

др Боштјан М. Зупанчич,
професор Правног факултета у Љубљани

КРИВИЧНИ ПРОЦЕС И ИЗРИЦАЊЕ МЈЕРА БЕЗБЈЕДНОСТИ*

УВОД

Кад сам почео да спремам овај реферат и студије о мјерама безбједности у југославенском кривичном поступку, и мало разгледао одредбе седамнаест чланова (од 493. закључно са 509. ЗКП), постало ми је доста брзо јасно како из тих одредаба, па тако и из оскудних одредаба петог поглавља Кривичног закона СФРЈ (чланови 60. до 70) произлази једна доста недоречена концепција мјера безбједности. Но, она је, ипак, довољно изражена, тако да се може децидирано рећи да је у супротности са неким од основних начела како материјалног, тако и процесног права. Ја ћу се овдје углавном концентрисати на изрицање мјере безбједности по 63. члану КЗ СФРЈ, то јест на изрицање обавезног лијечења и чувања у здравственом заводу. Неке од мојих примједба могу се *mutatis mutandis* аплицирати и на друге мјере безбједности.

Процесуални контекст поменутих одредаба, на примјер, који је у континенталном праву већ и тако еклектичан — због фундаменталне амбиваленције између инквизиторности и официјелности с једне и контрадикторности и диспозитивности с друге стране — оставља коментатора без ријечи, јер се не може бити сигуран, чак, нпр. постоји ли, кад се изриче мјера безбједности, истрага — или, ако постоји, каква треба да буде та истрага итд.

Због ових разлога сам мислио да би можда било практичније ако се овдје позабавимо дебатом о неким непрактичним, дакле, прејудицијалним, тако рећи стратешким питањима кривичног процеса — са посебним освртом на мјере безбједности. Уосталом, ја и нисам имао доста слободе да бирам, јер у оквиру мог претежно контрадикторног разумевања кривичног процеса, изрицање мјера безбједности представља једну правно неприхватљиву појаву.

I

Најприје ћу укратко определијелити неке од битних претпоставки за које сматрам да су полазне тачке за продуктивну расправу и о изрицању мјера безбједности.

(*) Реферат подиет на састанку катедри за кривично право, одржаном маја 1987. у Београду.

Већ је Пашуканис, следећи у томе Гумпловица и Ничеа наглашавао да „је суштина свега правнога у приватној контроверзи“, дакле, у инкомпатибилности интереса двију равноправних странака. У кривичном процесу то значи да он треба изражавати спор двију *равноправних* процесних странака, државе и појединца. А не ради се ту само о идеологији контрадикторности као средства за објективније установљење истине. Не ради се о томе да је кривични поступак потребан као средство за проналажење истине, јер истину у свим земљама полиција може лакше пронаћи без кривичног поступка. Не ради се, даље, о томе да је кривично право потребно као оруђе репресије криминалитете, јер се може криминалитет лакше репримирати управо без кривичног процеса. Ако би тамањење криминалитета било попут истребљивања пацова, онда кривично право не би било ни потребно. А криминалци су људи и у правној држави, они имају свој правно-процесни субјективитет, значи — своја материјална, а првенствено своја процесна права.

Због тога тражење истине у кривичном процесу мора бити ограничено утолико уколико оно задира у основна људска права криминалаца. Зато Мирјан Дамашка и инсистира да је социолошка суштина кривичног права у његовој антиауторитарности, што значи да се подижу процесне баријере — попут принципа ексклузије — компулзивном и нескрупулозном тражењу „истине“. О томе да кривични процес није само инструмент проналажења истине данас, ма како он био непотпун, већ свједочи принцип ексклузије у члановима 83. и 84. ЗКП-а.

Јасно је да је у интересу државе да затире криминалитет, то јест да преко својих агената тражи некакву кривичноправну „истину“, па чак ако такву „истину“ та иста држава кроз неке своје кривичноправне дефиниције (не ради се ту само о члановима 133. и 156. Кривичног закона СФРЈ) дословно и *ex nihilo* баш сама и ствара. Јасно је, исто тако, да се баш овој материјалној правности („truthfiniding rationale“ у кривичном процесу САД) већ од инквизиторног поступка даље жртвују процесна правност и легитимност. У том смислу је члан 83. ЗКП далеко револуционарнији него би то изгледало површно посматрачу развоја кривичног процеса.

У кривични поступак данас незадрживо продире принципи уставног ранга, да нико не може да буде дужан да недобровољно даје доказе против самог себе: *nemo contra se prodere tenetur*, или на енглеском „*privi-lege against self-incrimination*“. То је контрапринцип принципу тражења истине. Противречност и инкомпатибилност принципа тражења истине и привилегија против самооптуживања основна је дијалектика модерног кривичног поступка — то док се не схвати, како истина материјалног кривичног права није апсолутна, већ је продукт властите партеногенезе силе и снаге државе.

Баш због начела ексклузије, за којег се плаћа висока доказна цијена за процесна кршења начела несамооптуживања, данас постаје све јасније да контрадикторна равноправност странака и једнакост оружја у кривичном поступку не може бити сама себи смисао и намјера. Прави разлог контрадикторности није епистемолошки, значи објективније утврђивање истине, како се то некада сматрало (*Audiatur et altera pars*), а није у питању ни једноставна заштита субјективности оптуженог појединца.

Но, код мјера безбједности је ипак битно да се појединцу омогући да се може да појављује у процесу као субјект и не као кафкијански објект инструкције максиме и начела официјелности, што значи да треба *поштовати његово властито доживљавање његовог интереса*. Са чисто правног становишта није ни кантовски принцип, ма како он био праведан, да људско биће не смије бити средство за друге циљеве — оно што покреће кривични процес: субјективитет осумњиченог је, ипак, само деонтолошко вредновање које обавезује морално, а не присиљава логички.

