

Igor Vuković\*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

## MATERIJALNI POJAM KRIVICE IZ UGLA KRIVIČNOG PRAVA

**Apstrakt:** Danas se u krivičnom pravu krivica pretežno razume kao moralni prekor koji se upućuje učiniocu krivičnog dela. Objašnjenje, na čemu ovaj prekor zapravo počiva, uglavnom se kreće u okviru klasičnog razumevanja krivice, kao mogućnosti učinioca da u datim okolnostima učini drugačiji izbor, i da se umesto vršenja zločina opredeli za poštovanje prava. Iako se pravna odgovornost teško uopšte može objasniti bez ove pretpostavke, i danas se povremeno, naročito na temelju navodnih rezultata novijih medicinskih istraživanja, dovodi u pitanje da li je vršenje krivičnih dela ipak kauzalno determinisano. Autor ukazuje na najvažnija stanovišta u novijoj nemačkoj i srpskoj doktrini i zaključuje da ne postoje dovoljni razlozi da se napusti klasično materijalno objašnjenje krivice.

**Ključne reči:** krivica, sloboda volje, indeterminizam, karakter učinioca.

Razmatranje materijalnog pojma krivice i pitanja slobode volje od devedesetih godina XX veka, sa intenziviranjem medicinskih istraživanja tajni ljudskog mozga, neočekivano dobija na zamahu.<sup>1</sup> Reč je o jednoj od klasičnih krivičnopравниh tema, kojom su se intenzivno zanimali i pravници, ali i filozofi i istraživači iz oblasti medicinskih nauka. Upravo njihovi noviji radovi iz poslednjih decenija dovode u pitanje slobodu ljudske volje, smatrajući je iz perspektive savremene neurologije – običnom iluzijom.<sup>2</sup> Ova, za sada još uvek nedovoljno potkrepljena tvrđenja, nisu uspele da redefinišu preduslove (krivično)pravne odgovornosti, ali su iznova pokrenula interesovanje za pitanje slobode volje.

Načelo krivice, uz princip zakonitosti, predstavlja kamen temeljac savremenog krivičnog prava. Normativni pojam krivice, razumevanje krivice kao učiniocu upućenog socijalno-etičkog *prekora* za preduzeto, krivičnim pravom zabranjeno ponašanje, ne daje njegovo sadržinsko određenje. Taj normativni pojam, nasuprot psihološkom učenju o krivici, polazi od toga da se krivica ne može razumeti isključivo kao skup psihičkih sadržaja (svesti i volje u različitim nijansama) učinioca prema nedelu, već da zapravo označava vrednosni sud društva o takvom sadržaju, njegovo

\* vanredni profesor, igorvu@ius.bg.ac.rs

1 T. Fischer/2011/: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München, p. 70.

2 Vid. L. E. Chiesa /2011/: Punishing without Free Will, *Utah Law Review*, № 4, p. 1404; T. Hillenkamp /2005/: Strafrecht ohne Willensfreiheit? Eine Antwort auf die Hirnforschung, *Juristenzeitung*, № 7, p. 313 i dalje.

negativno vrednovanje – osudu, prekor. U tom smislu, psihološko učenje kritikuje i Stojanović, utemeljivač novog pravca razvoja srpske krivičnopravne doktrine s početka XXI veka, i zastupnik mešovito, psihološko-normativnog objašnjenja krivice. „Krivica predstavlja jedinstvo realnog, subjektivnog, psihičkog supstrata i suda o njemu. To je sud o nevrednosti dela kojim učinilac krši krivičnopravnu normu i sud o njegovom odnosu prema toj normi i dobru koje ta norma štiti“.<sup>3</sup> Ovaj sud, međutim, ništa ne kazuje o tome od čega zavisi postojanje prekora, šta je njegov predmet. Ovaj zadatak ima učenje o materijalnom pojmu krivice.

Učenje o materijalnom pojmu krivice svoje početke nalazi u poslednjim decenijama XIX veka, na temeljima ideje prirodnog prava i idealizma Kanta. Do XVIII veka razmišljanje o tome na čemu počiva krivičnopravni prekor kretalo se u okvirima tradicionalnog preklapanja krivice i greha, gde je krivica prevashodno oblikovala odnos čoveka prema Bogu, a ne prema bližnjem.<sup>4</sup> U vreme prosvetiteljstva dolazi do prevrednovanja slike sveta, u kojoj se na pijedestal postavlja čovek kao subjekt odgovornosti, koji se autonomno opredeljuje za činjenje ili nečinjenje dobra i zla.<sup>5</sup> Na ovim temeljima i nastaje učenje klasične škole, koja krivicu zasniva na čovekovo slobodnoj volji i izboru koji ona vrši. Čitav sistem pravne odgovornosti, reklo bi se, počiva na istom temelju. Kako američki Vrhovni sud, u jednoj od svojih poznatijih presuda,<sup>6</sup> kao nesporno (čak više uzgred) ukazuje, „univerzalno je i postojano u zrelih pravnim sistemima verovanje u slobodu ljudske volje i ishodeću sposobnost i dužnost normalne individue da odabere između dobra i zla“.

Pitanje materijalnog pojma krivice nužno je povezano sa klasičnom dilemom da li objašnjenje vršenja zločina zasnovati na determinizmu ili indeterminizmu. Determinizam u osnovi negira čovekovu slobodu, zadobijajući na planu kriminalno-političkih ideja neretko više ili manje radikalne obrise. „Potpuni determinizam je – objašnjava Stojanović – u stvari negacija krivičnog prava. Postojanje određenog prostora koji dozvoljava čoveku izvestan izbor, nužna je pretpostavka za postojanje krivice, pa i krivičnog prava u celini“.<sup>7</sup> Kako je odlučivanje (na zločin) kauzalno uslovljeno, ne kažnjava se zbog učinjenog (na šta subjekt i ne može uticati), već na mesto sankcije zasnovane na krivici stupa kažnjavanje okrenuto *prevenciji*. Deterministi međutim nailaze na nerešive kriminalno-političke probleme. S jedne strane, u nekim slučajevima se nailazi na učinioce najtežih krivičnih dela, koji su potpuno napustili pređašnji kriminalni način života, i gde kažnjavanje zasnovano na preventivnim razlozima nije više nužno. Na drugoj strani, još veću poteškoću predstavlja

3 Z. Stojanović /2017/: *Krivično pravo. Opšti deo*, Beograd, pp. 161–162.

4 F. M. Conde /1978/: Über den materiellen Schuld begriff, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, № 3, p. 66.

5 F. M. Conde /1978/: *Ibid*. Ipak, ovo tvrđenje ima smisla samo ako se sloboda čovekove volje posmatra iz ugla filozofije protestantizma, koji odlikuje učenje o predestinaciji. Hrišćansko pravoslavno učenje o slobodi volje ne negira mogućnost moralnog izbora (vid. detaljnije Patrijarh Pavle /2010/: *Da nam budu jasnija neka pitanja naše vere. I*, Beograd, p. 23).

6 *Morrisette v. United States*, 342 U.S. 246, 250 (1952). Ova odluka je poznata po tome što je učinila razliku između onih delikata, kod kojih je potrebno utvrditi krivicu, i onih kod kojih to nije neophodno.

