

Др Емир А. Ђоровић, доцент
Државни универзитет у Новом Пазару
Департаман за правне науке

ПРИНЦИП КРИВИЦЕ КАО ОСНОВ ПРЕИСПИТИВАЊА ОПРАВДАНОСТИ КРИВИЧНИХ САНКЦИЈА У КРИВИЧНОМ ПРАВУ СРБИЈЕ

Сажетак: Начело кривице представља једно од основних кривично-правних начела. Међутим, реч је о једном веома комплексном начелу. У овом раду представљена је његова садржина и посебно је указано на једно систематско одступање од истог у кривичном законодавству Републике Србије. Наиме, према одредби чл. 2 Кривичног законика Србије начело кривице се везује за казне и мере уозорење, док су мере безбедности и васпитне мере остале изван његовог домаћаја. С друге стране, Кривични законик дефинишући појам кривичног дела у чл. 14 захтева скривљеност учиниоачевој понашања. Тиме се улази у један концепцијски проблем: даје се могућност да се и у односу на лица која нису постојала са кривицом примене оне кривичне санкције на које се начело кривице из чл. 2 Кривичног законика не односи – у односу на мере безбедности и васпитне мере. Парадоксално је прихватио кривичноправну реакцију у виду кривичне санкције у односу на лица код којих кривица не постоји. Овакво нормативно решење по мишљењу аутора рада доводи у питање предметно начело, тачније његову базичност, објектност и руководност, тј. оне квалитете које би свако право начело требало да одражава. Наравно, одступања од правних начела, па и начела кривице су могућа, али она морају бити сведена на најмању могућу меру. Ипак, систематско одступање од правних начела, у овом случају начела кривице, не би се смела толерисати.

Довођењем у везу начела кривице са системом кривичних санкција отвара се расправа о волунтаризму оличеном у слободи воље и кривици и позитивизму/ детерминизму оличеном у учиниоачевој опасности и васпитној заштитености унутар кривичног права. Реч је о расправи која се више од једног века води унутар науке кривичног права.

Ауџор рада на крају закључује да кривичнојравна реакција у виду кривичне санкције може имаџи своје оџравдање једино ако се џемељи на начелу кривице. У џроџивном, џаквој реакцији није месџо у кривичном џраву.

Кључне речи: кривица, слобода воље, џрекор, кривично дело, кривичне санкције.

1. Говорити о правним начелима није лако, с обзиром да у правној науци не постоји њихово општеприхваћено одређење. Неки чак сматрају да о правним начелима уопште не треба ни расправљати (*non est certandum de regulis iuris*), јер се ради о елементарним појмовима који су свима јасни.¹ Не улазећи у ближу проблематику појмовног одређења правних начела и свесни чињенице да свако дефинисање носи са собом извесни степен опасности (*omnis definitio periculosa est*), морамо се осврнути на она схватања истих која су најзаступљенија у правној теорији.

За правна начела се каже да су то најопштије правне норме које се налазе у основама правног система;² у „друштвено политичком погледу принцип је несумњиво руководна идеја одређеног погледа на свет, који је прихваћен од датог друштва - државе“.³ Сведено на раван кривичног права, кривичноправна начела чине најопштије правне норме једног кривичноправног система, односно саму основу кривичног права једне државе; она користе законодавцу као оријентир у конституисању свога кривичног законодавства. Како истиче руски теоретичар Чучаев начела кривичног права су „основне идеје (*основнойолајаоуице идеи*) наведене у кривичном законодавству, које одређују како његову садржину у целости, тако и садржину његових појединих института“.⁴

Одступања од правних начела су могућа и има их у готово свим грамама права. Јер, изузетак потврђује правило. Међутим, одступања од правних начела, а тиме и од кривичноправних начела морала би бити сведена на најмању могућу меру. У супротном, довела би се у питање њихова базичност, општост и руководност. Према томе, битно је да поједино правно начело остварује доминантан утицај у одређеном (кривично)правном систему, да представља скелет тог система на који се даље темеље поједини институти, уз евентуална и ограничена одступања која би се могла толери-

¹ Више: Д. Николић, *Увод у систем џрађанској џрава*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2010, 115-116.

² Р. Лукић, *Увод у џраво*, Службени лист СРЈ, Београд, 1995, стр. 344.

³ D.Dimitrijević, M.Stefanović-Zlatić, Ђ.Lazin, *Кривично процесно право*, Научна књига, Београд, 1987, стр.38.

⁴ А. И. Чучаев, В: А. И. Рапог (ред.) *Уоловное џраво России - Часџи Обицаја и Особенная*, Проспект, Москва, 2007, стр. 9.

сати. Начело кривице, или начело индивидуалне субјективне одговорности, обично се представља као једно од темељних начела савременог кривичног права. Отуда би оно, у складу са претходно реченим, требало да прожима читав систем кривичног права, а одступања од истог би требала да буду редукована на најмању могућу меру.

Простор нам не дозвољава да испитамо све могуће и веома комплексне аспекте начела кривице. Зато ћемо у овом раду ставити акценат на однос између начела кривице и система кривичних санкција у Републици Србији. Тај однос је, као што ћемо видети у наредним излагањима, поприлично сложен и даје идеју за другачије устројство, односно преиспитивање постојећег система кривичних санкција. Пре него што се упустимо у разматрање централног питања овог рада, указаћемо на садржину начела кривице и неке сегменте истог који су од значаја за правилно разумевање поменуте проблематике.

