

др Ивана Симовић - Хибер,

научни сарадник у Институту за криминолошка и социолошка истраживања

## ДОБРОВОЉНИ ОДУСТАНАК И СТВАРНО КАЈАЊЕ DE LEGE LATA И DE LEGE FERENDA

*Хипотеза да заједничка криминално-политичка функција установа добровољног одустанка и стварног кајања, дозвољава и приближавање њиховог правног положаја, добила је "нетеоријску" потврду у оквиру неокончане реформе савезног Кривичног закона.*

*У раду се анализирају позитивна решења, користе упоредно-правна искуства у функцији поређења са понуђеним. Сумарно, легислативна реформа предвиђа промену положаја стварног кајања, преведећи га у општи основ факултативног ослобођења од казне, и не инсистирајући на репарабилности последице, док код добровољног одустанка прави разлику у правној последици у зависности од стадијума од којег се одустаје - за одустанак од припреме предвиђа облигаторно, а од покушаја - факултативно некажњавање.*

*Наш предлог de lege ferenda разликује се утолико што предвиђа обавезну некажњивост за све облике добровољног одустанка.*

Кључне речи: *Добровољни одустанак. - Кајање. - Некажњивост.*

1. Теоријска питања везе између института добровољног одустанка и стварног кајања (разграничење, утицај на кажњивост, право и криминално-политичко објашњење тог утицаја итд.) довољан су разлог да се приступи разматрању ове теме, за коју се без претеривања може рећи да је увек од посебног теоријског и практичног значаја.

Изгледа (или је изгледало) да је за то наступио још један актуелни разлог.

2. Прошле године се, наиме, приступило реформи нашег кривичног законодавства, па и његовог општег дела. Процес је из познатих разлога, нарочито када је реч о савезном законодавству, заустављен, али је несумњиво да ће кад-тад морати да буде настављен, независно од тога ко ће бити законодавац.

У започетој реформи после дужег времена напуштен је консензус да кривичноправни институти који припадају ономе што доктрина назива општим делом стоје у другом плану. Сматрало се да је реч о материји која је стабилан и статичан део кривичног права. Не само да законске конструкције нису биле подложне преиспитивању, већ се и теорија није њима посебно бавила, сматрајући да су решења коегзистентна.

3. У бројним новинама које је донео Преднацрт кривичног закона из 1991. године, нашао се и значајан захват у основе добровољног оду-

станка и стварног кајања. Тако је доведена у питање оцена да спадају у оне чија се неактивност цени као неспорна, до мере да се као такви минимизирају.

Циљ овог написа је да се са теоријског аспекта поново размотри карактер и однос ових установа de lege lata и de lege ferenda; Преднацрт је за то, без обзира на судбину која га очекује, повољна прилика.

Међутим, полазимо и од тезе да у пракси постојећа решања нису искоришћена у довољној мери и да се понекад пропушта могућност да се нужна репресија сведе на неопходну меру.

- На то, иначе, обавезује и Закон, одређујући основ и границе кривичноправне принуде (1).

4. И добровољни одустанак и стварно кајање могу, наиме, бити разлог ослобођења од казне; добровољни одустанак у нашем праву постављен је као општа могућност (2), а стварно кајање је ограничено на ситуацију "кад то закон изричито предвиди" (3). Први је, дакле, по свему институт општег дела, други, мада генералном могућношћу ослобођења у општем делу предвиђен, доктрина обично, због везаности за посебне инкриминације, квалификује као установу посебног дела кривичног права (4).

За оба института је, међутим, карактеристичан исти криминално-политички супстрат, односно функција (5), чињеница да се појављују као средства тзв. законске криминалне политике (6), независно од начина њихове конкретне уређености (7), утицајем на учиниоца да не заврши започето кривично дело или да отклони последице повреде заштићеног добра.

Заједнички основ, а различити положај, основ су за упоређење де lege lata и de lege ferenda.

(1) В. *Кривични закон СФРЈ*, "Службени лист СФРЈ", бр. 44/1976. чл. 2 (без обзира на савремену условност формулације). У даљем тексту КЗ СФРЈ.

(2) В. чл. 21. КЗ СФРЈ, чл. 2. Code penal, чл. 24. КЗ Немачке.

(3) В. чл. 44. ст. 1. КЗ СФРЈ.

(4) В. нпр. А. Isarpalas. *Le moment et la durée des infractions penales*. Paris, 1967, стр. 372; Ј. Таховић. *Кривично право, општи део*, Београд, 1961, стр. 372; Ф. Бачић. *Кривично право, општи део*, Загреб, 1978, стр. 320; *Коментар КЗ СФРЈ*, у редакцији Ф. Бачића, Љ. Ђавцова, Р. Крауса, Љ. Јазаревића, М. Лутовца, Н. Срзентића и А. Стајића. Београд, 1978, стр. 113. Упор. чл. 243. и 291. КЗ Аустрије.