7 Z. Stojanović /2004/: *Krivica ili krivična odgovornost*, *Branich*, № 3–4, p. 16.

odmeravanje kazne sitnim prestupnicima – povratnicima, kod kojih težina dela ne opravdava visoku kaznu, ali gde se eventualno popravljavanje može postići samo uz višegodišnji tretman.<sup>8</sup> Ipak, činjenica da savremena krivična zakonodavstva svrhu kažnjavanja pretežno određuju kroz preventivne ciljeve, uslovlila je da deterministička učenja o sadržaju krivice nisu ni danas potpuno napustila svoje postavke. Utoliko je neophodno osvrnuti se na osnovne pravce savremene kontinentalno-evropske dogmatske rasprave o materijalnom pojmu krivice.<sup>9</sup>

## 1. KRIVICA KAO MOGUĆNOST DRUGOJAČIJEG POSTUPANJA

Vladajuće klasično shvatanje svoje razumevanje krivice zasniva na učenju indeterminizma i ideji čovekove *slobodne volje*. Čovek je svesno biće koje se slobodno opredeljuje ili za poštovanje prava ili za njegovo kršenje. Ako čovek odabere nepravo, sud o ne vrednosti njegovog ponašanja (prekor) počiva na činjenici da je u datim okolnostima njegov izbor moglo da predstavlja i ponašanje koje se zahtevima poretka ne suprotstavlja.<sup>10</sup> Drugim rečima, ako krivica označava prekor zbog učinjenog nedela, prekor ima svoj razlog u samom procesu *obrazovanja volje* (Willensbildung),<sup>11</sup> u kojem učinilac svoje ponašanje nije upravio u pravcu poštovanja norme. Tamo pak gde ove mogućnosti, tj. opredeljivanja volje nema, tamo gde volja nije slobodna već

- 
- 8 H. J. Hirsch /2010/: Zur gegenwärtigen deutschen Diskussion über Willensfreiheit und Strafrecht, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, № 2, p. 64.
- 9 U angloameričkom pravu se rasprava o slobodi volje uglavnom kreće u sličnim okvirima. Tu se uglavnom razlikuju tri osnovne struje, tzv. libertarijanci, koji negiraju kauzalni indeterminizam, tzv. kompatibilisti, koji smatraju da je slobodna volja zamisliva i u svetu u kojem vladaju kauzalni zakoni, i tzv. ikompatibilisti, prema kojima je slobodna volja nespojiva sa kauzalnom predodređenošću (vid. detaljnije L. E. Chiesa, *op. cit.*, p. 1422; P. Westen /2005/: Getting the Fly out of the Bottle: The False Problem of Free Will and Determinism, *Buffalo Criminal Law Review*, № 2, p. 610). Kako su, međutim, osnovni pravci ove rasprave najvećim delom ostali izvan pogleda naših pravnih teoretičara, ovde ih nećemo detaljnije obrazlagati.
- 10 U svojoj poznatoj odluci iz 1952. godine, nemački Savezni sud je krivicu opisao na sledeći način: „Kazna pretpostavlja krivicu. Krivica je prekorivost. Sudom o ne vrednosti krivice učinio se prebacuje da se odlučio za nepravo, premda se mogao ponašati saglasno pravu, mogao se za pravo odlučiti. Unutrašnji razlog prekora krivice leži u tome da je čovek nameran na slobodno, odgovorno moralno samoodređenje, i stoga sposoban da se odluci za pravo protiv neprava, da upravi svoje ponašanje prema normama pravnog moranja i da izbegne ono što je pravno zabranjeno“ (BGHSt 2, 194 [200]).
- 11 J. Cerezo Mir /1996/: Der materielle Schuldbegriff, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, № 1, p. 21; A. Kaufmann /1961/: *Das Schuldprinzip*, Heidelberg, p. 149; R. Maurach, H. Zipf /1992/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Teilband 1. Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat*, Heidelberg, s. 473-474; H. Welzel /1969/: *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, Berlin, p. 139. I u angloameričkoj doktrini Mur izričito ukazuje da je „vršilac radnje odgovoran za svoje postupke samo ako je mogao da odabere da učini drugačije“ (M. S. Moore /1985/: Causation and the Excuses, *California Law Review*, № 4, p. 1142). U ovom momentu se i prepoznaje osobenost slobode volje naspram slobode koju podrazumeva krivičnopravni pojam radnje. Dok se u prvom slučaju utvrđuje mogućnost da se volja uopšte obrazuje, u drugom slučaju se ispituje sloboda njenog *ispoljavanja* kroz radnju učinioaca (J. Tiemeyer /1986/: Grundlagenprobleme des normativen Schuldbegriffs, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, № 5, p. 208).

uslovljena neizbeživim objektivnim ili subjektivnim činiocima – krivici (niti, obrnuto, eventualnim zaslugama) za učinjeno ni ne može biti mesta. Zbog toga postoji izvesna međuzavisnost krivice povodom učinjenog nedela i kazne. Opravdanje kazne i nije moguće bez krivice. „Kazna je zasluženi odgovor na krivicu; ona služi kajanju učinioaca i time oslobađanju od njegove krivice“.<sup>12</sup> Treba naglasiti da se ovde svagda radi o konkretnom izboru, izboru u *konkretnoj* situaciji; mogućnost drugojačijeg postupanja uvek je upravljena prema pojedinačnom delu. Na tragu ovih ideja razmišlja i Stojanović.<sup>13</sup> „Jedno od centralnih pitanja koje se postavlja jeste da li je učinilac mogao drugačije da postupi, da li je mogao da izbegne vršenje krivičnog dela, da li mu se ono može pripisati. Sam koncept krivice polazi od relativne slobode čovekove volje. Ovo filozofsko pitanje oko kojeg postoji večit spor i koje se empirijski i naučno ne može verifikovati, nužno se mora, u krivičnom pravu zasnovanom na krivici, rešiti u korist relativnog indeterminizma. Potpuni determinizam je, u stvari, negacija krivičnog prava. Postojanje određenog prostora koji dozvoljava čoveku izvestan izbor, nužna je pretpostavka za postojanje krivice, pa i krivičnog prava u celini“.<sup>14</sup>

Budući da se volja ne obrazuje potpuno autonomno, bez uticaja društvenih odnosa i ljudskog iskustva, opredeljivanje za pravo ili nepravo predstavlja ne samo normativni već je nužno i *moralni* izbor. „Krivica je svesno i voljno kršenje čovekovog moralnog zadatka“,<sup>15</sup> moralno utemeljene dužnosti. U tom smislu, „u pravu su oni koji etičku osnovu krivice vide i u krivičnom pravu. Upravo zbog toga što moral pred pojedinca postavlja mnogo više zahteve, kršenje krivičnopravnih normi po pravilu pokazuje da učinilac ne uvažava ni one minimalne, elementarne moralne norme, odnosno da ne ispunjava ni onaj minimalni zahtev koji se postavlja svakom članu društva, a to je da bar ne vrši krivična dela“.<sup>16</sup> Etička komponenta izbora naglašava međuzavisnost čoveka i njegovog okruženja, i činjenicu da volja nikada ne može biti potpuno slobodna.

Vezivanje krivice za opredeljivanje za nepravo na prvi pogled deluje vrlo privlačno. Ipak, ovaj koncept nosi u sebi i jednu slabost, budući da sam pojam „odlučivanja“ pretpostavlja svesno i voljno odnošenje prema nedelu, što u slučaju nesvesnog nehata kao stepena krivice izostaje. Iako i Kaufman (*Kaufmann*), u svojoj poznatoj monografiji o principu krivice, dopušta da nekada u slučaju nesvesnog nehata u jednom ranijem stadijumu može biti sakriven izvestan momenat „svesnog protivljenja dužnosti“,<sup>17</sup> u najvećem broju situacija nesvesnog nehata učinilac ni ne pomišlja

12 A. Kaufmann: *op. cit.*, p. 208.

13 U jugoslovenskoj literaturi vid. slično F. Bačić /1986/: *Krivično pravo. Opći dio*, Zagreb, p. 242. Treba primetiti da je taj autor naglašavao socijalno-etičku dimenziju krivice, tako da prema njemu za prekor nije dovoljno da je učinilac u datim okolnostima mogao da se opredeli za poštovanje prava, već i da je postojala mogućnost za donošenje *ispravne* odluke (mogućnost razlikovanja dobra i zla). Ipak, ovo razlikovanje prema Bačiću ne počiva na nekoj religijskoj osnovi, već na svesti odnosno mogućnosti svesti o društvenoj štetnosti njegovog postupka (*ibid.*, pp. 242–243).

