

Др Наташа Делић

доцент Правног факултета Универзитета у Београду

СВЕСТ О ПРОТИВПРАВНОСТИ КАО КОНСТИТУТИВНИ ЕЛЕМЕНТ КРИВИЦЕ

До доношења Кривичног законика Републике Србије у нашем правном систему је био прихваћен материјално-формални појам кривичног дела као и психолошке теорије кривице, у складу са којима се кривица своди само на психички однос учиниоца према делу и утврђује се с обзиром на његову свест и вољу. Последица овог схватања је било законско решење према коме правна заблуда није имала утицаја на постојање кривице и кривичног дела, већ је представљала само факултативни основ за ублажавање или ослобођење од казне. Кривични законик Републике Србије у складу са тековинама савремене кривичноправне теорије усваја формални појам кривичног дела, а кривицу дефинише у складу са ставовима мешовитих, психолошко-нормативних теорија кривице, према којима кривица представља психички однос учиниоца према делу због кога му се може упутити прекор. У чл. 22 Кривичног законика Републике Србије је прописано да је кривица сложена категорија која се састоји из урачунљивости, умишљаја и нехата и свести о противправности. У раду аутор напре кроз анализу психолошких, нормативних и психолошко-нормативних теорија кривице приказује на који начин је свест о противправности постала елемент кривице, а потом разматра поједина питања везана за садржину и правну природу свести о противправности. На крају рада су дата закључна разматрања и поједини ставови које аутор заузима у погледу ове изузетно сложене проблематике.

Кључне речи: *Кривично дело. – Кривица. – Теорије кривице. – Правна заблуда*

Према одредби чл. 22 Кривичног законика Србије кривица постоји ако је учинилац у време када је учинио кривично дело био урачунљив и поступао са умишљајем, а био је свестан или је био дужан и могао бити свестан да је његово дело забрањено. Кривица може постојати и онда када је учинилац поступао из нехата ако то закон изричито предвиђа. Сходно наведеном, кривица је сложена и комплексна категорија, а њену структуру чине три компоненте/елемента, и то: урачунљивост, умишљај и нехат и свест (или дужност и

могућност те свести) о противправности. Дати начин законског дефинисања кривице је последица прихватања психолошко-нормативних теорија кривице, што је у систему кривичног права од непосредног значаја било и за решавање питања кривичноправног значаја, односно дејства правне заблуде.¹

До доношења Кривичног законика Србије код нас су биле прихваћене психолошке теорије кривице (виности). Ове теорије су настале у Немачкој крајем XIX века под снажним утицајем позитивистичког начина мишљења који је у то време имао значајано упориште у западноевропској и англосаксонској научној мисли и у складу са основним поставкама филозофског позитивизма (сматрало се да законитости које владају у природи треба открити и на подручју друштвених наука). Психолошке теорије кривице су афирмисале идеју да кривицу у основи треба посматрати као емпиријски проверљиву чињеницу. Отуда се, према овим теоријама, кривица своди само на одређене психичке процесе и веома једноставно дефинише као психички однос учиниоца према делу. Полазне основе на којима почињу психолошке теорије кривице су најпре Листов (*Liszt*) натуралистички, односно објективно-каузални појам радње (који је настао под утицајем механичког и контекмплативног материјализма и био камен темељац целокупне „објективне“ догматике) затим, Белингова (*Belting*) подела елемената кривичног дела на објективне, који чине биће и субјективне, који чине унутрашњу страну кривичног дела, као и Биндингов (*Binding*) објективно-формални појам противправности.²

Основна карактеристика психолошких теорија кривице јесте њихова једноставност. Међутим, јасно је уочљива и ограниченост њихове примене и то пре свега у односу на појам нехата. Наиме, пошто умишљај и нехат по својој природи имају хетерогену структуру, практично је било немогуће у складу са овим теоријама нехат свести само на пуки психички процес, јер је пре свега несвесни нехат садржински незамислив без нормативне компоненте. Осим тога, симплификовање кривице искључиво на констатацију одређеног психичког односа као пуке чињенице имало је за последицу то да психолошке теорије, због своје етичке безбојности и моралне индиферентности, нису могле да дају одговор на суштинско питање, а то је зашто одређени психички однос представља кривицу. Другим речима, ове теорије нису могле да изразе праву суштину кривице која је несумњиво много више од пуког психичког односа, јер нису располагале апаратуром која би била погодна да идентификује и марки-

¹ В. више о томе Н. Делић, „Теорије кривице и кривичноправни значај правне заблуде“, *Стање криминалитета у Србији и правна средства реаговања*, II део, Београд 2008, 171–191.

² С. Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Band I, München 2006, 195–197, као и Е. Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Tübingen 1975, 367.

ра социјално-етичку страну кривице и осветли њену моралну утемељеност и друштвеност. Једном речју, суштински недостатак психолошких теорија је био у томе што су настојале да кривицу сведу на морално индиферентни психички процес, који као такав не може да резултира одговарајућим социјално-етичким прекором.

У складу са наведеним психолошким теоријама кривице и у нашем праву пошло се од става да кривица представља психички однос учиниоца према делу и да тај однос може бити двојак, тј. да се може манифестовати као умишљај или нехат. Тако су умишљај и нехат постали врсте или облици кривице, а кривица која се означавала појмом виност представљала је генерички појам за умишљај и нехат. Осим тога, урачуњљивост је била издвојена из појма кривице/виности, што је опет довело до увођења (могло би се рећи сувишног) појма кривичне одговорности као вишег родног појма. Најзад, непосредна последица оваквог схватања је и непризнавање (неотклоњиве) правне заблуде као основа који искључује кривицу.

