

Драган Миловановић

ПРАВНА ДЕФИНИЦИЈА ЗЛОЧИНА И ЈЕДАН АЛТЕРНАТИВНИ ПОГЛЕД*

У првом делу рада аутор критикује, као ограничену и превише формалистичку, једну од најпознатијих дефиниција злочина коју је пре више од пола столећа дао амерички кримиолог Тајан. Он изједначава злочин са кривичним делом као правном категоријом. Седамдесетих година прошлог века, брачни пар Швендингер одређује злочин као повреду основних људских права и ушуре њим многим алтернативним дефиницијама злочина. Једна од данас најпознатијих је „конститутивна дефиниција“, коју су дали Сидјуарти Хенри и Драган Миловановић.

По њима, постоје две врсте злочина, већ према томе да ли покрећено лице губи неке квалитетне бивне за његов постојећи статус (злочини редукције) или се ономогућава да заузме жељену позицију у друштву (злочини репресије). Овако одређен, појам злочина омогућава да се предмет криминологије бивно прошири на сва дела којима се наноси повреда другоме у најширем смислу.

Кључне речи: *Злочин. – Повреда. – Редукција. – Репресија. – Деградација. – Дискриминација.*

УВОД

У класичном чланку „Ко је криминалац?“ који је написао 1947. године, Пол Тапан је дао правну дефиницију злочина:

„Злочин је намерни чин којим се крше норме кривичног права (законског и прецедентног), који је извршен тако да нема основа који искључују постојање дела или кривичне одговорности

* Припремио за објављивање проф. др Ђорђе Игњатовић. Превод: мр Гордана Залад, Факултет политичких наука и др Ђорђе Игњатовић, Правни факултет.

и који се од стране државе кажњава као кривично дело или прекршај“ (Тапан у Ланијер и Хенри, 2001:31).

У међувремену, написано је много критика о његовом приступу. Најважнија замерка овој дефиницији била је да је сувише ограничена. Укључивала је само злочине које је дефинисала држава. Затим, размишљања о злочину ограничавала је само на она дела чији су учиниоци били „правно“ криви. Криминолози се при конструисању теорија о злочину нису бавили фактичким кривцима. Била је потребна алтернатива, а први значајнији допринос у том правцу дали су Швендингер и Швендингерова 1970. године, у свом тексту „Браниоци реда? Или Чувари људских права?“ После овог важног чланка, појавило се још неколико (видети Ланијер и Хенри 2001. године). Ми (Хенри и Миловановић, 1996) смо развили „конститутивну дефиницију“ злочина. Увидели смо ограничења Тапановог оригиналног рада, као и важност алтернативе брачног пара Швендингер. Желели смо да развијемо више социолошку дефиницију злочина која би укључивала све његове облике. Тако смо од 1996. године заједно написали неколико поглавља и есеја о алтернативној дефиницији злочина. У овом кратком раду изнећемо неке од најважнијих елемената наше теорије.

Најпре ћемо објаснити елементе „правне дефиниције злочина“ у контексту америчке праксе. Затим ћемо укратко резимирати алтернативну дефиницију Швендингерових (1970/2001). На крају ћемо објаснити конститутивну одредбу злочина.

ПРАВНА ДЕФИНИЦИЈА

Правна дефиниција злочина била је основа конвенцијалне мисли у криминологији. Она каже да су „злочинци само они који су таквим проглашени од стране суда“ (Тапан, 2001). Ово је познато као „кривица у правном смислу“¹. Наравно да особу која изврши злочин, суд не мора да прогласи кривом. То се зове „фактичка кривица“. Криминолог који жели да проучава злочинца и да развије теорију криминалног понашања, омеђен је дефиницијом злочина у правном систему. Исто тако, ограничен је и одредбом појма злочинац.

Да погледамо детаљније правну дефиницију злочина. Анализираћемо посебно сваку њену компоненту. Тако:

1) „Злочин је намерни чин...“: у америчком правном систему постоји разлика између *mens rea* и *actus reus*. Да би неко био осуђен

1 У судској пракси у САД, човек мора од пороте бити проглашен „кривим изван сваке сумње“.