14 Z. Stojanović /2017/: *op. cit.*, p. 162.

15 A. Kaufmann, p. 208.

16 Z. Stojanović /2004/: *op. cit.*, p. 16.

17 Kaufman navodi primer mašinovođe, koji je prouzrokovao železnički udes nepoštujući nove propise, iako mu je bilo poznato da su ti propisi usvojeni, i da je obavezan da se sa njima prethodno upozna (A. Kaufmann: *op. cit.*, p. 156).

na mogućnost ostvarenja protivpravnog dela, pa stoga isti autor zaključuje da ova forma i „nije krivica u materijalnom smislu“.<sup>18</sup> Uvažavajući ovu opasku i činjenicu da krivično delo ne mora uvek ostvariti proračunati zločinac, krivicu je primerenije vezati za mogućnost učinioca da dostupno protivpravno ponašanje *propusti*. Subjekt odgovara za svoje nedelo jer kršenje norme, uprkos njenom apelu koji mu je bio dostupan – nije *izbegao*. Zbog toga prekor ne podrazumeva samo neki aktivni psihički proces opredeljivanja, već i njegov izostanak, tamo gde je ono bilo moguće.

Obrazloženi prigovor vladajućem shvatanju učinio je Engiš (*Engisch*), iako je i u ranijoj literaturi bilo sličnih promišljanja. Sloboda izbora odnosno volje (na kojoj izbor počiva) u datim okolnostima, od čega klasično shvatanje polazi, ne može se empirijski odnosno pravno *verifikovati*.<sup>19</sup> Takav eksperiment bi podrazumevao da istu tu osobu stavimo u jednaku situaciju, i da u neizmenjenim spoljnim okolnostima ispitujemo da li je subjekt zaista imao mogućnost da drugačije postupi. Kako je čovek, međutim, obdaren pamćenjem, sličan metodološki postupak je faktički nesprovodiv, jer je naš posmatrani učinilac u vreme kasnijeg eksperimenta posve drukčiji nego što je to bio u vreme samog dela.<sup>20</sup> Kakav je njegov izbor mogao da bude u tom ranijem momentu, a što nam je jedino od značaja – više nije dostupno. Strogo uzev, kako pojedini autori tvrde, u odsustvu sličnog dokaza, svaki krivični postupak, koji bi pošao od nastojanja da dokaže krivicu učinioca dela u konkretnom slučaju, morao bi se *in dubio pro reo* okončati oslobađajućom presudom.<sup>21</sup>

Zastupnici klasičnog učenja pokušali su da se od ovog načelnog prigovora odbrane dokazivanjem empirijski utvrdivog odstupanja konkretnog ponašanja od zamišljenog uporedivog, na iskustvu zasnovanog i uprosečenog ponašanja u datim okolnostima. Ako se ne može dokazati da je posmatrani učinilac u datim okolnostima mogao da poštuje pravnu normu, može se dokazati da bi *druga lica*, u njegovoj poziciji, normu uvažila.<sup>22</sup> Na temelju ovog hipotetičkog upoređivanja, u konkretnom slučaju bi se utvrdilo nesaglasje između učinjenog izbora i onog koji bi učinio pretpostavljeni savesni građanin – i zaključio deficit na strani učiniočevog opredeljenja.

Ipak, i ovaj hipotetički metodološki postupak utvrđivanja krivice ocenjen je kao manjkav. Iz perspektive polazne pretpostavke da čovek slobodno vrši izbor, socijal-

18 A. Kaufmann: *Ibid.*, p. 162. U slučaju nesvesnog nehata kažnjavanje zbog toga ne bi počivalo na krivici, već bi bilo izraz kriminalno-političke nužnosti. Iako u slučaju nesvesnog nehata najčešće izostaju štetne posledice, ako one ipak nastupe, krivično pravo će ipak reagovati. Kažnjavanje ovde više ima za cilj da nadomesti učinjene štetne posledice, nego što počiva na skrivljenom ponašanju (*Ibid.*, pp. 162–164).

19 K. Engisch /1965/: *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, Berlin, p. 23. Vid. takođe J. de Figueiredo Dias /1983/: *Schuld und Persönlichkeit*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, № 1, p. 229; G. Mangakis /1963/: *Über die Verhältnis von Strafrechtsschuld und Willensfreiheit*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, № 3, p. 119, 136; C. Roxin /1984/: *Zur Problematik des Schuldstrafrechts*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, № 3, p. 643. Na sličnu zamerku nailazimo i u jugoslovenskoj doktrini (vid. F. Bačić: *op. cit.*, p. 243).

20 K. Engisch /1965/: *op. cit.*, p. 23.

21 C. Roxin /1984/: *op. cit.*, p. 643.

22 Tako npr. H.-H. Jescheck, T. Weigend /1996/: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin, p. 411; E. Kohlrausch /1910/: *Sollen und Können als Grundlagen der strafrechtlichen Zurechnung*, Berlin, p. 25; G. Mangakis, *op. cit.*, p. 137.

no-etički prekor upućen individui nije moguće zasnovati na nekim uprosečenim sposobnostima i kvalitetima koje druga lica možda imaju, ali koje posmatrani učinilac svakako nije imao.<sup>23</sup> Ako je krivica strogo *lična*, a ona bi to po prirodi stvari morala biti, onda za njeno postojanje ili nepostojanje ne mogu biti odlučne navodna opredeljivanja i sposobnosti drugih. Ako se ispostavi da konkretni učinilac, primera radi, u datim okolnostima nikako nije mogao da postupi drugačije, jer je neotklonjivo pogrešno verovao da preduzeto ponašanje poredak dopušta, objašnjenje njegove nevinosti ne bi trebalo dovoditi u vezu sa tim da li bi neko drugo lice na njegovom mestu imalo valjanu predstavu o granicama prava.<sup>24</sup> Drugim rečima, kriterijum mogućnosti drugačijeg postupanja neophodno je iznaći u okvirima sposobnosti i duševne konstitucije samog učinioca,<sup>25</sup> a ne izvan njega. Uostalom, ni krivične odredbe o uračunljivosti, kao jednoj od pretpostavki krivice (vid. čl. 23 st. 2 KZ), ne pominju nekakvo upoređivanje sposobnosti odlučivanja i rasuđivanja sa sposobnostima nekog prosečnog zamišljenog čoveka.<sup>26</sup>

Ovde treba pomenuti još jedan momenat, koji se često pominje u ovoj raspravi, iako u našem sistemu krivičnog dela on ne bi imao značaj koji mu se u doktrini inače pripisuje. Mnogi autori vladajuće shvatanje o krivici kritikuju i iz ugla osnova koji krivicu isključuju. Naime, pored tradicionalnih osnova isključenja krivice (neuračunljivosti, neotklonjive stvarne<sup>27</sup> i pravne zablude), neka zakonodavstva poznaju i tzv. osnove izvinjenja (*Entschuldigungsgründe*), koji ne isključuju *svaku* mogućnost učinioca da drugačije postupi, koliko zbog okolnosti slučaja umanjuju sam prekor (krivice) opredmećen kaznom. Drugim rečima, premda je učinilac *mogao* da postupi drugačije, njemu se zbog učinjenog izbora ne prebacuje; prekor pada ispod praga koji zahteva da se žrtva kazni.<sup>28</sup> Međutim, za razliku od srpskog prava, u kojem stepenovanje krivice u navedenom smislu može uticati isključivo na kažnjavanje (oslobođenje od kazne, ali uz osuđujuću presudu), u ovim zakonodavstvima osnovi izvinjenja, slično osnovima isključenja krivice, mogu da isključe i samo postojanje krivičnog dela.<sup>29</sup> Stoga se tu često može sresti i argument da kri-

23 C. Roxin /2006/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München, p. 861.

24 J. Cerezo Mir: *op. cit.*, p. 19. Zašto bi, uostalom, udaljavanje posmatranog učinioca od zamišljenog standarda i zasluživalo prekor? Kako jedan autor (J. Tiemeyer /1986/: *op. cit.*, p. 214) slikovito primećuje, u tom slučaju bi njegova krivica zapravo počivala na tome da on nije neko drugo lice, a ne čovek koji jeste.