Даљи развој кривичноправне доктрине који се, са једне стране, огледа у напуштању индетерминистичког учења, а са друге стране у тенденцији уважавања личних својстава учиниоца кривичног дела, а под утицајем одговарајућих криминалополитичких учења, довео је у сумњу и целокупно схватање кривице као чисто психолошке категорије. Наиме, постепено је постало сасвим јасно да само утврђивање психичког односа учиниоца према делу не значи истовремено и утврђивање оног психичког садржаја/супстрата који је сам по себи подложен прекору и осуди. Воља, као таква, не носи у себи и са собом прекор, већ се појављује само као један психички феномен који је правно и морално безбојан, а сам садржај воље показује се као недовољан за закључак о њеној невредности. Једном речју, воља се појављује као чист психички процес који још увек не даје одговор на питање да ли је одређени учинилац крив или не. На овај начин оповргнута је не само теорија воље као варијанта психолошке теорије, већ и теорија свести, која такође своје учење о кривици заснива на психичком односу учиниоца према делу, а из разлога што ни свест као психички процес, исто као ни воља, не даје могућност да се објасни у чему заправо лежи суштина прекора који се упућује учиниоцу кривичног дела. Сходно томе, најпре долази до појаве нормативних, а потом и (умерених) мешовитих, психолошко-нормативних теорија кривице.

Нормативне теорије кривице су настале у Немачкој почетком XX века на идеолошким основама субјективног идеализма и неокантовске филозофије вредности у складу са којом се афирмише мишљење да су и у кривичном праву вредновање и објект вредновања основне полазне тачке, те да тим дуализмом треба да буду про-

жети и основни кривичноправни појмови. Ова афирмација телеолошких приступа у кривичном праву имала је за последицу то да и сам појам кривице почиње да се везује за вредносне оцене. Посматрано у ширем контексту, настанак нормативних теорија кривице везан је за усвајање нових концепција о појму радње – финални појам, односно за напуштање Листовог објективно-натуралистичког појма радње кривичног дела, што је представљало окосницу целокупног кривичноправног система, као и напуштање дескриптивно-објективног схватања бића кривичног дела, које је представљало препреку за уношење вредносних судова у сам појам радње и тиме онемогућавало проширење платформе одговорности учиниоца са терена чисто психичког односа према делу на терен одговорности за саму невређеност дела. Све ово је надаље омогућило слободно преплитање објективних и субјективних елемената у самом појму кривичног дела, тако да на тај начин кривично дело постаје објективно-субјективни феномен, при чему и противправност фигурира као објективно-субјективни појам, а кривица, као што је напред истакнуто, добија примесе нормативног. Све у свему, настанак нормативних теорија кривице представља веома радикалан захват у структуру до тада општеприхваћених института у науци кривичног права, јер се и многи институти који су се до тада сматрали независним од кривице, сада доводе у везу са њом. Пре свега, такав случај је био са противправношћу, која се дуго времена сматрала сасвим засебним кривичноправним појмом, а која у интерпретацији овог учења постаје критеријум оцене невређености као основа субјективне прекоривости. Сходно томе, могло би се рећи да је развојем науке кривичног права који је обележен настанком финалног појма радње, признавањем субјективних обележја бића кривичног дела као и признавањем субјективних момената конститутивних за противправност неког понашања, обезбеђена иницијална платформа за појаву нормативних теорија кривице, док су од непосредног значаја за њихов настанак биле Франкова (*Frank*) теорија „пратећих околности“ и „прекоривости,“ теорија о кривици као „могућности да се захтева другачије понашање“ као и већ споменута Велцлова (*Welzel*) финална теорија радње.³

Франкова теорија „пратећих околности“ и „прекоривости“. – Франк, који се сматра оснивачем нормативних теорија, први је формулисао и разрадио идеју да је кривица прекор (*Schuld ist Vorwurf*), пребацивање, а остварено биће кривичног дела, објект тог прекора. Према овом аутору кривица није садржана у психи учиниоца, већ представља суд који нам говори то да је једно противправно понашање услед одређених околности подложно прекору, тј. да се учини-

³ А. Schönke/H.Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, München 2001, 145, као и С. Roxin, 282.

оцу за то може пребацити. Сходно томе, аутор сматра да се кривица не исцрпљује у психичком односу учиниоца према делу, већ у суштини представља једну нормативну (*normative*) појаву, тј. почива на вредносном (*wertender*) суду. Надаље, према Франковом мишљењу, постојање прекора који представља суштину кривице зависи од три предуслова, а то су: урачунљивост, умишљај и нехат и „нормалне пратеће околности“ (*normalen Beschaffenheit der Umstände*). Урачунљивост и постојање умишљаја и нехата Франк убраја у тзв. опште основе за изрицање прекора због предузете противправне радње која садржи обележја бића неког кривичног дела. Међутим, да би прекор који је заснован на наведеним општим претпоставкама могао бити упућен конкретном учиниоцу за конкретно дело, неопходно је да је он поступао/деловао у „нормалним пратећим околностима.“ Ово надаље значи да је могуће да у конкретном случају постоје општи услови за кривични прекор (урачунљивост и умишљај), али да се он због постојања одређених околности учиниоцу не може упутити за дато дело (таква околност је, на пример, стање нужде). „Нормалне пратеће околности“ су због своје преваходно објективне природе касније под утицајем критике замењене субјективним елементом означеним као „нормално мотивисање“ (*normale Motivierung*), односно „мотивисајуће значење“ (*motivierende Bedeutung*), а што би надаље значило да у конкретном случају нису постојале околности које би онемогућиле то да одговарајуће правне норме одврате учиниоца од извршења противправног дела, односно да су га постојеће околности могле мотивисати на понашање које би било у складу са одговарајућом нормом, али се он „оглушио“ на њихово деловање. Суштину овако схваћене кривице Франк је назвао „прекоривост“ – прекорност/пребацивост (*Vorwerfbarkeit*). Овај израз је требало да значи да се забрањено понашање неком може приписати у кривицу само уколико му се на основу њега може упутити прекор.⁴

Допринос овог аутора се пре свега огледа у томе што међу првима уочава основне слабости психолошких теорија и указује на неопходност садржинског обогаћења кривице, истичући да се она ни у ком случају не може исцрпети само у умишљају и нехату и да је очигледно да њена егзистенција зависи и од неких других момената/елемената, а што је у крајњој линији за последицу имало уношење нормативног елемента у појам кривице.

