i noviji, koji crpi svoje postojanje iz predstava o učiniocu kao razumnom biću koje razložno bira svoje postupke.

Tročlana podela (retribucija, prevencija, penalni ekspresivizam) naročito je inovativna u domenu pozitivne generalne prevencije (226 ff.). Prema Verkmaisterovim načelima u odeljak o pozitivnoj generalnoj prevenciji ušle su samo one teorije čija je neposredna svrha zaštita pravnih dobara (267). Sa tog rezona Verkmaister Jakobsovu teoriju kažnjavanja ne izlaže u okviru dela o pozitivnoj generalnoj prevenciji već u delu koji je posvećen ekspresivnim teorijama. Tu je sistematizaciju Verkmaister preuzeo iz novije, dosta zapažene knjige o kaznama i njihovoj legitimaciji J. Kaspara (J. Kaspar), koja je, takođe, nedavno objavljena. Koliko ja, međutim, razumem, tvrdi kriterijum podela na preventivne i ekspresivne teorije ne leži u svrsi odn. zaštititi pravnih dobara, već se cela stvar u studiji lomi prema kriterijumu *objekta uticaja*. U teorije pozitivne generalne prevencije Verkmaister je svrstao sve teorije koje analogno teorijama negativne generalne prevencije nastoje neposredno da odvrte *pojedince* iz otvorenog kruga adre-

sata od zločina ali – i tu bi bila klasična razlika u odnosu na negativnu generalnu prevenciju – ne potcrtavanjem moguće patnje i zla već podsticanjem „pozitivnih“ efekata kao što su razumevanje i prihvatanje normiranih (pravnih) granica ponašanja.

Grupa ekspresivnih teorija je u Verkmaјsterovoj studiji heterogena. Pored Jakobsove teorije, koja je „normbezogen“ (273 ff.), Verkmaјster pominje još i teorije kojima je posebno stalo do utvrđivanja istorijske istine u krivičnom postupku koji je shvaćen kao totalni komunikativni proces (286 ff.), zatim teorije ekspresivnog kažnjavanja koje nastoje da nadenu naročitu stigmom osuđenom krivcu (298 ff.) i konačno viktimološke ekspresivne teorije (316 ff.).

II.

Iz čitavog venca bogatih izlaganja izdvojio bih dva bitna aspekta koji su, kako mislim, i autoru vrlo važni i u pogledu kojih bi mu trebalo u diskursu priznati zaslugu za znatnu inovaciju. Prvi aspekt je dosta uspešno izvedena dekonstrukcija pojma generalne prevencije. Taj pojam je sve dok se tiče „društva“ kao celine ili apstraktnog kruga potencijalnih učinilaca dosta prazan, a i u pogledu međunarodnog pravosuđa lako može pobuditi određenu konceptualnu sumnju sve dok se vezuje za konkretno, ali ipak celovito društvo. Opipljiva građa za legitimaciju kažnjavanja dobija se tek kada se uobičajna dihotomija (u pogledu društva kao celine i pojedinca) prevaziđe i kada se u obzir uzme čitav dijapazon društvenih grupa i stecišta koje ne vezuje pripadnost jednoj političkoj zajednici odn. državi (društvo kao celina), već određen kriminovalentan kriterijum kao što je obavljanje određenih zanimanja, povezanost ili nepovezanost u političkoj borbi. To nije ni individualni ni opšti plan, već plan „mezoprevencije“ ili, možda na našem bolje: „mecoprevencije“ (81, 154 ff., 365 ff.).

Posledice su tog realističkog pomaka od apstraktno zamišljene „javnosti“ ili „društva kao celine“ ka konkretnim steci-