(5) В. нпр. Т. Живановић. *Основи кривичног права, општи део*, Београд, 1922 (II изд.), стр. 276; Edvi Illes Karoly. *Тумачење Угарског казненог закона*, превод П. Жорж. Сомбор, 1924. стр. 196; Љ. Ђавцова, А. Шелих. *Казенско право*, Љубљана, 1978, стр. 222; R. Merle, A. Vitu. *Traité de droit criminel*. Tome I, 4 ed., Paris, 1981, стр. 570; R. Garraud. *Traité Théorique et pratique du droit penal français*, Paris, 3. ed., 1913, Tome I, стр. 497.

(6) В. о законској криминалној политици М. Ancel. *Pour une étude systématique des problèmes de politique criminelle*. "Archives de politique criminelle", бр. 1/1975, стр. 18; М. Милутиновић. *Криминологија*, 3. изд., Београд, 1979, стр. 421-425.

(7) В. D. de Vabre. *Droit criminel approfondi*, Les cours de droit, Paris, 1942, стр. 43; према овом аутору у чињеници да је услед добровољног одустанка настао мањи друштвени поремећај, штетне последице избегнуте и показана мања друштвена опасност учиниоца, лежи разлог да постојање овог института поједнако прихватају присталице субјективних и објективних школа у кривичном праву.

## II

5. Добровољни одустанак је деловање учиниоца започете кажњиве делатности, којим се свесно спречава наступање њене последице, а које у нашем праву обезбеђује могућност ослобађања од казне (8), што укључује могућност блажег или редовног кажњавања (9).

6. *Објективно*, реч је о акту одустајања.

Њега карактерише, прво - постојање кривичноправне релевантне делатности која је остала недовршена. Недовршеност се констатује ненаступањем последице.

Друго, тражи се контрола каузалитета, објективно-субјективни елемент. Објективну страну чини ефикасност одустајања, а субјективну свест о могућности довршења дела, свест о степену остварености, као и свест о довољности изабраног облика делатности одустајања.

Трећи елемент је сама поништавајућа делатност.

7. Ови се елементи могу квалификовати као основни или општи; без њих нема одустајања. Поред њих, могуће је идентификовати специфичне, којима се конкретизује радња одустајања (10).

Појам добровољног одустанка изграђен је на примеру одустајања од несвршеног покушаја. Посебност ће се појавити код одустајања од припремих радњи, одустајања саучесника (11), одустанка од савршеног покушаја.

За тему је нарочито интересантно последње; није реч о прекиду радње извршења, већ о активном деловању којим се мења започет каузални ток и тако спречава наступање последице (12).

8. Најзад, могуће је говорити и о додатним елементима, укљученим у сам појам добровољног одустајања, као што су захтеви за неоткривеност дела и коначност одустајања.

9. *Субјективно*, тражи се добровољност.

Овај, на први поглед јасан, појам (сопствена одлука учиниоца да одустане од започетог дела), у теорији и пракси изазива бројне проблеме, од којих се истичу два.

Први је проблем утицаја неке спољне околности на одлуку о одустајању. Иако је видно одступање од става да било која препрека, стварна

(8) То је систем тзв. *факултативног* ослобађања од казне, за разлику од *обавезног*, заступљеног нпр. у Немачкој, и француског система по којем је добровољни одустанак негација постојања кажњивог покушаја. В. дет. Ивана Симовић-Хибер, *Добровољни одустанак у кривичном праву*, Београд, 1987, (док. дис. дакт.), стр. 419 и даље; упор. за разлике у системима F. Haft, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, München, 1980, стр. 189 и даље; в. и за факултативни систем какав је заступљен у швајцарском праву H. H. Jescheck, *Lercbuch des Strafrecht, Allgemeine Teil*, Berlin, 1969, стр. 357.

(9) В. Ивана Симовић-Хибер, *op. cit.*, стр. 520.

(10) В. дет. *ibid.*, стр. 315 и даље.

(11) В. о одустајању саизвршиоца нпр. В. Камбовски, *Добровољни одустанак од извршења кривичног дела*, маг. рад, дакт., Скопје 1974, стр. 104 и даље; в. о начелним проблемима Т. Живановић, *La situation du desistement volontaire dans la systeme du droit criminel*, "Revue internationale du droit pénal", бр. 1927.

(12) В. нпр. А. Шил, *О покушају кривичног дела*, Нови Сад, 1939, стр. 184; Н. Срзентић, А. Стајић, Љ. Лазаревић, *Кривично право, општи део*, Београд, 1978, стр. 191. Упор. С. Degois, *Traité elementaire de droit criminel*, Paris, 1922, стр. 112.

или замишљена, искључује добровољност (13), стварање тзв. теорије претежних елемената, односно уважавање релативних сметњи (14), и у доктрини и у пракси преовлађују ставови који добровољност изједначавају са спонтаношћу (15).