Теорија о кривици као „могућности да се захтева другачије понашање“. – Франкова теза о кривици као прекору даље је разрађена од стране Голдшмита (*Goldschmidt*) и Фројдентала (*Freudenthal*). Оба ова аутора су у својим радовима посебну пажњу посветила

⁴ *Ibid.*, 195, 856–857. и П. Новоселец, *Темељни актуелни проблеми кривље у кривичном праву*, ДД, Загреб 1985, 127.

трећем елементу Франковог појма кривице, тј. питању да ли је индивидуални учинилац у конкретном случају, а с обзиром на околности датог случаја, у тренутку извршења кривичног дела био у стању да се понаша у складу са захтевима правног поретка, или, другим речима, да ли се од њега у конкретном случају могло очекивати да се понаша другачије него што се понашао. Ако се од учиниоца није могло очекивати другачије понашање које би било у складу са захтевима правног поретка, не би се могло говорити о његовој кривици. Како се наводи, повод за настанак ових теорија били су неки случајеви крајње нужде код којих се у суштини није могло оправдати ни искључење противправности, али ни осуда учиниоца (тзв. „случај непослушног коња“ из 1897. године). Наиме, у датим ситуацијама није било основа за прекор учиниоца, иако је у чисто психолошком смислу кривица постојала. Отуда се као ново обележје кривице уводи „могућност да се захтева другачије понашање“ (*Zumutbarkeit Anderen Verhaltens*), код нас преведено као „приписаност“, односно „приписивост“, и у том смислу се сматра да кривица не постоји уколико такве могућности није било. При томе, како се истиче, ова могућност није психолошке, већ нормативне природе и у суштини представља вредносни суд о делу учиниоца, тј. суд о невредности дела којим учинилац крши одређену норму. Дакле, присталице ових теорија у појам кривице уносе нови, нормативни елемент који се састоји у могућности да се захтева другачије понашање. Сходно томе, учинилац се може прекорети за своје понашање само ако се од њега могло захтевати другачије понашање. Односно, немогућност да се захтева другачије понашање искључује кривицу. Ово схватање је најпре имало упориште само у односу на нехатна кривична дела, али се касније проширило и на умишљајна, а осим тоге, утицало је и на проширење схватања појма крајње нужде.⁵

Надаље, с обзиром на то на који начин је био одређен критеријум могућности да се захтева другачије понашање, ова теорија има две варијанте: индивидуализирајућу и генерализирајућу.

Главни представник индивидуализирајуће теорије је Фројдентал који Франкове „пратеће околности“ означио као „мотивационе моменте“ (*Motivationsdrucks*) од којих зависи да ли се од учиниоца могло захтевати понашање у складу са нормама правног поретка и уколико су у конкретном случају ове околности биле такве да им се учинилац није могао одупрети (није имао могућност), не може му се ни упутити прекор за учињено дело, што значи да нема ни кривице. У складу са овим схватањем, могућност да се захтева другачије понашање постаје етички елемент кривице (тзв. етички утемељена индивидуализирајућа теорија), јер се мотиви који су довели до кривич-

⁵ С. Roxin, 856 и П. Новоселец, 126–127.

ног дела превасходно етички вреднују и сходно томе се сматра да кривичноправни прекор није основан уколико је искључена могућност етичког прекора. Но, могло би се рећи да је осим пренаглашеног „етизирања“ недостатак овог схватања и у томе што се суд о кривици изводи из пуког фактицитета, тј. само на темељу испитивања могућности учиниоца, а уз неоправдано занемаривање дужности да се поштује дата норма.⁶

Надаље, најзначајнији представник генерализирајуће теорије је био Голдшмит који је оправдано инсистирао на уношењу вредносних судова у појам кривице и у том смислу пошао од разликовања кривичноправне норме на „обавезујућу/дужносну норму“ и „оправдавајућу норму“ (*Pflichtnorm und Rechtsnorm*). Према овом аутору предмет обавезујуће/дужносне норме је спољно понашање и она је као таква обавезна за свакога и значајна за противправност, а функција оправдавајуће норме је та да утврђује утицај норме на представе и мотиве појединца и стога је значајна за кривицу. Сходно датом, обавезујућа/дужносна норма је та која успоставља дужност да се поштује правна норма, но та дужност неће постојати ако у конкретном случају превазилази психофизичке могућности људи. Отуда, уколико се од неког у конкретном случају не може захтевати другачије понашање, при чему се као релевантне не узимају индивидуалне психофизичке могућности појединца, већ могућност оправдавајуће норме да делује на мотивациони процес „просечног грађанина“ (*Durchschnittsmenschen*), онда му се ни не може упутити прекор, и стога кривица не постоји.⁷

Основна замерка овом схватању је што се критеријум просечног грађанина у својој основи повезује са детерминизмом, а разлика између мотивације конкретног учиниоца и мотивације просечног грађанина своди на разлику њихових карактера. Сходно томе, сматра се да је став учиниоца према друштвеним вредностима, који је дошао до изражаја у вршењу кривичног дела, пре свега израз његове деформисане личности, његовог асоцијалног карактера.

Велцлова финална теорија радње. – Шире посматрано, може се рећи да је нови појам радње у научном систему кривичног права био креиран под утицајем друштвено-економских, идеолошких и криминално-политичких прилика које су владале у Немачкој почетком тридесетих година XX века. Наиме, у то време је развој науке кривичног права ишао у правцу уважавања субјективних момената у до тада претежно објективно оријентисаној догматици кривичног пра-

⁶ С. Roxin., 857; П. Новоселец, 129. О кривици као етичком појму у грађанском праву в. детаљније М. Караникић, „Кривица као етички или технички појам“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2008, 181.

⁷ П. Новоселец, 130.