štima društvene interakcije vrlo gravidne. U pogledu generalne prevencije Verkmaјster ističe da uopšte nije pitanje da li postoji potreba da se deluje na društvo kao celinu ili na opšti otvoreni krug adresata, već da teorija i konkretna kaznena politika moraju ponići na predstavi preventivnog delovanja na krugove opipljivih grupa adresata kojima je, moglo bi se reći, zajednička shodna kriminološka situacija (225 f.). To bi na primer, koliko je vidljivo iz studije, u slučaju kažnjavanja predsednika bili predsednici drugih država, u slučaju kažnjavanja generala vojne starešine ili, uopšte govoreći, u slučaju krivolova lovci ili lovci jednog podneblja, u slučaju nesavesnog lečenja u porodilištima babice isl. No samu ideju meco-plana, Verkmaјsetr je iskoristio i kod specijalne prevencije (157 f.), kao i na drugim prigodnim mestima u studiji (166). U slučaju kada se čini da specijalna prevencija nije potrebna zato što je, prema svim prilikama, izvesno da se učinilac više neće domoći visokog ili važnog položaja koji je bio kriminološka *conditio sine qua non* delinkvencije, često se kaže da bi u takvom slučaju sa stanovišta specijalne prevencije kazna bila besmislena. Ako se kao merilo sagledavanja stvari postavi *meco-plan*, stvari stoje nešto drugačije. Učinioću mogu i dalje, nakon gubitka pređašnjeg političkog položaja, biti dostupne druge kriminološki relevantne aglomeracije moći kao što su razni karteli ili partijska struktura u slučaju opozicionih stranaka sa nasilnim elementima.

Drugi je važan aspekt koji prožima analizu u celoj knjizi izvestan „kriminološki zaokret“. Verkmaјster drži da se o pitanjima koje raspravlja u njegovoj studiji ne može voditi zatvorena filozofska diskusija, već da argumentacija mora dosledno uzeti u obzir faktičko stanje stvari (etiologija i fenomenologija zločina, penologija) (47 ff.). U tom pogledu u celoj studiji je primetno osetno upotpunjavanje diskursa, u kome se često skreće pažnja da se pravna ocena i eventualna teorija kažnjavanja moraju vezati za konkretne, stvarne oblike izvršenja, stvarne oblike i tipske razlike između učinilaštva.

Treba primetiti da je po sredi u prvom redu uočavanje i prevodenje jednog svežnja svežih kriminoloških nalaza i okosnica u širi kontekst teorijske rasprave, a ne „empirizacija“ diskursa. Ali i sa tim se mnogo dobilo, jer je spekulacija kako-tako obuzdana, misli se ne predstavljaju kao da dolaze iz samih misli, već postoji upravo jedan reflektivni odnos prema činjenično i pravno potentnoj stvarnosti.

Dobar utisak u tom smislu ostavlja, primera radi, pokušaj Verkmajestera da u okviru izlaganja o opasnosti od povrata argumentaciju poveže sa „turning-points“ debatom (159). Ali bi upravo na tom mestu trebalo časak razmisliti i videti u kojoj meri za sebe bez sumnje vrlo bitni nalazi istraživanja kriminalnih karijera, koji su mahom ponikli na građi koja se odnosi na kriminal koji zahteva određenu psihomotoričku umešnost, mogu bez daljnjeg preneti na ljude koji su izvršili nedela na važnim „kabinetskim“ položajima u diktaturama ili drugim nesređenim državama i sve to još uz znanje i aktivno učešće porodica koje su inače bitni protektivni faktori u starosti. Tu bi možda pre bilo poželjno razviti zasebnu teoriju učešća u „političkom ciklusu“.

Sa navedenim epistemološkim pomakom u vezi je i dosta zgodan i pohvalan, po sebi vrlo radikalnan zahvat kod pojma kazne. Verkmajester odbija da govori *o svrsi kazne kao takve*, već polazi, držeći se svog epistemološkog pomaka (na kome su u skorije vreme insistirali i drugi autori), da se okvir legitimacije može izraditi samo sa obzirom na konkretne kaznene pojave (71 ff.). Otuda je cilj izlaganja da se kazna analizira kao „pravni fenomen međunarodnopravnog poretka i društveni problem u životu učinilaca“ (74). Otuda je i predmet analize „praktikovana kazna u međunarodnom javnom pravu (praktizierte völkerrechtliche Kriminalstrafe)“ koja u tom smislu u životu ljudi i naroda postoji kao praktikovani oblik neodobravanja, i to u vidu smislenog, prinudnog akta prikraćenja slobode (79).

III.