за кривично дело, држава мора да докаже постојање оба. Држава сноси терет да докаже кривицу изван сваке сумње. *Mens rea* представља свесну намеру. *Actus reas* представља само дело. У нашем систему права, неопходно је да човек има „намеру“ да изврши кривично дело и мора да изврши то дело да би за њега био осуђен. Неопходно је постојање и једног и другог. Тако нека особа може имати намеру да изврши кривично дело („зле мисли“), али га не мора извршити. То није кривично дело. С друге стране, неко може ненамерно да повреди („*harm*“) другог. То или смањује одговорност за дело, или потпуно ослобађа, на пример ако се ради о лудилу, принуди или случају. У неким ситуацијама, међутим, као што је „поседовање алата за провалу“, сама та чињеница основ је кажњивости за кривично дело. У другим случајевима, где особа планира кривично дело, па учини један корак ка злочину, иако га не изврши, може бити оптужена за кривично дело. Пример за то су случајеви завере.

У америчкој пракси владини и полицијски органи, у намери да контролишу криминалитет, примењивали су „операције провоцирања“. Полиција води истрагу и наводи људе да изврше кривично дело. Њени припадници тако могу нудити дрогу на продају, да се преруше у проститутке или да нуде украдену робу на продају и чекају да виде ко ће извршити кривично дело.

2) „или пропуштање“: нормално, уколико грађанин не пријави кривично дело, чак и ако га посматра, не може бити осуђен за кривично дело. Ми немамо „добре самарићанске законе“. Особа најчешће нема обавезу да помогне другој коју је напао криминалац. Истина, има изузетака. Ако је неко обавезан да помаже другима – лекар, службеник у старачком дому, родитељ – и не чини ништа када дође до опасне ситуације, или су његове услуге неопходне, онда он може да буде оптужен за кривично дело уколико је особа у његовој надлежности повређена. Али, уопштено, у америчком правном систему човек не мора да помаже особи према којој се врши неко кривично дело. У праву многих европских земаља је другачије.

3) „повреда норми кривичног права“...: пре него што полиција поднесе кривичну пријаву и ухапси некога, мора постојати одређена норма садржана у кривичном закону одређене државе или федералне власти. Уколико му обележја нису одређена у закону, онда то није кривично дело. Кажњивост се не може заснивати на сличности дела са кривичним делом наведеним у тим законима. Да би постојало кривично дело, одређена радња мора бити дефинисана у свим елементима који ће се утврдити у поступку. Ако, на пример, једна особа убије другу, а „намера“ се не може доказати, онда се можда може покушати са доказивањем „нехата“

(убиство из нехата или на мах), али онда ће одговорност учиниоца бити смањена.

4) „(законско или прецедентно право)“: „Законско право“ у правном систему САД означава прописе које су изгласала законодавна тела и који су уврштени у кривичне законе држава или федерални кривични закон. „Прецедентно право“ се ослања на начин на који судије тумаче закон. Када се закон једном примени, постаје основа за правне одлуке у будућим случајевима. Ово је познато као „*stare decisis*“ (право које се заснива на прецедентима).

5) „извршен тако да нема основа које искључују постојање дела или кривичне одговорности“: амерички правни систем познаје такве основе – на пример одбрана да је извршилац дела био неурачунљив или је поступао нехатно. „Непознавање закона“, уопштено говорећи, није такав основ. Ови основи могу указивати да особа која је дело извршила није поступала умишљајно, а у неким случајевима, да је деловала без икакве намере. Укратко, није било „*mens rea*“. Један основ искључења је „хватање у замку“. Полиција је била претерано ажурна у покушају да наведе неку особу да изврши деликт, па је суд признао да „план“ и „намера“ да се учини кривично дело не може да се припише особи која га је извршила. Другим речима, зла намера је више била на страни полиције. Занимљиво, Врховни суд САД сматра да порота може узети у обзир то што је особа која је била „наведена у замку“ имала ранији криминални досије².

6) „и кажњив од стране државе као кривично дело или као прекршај“: у правном систему САД нека радња може се сматрати „криминалном“ ако је таква одређена од стране законодаваца и сврстана у кривични закон као забрањена. „Кривично дело“ је било које дело које се кажњава казном од годину дана или дуже, и то време мора да се проведе у казненем заводу. „Прекршај“ је било које дело које се кажњава казном краћом од годину дана и то време се проводи у локалним затворима. У њима су, поред осуђеника којима је за кривично дело изречена казна краћа од године дана, смештена притворена лица која чекају суђење или да буду послата у казнени завод³.