10. Други је мотив одустајања. Начелно, постоји сагласност да је он индиферентан, нарочито ако је реч о вредновању (добро - лоше) (16); управо претходна схватања о добровољности као спонтаности на мала врата уводе градирање мотива одустајања (17).

11. Овај сумарни преглед елемената појма добровољног одустанка дозвољава закључке потребне за ову расправу.

Без обзира на различите правне концепције и правна образложења - примера ради француски систем негације кривичног дела (18) - и различите системе негирања кажњивости, објективне (19) или субјективне (20) - премира се, обавезно или факултативно, онај који је започео радњу извршења кривичног дела па је није завршио, или је спречио наступање последице, све то добровољно.

12. У упоредном праву понекад се некажњивошћу награђује, супротно напред описаном, и покушано, неефективно добровољно одустајање. Неопходно је да последица није наступила, мада независно од деловања учиниоца, ако се он, независно од околности због које је последица изостала и без сазнања за њу, озбиљно трудио да спречи извршење или отклони наступање последице (21).

Овај последњи случај показује да су у крајњој линије окоснице овог института одсуство последице и добровољно деловање учиниоца у том правцу.

### III

13. Ови се елементи могу препознати и код стварног кајања, уставне код које је већ сам назив споран (22).

(13) В. F. Antolisei, *Manuale di diritto penale*, Parte generale, Milano, 1966, стр. 362; упор. Таховић, *op. cit.*, стр. 253; Срзентић, Стајић, Лазаревић, *op. cit.*, стр. 190.

(14) В. Камбовски, *op. cit.*, стр. 77; упор. V. Manzini, *Trauto di Diritto penale*, Torino, 1901, стр. 473; упор. и Garraud, *op. cit.*, стр. 498, Degois, *op. cit.*, стр. 113.

(15) В. тако М. Puech, *Les grands arrêts de la jurisprudence penal*, Paris, 1976, стр. 213; Antolisei, *op. cit.*, стр. 362, Manzini, *op. cit.*, стр. 473.

(16) В. Merle, Vitu, *op. cit.*, стр. 571; Harf, *op. cit.*, стр. 192; Таховић, *op. cit.*, стр. 176; Шил, *op. cit.*, стр. 186. Garraud, *op. cit.*, стр. 498, наводи да је по старијим схватањима добровољним сматран одустанак који је условљен кајањем.

(17) В. A. Legal, *La notion de tentative punissable*, "Revue penal suisse", бр. 4/1972, стр. 442.

(18) В. чл. 2. Code penal, чл. 2. КЗ Монака, чл. 51. КЗ Луксембурга, чл. 45. КЗ Холандије, чл. 51. КЗ Белгије, чл. 61. КЗ Турске, чл. 10. и 11. КЗ Португала; тако и чл. 41. Казненог законика за Књажевство Србију из 1860.

(19) В. дет. Ивана Симовић-Хибер, *op. cit.*, стр. 409 и даље.

(20) В. за криминално-политичка схватања напред, тачка 4. V. и за однос правног основа и криминално-политичких разлога Ивана Симовић-Хибер, *op. cit.*, стр. 414 и даље.

(21) В. чл. 16. ст. 2. КЗ Аустрије; упор. чл. 24, ст. 1. (in fine) КЗ Немачке.

(22) В. P. Savy - Casard, *Le repentir actif en droit pénal français*, "Revue de science criminelle et de droit pénal compare", бр. 3/1972, стр. 529-531; упор. Бачић, *op.*

Стварно кајање обично се у теорији дефинише као деловање које је добровољно и (ефикасно) усмерено на уклањање последице *довршеног кривичног дела* (23).

У нашем праву стварно кајање такође може бити основ ослобођења од казне, као што је то већ показано, мада то није једина могућа последица (24). (Упоредно, разлике у дејствима могу бити знатно веће: у француском праву одустанак анулира кривично дело, а стварно кајање може бити "само" разлог за ослобођење или ублажавање, у системима облигаторне некажњивости код добровољног одустанка стварно кајање се може појавити као разлог факултативне некажњивости) (25).

14. У теорији је решен став да стварном кајању није дат одговарајући значај.

Пледира се да и оно буде општи институт који искључује кажњивост. Аргумент је да оно указује на заслуженост бенефиције за учioniца који спонтано репарира проузроковану штету, и да криминално-политичко дејство, које би другачији режим имао, није само у интересу кривца, већ жртве и јавног реда (26).

15. Аргументи за исто или бар приближно исто третирање добровољног одустанка и стварног кајања траже се и у сучељавању тзв. *формалних и материјалних деликата* (27), тако што се истиче да је добровољни одустанак могућ код материјалних, а стварно кајање код формалних дела, и да је реч о, у основи, истој активности која се само различито испољава.