Теорија до сада није разумјела да принцип контрадикторности није инструменталан, већ је прескриптиван принцип: он не служи неком вишем принципу, него је сам себи сврха. А сам је себи сврха у најфундаменталнијем смислу легитимне правности. Наиме, ако се абнегира контрадикторност и суд овласти у смислу повећане инквизиторности, ефицијелности и инструкције максиме, онда се у ствари ради о ономе што је Кафка и предвидио: ради се о једноставној употреби државне надмоћности над појединцем, дакле у употреби *самопомоћи* државе. У правном контексту та држава треба да буде само странка у процесном сукобу пред независним судом.

Теза је дакле та: *уколико, уколико се држава у кривичном поступку непосредно (полиција, истражни судија) послужи својом стварном надмоћношћу над појединцем, па чак ако је то само из разлога како би се установио материјално-правни основ за кажњавање (недобровољно признавање, прислушкивање, употреба дневника итд.) она негира саму правност, па тиме и легитимност кривичног процеса — а тиме и материјално-правни ефекат таквог противправног процеса, наиме, легитимност кривичноправне репресије. Тиме држава регредира на претправни ниво самопомоћи, а правна фасада кривичног поступка у ствари је учесник у фундаментално противправној превлади, арбитрарној доминацији државе над појединцем.*

Све до сада речено важи *mutatis mutandis* и за посебне поступке за изрицање мјера безбједности, а поготово за изрицање мјере обавезног лијечења и чувања по 63. члану КЗ СФРЈ. Са тог становишта позитивна је, рецимо, одредба 3. става члана 493. ЗКП, по којој особа, за коју је јавни тужилац дао предлог да јој се изрекне ова мјера, треба да има браниоца. Исто тако треба на сваки начин поздравити принципијелно изједначавање тог посебног поступка са редовним кривичним поступком, како је одређено у члану 508. ЗКП.

Тиме је имплицитно признато да изрицање мјере безбједности због које може бити лишен слободе за неодређено вријеме подлеже истим процесним начелима, као и изрицање казне. Но, то сигурно није само посљедица тога да је мјера безбједности (погрешно) означена као „кривична санкција” у чл. 61. КЗ СФРЈ. Не ради се о ознаци, него се ради о заостреном спору због значаја спорног предмета. Интересантно је због тога примјетити да се кроз преседане у англосаксонском систему чак и материја тзв. „civil commitment”-а, значи цивилног присилног упућивања на лијечење и чување, у ствари процесноправно изједначила са неким стандардима кривичног процеса (иако су доказни стандарди остали нижи, иако нема пороте и иако не постоји право на присутност одвјетника приликом разговора са психијатром). Но, то све потврђује тезу да није *differentia specifica* кривичног процеса у тражењу материјално-правно

релевантне „истине“, да би се онда изрекла „праведна“ казна, већ баш у високим процесним баријерама том тражењу истине, баријерама које одражавају значај спорног предмета у тим стварима.

Ако је, дакле, основни начелни проблем у обичном кривичном поступку кршење начела *nemo contra se prodere tenetur*, онда је основни проблем специјалног поступка за изрицање одређених мјера безбједности (63. чл. КЗ СФРЈ), а уосталом то је и проблем цјелокупне идеологије *Défense sociale*, кршење принципа по којем је оптужени субјект кривичног права и поступка, онај који има право да *сам одређује* који су његови интереси. Не може се некоме октроирати његов властити интерес. Ако се стане на становиште да држава боље зна шта је добро за некога, како се то сматра код малолетника, онда се тиме потискује у привидно непостојање један сукоб, који би требало да избије на површину. У моменту када се стане на такво становиште, спор више није ни могућ, јер се негира субјективитет једне од странака, а негира се и само постојање инкомпатибилности интереса. У светлу тога, на примјер, занимљиво је да члан 63. КЗ СФРЈ као критеријум за изрицање мјере обавезног лијечења и чувања поставља „опасност за околину“, а не опасност за самог себе. Овај последњи критеријум обично постоји у цивилном поступку.

Кад се већ говори о сукобу интереса, потребно је нагласити да се мјере безбједности изричу уз казну или самостално и, што је још важније, могу се кумулирати. Ваља истаћи да мјере безбједности уз казну или самостално, свака за себе или у комбинацији, могу задрати у интегритет осуђеника чак и више него казна сама по себи. Баш због тога би у поступку за изрицање мјера безбједности требало а *fortiori* признати као правно легитиман интерес оптуженика и пружити му што веће процесне гаранције. За илустрацију ове тврдње можемо узети лијечење и чување појединца, који је озбиљно душевно болестан, што се у крајњој линији своди на голо чување у психијатријском заводу, јер лијечења правних душевних болести заправо и нема.

Онда се одмах поставља ново питање уставно-правног ранга, на име, да ли постоји код мјере безбједности материјално-правно „право на лијечење“. Члан 499 (1). ЗКП одређује, на примјер, да се мора вјештак изјаснити о *могућности обавезног лијечења* алкохоличара и наркомана, што је у ствари процесни начин материјално-правног одређивања, да се мјера безбједности из 65. члана КЗ СФРЈ може изрећи само ако би интернирање имало терапеутског смисла.

Као што рекосмо, смисао је сваког правног поретка као антитезе анархије, спречавање Хобсовог *bellum omnium contra omnes*, дакле сти-хијске употребе силе између друштвених субјеката. Због тога је смисао сваког правног поступка спречавање бесправне употребе силе између субјеката интересног сукоба, дакле, спречавање самопомоћи, која се надомјешћује логичком компулзијом у оквиру правних премиса. У кривичном материјалном праву то се одражава у начелу легалитета, који у ствари, због неодређености (*lex incerta*: „опасан за околину“, чл. 63. КЗ СФРЈ) не важи за мјере безбједности. У кривичном процесу се то одржава у горе поменутом начелу да држава ни преко своје полиције, па ни преко својих психијатара не може да присиљава појединца да свједочи против самог себе. То би представљало самопомоћ једне странке над другом и с тиме регресију на претправно стање анархије. Видјети ћемо да се то ипак

дешава у поступку за изрицање мјера безбједности. То поступку за изрицање мјера безбједности одузима легитимност правности.