ва. Међутим, реализација тог развојног правца попримила је у конкретним приликама и веома реакционарне видове, у том смислу што се у немачкој теорији кривичног права, а пре свега под утицајем друштвено-економских и политичких прилика, у контексту датог све изразитијег померања тежишта од објективног ка субјективном, садржински мења и сам појам противправности, тако да се она све мање схвата као повреда или угрожавање заштићеног добра, а све више као суд о моралној и етичкој невредности учиниоачевог личног става и политичког уверења. Тако је суштина противправности везивана за различите субјективне моменте, што је довело до „етизирања“ кривичног права и формирало теоријски основ који је требало да омогући да се кривичноправна санкција првенствено „веже“ за учиниоачево уверење, његов политички и морални став. Сам идеолошки основ датих схватања представљале су идеје неокантовске југозападне немачке филозофске школе које су својим „спекулацијама“ („метода вредновања“) кривично право напросто удаљиле од стварног живота, уместо да га сасвим супротно, уважавањем субјективних момената, приближе животној стварности. У датом контексту, ослањајући се на феноменолошку филозофију Хартмана (*Hartmann*) и његову онтологију, Велцл критикујући како натурализам и механички материјализам, тако у извесној мери и неокантовску филозофију вредности прожету субјективним идеализмом, а у основи заступајући радикални субјективизам, у својим теоријским разматрањима даје један нови појам радње у којем је објективни моменат потпуно занемарен на рачун субјективног.⁸

Полазна тачка у учењу о финалној радњи јесте да је људска радња сврсисходни акт, односно да је финалност битна онтолошка одлика радње, а тиме и људске делатности уопште, и да се по овоме она разликује од каузалног збивања. Сходно томе, људска радња не може постојати ако није циљна, јер она представља акт коме је циљна усмереност иманентна. Другим речима, ако људска радња није усмерена ка одређеном циљу, онда она престаје да буде „радња“ и укључује се у слепи каузални ток збивања.⁹ Надаље, из овога произлази и основна поставка теорије о финалној радњи, а то је да је усмереност на циљ, финалност, идентична са умишљајем, тј. да је радња циљно спровођење умишљаја, односно, да је умишљај нераздвајни елемент радње, што опет значи да је он истовремено и основни субјективни елемент умишљајног бића кривичног дела, као и важна индиција противправности сваког умишљајног дела. У том смислу Велцл надаље саму противправност одређује као један вредносни суд, и то негативни вредносни суд о односу радње према норми. При томе, сматрало се да овај вредносни суд може бити објективан само као опште мерило, а да предмет тог суда јесте кривично

⁸ C. Roxin, 203–204.

⁹ H. Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, Berlin 1969, 33.

дело које представља јединство објективних и субјективних елемената. Сходно томе, полази се од мишљења да је за постојање кривичног дела од примарног значаја да се утврди невредност радње с обзиром на морални став учиниоца. Другим речима, није битан остварени резултат неке радње, већ су битне трајне унутрашње тенденције које детерминишу понашање учиниоца. Као што се може видети, усвајање датог субјективног појма радње за последицу је имало и суштински другачије схватање противправности, тако да је приликом њене оцене одлучујући значај имао субјективни, социјално-етички моменат који је изражен у финалном својству радње, у њеној сврсисходној усмерености. Оваквим приступом Велцл елементе противправности налази претежно у личности учиниоца, у невредном усмеравању радње, односно егзистенцију противправности неког понашања примарно везује за субјективне моменте, што у крајњој линији за последицу има то да за овог аутора кривично дело у првом реду представља повреду дужности, а тек узгредно и повреду заштићеног добра. Финална теорија радње имала је непосредни значај и за појам кривице јер, као што је наведено, тиме што је умишљај као интегрални део радње и као субјективни елемент бића кривичног дела постао конститутиван за кривичноправни значај неког понашања, он је потпуно изузет из кривице. Тако, умишљај као објект суда о невредности није више и елемент тог суда, односно кривице. Сходно томе, „изгубивши“ умишљај, кривица је постала потпуно нормативан појам. Она је отуда чист суд о невредности дела, односно прекор упућен урачунљивом учиниоцу што своју одлуку није донео у складу са морално-етичким вредностима, иако је то могао да учини. Укратко, према овом схватању, кривица зависи од одговора на питање да ли је учинилац могао и другачије да поступи него што је поступио у конкретном случају. Надаље, егзистенцијалним претпоставкама кривице Велцл сматра слободу воље и урачунљивост. Од егзистенцијалних претпоставки кривице разликују се конститутивни елементи кривице у односу на конкретно кривично дело у које спадају интелектуални и волунтативни елемент кривичног прекора, односно „прекоривости.“ Интелектуални елемент кривичног прекора састојао би се у томе да је учинилац знао и могао знати битна обележја бића кривичног дела садржаног у његовом понашању и да је знао и могао знати да је његово дело противправно, при чему знање битних обележја бића кривичног дела има двоструку функцију, представља конститутивни елемент умишљаја и истовремено конститутивни елемент кривичног прекора. Волунтативни елемент кривичног прекора пак, сводио би се на питање да ли се у конкретној ситуацији од одређеног учиниоца могло очекивати да поступа у складу са захтевима правног реда.¹⁰

¹⁰ П. Новоселец, 139–141.

Недостаци финалне теорије радње јасно су били уочљиви пре свега код нехатних кривичних дела, као и код кривичних дела нечињења. Осим тога, овако екстремно проширивање појма радње за последицу је имало то да се у оквирима чисто нормативних теорија кривице појам кривице крајње сужава, јер се она одваја од умишљаја и нехата и своди само на оцену и закључак о невредности дела као чисто објективан суд, независтан од психичког односа учиниоца према делу. Због тога је и сама финална теорија радње претрпела критике и била напуштена и у претежном делу немачке доктрине замењена социјалном теоријом радње. Но, у целини посматрано ово учење је ипак дало допринос прогресивном развоју кривичноправне науке, а у том смислу и настанку и развоју нормативних теорија кривице.