U čitavom moru različitih konkretnih kombinacija (Vereinigungstheorien, up. 348 ff.), Verkmajester zauzima stanovište da legitimna svrha kažnjavanja može biti samo prevencija, i to u Verkmajesterovoj koncepciji, pozitivna specijalna prevencija i „meco-prevencija“. Taj je stav posebno i ponovljen i razrađen u zasebnoj, završnoj glavi studije (356-381). Aspektat žrtve, koji je upravo delom u Minhenu u zadnjih nekoliko godina dosta istican, Verkmajester je u izvesnom smislu minimalizovao, ali mu je formalno ostao vrlo veran. To je možda, za dalje praćenje diskusije, najinteresantniji deo studije. Glavna je premisa sadržana u Verkmajesterovim rečima da „za legitimaciju kažnjavanja svakako nije dovoljno samo da bez drugih aspekata faktički postoji potreba kod žrtava“ da učinilac bude kažnjen (317). Iz ugla krivičnog prava nisu relevantne „neisfiltrirane retributivne potrebe“ (323) već jedino *opravdani interesi* („anerkennenswerte Interessen“) žrtve kojima može da se udovolji sredstvima krivičnog prava (317, 335 ff.). Reč je u tom pogledu o viktimološkim aspektima (317) teorije kažnjavanja ali sama žrtva i njena osećanja nisu mera kazne; žrtva nema pravo da učinilac bude kažnjen već ima opravdani interes da se efikasno reaguje na nedela (344).

Žrtva je u tom konceptu transcendirana njenim „opravdanim interesima“, koje pak Verkmajester prevashodno izjednačava sa efikasnom pozitivnom specijalnom prevencijom i „meco-prevencijom“ (370 ff.), i uz to naglašava da žrtve (pa i one koje više nisu među živima) imaju opravdan interes da se u upečatljivom komunikativnom činu, kakav je krivičan postupak, utvrde učinioци i njihova krivica. Ako se ne varam, to je jedan snažan zaokret u odnosu prema žrtvama, koji je – delom upravo i u Minhenu – godinama unazad često uziman za glavnu ili jednu od glavnih okosnica nove kriminalne politike. Verkmajesterova argumentacija nije u uobičajenom smislu viktimološka. Slične opravdane interese kao žrtve u Verkma-

sterovim izlaganjima imaju „svi građani“ ili svakako svaki „normativni građanin“. To je otprilike pravac u kome bi diskusija mogla nadalje da se kreće: *legitimacija kažnjavanja u funkciji građanskog društva s obzirom na sumu svih njegovih prilika, stvarnih odnosa i uobičajenih ili oprobanih „komunikativnih kanala“*. To je gorući problem koji se podjednako i suštinski tiče: materijalnog krivičnog prava, izvršenja i postupka.

IV.

Pitanje sa kojim je Verkmaister otvorio svoju studiju („Ist das ein Mensch“) i potvrđan odgovor sa kojim je mogao da je zatvori (učinilac je svakako čovek), nisu spomenik praznog književnog talenta autora. Verkmaisterova je naime glavna ideja, da tendencije ka retribuciji ili eliminatornom krivičnom pravu (Feindstrafrecht) u međunarodnom krivičnom pravu uglavnom proističu iz zgranutosti nakon učinjenih nedela, odnosno iz nepoznavanja same stvari i svih aksioloških sadržaja rasprave. Zadatak je pak pravnik da zgranutost i zabezegn-

tost prevaziđu i da izrade smislen i umesan osnov za kažnjavanje u međunarodnom krivičnom pravu. Za mene je odgovor na kraju knjige bio otkrovenje, ne zbog toga što sam ranije bio na stanovištu da učinioci nisu ljudi, već zato što mi se nakon prebiranja bogatih Verkmaisterovih izlaganja činilo da je gotovo i neprihvatljivo drugačije misliti. Ta je dakle knjiga sa uvodnim pitanjem i odgovorom jedan od najlepših dokaza smisla i koristi pravnog posla.