2. Значај начела кривице лежи у значају саме кривице као такве. При томе, кривицу не треба ексклузивно везивати за право и правну науку, па ни за кривично право као грану права у којој кривица заиста заузима посебно место. Кривица је подједнако правни, политички, филозофско-етички па и теолошки појам. Интересантно је, с тим у вези, да Јасперс (*Karl Jaspers*) разликује четири врсте кривице: 1. кривичну одговорност, 2. политичку кривицу, 3. моралну кривицу и 4. метафизичку кривицу. Свака од наведених врста кривице посебице „указује на један аспект стварности који оставља последице у сферама преосталих појмова кривице“. ⁵ Ова „фрагментизација“ кривице пријемчива нам је из разлога што се кривично-правни појам кривице (тј. кривичне одговорности) надовезује на морални појам кривице (моралне одговорности). Јер, како истиче Голдинг (*Golding*) „морална дозвола“ (*moral license*) државе да наметне казну постоји једино када је прекршилац морално прекорљив (*morally blameworthy*) до одређеног степена“. ⁶ При томе, вели Јасперс „морално криви... јесу они који су знали и могли да знају а ипак су ишли путем који у саморасветљавању виде као грешну заблуду...“. ⁷

Из реченог се може уочити да морална кривица подразумева могућност избора, подразумева слободу воље. Управо су ове компоненте - *могућности избора* и *слобода воље* - основе на којима се темељи кривично-правни појам кривице. Реч је о унутрашњој основи начела кривице. ⁸

⁵ K. Jaspers, *Pitanje krivice*, Fondacija Konrad Adenauer, Beograd, 2009, стр. 26-27.

⁶ M. Golding, „Responsibility“, In: M. Golding, W. Edmundson (ed.), *The Blackwell guide to the philosophy of law and legal theory*, Blackwell Publishing Ltd, 2005, стр. 221.

⁷ K. Jaspers, op. cit., стр. 50.

⁸ F. Ваčić, *Kazneno pravo - Opći dio*, Informator, Zagreb, 1998, стр. 198.

Закључак је следећи: „појам кривице у кривичном праву имплицира слободу воље, док се негирањем овакве кривице негира слобода, као неискуствена категорија...“.⁹ Зато, није ли бесмислено „кажњавати (боље рећи судити – оп. Е.Ћ) некога ко није био слободан у предузимању неке радње, ко није имао слободу воље да нешто предузме, односно не предузме“.¹⁰ Кратко речено, у кривичном праву се кривица (кривична одговорност) и на њу надовезујућа осуда и казна заснивају на идеји слободе.¹¹

3. Начело кривице одражава два аспекта човекове одговорности: 1. *индивидуалну одговорност* и 2. *субјективну одговорност*. Индивидуална одговорност подразумева да свако лице одговара искључиво за своја чињења или нечињења, тако да је недопуштена одговорност за поступке других лица. Њена супротност - *коллективна одговорност* - у својој најпримитивнијој форми означава облик одговорности који за злочине индивидуе установљава одговорност целокупне заједнице којој злочинац припада; чешће се, међутим, манифестује у облику одговорности једног лица за дела која су учинила њему блиска лица,¹² односно припадници групације којој оно припада.¹³ Субјективна одговорност, пак, установљава одговорност неког лица на основу његовог субјективног односа који има према учињеном делу. Њен антипод - *објективна одговорност* - заснива се на чињеници да је одређено лице предузело противправне акте, тако да није од значаја његов субјективни однос према тим актима. Према томе, субјективном одговорношћу се човек „као могући субјект подложен осуди, пре свега кажњавању, штити од *импунитирања* одговорности и кажњивости на бази каузалитета...“.¹⁴

Ако сублимирамо наведено онда можемо закључити да *начело кривице значи то да свако одговара за оно кривично дело које је учинио, а на*

⁹ Д. Дракић, *О кривичној одговорности малолетника*, Издавачка књижница Зорана Стојановића, Сремски Карловци / Нови Сад, 2010, стр. 111.

¹⁰ Ј. Ћирић, *Објективна одговорност*, Институт за упоредно право, Београд, 2008, стр. 24.

¹¹ С. Пихлер, „Кривичноправна заштита слобода и права човека и грађанина и њено значење за изградњу правне државе“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 1-3/2002, стр. 29.

¹² На пример крвна освета која представља „један од система регулирања међугрупних односа, скуп санкција које чланови повријеђеног и оштећеног рода (породице, племена) примјењују према роду (породици, племену) чији му је члан нанио повриједу или штету дјеловањем које је противно важећим групним обичајима“. Према: I. Josipović, „Крвна освета и њен кривично правни третман“, *Питанја*, бр. 10-12/ 1982, стр. 20.

¹³ Према чл. 9 и 10 Статута Међународног војног суда у Нирнбергу постојала је могућност да се одређене организације и групе прогласе злочиничким и да се појединци изведу пред суд због самог чланства у таквим организацијама и групама. Видети: А. Kaseze, *Међународно кривично право*, Београдски центар за људска права, Београд, 2005, стр. 157-158.

¹⁴ С. Пихлер, „Кривичноправна заштита слобода и права човека и грађанина...“, *op.cit.*, стр. 29.

основу субјективної односа који има њрема њом делу. Или, послужимо се речима познатог англосаксонског теоретичара кривичног права Џорџа Флечера (*George Fletcher*) који каже да не може постојати кривична одговорност ако се противправно деловање (*wrongdoing*) не припише одређеном учиниоцу,¹⁵ односно да кривична одговорност не постоји без скрињеног (или прекорљивог) противправног деловања.¹⁶ Иначе, схватање одговорности у субјективном смислу данас је доминантно и у филозофији и у правној науци, мада је и објективна одговорност још увек присутна у неким гранама права и повлачи за собом извесне правне санкције (објективна одговорност за штету од опасних ствари у имовинском праву).¹⁷

4. Када је реч о нашем „кривичном“ законодавству и нашој „кривичноправној“ доктрини, уочљиво је да је израз „кривица“ инкорпориран у самом називу ове гране права. Отуда је у нас присутан назив *Кривично њраво*. Међутим, овде би додали да је и назив *Казнено њправо*, који је углавном присутан у упоредном праву (енг. „*Penal law*“, нем. „*Strafrecht*“, итал. „*Diritto penale*“, франц. „*Droit penal*“, буг. „*Наказателно њправо*“, мак. и хрв. „*Казнено њправо*“, слов. „*Казенско њправо*“), функционално везан за појам кривице. Наиме, у називу *Казнено њправо* наглашен је израз казна, а казна у савременом праву није ништа друго до репресивна мера која се темељи на тежини учињеног дела и *стјејену кривице учиниоца*.¹⁸ Она казна која прекорачује меру кривице јесте акт којим се криши људско достојанство.¹⁹

¹⁵ G. Fletcher, *Basic concepts of criminal law*, Oxford University Press, New York, 1998, стр. 82.