Као што је напред наведено, нормативне теорије кривице су пре свега настале на спознаји да се нехат не може објаснити уколико се остане у сфери чистог психологизма, јер се он сходно својој природи не може свести на пуки психички однос. Сходно томе, sazрело је схватање да је за кривицу потребно још нешто осим умишљаја и нехата, који су на тај начин прво „деградирани“ на ранг елемената кривице, а потом пребачени у неправу. Кривица је тако практично „изгубила“ везу са умишљајем и нехатом и била је сведена само на прекор, који је био квалитативно једнак и код умишљаја и нехата („теорија јединствене кривице“). Овај недостатак је пак, на изванредан начин отклоњен кроз „теорију о двострукој улози/функцији умишљаја,“ према којој умишљај има две улоге, прву, да у оквиру неправу показује смисао радње, и другу, да у оквиру кривице показује невредност дела. Оваквим решењем нормативне теорије кривице су ипак посредно „признале“ да степен кривице не може бити једнак код умишљаја и нехата.

Сам развој нормативних теорија кривице карактерише то што се у појам кривице уместо елемента који се означавао као „могућност да се захтева другачије понашање“ као суштински, кључни елемент, њено централно обележје уноси свест о противправности. Сходно томе, према нормативним теоријама кривице, кривица се утврђује тако што се оцењује/вреднује однос учиниоца према одређеним нормама и на основу тога доноси закључак о оправданости прекора који му се упућује. Једноставно речено, кривица је објективни вредносни суд (негативна оцена) који је заснован на критеријуму свести о противправности, тј. разлог прекора је одговарајућа свест о противправности.¹¹

Све наведено резултирало је и ставом да је могуће да учинилац у конкретном случају буде урачунљив и да има одговарајући психич-

¹¹ C. Fiore, *Diritto penale, Parte generale*, Torino 1995, 362–368, као и A. Manna, *Corso di diritto penale, Parte generale, I*, Verona 2007, 287–294.

ки однос према делу, умишљај, али да кривица (која је изван умишљаја и нехата) не постоји јер, с обзиром на непостојање свести о противправности, учиниоцу није оправдано упутити прекор. Другим речима, последица овог схватања је то да правна заблуда под одређеним условима (неотклоњива) може да искључи кривицу.

Ако се даље посматра генеза теорија кривице, уочава се да се суштински недостатак нормативних теорија кривице састоји у томе што на артифицијелан начин одвајају суд о кривици од њеног психолошког супстрата, што је усмерило даљи развој теорија кривице у правцу настанка (умерених) мешовитих, психолошко-нормативних теорија, које полазе од комплексног појма кривице и одређују је као унутрашњи однос учиниоца према делу због којег му се може упутити прекор.

Ове теорије своје упориште имају у ставу да се не може доћи до исправног и потпуног суда о кривици уколико се не процењује и субјективни, психолошки садржај који постоји код учиниоца у односу на дело које је учинио. Стога се увек полази од психолошког садржаја који се допуњава нормативним елементима и у том смислу кривица је јединство реалног, материјалног, субјективног, психолошког супстрата и објективног, вредносног, правног суда о њему, који има своју социјално-етичку димензију и чија садржина је одређена доминантним друштвеним моралом. Једном речју, кривица је јединство онтолошког и нормативног.¹²

Сходно томе, према овим теоријама кривица је виши родни појам, сложена категорија која обухвата следеће елементе: урачунљивост, умишљај и нехат и свест о противправности.

Урачунљивост је неопходна претпоставка или обавезан елемент кривице и представља способност учиниоца за кривицу која подразумева исправност његовог психичког апарата. Урачунљивост подразумева постојање способности расуђивања и способности одлучивања. По правилу, полази се од претпоставке урачунљивости и она се у конкретном случају утврђује само онда када се појави сумња да је реч о неурачунљивом учиниоцу, што значи да се тада не утврђује урачунљивост, већ неурачунљивост.

Према психолошко-нормативним теоријама кривице умишљај и нехат су истовремено и елементи и облици кривице. Елементи зато што не садрже читаву кривицу, као у оквиру психолошких теорија, већ морају бити и вредновани. При томе, они су елементи од посебног значаја и то из два разлога. Првог, јер дају суштински печат кривици и другог, јер се остали елементи (урачунљивост и свест о противправности) претпостављају, па је практично у највећем броју случајева утврђивањем умишљаја и нехата, решено и питање кривице.

¹² З. Стојановић, *Кривично право, општи део*, Београд 2007, 156.

Истовремено, умишљај и нехат су и два појавна облика кривице, односно два различита степена кривице, јер у основи умишљај значи свесно кршење друштвених норми и отворено супротстављање темељним друштвеним вредностима, а нехат само равнодушност према њима. Сходно томе, кривично право узима у обзир одговарајуће социјално-етичко вредновање и правно га артикулише на тај начин што се умишљајном и нехатном учиниоцу упућује прекор различите тежине. Међутим, овде треба имати у виду и то да осим тога што умишљај и нехат чине садржину саме кривице, њихови одређени сегменти појављују се већ на нивоу предвиђености у закону, тј. обухваћени су бићем кривичног дела. Дакле, у том смислу они су облик понашања које је предвиђено као кривично дело и облик кривице (теорија о двострукој функцији умишљаја и нехата).¹³

Најзад, као трећи конститутивни елемент кривице јавља се и свест о противправности чије уважавање као елемента кривице значи напуштање начела *error iuris nocet* или *nemo censetur ignorare legem* и схватања да је правна заблуда ирелевантна за постојање кривице, односно самог кривичног дела.

Ако после свега пажњу усмеримо на садржину чл. 22, ст. 1 Кривичног законика Србије у коме је дефинисана кривица, у односу на свест о противправности као њен елемент, можемо да уочимо следеће: прво, свест о противправности је самостални елемент кривице и друго, свест о противправности може бити актуелна и потенцијална.

Осим тога, у вези свести о противправности могу се поставити и два питања: прво, шта чини садржај/предмет свести о противправности и друго, каква је њена природа/суштина?