Последња претпоставка јесте становиште по којем је смисао материјално-правних дефиниција кривичних дјела у опредјељењу *доказног терета и ризика* државе која гони појединца пред независним судом. Дакле, смисао посебног дјела кривичног законика није некаква феноменологија друштвене девијантности или, пак, некаква криминална политика, која нпр. одлучује да ли абортус јесте или није кривично дјело. То су или криминолошка или, пак, политичка питања.

Практична функција правности лежи, једноставно, у концизној дефиницији којој је процесни смисао да се зна какав је *onus probandi* на страни тужиоца. Као што ћемо одмах видјети, тај доказни терет у погледу изрицања мјера безбједности није дефинисан, што у ствари спречава контрадикторност таквог поступка и тјера кривични суд у сасвим инквизиторно, *ex officio*, одлучивање — попут некаквог органа присилног стапелства.

Differentia specifica кривичног процесног права није у некаквој комбинацији репресивности, инквизиторности и патерналистичког насиља, која би произлазила из доминантности *des raisons d'état*, из доминантности интереса друштва над интересом појединца, некаквог Доленчевог начела „сврсисходности” и тако даље. За остваривање превладе таквог интереса, право не само да није ни потребно, већ је томе управо на путу.

Differentia specifica кривичног права уопште, а специјално кривичног процеса је, управо супротно, у непомирљивој заоштрениости контроверзе, па се то једноставно мора — ако процес треба да буде праведан — манифестирати и у заоштрениости контрадикторних елемената. Та заоштрениост контрадикторности већ рано, тако рећи у кривичном претпроцесу, произлази из подударене инкомпатибилности интереса, то јест, једноставно из тога да се у кривичном процесу ради о питањима слободе и живота. Нормално је, дакле, да та заоштрениост контрадикторности није умјетна, него произлази из органске заоштрениости инкомпатибилности интереса двију странака, државе и појединца.

Јер се кривични процес одликује по каутелама прилагођеним чињеници, да се ту ради о слободи и животу појединца, није ни случајно, да се, на примјер, у праву САД питања „civil commitment”-а, значи питања мјера које се изричу опасним менталним болесницима, у уставним преседанима третирају као кривично-процесна питања. То важи и за питања малолетничког поступка, за којег се раније претпостављало да би у њему, због *parens patriae* принципа, контрадикторност као баријера тражењу истине била контрапродуктивна.

Дакако, у САД то су питања *уставног* права, која разрешава у својим преседанима Врховни суд. Али, то не мијења ништа на чињеници да су чак и питања ванкривичних мјера безбједности спонтано допрла на подручје кривичног процеса. И то сигурно није било због тога што је кривични процес оруђе репресије, него баш обрнуто, што је органска функција кривичног процеса да буде са својим контрадикторним каутелама најефикасније оружје против репресије.

II

Због тога ми мислимо да је прво прејудисијално питање поступка о изрицању мјера безбједности да ли адјудикацију о мјери безбједности треба подврћи не само строгом контрадикторном режиму кривичног процеса, већ прије тога и материјалној строгости принципа легалитета.

Због очите сличности по питању лишења слободе, није ни битно да ли ми неку мјеру називамо „затвором“ или „обавезним лијечењем у заводу за ментално болесне“. Није ствар права уопште, а поготово не кривичног права, да постане некакав патерналистички *locus* душебрижництва и насилног социјалног старатељства. Под претензијом добронамјерности, са којом се објект нашег душебрижництва не слаже, ми не можемо угрозити оне баријере самовољи државе, како то зове Мирјан Дамашка, које је кривични процес током столећа поставио у жељи да се кроз контрадикторност и једнакост оруђја у спору државе са појединцем ипак задржи легитимност одузимања слободе онима, који по било чијим патерналистичким критеријима, сметају друштву. Не треба под фирмом добронамјерности одузети ни политички ни процесни субјективитет некеме, кога смо због бизарности окарактеризирали као душевно болесног.

Или, другом речју, пресуђивање да ли је одређена санкција затвор или нешто „добронамјерно“ треба препустити субјективитету појединца. Не може се једноставно стати на стајалиште да ми знамо боље шта је добро за појединца. Ако он, и само он, треба да о томе суди, ако је странка у сукобу интереса, дакле у спору, онда треба да има и формалну активну легитимацију („standing“), јер се осјећа повријеђен. Ствар је кривичног процеса да преведе уставне слободе у језик организоване контроверзе.

Ради се, дакле, о радикалној промјени патерналистичке идеологије, која је доминирала до шездесетих година и коју је карактеризирала фантастична наивност с једне, а патерналистичко насиље с друге стране. На крају постаје опет јасно да је Хегел у праву кад је у својој *Филозофији права* (параграф 100) инсистирао да је недопустиво некеме изрицати мјере безбједности и тако га редукцирати на ниво овце, кад би се казном изреченом у контрадикторном поступку, који признаје спор и тиме симултано и субјективитет учиниоца кривичног дјела, подржало његово човјечје достојанство.

Шта то практички значи?

За мјере изречене по члану 63. КЗ СФРЈ, тј. за мјеру обавезне психијатријске интернације, то значи, да у принципу њезино изрицање не би могло да буде другачије у било каквом погледу од изрицања казне. То мора онда да важи и за доказни поступак и за епистемолошке критерије убеђености, са којима мора суд утврђивати да ли је неко опасан за своју околину. Чињенично стање онда у погледу опасности треба да буде установљено према члановима 15, став 1. и (*argument a contrario*) 366, став 1: значи истинито и у потпуности. А како се може једна будућа вјероватност утврдити истинито и у потпуности? По најосновнијим епистемолошким правилима, па чак и по здравој памети, нешто што још не постоји не може се утврђивати — а гола вјероватноћа („опасност учиниоца за околину“) је чиста спекулација чак кад се ради о протеклим

догађајима. У праву САД јавља се исти неразрјешени проблем, јер важи за цивилну интернацију стандард „clear and convincing evidence,” а за утврђивање кривичне одговорности стандард „beyond reasonable doubt”. (Addington v. State of Texas, Врховни суд САД, 1979, 441 U. S. 418, 99 S. Ct. 1804, 60 L. Ed. 2d 323, Vorenberg 107; In re Winship, Врховни суд САД 1970, 397 U. S. 358, 90 SD. Ct. 1068, 25 L. Ed. 2d 368, Vorenberg 117).

