

РАЗГРАНИЧЕЊЕ СВЕСНОГ НЕХАТА ОД ЕВЕНТУАЛНОГ УМИШЉАЈА

I

1. Према члану 7, ст. 2. КЗ, кривично дело је учињено са умишљањем кад је учинилац био свестан свога дела и хтео његово извршење (директан умишљај), или кад је био свестан да услед његовог чињења или нечињења може наступити забрањена последица, па је пристао на њено наступање (евентуални умишљај). Нови савезни КЗ (који ће ступити на снагу 1. јула 1977) у члану 13. задржава ову дефиницију умишљаја (1).

Из ове дефиниције произилази да Закон прихвата тзв. компромисну теорију умишљаја, по којој се овај одређује на основу елемената свести и на основу елементарне воље. Одатле, такође, произилази да се директни и евентуални умишљај разликују и по елементима свести и по елементима воље.

Учинилац може имати свест или о сигурности или о могућности наступања забрањене последице. Уколико уопште нема такву свест постојаће несвесни нехат, неотклоњива стварна заблуда или случај, али на тај проблем овде не занима. На сваки од ова два степена свести могу доћи по два степена воље која су од кривичноправног значаја. Сигурну последицу учинилац може да хоће или да на њу пристаје, а такође, и могућу последицу учинилац може да хоће или да на њу пристаје.

а) Када је учинилац свестан да ће забрањена последица *сигурно* да наступи и њу хоће или на њу пристаје, постојаће директни умишљај. „Пристајање” Закон изричито не предвиђа, али се тај случај може замислити зато што хтеће као шири појам обухвата у себи и пристајање, али пошто пристајање на сигурну последицу практично значи исто што и њено хтеће, то и нема потребе да се у Закону то посебно издваја.

б) Кад је учинилац свестан само *могућности* да забрањена последица наступи и на њу пристаје, постојаће евентуални умишљај. Ако могућу последицу хоће, у питању је директни умишљај, зато што Закон за директан умишљај тражи да је учинилац „свестан свога дела”, што обухвата и свест о сигурности и свест о могућности наступања последице, и да га је хтео.

2. По члану 7, ст. 3. КЗ, кривично дело је учињено из нехата кад је учинилац био свестан да забрањена последица може да наступи, али је *олако држао* да она неће наступити или да ће је моћи отклонити. Савезни КЗ у члану 14. задржава исту дефиницију свесног нехата, с тим што уместо речи „отклонити” користи погоднију реч „спречити”, пошто израз „отклонити” непотребно асоцира на учиниочеве активности после

1) Рад је писан у време важења КЗ из 1951. године, те је цитиран овај Законик, уз упућивање на ставове новог савезног КЗ.

наступања последице којима отклања њена штетна дејства, а које немају никаквог значаја за постојање свесног нехата.

Упоређујући законске дефиниције свесног нехата и евентуалног умишљаја, видимо да је у оба случаја учинилац свестан *могућности* наступања забрањене последице, а да је разлика у томе што код евентуалног умишљаја на ту могућу последицу *пристаје*, а код свесног нехата *олако држи* да последица неће наступити или да ће је моћи отклонити. То значи да се проблем њиховог разграничења практично своди на разграничење пристајања од олаког држања.

На овај начин се врши разграничење свесног нехата и евентуалног умишљаја и у свим другим законодавствима која на сличан начин дефинишу умишљај и нехат, а то су, нпр., кривични законици Чехословачке, Мађарске, Совјетског Савеза, Грчке, Швајцарске и др.⁽²⁾, тако да излагања која следе имају шири значај и не везују се само за наше кривично законодавство.

Како је у случају *пристајања* и *олаког држања* реч о елементима воље и њиховом интезитету, односно о психичком односу учиниоца према последици где је свако доказивање врло тешко, произилази да је проблем врло сложен, утолико више што се доња граница евентуалног уми-

2) а) КЗ Чехословачке из 1961. године (Издање Криминолошког института, Београд 1965)

— у члану 4, ст. б. узима да евентуални умишљај постоји „кад је учинилац био свестан да својим чињењем може проузроковати такву последицу или угрожавање, па је пристао на њихово наступање“.

— а по члану 5, ст. а. узима да свесни нехат постоји кад је учинилац „био свестан да може, на начин прописан у овом закону, повредити или угрозити интерес заштићен овим законом, па је *олако држио* да повреда или угрожавање неће наступити“.

б) По КЗ Мађарске из 1961. (издање Криминолошког института, Београд 1965)

— по члану 16. умишљај постоји кад „онај који чини дело хоће или *пристаје* на последицу свог понашања“.

— а по члану 17. свесни нехат постоји „кад се онај ко предвиђа последице свог понашања *олако наопа* да оне неће наступити“.