Свест о противправности је самостални елемент кривице који се претпоставља и чије се постојање не мора утврђивати у сваком конкретном случају, те се полази од обориве претпоставке да она постоји. Другим речима, полази се од претпоставке да је сваки просечан, нормалан човек свестан дозвољености, односно забрањености сопственог понашања.

Свест о противправности је самостална компонента кривице и њено постојање или одсуство нема никаквог значаја за постојање умишљаја или нехата. Наиме, свест о противправности је знање учиниоца да се са својом радњом сукобљава са правом, да чини нешто забрањено и разликује се од интелектуалног елемента умишљаја који се састоји у свести о битним обележјима бића кривичног дела. Стога се прво утврђује да ли је учинилац поступао са умишљајем, а након тога и да ли постојала свест о противправности.

¹³ *Ibid.*, 122, 158.

По својој природи свест о противправности може бити актуелна или потенцијална, односно она не мора увек да постоји, довољно је да је постојала дужност и могућност да се таква свест има.

Наведена схватања да је свест о противправности самостални елемент кривице и да је за постојање кривице довољна и потенцијална свест о противправности последица су усвајања тзв. „теорије кривице.“

Наиме, у кривичноправној доктрини не постоји јединствен став по питању места свести о противправности у оквиру кривице и ту се у основи разликују два гледишта. Једно, према коме је свест о противправности део умишљаја и друго, према коме је она самостални елемент кривице. С тим у вези је и питање да ли је за постојање кривице неопходна актуелна свест о противправности или је довољна потенцијална свест о противправности. С обзиром на начин решавања датих питања издвојиле су се четири теорије: строга теорија умишљаја, ограничена теорија умишљаја, строга теорија кривице и ограничена теорија кривице.

Присталице строге теорије умишљаја сматрају да умишљај не обухвата само свест о појединим обележјима бића кривичног дела већ и свест о противправности. Основна идеја ове теорије је да свест о обележјима бића кривичног дела добија смисао тек ако се повеже са свешћу о противправности. То надаље значи да свест о противправности мора бити актуелна, што ову теорију чврсто везује за психологизам, јер се и свест о противправности третира искључиво као чист психички процес без нормативних елемената. Сходно томе, основна слабост овог схватања је што занемарује нормативност свести о противправности и сам принцип кривице дефинише преуско, јер недовољно наглашава значај дужности сваког члана друштва да према својим могућностима испита исправност својих поступака. Осим тога, ова теорија има слабости и на плану догматике, јер, са једне стране, уводи тзв. „правни нехат“, док, са друге стране, долази до неоснованог цепања умишљаја на две врсте: редовни облик умишљаја, који је укључен у свест о противправности и „природни умишљај“ који се исцрпљује у свести о законским обележјима кривичног дела.¹⁴

Слабости строге теорије умишљаја покушао да превазиђе Мацгер који је заступао ограничену теорију умишљаја и у том смислу је одступио од начела да свест о противправности увек мора бити актуелна и стао на становиште да је довољна и потенцијална свест о противправности, чиме се у ствари у великој мери приближио самој теорији кривице. Наиме, овај аутор је увидео неодрживост конструк-

¹⁴ П. Новоселец, 171–172.

ције правног нехата и сматрао да ће се у овим случајевима неосновано позивање учинилаца на правну заблуду избећи ако се теорија умишљаја ограничи у том смислу да се правној заблуди не призна дејство у случајевима када она почива на тзв. „правном слепилу,“ које је касније замењено појмом „непријатељског става према праву.“ Одступање од строге теорије умишљаја аутор је објашњавао тиме да ова теорија вреди само у мери у којој не противуречи општем правном принципу према коме се правна заблуда у одређеним случајевима изједначава са свесном побуном против права, што надаље значи да у таквим случајевима учинилац треба да буде кажњен као да је умишљајно поступао.¹⁵

Према строгој теорији кривице, свест о противправности или могућност свести о противправности представља самостални елемент кривице који је независан од умишљаја. За разлику од теорије умишљаја, теорија кривице се задовољава и потенцијалном свешћу о противправности. Према овом схватању кривица је искључена само ако правна заблуда није скривљена, а то ће бити само онда када је неотклоњива. Ако је пак, правна заблуда била отклоњива, то нема никаквог дејства на постојање умишљаја. Међутим, пошто се и у том случају степен кривице у суштини „смањује“, учиниоцу се казна може ублажити. Иначе, теорија кривице везана је за напред објашњену Велцелову финалну теорију радње и настала је као нужна консеквенца изједначавања финалности и умишљаја. Наиме, ако се пође од тога да је умишљај у суштини начин управљања каузалним током и да сходно томе спада у неправо, онда је сасвим логично и то да свест о противправности нема на њега никакав утицај јер умишљај припада сфери онтолошког, а свест о противправности сфери нормативног. Заслуга ове теорије је пре свега у томе што је афирмисала потенцијалну свест о противправности као довољну за упућивање прекора.¹⁶

Представници ограничене теорије кривице слажу се са представницима строге теорије кривице да је свест о противправности елемент кривице, а не умишљаја. Но, од њих се разликују по томе што заблуду о основима који искључују противправност не третирају као правну заблуду и сматрају да она искључује умишљај уколико се у конкретном случају није могла избећи, односно уколико се могла избећи постоји одговорност за нехат ако се ради о кривичном делу код кога је нехат кажњив. Међутим, приликом аргументовања датог става настају значајне потешкоће које произилазе из тога што код заблуде о основима који искључују противправност, остаје сачувана свест о обележјима бића кривичног дела, као и воља да се то

¹⁵ *Ibid.*, 176–177.

¹⁶ *Ibid.*, 178–179.

биће оствари, те сходно томе остаје отворено питање зашто је умишљај искључен.

