

Мр Иван Ђокић*

О ДОБРОВОЉНОСТИ ОДУСТАНКА ОД ИЗВРШЕЊА КРИВИЧНОГ ДЕЛА

Законодавац предвиђа могућност ослобођења од казне за учиниоца који у фази покушаја добровољно одустане од довршења кривичног дела. Иако за обе форме одустанка (у фази недовршеног и довршеног покушаја) важе различите објективне претпоставке, основни субјективни услов је на исти начин одређен као добровољност одустанка. У нашој ранијој литератури и судској пракси овај услов је доста строго обојен психолошким садржајем и негиран увек када учинилац одлуку о одустанку није формирао искључиво на основу унутрашњих мотива. Осим психолошких теорија, у немачкој доктрини развијен је и нормативни појам добровољности, који ову субјективну претпоставку процењује полазећи од вредновања мотива за одустанак. Упркос томе што је Кривични законик прецизније него наше пређашње законодавство обликовао правну фигуру добровољног одустанка, и даље остаје недовољно разјашњено основно питање када се одустанак може сматрати добровољним. У раду се разматрају основни теоријски ставови посвећени овој проблематици и предлаже један еластичнији практични приступ.

Кључне речи: *Одустанак. Добровољност. Психолошке теорије. Нормативне теорије. Апсолутне и релативне сметње.*

1. УВОД

Кривично дело може остати недовршено и вољом самог учиниоца. Док код покушаја биће кривичног дела није у потпуности остварено независно од субјективне усмерености учиниоца, централна је карактеристика института добровољног одустанка да се учинилац повлачи, упркос могућности да и у случају промењених околности

* Аутор је асистент Правног факултета Универзитета у Београду, djokic@ius.bg.ac.rs

без већих потешкоћа оствари своју одлуку, и дело добровољно задржава у фази покушаја. За добровољни одустанак од извршења кривичног дела¹ Кривични законик² предвиђа могућност ослобођења од казне. Ипак, неће сваки вољни одустанак од криминалне активности представљати основ за могуће привилеговање учиниоца. Само одустанак који је добровољан утире пут учиниоцу за повратак на терен права. Услов добровољности је централни нормативни захтев правне фигуре добровољног одустанка. Док је појам одустанка у КЗ јасно означен као прекид даљег предузимања радње извршења (у ситуацији недовршеног покушаја) или спречавање наступања последице (у позицији довршеног покушаја), значење појма добровољности у КЗ није позитивно одређено, али је (за разлику од нашег ранијег кривичног законодавства) полазиште за његово прецизирање садржано у чл. 32, ст. 2 КЗ. Овај услов представља најчешће дискутовану тему и питање око кога се плету најшире расправе у кривичноправној литератури у материји добровољног одустанка. И као у већини случајева који кривичноправну догматику стављају пред изазов предлагања прихватљивог објашњења, ни у овом подручју не постоји јединствен став о томе када и под којим условима одустанак треба сматрати добровољним.

2. РАЗЛИЧИТА СХВАТАЊА ПОЈМА ДОБРОВОЉНОСТИ У НАУЦИ КРИВИЧНОГ ПРАВА

У нашој ранијој литератури доминира рестриктиван појам добровољности. Према овом схватању одустанак од извршења кривичног дела је добровољан ако је резултат искључиво унутрашњих мотива и слободне воље учиниоца. Било каква, пре свега спољна сметња, негира добровољност.³ То је учење у складу са класич-

¹ У нашој литератури се, што је последица прихватања немачке терминологије (*Rücktritt vom Versuch*), говори о одустанку од покушаја кривичног дела (вид. Јанко Таховић, *Кривично право. Општи део*, Београд 1961, 252), иако је суштински исправније говорити о одустанку од довршења кривичног дела. Учиниоца који добровољно одустаје увек се налази у фази покушаја, тако да његовим повратком на терен права покушај не бива негиран – учинилац одустаје од своје првобитне негативно обојене усмерености ка довршењу дела.

² Кривични законик КЗ, *Службени гласник РС*, бр. 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13 и 108/14.

³ Вид. Никола Срзентић, Александар Стајић, Љубиша Лазаревић, *Кривично право. Општи део*, Београд 2000, 162. У том смислу и пресуда Врховног суда Србије Кж. 1160/99 од 5. јула 2001. у којој се констатује да добровољност постоји само уколико је учинилац одлуку о одустанку донео сам, под утицајем унутрашњих мотива, а не под утицајем спољних околности, односно да било која спољна околност која искључује несметано довршење дела негира и добровољност. Вид. Илија Симић,

ним приступом старије немачке науке кривичног права.⁴ Тако, већ Лист (*Liszt*) сматра да „одустанак не сме бити заснован на спољним приликама већ на слободној одлуци виновника“.⁵ У истом смислу и Живановић тврди: „Одустанак је драговољан, кад се је извршила слободно одлучио на одустанак, а не под утицајем спољних околности“.⁶ „Сматра се да је одлука учиниоца слободна кад је донета без икаквог утицаја споља, кад је учинилац донео одлуку због својих унутрашњих побуда које код њега нису биле подстакнуте каквим непосредним спољним догађајем. Тачније речено, добровољни одустанак постоји кад учинилац ради слободно, а не нужно“.⁷ То је схватање преуско⁸ и представља израз психолошких теорија добровољности. У свом чистом виду, када се негира добровољност у

Збирка судских одлука из кривичноправне материје. Четврта књига, Београд 2002, 17 18.