Овај аргумент не изгледа прихватљиво. Сасвим "покретљиво" и несигурно разграничење ове две "врсте" кривичних дела, а нарочито идеја да је код формалних последица само опасност, не садржи довољно елемената да се наспрам радњи и последица учини оваква разлика.

16. Често се констатује да и пракса покушава да приближи ове институте тако што код појединих института помера границу у којој ће се дело сматрати довршеним (28), са идејом да се прошири простор добровољног одустајања на рачун стварног кајања.

цит., стр. 320; Halt, *op. cit.*, стр. 191.

(23) В. Tsarpalas, *op. cit.*, стр. 67; Таховић, *op. cit.*, стр. 371; Коментар КЗ СФРЈ, стр. 113; Бачић, *op. cit.*, стр. 320.

(24) В. за могућност изрицања судске опомене чл. 173, ст. 3. КЗ Србије; в. и за примену условне осуде у случају стварног кајања код кривичног дела крађе, проневере и тешке телесне повреде у судској пракси, М. Бајер, *Однос сврхе кривичних санкција и критерија њихове примјене*, "Југословенска ревија за криминологију и кривично право", бр. 1/1969, стр. 29 и 40.

(25) В. тако Garraud, *op. cit.*, стр. 505; J. Magnol, *Chronique de jurisprudence*, "Revue de science criminelle et droit pénal comparé", 1937, стр. 475.

(26) В. Savey-Casard, *op. cit.*, стр. 532-533.

(27) В. шире Puech, *op. cit.*, стр. 238.

(28) В. тако Tsarpalas, *op. cit.*, стр. 70; Savey - Casard, *op. cit.*, стр. 518-522 и 526-527 (за кривично дело лажног сведочења које се не сматра довршеним до завршетка главне расправе, без обзира на то што је исказ раније дат). В. и Magnol, *op. cit.*, стр. 475; упор. и чл. 291. КЗ Аустрије (дела против правосуђа).

Разлог томе је истоветност субјективног садржаја (29) и сличност коначног резултата деловања.

Тако се, у извесном смислу, као кључно појављује питање временског разграничења ове две установе.

Објективно посматрано, одговар је релативно једноставан. Добровољни одустанак је могућ до наступања последице, стварно кајање наступају последице следи.

Ипак, у односу на субјективну страну, иначе истоветну, крутог разграничења нема.

17. Добровољност одустајања, нарочито ако се схвати као спонтаност, поред осталог подразумева *неоткривеност*. Чињеница да је започето дело откривено тешко да би и по теорији претежног елемента могла бити квалификована као непреовлађујући утицај на вољу да се одустане, "супротан умишљај" (30), како се то понекад каже.

Неоткривеност се, међутим, понекад одређује и као објективни елемент ове установе, истина додатни, неконститутивни (31), логиком да је откривање најчешће повезано са делатношћу која спречава наставак вршења дела, па се чињеница да је дело остало у покушају не може уопште повезати са добровољним одустанком.

18. Утолико пре се питање (не)откривености поставља код стварног кајања.

С једне стране, овде није реч о простом психолошком или моралном односу учиниоца према делу и последици, врсти гриже савести (32); такав морално-психолошки став може, уосталом, бити кривичноправно релевантан, у поступку индивидуализације казне (33), установи сасвим друге криминално-политичке садржине и функције.

С друге стране, стварно кајање се не може свести на чињеницу да је последица објективно отклоњена, да је наступио *restitutio in integrum*. Ако је то могуће и ако жртва постави одговарајући захтев, у кривичном поступку или парници, до реституције ће доћи независно да воље учиниоца.

Кључ је, сматрамо, у добровољном и ефикасном отклањању последица. Ако је ефикасност (релативно) објективна чињеница, код субјективне је потребна најмање она мера добровољности која постоји код добровољног одустанка.

У том светлу убедљиво делује став, браћен у упоредној литератури, да је неоткривеност неопходан чинилац да се промена психичког става оцени као стварно добровољна, као спонтано кајање (34).

19. И у нашој доктрини постоји став да је откривеност последњи

(29) В. Magnol, *ibid.*, Garraud, *op. cit.*, стр. 505.

(30) Упор. Т. Живановић, *Систем расправа о систему кривичног права и примени у другим правним и вапправним наукама*, Београд, 1966, стр. 61; в. шире Ивана Симовић-Хибер, *op. cit.*, стр. 358 и даље.

(31) В. тачку 8. овог рада.

(32) В. Р. Лукић, *Социологија морала*, Београд, 1982, стр. 222.

(33) В. чл. 41. КЗ СФРЈ

(34) В. нпр. Garraud, *op. cit.*, стр. 505.

