

Claus ROXIN

Em. O. Professor an der Universität München

ÜBER DEN DOLUS EVENTUALIS

ZUSAMMENFASSUNG

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

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

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

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

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

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

Žan PRADEL

Profesor emeritus Univerziteta u Poatjeu

BOJAZAN KRIVIČNOG SUDIJE OD RELIGIJSKIH ČINJENICA

REZIME

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

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

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

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

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

Prof. dr *Obrad PERIĆ*
Pravni fakultet, Novi Sad

NASTANAK I RAZVOJ MALOLETNIČKOG KRIVIČNOG PRAVA: KRIVIČNO PRAVO SRBIJE

REZIME

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

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

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

Boris BEGOVIĆ

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

ECONOMIC THEORY OF DETERRENCE: SOME BASIC ISSUES

SUMMARY

The aim of the paper is to use economic methods and based on the contributions in the economic theory of crime consider some basic issues of the economic theory of deterrence (general prevention). The analysis is focused to the optimal level of deterrence and optimal composition of the deterrence factors. The optimal level of deterrence is always lower than maximum due to its costs. Due to the difference in costs function of the punishment itself and the probability of its enforcement, optimal composition of the deterrence factors is based on the maximum fine. The fine is economically the most efficient punishment since its social costs are negligible. The fine is a welfare transfer: decrease of the culprit welfare is compensated by the increase of welfare of users of the budgetary funds or/and tax payers. Maximum fine is individualized and it depends on the culprits' wealth. There are theoretical and practical obstacles to the enforcement of the maximum fine as the optimal one. Modification of that optimum is based on the consideration of the marginal punishment (fine), link between the magnitude of punishment and the probability of its enforcement, possibility that culprit's wealth is too small, as well as relaxing the assumption about risk neutrality. It was demonstrated that, if the elasticity coefficient of expected punishment to its magnitude is bigger than one and if the potential culprits are risk averse, the optimal fine is smaller than the maximum one.

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

Igor VUKOVIĆ, Ph.D.

Assistant Professor at the Law Faculty, Belgrade

ISSUES OF CRIMINAL TRANSMISSION OF HIV

SUMMARY

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

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