¹⁶ У *common law* систему кривична одговорност се поима у објективно-субјективном смислу, јер исте не може бити без заједничког постојања *actus reus*-а и *mens rea*, при чему *actus reus* означава противправно деловање, а *mens rea* критеријум приписивања дела. Видети: *Ibid.*, стр. 84.

¹⁷ Тако: М. Ђорђевић, У: Н. Срзентић (ред.), *Коментар Кривичног закона Социјалистичке Федеративне Републике Југославије*, Савремена администрација, Београд, 1978, стр. 63. И у грађанскоправној литератури можемо наћи сличне константације. Тако Салма истиче: „Субјективна одговорност је примарна. До примене објективне одговорности долази само онда ако је то оправдано постојањем или употребом опасне ствари или делатности, односно, ако штета произлази из употребе оваквих ствари. Централни појам субјективне одговорности јесте кривица“. Видети: Ј. Салма, *Obligaciono pravo*, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, 1999, стр. 492. Исти аутор наводи и следеће: „Према опште усвојеном правилу домаћег и упоредног грађанског права субјективна одговорност је принцип, а објективна одговорност изузетак. Линија разграничења "принципа" и "изузетка" се своди на појам опасне ствари и опасне делатности“. Видети: Ј. Салма, „Објективна одговорност у облигационом праву – домен примене у домаћем и упоредном праву“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/ 2004, стр. 44.

¹⁸ В. Камбовски, *Казнено-њравнања реформа њред њредизвицијне на XXI век*, Вато&Дивајн, Скопје, 2002, стр. 74..

¹⁹ С. Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Band I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre, München, 2006, стр. 92.

Отуда су казна и кривица два коресподентна појма, тако да и назив *Казнено љправо* садржи у свом бићу, тј. у својој садржини појам кривице.

5. За кривично право се каже да је грана права у којој субјективизација долази до нарочитог изражаја, јер је један од његових базичних појмова – појам кривичног дела, „дубоко субјективан чин“, тако да је кривично дело без кривице *contradictio in adiecto*. Наиме, „о невредности једног понашања са аспекта кривичног права не може бити говора без постојања његове субјективне усмерености на повреду или угрожавање оних добара која се кривичним правом штите. Неко понашање без обзира на то колико објективно штетно било, без те субјективне усмерености, једва да има неки значај за кривично право“.²⁰ Исход схватања да је кривично дело дубоко субјективан чин, тј. чин заснован на кривици, може се представити максимумом: *nullum crimen sine culpa*. Према томе, непостојање кривице „вуче“ за собом непостојање кривичног дела. Формулисано на овај начин начело кривице поставља захтев за дефинисањем кривичног дела у објективно-субјективном смислу, тј. са кривицом у његовом општем појму. Тиме се исказује *дољмајско-љравни асљекљ* овог начела.²¹ Није на одмет подсетити да је објективно-субјективни појам кривичног дела данас готово опште прихваћен.²² Објективни појам кривичног дела, који је установио и детаљно разрадио проф. Тома Живановић, више нема своје упориште у кривично-правној догматици. Крећући се на тој линији КЗ Србије одређује кривично дело у објективно-субјективном смислу, прописујући у чл. 14. ст. 1 следеће: „Кривично дело је оно дело које је законом љпредвиђено као кривично дело, које је љрољвиљправо и које је скривљено“.²³

Ипак, ситуација у вези са начелом кривице није баш тако једноставна и јасна како то можда произилази из реченог. Тако, Кил (*Kühl*) и Лакнер (*Lackner*) наводе да се кривица може посматрати са три различита аспекта: поводом питања преиспитивања оправданости кривичних санкција уопште (*Schuldidee*, идеја кривице), као спона између бића дела и мере казне (*Strafzumessungsschuld*, кривица као мера казне) и као укупност претпо-

²⁰ З. Стојановић, „Кривица или кривична одговорност“, *Бранич*, бр. 3-4/2004, стр. 17.

²¹ В. Камбовски, *Казнено љправо: Ољшиљ дел*, 2-ри Август С – Штип, Скопје, 2006, стр. 172.

²² О општем појму односно општим обележјима кривичног дела више у: J. Wessels, W. Beulke. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2002, стр. 5; C. Roxin, *Strafrecht*, op.cit., стр. 195-197; K. Kühl, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, Verlag Vahlen, München, 2008, стр. 7-8; З. Стојановић, *Коментљар Кривичнољ законика*, Службени гласник, Београд, 2012, стр. 63-65; Ф. Вајић, *Казнено право*, op.cit., стр. 105-107; В. Камбовски, *Казнено љправо*, op.cit., стр. 234.

²³ Службени гласник Републике Србије, бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012.