Knjiga je zaista dobro napisana i to, mislim, po ukusu svakog čitaoca, bez obzira za koji se pravac mišljenja inače zalagao i kakav pogled na svrhu kažnjavanja imao. U tom pogledu preporučuje se svakom, ali mislim da neću preterati ako kažem da će je posebno ceniti svi oni čitaoci kojima je drago što je diskusija o svrsi kažnjavanja – u Nemačkoj – opet zaživela i što su se već na početku diskusije, posle godina i godina defanzive, našle vrlo umešne i prodorne pristaje *smislenog* kažnjavanja.

Luka Breneselović

IN MEMORIAM

ODLAZAK VELIKANA

William Chambliss

(1933-2014)

Kriminologija je za nekoliko godina ostala bez trojice značajnih autora koji su, svaki na svoj način, obeležili stanje u ovoj nauci na razmeđu prošlog i ovog veka. Prvo je preminuo James Q. Wilson (1931-1912) najznačajniji predstavnik desnog realizma u kriminologiji: Ovaj Amerikanac tvorac je jedne od „generalnih teorija kriminaliteta“ (zločin kao posledica niske samokontrole), još poznatiji po ukazivanju na potrebu da se sredina suprotstavlja već prvim znacima antisocijalnog, „necivilizovanog“ ponašanja („strategije razbijenih prozora“). Jedan je od teoretičara koji su izvršili snažan uticaj na osmišljavanje oštrog odgovora države na tzv. ulični kriminalitet (na neki način, on je idejni tvorac i kažnjavanja koje sledi pravilo „tri greške i van igre si“).

Sledeći preminuli velikan zastupnik je sasvim druge orijentacije. Britanac Jock Young (1942-2013), jedan od osnivača „Nove kriminologije“, briljantan tumač kriminaliteta u postmodernim društvima (pre svega u SAD i Britaniji). Njegovo objašnjenje kako su Amerika i Britanija od sredine 70-tih godina XX veka postala društva koja isključuju pojedince i grupe ljudi (umesto dotadašnje ideologije inkluzije i resocijalizacije), proučavanje uloge kulturnih činilaca i ukazivanje na potrebu da se predmet ove nauke proširi i na područja koje „uslužna kriminologija“ izbegava, proučavanje uticaja globalizacije na kriminalitet u svetu – sve to je dalo snažan podsticaj kritičkoj orijentaciji u kriminologiji.

Ipak, čini se da je odlazak originalnog i nekonvencionalnog autora kakav je bio William Chambliss predstavlja poseban gubitak ne samo za kriminologiju, nego i za društvene nauke uopšte. Zato ćemo pokušati da čitaocima u ovom radu približimo opus ovog – kako su ga često nazivali – „nestašnog i uvek po idejama mladog velikana moderne kriminologije“.

Chambliss je imao sreću da uči od izuzetnih naučnika. Njegov mentor u toku master studija bio je jedan od velikana američke (svetske) kriminologije XX veka – Donald Cressey, a za vreme dok je bio angažovan na Univerzitetu, Chambliss je proučavao i svakodnevicu ljudi u radnim kolonijama i na farmama migranata. Tada je započeo svoj istraživački rad koji je paralelno vodio u arhivima, bibliotekama, na naučnim skupovima, ali i na ulici, među siromašnim, degradiranim ljudima, kriminalcima, (kao i) državnim činovnicima i agentima obaveštajnih službi. U jednom radu ističe svoj istraživački kredito: krećući se ulicama, mnogo više no u izveštajima i arhivama, možete (uz ostalo) razumeti i ulogu korupcije kao cementa koji vezuje političke, ekonomske i kriminalne interese.

Doktorirao je 1962. na Indiana Univerzitetu (mentor mu je bio Alfred Lindersmith, poznat po istraživanjima prirode zavisnosti i zalaganju za lečenje umesto kažnjavanja narkomana) i time je pored uticaja teorije diferencijalne asocijacije (koju je zastupao Cressey) imao priliku da se detaljno upozna sa učenjem simboličkog interakcionizma, kome je pripadao njegov drugi mentor.