25 K. Engisch /1965/, *op. cit.*, pp. 26, 32.

26 A. Schiemann /2012/: *Die Willensfreiheit und das Schuldstrafrecht – eine überflüssige Debatte*, *Zeitschrift für das Juristische Studium*, № 6, p. 775.

27 U nekim krivičnopravnim sistemima, za razliku od našeg, neotklonjiva stvarna zabluda isključuje ostvarenje subjektivnog bića dela, a ne krivicu.

28 Tu bi se npr. mogli podvesti ekstremni slučajevi krajnje nužde, kod kojih jedan brodolomnik usmrćuje drugog kako bi minimalne rezerve raspoložive hrane osigurale njegovo preživljavanje. Naše pravo ne poznaje sličnu izvinjavajuću krajnju nuždu, koja bi dovela do oslobadajuće presude, već samo krajnju nuždu koja isključuje protivpravnost. Ali, i u našem pravu postoji mogućnost da se u slučaju naročito olakšavajućih okolnosti učinilac koji je prekoračio granice krajnje nužde (kao u prethodnom slučaju), iako je presuda osuđujuća, oslobodi od kazne (vid. čl. 20, st. 3 KZ).

29 Vid. I. Vuković /2013/: *Razumevanje krivične odgovornosti i kažnjivosti u srpskom zakonodavstvu i teoriji*, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, № 2, p. 98. i dalje.

vicu nije moguće sadržinski vezati za mogućnost drugojačijeg postupanja i slobodu izbora, budući da je u slučaju osnova izvinjenja učinilac redovno imao mogućnost da drugačije postupi, ali da je krivica svejedno otpala,<sup>30</sup> pa osnovni kriterijum gubi svoj oslonac. Takav prigovor u našem pravnom poretku ne bi imao naročitu težinu.

Pojedini autori su pokušali da, ostajući u okvirima klasičnog učenja, isprave njegove nedostatke. Tako Roxsin (*Roxin*) osnovnu manjkavost vladajućeg objašnjenja, neutvrdivost da li je učinilac uopšte mogao drugačije da postupi, dopunjuje kriterijumom, koji, kako on sam tvrdi, može da zadovolji i deterministu i indeterministu i agnostika. Iako se načelno i ovde polazi od ideje da čovek ima slobodu da se opredeli za poštovanje prava ili za nepravo, Roxsin se udaljava od besplodnih pokušaja da se u okrilju učenja o slobodi volje iznađe sadržina krivice, već se okreće „normativno zasnovanoj mogućnosti“ da se u datim okolnostima norma uvaži. Nije odlučno da li je učinilac hipotetički mogao da propusti vršenje zabranjenog ponašanja, već da li je njemu tokom vršenja dela, prema njegovom psihičkom i duševnom stanju, zahtev koji norma pred njega postavlja bio *dostupan*, a sposobnost upravljanja vlastitim postupcima očuvana.<sup>31</sup> Ako je ona to konkretno i utvrdivo bila, onda se u uslovima takve normativne dostupnosti drugačijeg izbora učiniočevo opredeljivanje za nepravo *smatra slobodnim*.<sup>32</sup>

U daljem pojašnjenju, pokazuje se da ovu normativno zasnovanu sposobnost postupanja saglasnog pravu Roxsin zapravo temelji na psihičkim funkcijama rasuđivanja i odlučivanja, tj. onim sadržajima koji odgovaraju kategoriji uračunljivosti (sposobnosti shvatanja [značaja] svog dela i upravljanja vlastitim postupcima),<sup>33</sup> dok se pitanje dostupnosti norme donekle prepliće sa sadržajem svesti o zabranjenosti dela. Utoliko bi sadržaj krivice bio komplementaran njenim elementima: uračunljivosti, koju grade elementi sposobnosti da se delo razume i da se njime vlada, i svesti (odnosno dužnosti i mogućnosti svesti) o zabranjenosti dela, koja počiva na načelnoj mogućnosti učinioca da se upozna sa time koje ponašanje u datim okolnostima društvu duuguje.

Stanovište Roksina, premda zbog isticanja normativnog momenta možda preciznije, ipak samo dopunjava osnovnu ideju koju učenje o mogućnosti drugačijeg postupanja, kako nam se čini, ipak i u osnovnom vidu pretpostavlja. Krivica podrazumeva da se učinilac našao pred *pravno* postavljenim izborom, pred dužnošću da opredeli svoj stav prema normi. Izbor ovde nije potpuno pravno bezbojan, već se, po prirodi stvari, učinilac suočava sa mogućnošću poštovanja i nepoštovanja norme. „Mogućnost motivacije putem norme“, kako ovaj momenat označava Timajer (Tiemeyer),<sup>34</sup> jeste upravo ona dostupnost o kojoj Roxsin govori. Stoga je krivično-pravni pojam

30 Vid. npr. F. Muñoz Conde: *op. cit.*, p. 69.

31 Prema Roksinu, u psihologiji i psihijatriji su se u međuvremenu navodno razvili egzaktni metodi, putem kojih se defekti na planu sposobnosti upravljanja mogu relevantno opisati i valorizovati (C. Roxin /2006/: *op. cit.*, pp. 868-869). Dostupnost norme, koja učinioca nije odgovarajuće motivisala, pretpostavlja i F. Muñoz Conde: *op. cit.*, p. 73.

32 C. Roxin /2006/, *op. cit.*, p. 868.

33 Vid. čl. 23 KZ. Uostalom, i sam Roxsin normativno zasnovanu mogućnost učinioca da reaguje (*normative Ansprechbarkeit*) svodi na sposobnost shvatanja dela (*Einsichtsvermögen*) i upravljanja (*Steuerungsfähigkeit*) delom (C. Roxin /2006/, *op. cit.*, p. 869).

34 J. Tiemeyer /1988/: Zur Möglichkeit eines erfahrungswissenschaftlich gesicherten Schuldbegriffs, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, № 73, p. 534.

krivice svagda normativno obojen. On se možda ne zasniva isključivo na (zaista nedokazivoj) faktičkoj mogućnosti da se uvaži zahtev norme, ali psihički proces opredeljivanja prema tom zahtevu podrazumeva izvestan motivacioni sadržaj (splet nagona, nadražaja i težnji), kojim se subjekt suočava sa apelom da se (nalik „naprezanju savesti“, karakterističnom za momenat izbegavanja pravne zablude) sa normom upozna i da motivacioni sadržaj angažuje.<sup>35</sup> Osim toga, ne sme se zaboraviti da je *težište* prekora čovekova slobodna volja. Dostupnost norme duševnom aparatu predstavlja samo *okruženje* u kojem se propuštanje učinioca da njenom apelu odgovi odigrava.