ставки под којима се учиниоцу извршена радња може приписати (*Straf begründungsschuld*, кривица као оправдање казне). При томе ови аутори питање оправданости кривичног дела (*Begründung der Straftat*) везују за потоњи аспект кривице. У том смислу кривица пре свега означава *ірекорљивосіу* (*Vorwerfbarkeit*), а језгро кривичног прекора постоји када је учинилац деловао противправно иако је према конкретним околностима био способан да своје понашање усклади са правнообавезујућим нормама.²⁴

6. Међутим, кривица се у кривичноправној доктрини обично везује за казну као основну кривичну санкцију, па се ово начело углавном изражава не као *nullum crimen sine culpa*, већ као *nulla poena sine culpa*. Већ смо навели да казна мора бити у сразмери са степеном/ мером учиниоцеве кривице. С тим у вези Роксин (*Claus Roxin*) износи једно веома занимљиво запажање: „повезивање казне са мером кривице је криминално политички најлибералније и социопсихолошки најповољније средство ограничавања државне казнене моћи које је до сада пронађена“.²⁵

Но, овим није све речено. Штавише, овим се отвара један концепцијски проблем, јер казне нису, бар не у једном броју држава укључујући и нашу, једина врста кривичних санкција. Зато се отвара питање зашто кривица није средство ограничавања државне репресивне моћи и код других *кривичних* санкција? Јер, неспорно је и да су друге *кривичне* санкције у најширем смислу речи последице које погађају учиниоца дела, које га лишавају или ограничавају у неким правима која му правни поредак признаје. Ако је у питању *кривична* или, пак, *казнена* санкција (израз „казнена“ треба схватити на начин који смо претходно појаснили), она мора, не само језички већ и садржински бити везана за принцип *кривице*.

Нас ово посебно интересује, јер је у српском КЗ начело кривице формулисано тако да се односи само на казне и мере упозорења (као санкције које су функционално везане за казне), што ће рећи да се не односи на мере безбедности и васпитне мере као остатак нашег система кривичних санкција (чл. 2 КЗ, наслова „Нема казне без кривице“, гласи: „*Казна и мере упозорења моју се изрећи само учиниоцу који је крив за учињено кривично дело*“). Због тога нам је пријемчив онај аспект кривице који се односи на питање преиспитивања оправданости кривичних санкција уопште.

7. С тим у вези, већ више од једног века у правима бројних, пре свега европских држава егзистирају мере безбедности. Основ њихове примене није учиниоцева кривица, већ његова опасност која се манифестује као опасност по околину, односно опасност поновног вршења кривичних дела.

²⁴ K. Lackner, K. Kühl, *Strafgesetzbuch – Kommentar*, Verlag C.H. Beck München, 2011, стр. 80.

²⁵ C. Roxin, *Strafrecht*, op.cit., стр. 92-93.

Мере безбедности су последица прихватања позитивистичких тенденција у друштвеним наукама, укључујући и право, па тиме и кривично право. Њихова сврха се манифестује у елиминисању криминогених фактора који су извориште учиниоаче опасности по околину. Зато су ове санкције замишљене да буду специјалнопревентивног карактера, те су прожете идејом лечења, рехабилитације и сл.

Међутим, основ мера безбедности оличен у опасности по околину или опасности поновног криминалног понашања учиниоца представља њихову основну слабост, јер се своди на прогнозу учиниоачевог понашања у будућности. Али прогноза ове опасности, као и свака друга прогноза, по логици ствари се заснива на *могућности*, а не на *извесности* као стандарду који би требао да буде иманентан кривичном праву. Другачије речено, не постоје егзактни критеријуми за њено утврђивање.²⁶ Тиме се доводи у питање сама пресумпција невиности, као тековина савременог кривичног права. Наиме, „наведена презумпција подразумева то да се нико не може сматрати кривим за учињено кривично дело док његова кривица није утврђена правноснажном судском одлуком...“, а мере безбедности се, као што рекосмо, „изричу не само због тога што је учинилац извршио кривично дело, већ и због тога *што може учинити ново кривично дело*“.²⁷ Према томе, за њихово изрицање није довољно извршено дело, већ и вероватноћа да учинилац може опет у будућности учинити какво кривично дело, што ће рећи да се везују и за околност која се може (а не мора) десити. Да ово није пуко теоретисање најбоље говори чињеница да је словеначки законодавац 2008. године из свог новог КЗ уклонио медицинске мере безбедности, управо уз образложење да је реч о санкцијама које су неприхватљиве са становишта савременог кривичног права којима се дубоко задире у човекове слободе и права, с обзиром да је основа за њихово изрицање некаква будућа објективно неизвесна чињеница – могућност да учинилац понови кривично дело, те као такве нису у складу са претпоставком невиности.²⁸

Кршење претпоставке невиности, усудићемо се да кажемо, није ништа друго до друго име за кршење начела кривице, јер ако је кривично дело „дубоко субјективан чин“, како је могуће изрицати кривичну санкцију, па и меру безбедности због могућег, очекиваног, будућег (или како већ)

²⁶ Више: Д. Дракић, „Друштвена опасност' учиниоца и кривично право“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2007.

²⁷ Е. Ђоровић, *Мере безбедности обавезног лечења наркомана и алкохоличара у кривичном праву*, Докторска дисертација, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2010., стр. 276.

²⁸ М. Ambrož, „Novi slovenski Kazneni zakonik“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, бр. 1/2008, стр. 336. Ово образложење повлачи питање шта је основ изрицања немедицинских мера безбедности?

„субјективног чина“, тачније због нечега што се није ни збило, нити се зна да ли ће се збити. Јер, ако се учиниочева опасност представи као опасност поновног вршења *кривичној дела*, а кривично дело захтева *скривљено* поступање учиниоца, не претпоставља ли се тиме, независно од тога што је основ примене мера безбедности предметна опасност, и нека будуће кривице. Јер опасност, по правилу, не искључује кривицу.²⁹ Према томе, ако изрицање мере безбедности зависи од „опасности даљег вршења кривичних дела“, тиме се *a priori* претпоставља и будућа кривица, јер кривица представља једно од обележја општег појма кривичног дела.