⁴ За утврђивање добровољности раније се најчешће користила тзв. Франкова формула. Према овој формули одустанак је добровољан само ако је заснован на аутономном мотиву, тј. када учинилац себи каже: *нећу довршити дело, иако бих могао*, док је у свим другим случајевима одустанак недобровољан, тј. учинилац полази од следећег: *не могу да довршим дело, иако бих хтео*. Albin Eser, u: Adolf Schönke, Horst Schröder, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München 2001, 437; Claus Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, München 2003, 618; Johannes Wessels, Werner Beulke, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, Heidelberg 2011, 253. Ова формула данас углавном није у употреби, јер у случају недобровољног одустанка учинилац полази од тога да дело не може да изврши, па самим тим није ни могуће одовршења дела одустати. Учинилац је у извршењу кривичног дела спречен. Немачка кривичноправна литература овакве случајеве сматра тзв. промашеним (неуспешним) покушајем (*fehlgeschlagener Versuch*) који од самог старта искључује могућност (добровољног) одустанка. Urs Kindhäuser, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Baden Baden 2011, 262. Ова формула је и пре широка, јер иако у појединим случајевима постоји могућност довршења дела, учинилац практично нема други избор осим да се повуче, тако да не поступа добровољно. Вид. А. Eser, 437. Осим тога, Франкова формула је предмет критике и због тога што не нуди целовито решење, јер се пре свега односи на ситуацију недовршене покушаја. У позицији довршеног покушаја, уколико се полазиште пронађе у субјективним теоријама покушаја, учинилац себи не поставља то питање. Ако је учинилац предузео све што је према његовом плану неопходно за довршење дела, онда се ту више не може говорити о околностима које онемогућавају остварење дела. Вид. Владо Камбовски, „Субјективна страна одустанка од извршења кривичног дела. Појам добровољности“, *Југословенска ревија за криминологију и кривично право*, Београд 2/1975, 248 249.

⁵ Франц вон Лист, *Немачко кривично право*, превод: Миленко Веснић, Београд 1902, 237.

⁶ Тома Живановић, *Основи Кривичног права. Општи део*, Београд 1922, 276.

⁷ Моша Пијаде (редактор), *Коментар Општег дела Кривичног законика*, Београд 1948, 90.

⁸ Чињеница је да „у пракси до одустанка најчешће долази због тога што је мотив за одустајање створен и изазван неком спољном околношћу за коју учинилац сазнаје тек у току извршења кривичног дела“. Зоран Стојановић, „Одустанак

случају било каквих спољних препрека за извршење кривичног дела, ова концепција битно ограничава примену института добровољног одустанка. Претпоставку добровољности ова теоријска оријентација види у свести учиниоца о могућности довршења кривичног дела, а основ у слободној вољи учиниоца, која се исцрпљује у могућности избора између прекидања извршења и довршења кривичног дела.⁹ Психолошко одређење добровољности овај услов препознаје само у случају када учинилац одлучује да прекине кажњиво понашање без утицаја некакве околности која би вршила притисак на његову психу. Одустанак би стога био недобровољан када околности случаја на учиниоца врше такав душевни притисак да њему ништа друго не преостаје, него да одустане.¹⁰ Другим речима, „последича овог класичног става је елиминисање добровољности у свим случајевима када свест о могућности довршења бива блокирана свешћу о постојању стварних или замишљених препрека за довршење дела“.¹¹ Иако ово схватање омогућује релативно једноставно утврђивање добровољности, оно практично не даје задовољавајуће резултате, јер доводи до слабије примене института добровољног одустанка, с обзиром на то да су ретке прилике у којима учинилац при неизмењеним спољним околностима и потпуно независно од спољних утицаја доноси одлуку да се врати на терен права. Због тога је психолошко учење добило нову, ублажену варијанту, према којој добровољност не потиरे аутоматски свака спољна препрека, већ само она која знатно отежава довршење дела. Овај вид психолошке теорије налаже да се у сваком конкретном случају процени степен спречавајућег утицаја с једне и свести и воље да се одустане с друге стране, те предност дати преовлађујућем елементу.¹² У том смеру се креће став немачке судске праксе, која добровољност одређује на основу психолошког критеријума: учинилац добровољно одустаје од дела када је и поред одређених препрека још увек *господар својих одлука (Herr seiner Entschlüsse)*, док добровољности нема када постоји неки основ због кога учинилац неизбежно мора дићи руке од свог подухвата.¹³ Осим психолошких, постоје у немачкој литератури нарочито заступљене нормативне теорије добровољности. Према овим теоријама, које се појављују у бројним варијантама, питање добровољности не зависи од психичког стања учиниоца, већ од вредносног суда о његовом

од извршења кривичног дела и питање добровољности“, *Правни живот*, Београд 1/1978, 24.