Klasni karakter prava; politička ekonomija kapitalizma

Originalna priroda, koja ga je karakterisala, opredelila je, međutim, Chamblissa da se već u ranim radovima emancipuje od tih uticaja i usvaja konfliktni pristup kao negaciju funkcionalističkog slikanja društva u tonovima sklada i harmonije. Zato njegov prvi objavljeni rad *Sociološka analiza zakona o skitnicama /1974/* pisan je pod snažnim uticajem Marx-ovih radova u kojima je opisan proces kojim su u periodu od XIV do XVI veka u Engleskoj nekadašnji seljaci postali bezemljaši i skitnice. Zakoni su ne samo legalizovali ovo otimanje zemlje, nego su u interesu društvene elite pomogli da se ovi ljudi pretvore u radnu snagu u skoro robovskom položaju. Klasnom prirodom svih grana prava, pa i krivičnog, bavi se i u knjizi *Pravo, poredak i moć* iz 1971. (koautor Robert Seidman) u kojoj pokazuje da klasni interesi određuju ne samo sadržinu pravnih normi, nego i funkcionisanje čitavog sistema krivičnog pravosuđa.

Chambliss se bavio i ekonomskim problemima. U članku *Ka političkoj ekonomiji zločina /1975/* ukazuje da su dve poluge kapitalističke proizvodnje: stvaranje tražnje za nepotrebnim proizvodima i održavanje tzv. rezervne armije nezaposlenih. Krivično pravo je klasna kategorija, a vršenje zločina ima nekoliko važnih posledica po društvo: a) smanjuje višak radne snage (jedan broj radno sposobnih pojedinaca nalazi se na izdržavanju kazne, drugi je angažovan u organima formalne socijalne kontrole; b) odvraća pažnju nižih klasa od eksploatacije koja se nad njima vrši; i c) kriminalitet je realnost koja postoji u obliku koji odgovara „onima čiji se interesi u društvu hrane njegovim postojanjem“.

Diskriminacija određenih društvenih grupa

Tu počinje njegovo otvoreno nemirenje sa diskriminisanjem ljudi koje je demonstirao kako u knjigama, tako i u svakodnevnom životu. /1*/ Ukazuje kako se u američkom društvu tretiraju pripadnici niže klase i crnačke rase i objašnjava zašto su oni neproporcionalno više zastupljeni u kriminalnim statistikama nego u populaciji SAD. Toj temi posvećena je njegova poznata knjiga *Zločin i pravni proces* iz 1969. i još više njegovo najcitiranije delo *Sveci i prostaci* iz 1976.

U njemu se govori o dve grupe srednjoškolaca. Prvu čine deca iz dobrostojećih, stabilnih porodica belaca iz gornje srednje klase, aktivna u školskim događanjima, dobri đaci. Iako su učestvovali u delinkventnim aktivnostima kakve su opijanje na javnim mestima, bezobzirna vožnja, sitne krađe, vandalizam, nijedan od njih (za dve godine koliko ih je Chambliss opservirao) nije imao kriminalni dosije, niti su se nalazili u evidenciji uhapšenih (zato ih je nazvao „Sveci“ ili „Bezgrešni“). Situacija sa drugom grupom bila je potpuno suprotna: činili su je dečaci iz nižih, radničkih (takođe belih) porodica koji su upražnjavali tuče, krađe i opijanje (nazvao ih je „Prostaci“ ili „Grubijani“). Za razliku od vršnjaka iz prve grupe, oni su imali stalne probleme sa policijom i zajednicom u kojoj su živeli, bez obzira što je stopa delinkvencije u obe grupe bila podudarna. /2*/

Organizovani kriminalitet

Sledeće značajno polje interesovanja ovog autora bila je problematika organizovanog kriminaliteta u kome je dao nekoliko važnih doprinosa. Prvi se tiče veza legalnog biznisa i kriminalnog podzemlja u oblasti tržišta rada, kontrole radničkih sindikata i uništenja potpornog fonda vozača kamiona *Teamasters*. Rad koji je 1979.

objavio sa Alanom Blockom smatra se klasičnim delom literature o organizovanom kriminalitetu koje je pomoglo da se ukaže kako jasna linija razgraničenja između kriminalnog podzemlja i legitimnog biznisa nikada nije ni postojala.