Наравно, свесни смо да су неке мере безбедности „традиционално“ везане за неурачунљиве учиниоце противправних дела која су законом одређена као кривична дела (кривично дело у објективном смислу). Да ли, међутим, тако треба да буде? Овим се дотичемо питања легитимитета медицинских мера безбедности.³⁰ У погледу истих интересантна нам је Бачићева констатација изречена пре скоро пола века: концептом медицинских мера безбедности се „искривљује и квари читава основна концепција о кривичном праву које је окренуто према свесним и одговорним личностима“.³¹ По среди је један неокласични концепт, чији протагонисти се „буне против терапеутске одлуке толико хваљене од стране друштвене одбране, засноване на опасности која је у вези са био-социо-културним условима“.³² Међутим, тај третмански, рехабилитациони и сличан облик кривичноправне реакције, затим нејасни концепт учиниоцеве опасности итд., без обзира да ли се остварује кроз казне или мере безбедности,³³ дуго времена је, ако не од самог почетка под знаком питања. Тако, један део кривичара класичне прови-

²⁹ Како каже Роксин кривица није услов мера безбедности, али не спречава њихово изрицање. Видети: С. Roxin, *Strafrecht*, op.cit., стр. 2. И заиста, ако погледамо наш систем мера безбедности видећемо да се све оне могу изрећи, и углавном се изричу, учиниоцима који скривљено поступају (укључујући и битно смањено урачунљива лица). Само изузетно, код психијатријских мера безбедности из чл. 81 и 82 КЗ када се изричу неурачунљивим лицима, не постоји кривица учиниоца. Зато се у потпуности можемо сложити са наведеном Роксиновом констатацијом.

³⁰ Наш КЗ регулише: обавезно психијатријско лечење и чување у здравственој установи (чл. 81), обавезно психијатријско лечење на слободи (чл. 82), обавезно лечење наркомана (чл. 83) и обавезно лечење алкохоличара (чл. 84).

³¹ F. Bačić, „Mere bezbednosti u našem sistemu krivičnih sankcija - kritički osvrt“, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 1/65, стр. 18.

³² Ž. Pradel, *Istorijat krivičnih doktrina*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2008, стр. 72.

³³ Чак и у земљама које номинално не познају мере безбедности нека њихова обележја су се приписала казнама. Зато је неокласицизам назив за један правац у савременом кривичном праву и криминологији који са скепсом гледа на идеале третмана, рехабилитације, специјалне превенције, опасности темељене на био-социјалним чиниоцима итд. Више: *Ibid.*, стр. 72-77.

нијенције је одмах по „устоличењу“ мера безбедности у кривично законодавство устао против истих, нападајући њихове концепцијске основе.³⁴ Нама је, међутим, интересантно запажање Лона Фулера (*Lon Fuller*) о томе како су „племенити“ подстицаји одиграли своју улогу у кварењу појма одговорности“, а пример за то налази у кривичном праву и односи се на „злоупотребу рехабилитативног идеала“.³⁵ Наиме, Фулерово запажање дотакло се једног конкретног предмета (*Robinson v. California*) који се односио на кривичноправну проблематику наркоманије, а поводом чега је исти закључио следеће: „Постоји много разлога да се верује како је наш приступ проблему наркоманије погрешан, као и то да би се више постигло коришћењем медицинских и рехабилитационих мера, него ли кривичним правом. Међутим, да би такав програм реформе био успешан, он треба да створи нужне институције за своје остваривање. Он не може себе да умећа на неодговарајући начин у институције које су створене због другог циља; не можете од затвора да начините болницу називајући га болницом, или од кривичног поступка медицинско испитивање, претварајући се да он то јесте“.³⁶

„Не можете од затвора начинити болницу називајући ја болницом, или од кривичног испитивања медицинско испитивање, претварајући се да он то јесте“ – ова мисао, наизглед проста, много казује. Пре свега није на кривичном праву да лечи, нити су кривичноправни механизми (кривични поступак и затворски систем) подесни за то. А ако нису подесни, биће и неделотворни. Зашто о овоме говоримо. Зато што наш КЗ допушта да се две кривичне санкције – мере безбедности обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи и обавезног психијатријског лечења на слободи – изрекну учиниоцима који не поступају скривљено, тј. учиниоцима *противправних дела предвиђених у закону као кривична дела*. Значи, кривичне санкције се изричу лицима која се не сматрају учиниоцима кривичних дела у објективно-субјективном смислу, како је то предвиђено у већ цитираној одредби чл 14 ст. 1 КЗ. Није ли то својеврсни *contradictio in adiecto*? Није ли тада (пара)кривични поступак место „некаквог медико-психијатријског дијагностиковања“,³⁷ у коме се може изрећи кривична

³⁴ Више: D. Drakić, „Mere bezbednosti i novo krivično pravo Srbije – o potrebi egzistencije mera bezbednosti u savremenim registrirama krivičnih sankcija“, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, бр. 1/ 2010, стр. 177.

³⁵ Л. Фулер, *Моралност њрава*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2001, стр. 184.

³⁶ *Ibid.*, стр. 185.

³⁷ Користимо формулацију (пара)кривични поступак јер је у процесној теорији спорна природа поступака у којима се изричу мере безбедности. Више: Е. Ћоровић, „Поступак изрицања мера безбедности обавезног лечења наркомана и алкохоличара“, *Бранич*, бр. 3-4/ 2009., стр. 48-49, као и фн. број 9, 11 и 12.

санкција обавезно психијатријско лечење и чување у здравственој установи, а успут речено „здравствена установа“ у којој се примарно ова мера безбедности треба извршити и није здравствена установа у организационо-правном смислу речи, *већ њој посебна врста затвора* – специјална затворска болница.³⁸ Поприлично компликованом шемом можемо представити речено: (пара)кривични поступак и кривична санкција за лице које није криво; здравствена установа у којој би требало да се спроводи лечење баш и није здравствена, већ затворска установа. Све подсећа на напред наведену Фулерову констатацију.