## 2. KRIVICA KAO NEDOSTATAK U KARAKTERU (LIČNOSTI) UČINIOCA

U delu doktrine, naročito iz perioda nakon Drugog svetskog rata, krivica se prepoznaje kao manjkavost u karakteru učinioca krivičnog dela.<sup>36</sup> Težište krivice se ne prepoznaje u indeterministički zasnovanoj slobodnoj volji, već u deterministički uslovljenom karakteru, koji je učinilac ispoljio vršenjem zločina. Nosilac odgovornosti je čovekov karakter, tačnije izvestan nedostatak u njemu, koji se ispoljava preko umišljaja i nehata, i koji se može označiti kao „izostanak one voljne sile ili brižnosti, koji jeste ili je bio za izbegavanje ‘neprava’ neophodan“.<sup>37</sup> Premda je povod za kažnjavanje učinjeno protivpravno delo, shodno poznatoj krilatici da se „ne kažnjava delo, već učinilac“, prekor je upravljen više na budućnost nego na prošlost. Ako kažnjavanje počiva na krivici, onda između kazne i krivice mora postojati izvesna korelacija. Kazna kao odmazda deluje povratno na karakter učinioca, pružajući mu motiv da poštuje norme pravnog poretka.<sup>38</sup> Krivično delo je izraz ličnosti učinioca,<sup>39</sup> njegovog *lošeg karaktera*, na koje se nadovezuje kazna kojim se nedelo u izvesnom (kriminalno-pedagoškom) smislu poravnava, i povratno deluje na ličnost i njenu čud. Tako Engiš, kao izraziti predstavnik ovog stanovišta, objašnjava da delo neuračunljivog lica, deteta ili opijenog nije skrivljeno, iako se na prvi pogled i ovde čini da je delo izraz njihove ličnosti. Delo je ovde odraz duševne bolesti, nezrelosti odnosno trovanja (opijatom). Stoga kod takvih subjekata krivično delo

35 J. Krümpelmann /1983/: Dogmatische und empirische Probleme des sozialen Schuldbegriffs, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, № 8, pp. 344, 346.

36 Uvod u ovo shvatanje predstavlja učenje Mecgera o krivici zbog „načina života“ (Lebensführungsschuld), prema kojem učinilac odgovara za pogrešno usmeren život, koji je doveo do vršenja krivičnog dela. „Krivičnopravna krivica učinioca nije samo krivica zbog pojedinačnog dela, već i njegovog čitavog načina života“ (E. Mezger /1938/: Die Straftat als Ganzes, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, p. 688). Na odgovornost za način života (karakter) ukazuje već Aristotel. „Ali [može se prigovoriti] možda je neko po prirodi takav da nije u stanju da o nečemu vodi računa [to jest da je nemaran]. U tom slučaju je on sam kriv što je postao takav, jer je živio nemarno. I kada ljudi postanu nepravedni ili neobuzdani, to je zato što su – ili učinili nešto rdavo (oni prvi) ili što su provodili vreme u piću i sličnim porocima (ovi drugi); jer naš karakter formiraju pojedinačni postupci“ (Aristotel /2012/: *Nikomahova etika*, Sremski Karlovci – Novi Sad, pp. 54, 1114a).

37 K. Engisch /1967/: Um die Charakterschuld, *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, № 3–4, p. 117.

38 K. Engisch /1965/: *op. cit.*, pp. 53, 55; K. Engisch /1967/, *op. cit.*, p. 118.

39 K. Engisch /1965/, *op. cit.*, p. 57; J. de Figueiredo Dias, *op. cit.*, pp. 241–242.



ili ne predstavlja izraz njihove ličnosti, ili to jeste, ali se pokazuje da u odnosu na njih (naročito decu) kazna ne predstavlja adekvatan vid reakcije.<sup>40</sup> Slobodna ljudska volja potisnuta je u drugi plan. Podrazumeva se da uračunljivi i duševno normalan čovek za svoja dela odgovara, nezavisno od toga da li je on stvarno slobodan ili ne. Istovremeno, time se, kako zastupnici ovog tumačenja misle, odgovarajuće rešava i pitanje nesvesnog nehata, gde se nebrižljivost i nepažnja prepoznaju kao karakteristike manjkavog karaktera, ne koji je moguće specijalno- i generalno-preventivno delovati.<sup>41</sup>

Ipak, ovo objašnjenje nije dovoljno ubedljivo. Krivica ne može počivati na lošem karakteru. Rečima Kolrausa (*Kohlrausch*), učinilac ne zaslužuje kaznu zato što je loš (čovek), već zato što je nešto *loše uradio*.<sup>42</sup> Ideja da je neko kriv zato što je manjkavo obrazovan njegov karakter, ispoljen u konkretnom delu, može da bude smisljena samo ukoliko je moguće razdvojiti onaj aspekt ličnosti koji je čoveku određen sudbinski – deo u kojem je čovek predodređen, determinisan – i onaj njegov deo u kojem oblikovanje karaktera ukazuje na manjkavo obrazovanje ličnosti. Kako ovaj (slobodni) udeo, na kojem bi trebalo da počiva krivica, nije konkretno utvrdio, ovom učenju je izmaknut temelj, jer se onda učiniocu stavlja na teret ono na šta nije mogao da utiče,<sup>43</sup> pa kažnjavanje gubi svoje opravdanje. Stanje takve ličnosti nalikuje stanju lica koje je duševno bolesno, i koje ne treba da snosi krivicu za bolest koja se razvija mimo njegove volje.<sup>44</sup> Taj problem se naročito ispoljava kod smanjene uračunljivosti i neuračunljivosti, gde se gubi jasna razlika između situacija kada manjkavo obrazovan karakter zahteva primenu krivične kazne, i situacija gde na učinioca treba delovati merama bezbednosti.

### 3. KRIVICA KAO PRAVNO MANJKAVO UBEĐENJE UČINIOCA

Upliv finalnih učenja o krivičnom delu, utiče i na mesto krivice u njihovom sistemu. Prema Galasu (*Gallas*), vladajuće shvatanje, koje pravi razliku između suda o protivpravosti, koji počiva na objektivnom nesaglasju ponašanja sa pravnim portetkom, i suda o krivici, koji zbog ponašanja njegovom tvorcu upućuje lični prekor, promašuje, jer zanemaruje da objekt suda o protivpravosti nije jedino objektivno nepravo. Odluka učinioca da protivpravno dela sastavni je deo već objektivne strane dela, pa na planu krivice prekor može da obuhvati jedino vrednovanje da li je učinilac ovaj pogrešan izbor mogao da izbegne.<sup>45</sup> Time bi, međutim, otpala ne samo krivica, već i protivpravost. Drugim rečima, opredeljivanje za nepravo ne može biti autohtoni objekt vrednovanja karakterističan za nevrednost krivice, jer je ovaj izbor već vrednovan na planu protivpravosti.