Drugi važan doprinos proučavanju organizovanog kriminaliteta Chambliss daje u proučavanju organizacije kriminalnog podzemlja. Njegov učitelj Donald Cressey je tvrdio upravo ono što je vrh američkih snaga bezbednosti želeo da čuje: da je organizovani kriminalitet „italijanska specijalnost“, da predstavlja „svemoćnu vladu u senci na nacionalnom planu“ i ustrojen je kao birokratska mašinerija. Uz to, Cressey se izričito izjašnjava da je u njegovom proučavanju apsolutno isključena primena metoda posmatranja sa učestvovanjem. Chambliss, dokazuje suprotno. Koristeći upravo taj metod, proučava organizovani kriminalitet u jednom američkom gradu – Sijetlu i dolazi do dva zaključka: a) da on u ovom gradu nije pod kontrolom Mafije i b) da su u njemu poslovni ljudi, političari i funkcioneri sistema krivičnog pravosuđa uključeni u „podzemnu, nevidljivu industriju“ koja se gradi na ilegalnoj kocki, drogama, lihvarstvu, prevarama u biznisu i prostituciji. Radi se o labavim vezama biznismena, političkih i pravosudnih funkcionera koji sarađuju kako bi koordinisali proizvodnju i distribuciju nedozvoljenih sredstava i usluga za kojima postoji potreba. Tako finansijeri (lica koja finansiraju operacije) i organizatori (koji nadziru reketaše) stvaraju labavo strukturisanu „mrežu zločina“ s ciljem sticanja finansijske dobiti. Ovo istraživanje ukazuje da kriminalno podzemlje nije organizovano kao čvrsto strukturisana *Cosa Nostra*, već od strane lica koja pre svega nastoje da se obogate svojim kriminalnim aktivnostima, a predstavljaju „legitimne“ članove društva zauzimajući važne položaje u privredi, politici i pravosuđu /Chambliss, 1988/.

Najzad, treći i najradikalniji prilog proučavanju organizovane kriminalne delatnosti Chambliss daje u svojoj Predsedničkoj poslanici na Godišnjoj konferenciji američkih kriminologa 1988. (publikovana u časopisu *Criminology* sledeće godine) pod naslovom *Od države organizovani kriminalitet*. U tom, po mnogo čemu prevratničkom tekstu, autor upozorava da postoje i aktivnosti koje zadovoljavaju sve kriterijume da bi se proglasile organizovanim kriminalitetom, a vrše ih agenti (predstavnici) države. Tako se država pojavljuje u apsurdnoj ulozi da istovremeno goni učiniocima dela iz oblasti organizovanog kriminaliteta i, preko svojih predstavnika takva dela vrši. Kao primer iz istorije, on navodi piratstvo kojim su Francuska i Engleska od Španije i Portugalije otimala ogroman deo plena koje su one prevozile brodovima iz Novog sveta; pored toga, autor ovde navodi krijumčarenje narkotika iz jugoistočne Azije početkom druge polovine prošlog veka; krijumčarenje oružja (poznata afera Iran – Kontra) iz 80-tih godina; od države organizovane atentate političkih protivnika, kao i nezakonito praćenje građana, diskreditovanje i zastrašivanje grupa koje FBI smatra da su „protivamerički orijentisane“, eksperimente (poput onog koji je CIA sprovodila na prostitutkama kako bi utvrdila dejstvo narkotika) na ljudima. Ovaj rad pokazao je da su objave rata organizovanom kriminalitetu često propagandne kampanje ili, još gore, zaštita države od uplitanja nepoželjnih u njen prikriiveni biznis.

Na ovaj način ukratko je ukazano na značaj naučnika koji je u svojim radovima uspeo da spoji konfliktnu teoriju o društvu, sociologiju prava i kriminologiju. Po mnogo čenu nekonvencionalan, povremeno je zastupao i abolicionističke stavove, uz to bio je i jedan od najpoznatijih kritičara „rata“ koji su SAD objavile drogama. Smatrao ga je nepotrebnim i pogrešnim trošenjem ogromnih budžetskih sredstava.