Али проблем је, када је реч о нашем кривичном законодавству, још дубљи. Јер, отвара се питање како ускладити одредбу о општем појму кривичног дела и одредбу о начелу кривице? Наиме, док одредба о начелу кривице из чл. 2 каже да се казна и мере упозорења могу изрећи само кривом учиниоцу кривичног дела, дотле одредба чл. 14 ст. 1 КЗ Србије у којој је дефинисан општи појам кривичног дела захтева скривљеност као његово конститутивно обележје, а одредба ст. 2 истог члана *explicite* наводи да неће постојати кривично дело уколико је искључена противправност или кривица, иако постоје сва обележја кривичног дела одређена законом! Зато није чудно што су поједини аутори одредбу о начелу кривице окарактерисали сувишном и нелогичном. „Сувишна је због тога што је у Законику прихваћен објективно-субјективни појам кривичног дела (тј. општи појам кривичног дела обухвата и кривицу), па је логично да је већ одредбом о начелу легалитета прихваћен и принцип кривице. Нелогична је, јер исказ "крив за учињено кривично дело" по себи подразумева и могућност кривичног дела без кривице, што са становишта прихваћеног општег појма кривичног дела није могуће“.³⁹ Некако се оваквим законским формулација запало у својеврсни *circulus vitiosus*. С једне стране жели се „скривљено кривично дело“, а с друге стране не одустаје се од *кривичне* реакције према лицима која нису крива.

Ситуација није „чиста“, са становишта начела кривице, и када су у питању немедицинске мере безбедности,⁴⁰ које најгрубље речено карактерише

³⁸ Чл. 13 Закона о извршењу кривичних санкција (Службени гласник Републике Србије, бр. 85/2005, 72/2009 и 31/2011).

³⁹ С. Пихлер, „Новеле општих установа у кривичном законодавству Србије (Поводом Кривичног законика РС од 29. септембра 2005.г.)“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2005, стр. 45.

⁴⁰ Наш КЗ их броји седам: забрана вршења позива, делатности и дужности (чл. 85), забрана управљања моторним возилом (чл. 86), одузимање предмета (чл. 87), протеривање странца из земље (чл. 88), јавно објављивање пресуде (чл. 89), забрана приближавања и комуникације са оштећеним (чл. 89а) и забрана присуствовања одређеним спортским приредбама (чл. 89б).

њихова спорна правна природа, јер исте нису лишене казних, односно генерално-правентивних и ретрибутивних учинака, што ће рећи да и оне изражавају вредносни суд у односу на учиниоца кривичног дела.⁴¹ Додуше, тај вредносни суд се код немедицинских мера безбедности настоји прикрити плаштом наводне учиниочеве опасности понављања кривичног дела. Међутим, чини нам се да таквим језичко-семантичким маскирањем не може олако прећи преко праве природе предметних мера безбедности – преко тога да оне нису ништа друго до акт испољавања социо-етичког прекора. Због тога смо још у пријашњој југословенској кривичноправној литератури имали предлоге по којима „треба као казну оквалификовати сваку ону кривичну меру која је подобна да буде израз друштвено-етичке осуде“.⁴² Покушаји прикривања, па и анулирања праве природе „спорних“ мера безбедности путем одређених законских флоскула, не представљају ништа друго до атак на начело кривице. Зашто? Зато што се формалним прокламовањем истих у мере безбедности на један прикривен начин омогућава *кажњавање без кривице*. Јер, КЗ само оне кривичне санкције које је номинално уврстио у систем казни и мера упозорења везује за кривицу – оне казне које су „обучене у рухо“ мера безбедности не подлежу предметном „ограничењу“, тачније не подлежу кривици. Парадокс да буде још већи законодавац код појединих „спорних“ мера безбедности уопште није настојао да прикрије њихов вредносни моменат. На пример код мере безбедности протеривања странца из земље из чл. 88 КЗ, која се може изрећи уколико суд утврди „непожељност даљег боравка странца у Србији“. *Нејожељносј* - није ли реч о вредносном критеријуму, о прекоравању учиниоца страног држављанства. Зато не треба да чуди што је македонски законодавац 2004. године немедицинске мере безбедности (тачније мере забране) „систематизовао на истинско место – у систем казни“.⁴³ Оно што још у нашем систему кривичних санкција запада у очи, а такође представља грубо кршење начела кривице, јесте то да КЗ допушта да се уз поменуте две психијатријске мере безбедности, када се изричу самостално неурачунљивим учиниоцима, могу изрећи и одређене немедицинске мере безбедности - забрана вршења позива, делатности и дужности, забрана управљања моторним возилом и одузимање предмета. Према томе,

⁴¹ Видети: Ђ. Марјановић, „О суштини мера безбедности у југословенском кривичном праву“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 6/1987; Ђ. Марјановић, „О могућности унификације кривичних санкција“, У: *Реформа општег дела КЗ СФРЈ и савремене тенденције у југословенском кривичном праву*, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 1991.

⁴² Ф. Ваџић, „Мере безбедности у нашем систему кривичних санкција - критички осврт“, *op.cit.*, стр. 18.

⁴³ В. Камбовски, *Казнено љраво*, *op.cit.*, стр. 750. Одузимање предмета је уређено као посебна кривично-правна мера. Занимљиво, једна бивша југословенска република (Словенија) познаје само немедицинске, а друга (Македонија) само медицинске мере безбедности.

и лице које није криво може бити адресат оних мера безбедности које носе баласт социо-етичког прекора.⁴⁴

Ове противуречности које увиђамо у нашем КЗ, а које су присутне и у бројним европским законодавствима, говоре по нашем мишљењу о једном лутању кривичног права између *волунтаризма* који одсликава учиниочева кривица и *дејтерминизма/ њозијивизма* оличеног у концепту описане учиниоачеве опасности. На тој не баш јасној релацији изграђен је „систем дуплог колосека“, који истини за вољу не нуди јасан критеријум за прављење разлике између казни и мера безбедности. С друге стране, примећују поједини аутори да је још средином прошлог века постало јасно да „од наивне позитивистичке концепције да се извршење кривичних дела од стране одређене особе у будућности са сигурношћу може предвидети – није остало ништа“.⁴⁵ Није ли онда време да се кривично право окане позитивистичког дискурса и да у пуном обиму испоштује начело кривице, барем када је реч о *кривичној* реакцији. Јер *кривична* реакција, оличена у *кривичној* санкцији има места једино када је учинилац поступао са *кривицом*.