40 K. Engisch /1965/, *op. cit.*, p. 57.

41 K. Engisch /1967/, *op. cit.*, p. 116.

42 E. Kohlrausch, *op. cit.*, p. 19.

43 Vid. A. Kaufmann, *op. cit.*, p. 190.

44 A. Kaufmann: *Ibid.*

45 W. Gallas /1968/: *Beiträge zur Verbrechenslehre*, Berlin, p. 56.

Za krivicu mora onda biti odlučan neki drugi momenat, koji Galas prepoznaje u stavu učinioca, koji je ovaj ispoljio, aktuelizovao svojim delom – u njegovom pravno manjkavom *uverenju* (rechtlich missbilligte Gesinnung), iz kojeg se i razvila odluka da se protivpravno dela.<sup>46</sup> Dakle, kako je nevaljan izbor predmet suda o protivpravnosti, predmet suda o krivici bio bi manjkav stav učinioca o zahtevima koje pravni poredak pred njega postavlja, na temelju kojeg se i obrazovala njegova konkretna odluka da prekrši normu. Ovaj koncept krivice je u međuvremenu u značajnom delu literature naišao na prihvatanje.<sup>47</sup>

Pojam „uverenja“ ima snažan individualno-etički predznak, što ipak treba razlikovati od „zločinca iz ubeđenja“ (Überzeugungsverbrecher) – figuri pod kojom se podrazumeva učinilac, kojeg na nedelo pokreće religiozni, politički i uopšte moralni svetonazor. Nepostojanje svesti takvog učinioca da je učinio nešto pogrešno, premda, kako Stojanović s pravom primećuje, dodatno govori u prilog tome da se „krivica ne može iscrpljivati samo u psihološkom odnosu učinioca prema svom delu“, ipak pokazuje da krivičnopravni prekor ne uzima u obzir ove individualne vrednosne predstave koje odstupaju od krivičnopravnih normi.<sup>48</sup>

Ovo stanovište je u srpskoj doktrini zastupao Atanacković. Smatrajući da objektivno-subjektivna koncepcija krivičnog dela nije ostvariva kod onih učenja koja krivicu posmatraju u prizmi psiholoških sadržaja,<sup>49</sup> ovaj autor prekor zasniva na jednom čisto normativnom vrednovanju – „da li se preduzeta radnja sa socijalne i pravne tačke gledišta može oceniti kao manljivo sprovedena finalna radnja“.<sup>50</sup> Ovu manjkavost Atanacković prepoznaje u jednom nedostatku na planu objektivne strane dela, propustu da se učinilac ponaša onako kako bi se u datim okolnostima u cilju izbegavanja društveno štetnih posledica ponašao svaki savestan i uviđavan čovek. Upravo ovo „objektivno nebrizljivo“ ponašanje učinioca protivno dužnosti predstavljalo bi pretpostavku prekora. Postavljajući dalje pitanje u čemu se onda sa-

46 W. Gallas: *Ibid.*

47 Vid. pre svih U. Ebert /2001/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Heidelberg, p. 93; R. Herren /1966/: *Die Gesinnung im Rahmen der vorsätzlichen Tötungsdelikte, insbesondere beim Mord*, Basel, p. 84; H.-H. Jescheck, T. Weigend, *op. cit.*, p. 422; J. Wessels, W. Beulke /2011/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, Heidelberg *et al.*, p. 149. Interesantnu varijaciju osnovnog učenja pruža prilog Šmithojzera (*Schmidhäuser*), koji predmet krivice vezuje za nepravno uverenje – moralno nevredno duševno ponašanje učinioca (sittlich-wertwidrige geistiges Verhalten), koje on razlikuje od socijalno-etički prekorivog voljnog ponašanja učinioca, koje bi gradilo krivično nepravu (E. Schmidhäuser /1958/: *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, Tübingen, pp. 178, 182).

48 R. Maurach /1965/: *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Karlsruhe, p. 347.

49 Ako su elementi svesti i volje sastavni činoci krivičnog dela, a to moraju biti jer su izuzev izvesnih nevoljnih pokreta (npr. refleksnih ili instiktivnih) ljudska ponašanja koja ostvaruju obeležja krivičnih dela svesni i voljni akti, onda psihološka učenja, koja krivicu svode na svest i volju kao psihičko odnošenje učinioca prema aktu, prema Atanackoviću ne mogu izbeći apsurdan zaključak – da je predmet prekora sam prekor. „Ako je vinost (krivica, prekor) sastavni deo krivičnog dela i ako krivičnog dela nema – ukoliko nema vinosti – onda se postavlja pitanje da li je učinilac kriv zato što je učinio krivično delo ili je učinio krivično delo zato što je kriv“ (D. Atanacković /1991/: Neki problemi u vezi sa objektivno-subjektivnim shvatanjem krivičnog dela, *Analiz Pravnog fakulteta u Beogradu*, № 1-3, p. 30).

50 D. Atanacković: *Ibid.*, p. 32.

stoji prekor, Atanacković zaključuje da se on „mora tražiti u ličnom *stavu* učinioca prema kršenju svojih dužnosti koji se ispoljio kroz izvršenje krivičnog dela“.<sup>51</sup>

Uključivanje pravno neprijateljskog nazora, uverenja učinioca, u problematiku krivice, ne osvoja svojom ubedljivošću. Ovaj pojam nema neko krivičnom pravu blisko značenje koje bi moglo da pomogne sadržinskom uobličavanju krivice, već, štaviše, pored suda o protivpravosti, uvodi jedno novo normativno vrednovanje, koje je, bar iz ugla savremenih personalnih učenja o krivičnom nepravu, donekle zaista već sadržano u sudu o protivpravosti.<sup>52</sup> Pojedini autori primećuju da obrazovanje nazora zahteva da se učinilac svesno odnosio prema stvarnosti, što u slučaju nesvesnog nehata izostaje,<sup>53</sup> pa ni ovo stanovište ne može valjano da obuhvati sve varijacije umišljaja i nehata. Osim toga, ako se prekor upućuje učiniočevom neprijateljskom držanju prema zahtevima poretka, može se steći pogrešan utisak da predmet prekora i nije učinjeno protivpravno delo,<sup>54</sup> već upravo taj, prema poretku upravljen negativan stav. To, međutim, stvara bojazan da bi slično razumevanje krivice otvorilo mogućnost eventualnog, danas neprihvatljivog predeliktnog kažnjavanja.<sup>55</sup> Treba primetiti da ovo učenje ne polazi od nekakvog načelnog neprijateljskog uverenja učinioca, o nekoj trajnoj odlici njegove ličnosti; deficit stava ipak se upravlja prema konkretnom učinjenom nepravu. Time se ovaj koncept krivice odvađa od starijih shvatanja, koja su osnov kažnjavanja prepoznavali u nekakvoj „asocijalnosti“ učinioca ili pomenutom manjkavom karakteru, iako se zbog nedovoljne samosvojnosti „ubeđenja“ ni ovde ne može izbeći izvestan deterministički predznak.<sup>56</sup>

## ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Objašnjenje, koje u opredeljivanju učinioca za nepravu vidi kamen temeljac kažnjavanja, daje najprihvatljivije sadržinsko određenje krivice. Kažnjavanje kao nanošenje zla učiniocu povodom propuštanja da se izbegne povreda krivičnopravne norme smisleno objašnjava zaštitnu funkciju krivičnog prava, koje ima cilj da ljudska ponašanja upravi ka poštovanju zahteva pravnog poretka.<sup>57</sup> Osnov ovog kažnjavanja jeste ljudska sloboda. Na temelju ove slobode i kažnjavanje ima za cilj da pored represivne komponente povratno deluje na učinioca, da ovu sferu slobode

51 Čak i u slučaju umišljajnih delikata volja, prema Atanackoviću, ne bi predstavljala osnov prekora. „Volja je sekundarna, ona je samo izraz stava, i zato sama po sebi ne izaziva prekor“ (*ibid.*, fn. 32).

52 H. Otto /1981/: Über den Zusammenhang von Schuld und menschlicher Würde, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, № 11, p. 484.

53 C. Roxin /2006/, *op. cit.*, p. 862.

54 E. Schmidhäuser, *op. cit.*, p. 190.

55 Pojam neprijateljskog stava (ubeđenja) prema zahtevima poretka danas se uglavnom pominje u kontekstu totalitarnog krivičnog prava, koje kažnjavanje ne zasniva na delu već na motivaciji učinioca (tzv. *Gesinnungsstrafrecht*). Kako je ubeđenje, naročito političko, vodilo zloupotrebi krivičnog prava od strane nacional-socijalističke vlasti u Nemačkoj i krivičara koji su ovaj teorijski koncept opravdavali, ovaj pojam nije se ni do danas oslobodio ovog negativnog predznaka.