Што се тиче утврђивања „опасности” судија у примјеру Lessard v. Schmidt, 349 F. Supp. 1078 (E. D. Wis. 1972) каже: „... ако би неки социолог предвидио да је осамдесет посто вјеројатно да ће неко починити неко кривично дјело, ниједан закон не би дозволио да се тога човјека на подлози такве предикције стави у затвор. Али, ако би један психијатар под истим околностима препоручио инкарцерирацију у болници за дужевно болесне, та би се препорука вјеројатно уважила за основи некакве потенцијалне користи за оног којега се тако стави у лудницу.”

Због губитка цивилних права, због стигматизације, повећане вјероватноће смрти у менталној институцији, суд је у том примјеру инсистирао да се поштује „due process of law” и у ванпарничном поступку што у ствари значи, како то помену смо горе, сва процесна права као у кривичном поступку, осим присутности бранитеља приликом разговора са психијатром.

Значи, ту се одмах отварају двије нове Пандорине кутије.

Прво, кад се говори о „опасности”, с једне стране то није неки акт, неко дјело починиоца. „Опасност” може само да је више или мање апстрактна вјероватноћа, да ће неко нешто, а што, то јесте посебно питање, учинити. Друго, овдје се ради о *инкриминацији статуса*, јер закон у ствари формулира критеријум за интернацију не као *дјело*, него као *стање* опасности: „ако суд установи да је он опасан за околину”.

Да особа учини неко кривично дјело дакако је и предуслов за овај посебни поступак о мјери безбједности. Али, у том посебном поступку не установљава се да је неко нешто конкретно, опипљиво учинио — иако се као прејудицијално питање захтјева да је опет било како утврђено, да он јесте починио неко, било какво, кривично дело.

Категорија „опасности”, („он је опасан”) произлази из примарне и оригинарне категорије дјела, акта, тог истог појединца. То наше законодавство и признаје — додуше, кроз једну веома непотпуну, *pars pro toto* индукцију, јер допушта установљавање статуса опасности појединца на бази пријашњег почињења једног јединог — а којег, то је посебно питање — кривичног дјела.

Ради се о томе да је неко по својим унутарњим особинама рељефно речено, лопов, пироман, силеција, сексуални манијак и тако даље. Ако неко, дакле, постаје пироман само починивши дјела пироманије, онда је очито да је категорија „опасан по околину” секундарна и деривативна категорија. Значи, код мултипле специјалне рецидиве би онда имало, ако се апстрахира од осталих проблема, смисла законски претпостављати некакав конекситет између извршених кривичних дјела и ове секундарне, деривативне опасности. Рецимо да се ту ради о *непотпуној индукцији*. Али, у примјеру да се ради о једном самом кривичном дјелу, никако не можемо закључивати на будућу опасност специјалне рецидиве.

А ако се поред тога ради о једној категорији *дјела* на једној страни и другој категорији *опасности* на другој страни, ако се губи материјално-

-правни конекситет између дјела и опасности — онда у крајњем примјеру долази до тога да суд у саучесништву са законодавцем узурпира право пресуђивања не само личности (=бивство, биће) учиниоца него, чак, и његову будућу судбину.

С друге стране, одмах се може примјетити да неко дјело појединца постаје „његово” дјело само тада кад изражава оно што јесте за њега битно, значи његову бит. Другим рјечима, неко кривично дјело је кажњиво само ако је симптоматично за личност починиоца. У ствари, ако добро погледамо, одмах постаје јасно да сва искључења протиправности и кривичне одговорности чине знак једнакости између акта и бити појединца: $A = / = B$.

Другом рјечју, кривичне одговорности за неко дјело нема, кад то дјело не изражава *agentis esse*, као што каже Данте, дакле бит физичког починитеља дјела.

Стога се може одмах установити да кривично право у својој теорији интенционалности не кажњава биће дјела, него бит самог починитеља дјела. Наиме, ако се дјело са битју појединца не слаже, кривично право наставља претпостављати његову невиност. Па, ако то јесте тако, онда се одмах може установити да кривично право у ствари и данас, као одувјек, кажњава не кривично дјело пироманије, него пиромана самог — што јесте и логично, јер у затвор не иде дјело пироманије него пироман.

Откада је кривично право у стању изрицати своју пресуду не у односу на биће *акта учиниоца*, него у односу на биће *самог учиниоца*, на његову властиту битну суштину? Овдје нешто није у реду. Оскар Вајлд је обрадио овај проблем у свом роману *Слика Доријана Греја*, у којем сваки злочести потез у животу постаје мрзак потез на портрету учиниоца. Модерна теорија знаности (Ilya Prigogine: *Erom Being to Becoming*) почела се интензивно бавити овим истим питањем. Па, зашто онда кривично право не дефинише своје инкриминације на нивоу бити починиоца, него на нивоу самог кривичног дјела?

Па, ето, разлози за то су у ствари процесни, тачније доказни, а ови разлози важе и за члан 63. КЗ СФРЈ и уопште за изрицање мјера безбједности: смисао је одређења кривичних дјела у материјалном праву, да се тачно одредијели доказно бреме, *onus probandi* а у виду претпоставке невиности и доказни ризико тужеће странке, дакле, државе пред *независним судом*. Ако су материјално-правне дефиниције небулозне, ако се фингира привидни легалитет *legis incertae* (cf. чланови 133. и 156. КЗ СФРЈ) онда са процесног становишта није могуће говорити ни о претпоставци невиности, ни о контрадикторности, ни о *ne bis in idem*, ни о мноштву других процесних института, који тако постају беспредметни. (Само једна индикација више, уосталом, како се процес не може одвајати од материјалног аспекта права.)