⁹ Ивана Симовић Хибер, *Добровољни одустанак у кривичном праву*, докторска дисертација, Београд 1987, 334.

¹⁰ С. Roxin (2003), 591.

¹¹ И. Симовић Хибер, 336.

¹² *Ibid*, 340.

¹³ U. Kindhäuser, 261; Thomas Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München 2011, 219.

понашању и процене мотива за одустанак. Одустанак је добровољан само онда када се појављује као израз учиниочевог промењеног става и његовог унутрашњег дистанцирања од дела,¹⁴ због чега се такав преокрет показује као повратак на терен законитог понашања (повратак у легалност).¹⁵ Ово схватање у ствари полази од нормативне оцене учиниочевог понашања из угла кривичноправног дејства института добровољног одустанка, тј. процене да ли учинилац због свог става да се при постојећим околностима повуче заслужује предвиђену привилегију некажњивости.¹⁶ У том смислу, добровољним се сматра онај одустанак који заслужује законску привилегију.¹⁷ „Ова заслуженост се процењује тако што се полази од мотива одустанка, али се, за разлику од психолошке теорије, процена не врши преко мерења њиховог притиска на одлуку, већ садржински, одређивањем квалитета мотива за одустанак“.¹⁸

Настојања кривичноправне мисли да се појам добровољности ближе одреди обележен је сучељавањем ових различитих концепција, иако се резултати до којих воде обе теорије не разилазе у чистим, неспорним примерима. С једне стране, несумњиво је потврђена добровољност уколико учинилац при непромењеним (спољним) околностима (или њиховој промени у његову корист) услед унутрашњег моралног преокрета одустаје од довршења кривичног дела, независно од тога да ли је критеријум слобода његовог одлучивања или заслуженост привилеговања кроз искључење кажњивости због позитивно вреднованог мотива за повратак на тло права. С друге стране, препрека која представља несавладиву сметњу за довршење криминалног плана (апсолутна сметња) искључује одустанак, па се самим тим не може говорити ни о добровољности.¹⁹ Обе концепције воде истом резултату и у случајевима од великог практичног значаја, тј. онда када је ризик остварења дела веома висок. На пример, учинилац одустаје због тога што примећује да остварење дела неко посматра, те у случају довршења дела може да рачуна са сигурним и скорим хапшењем. Психолошка теорија негира добровољност тако што тврди да се учинилац нашао у једној психолошки принудној ситуацији и

¹⁴ *Ibid*, 220.

¹⁵ Helmut Fuchs, *Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Grundlagen und Lehre von der Straftat*, Wien New York 2002, 254; C. Roxin (2003), 591.

¹⁶ Günter Stratenwerth, Lothar Kuhlen, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat*, München 2011, 215.

¹⁷ То је схватање у југословенској литератури заступао Камбовски. Према мишљењу овог аутора, појам добровољности је нормативни појам, тј. апостериоран суд о томе да ли понашање учиниоца који одустаје од извршења кривичног дела доводи до отпадања циљева казне. В. Камбовски, 258.

¹⁸ И. Симовић Хибер, 343.

¹⁹ Вид. В. Камбовски, 257-258.

практично нема други избор, осим да се повуче пре довршења дела. Нормативне теорије такође одбијају потврду добровољности зато што се одустанак не заснива на покретању унутрашњег механизма који доводи до моралног преокрета и потирања криминалне воље, већ се учинилац само прилагођава деликтној ситуацији, због чега не заслужује привилеговање кроз некажњавање.²⁰ Практични значај супротних мишљења постоји пре свега у оним констелацијама у којима долази до различитих резултата.²¹