Na kraju, nešto o trenucima kada su mu lekari dijagnostikovali malignu bolest. I tada je ostao dosledan sebi – sedam sledećih godina živeo je na svoj način: istražujući, objavljujući i putujući. Iz tog perioda Applebaum navodi njegovu izjavu „nikada se nisam plašio života, pa neću ni smrti“. Šta bi se drugo moglo očekivati od čoveka koji je imao hrabrosti da se kao istraživač uključi u kriminalno podzemlje jednog američkog grada, koji je od „knjigovođe Mafije (Mayer Lansky) tražio da mu objasni kako se „pravi i pere novac“, a od agenata CIA kako profitom stečenim prodajom droge ova organizacija plaća tajne aktivnosti širom sveta. Za takvim istraživačem ostaje praznina i osećaj istinskog gubitka.

NAPOMENE

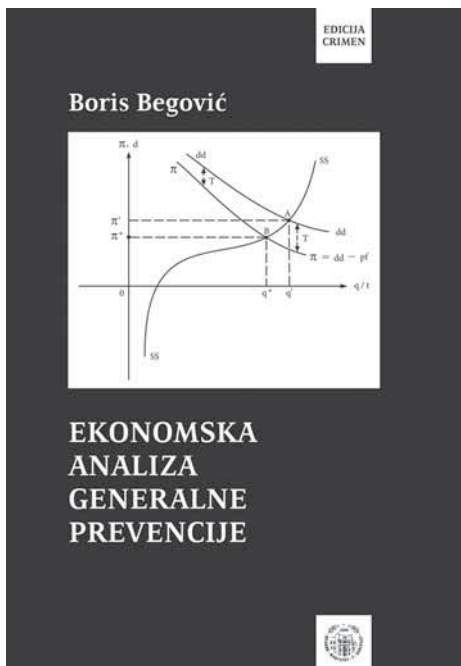
- 1/ U dirljivom nekrologu njegov prijatelj Richard Applebaum na sajtu *Social Science Space* iznosi detalje iz kasnih 60-tih godina kada je Chambliss kao vanredni profesor na kalifornijskom Univerzitetu Santa Barbara bio fakultetski savetnik Unije crnih studenata. U traženju svojih prava, članovi Unije su zauzeli univerzitetski računarski centar i Chambliss je sprečio krvoproliće kada je policija upala na Univerzitet sa namerom da oružjem uvede red.
- 2/ Chambliss se vrlo studiozno posvetio objašnjenju ovakve disproporcije u odnosu policije i lokalne zajednice prema dve grupe mladih istog uzrasta. Koristio je tri „varijable“: vidljivost (e. *visibility*), nastup (*demeanour*) i predrasude (*bias*).

LITERATURA

- Applebaum R. /2014/: Never afraid of living – William Chambliss – dostupno na adresi: www.socialsciencespace.com/ (pristupljeno 24.marta.2015.)
- Chambliss W. /1964/: A sociological analysis of the law of vagrancy, *Social Problems*, n° 2
- Chambliss W. /1969/: *Crime and Legal Process*, New York
- Chambliss W. /1971/: *Law, order and Power*, Reading
- Chambliss W. /1975/: Toward a Political Economy of Crime, *Theory and Society*, n° 2
- Chambliss W. /1976/: The Saints and Roughnecks –in: *Whose Law? What Order? A Conflict Approach to Criminology* (Chambliss W. and Mankoff M. eds.), New York
- Block A. and Chambliss W. /1979/: Miners, Tailors and Teamsters: Bussiness Racketering and Trade Unionism, *Crime and Social Justice*, n° 11
- Chambliss W. /1988/: *On the Take: From Petty Crooks to Presidents*, Bloomington
- Chambliss W. /1989/: State-organized crime, *Criminology*, n° 1
- Wilson J. /1985/: *Thinking about Crime*, New York
- Wilson J. and Herrnstein R. /1985/: *Crime and Human Nature*, New York
- Wilson J. and Kelling G. /1989/: Making Neighborhoods Safe, *Atlantic Monthly*, n° 2
- Young J. /1999/: *The Exclusive Society– Social Exclusion, Crime and Deffertece in Late Modernity*, London
- Young J. /2011/: *The Criminological Imagination*, Cambridge
- Ferrell J, Hayward K. and Young J. /2008/: *Cultural Criminology– An Invitation*, Los Angeles