моменат до којег је кајање могуће (35). Законодавац га је, међутим, преточио у различите и недовољно дефинисане формулације (36), које асоцирају на померање овог момета; тешко би било прихватити да је учинилац кривичног дела крађе, који је вратио украдену ствар након "преткривичне одбране" органа откривања и гоњења, у којој ништа није остало нејасно, тиме показао стварно кајање.

20. Ако се прихвати да је садржај субјективног односа код стварног кајања и добровољног одустанка практично исти (постоји суптилна разлика у садржини "супротног умишљаја" у две ситуације: у првој је накнадни умишљај уперен на заустављање кривичноправне делатности, или заустављање наступања последице, а у другој на њено отклањање), могуће је и на други начин дефинисати објективно разграничење.

Код добровољног одустанка учинилац је *ефикасним* деловањем остварио контролу каузалитета, код стварног кајања је у односу на ову околност деловања закаснио али је последица ипак отклоњена. Могуће је, наиме, замислити два учиниоца која су у односу на радњу извршења истовремено добровољно започела супротну делатност, тако да је једна резултирала спречавањем наступања последице, а друга није, па је настављена делатношћу њеног отклањања, ефикасно завршеном.

21. Уз све резерве које изазивају нејасноће у прецизном и конкретном дефинисању добровољног одустанка и стварног кајања, које првенствено долазе од контроверзи око општијих института на којима се ови заснивају, навешћемо за пример довршење дела код крађе у самопослужи, где је прилично произвољно квалификовати враћање ствари пре или после преласка касе, на пример, као један или други, и уз сву сродност криминално-политичких функција и садржине ова два института, мишљења смо да их не треба *сасвим* поистоветити.

Отклањање последице, како запажа један аутор (37), *увек* значи њено ублажавање; претходно је она наступила.

22. Различитост, међутим, не значи одсуство сваке блискости и управо имајући блискост у виду, стојим на становишту да би стварно кајање такође морало бити општи институт, установа општег дела кривичног права, различит од добровољног одустанка. Мера те различитости корелативна је с правним дејством добровољног одустанка.

Отуда их је неопходно у најкраћем размотрити.

23. Као што је наглашено, наш правни систем прихвата решење факултативног ослобођења од казне за случај добровољног одустанка.

(35) В. Таховић, *op. cit.*, стр. 372

(36) Тако већина кривичних закона република и покрајина стварно кајање везује за моменат сазнања да је покренут кривични поступак. КЗ Словеније, чл. 165, ст. 3. томе додаје израз утужења, а КЗ Хрватске, чл. 130. ст. 2 о сазнањима учиниоца да је откривен. В. дет. Ивана Симовић-Хибер, *Општим кривичним делима против имовине и кривичним законима република и покрајина*, "Зборник радова Правног факултета у Новом Саду", 1979, стр. 341-342.

(37) В. Таховић, *op. cit.*, стр. 371; в. и Бачић, *op. cit.*, стр. 320, који говори о делатности усмереној на отклањање штете.

Ми се залажемо за систем *обавезног некажњавања*, за који смо у студији посвећеној добровољном одустанку навели следеће разлоге које је и овде у најкраћем неопходно поновити (38):

а) *криминално-политички циљ*, схваћен као подстрек за одустајање, очигледно више вреди ако привилегија коју одустајање даје сигурно sledи. Приговор да извршилац не зна за правна дејства добровољног одустанка релативан је: претпоставка добровољности је свест о изласку из кажњиве зоне, што ако овај институт *уопште* има криминално-политички значај, подразумева свест о значају таквог поступања.

б) *системско место института*, његов однос наспрам других који нуде могућност некажњавања, указује да у корист добровољног одустанка постоје значајни додатни аргументи: учинилац је спречнио наступање последице, исказавши добровољност као промену умнишљаја.

ц) "*унутрашњи разлози*", пре свега чињеница да последица није наступила услед деловања учиниоца који је вољно одустао. Тиме се објективно доводи у питање опасност дотадашње радње, која лежи у основи кажњивости за покушај, јер је евидентно не само да последице, генералног разлога сваке кажњивости радње нема, већ да она услед деловања одустоаца није могла ни наступити. Оно што је претходило јесте опасно (иначе не би било кажњив покушај), али у односу на последицу свршеног дела, у моменту вршења процене, може се само рећи да је започета радња била опасна, а да више није.

д) *правно-политички разлози* чија је основа у разлици која постоји између иначе значајне тековине савременог кривичног права, индивидуализације санкције с обзиром на околности које се могу везати за личност учиниоца и могућности примена начела легалитета, по којем ће се, применом општег института, лицима у начелно истој (објективно и субјективно) ситуацији, обезбедити једнак третман.

24. Криминално-политички и правно-политички разлози несумњиво важе и за установу стварног кајања.

Одвраћање од кривичног дела, које ће довести до добровољног и ефикасног анулирања његове последице, и једнако поступање према свима који су на овај начин реаговали на учињено, и код стварног кајања су подједнаки.