Укратко, правна дефиниција злочина базира се на формалним елементима дела. Понудићу вам кратак критички коментар. Прво, процес којим се неко дело дефинише као кривично је поли-

2 Оптужени може да се позове на „нужну одбрану“, коју познаје више од 2/3 држава. Уколико судија дозволи одбрану, оптужени мора да докаже да је извршио кривично дело да би спречио неко теже иманентно кривично дело.

3 Тренутно, у америчким казним установама има преко 2,1 милион осуђеника. Још пет милиона лица су под неком врстом надзора (нпр. пробација, условни отпуст затвореника).

тички. Политички процес је и онај у коме се одређују случајеви искључења дела и одговорности учиниоца. На пример, у крајњем случају, размотримо „живот у гету“ као основ за искључење дела, одн. одговорности. Јасно је да ће моћне елите уверавати како се такво нешто не може прихватити. Јер, ако бисмо то урадили, у разматрање би дошла и питања о природи политичко-економског поретка – доступност послова, дискриминација, животне шансе, лоше медицинске, школске и правне услуге за сиромашне, итд⁴. У екстремном случају, узмимо да се појави случај диктатуре у неком друштву, а ми као криминолози једноставно прихватимо правну дефиницију злочина према којој одређујемо наше теорије криминалног понашања. Друго, узмите у обзир да су већина законодаваца по вокацији правници. Читав процес дефинисања кривичног дела је правни. Социолошка разматрања су тиме битно ограничена.

Чак и када је доказни материјал који се износи неоспоран, као при примени смртне казне у случају Меклески против Кемпа (1987), Врховни суд САД поново прибегава правним аргументима. И поред тога што је виши суд прибавио велики број најбољих статистичких података (Балдусова студија) који су показали да се оптуженим црнцима за исто кривично дело много чешће изриче смртна казна у поређењу са оптуженим белцима, Врховни суд САД једноставно каже да чак и ако статистика доказује такав шаблон, у конкретном случају Меклескијеве жалбе, овај мора изричито да докаже да је био жртва дискриминације. Укратко, судови следе правне аргументе, а не социолошке.

КОНСТИТУТИВНА ДЕФИНИЦИЈА

Незадовољни ограничењима која је садржавала правна дефиниција злочина, Стјуарт Хенри и ја смо (1996) одлучили да понудимо једну алтернативну дефиницију злочина. Биле су нам потребне нове визије о томе како дефинисати злочин у смислу повреде („*harm*“) другог.

Дефиниција злочина као повреде коју су установили Швендингер и Швендингерова (2001) била је напредак. Она гласи: „Било која особа, друштвени систем, или друштвени однос који негирају или укидају основна права, сматрају се криминалним“. „Основна права тичу се права на расну, полну и економску једнакост“. Она

4 Није тешко уочити разлику између кривичног и грађанског поступка. У грађанској парници тужени може дати „изјаву о сагласности“ која значи: „Престаћу да радим оно за шта ме оптужујете, иако се не слажем с тим“. Замислите на тренутак, по принципу формалне једнакости, како би изгледало када бисмо у кривичном поступку оптуженом из ниже класе дали исту правну привилегију?

су „основна“ зато што „је толико много уложено у њихово признавање“. Даље, „појединци који не признају ова права другима – су криминалци“, а „исто тако, друштвени односи и друштвени системи који редовно укидају та права– такође су криминални“⁵. Када је написана, ова дефиниција је представљала изјаву против рата у Вијетнаму и ускоро је постала лакмусов тест за све оне који желе да се прикључе алтернативним становиштима. Она је увелико проширила дискусију и довела у питање легитимност правне дефиниције злочина. Криминолози који су ову другу прихватили беспоговорно, и на њој развијали теорије, ризиковали су да буду проглашени државним лакејима.