С тим у вези издвојила су се три става: теорија о негативним обележјима бића кривичног дела, теорија о аналогiji између заблуде о бићу дела и заблуде о основима који искључују противправност и теорија о изједначавању заблуде о основима који искључују противправност и заблуде о бићу кривичног дела само у односу на санкцију. Теорија о негативним обележијима бића кривичног дела полази од тога да су околности које искључују противправност као негативно обележје саставни део бића кривичног дела. Умишљај се стога мора односити на такво проширено биће кривичног дела и, осим свести о бићу кривичног дела, мора садржати и свест о непостојању основа који искључују противправност. Отуда, према овом схватању, заблуда о основима који искључују противправност јесте једна врста заблуде о бићу кривичног дела. Основни недостатак ове теорије је у томе што је она суштински нереална, јер је умишљај схваћен на дати начин практично немогућ, пошто у пракси учиниоци кривичних дела по правилу никад не размишљају о одсуству основа који искључују противправност. Теорија о аналогiji између заблуде о бићу кривичног дела и заблуде о основима који искључују противправност, полази од структурних сличности ових заблуда које произилазе из тога што се обе односе на дескриптивна и нормативна обележја неког правног правила, при чему се заблуда о бићу кривичног дела односи на обележја бића, а заблуда о основима који искључују противправност, на обележја основа искључења противправности и због тога се обе заблуде у једнакој мери разликују од правне заблуде код које постоји исправно схватање свих поменутих обележја, само је вредносни суд о њима погрешан. Због наведене сличности, сматра се надаље, оправдано је да заблуда о обележјима бића кривичног дела и заблуда о основима које искључују противправност имају исто кривичноправно дејство те да је и код једне као и код друге заблуде искључен умишљај, као и противправност. Основни приговор који се упућује овој теорији је да се у крајњој линији своди на теорију о негативним обележијима кривичног дела, јер у суштини нема аргументе да оправда аналогiju на којој цела конструкција почива. Недостаци теорије о аналогiji довели су до настанка теорије према којој је заблуда о основима које искључују противправност изједначена са заблудом о бићу кривичног дела само у погледу санкције. Ова теорија у основи полази од теорије о двострукој улози/функцији умишљаја, те се узима да је у случају заблуде о основима који искључују противправност постоји умишљај као елемент противправности, али да је искључена умишљајна кривица и да у обзир долази једино одговорност за нехат. Наиме, како се сматра, учинилац је у том случају са умишљајем остварио биће кривичног дела, али је погрешно сматрао да

постоје околности, које би да су заиста постојале оправдавале његову радњу и уколико је ту заблуду могао да избегне учиниоцу се, узевши у целини, може упутити прекор само због нехата. Другим речима, умишљај у односу на обележја бића кривичног дела и нехат у односу на околности које искључују противправност оправдавају у тоталитету само нехат. Чини се да је јасно уочљива противречност у коју запада ова теорија тиме што се сматра да умишљајне кривице нема у случају када је биће кривичног дела остварено са умишљајем.¹⁷

Најзад, по питању шта чини садржај/предмет свести о противправности, или, другим речима, када свест о противправности постоји, односно које су то околности које учинилац мора знати да би био свестан противправности, треба рећи да сходно законској одредби она постоји када је учинилац био свестан да је његово дело забрањено. Иако у теорији постоје различита мишљења о томе шта се под тим конкретно подразумева, треба узети да свест о противправности постоји када је учинилац свестан правне забрањености дела које предузима тј. када код њега постоји свест о томе да чини понашање које је правом, правним нормама забрањено. Сходно томе, свест о противправности постоји када је учинилац свестан да је његово понашање противно правном поретку, односно да представља напад на неко правом заштићено добро, што у суштини значи да је учинилац на један лаички начин свестан тога да чини неправно. При томе, постојање свести о противправности не значи да се захтева да учинилац познаје правну норму у њеном конкретном облику, тј. да познаје текст закона којим се одређено понашање забрањује или наређује јер када би се то захтевало, онда би сасвим основан био приговор да само правник може бити крив (и то не сваки). Из наведеног надаље произилази да свест о противправности не мора да обухвати и свест о кажњивости. Наиме, свест о кажњивости практично у себи увек садржи и свест о противправности, али свест о противправности не садржи увек и свест о кажњивости. Даље, када је реч о односу свести о противправности и свести о друштвеној штетности понашања, треба рећи да свест о друштвеној штетности није довољна за постојање свести о противправности јер не обухвата и свест о томе да дато добро које се у конкретном случају повређује или угрожава истовремено представља и правно добро, односно не обухвата свест о томе да повреда или угрожавање датог добра истовремено представља и угрожавање правног поретка и правне сигурности. На крају, из претходно реченог јасно произилази и то да за постојање свести о противправности није довољна ни само свест о неморалности датог понашања.¹⁸

¹⁷ *Ibid.*, 180–186.

¹⁸ З. Стојановић, (2007), 177–179, З. Стојановић, *Правна заблуда у новом Кривичном законнику*, РКК, 2006/3, 15–16; П. Новоселец, 168; В. Камбовски, „Норма-

Када је реч о природи/суштини свести о противправности, а ако пођемо од тога да свест о противправности подразумева и актуелну и потенцијалну свест о противправности, могло би се најпре закључити да је реч о психолошко-нормативној категорији. Наиме, у случају актуелне свести о противправности доминантна је свест учиниоца као психичка чињеница, док код потенцијалне свести о противправности долази до изражаја њен нормативни карактер, јер је учинилац био дужан и могао, а није удовољио датом захтеву.