8. Што се тиче релације кривица - васпитне мере, домаћа теорија нема јединствен став по том питању. Пре него што укажемо на ову релацију, подсећамо да је код нас присутан став да *малолетничко кривично њраво* представља „пара“ или „квази“ кривично право, у којем су неки општи институти укључујући и кривицу, или одсутни или имају другоразредни значај.⁴⁶ Тим поводом треба указати да Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица (ЗМ)⁴⁷ једино код казне малолетничког затвора оперише са појмом кривица. Зато се јавило спорним да ли је кривица нужан услов за изрицање васпитних мера: неки (Радуловић) су изричито да се питање кривице не поставља као законски услов за примену васпитних мера;⁴⁸ други (Шкулић) сматрају да је кривица малолетника неопходна да би му се могла изрећи било која кри-

⁴⁴ Неки иако нису противници концепта мера безбедности признају истима одговарајуће застрашујуће или генералноправентивне (тј. казнене) учинке. Тако Роксин између осталог истиче да мера безбедности одузимања возачке дозволе (§ 69 КЗ Немачке) делује опште застрашујуће „као очекивана казна код саобраћајних деликата“. С. Roxin, *Strafrecht*, op.cit., стр. 97.

⁴⁵ D. Drakić, „Mere bezbednosti i novo krivično pravo Srbije...“, op.cit., стр. 184. Штавише, позитивизам и у социологији, науци у којој је настао, није био пут кретања бројних великана ове науке као што су Вебер (*Max Weber*), Зимел (*Georg Zimmel*), Манхајм (*Karl Mannheim*), Бергер (*Peter Berger*). Више: D. Marinković, *Uvod u sociologiju*, Mediterran Publishing, Novi Sad, 2008., стр. 13-17.

⁴⁶ Z. Stojanović, *Krivično pravo: Opšti deo*, Pravna knjiga, Beograd, 2006, стр. 344.

⁴⁷ Службени гласник Републике Србије, бр. 85/ 2005.

⁴⁸ Љ. Радуловић, *Малолетничко кривично њраво*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2010, стр. 43.

вична санкција (осим мере безбедности медицинско-психијатријског карактера или васпитне мере упућивања у посебну установу за лечење и оспособљавање), „јер само тада његово противправно дело законом одређено као кривично дело заиста и постоји као кривично дело“.⁴⁹ Поједини аутори немају јасан став поводом овог питања. Тако Перић истиче да је одредба чл. 12 ЗМ која се односи на одмеравање васпитних мера⁵⁰ прилично неспретно и компликовано формулисана, али да се све околности које су наведене у том члану „усредсређују на личност малолетника схваћену као био-психо-социјалну целину“.⁵¹ Има чак мишљења (Милошевић) да се кривица малолетника не би требала помињати приликом изрицања васпитних мера, већ уместо ње критеријуми из чл. 12 ЗМ.⁵² Даље, према некима (Дракић) одредбе ЗМ нису довољно јасне и дозвољавају како тумачење да кривица није услов за изрицање васпитних мера, тако и супротно, да је она саставни део малолетничког кривичног права и поступка и нешто што се мора доказати у сваком конкретном случају у истом облику у којем се јавља у општем кривичном праву да би се малолетнику могле изрећи кривичне санкције (осим васпитне мере упућивања у посебну установу за лечење и оспособљавање), али да је ову агонију прекинуо КЗ, управо кроз поменуту дефиницију начела кривице из чл. 2.⁵³ Потоња аргументација нам се *de lege lata* чини најприхватљивијом, јер је утемељена на изричитој одредби чл. 2 КЗ која је више него јасна. С тим у вези, поставља се питање како то да основне кривичне санкције према малолетницима, које се у пракси изричу у преко 98% случајева нису везане за кривицу.⁵⁴ Зато је на

⁴⁹ М. Шкулић, *Малолетничко кривично право*, Правни факултет Универзитета у Београду/ Службени гласник, Београд, 2011, стр. 247.

⁵⁰ Исти гласи: „При избору васпитне мере суд ће посебно узети у обзир узраси и зрелости малолетника, друга својства његове личности и степен поремећаја у друштвеном понашању, тежину дела, побуде из којих је дело учинио, средину и прилике у којима је живео, понашање после учињеног кривичног дела, а посебно, да ли је сиречио или покушао да сиречи насипување штејне последице, накнадио или покушао да накнади ирчињену штејну, да ли је према малолетнику раније изречена кривична или прекршајна санкција, као и све друге околности које могу бити од ушцаја за изрицање оне мере којом ће се најбоље пошипи сврха васпитних мера“.

⁵¹ О. Перић, *Коментар Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривично-правној заштити малолетних лица*, Службени гласник, Београд, 2005, стр. 42.

⁵² N. Milošević, „Izbor i odmeravanje sankcija prema maloletnicima“, *Pravni život*, broj 9/ 2011, стр. 776.

⁵³ Д. Дракић, *О кривичној одговорности малолетника*, *op.cit.*, стр. 60-62, 71-72.

⁵⁴ 2006. било је 1566 „осуђених“ малолетника, од тога је изречено 17 казни малолетничког затвора (1,08%); 2007. било је 1996 „осуђених“ малолетника, од чега 30 казни малолетничког затвора (1,50%); 2008. је „осуђено“ 2229 малолетника, од тога њих 17 на малолетнички затвор (0,76%); 2009. било је 1902 „осуђена“ малолетника, од тога према њих 19 на казну малолетничког затвора (0,99%); 2010. било је 1640 „осуђених“ малолетника, од то-

правом месту питање: „да ли се уопште наше малолетничко право може назвати "кривичним правом", а васпитне мере кривичним санкцијама“.⁵⁵ У том смисли би *de lege ferenda* начело кривице требало прихватити у нашем малолетничком кривичном праву и када су у питање васпитне мере. Ипак је малолетничко кривично право само једна област унутар општег режима кривичног права, те је недопустиво да основне кривичне санкције према малолетницима немају своје утемељење у начелу кривице.