в) По КЗ РСФСР из 1960. (издање Криминолошког института, Београд 1963)

— по члану 8. „кривично дело је учињено са умишљајем ако је учинилац био свестан друштвено опасног карактера свог чињења или нечињења, предвидео његово друштвено опасне последице и желео или свесно *дозволио* наступање тих последица“. Јасно је да је „*дозволити*“ исто што и „*пристати*“ на забрањену последицу.

— По члану 9, кривично дело је учињено са свесним нехатом „кад је учинилац предвиђао могућност наступања друштвено опасне последице свог чињења или нечињења, али је *лакомислено држао* да ће их отклонити.“

г) КЗ Грчке из 1950. (издање Института за упоредно право, Београд 1957)

— у члану 27. ст. 1. узима да учинилац поступа са евентуалним умишљајем кад је „свестан да је остварење тих обележја (која по закону чине биће кривичног дела) услед његовог делања могуће, и у случају да се обележја дела остваре, *споразуман* је са тим остварењем.“

— По члану 28, учинилац поступа са свесним нехатом кад „предвиђа могућност наступања последице, али се *поуздаје* да последица неће наступити“. Поздавање и олако држање се такође свде на исто, поготово што се код олаког држања учинилац не може *тонити* на срећу или случај.

д) По КЗ Швајцарске из 1937. (издање института за упоредно право, Београд 1957)

— по члану 18, ст. 2, „са умишљајем чини злочин или преступ онај који их врши свесно и *вољно*“. Како вољност може бити хтење или пристајање, то практично произилази иста дефиниција евентуалног умишљаја.

— По члану 18, ст. 3, „нехатно чини злочин или преступ онај ко, због кажњиве неопрезности, поступа не увиђајући последице свог дела, или *не водећи рачуна* о њима“. Не вођење рачуна о последици такође је слично са олаким држањем, па произилази и иста дефиниција свесног нехата као у нашем КЗ.

б) Интересантно је да КЗ Шведске из 1962. године (издање Криминолошког института, Београд 1967) не даје у општем делу појам умишљаја и нехата већ оставља да их судска пракса утврди, па се може претпоставити да је ова суочена са истим овим проблемима, при чему је њен задатак, очигледно, неупоредиво тежи.

шљаја (пристајање) поклапа са горњом границом свесног нехата (олаког држања), па те граничне случајеве судови углавном решавају по ставу „in dubio pro geo” (у сумњи блаже по окривљеног) и опредељују се за свесни нехат.

Према томе, иако Закон даје јасну и оштру разлику између свесног нехата и евентуалног умишљаја, зато што они имају различит кривичноправни значај и различите кривичноправне последице, по елементима које поставља за свесни нехат и евентуални умишљај, произилази да се они у одређеној тачки поклапају и да је прелаз од једног ка другом постепен и еластичан, па и критеријум за њихово разграничење мора у основи бити такав.

3. Да ли ће се у поједином случају узети да је кривично дело учињено са умишљајем или из нехата, за учиниоца је од огромног, често и животног значаја.

За умишљај се кажњава увек, а за нехат само кад то Закон изричито предвиди код неког кривичног дела, одн. у неупоредиво мањем броју случајева. Кад је за једно кривично дело предвиђено кажњавање и за умишљај и за нехат, казна за нехат је увек далеко блажа од казне за умишљај.

4. И поред тога што је Закон у погледу разграничења свесног нехата од евентуалног умишљаја јасан, у практичној примени долази до низа тешкоћа.

Појмови *пристајања* и *олаког држања* су неодређени и различито се схватају, а и теоријски предложена решења за њихово разграничење су недовољно одређена. Тако се и дешава да у идентичним ситуацијама један суд нађе да је реч о свесном нехату а други о евентуалном умишљају, или чак да један исти суд прво нађе да је реч о евентуалном умишљају а после извесног времена, у готово истој ситуацији, да је у питању свесни нехат⁽³⁾, што доводи до правне несигурности грађана и неповерења у судске органе.

Ово се нарочито испољава код кривичних дела угрожавања јавног саобраћаја која су веома честа. Тако Д. Симић⁽⁴⁾ налази да врховни судови Србије и Војводине далеко више утврђују евентуални умишљај него свесни нехат код ових кривичних дела, него што то чине врховни судови осталих република. То подацима недвосмислено доказује и С. Матошић⁽⁵⁾. Он је посматрао број осуђених лица за кривична дела из члана 271. и 273. у 1962. години у Србији и Словенији, и утврдио следеће: у Србији је од 1105 осуђених, 48% осуђено за умишљај, а 52% за нехат. У Словенији је од 1273 осуђених, 3,9% осуђено за умишљај, а 96,1% за нехат. До истог резултата је дошао посматрајући и оптужбе јавних

3) Ф. Салихагић-Марш: „Неки проблеми у вези разграничења евентуалног умишљаја од свесног нехата”, Правни живот 3/66, стр. 6.