56 S pravom A. Kaufmann, *op. cit.*, p. 151.

57 H. Otto, *op. cit.*, p. 485.

dotakne. Novi pokušaji oživljavanja determinističkog pristupa objašnjenju zločina ne mogu da reformišu krivično pravo, već upravo suprotno da ga potpuno obesmisle. Čitava građevina krivičnog prava počiva na ideji krivice i lične odgovornosti za učinjeno. Od učenja o krivičnopravnoj radnji, koja zahteva voljnu kontrolu pokreta kao pretpostavku svake odgovornosti, preko dobrovoljnog odustanka, podstrekavanja i mnogih drugih instituta, krivično pravo polazi od toga da je čovek biće koje nosi odgovornost za svoje postupke.<sup>58</sup> Slobodna volja omogućava sud o krivici i pripisivanje moralne odgovornosti čini uopšte mogućim.<sup>59</sup> Tek kada čovek stasa i njegov duševni aparat stekne mogućnost da razlikuje dobro od lošeg – otvara se mogućnost da se za protivpravne akte odgovara.

Ovde se međutim moramo još jednom osvrnuti na osnovne primedbe vladajućem stanovištu. Iako apstraktno posmatrano ispitivanje mogućnosti drugačijeg postupanja u konkretnom slučaju izgleda kao nemoguć poduhvat, on se konkretizuje kroz određive zahteve, koji saodređuju sadržaj krivice. Najpre se utvrđuje da li je konkretni učinilac prema svom duševnom aparatu uopšte bio sposoban da pojmi moguća pravna i stvarna dejstva svog ponašanja i da njime upravlja.<sup>60</sup> Ovaj sud – sud o (subjektivnoj) uračunljivosti – utoliko prethodi ispitivanju, da li je učinilac mogao da ima valjanu svest o zabranjenosti ponašanja i njegovim konkretnim obrisima. Drugim rečima, nakon utvrđivanja da li su na intelektualnom i voljnom planu bile ostvarene pretpostavke stvarne mogućnosti drugačijeg postupanja, utvrđivala bi se svest i volja u odnosu na ostvarenje zakonskog bića neprava i protivpravnosti dela. Čitava subjektivna strana čoveka, njegov intelektualni i voljni aparat, predstavlja predmet suda o krivici. I svesni i voljni deo mora zadovoljiti izvesne pretpostavke da bi se sud o krivici izveo. Tako uračunljivost podrazumeva ispitivanje (istina pretpostavljene) načelne očuvanosti duševnog sklopa, koja je omogućila sposobnost učinioca da rasudi šta njegovo delo čini (sposobnost rasuđivanja) i da se na njegovo vršenje pokrene (sposobnost odlučivanja). Krivičnopravne zahteve na planu radnje takođe oblikuju izvesne pretpostavke koje se tiču ne samo u prvi plan istaknute upravljivosti delom (kontrole pokreta) već i (nju) uslovljavajuće svesnosti dela. Stoga ni nema dela ako se činjenje ili nečinjenje, usled nekog momenta koji udara na situaciono-konkretnu mogućnost svesnog (npr. onesvešćenost) i voljnog (npr. refleks) delovanja, pokazuju kao nezavisni od čovekove ličnosti.<sup>61</sup> Svest o zabranjenosti upravljena je upravo prema (takođe pretpostavljenoj) dostupnosti norme učiniocu. Najzad, shodno zakonskom obličju (čl. 22, st. 1 KZ) predmet suda o krivici čine i nijanse svesti i volje prema konkretnom ispoljenom ponašanju kojim se ostvaruju obeležja krivičnog dela koji odnosnu krivičnopravnu normu povređuje.

58 T. Hillenkamp: *op. cit.*, p. 317.

59 L. E. Chiesa: *op. cit.*, p. 1421.

60 R. Maurach: *op. cit.*, p. 356.

61 Treba primetiti da se prema našoj odredbi o neuračunljivosti svi unutrašnji momenti koji uslovljavaju učiniočevu nesposobnost intelektualnog ili voljnog aparata razmatraju iz ugla neuračunljivosti, a ne neke autonomne nesposobnosti za radnju. Taj momenat zakonodavac izdvaja samo u slučaju *spoljašnjih* činilaca (tzv. neodoljive sile, čl. 21. st. 1 KZ).

Iako se sud o krivici, opredmećen kaznom, upućuje učiniocu, granice kažnjavanja određuje ipak učinjeno *pojedinačno* protivpravno delo. Nastojanja da se kazna prevashodno veže za učinioca, njegov karakter, ličnost ili lična ubeđenja, suviše udaljava krivično pravo od ovog težišta, vodeći poznatim rizicima uvođenja vremenski neodređenih krivičnih sankcija i mera bezbednosti zasnovanih na pretpostavljenoj opasnosti učinioca.<sup>62</sup> Osim toga, time kažnjavanje gubi represivnu komponentu. Ako krivica predstavlja prekor povodom učinjenog nedela, kažnjavanje neće imati isključivo preventivni karakter samo ukoliko možemo da kažemo da je učinilac mogao da odabere poštovanje prava. Krivičnopravni pojam krivice utoliko ima smisla samo ukoliko je zasnovan na slobodi čovekove volje – *relativnom indeterminizmu*, koji polazi od toga da čovekovo ponašanje, ma koliko uslovljeno različitim individualnim, fizičkim i socijalnim činiocima,<sup>63</sup> ipak odlikuje izvesna spontanost u sferi duševnog života i odlučivanja. Čovek ipak nije kauzalno predodređen za vršenje krivičnih dela. Kako Stojanović slikovito primećuje, „isključivi determinizam je doktrina koja je jednako daleko od stvarnosti kao i apsolutni indeterminizam. Dok apsolutni indeterminizam precenjuje čoveka i njegove sposobnosti, determinizam ga svodi na biće nižeg ranga“.<sup>64</sup> U okolnostima iznudenog (kauzalno determinisanog) izbora, krivica ne bi predstavljala istinski prekor, već samo jedan (neetički) sud društva da je učinilac, kao ličnost koju definišu okolina i njegove unutrašnje karakteristike, na planu onoga što društvo očekuje od svojih pravnih podanika – podbacio,<sup>65</sup> i gde bi se kazna ravnala prema simptomu opasnosti koji je učinilac delom objavio.

Ne vidimo zbog čega bi nemogućnost egzaktnog dokazivanja mogućnosti drugačijeg postupanja i činjenica da je krivica lična *a priori* isključilo utvrđivanje odstupanja konkretnog učinioca, sa svim njegovim individualnim osobenostima i sposobnostima, od mogućnosti prosečnog čoveka. Ovo odstupanje upravo pokazuje

62 Danas se u evropskom pravu pojačava trend uvođenja mera bezbednosti neodređenog vremenskog trajanja, koje imaju za cilj zaštitu društva od naročito opasnih učinilaca. Mere slične svojoj prirodi, ali krajnje raznovrsne po neophodnim pretpostavkama i dužini (često i doživotnom trajanju), poznaje nemačko (smeštaj radi sigurnosnog čuvanja [Sicherungsverwahrung], čl. 66 StGB), švajcarsko (čuvanje [Verwahrung], čl. 64 schStGB), austrijsko (smeštaj u ustanovi za opasne povratnike [Unterbringung in einer Anstalt für gefährliche Rückfallstäter], čl. 23 öStGB), dansko (preventivno zatvaranje [Forvaring], čl. 70 KZ), norveško (preventivno zatvaranje [Forvaring], čl. 39c KZ), i druga evropska zakonodavstva.