Ако је смисао кривичног права уопште, а процеса специјално, да заштити појединца у његовом сукобу са државом (држава може лако да се штити сама) — онда, ипак, материјално кривично право у својим одређењима не може а да не инсистира на специфичностима, концизности, могућности сигурне антиципације и тако даље.

Уосталом, то није ништа ново, јер је такав формализам поглавитан и у другим правним гранама. У контексту ове идеологије легалитета, која се у Европи још није успјела сасвим раширити на подручје процесног

права, (па се због тога сасвим наопако претпоставља његова адјективна [Келсен — истину-тражећа — *truthfinding*] улога, члан 1. ЗКП-а) јасно је да се мора кривична санкција, па чак ако је зовемо еуфемизмом „мјера безбједности“, везати за моноцентрички расправни фокус нечега специфичног, конкретног, доказивог и расправљивог, на неку емпиричку ентитету у вањском свијету — на правно дефинисано кривично *дјело*. Без те процесно-правне и доказне одређености предмета спора нити је спор сам могућ, нити је могућа контрадикторност. Кад се говори о „опасности“ учиниоца, предмет спора је, другим рјечима, прешироко дефинисан, да би се у ствари знало о чему је заправо ријеч у таквом посебном кривичном поступку за изрицање мјере безбједности.

Питање да ли је неко „опасан за своју околину“ (чл. 63 (1). КЗ СФРЈ), није таква конкретна ентитета.

Не само да таква „опасност за околину“ остаје небулозна будућа вјероватноћа, концептуално страна кривичном праву и инконгруентна са његовом традицијом концизности, то и није право, него то јесте некакво телеолошко *параправо*. Ту се не ради о аутономном правном мишљењу. Импресионистички концепти попут „опасности за околину“ представљају дјелимичну негацију правности баш због своје привидне одређености. Они су правно дисфункционални јер допуштају баш оно што би требало да спречавају — наиме, арбитрарну дискрецију појединца над појединцем: *Non sub hominem, sed sub Deo et lege!*

Појам „опасности за околину“ јесте истовремено статус и некакав не-догађај, некаква вјероватноћа пројигирана у будућност.

Ако се ствар онда гледа здравим разумом, онда овдје кажњавамо некога не за оно што је учинио, него за оно што би он можда, осим ако не, учинио некад у будућности. То што ми ту казну зовемо еуфемизмом „мјера безбједности“, не би требало да мијења ствар, ако ипак процесно и материјално-правно признајемо да се ради о инкомпатибилности интереса. (Ствар је, дакле, обрнута ако сматрамо да је кривични процес оруђе репресије. У том случају се, пак, поставља питање зашто уопште подржавати машинерију судова, кад би психијатри и полиција ове ствари доста „ефикасније“, и репресивније, средили.) А то би било апсурдно чак за главног критичара начела *правне еквиваленције* за Пашуканиса.

Смисао онога што зовемо *corpus delicti*, *Tatbestand*, *definition of the offence*, биће кривичног дјела и тако даље — јесте у дефинисању доказног терета (*operis probandi*) оптужбе. Ако се неко кривично дјело разгради на елементе, онда се зна шта су критерији релевантности у материјалном смислу за потребе *qualification du cas*, а шта су у доказном смислу оне битне чињенице које треба доказивати, итд.

Са процесног становишта, дапаче, не ради се само о доказном ризику, који специфицира домет претпоставке невиности (код нас само у смислу члана 350, тачка 3. и тачке 3. правог става члана 363. ЗКП-а који треба да важе и за поступак за изрицање мјере безбједности ако је то код будуће вјероватноће уопште могуће), него се ради и о горе поменутој *моноцентричној конфигурацији контрадикторности*, коју дефиниција кривичног дјела тек омогућава.

Овај моноцентризам јесте једноставно у томе да се зна о чему је ријеч на суду, јер се зна шта представља правне критерије одлучивања, то јест, законски дефинисано жариште главне расправе. Око нечега ди-

фузног није се ни могуће свађати (=контрадикторности), осим на веома конфузан начин, што *mutatis mutandis* важи и за питање изрицања казне, гдје због небулозности пеналних одредаба о олакотним и отежавајућим околностима, она права контрадикторност није ни могућа. Али, кад се ради о дефиницији кривичног дјела, опредјељења *corporis delicti* који представља епицентар и критеријум правне релевантности, те оптичко жариште спора, онда се зна о чему је контрадикторна дебата, у чему је и спор између тужилаца и оптуженика.

Не само да је спор дефинисан, него су опредјељени и његови саставни елементи, субјективни и објективни, елементи понашања, материјалне околности, посљедице кривње, искључења противправности и тако даље.

(Наш КЗ нема специфичних одредаба о апстрактним компонентама сваког бића кривичног дјела. Секција 1.13 (9) америчког Model Penal Code говори о (формалним) елементима „понашања“, „присутних околности“ и „резултатима понашања“ које су (1) поменути у дефиницији бића кривичног дјела; (2) установљавају захтјевану врсту кривње; (3) негирају разлог за искључење противправности или кривње; негирају елемент застаривања кривичног дјела или етаблирају стварну или територијалну надлежност. Секција (10) говори о материјалним елементима кривичног дјела, који се свде на (1) зло или штету проузроковану инкриминираним понашањем против објекта заштите и (2) на постојање разлога за искључење противправности или кривичне одговорности.)

Међутим, концепт „опасности за околину“ јесте дифузан концепт, јер „опасности“ има небројено врста, небројено интензитета, а доказивати се може било каквим менталним инсинуацијама, а судца може да има код њих било какве менталне резервације. Са процесног становишта, та материјално-правна збрка представља једну немогућност суђења, јер се у таквом полицентричком контексту губи могућност поларизованог логичног сукобљавања и спора уопште. То, на примјер, значи да судца мора подузети још активнију инквизиторну улогу, а та му онемогућава објективност. Судца, који одлучује по питању „опасности за околину“, није *stricto sensu* ни судца, већ је административни одлучивач, који се послужује, не објективношћу, која је процесни нуспродукт на једно питање усредоточене контрадикторности, него арбитарном дискрецијом.