4) Д. Симић: „Виност код кривичних дела угрожавања јавног саобраћаја”, Правни живот, 3/61, стр. 41.

5) С. Матошић: Виност код кривичних дела угрожавања јавног саобраћаја”, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, 1/63, стр. 88.

тужиоца. У Србији је од 1501 оптужених, 58,1% оптужено за умишљај, а 41,9% за нехат. У Словенији је од 1536 оптужених, 1,1% оптужено за умишљај, 98,9% за нехат.

Све ово показује да до ових разлика не долази случајно, да није реч о непознавању прописа, нити да је у питању објективна разлика подручја две републике или специфичности њених учиниоца, већ да је реч о неоправдано различитим ставовима правосудних установа о истом питању.

По схватању проф. П. Кобеа (6), судови су у пракси прешли од свесног нехата ка утврђивању евентуалног умишљаја, да би тиме учиниоцу изrekli тежу казну и тако утицали на смањење саобраћајне деликвенције. Овакав став судова, уколико је постојао, погрешан је и недопуштен, јер питање избора између свесног нехата или евентуалног умишљаја није ствар казнене политике, већ виности, која се мора за сваки конкретни случај утврдити на основу пристајања или олаког држања.

Судови у образложењима пресуда често не наводе на основу којих околности су у конкретном случају утврдили олако држање или пристајање, већ само наводе законску дефиницију свесног нехата или евентуалног умишљаја (7).

II

Видели смо да се проблем разграничења свесног нехата од евентуалног умишљаја практично своди на разграничење *пристајања* на забрањену последицу од *олаког држања* да она неће наступити или да ће је учинилац моћи отклонити. У ствари, потребно је само прецизно дефинисати једну од те две категорије али ни тај задатак није нимало лак, и у теорији постоји у вези са тим више решење од којих свако има одређене недостатке. У овом раду размотрићемо најчешће критеријуме разликовања са којима се срећемо у теорији и пракси, и покушаћемо да одредимо један најприхватљивији критеријум.

1. *Разграничење на основу одобрења или изјаве окривљеног.* — Теорија одобрења казује да учинилац пристаје на забрањену последицу увек када је одобрава (8), док теорија изјаве долази до истог закључка јер пристајање одређује увек када се из испитивања окривљеног утврди да је он пристао на забрањену последицу.

Оба схватања полазе од тога да је „пристајање” психички став учиниоца према делу који је стога једино њему сасвим познат. Посре-

6) П. Кобе: „Кривична дела угрожавања јавног саобраћаја у судској пракси и кривично правној теорији”, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, 1/54, стр. 126.

7) Ф. Салихагић-Марш, *op. cit.*, стр. 4, наводи као пример за то 10 пресуда окружног суда у Београду из 1963. и 1964. године.

8) М. Сингер: „Прилог проблему разграничења свесног нехата од евентуалног умишљаја”, *Наша законитост*, 1—2/60.

дно закључивање о томе на основу понашања учиниоца и других објективних околности случаја, иако је могуће, никада не може бити довољно тачно, и у томе су ове теорије у праву, али је њихов неотклоњиви недостатак што доводе до крајњег субјективизма и тиме практичне непримењивости. Наиме, учинилац ће скоро увек изјавити да није одобрио наступање последице или да на њу није пристао, пошто ће му се тада приписати свесни нехат, што је за њега неупоредиво повољније, поготово што давање лажног исказа окривљеног у кривичном поступку није инкриминисано. Такође, ако је учинилац свестан да је могућност да последица наступи врло велика, тешко је и нелогично прихватити његову изјаву да је није одобрио или да на њу није пристао.

2. *Разграничење на основу изјаве окривљеног уз цену околности случаја.* — Да би отклонили недостатке теорије изјаве, поједини теоретичари (9) траже да се испитивање окривљеног о његовом психичком односу према делу, које је по њима и даље неопходно, врши са наслоним на објективне околности догађаја које процењује суд. Међутим, они не наводе по ком критеријуму одн. како треба процењивати те објективне околности, па остаје да се ту као критеријум примене Франкова формула, безбедност или начин извршења, дакле, критеријуми о којима ће ниже бити речи и који такође имају одређене недостатке. Ово схватање не искључује могућност да окривљени говори неистину, што ће најчешће и бити случај, и не решава случајеве кад се изјава окривљеног о пристајању на последицу не поклапа са закључком који о томе донесе суд на основу околности случаја, па се не зна за шта и на основу чега би се суд требало да определи. Начелно би се требало определити за уверљивије решење али је проблем што се то различито схвата.

3. *Разграничење на основу начина извршења.* — Судови често, да би објективизирали критеријум разграничења, из самог начина извршења кривичног дела закључују о пристајању на забрањену последицу. Уколико је према начину извршења вероватније да ће забрањена последица да наступи и учинилац је тога свестан, постојаће пристајање и евентуални умишљај, а ако није, олако држање и свесни нехат.