И у односу на друга два разлога за облигаторну кажњивост могли би се наћи аргументи и код стварног кајања, али са мањом чврстином: последица је репарирана, и то добровољно, па је, у крајњој линији, и опасност деловања умањена.

#### IV

25. Творци Преднацрта су, бар у извесној мери, имали слуха за неке од ових идеја.

26. Код добровољног одустанка, сумарно, захвати су следећи (39).

Прво, одвојено су регулисани добровољни одустанак од припремања и добровољни одустанак од покушаја.

(38) В. Ивана Симовић-Хибер, *Добровољни одустанак у кривичном праву*, стр. 502 и даље.

(39) В. Бајер, *ibid.*



Друго, учињен је напор да се прецизно одреде такозвани објективни елементи добровољног одустајања, уз приметне разлике код одустајања од припрема у односу на одустајање од покушаја.

Треће, за одустајање од припремања прихваћен је принцип обавезне, а код одустајања од покушаја задржан принцип факултативне некажњивости.

27. Питање "раздвајања" одустанка од припрема и покушаја у крајњој линији је *изведено*. Одговор зависи од тога да ли у понуђеним решењима има довољно разлика које захтевају напуштање "јединственог" регулисања (а на први поглед се запажа да их има), али и од оцене неопходности, корисности и оправданости тих разлика. Начелно, овакав систем може бити прихватљив. Посебности одустајања од припрема истичу се у доктрини (40), до те мере да се сама начелна некажњивост припремања објашњава чињеницом очекиваности одустајања учиниоца од настављања припремања, односно предузимања радње извршења дела.

Како у односу на субјективну страну установе добровољног одустанка - добровољност у промени одлуке - тешко може бити битних разлика, одговор на ово питање зависи од оцене решења понуђених у вези с објективним елементом и кажњивошћу.

И овде би се, начелно, могло рећи да је, нарочито код објективног елемента, таква разлика присутна и код одустајања од покушаја. "Радњу" одустајања карактерише прекид, односно ефикасна контрола потенцијалне каузалне везе између започете радње извршења и очекиване последице: код одустанка од припрема таква каузална веза није настала (41).

28. Приступ објективној страни одустајања од припремања у великој мери зависи од начина на који се, у посебном делу, припремање уводи у кажњиву зону, па у том светлу треба процењивати и одредбу ст. 2. чл. 26. Преднацрта.

Ту је кључ процене оправданости става редактора Преднацрта да је могућ одустанак само од *несвршеног* припремања (изузев ако до закључка у таквом ставу нисмо дошли погрешним тумачењем иначе помало нејасне формулације (42).

29. Ако се прихвати (мада још увек недовољно провереног донета) (43), реформом посебног дела напуштено решење по којем се припремање појављује као алтернативна радња извршења дела (44), питање

(40) В. нпр. Камбовски. *Објективна страна добровољног одустанка од извршења кривичног дела*, "Наша законитост", бр. 6/1975, стр. 23; Срзентић, Стајић, Лазаревић, *op. cit.*, стр. 191.

(41) Извесну забуну би могла да произведе употреба везника "и", уз инсистирање на непреласку на радњу извршења. Чини се, ипак, да је реч о стилском недостатку.

(42) В. нпр. Degois, *op. cit.*, стр. 111; Ф. Бачић, *Разграничење припремања кривичног дела и покушаја*. "Годишњак на Правниот факултет во Скопје", 1959, стр. 138.

(43) Упор. чл. 114. КЗ СФРЈ (у редакцији из 1990) и чл. 81. до 83а КЗ Немачке.

(44) И у одредби којом се *exempti cause* наводе могуће припреме радње, употребљени су трајни облици гагола ("набављање", "отклањање") што указује да је припремање учињено чим је започето, *сигнализирајући ширење* криминогене зоне.

се враћа облицима који долазе у обзир уз или без прихватања алтернативе из члана 23. Преднацрта (она у избору облика испољавања припреме преузима позитивноправно решење).

Основни, или класичан облик, предвиђања кажњавања за припремање је, дакле, предвиђање кажњавања код одређеног кривичног дела. Он је и најјаснији: увек као константа постоји чињеница да дело није "прешло" у вишу фазу, покушај, односно свршено дело, иначе би се проблем расправљао по правилима која за ту фазу важе.

Сматрамо да се могућност примене добровољног одустанка ту отвара и затвара на питању *зашто* "учинилац" није ушао у наредни стадијум, започео радњу извршења, тј. на питању присуства или одсуства добровољности.

Свако инсистирање на "радњи одустајања", а то значи и прекиду "каузалитета" (процеса, радње) припремања, значи *даље* проширење зоне инкриминације, на покушано а недовршено припремање, што може бити и својеврстан тумач за одредбу о припремању, па и тако што ће се "другом радњом којом се стварају услови..." сматрати и она која је најудаљенија од радње извршења, што ће се, дакле, испољити тенденција кажњивости ка размишљању (45).