Дакако, са компаративног становишта нама су свима познате ситуације у којима се то дешава одавно. У англосаксонском праву, на примјер, судца, баш због процесуалне немогућности да се изведе моноцентрични принцип сукобљавања, по традицији има дискрецијско право и чак и не треба да образложи своју одлуку о казни. Тек последњих година по великој кампањи коју је водио тадашњи декан Чикашког правног факултета Норвал Морис, American Law Institut је инсистирао, а и неке од држава (нпр. Њу Џерси) су чак промулгирале одредбе у кривичним законима, по којима судца мора да образложи одлуку о казни. Но, на крају то испадне као два реда о томе да је казна заслужена и тако даље. Хоћу рећи да по англосаксонској традицији изрицање казне не подлеже ни строгом принципу легалитета, а ни принципу контрадикторности, јер се одувјек сматрало да се пенолошка материја о олакотним и отежавајућим околностима итд. не може лако разбити на концептуалне монаде, око којих би се могао изоштрирати фокус контрадикторности, дакле, да би се знало о чему се заправо води спор. Но, баш због тога

што нема законоски детерминираних критеријума, нема ни законски одређених аргумената pro et contra, па због тога по тој традицији нема ни жалбе ни другостепеног поступка о оправданости изреке о казни, а поштно и интелигентно признаје се да судица има у погледу казне право дискреције (дакако у границама законског максимума).

Из ове компаративне аналогije се може видјети да дискрецијско одлучивање чак и без другостепене контроле није нешто невиђено у кривичном процесу — али *после* моноцентрично-контрадикторног спора једнакоправних странака и њиховог доказивања постојања појединих битних чињеница, које су само конкретан одраз апстрактних елемената *corporis delicti*.

Из тога одмах произлазе два питања. *Прво* је питање *квалитативне конексистете* између кривичног дјела и „опасности“, а друго је питање *процесног фиксирања* претпостављања кривичног дјела. А *ргорос* овог другог питања најбитније је уочити да мора суд у рјешењу са којим се особа ставља на лечење и чување због начела *ne bis in idem* што тачније идентифицирати кривично дјело, како би се спријечило понављање кривичног поступка.

А ту се уз пут одмах постави капитално питање, да ли је искључење кривичне одговорности стварно толико другачије од искључења противправности, да би то требало да омогући изреку санкције мјере безбједности: овдје се, иначе, практички непостојећа разлика између искључења кривичне одговорности и искључења противправности може претворити у доживотни затвор. Правнофилозофске расправе око разлике између онога што је Х. Л. А. Харт звао *модификација примарне норме* (*justification*, разлог за искључење противправности) на једној и одсутност модификације примарне норме на другој страни (*excuse*, разлог за искључење кривичне одговорности) треба, иако се овде у то не могу упуштати, да имају утјецај на материјално-правну расправу о мјерама безбједности.

Код питања *квалитативне конексистете* кривичног дјела и „опасности“, одмах се поставља даље питање да ли пресуђивати „опасност“ по доказаном кривичном дјелу, или, пак, пресуђивати дужину кривичне санкције (мјере безбједности) по апстрактним спекулацијама о „опасности“ учиниоца. Да се такво питање уопће може и поставити симптоматично је за филозофску неодређеност и бесконцептуалност мјера безбједности. Наиме, ако је мјера безбједности кривична санкција, онда се она мора изрицати не само „поводом“ неког кривичног дјела, него, због принципа легалитете, у законским оквирима предвиђеним баш за то кривично дјело. А ако би то било тако уређено, онда уопште не би било могуће изрицати такву санкцију за нешто што се још није ни догодило, наиме у виду спекулација о апстрактној опасности учиниоца. Значи, мјера безбједности као кривична санкција је *contradictio in adiecto*, јер је санкција *per definitionem* нешто што се изриче као посљедица кривичног дјела. А рећи да је мјера безбједности „последица“ кривичног дјела само због тога што закон поставља предуслов постојања било каквог кривичног дјела, да би се могла изрећи мјера безбједности у било каквој дужини (чл. 63. и 65. КЗ СФРЈ), значи, рећи да је *conditio sine qua non* узрочност исто као телеолошка узрочност. *Argumento ad absurdum* би се онда, пак, могла поставити аналогija по којој би починилац било каквог преступа био подвргнут било каквој казни.

Но, још важнији контрааргумент тези да је мјера безбједности кривична санкција, јесте чињеница да се мјера безбједности изриче само поводом неког прошлог дјела, а њезина суштина лежи у *антиципацији будућих кривичних дјела*. Ма како ми примјењивали етикете овдје, све се то своди на чињеницу да је мјера безбједности казна за нешто што појединац још није учинио. А то се противи не само начелу *nulla poena sine crimine*, него свим принципима права уопште. (Cf. Robinson v. California, Врх. суд. САД 1962, 370 U. S. 660, 82 S. Ct. 1417, 8. L. Ed. 2d 753, гдје је Калифорнија имала одредбу да се може некога ставити у затвор, у суштини због превентивних разлога, ако је он наркоман. Суд је стао на становиште да се ту ради о кажњавању за статус — не за дјело — и прогласио је ову одредбу противуставном.)

Дакако, овим се аргументима одмах може порицати ваљаност у виду недобровољне цивилне интернације опасних душевних болесника, која се по својим коначним учинцима не разликује од интернације по чл. 63. КЗ СФРЈ. Но, ја мислим да је светски тренд овог тренутка тај да се процесни стандарди за цивилну интернацију подижу на ниво кривичних процесних стандарда, а не обратно. У том смислу је кривични поступак доста адекватнији контекст за изрицање мјере обавезног лијечења и чувања.