У савременој немачкој литератури питање добровољности се углавном решава на основу појмовног разликовања аутономних и хетерономних мотива. Добровољан је одустанак који је резултат аутономије одлучивања учиниоца, тј. који није подстакнут неким несавладивим препрекама.²² Одлука је аутономна када представља израз самоопредељења учиниоца,²³ тј. аутономни су они мотиви који покрећу учиниоца да одустане од криминалне активности иако је свестан да дело може довршити без значајно повећаног ризика. При томе није неопходно да мотив одустанка буде искључиво унутрашње природе, пошто и спољне околности које представљају сметњу довршењу дела не искључују увек добровољност одустанка.²⁴ Када повод за одустанак долази пре свега споља (нпр. наговарање од стране пасивног субјекта) одлучујуће је само да упркос том упливу учинилац и даље остаје у позицији *господара своје одлуке*, у смислу да у остварењу дела не буде спречен.²⁵ Напротив, одустанак није добровољан када проследи из неких хетерономних основа, тј. препрека које су независне од воље учиниоца и које су или несавладиве или су такве да стање ствари битно мењају на његову штету.²⁶ Извршилац такве сметње није укључио у свој план, тј. он на њих није рачунао, а сматра их неприхватљивим због повећаног ризика коме га излажу.²⁷ Хетерономна је дакле одлука на коју је учинилац приморан околностима на које нема утицај, тако да могуће довршење дела с обзиром на с њим повезане потешкоће учиниоцу једноставно не изгледа разумно.²⁸ Учиниоца који прекине даље предузимање радње

²⁰ С. Roxin (2003), 591.

²¹ Вид. *ibid.*, 591 594.

²² Georg Freund, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*, Berlin Heidelberg 2009, 358; J. Wessels, W. Beulke, 253.

²³ U. Kindhäuser, 262.

²⁴ Kristian Kühl, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München 2008, 493 494; H. Fuchs, 254.

²⁵ J. Wessels, W. Beulke, 253.

²⁶ A. Eser, 437.

²⁷ J. Wessels, W. Beulke, 254; вид. G. Stratenwerth, L. Kuhlen, 215.

²⁸ U. Kindhäuser, 262.

извршења (довршење дела) због високе цене коју би морао да плати за деликт, не заслужује за свој одустанак никакву награду.²⁹ У погледу овог субјективног елемента не сме се стога радити о ситуацији у којој је учинилац спречен да дело оствари, услед неких спољних препрека или унутрашњег притиска, због чега је онемогућен да слободно донесе одлуку.³⁰ При томе су за процену од значаја све околности појединог случаја.³¹ Тако, неће сваки страх учиниоца да ће његово дело бити откривено уколико настави са даљим предузимањем радње извршења имати за последицу недобровољности одустанка. Ипак, услов добровољности неће бити испуњен када учинилац одустаје услед озбиљно повећане опасности од откривања.³² Према томе, не одустаје добровољно од покушаја силовања учинилац кога, мимо његовог очекивања, пасивни субјект препознаје, због чега се он уплаши од готово извесног кривичног прогона.³³

²⁹ G. Stratenwerth, L. Kuhlen, 216.

³⁰ K. Kühl, 494.

³¹ J. Wessels, W. Beulke, 254. Критикујући психолошко одређивање појма добровољности, Роксин (*Roxin*) се одлучује за једну нормативну варијанту, која треба да буде путоказ у решавању овог сложеног питања када је реч о релативним сметњама за довршење дела. Тако, овај аутор сматра да уколико је учинилац примећен и поред тога што је свестан да би дело могао довршити али одустаје, јер је извесно да ће уследити кривична пријава и кажњавање, или када се насупрот првобитном очекивању покаже да неопходни издаци у труду, времену и сл. остају испод достижене користи, одустанак није добровољан. Учиниоца у таквом случају не мења своју одлуку, већ се на разуман начин прилагођава промењеним околностима. Његово понашање не представља повратак у легалност, већ учинилац чини оно што би и најупорнији учинилац предузео у датој ситуацији. Роксин ову проблематику конкретизује кроз учење о злочиначком расуђивању. Ово учење (*die Lehre von der Verbrechervernunft*) полази од расуђивања једног разумног учиниоца, који хладнокрвно процењује ризик и шансе остварења конкретног злочиначког плана. Учиниоца који с обзиром на промењене околности које знатно повећавају ризик одустаје (нпр. због тога што је при покушају откривен), поступа у складу са правилима злочиначког заната на разуман начин, али се такво одустајање неће сматрати добровољним. Одустанак ће бити добровољан једино ако се противи правилима злочиначког расуђивања. На пример, учинилац који одустаје од довршења дела без конкретног повода услед изненадног и јаког страха поступа неразумно у односу на мерила своје професије (јер се један типичан учинилац без основа не би уплашио). Стога је одустанак добровољан и правни поредак награђује одступање од норми разумног учиниоца. С. Roxin (2003), 599-600.

³² U. Kindhäuser, 261.

³³ J. Wessels, W. Beulke, 254. У примеру из наше судске праксе закључено је да нема добровољног одустанка када окривљени одустане од радње извршења кривичног дела силовања, јер је оштећена викала, па се уплашио да ће је неко од комшија чути и доћи у његов стан. Александар Трешњев, *Збирка судских одлука из кривичноправне материје. Девета књига*, Београд 2013, 25.