Да се сада вратимо на наш допринос овој расправи.⁶ За почетак, треба да дефинишемо „повреду“ на свеобухватнији начин. Повреда (злочин) може да се дефинише као „израз енергије агента/агенције да нешто учини другом, ко се томе не може одупрети јер је у том тренутку беспомоћан да одржи или искаже своју људскост.“ Другим речима, ради се о демонстрацији моћи према другој особи, а без икаквог њеног значајнијег супротстављања. Под „агенцијом“ подразумевамо оне субјекте који улажу енергију (прекомерна примена) у негирању других помоћу дела редукције и репресије.“ Агенти (и агенције) могу бити: људска бића, друштвени идентитети (жене, мушкарци), разне групе (етничке, расне, итд.), политичке партије, друштвене и културне институције, агенти друштвене контроле (полиција), правни апарат (правни систем и његови закони), држава (и њени разни органи).⁷

Постоје два облика повреде – злочини редукције и злочини репресије:

(1) Злочини редукције „настају када повређена страна доживљава губитак неког квалитета битног за њен постојећи статус“. Они настају „када је особа ускраћена у једној или више димензија од којих је свака понаособ друштвено конституисана и према томе

5 Они даље кажу: „сва људска бића треба да имају могућност за слободан развој својих потенцијала ... Свим особама морају се гарантовати основне животне потребе, укључујући храну, дом, одећу, медицинске услуге, посао и рекреацију, као и заштиту од разбојника и репресивних или империјалистичких друштвених елита.“ Укратко, „ове материјалне потребе, основне услуге и пријатности, не треба да се схвате као награде или привилегије. То су права!“

6 Одломци из: Хенри и Миловановић: „Конститутивна криминологија“ (1996); Миловановић и Хенри: „Конститутивне дефиниције кривичног дела“, у Хенри и Ланијер: „Шта је кривично дело?“ (2001).

7 Апстрактно говорећи, они такође укључују COREL сетове, историјске конфигурације релативно аутономних парова понављајућих кругова који се „разликују по свом ефекту у времену, месту и начину.“ COREL сетови, извучени из теорије хаоса, представљају начин на који се различите институције у друштву међусобно повезују, утичући диференцијално и нелинеарно једни на друге у одређеном историјском тренутку.

подложна културним и променама кроз време.“ Другим речима, злочин редукције настаје када је лице на неки начин ускраћено (тј. да због нанете повреде буде обогалено, тако да од људског бића са свим функцијама постане нешто мање од тога; да се од актера претвори у пасивни објект који трпи; од могућности да се супротстави до одбијања таквог права; од права да говори против државе до ускраћивања права да критикује, итд.).⁸

(2) Злочини репресије „настају када се повређеном субјекту одреди лимит или ограничење које га спречава да постигне жељену позицију или статус“. „Извршиоци таквих дела срозавају позицију лица или групе, или им ускраћују могућност да одрже позицију коју желе, иако пасивни субјекти тиме не угрожавају грађанска права и позицију других појединаца и група“. Узмимо, на пример, студију Швендингера и Швендингерове и Абрахам Маслововљевоу хуманистичку психологију и идеју о оставаривању потенцијала (самоостварење). Ако су потиснути од стране лица, друштвених система или друштвених односа, они се могу сматрати злочинима репресије. Узмимо на пример расизам, сексизам, узрасну дискриминацију, итд. Уз то, ако капиталистички систем ускраћује великом проценту својих грађана пристојну зараду и животне услове, ако систематски одржава висок проценат мањина у сиромаштву, ако успостави препреке извесним групама у њиховој могућности самоостварења, може се сматрати генератором злочина репресије.

Узмимо, на пример, Џонсоново и Лејтоново (1995) темељно истраживање статистике које показује системски раширену репресију сиромашних црнаца у САД. На пример, њихови статистички подаци показују несразмерно високу смртност сиромашних младих црнаца. Студија показује једну врсту „геноцида над црнцима“ који постоји у САД, чак иако се тако службено не назива. Ако се може доказати геноцид, било да се приписује појединцу, држави или друштвеном систему, онда се може сматрати злочином репресије.

Повреда, пре него сама промена, креће се у кругу од пет фактора: 1) „да ли лице (ентитет) које подноси промену то види као губитак“; 2) „да ли је особа (ентитет) потпуно слободна да се супротстави примени моћи која је одговорна за увођење редукције“; 3) „да ли су слободни да је одбију“; 4) „да ли њихово одбијање може да спречи увођење редукције“; 5) „да ли је промена... изведена кроз процес свесног активног учешћа свих оних које та промена погађа.“

Због тога ми концептуализујемо појам злочина на следећи начин:

⁸ За суптилније облике расизма у САД који се могу сматрати злочинима редукције, погледати студију Драгана Миловановића и Катарине Расел (2001) о „малом апартхејду.“

„Повреде или злочини су изрази примене моћи (прекомерна употреба од стране једног или више органа принуде) према другим лицима, која су у моменту те примене (било да је тренутна или протегнута кроз време), беспомоћна да то стање промене. Злочин је, дакле, одузимање нечије људскости. У тренутку његовог извршења жртва се сматра за не-биће, непотпуно људско биће, које није у могућности да промени ситуацију“.