63 Razume se, iako je zbog čovekove načelne slobode njegov izbor u osnovi neuslovljen, ne može se zanemariti činjenica da je ljudsko biće od svog rođenja deo društva, subjekt prava i obaveza. Tvrdjenje o potpuno slobodnom izboru je u neku ruku naivno. Naši izbori su velikim delom oblikovani ličnim iskustvom u kojem se čovek razvija i stupa u društvene odnose, pa se i ova sloboda može označiti samo kao relativna, uslovljena brojnim socijalnim, kulturnim, biološkim i drugim činiocima. Sigurno je da će za nekoga ko je čitav život proveo u kriminogenom okruženju, i koji je svoja dela upravljao prema uzorima koje je pronalazio u takvoj sredini, prostor slobode – da se opredeli za poštovanje prava – nužno biti sužen. To međutim ne znači da je naš sud da je i takav učinilac bio načelno slobodan da se opredeli za poštovanje prava biti pogrešan ili fingiran.

64 Z. Stojanović /2014/: Das präventiv orientierte Strafrecht: Möglichkeiten und Grenzen, u: *Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag*, München, p. 479.

65 G. Mangakis: *op. cit.*, p. 126.

da bi volja takvog zamišljenog uprosečenog građanina njega motivisala u pravcu drugačije odluke. Rečima grčkog krivičara Mangakisa (*Mangakis*), mi se učiniocu možemo obratiti rečima: „Ti si protivpravno postupao, iako si se mogao ponašati saglasno pravu, što se može utvrditi time, da bi prosečan čovek, shodno iskustvu, pod tačno istim spoljnim i unutrašnjim okolnostima vlastitom motivacionom postupku dao jedan sasvim drugi svršetak“.<sup>66</sup> Da bi međutim prekor ostao lični, a krivica očuvana, ovaj kriterijum ne bi obuhvatio neke uprosečene sposobnosti razumnog čoveka. Socijalno vrednovanje, utemeljeno na iskustvu, uzeće u obzir individualne sposobnosti i karakteristike samog učinioca.<sup>67</sup> Upoređivanje sa drugim zamišljenim učiniocem nema za cilj da učinioca liši individualnih oznaka, zbog kojih njegovo delo podleže prekoru, već samo da pokaže da bi u datoj situaciji drugo lice, obdareno učiniočevim sposobnostima i u zatečenim objektivnim okolnostima, imalo mogućnost da zahtev krivičnopravne norme uvaži.

Na kraju, nije jednostavno u nekoliko reči opisati ukupan uticaj koji je delo Zorana Stojanovića ostavilo na profesionalni i lični razvoj naše malenkosti. Ljubav i podrška kojom je on tokom svog radnog veka obasipao svoje najbliže saradnike (u koje smo i mi imali privilegiju da budemo svrstani), briga za njihovo stručno napredovanje ali i ukupnu dobrobit, izvanredno poznavanje krivičnopravne doktrine i visoka erudicija, istinsko ljudsko gospodstvo i dostojanstvo – dovoljno govore za sebe. Na mnogaja ljeta, profesore!

## LITERATURA

- Aristotel /2012/: *Nikomahova etika*, Sremski Karlovci – Novi Sad.
- Atanacković D. /1991/: Neki problemi u vezi sa objektivno-subjektivnim shvatanjem krivičnog dela, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, № 1–3.
- Bačić F. /1986/: *Krivično pravo. Opći dio*, Zagreb.
- Cerezo Mir J. /1996/: Der materielle Schuldbegriff, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, № 1.
- Chiesa L. E. /2011/: Punishing without Free Will, *Utah Law Review*, № 4.
- Conde F. M. /1978/: Über den materiellen Schuldbegriff, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, № 3.
- Ebert U. /2001/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Heidelberg.
- Engisch K. /1965/: *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, Berlin.
- Engisch K. /1967/: Um die Charakterschuld, *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, № 3–4.
- Figueiredo Dias J. de /1983/: Schuld und Persönlichkeit, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, № 1.
- Fischer T. /2011/: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München.
- Gallas W. /1968/: *Beiträge zur Verbrechenslehre*, Berlin.

66 G. Mangakis: *Ibid.*, p. 139.

67 G. Mangakis: *Ibid.*, p. 140.

- Herren R. /1966/: *Die Gesinnung im Rahmen der vorsätzlichen Tötungsdelikte, insbesondere beim Mord*, Basel.
- Hillenkamp T. /2005/: Strafrecht ohne Willensfreiheit? Eine Antwort auf die Hirnforschung, *Juristenzeitung*, № 7.
- Hirsch H. J. /2010/: Zur gegenwärtigen deutschen Diskussion über Willensfreiheit und Strafrecht, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, № 2.
- Jescheck H.-H., Weigend T. /1996/: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin.
- Kaufmann A. /1961/: *Das Schuldprinzip*, Heidelberg.
- Kohlrausch E. /1910/: *Sollen und Können als Grundlagen der strafrechtlichen Zurechnung*, Berlin.
- Krümpelmann J. /1983/: Dogmatische und empirische Probleme des sozialen Schuldbegriffs, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, № 8.
- Mangakis G. /1963/: Über die Verhältnis von Strafrechtsschuld und Willensfreiheit, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, № 3.
- Maurach R. /1965/: *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Karlsruhe.
- Maurach R., Zipf H. /1992/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Teilband 1. Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat*, Heidelberg.
- Mezger E. /1938/: Die Straftat als Ganzes, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*.
- Moore M. S. /1985/: Causation and the Excuses, *California Law Review*, № 4.
- Otto H. /1981/: Über den Zusammenhang von Schuld und menschlicher Würde, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, № 11.
- Patrijarh Pavle /2010/: *Da nam budu jasnija neka pitanja naše vere. I*, Beograd.
- Roxin C. /2006/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München.
- Roxin C. /1984/: Zur Problematik des Schuldstrafrechts, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, № 3.
- Schiemann A. /2012/: Die Willensfreiheit und das Schuldstrafrecht – eine überflüssige Debatte, *Zeitschrift für das Juristische Studium*, № 6.
- Schmidhäuser E. /1958/: *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, Tübingen.
- Stojanović Z. /2014/: Das präventiv orientierte Strafrecht: Möglichkeiten und Grenzen, u: *Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag*, München.
- Stojanović Z. /2004/: Krivica ili krivična odgovornost, *Branič*, № 3–4.
- Stojanović Z. /2017/: *Krivično pravo. Opšti deo*, Beograd.
- Tiemeyer J. /1986/: Grundlagenprobleme des normativen Schuldbegriffs, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, № 5.
- Tiemeyer J. /1988/: Zur Möglichkeit eines erfahrungswissenschaftlich gesicherten Schuldbegriffs, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, № 3.
- Vuković I. /2013/: Razumevanje krivične odgovornosti i kažnjivosti u srpskom zakonodavstvu i teoriji, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, № 2.
- Welzel H. /1969/: *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, Berlin.
- Wessels J., Beulke W. /2011/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, Heidelberg et al.
- Westen P. /2005/: Getting the Fly out of the Bottle: The False Problem of Free Will and Determinism, *Buffalo Criminal Law Review*, № 2.

*Igor Vuković*

Faculty of Law, University of Belgrade

## MATERIAL CONCEPT OF BLAMEWORTHINESS FROM THE CRIMINAL LAW PERSPECTIVE

### SUMMARY

In today's criminal law, blameworthiness is largely understood as a moral reproach against the perpetrator of the crime. The explanation on which this reproach rests mainly moves within a classical understanding of blameworthiness, as the possibility for the perpetrator to make a different choice in the circumstances, and, instead of committing a crime, to decide to respect the law. Although legal liability can hardly be explained at all without this presumption, today, occasionally, especially based on the alleged results of recent medical research, some authors question whether the commission of criminal offenses is causally determined. The author points out the most important views in recent German and Serbian doctrine, and concludes that there are not enough reasons to leave the classical material explanation of blameworthiness.

**Key words:** blameworthiness, freedom of will, indeterminism, character of the perpetrator.