Тако се нпр. у пресуди Окружног суда у Београду К-174/63 од 27. V 1963. каже: „...оптуђени је био свестан да задавањем ударца држањем од будака општењем у пределу главе може наступити тешка телесна повреда, па је пристао на њено наступање...” (10)

У ствари, оцењујући начин извршења, судови практично оцењују објективну могућност да забрањена последица наступи, па ако је та могућност велика и учинилац је тога свестан, узима се да он пристаје на последицу одн. евентуални умишљај, а ако је та могућност мала узима се олако држање одн. свесни нехат. Тиме судови делимично примењују теорију наведену ниже под бројем 8, која нам се чини најисправнијом, и тако у пракси често долазе до доброг и логичног решења.

9) Нпр. Д. Симић, *op. cit.*, стр. 43.

10) Наведено према Ф. Салихагић-Марш, *op. cit.*, стр. 4.

Међутим, недостатак ове теорије јесте што не испитује да ли је учинилац могао и био дужан да буде светан да из његовог начина извршења произилази већа вероватноћа за наступање последице него за њено ненаступање.

Такође се једино по начину извршења, често не може утврдити колика је вероватноћа за наступање последица, одн. да ли је учинилац пристао на последицу или није, па се онда мора користити неки други критеријум, при чему се враћамо на почетни проблем, који је то критеријум?

4. *Разграничење на основу Франкове формуле.* — За сада се разграничење свесног нехата од евентуалног умишљаја најчешће врши помоћу тзв. Франкове формуле, назване тако по њеном творцу Франку⁽¹¹⁾. По овој формули треба узети у обзир све околности извршења дела и одговорити на питање: „шта би учинилац радио да је предвидео последицу као сигурну? Ако би и онда предузео радњу извршења, постојао би евентуални умишљај, а ако не би, свесни нехат.

Иако јасно изражена, ова формула садржи низ недостатака на које су теоретичари често скретали пажњу, али се и поред тога она у пракси најчешће користи. Основни недостаци ове формуле би по нама били неодређености и несагласност са законском дефиницијом свесног нехата.

а) Главни недостатак Франкове формуле је у томе што је она неодређена и стога за праксу недовољно сигуран и користан критеријум разграничења свесног нехата од евентуалног умишљаја.

Проблем није у томе што се она заснива на једној хипотези (замишљеном случају), већ у томе како одредити шта би учинилац радио да је предвидео забрањену последицу као сигурну, (пошто је реч о психичком ставу учиниоца где је свако доказивање отежано). То је могуће на неколико начина од којих сваки има одређене недостатке:

— најпре, неприхватљиво је да се окривљени о томе испитује, јер би он скоро увек говорио неистину да би побољшао свој положај.

— друга могућност је да то суд објективно утврђује на основу околности случаја (начин извршења, раније понашање и друге околности). Такво решење стриктно и произилази из Франкове формуле. Франк је заслужник нормативне теорије виности, по којој је виност чисто правна а не и психолошка категорија, одн. негативна друштвена оцена о учиниоцима понашању коју у име друштва доноси суд на основу околности случаја. Међутим, остаје нерешен проблем како проценити објективне околности случаја, јер различити судови могу то различито учинити, као и проблем што се учинилац у конкретном случају можда и не би понашао онако како се то по околностима случаја обично очекује.

— Процењивање изјаве окривљеног са наслоном на објективне околности случаја, задржава наведене недостатке. Такође се не решава

11) R. Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 10 Aufl. 1931, § 59 Anm. V.

случај кад се изјава окривљеног не поклапа са закључком који суд донесе по околностима случаја, па се не зна за шта се и на основу чега треба одредити.

На основу свега произилази да би судови око утврђивања чињенице „шта би учинилац радио да је предвидео забрањену последицу као сигурну“ имали доста проблема и да би тешко могли доћи до сигурног закључка, па би због става „in dubio pro geo“ у сумњи блаже по окривљеног углавном узимали да је у питању свесни нехат. Тако једна теоријска неодређеност практично води повлашћивању криваца.

б) Из законске дефиниције свесног нехата произилази да учинилац који је свестан могућности наступања забрањене последице *олако држи* да она неће наступити или да ће је моћи отклонити. У том олаком држању, по опште усвојеном схватању⁽¹²⁾ учинилац се не може поуздати у срећу или случај, односно у неку алеаторну околност, већ само у конкретну околност или властиту активност. Уколико се ипак поузда у срећу или случај, требало би узети да у ствари пристаје на оследицу одн. евентуални умишљај.