Са теоретског становишта, то, дакако, није никакав аргумент, јер се разлика између висине процесних стандарда у цивилном ванпарничном поступку и кривичном поступку за изрицање те мјере може оправдати једним јединим разлогом — а то је разлика у интензитету сукоба интереса. Цивилни поступак стоји на становишту, а друго је питање да ли је тако становиште емпирички оправдано, да је цивилна интернација у најбољем интересу самог пацијента: ванпарнични поступак је овдје само момент судске контроле. (А, како рекох, са компаративног становишта овдје се ствари радикално мјењају.)

Наше кривично право, међутим, не полази са становишта да код изрицања мјера безбједности нема сукоба интереса. О томе свједочи већ сама чињеница да се одредбе о мјерама налазе у Кривичном закону и у Закону о кривичном поступку, а специфично се на то односи члан 508. ЗКП, према коме се за поступак за изрицање мјера безбједности *mutatis mutandis* употребљавају опће одредбе ЗКП-а.

ЗКП не претпоставља да би, на примјер, изрицање мјере лијечења и чувања могло бити у интересу самог оптуженика. Његов се интерес није да не помиње. Објективно говорећи, међутим, за разлику од казне *stricto sensu*, то није искључено, ни како рекосмо код обавезног лијечења алкохоличара и наркомана, ни с друге стране код лијечења и чувања душевно болесних по 63. члану КЗ СФРЈ. Барем ове две мјере безбједности су, ако стварно долази до терапије, потенцијално и у интересу самог усубеника. Дакле, правни значај ових мјера је амбивалентан и недоречен.

Иза ове збрке стоји један сукоб идеологије, који је започет већ крајем првог свјетског рата. Године 1918. Џорџ Херберт Мид је објавио у „American Journal of Sociology” чланак са насловом *The Psychology of Punitive Justice* (23, „American Journal of Sociology”, 577—602, Март 1918.) У том чланку Мид тврди, сасвим основано, јер то је још увијек његова суштина, да кривични процес базира на једном концепту „непријатељства”, „hostile attitude”, како он то рече. Мид већ тада предлаже да се

овај концепт ривалства претвори у концепт пријатељства, у „friendly attitude”. Оно што Мид не разумије, а што нису разумијели ни његови савременици, јесто то да није кривично право оно које ствара ову атмосферу сукоба, него да њу ствара објективна инкомпатибилност интереса појединца и државе (друштва). Кривично право, а поготово кривични процес, у најбољем примјеру правно манифестира, па тако лимитира, један сукоб коме је претпоставка супротстављеност уз једнакост оружја. Што је бескрајно боље од просте доминације државе над појединцем, какву је, на примјер, познао административни кривични поступак у Совјетском Савезу за вријеме Стаљина.

А Мид већ 1918. године помиње као модел поступак за малољетнике, „juvenile delinquents”, који је у САД већ тада базирао на *parens patriae* доктрини, дакле, претпостављајући да држава поступа у својству родитеља, што би требало значити у најбољем интересу дјетета: „in the best interests of the child”. Мид предлаже да се концепт неантагонистичког малољетничког поступка, у којем доминира атмосфера пријатељства странака, *mutatis mutandis* пренесе на кривични поступак за одрасле. У тој атмосфери родиле су се у Европи, не у САД, јер тамо је томе на путу стао уставноправни *habeas corpus*, и мјере безбједности, којима је кривично-правна идеолошка претпоставка, да нема сукоба интереса између државе и појединца, јер држава поступа у правилу беневоолентно, а у најгорем примјеру самозаштитно, значи у нужној обрани, тако рећи без воље да наноси штету супротној странки. Но, идеологија безбједности, сигурности разликује се само квантитативно, не квалитативно, од *parens patriae* идеологије, по којој држава поступа, не у нужној обрани против интереса појединца, него баш обрнуто, у најбољем интересу тог појединца. У оба примјера изгледало би да је контрадикторност контраиндицирана. Никоме тада није падало на памет да је контрадикторност у ствари приснија особина односа између појединца и државе, него некаква псеудо-беневоолентност. Поготово би то требало да буде јасно нашим марксистичким теоретичарима, који су ипак пали у замку беневоолентног а у ствари по извору корпоративистичког патернализма „мјера безбједности”.

Идеологија *Defense sociale* произлази из једне латентне, па можда чак, и несавјесне ауторитарности. Она одузима ономе коме изриче мјеру безбједности могућност да сам одлучује или, чак, и изриче о томе што је у његовом најбољем интересу. Велики брат, „the Big Brother” вири иза мјера безбједности и каже: „Нема овдје потребе за контрадикторношћу поступка, јер ја знам боље шта је добро за тебе.” Није, дакле, никакo случајно да је Мид произлазио из малољетничког поступка, јер се сматра да малољетници не знају шта је добро за њих.

Филозофска па и правна грешка, коју су идеолози *Defense sociale* и сличних покрета учинили, јесте, као и све велике грешке, доста једноставна. За супротност и инкомпатибилност интереса, наиме, сасвим је беспредметно да ли супротна странка чини оно што чини, полазећи из добрих, алтруистичких, или, рецимо, безбедносних мотива. Ако сматрам да не желим електро-шок терапије, онда је чак психијатар, који ми намеће своју концепцију оздрављења од депресије, у суштини мој непријатељ (осим ако ја нисам субјект, већ објект лечења). Ако би се кривичном праву дозволило да се развије емпирички пред судовима као што је то било у римском, енглеском или америчком праву и како је то хтио

Фон Савињи, онда би се брзо показало да није суштина кривичног права кажњавање и у процесу тражења истине због кажњавања, већ да је суштина кривичног права о заострености сукоба, у висини спорног предмета. Тој су висини, ради се о животу и слободи појединца, прилагођене контрадикторне каутеле, правила доказивања и, уопште, правила процесног *fair play*-а.