3. ПОЈАМ ДОБРОВОЉНОСТИ У КЗ

КЗ, иако служећи се техником негативног дефинисања, решењем из чл. 32, ст. 2 пружа полазни основ за утврђивање појма добровољности. Према овој одредби правна фигура добровољног одустанка се неће применити уколико учинилац кривично дело није довршио због околности које онемогућавају или знатно отежавају извршење кривичног дела, или због тога што је сматрао да такве околности постоје. Осим што је истакнуто да добровољног одустанка нема у случају да нека околност представља несавладиву препреку за довршење дела због које се учинилац повлачи са свог криминалног пута, тзв. апсолутна спољна сметња,³⁴ што је потпуно неспорно у науци и пракси,³⁵ ова одредба полази од тога да тзв. релативне сметње могу имати различито дејство у односу на субјективну страну одустанка. Најпре, добровољност неће бити искључена у случају да су препреке лако савладиве и учиниоца у промени свог плана не излажу превеликом ризику, док супротно томе, овај услов није испуњен уколико је учиниочево даље настављање криминалним путем битно отежано. При томе је нормативно изражен и неспоран став да се утврђивање добровољности темељи на ставу учиниоца у погледу могућности довршења дела.³⁶ Учинилац који у погрешном уверењу сматра да дело не може да доврши, јер му се на том путу испречила околност коју мисли да не може да савлада или због које би морао да се изложи превеликом ризику, који није вољан да прихвати, не одустаје добровољно.³⁷ То другим речима значи да добровољност постоји само онда када учинилац сматра да дело може

³⁴ Могло би се тврдити да је, када је реч о околностима које онемогућавају извршење дела, искључен већ одустанак, тако да се до проблема добровољности уопште не долази, пошто је учинилац услед наиласка на неку несавладиву препреку заправо спречен да дело доврши. Вид. Knut Amelung, „Zur Theorie der Freiwilligkeit eines strafbefreienden Rücktritts vom Versuch“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2/2008, 225 226. Наиме, учинилац може *одустати* само од оне радње коју би могао да настави или он у заблуди сматра да би је могао спровести. Уколико учинилац услед непремостиве сметње извршење дела није могао остварити, или он то погрешно сматра, а није имао ни алтернативну радњу, његово повлачење се не може сматрати одустанком. Напротив, његов покушај је промашен и по правилу кажњив.

³⁵ „Када окривљени разбије стакло на излогу киоска па, видевши да се иза стакла налази заштитни лим који није имао чиме да пробije, одустане од даљег извршења кривичног дела, не ради се о добровољном одустанку, већ о кривичном делу тешке крађе у покушају“. И. Симић, 18.

³⁶ Вид. А. Eser, 437.

³⁷ Као што заблуда о стварној околности која представља битно обележје за конског бића потиरे умишљај, тј. делује у корист учиниоца, тако и погрешна свест о томе да дело није могуће довршити (или да је то битно теже) искључује одустанак (или добровољност), односно делује против учиниоца.

да доврши, чак иако незнатно одступи од очекиваног тока извршења. „Постоји добровољни одустанак кад је учинилац прекинуо извршење радње кривичног дела иако је могао до краја да је изведе“.³⁸ С обзиром на пресудну улогу субјективног става учиниоца, радиће се о добровољном одустанку и у случају да је објективно посматрано дело немогуће довршити, ако учинилац прекида криминалну активност а иначе држи да не мора да савлада никакве озбиљне препреке. „За добровољни одустанак је релевантно оно што је учинилац држао за стварно, а не оно што је објективно постојало“.³⁹

За испуњеност субјективног елемента добровољног одустанка потребно је да учинилац одлуку о одустанку донесе под утицајем унутрашњих мотива или под утицајем неких спољних околности које ипак не представљају озбиљну сметњу за довршење кривичног дела.⁴⁰ „Могло би се рећи да је одустанак добровољан када је одлуку о томе учинилац донео свесно и вољно, упркос уверењу да започето дело може довршити“.⁴¹ Према преовлађујућем схватању у нашој и иностраној теорији није од значаја морални квалитет мотива за одустанак, тј. и одустанак који је потакнут етички негативно вреднованим разлогом сматраће се добровољним,⁴² с обзиром на то да добровољни одустанак није морални, већ пре свега психолошки појам.⁴³ „Главна је, да учинилац није био спречен никаквим спољним околностима, које би се нормално могле сматрати као принуда на одустанак“.⁴⁴ Иако је то питање у нашој ранијој теорији занемарено, не треба искључити могућност да и нека унутрашња сметња која потиче од самог учиниоца представља брану његовом слободном одлучивању, услед чега би била поништена добровољност одустанка.⁴⁵ „Тако, учинилац може одустати због изненадне физичке слабости или акутног напада неке болести, или зато што му од узбуђења толико дрхте руке да не може да предузме радњу извршења која захтева одређену пре-

³⁸ Ј. Таховић, 253.

³⁹ Зоран Стојановић, *Кривично право. Општи део*, Београд 2014, 231.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ Љубиша Лазаревић, *Коментар Кривичног законика*, Београд 2006, 115; упор. Jürgen Baumann, Ulrich Weber, Wolfgang Mitsch, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bielefeld 2003, 635.