Процењивање околности које је учинилац узео у обзир у свом олаком држању да могућа последица неће наступити врши објективни посматрач — суд по критеријуму несвесног нехата. Суд прво посматра околности којих је учинилац био свестан и процењује да ли их је учинилац правилно оценио. Уколико је неке околности погрешно оценио, суд процењује да ли је учинилац могао и био дужан (по личним својствима и околностима случаја) да те околности правилно процени. Суд затим посматра и узима у обзир околности којих учинилац није био свестан, а којих је могао и био дужан да буде свестан (наравно уколико оне постоје). Свесни нехат који се утврди применом Франкове формуле не обухвата испитивање могућности и дужности правилне процене околности случаја, и у том смислу Франкова формула не одговара законској дефиницији свесног нехата из које произилази и потреба испитивања могућности и дужности оцене околности случаја.

Поједини аутори из саме Франкове формуле закључују да она не подразумева алеаторни моменат⁽¹³⁾, али не спомињу дужност и могућност процене околности случаја.

5. *Разграничење на основу уверења да последица неће наступити.* — По овом схватању, да би постојао свесни нехат, олако држање учиниоца не може бити засновано на срећи или случају, као што смо то већ видели у излагању о Франковој формули, већ учинилац мора бити *уверен* да последица неће наступити на основу конкретних околности или на

12) Ј. Таховић: „Кривично право — општи део“, Београд 1961, стр. 181.

Срзентић — Стајић: „Кривично право“, Београд 1966, стр. 147.

М. Раловановић: „Кривично право“, Београд 1972, стр. 190.

С. Франк: „Теорија казненог права“, Загреб 1955, стр. 154.

М. Сингер, *op. cit.*, стр. 130.

П. Кобе: *op. cit.*, стр. 130.

13) Нпр. Ј. Таховић: „Кривично право“, Београд 1961, стр. 181.

основу властите активности којом би спречио наступање забрањене последице (14).

Мислимо да је овакво схватање погрешно, јер ако је учинилац уверен да последица неће наступити, он није свестан могућности њеног наступања, што се по Закону изричито тражи за свесни нехат, па не може ни постојати свесни нехат, већ само несвесни нехат, неотклоњива стварна заблуда или случај.

Може бити једино реч о томе да је учинилац уверен да је могућност да последица *не* наступи већа од могућности да она наступи, али смо тиме на терену теорије наведене под бројем 7 о којој ће ниже бити речи.

До сличног закључка се долази и на основу теорије о финалној радњи која издваја умишљај из појма виности и везује га за саму радњу. По тој теорији, кривично дело је учињено са свесним нехатом кад је учинилац за остварење своје сврхе изабрао такав каузални ток који би по његовом уверењу морао да спречи забрањену последицу, при чему се ослонио на неке конкретне околности (15).

Овде, такође, не може постојати свесни нехат, јер учинилац тиме што је уверен да по изабраном каузалном току последица неће наступити, у ствари није свестан могућности њеног наступања, па може да постоји само несвесни нехат, неотклоњива стварна заблуда или случај.

Може бити речи једино о томе да је учинилац изабрао такав каузални ток по којем се може очекивати да је већа вероватноћа да последица не наступи него да наступи, али смо тиме поново на терену теорије наведене под бројем 7.

6. *Разграничење на основу безобзирности.* — По овом схватању, кад год је учинилац у извршењу кривичног дела поступао безобзирно, требало би узети да пристаје на забрањену последицу, одн. евентуални умишљај.

Ово схватање настало је на следећи начин. Услед повећања броја кривичних дела угрожавања јавног саобраћаја, и у тежњи да се поопштри изрицање казне на том пољу и тако утиче на смањење броја кривичних дела, судови у пракси прелазе на ширу употребу евентуалног умишљаја на основу става заузетог на саветовању у Савезном врховном суду 1961. који гласи: „Ако је суд утврдио да је учинилац поступао *безобзирно*, обесно, грубо вређајући саобраћајне прописе и привила, очигледно угрожавајући туђе животе и имовину и сл., мораће са логично закључити да је пристао на наступање конкретне опасне ситуације, дакле, да је поступао са евентуалним умишљајем. Ако се понашање учиниоца, након савесне оцене свих околности случаја, не може квалификовати као безобзирно, већ само као неопрезно и недовољно обазриво, биће оправдан

14) П. Кобе, *op. cit.*, стр. 130.

15) П. Кобе, *op. cit.*, стр. 130.

Welzel: *Deutsches Strafrecht*. 4 изд., Берлин 1954, стр. 29.
Наведено према М. Сингеру: „Идеолошки основи науке о финалној радњи“, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, 1/64, стр. 12.

закључак о постојању нехата као облика кривице", (16). Пракса судова је као конкретизацију безобзирности увела и вођњу у алкохолисаном стању (17), наравно уз утврђивање узрочне везе између алкохолисаности и наступања забрањене последице. Овај критеријум, испрва ограничен само на кривична дела угрожавања јавног саобраћаја, неки аутори предлажу општи критеријум за разграничење свесног нехата од евентуалног умишљаја (18). Поједини аутори безобзирност чак предлажу као трећи облик виности који би се налазио између директног умишљаја и несвесног нехата и обухватао (спајао) категорије евентуалног умишљаја и свесног нехата (19). Тиме би се по њима добио јасан и свима разумљив облик виности који би отклонио недостатке свесног нехата и евентуалног умишљаја и тиме олакшао рад пракси.