Функција права у таквим случајевима — и то је, по мом мишљењу, битно — јесте управо да понуди и форум и јурисдикцију и структуриран процес таквом неинституционализираном интересном сукобу. Ради се, дакле, о формализацији и институционализацији интересног сукоба — у супротности са прикривањем таквих антагонизама, који онда остају неразрешени јер материјално-правно интерес није дефинисан, а процесноправно не постоји ни форум ни активна легитимација за оног који се осјећа повријеђен. Значи, глобална друштвена неправда *per omissionem*. Слична се функција у последњим годинама намеће уставним судовима, јер прије тога за кршење уставних права напосто није било ни форума, ни процеса: било је само материјално право о људским правима, а материјално право без процеса је један беспредметан декларацијски торзо. Због таквих је разлога Келсен у *Verfassungsnoveli* из 1929. године и реципирао америчку концепцију уставног судавања, која је тамо имала овакву традицију судске контроле уставности („*judicial review*“) већ од примјера *Marbury v. Madison, S.U.S. (1 Cranch) 137 (1803)*. То помињем јер сматрам да су проблеми са мјерама безбједности у нашем ЗКП-у уставног ранга и као такви градиво *par excellence* за Уставни суд СФРЈ.

Другим рјечима, ја мислим да се под фирмом „мјера безбједности“ игнорише једно антагонистичко размерје између појединца и државе.

Увидјели смо да у закону нема одредаба по којима би требало опасност починиоца неког доказаног кривичног дјела пресуђивања у складу с апстрактном и конкретном опасношћу доказаног му кривичног дјела. Тако се зна да је, барам теоретски, могуће да у случају неурачунљивог учиниоца неког багателног кривичног дјела, па можда чак, ако се тони по приватној тужби, суд може на захтјев јавног тужиоца (чл. 493. ЗКП) сасвим инквизиторно и без било каквих каутела попут објективног идентитета итд., установљавати да је учинилац кривичног дјела увреде као агресиван опасан за околину и да због тога треба да буде интерниран у завод за душевно болесне.

У закључку би се могло рећи да су мјере безбједности како материјално, тако и процесноправно недоречене и нејасне због недоречености и нејасности претпоставки од којих је законодавац пошао. *De lege ferenda* то би имплицирало једну радикалну прераду cjелокупне концепције мјера безбједности у смјеру заостравања материјално-правног легалитета и процесноправне контрадикторности. То би, по мом мишљењу, свакако била и дужност законодавца, рецимо у виду одредаба чланова 9, став 1; 14, став 7. и 17, став 1; и 2. *Међународног пакта о грађанским и политичким правима* („Сл. л. СФРЈ“, 7/71).

Dr. Boštjan M. Zupančič,
Professor of the Faculty of Law in Ljubljana

CRIMINAL PROCEDURE AND CIVIL COMMITMENT FOR THE CRIMINALLY INSANE

Summary

The author addresses questions he considers preliminary to any particular legal, positivist issues that might arise in the Yugoslav criminal procedure for the commitment of the criminally insane. He maintains that the procedure which is now incompletely regulated cannot rely upon the criterion of the actor's social danger as the decisive legal yardstick for the commitment. The criterion as such would perhaps even be acceptable, were it more specific, concrete and articulated, which in turn would even make possible the mono-centric organization of the adjudication in matters of commitment of the criminally insane. Article 63(1) of the Criminal code of Yugoslavia establishes the above criterion of danger for the environment as decisive; as pointed out this criterion is not sufficiently specific.

The additional problem with the above criterion of danger for the environment derives from the fact, that it addresses a future probability of a criminal event, rather than a past certainty of a completed criminal act. The assessment of this probability rests upon a very incomplete induction, i.e., upon a simple verdict of guilty for one single criminal act.

The author takes into account the fact that even the punishment for a past event addresses not the act as such, but rather the actor's very being: criminal responsibility is simply a symptom of the blameworthy nature of the actor. However, the law deals with the act rather than the being of the actor, because the former is specifically ascertainable, whereas the latter is not directly provable.

Dr Boštjan M. Zupančič,
professeur à la Faculté de droit à Ljubljana

PROCEDURE PENALE ET PRONONCIATION DES MESURES DE SURETE

Résumé

L'auteur, ayant l'intention de s'occuper de quelques questions préjudicielles, estime que la condition légale du danger pour l'entourage ne peut pas servir de critère légitime de plein droit pour la privation de la liberté des personnes qui ont commis un acte pénal en tant que personnes inimputables. Il ne s'agit pas seulement de manque de précision de ce critère, mais aussi qu'il ne garantit pas ce qu'il devrait garantir d'après le principe de la légalité.

Le danger pour l'entourage ne permet pas d'organiser le procès pour la prononciation de cette mesure de sûreté radicale de manière monocentrique. Le monocentrisme signifie que la question juridique, dans une procédure normale — la question de la culpabilité, est organisée sur la base du principe „out-out”. Ce principe rend possible la contradiction et ainsi l'objectivité nécessaire.

L'autre problème concernant ce critère nébuleux, qui n'est pas du tout en accord avec les principes juridiques matériels de base, est que celui-ci, à la différence du critère de la responsabilité pénale ordinaire, pose comme décisive une condition relative à une future probabilité au lieu de s'appuyer sur une certitude existante. Cela veut dire qu'il n'est pas possible, en ce qui concerne „le danger pour l'entourage”, d'organiser une procédure juridique rationnelle car le critère lui-même est contraire à tous les principes juridiques.

De toute façon, l'auteur admet que, même dans le cas où il s'agit d'une responsabilité pénale ordinaire, la punition est adressée à l'essence du délinquant et non à l'acte même. Mais, la responsabilité pénale s'établit, quand même, uniquement si elle est et en quelle mesure elle est, symptomatique d'une manière essentielle pour le délinquant même et cela d'après la formule: l'acte du délinquant = l'essence du délinquant. (Dans les exemples dans lesquels ce sygne d'égalité est interrompu, il n'y a pas de responsabilité pénale). Cependant, le droit pénal est concentré à la question d'un événement passé et non de l'essence du délinquant pour raison de la légalité: il est possible de prouver un événement de manière directe tandis que l'essence du délinquant ne se manifeste jamais directement. Si ce principe est en vigueur dans le droit pénal général, alors, il ne faut pas supposer, à cause d'une congruence des intérêts fictive, qu'il existait aussi dans le droit de prononciation des mesures de sûreté aux délinquants inimputables.