Пледирамо за могућност добровољног одустајања од свршеног припремања.

30. Предвиђање припремања у форми "посебног" или "самосталног" дела, а то значи и самог по себи *свршеног* (46), на други начин отвара и затвара проблем. Ако се, у складу са одредбом општег дела, има у виду веза између чињенице припремања другог, одређеног дела, ако се, дакле, пође од става да је реч о начину увођења у кажњиву зону *начелно некажњивог стадијума* (или је реч о, понављамо, засебно кажњивом понашању које не треба везивати за појам припремања), могућа је, у односу на установу добровољног одустанка од припреме, једна од две опције: или она није могућа већ је могуће само стварно кајање (47), или ће се прихватити добровољно одустајање од припремања.

Последњи парадокс показује не само речену (могућу, објективну) тенденцију проширења криминогене зоне, већ и додатни аргумент за наш став о неприхватљивости алтернативе уз чл. 23. Преднацрта.

31. Ако се из ове позиције процењује редакција ст. 2, чл. 26. Преднацрта, могу јој се упутити извесне замерке.

Отклањање могућности настављања припремања и прелаза на извршење кривичног дела не само да се ограничава на одустанак од несвршених припрема (што подједнако важи и за други "облик" одустајања предвиђен Преднацртом), већ и сугерише нешто више од обичног одустајања, неку врсту реституције или друге активности, укратко додатну и недовољно дефинисану, свакако и непотребну, баријеру прихватању одустанка. Други "облик", "очигледно испољавање решености" довољ-

(45) В. М. Ђорђевић, *Основне карактеристике новог КЗ СФРЈ са гледишта примене у пракси*, "Југословенска ревија за криминологију и кривично право", бр. 2/1977, стр. 22.

(46) В. М. Ђорђевић, *ibid.*, F. v. List, *Немачко кривично право*, Београд, 1902, стр. 238, 239.

(47) В. нпр. Бавцион, Шелих, *op. cit.*, стр. 223; F. v. List, *op. cit.*, стр. 236.

но је недефинисан да може значити различите ствари, укључивши ту и неуспело одустајање од започетих припрема, а у сваком случају нуди непотребну субјективизацију (очигледна решеност) појма који би требало да буде првенствено објективан (код оба облика непотребно се помиње прелазак на извршење; ако до њега дође не поставља се питање одустанка од припрема).

Редакција, сматрамо, заслужује озбиљну критику.

32. Много је јаснија редакција текста о одустанку од покушаја. У односу на садашњи чл. 21. КЗ СФРЈ, једина новост је што је текстом обухваћена у доктрини неспорна разлика и прихватљивост одустанка од свршеног и несвршеног покушаја. Једина примедба могла би се односити на неусклађеност чл. 24. Преднацрта, који свршени покушај не спомиње изричито.

33. У односу на установу стварног кајања, пак, наглашенија је општост: мада понуђени легислативни положај у оквирима правила којима се регулише одмеравање казне посредно опредељује и ниво општости (сврставање међу посебне и индивидуализоване основе за ослобођење од казне искључује могућност његовог третирања као општег института) (48), предложено решење, ипак, експлицитно отклања познату дилему око питања репарабилности последице као услова примене (тумачења) стварног кајања. Третирању стварног кајања, као начину одмеравања казне, не може се замерити, пошто до његове примене може доћи само *после извршења кривичног дела*, а текст норме дозвољава тумачење да је предвиђено значајно делегирање могућности ослобођења.

34. Одредба Преднацрта може се критиковати. Делатности којима стварно кајање треба да буде испољено одликују се различитим степеном општости. Није у свему јасно изједначавање између "ублажавања последица дела" и њиховог отклањања, и шта значи надокнадити проузроковану штету (о којој је врсти штете реч, а нарочито да ли је могуће стварно кајање код дела која проузрокују ненадокнадиву нематеријалну штету).

"Отварање" радње стварног кајања ка другом начину којим је, очигледно, испољена решеност да се отклоне последице дела (49), представља очигледну субјективизацију овог института.

Не мора бити да је она неоправдана.

35. Мишљења смо, међутим, да је потребно наглашеније раздвојити, имајући у виду објективну компоненту, простор између установа добровољног одустанка и стварног кајања.

У циљу провере теоријског модела може помоћи и већ претходно помињање ситуација неефективног, "неподобног", добровољног одустајања.

Субјективно, оно садржи све што и добровољни одустанак, а то значи више од стварног кајања; до промене воље је дошло пре него што је по редовном току ствари последица могла наступити. Објективно се

---

(48) Вид. чл. 53-56. Преднацрта.

(49) Вид. чл. 54. Преднацрта.

не може изједначити са стварним кајањем, јер последица и није наступила.