⁴² Вид. *Објашњења уз Нацрт Кривичног законика ФНРЈ*, Београд 1951, 93 94; К. Kühl, 494; J. Wessels, W. Beulke, 253; U. Kindhäuser, 261.

⁴³ Petar Novoselec, *Opći dio Kaznenog prava*, Zagreb 2007, 314.

⁴⁴ Миодраг Аћимовић, *Кривично право. Општи део*, Суботица 1937, 68.

⁴⁵ Вид. А. Eser, 437; Т. Fischer, 221. Ово учава Камбовски говорећи о унутрашњим импулсима који могу достићи такав степен да се учиниоцу дело чини неостваривим. В. Камбовски, 248. У истом тону и Стојановић; вид. З. Стојановић (1978), 29.

цизност, што искључује његову добровољност⁴⁶. Могући су дакле и случајеви у којима је учинилац и без промене спољних околности из неког унутрашњег узрока физички неспособан да дело доврши (нпр. при покушају силовања учинилац у одлучујућем моменту постаје импотентан). Немачка литература, вођена једноставном логиком да учинилац не одустаје од нечега што и не може (није у стању) да доврши, овакве случајеве подводи под конструкцију тзв. промашеног (неуспешног) покушаја, при чему је (добровољни) одустанак од самог старта искључен.⁴⁷ Међутим, постоје и гранични случајеви где се мора водити рачуна о узајамном деловању психе и физичких способности учиниоца. Не би било добровољности уколико је учинилац услед наступа паничног страха физички ометен у извршењу кривичног дела.⁴⁸ Али, када је телесна неспособност само последица једног унутрашњег преокрета, одустанак (према нормативном мерилу) остаје добровољан. Ко под притиском савести доживи нервни слом и такође физички није у стању да настави криминалну активност, одустаје добровољно.⁴⁹ Не би требало да буде спорно да је и унутрашњи подстицај који није споља изазван а не утиче на способност учиниоца да дело доврши знак добровољности. Управо су то и најјаснији случајеви добровољног одустанка. Учиниоца и без промене спољних околности ревидира своју одлуку, због стида за додад учињено, сажаљења према пасивном субјекту итд. Мотив може бити и етички индиферентан, нпр. учинилац одустаје зато што му је недостајало одлучности у пресудном моменту, без спољног утицаја обузео га је страх или је изгубио интерес да дело доврши.⁵⁰

Такође, одустанак није недобровољан када је учинилац одустао на основу спољних околности које у складу са законским словом знатно не отежавају довршење дела, тј. које су лако савладиве и ризик од неуспеха или ризик кажњавања уопште не повећавају или само незнатно повећавају. „У таквим ситуацијама за оцену да ли је одустајање добровољно треба утврдити што је у конкретном случају имало претежни утицај на одлуку учиниоца да одустане од дела, да ли унутрашње снаге самог учиниоца или спољне сметње“.⁵¹ Уопштено се може рећи да одустанак није добровољан када се учинилац услед промењених спољних околности налази пред ситуацијом да

⁴⁶ З. Стојановић (2014), 232.

⁴⁷ С. Roxin (2003), 602.

⁴⁸ З. Стојановић (2014), 232.

⁴⁹ С. Roxin (2003), 602.

⁵⁰ *Ibid*, 602; вид. З. Стојановић (2014), 232.

⁵¹ Фрањо Бачић, *Коментар Кривичног закона Социјалистичке Федеративне Републике Југославије*, редактор: Никола Срзентић, Београд 1978, 112; вид. Зоран Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, Београд 2012, 168.

на основу свог плана на разуман начин нема другог избора осим да одустане,⁵² тј. када учинилац више није господар своје одлуке. Уколико је извршење дела теже него што је првобитно очекивано, одустанак је још увек добровољан ако ризик није значајно увећан. На пример, ако учинилац открије алармни уређај који би он захваљујући свом познавању технике без муке могао ставити ван дејства, он још увек може добровољно одустати.⁵³ Добровољност није искључена ни у случају да учиниоца на одустанак убеди пасивни субјект или подстицај долази од неког другог лица. Страх учиниоца, изазван променом спољних околности које битно отежавају довршење дела негира добровољност. Тако, не одустаје добровољно учинилац који приликом извршења дела примети полицајца који се изненада појавио, услед чега би довршење дела било могуће, али повезано са превисоким ризиком, који се на разуман начин не може прихватити.⁵⁴ Није редак случај да учинилац одустаје због неочекивано снажног отпора пасивног субјекта, или позива у помоћ.⁵⁵ Упркос томе што учинилац сматра да дело може довршити уз употребу јачег интензитета принуде, ризик да при томе оствари дело које у себи садржи снажније изражен степен неправда, на који учинилац не пристаје, указује на недобровољност одустанка.⁵⁶ Када је ризик за учиниоца висок и када се одустанак (посматран и из позиције објективног посматрача) сматра разумним решењем, тј. када је адекватан ситуацији (нпр. ризик од неуспеха и хапшења је знатно повећан), одустанак није добровољан. Другачије је ако се ради о слабом отпору пасивног субјекта који се може лако савладати или ако позив у помоћ долази из затвореног простора или усамљеног краја. Уколико учинилац при таквим околностима одустане, добровољност је потврђена.⁵⁷ Такође, нема добровољности када учинилац одустаје зато што је отпао његов мотив,⁵⁸ тј. „јер је увидео да му довршење дела неће донети оно што је очекивао, тако да је дело за њега изгубило смисао“.⁵⁹ На пример, учинилац „одустаје“ због тога што објект радње не одговара његовом