9. Из претходног излагања нужно се намеће следећи закључак: у кривичном праву Републике Србије постоји једно кружно, можемо рећи системско одступање од начела кривице, које се односи на постојећи „репертоар“ кривичних санкција, с обзиром да две од укупно четири врсте кривичних санкција које су прописане у КЗ Србије нису везане за предметно начело. Парадокс да буде већи мере безбедности су најбројније кривичне санкције у нашем праву (има их 11), док су, с друге стране, васпитне мере основне кривичне санкције према малолетницима, које се, како смо то навели, изричу у неупоредиво већем броју случајева него казна малолетничког затвора, као једина кривична санкција за малолетнике чије изирицање *ex lege* захтева кривицу учиниоца. Иако разумемо да постоје различити теоријскоправни концепти који условљавају устројство одређеног система кривичних санкција (пре свега мислимо на позитивизам/ детерминизам), мада сматрамо да се ти концепти нису баш показали делотворним и смисленим у својем постојању већ више од једног века, ипак не можемо а да се не отргнемо утиску да начело кривице у нашем кривичном праву нема оно место које би морало да има. Ако у нашој држави (и неким државама у окружењу насталим на простору бивше СФРЈ) ова грана права и даље претендује да носи назив „Кривично право“, онда треба порадити на томе да оно заиста и буде кривично, што у најмању руку захтева то да свака кривичноправна реакција у форми кривичне санкције мора имати утемељење у предметном начелу. Реакција у виду санкције која нема утемељење у кривици не може носити префикс „кривична“. Она може бити предмет неке друге гране права.

Зато нам се, за крај, чини посве упечатљивим Кауфманово запажање да мера која је одвојена од кривице, одговорности и слободе нипошто није хуманија од „казне због кривице“, већ је супротно, нехуманија „пошто не погађа човека у његовом сопству“.⁵⁶ То је она злоупотреба рехабилитативног

га њих 5 малолетничким затвором (0,30 %); 2011. број „осуђених“ малолетника био је 2290, од тога 13 малолетничких затвора (0,56%). Према: *Малолетни учиниоци кривичних дела: пријаве, оптужбе и осуде*, Републички завод за статистику, Београд, 2011, стр. 45

⁵⁵ Д. Дракић, *О кривичној одговорности малолетника*, *op.cit.*, стр. 66.

⁵⁶ А. Кауфман, *Право и разумевање права: Основни проблеми херменевтичке филозофије права*, Гутенбергова галаксија, Београд/ Ваљево, 1998, стр. 153.

идеала који је допринео кварењу појма човекове одговорности о чему је говорио Фулер. Зато би требало да се, у складу са реченим, кривично право ослободи оних позитивистичко-детерминистичких тенденција, јер док оне постоје начело кривице неће одражавати, барем не доминантно, оно што би свако начело требало да одражава - идеје општости и руководности.

Наравно, постоје и други бројни примери којима се начело кривице доводи у питање (одговорност правних лица,⁵⁷ каскадна одговорност, објективни услови инкриминације, конструкција појединих кривичних дела итд.). Иако у теорији и за поједине од ових случајева постоје предлози за „премошћавање проблема“ у правцу начела кривице,⁵⁸ ипак они не задиру у оволикој мери у његову бит, или пак представљају оне изузетке који би потврђивали правило – у овом случају правило да начело кривице доминантно прожима систем кривичног права.

⁵⁷ Код кривичне одговорности правних лица прихвата се теорија *alter ego* (изведене кривице), али наша регулатива даје могућност и за објективну одговорност. Упоредити одредбе чл. 7 ст. 1 и чл. 35 ст. 2 Закона о одговорности правних лица за кривична дела (Службени гласник Републике Србије, бр.97/2008).

⁵⁸ Видети Атанацковићев рад: „Објективни услов инкриминације и његово разграничење од последице кривичног дела“, У: *Problemi reintegracije i reforme jugoslovenskog krivičnog zakonodavstva*, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 1995, стр. 53-64.

*Emir A. Ćorović, Ph.D., Assistant Professor
State University of Novi Pazar
Department of Law Sciences*

The Principle of Guilt as a Basis for Criminal Sanctions Justification Review in the Criminal Law in Serbia

***Abstract:** The principle of guilt is one of the essential principles of criminal law. However, it is a very complex principle. Its content has been presented in this paper particularly referring to a systematic deviation of it in the criminal legislation of the Republic of Serbia. According to the provisions of the article 2 of the Criminal Code of Serbia the principle of guilt is related to punishments and warning measures, while security and educational measures remained beyond its reach. On the other side, The Criminal Code defining a crime offense in the article 14 demands culpability of perpetrator's behavior. It involves a conceptual problem: a possibility is given for criminal sanctions of the principle of guilt, article 2 of the Criminal Code not referring to security and educational measures could be applied for people acting without culpability. It is paradoxical to accept criminal-justice reaction in the form of criminal sanctions regarding people without guilt. According to author of this paper, such a normative solution brings into issue the relevant principle, more precisely its basis, generality and guidance, the qualities that every legal principle should maintain. Of course, deviations of legal principle and the principle of guilt are possible but they must be kept to a minimum. Otherwise, systematic legal principle deviations, in this case the principle of guilt, are not to be tolerated.*

Connecting the principle of guilt with the system of criminal sanctions opens the debate on voluntarism embodied in the freedom of will and guilt and positivism/determinism embodied in perpetrator's danger and educational neglect within the criminal law. It is over a century discussion in the science of criminal law.

The author of the paper concludes criminal-justice reaction in the form of criminal sanction can be justified only of based on the principle of guilt. Otherwise, such a reaction has no place in the criminal law.

Key words: *guilt, freedom of will, blameworthiness, criminal offense, criminal sanctions.*