Стварно кајање не подлеже провери (не)наступања последице, па је ситуација чиста, утолико што је оно израз материјализоване воље да се репарирају дејства последице.

Неефективни добровољни одустанак се објективно показује, процењује на исти начин - деловање учиниоца осиромашено незнањем да је последица "ненаступљива" може бити третирано *само* као *израз* промењене воље.

С друге стране, (не)наступање последице даје логичку предност свим ситуацијама у којима учинилац добровољно делује у правцу спречавања њеног наступања.

Чињеница премирања промене воље након довршавања дела, чини се, са своје стране покреће и питање сличног поступања код покушаног добровољног одустанка.

36. Имајући у виду ове премисе, одредили бисмо се у односу на Преднацрт.

Обавезна некажњивост за одустанак од припремања и факултативна за одустанак од покушаја, представља значајан помак у односу на садашње стање нашег законодавства.

Ми се, међутим, и овом приликом залажемо за обавезну некажњивост свих облика добровољног одустанка.

Чини нам се оправданим предложено решење за ситуацију стварног кајања.

Мишљења смо да би покушај добровољног одустанка, као "мешовита" ситуација, могао добити место законом индивидуализованог факултативног основа некажњивости.

Криминално-политички циљеви, али и други разлози о којима смо говорили, тада би, сматрамо, најпотпуније били задовољени.

(Примљено 22. III 1992)

*Dr Ivana Simović-Hiber*

*Research Associate at the Institute for Criminological and Sociological Studies, Belgrade*

## VOLUNTARY ABANDON AND GENUINE REPENTANCE *DE LEGE* AND *DE LEGE FERENDA*

### *Summary*

The joint criminal-political substratum and the function of voluntary abandon and genuine repentance, and their differing legislative positions, point at the need for reassessment of existing legal regulation of this matter.

Voluntary abandon is a general ground for facultative exemption from punishment and this privilege may be granted to a perpetrator voluntarily preventing the finalizing of a criminal offence which has begun, while genuine repentance extends benefit to the perpetrator who has repared the consequence of a committed criminal offence, provided such treatment is specified for the offence at issue.

Planned and abandoned reform of federal criminal law had some new solutions regarding two mentioned institutes.

Comparative analysis indicates more flexible approach in extending benefit to a perpetrator "abandoning" his criminal act, even up to accepting the ineffective or inappropriate voluntary abandon. Most significant novelties relate to voluntary abandonment which is distinguished from preparing the offence and from the attempt. In the first case there is an obligatory exemption from punishment, while in the other only a facultative exemption is suggested.

Genuine repentance is regulated in a general way - at the level of the "general" ground for facultative exemption from punishment, which ground is not restricted by the need for compensation of the consequence.

Future law should provide for obligatory exemption from punishment in cases of all forms of voluntary abandon, while the solution suggested for genuine repentance seems to be adequate.

Key words: *Voluntary abandon. - Repentance. - Exemption from punishment.*

*Dr Ivana Simović-Hiber*

*Collaboratrice scientifique à l'Institut de recherches criminelles et sociologiques*

## LE DÉSISTEMENT BÉNÉVOLE ET LE REPENTIR RÉEL DE LEGE LATA ET DE LEGE FERENDA

### *Résumé*

Le substrat criminel et pratique commun et la fonction commune du désistement bénévole et du repentir réel et leur position législative différente signalent la nécessité de réexaminer les solutions juridiques en vigueur.

Le désistement bénévole représente la base générale de la dispense de la peine, et ce privilège peut être accordé à l'auteur qui a empêché de manière bénévole le parachèvement d'un acte criminel amorcé, alors que le repentir réel est une prime pour l'auteur qui répare la conséquence d'un exécuté à condition que cette incrimination particulière le permette.

La réforme amorcée et abandonnée de la loi pénale fédérale comprenait, dans le cadre des solutions proposées, une nouvelle approche des instituts mentionnés.

En utilisant les solutions comparatives qui sont d'une plus grande flexibilité sur le plan des primes des auteurs qui ont "renoncé" à leur acte, et qui vont jusqu'à respecter le désistement bénévole non effectif et inapproprié, l'auteur a analysé les solutions proposées.

Les nouveautés les plus importantes sur le plan du désistement bénévole sont le traitement séparé et différent du désistement et des actes de préparation et des tentatives; dans le premier cas, on prévoit l'impunité obligatoire, et dans le deuxième, l'impunité facultative. Le repentir réel est normalisé de manière générale - au niveau de la "base" générale de la dispense facultative de la peine, sans limiter son application par la réparabilité des conséquences.

De l'avis de l'auteur du présent article, il faudrait prévoir l'impunité obligatoire de toutes les formes de désistement bénévole, alors que la solution pour la situation du repentir réel est, de son avis, justifiée.

Most clé: *Désistement bénévole. - Repentir. - Impunité.*