⁵² C. Roxin (2003), 610.

⁵³ *Ibid*, 604.

⁵⁴ *Ibid*.

⁵⁵ У пресуди Апелационог суда у Новом Саду (Кж. 1 бр. 2236/13 од 16. априла 2014) истакнуто је да одустанак мора да буде резултат учиниоцевог добровољног опредељења а не последица пруженог отпора оштећене при покушају силовања. *Билтен судске праксе Вишег суда у Новом Саду*, Нови Сад 5/2014, 91-92.

⁵⁶ Вид. U. Kindhäuser, 262.

⁵⁷ C. Roxin (2003), 604-605.

⁵⁸ A. Eser, 438; T. Fischer, 219.

⁵⁹ Ф. Бачић, 111; вид. Љ. Лазаревић, 116. Тако, нема добровољног одустанка „када окривљени обије кућу, уђе у њу, изврши преметачину, па пошто није ништа нашао од вредних ствари, напусти лице места“. И. Симић, 19.

очекивању. У том контексту, добровољност се често расправља код покушаја крађе. Према једном ставу, учинилац који нема у виду тачно одређену ствар и наилази на мали плен, одустаје добровољно ако дело не доврши. Уколико учинилац није наишао на очекивану ствар онда од дела и не може одустати.⁶⁰

Нарочит проблем у материји добровољности представља чињеница да било која формула која претендује да јединствено важи за све случајеве наилази на потешкоће услед различитих критеријума одустанка у позицији недовршеног и довршеног покушаја. Учиниочева свест о могућности довршења дела као основни предуслов има у виду превасходно учиниоца који још увек није окончао радњу извршења. Учинилац који према плану извршења обуставља своју делатност, јер никакав даљи међукорак не сматра потребним за довршење дела, ту свест исцрпљује већ у тренутку када окончава своју радњу, па се у том виду више и не може говорити о околностима које онемогућавају или знатно отежавају довршење дела, него о околностима које би биле препрека да се наступање последице спречи. Од учиниоца у фази довршеног покушаја се не очекује само један унутрашњи преврат, већ и позитивна акција која се састоји у спречавању последице, наравно само у оним случајевима када је то због природе дела и конкретних околности иначе могуће.⁶¹ Добровољност се у том случају процењује кроз лупу околности које се појављују након предузимања радње извршења. Ту је јасно да добровољност постоји ако је учинилац из потпуно унутрашњих мотива донео одлуку да спречи наступање последице. Али, утицај спољних околности може имати различит утицај на његову слободу одлучивања. Учинилац који касно открије да је извршење дела неко посматрао, па због тога одлучује да отклони последицу не поступа добровољно. Важно је и питање како третирати утицај неке друге особе на учиниоца. Требало би прихватити да у случају непромењених објективних околности учинилац добровољно одустаје ако на молбу пасивног субјекта или на наговор неког другог лица спречи наступање последице. Али, како решити случајеве у којима одлука учиниоца није потпуно слободна. Учинилац кога неко други ком-

⁶⁰ К. Kühl, 495. У нашој литератури се ово разликовање по правилу не чини и постоји схватање да је одустанак добровољан и када се учинилац разочарао у погледу вредности ствари коју је хтео украсти. Вид. *Објашњења уз Нацрт Кривичног законика ФНРЈ*, 94.

⁶¹ Не може добровољно одустати учинилац коме на располагању стоји само један метак и који пуца у лице које хоће да усмрти па промаши, а иначе због удаљености није у фактичкој могућности да свој план изведе до краја на неки други начин. Али, у често навођеном примеру у литератури, за учиниоца који непливача баца у воду хотећи да га усмрти још увек постоји шанса да добровољно одустане, уколико спречи његово утапање.