Укратко, наша дефиниција се односи на могућност промене. Када се према другом примењује моћ, а он ништа не може да промени, то лице је објекат повреде или злочина. У овом положају биће постаје не-биће, некомплетно људско биће, биће које не може да се супротстави. „Злочини нису ништа друго до моменти у којима се показује моћ, тако да они који су сведени на објекат, нису у могућности да учествују у сукобу (често ни у будућим сукобима), њима се негира вредност. Злочин је моћ да се другима ускрати могућност да остваре промене.“

„Криминалац“ (агент) је особа која „прекомерно употребљава моћ“ да би доминирала. Он друге деградира делима редукције или репресије. Другим речима, прекомерно коришћење моћи је основни елеменат у дефинисању „криминалца“ (агента или агенције). Наравно, у нашој дефиницији је имплицитна визија људског друштва у коме се моћ не дистрибуира на начин да људска бића буду потчињена.

ЗАКЉУЧАК

Прихватити правну дефиницију злочина значи бити заробљен државном, политички вођеном и правно диктираном логиком. Истраживање које је више социолошки усмерено, узеће у обзир шире разумевање овог појма који се означава као „повреда“. Швендингер и Швендингерова су започели ово свеобухватније схватање. Наша конститутивна дефиниција нуди продубљивање ове анализе, тако да се ми као криминолози не ограничавамо на арбитрарне категорије у конструисању појма злочина.

ЛИТЕРАТУРА

- Henry, Stuart and Mark Lanier, 2001: *What is Crime?* New York: Rowman and Littlefield Publishers, Inc.
- Henry, Stuart and Dragan Milovanovic, 1996: *Constitutive Criminology*. New York: Sage Publications.

- Johnson, Robert and Paul Leighton, 1995: „Black Genocide? Preliminary Thoughts on the Plight of America's Poor Black Men.“ *Journal of African American Men*, 1(2): 3.
- McCleskey v. Kemp*, 481 U.S. 279 (1987).
- Milovanovic, Dragan and Stuart Henry, 2001: „Constitutive Definition of Crime: Power as Harm,“ In Stuart Henry and Mark Lanier (eds.), *What is Crime?* New York: Rowman and Littlefield Publishers, Inc., pp. 165–178.
- Milovanovic, Dragan and Katheryn Russell, 2001: *Petit Apartheid in the U.S. Criminal Justice System*. Durham, North Carolina: Carolina Academic Press.
- Schwendinger, Herman and Julia Schwendinger, 2001: „Defenders of Order or Guardians of Human Rights?“ In Stuart Henry and Mark Lanier (eds.), *What is Crime?* New York: Rowman and Littlefield Publishers, Inc.
- Tappan, Paul, 2001: „Who is the Criminal?“ In Stuart Henry and Mark Lanier (eds.), *What is Crime?* New York: Rowman and Littlefield Publishers, Inc., pp. 27–36.

Dragan Milovanović

LEGAL DEFINITION OF CRIME AND AN ALTERNATIVE VIEW

Summary

In the first part of the paper, author addresses one of the most famous definitions of crime given almost half a century ago by American criminologist Tapan, and criticizes it for being restrictive and overtly formalistic. Tapan equals crime with criminal offence, understood as legal category. In the seventies, Schwendingers have defined crime as a breach of basic human rights and have laid a foundation stone for many alternative definitions of the crime. One of the most influential ones at present is the „constitutive definition“ given by Stewart Henry and Dragan Milovanovic

According to this definition, there are two types of crime, depending on whether the injured person loses certain qualities important for its present status (reduction crimes) or is prevented from achieving desired position in the society (repression crimes). This definition of the crime enables to broaden the scope of criminology to all actions which injure somebody else, where 'injury' is understood in the broadest sense.

Keywords: *Crime. – Injury. – Reduction. – Repression. – Degradation. – Discrimination.*