Безобзирност би се, углавном, одређивала према начину извршења и утолико је слична са критеријумом наведеним под бројем 3, али и на основу других околности дела. Међутим, и овом критеријуму се могу ставити извесне замерке.

Безобзирност је појам који је неодређен и непрецизан јер допушта различита схватања и тиме неуједначену праксу. За сада није јасно објашњено како на основу безобзирности треба разграничити свесни нехат од евентуалног умишљаја и примери који се за то наводе су непотпуни. Тако се наводи да би груба непажња требало да спада у свесни нехат, али се поставља питање како њу објективно разграничити од безобзирности, а на то није одговорено (20).

Такође се поставља питање, да ли утврђивање безобзирности у сваком конкретном случају мора увек да значи и пристајање на забрањену последицу.

Међутим, не може се прихватити замерка коју неки аутори истичу (21), да се појмом безобзирности уноси ванзаконски елемент у појам виности. То зато што се путем безобзирности не разграничава свесни нехат од евентуалног умишљаја, већ се тиме само одређује пристајање или олако држање учиниоца према наступелој последици, па према томе не може бити речи о уношењу ванзаконског елемента.

7. *Разграничење на основу субјективне оцене вероватноће наступања забрањене последице.* — Са овим и оваквим схватањем суочава нас Д. Атанацковић (22) који истиче да свесни нехат постоји све док је учинилац свестан одн. док мисли да је вероватноћа да забрањена последица не наступи већа од вероватноће да последица наступи, и обрнуто, све док је учинилац свестан да је вероватноћа да последица

16) Наведено према П. Кобеу, *op. cit.*, стр. 126.

17) П. Кобе, *op. cit.*, стр. 127.

18) Нпр. Ф. Салјагић-Марш, *op. cit.*, стр. 9.

19) М. Дамашка: Дискусија на Трећем саветовању Југословенског удружења за кривично право и криминологију, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, 1/64, стр. 92.

20) Д. Симић, *op. cit.*, стр. 42.

21) Нпр. Д. Симић, *op. cit.*, стр. 42.

22) Д. Атанацковић: „Критеријуми одмеравања казне“, Београд 1975, стр. 116.

наступи већа од вероватноће да она не наступи, постојаће евентуални умишљај. При томе Д. Атанацковић изричито не истиче, али се мора узети да се та вероватноћа цени по редовном току ствари и узимајући у обзир учиниоачеве активности и конкретне околности које су му биле доступне код процене вероватноће наступања забрањене последице. Поуздавање у срећу или случај, наравно и овде се искључује. Аутор, међутим, не објашњава које су то околности које су учиниоцу биле доступне, да ли оне које су објективно стајале пред њим или оне које је он имао у виду.

Из овога произилазе следеће дилеме: шта ће бити кад је могућност да последица наступи врло велика, а учинилац погрешно процењује да је она врло мала, иако је могао и био дужан, према околностима и личним својствима, да буде свестан тог већег степена могућности наступања забрањене последице? Стриктно примењујући ово схватање изгледа да би требало у овом случају узети да постоји свесни нехат, што је тешко прихватљиво.

Такође, уколико је учинилац био уверен да је било вероватније да ће последица наступити, а објективно се утврди да је погрешно и да је било вероватније да последица *неће* наступити, учиниоцу би се по овом схватању требао да припише евентуални умишљај, што је такође тешко прихватљиво. Овакав случај ће бити веома редак, како због тога што се може практично веома ретко десити, тако и због тога што ће учинилац скоро увек говорити неистину да би побољшао свој положај, тако да то остаје више као теоријска могућност.

Ако је по процени учиниоца, могућност да последица наступи приближно једнака могућности да она не наступи, у свим тим граничним случајевима због става „*in dubio pro reo*” треба узети да постоји свесни нехат.

Код овог схватања остаје такође проблем што се оцена степена вероватноће наступања последице који је учинилац имао у виду, одређује или по изјави окривљеног, при чему ће он најчешће говорити неистину да би поправио свој положај, или и на основу неких објективних околности случаја, при чему није одређено којих и на који начин.

Главни недостатак овог схватања, као и свих претходних, јесте у томе што занемарује испитивање да ли је учинилац могао и био дужан (по личним својствима и околностима случаја) да буде свестан већег или мањег степена могућности настанка забрањене последице, и то у погледу околности случаја којих није био свестан (а могао је и био дужан да их буде свестан), и у погледу околности које је погрешно оценио (а могао је и био дужан да их правилно оцени). Тако и ово и сва претходна схватања критеријума за разграничење свесног нехата од евентуалног умишљаја својом стриктном применом у пракси могу да доведу до нелогичних и тешко прихватљивих решења.