Међутим, сматрамо да дата констатација никако не може да буде дефинитивни одговор на питање каква је природа свести о противправности, јер се до њега практично може доћи само преко одговора на још једно питање, а то је, шта код свести о противправности има већи значај за оправдање прекора који се упућује учиниоцу, да ли је то свест или је то дужност и могућност? У вези овог питања могућа су два одговора. Први, према коме је свест о противправности примарно нормативна категорија, јер је сама свест као психички процес по својој природи вредносно неутрална и етички безбојна и у том смислу у контексту свести о противправности по свом значају не превазилази сопствени пуки фактицитет. Са друге стране, пак, противправност као вредносна категорија увек претпоставља одређени захтев који је стављен пред учиниоца, односно норму која му налаже одређено понашање, и ако се он није понашао на дати начин, а био је дужан и могао, следи закључак о томе да није удовољио својој дужности, тј. да се одлучио за неправу иако се могао одлучити за право, што управо говори о његовом негативном ставу према правном поретку.¹⁹ Другим речима, код свести о противправности психички фактицитет се у основи интегрише са дужношћу и могућношћу, које као што је познато нису емпиријске чињенице већ припадају сфери вредновања, и том приликом свест о противправности заправо губи онтолошки карактер, али задржава своју онтолошку суштину, док би пак, вредносна, нормативна, аксиолошка компонента била та која примарно дефинише ово нераскидиво психолошко-нормативно јединство. И други могући одговор према коме је свест о противправности примарно психолошка категорија,²⁰ при чему његово објашњење захтева један шири контекст посматрања.

Наиме, ако се још једном присетимо генезе теорија кривице, несумњиво је да су прво настале психолошке теорије према којима кривица има чист психолошки супстрат дефинисан преко свести и

тивна концепција за вината“, *Зборник радова Правног факултета у Загребу и Зборник радова Правног факултета „Јустинијан Први“ у Скопју, посвећен проф. др. Ф. Бачићу*, Загреб-Скопје 2007, 165–166.

¹⁹ Тако, П. Новоселец, 195.

²⁰ Тако, З. Стојановић, (2007), 155–156.

воље учиниоца, а потом, нормативне теорије, према којима се нормативни супстрат кривице огледа у прекору заснованом на свести о противправности. Дате теорије су се потом, интегрисале у виду мешовитих, психолошко-нормативних теорија кривице које у суштини повезују психолошки супстрат и суд о невредности дела, прекор. Сходно томе, условно речено, на једној, психолошкој „страни“ кривице као сложене/комплексне категорије налазе се урачуљивост, умишљај и нехат, а на другој, нормативној „страни“ је суд о невредности дела. Међутим суд о невредности дела по природи ствари увек са собом носи, подразумева и свој основ, претпоставку, а то је свест о противправности. Дакле, на нормативној страни овог комплексног појма кривице осим суда о невредности дела налази се и свест о противправности. При томе, ако би се у оквиру комплексног појма кривице свест о противправности посматрала као примарно психолошка категорија, као сегмент материјалног супстрата кривице, то би практично значило модификовање изворног психолошко-нормативног схватања појма кривице, јер се свест о противправности према овом гледишту из нормативног пребацује у психолошки супстрат. При томе, није сувишно нагласити да овакав начин приступа проблему никако не значи давање предности психолошким теоријама кривице, на рачун нормативних теорија, већ сасвим оправдано, квалитативно обогаћење психолошког супстрата на основу кога се прекор упућује. Истина, на овај начин прекор као нормативна категорија губи своју непосредну/изворну нормативну претпоставку, али истовремено, што је по нашем мишљењу и далеко значајније, добија „нову“ психолошку, квалитативно сложенију претпоставку.

Према томе, стојимо на становишту да третирање свести о противправности као нормативне категорије у суштини представља „само“ изворну примену психолошко-нормативне теорије кривице, односно пуко спајање психолошких и нормативних теорија кривице, док став, коме овде дајемо предност, према коме је свест о противправности примарно психолошка категорија, подразумева не само спајање ових теорија, већ и њихово прогресивно интегративно модификовање које је остварено на тај начин што се свест о противправности садржински интегрише у психолошки супстрат и тиме тај супстрат престаје да буде вредносно неутралан и етички безбојан, односно добија „своју“ примарну „дозу“ нормативности, а која се потом у својој потпуности (тоталитету) остварује кроз сам суд о невредности дела којим учинилац крши норму и суд о његовом односу према тој норми и добру које та норма штити, једном речју, кроз прекор који се упућује учиниоцу кривичног дела.

Сходно свему наведеном сматрамо да је у оквирима мешовитих, психолошко-нормативних теорија кривице сасвим основано тре-

тирати свест о противправности као примарно психолошку категорију, тј. као психолошки елемент кривице, који заједно са урачунљивошћу и умишљајем односно нехатом чини њен психолошки супстрат на коме се заснива суд о невредности дела.

Nataša Delić, PhD

Assistant Professor

University of Belgrade Faculty of Law

A SENSE OF PROHIBITION OF THE ACT AS A CONSTITUTIONAL ELEMENT OF GUILTINESS

Summary

Till the ratification of Criminal Code of Republic of Serbia the materially-formal general notion of criminal offence as well as psychical theories of guilt were accepted, according to which the culpability comes up to only a psychical attitude of perpetrator to a felony and is been defined according to his sense/aware and volition. The implication of this concept was the legal decision according to which legal error did not have any influence to existence of guilt and criminal offence/criminal act but only symbolized optional ground for lenient or divestiture from the punish. The Criminal Code of Republic Serbia in accordance to a modern inheritance of criminal legal theory adopts formal concept of general notion of criminal offence and guilt defines in the line with miscellaneous, psychological-normative theories of guilt, according to which the guilt reflects psychical relation of perpetrator to offence for which purpose the lecture might be consigned to him. It is stipulated by the article 22. of the Criminal Code of Republic of Serbia the guiltiness is a complex category which consists of competence, intention and negligence and a sense of prohibition of the act. In the piece of the work the author firstly explains the way of sense of prohibition of the act become an element guiltiness by analyzing psychological, normative and psychological-normative theories of guiltiness and subsequently analyzes particular matters relating to a content and legal nature of sense of prohibition of the act. At the end of the work, the author briefly specifies the conclusions which the gained during the analysis of particular aspects of this extremely complex contention.

Key words: *Criminal offence. – Guilt/culpability. – Theories of guilt. – A sense of prohibition of the act. – Legal error.*