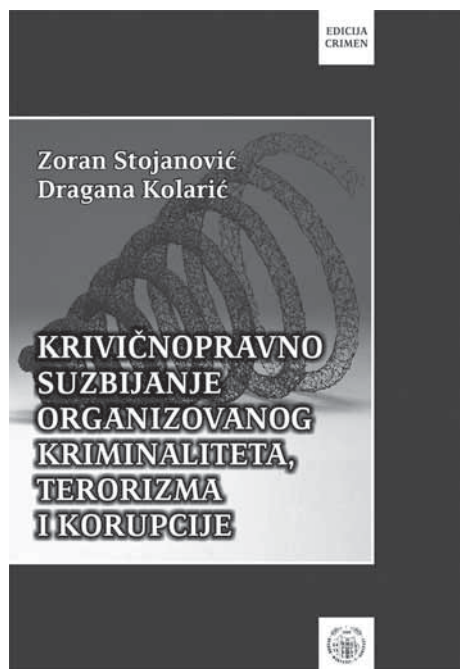
Dorđe Ignjatović
Pravni fakultet
Univerziteta u Beogradu

NOVO U EDICIJI *CRIMEN*

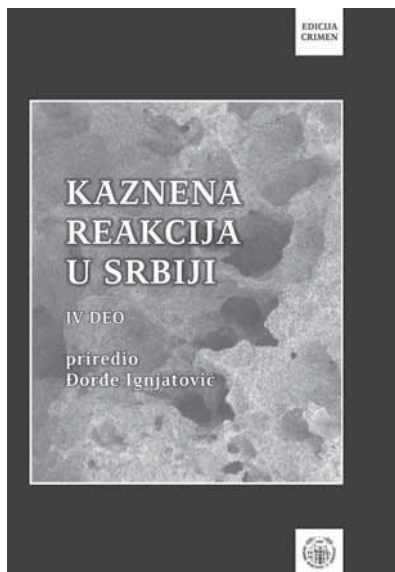


Edicija CRIMEN • Knjiga 30

Edicija CRIMEN • Knjiga 29



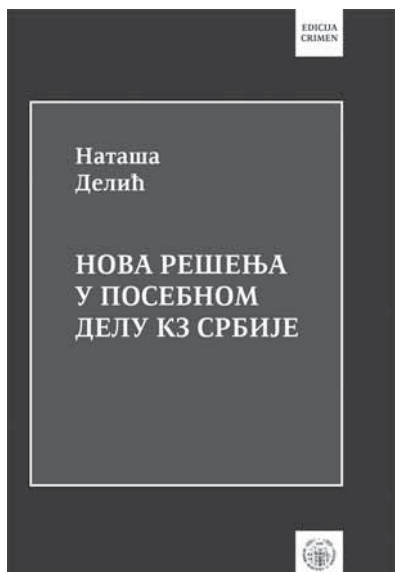
EDICIJA *CRIMEN*



Edicija CRIMEN • Knjiga 28



Edicija CRIMEN • Knjiga 27



Edicija CRIMEN • Knjiga 26



Edicija CRIMEN • Knjiga 25

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 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 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*, no 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

(VI) 1/2015 pp. 1–117

CONTENTS

ARTICLES

- Sabine Gleß, Thomas Weigend, Intelligent Agents and Criminal Law 3
Jovan Ćirić, Genocidal Intent. 27
Igor Vuković, Causality of Aider's Contribution for the Perpetrator's Act . . 46

REVIEW ARTICLES

- Miloš Janković, Freedom and Rights of Persons With Mental Disabilities
– Disadvantages of the Law on the Protection of Persons
with Mental Disabilities. 61
Nikola Vuković, Why is Impossible that the Perpetrator of
Predicate Criminal Offence be a Money Launderer. 81

FROM THE HISTORY OF CRIMINAL JUSTICE

- Jovan Đ. Avakumović, Attempt 92

REVIEWS

- Andreas Werkmeister, Straftheorien im Völkerstrafrecht 109

IN MEMORIAM

- William Chambliss. 114

ISSN 2217-219X