8. *Разграничење на основу објективне оцене вероватноће наступања забрањене последице.* — Објективизирањем претходног схватања Д. Атанацковића, тако што би степен вероватноће наступања забрањене после-

дице објективно процењивао суд, уз додавање критеријума несвесног нехата, одн. испитивања да ли је учинилац могао и био дужан да буде свестан већег или мањег степена могућности да забрањена последица наступи, чини нам се да добијамо најприхватљивији критеријум разграничења свесног нехата од евентуалног умишљаја.

Важно је напоменути да се критеријум несвесног нехата овде узима само у погледу начина а не и предмета утврђивања. Наиме, код несвесног нехата учинилац није свестан могућности настанка забрањене последице, па суд процењује да ли је могао и био дужан да буде свестан те могућности. У случају разграничења свесног нехата од евентуалног умишљаја, учинилац је увек свестан могућности наступања забрањене последице, па суд код примене овог критеријума испитује да ли је он могао и био дужан да буде свестан већег или мањег степена те могућности. Тако се јасно види да је реч о квалитативном новом моменту који сва досадашња схватања (теорије) нису узимале у обзир.

Суд треба чисто објективно да цени степен могућности (вероватноће) да забрањена последица наступи према редовном току ствари и узимајући у обзир конкретне околности и учиниочеве активности које је он имао у виду. Наравно, искључено је његово ослањање на срећу или случај. Тај степен могућности може бити већи или мањи, и у оквиру сваког може се извршити подкласификација с обзиром на свест учиниоца о томе.

1. У случају да суд објективно оцени да је било вероватније очекивати да ће последица наступити него да неће, с обзиром на свест учиниоца о томе, могу постојати следећа три случаја:

а) Уколико је учинилац тога свестан, постојаће пристајање на забрањену последицу и евентуални умишљај.

б) Уколико је учинилац погрешно свестан само мањег степена вероватноће, или неистинито тврди да је свестан само тог мањег степена, а могао је и био дужан према околностима и личним својствима да буде свестан већег степена вероватноће (могућности) наступања забрањене последице, радиће се такође о евентуалном умишљају.

Уколико није могао ни био дужан да тога буде свестан, постојаће олако држање и свесни нехат.

Од овог случаја треба разликовати неотклоњиву и отклоњиву стварну заблуду код којих учинилац није свестан неких стварних околности кривичног дела, а могао је и био дужан да их буде свестан (отклоњива заблуда) која искључује умишљај), одн. није могао ни био дужан да их буде свестан (неотклоњива стварна заблуда која искључује и умишљај и нехат). У нашем разматрању, учинилац је свестан могућности да забрањена последица наступи, па је тиме свестан и свих стварних околности кривичног дела, па не може ни постојати отклоњива или неотклоњива стварна заблуда. Он само различито оцењује степен те могућности, и према томе да ли је био свестан да је тај степен већи или мањи и да ли је могао и био дужан да тога буде свестан, одређује се и разграничава свесни нехат од евентуалног умишљаја.

в) Уколико учинилац уопште није био свестан могућности наступања забрањене последице, постојаће несвесни нехат, неотклоњива стварна заблуда или случај, али нас ове ситуације овде не занимају.

2. У случају да суд објективно оцени да је било вероватније очекивати да последица неће наступити него да хоће, с обзиром на свест учиниоца о томе могу такође постојати три случаја:

а) Уколико је учинилац тога свестан, постојаће олако држање и свесни нехат.

б) Уколико је учинилац погрешно свестан да постоји већа могућност да последица наступи него да не наступи. (тј. обрнуто од објективног закључка суда), имајући у виду неку *непостојећу околност* која је повећавала могућност настанка забрањене последице, па је и поред тога предузео радњу извршења, и у том случају треба узети да постоји свесни нехат. То се објашњава следећим; примаран је објективан степен могућности настанка последице који утврђује суд. У тој процени суд не узима у обзир учиниочево ослањање на срећу или случај (што је, као што смо видели, опште прихваћено), па према томе не би требало да узме у обзир ни неку непостојећу околност коју је учинилац имао у виду. Тако и у овом случају, непостојеће околности које је учинилац имао у виду једноставно не треба узети у обзир. Овде није реч о неотклоњивој или отклоњивој стварној заблуди јер код њих учинилац није свестан могућности наступања забрањене последице тиме што није свестан неког стварног обележја кривичног дела, а у овом случају испитује се свест о степену могућности наступања забрањене последице.

Треба напоменути да је анализа овог случаја од малог практичног значаја због тога што се он тешко и ретко може десити, и због тога што ће учинилац увек говорити неистину да би поправио свој положај, одн. да је био свестан само мањег степена вероватноће наступања последице. Стога овај случај остаје више као теоријска могућност.

в) Уколико учинилац уопште није био свестан могућности наступања забрањене последице, постојаће несвесни нехат, неотклоњива стварна заблуда или случај, али нас то такође овде не занима.

3. На основу претходног излагања можемо извести закључак и прецизније и краће одредити наше схватање разграничавања свесног нехата од евентуалног умишљаја:

а) Кад год је степен могућности да забрањена последица наступи, који објективно утврђује суд, *већи* од могућности да последица *не* наступи, постојаће евентуални умишљај. Изузетак је једино случај кад је учинилац свестан само мањег степена могућности настанка забрањене последице, а није могао ни био дужан по околностима и личним својствима да буде свестан већег степена могућности, када ће постојати свесни нехат.

б) Кад год је степен могућности да забрањена последица наступи, који такође објективно утврђује суд, *мањи* од могућности да последица *не* наступи, одн. кад је вероватније да последица неће наступити, постојаће свесни нехат.

в) У свим граничним случајевима, када је тешко одредити да ли је вероватније да ће последица наступити или да неће, тј. када је вероватноћа и за наступање и за ненаступање последице приближно једнака, према ставу „in dubio pro reo” треба узети да постоји свесни нехат.

4. Мислимо да примена овог схватања отклања неодребеност и да пракса добија јаснији и поузданији критеријум за разграничење свесног нехата од евентуалног умишљаја. Објективизацијом критеријума разграничења спречава се могућност да учинилац својим неистинитим изјавама у циљу поправљања свог положаја утиче на одређивање постојања свесног нехата или евентуалног умишљаја.

Наравно, могуће је да степен вероватноће настанка једне последице различити судови различито одреде, али не сувише да би то довело до правне несигурности и великих разлика у пракси. Треба напоменути да тоталну прецизност, ни у ове ни у других правних установа није могуће постићи нити је то потребно и целисходно. Потребно је једино да решење буде довољно еластично да би могло да покрије сву разноликост живота, и довољно јасно и прецизно одређено да не доводи до правне несигурности. Мислимо да предложено решење те захтеве и испуњава.

Разграничење *великог степена могућности* (вероватноће) да ће забрањена последица наступити, од *сигурности* да ће она наступити, као и разграничење „*хтења*” последице од „*прихватања*” последице која се предвиђа као могућа, у којим би случајевима била реч о директном или евентуалном умишљају, није од значаја за проблематику овог рада али има одређеног практичног значаја. И поред тога што у Закону нису посебно предвиђена кривична дела која се могу извршити само са директним или само са евентуалним умишљајем, нека кривична дела се према својим законским обележјима могу извршити само са директним или само са евентуалним умишљајем. Тако на пример, кривична дела код којих се намера уноси у обележје њиховог бића (крађа, утаја, превара, изнуда, принуда и др.) могу бити учињена само са директним умишљајем. У тим случајевима неће постојати кривично дело ако је учињено са евентуалним умишљајем, а такође ту не може постојати ни нехат. Нека кривична дела се могу извршити само са евентуалним умишљајем нпр. несавесно лечење болесника (чл. 203. КЗ). Уколико би ту постојао директни умишљај не би било речи о том кривичном делу или његовом тежем облику већ о неком другом кривичном делу нпр. лакој или тешкој телесној повреди или убиству. Закон такође не прави разлику ни у погледу кажњавања с обзиром на то да ли је кривично дело учињено са директним или евентуалним умишљајем, (као ни да ли је учињено са свесним или несвесним нехатом), али у члану 38. КЗ (одн. члану 41. Савезног КЗ) предвиђа да суд степен кривичне одговорности треба да узме као околност при одмеравању казне. Пошто сам Закон одређује која се кривична дела могу извршити са умишљајем а која из нехата, суд може да процењује степен кривичне одговорности одређујући да ли постоји директни или евентуални умишљај, свесни или несвесни нехат, као и одређујући степен могућности наступања забрањене последице у оквиру сва-

ког од ових облика виности. Треба напоменути да је директни умишљај увек тежи облик виности за судско одмеравање казне⁽²³⁾, као и свесни нехат од несвесног нехата. То што у конкретном случају последице евентуалног умишљаја могу да буду теже од последица директног умишљаја, обухвата се другим околностима које служе за одмеравање казне а које су предвиђене у члану 38. КЗ, одн. члану 41. савезног КЗ као што су јачина повреде или угрожавање заштићеног добра, околности под којима је дело учињено и сл.

Борђе Лазин

23) За разлику од оваквог схватања, Радовановић, *op. cit.*, стр. 184, сматра да евентуални умишљај не значи да је обавезно блажа врста виности од директног умишљаја (као и несвесни нехат од свесног нехата).

Таховић, *op. cit.*, стр. 182, такође сматра да је начелно свесни нехат тежи од несвесног нехата, али да у неким случајевима може бити и обрнуто.