пулзивном силом принуди да спречи наступање последице свакако не поступа добровољно. Но, да ли је неопходно да учиниочева одлука буде потпуно слободна или добровољност неће поништити ни евентуални блажи психички притисак на њега у смеру спречавања последице. Ако се пође од става да упућивање претње учиниоцу има исто дејство као и употреба (компулзивне) силе, не би требало искључити добровољност у свакој ситуацији у којој постоји некакав утицај на одлуку учиниоца. У том смислу, и реч коју прати заповеднички тон, уколико се учиниоцу не ставља у изглед неко зло, којом се на учиниоца утиче да спречи наступање последице, а која битно не напада његову слободу одлучивања, не би требало да говори против добровољности.⁶²

4. ЗАКЉУЧАК

Сукоб психолошких и нормативних теорија мора се решити у корист једне мешовите теорије, која полази од тога да је за потврду добровољности кључно стање свести извршиоца и (не)слобода његовог одлучивања о коначном исходу забрањене делатности, али коју прати нормативни коректив, пошто је увек реч о вредносном

⁶² У једном случају из хрватске судске праксе заузет је став да допринос спречавању последице који је уследио на заповест друге особе поништава добровољност. Пример је био инспиративан и чувеном немачком кривичару Роксини који је критиковао такав став суда. У конкретном случају се радило о учиниоцу који је у стању битно смањене урачунљивости повредио своју бившу девојку, која је у присуству своје пријатељице покушала да му помогне док је пијан лежао на земљи. Након што је ножем посекао по врату, изазвавши снажно крварење, њена пријатељица му је наредила израженим заповедничким тоном да седне у њен аутомобил и притисне мајицу на рану, како би спречио обилније крварење, док се она муњевито упутила у најближу болницу. Учиниоца је све време држао мајицу и захваљујући брзој и успешној интервенцији његовој бившој девојци је спасен живот. Иако је првостепени суд препознао добровољност у учиниоцевом понашању, жалбени суд је пошао од претпоставке да одлука учиниоца мора бити резултат његовог свесног и слободног самоопредељења, што у светлу конкретних околности није био случај, јер је учиниоца радњу учинио у стању пијанства и готово аутоматски. Према ставу Роксина другостепени суд је погрешно негирао добровољност, јер утицај на учиниоца није био такав да је он аутоматски извршио заповест која му је упућена. У прилогу томе говори и претходна агресивност учиниоца и одбијање пружене помоћи. У њему се након што је постао свестан учињеног десио преокрет и он је хтео да допринесе спасавању живота своје девојке. Иако је постојао утицај на његову слободу одлучивања, она није била потпуно искључена. Спољне околности искључују добровољност само ако би и без учиниоцевог доприноса спречиле последицу или уколико знатно повећавају ризик откривања и кажњавања. У овом случају учиниоца више није хтео смрт своје бивше девојке, а то је знак добровољности. Claus Roxin, „Dragovoljni odustanak od dovršenog pokušaja usprkos znatno smanjenoj ubrojivosti i samo nezatnom doprinosu otklanjanju posljedice?“, превод: Petar Novoselec, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Zagreb 1/2008, 3-5.

суду, тј. вредновању учиниоцевог понашања у светлу свих конкретних околности.⁶³ Једно чисто психолошко значење појма добровољности не пружа задовољавајући одговор у свим случајевима. У примеру плашљивог и непромишљеног учиниоца који одустаје наилазећи већ на прву препреку на коју није рачунао и који уопште и не помишља да ли дело може довршити,⁶⁴ добровољност се не може потврдити као психолошка чињеница уколико се крене од уобичајеног полазишта – става учиниоца у односу на могућност довршења дела. У учиниоцевој свести се нису осликали изгледи у односу на успешан завршетак започетог криминалног плана. Добровољност се при таквом стању ствари мора утврђивати и као нормативна категорија,⁶⁵ што значи да је то истовремено и вредносни суд о испуњености субјективних законских претпоставки које одређују облике фигуре из чл. 32 КЗ.⁶⁶

Потешкоће приликом утврђивања добровољности могу се избећи уколико се прихвати предлог да се овај услов потпуно напусти⁶⁷ и законски појам правне фигуре из чл. 32 КЗ другачије обликује. Уместо супротстављеног појмовног пара добровољан – недобровољан, могло би се унети разликовање између вољног оду-

⁶³ Вид. И. Симовић Хибер, 345 346. Према ставу одређених аутора, једно чисто психолошко обојено решење није ни практично ни разумно. Чињеница да учиниоца у даљем извођењу радње извршења (или довршења дела) нису спречиле неке спољне околности није довољна да се потврди добровољност ако одустанак не представља израз учиниоцевог повратка на колосек права. Практични значај овог ограничења видљив је пре свега у ситуацијама у којима учинилац одустаје од једног дела, само да би извршио друго, које му из било ког разлога изгледа важније (нпр. зато што обећава већу корист). G. Stratenwerth, L. Kuhlen, 215 216. Чак и чисто психолошко схватање добровољности ипак не може да избегне нормативни елемент, макар се он свео на то да је реч о суду о нечијем понашању и процени његовог квалитета с обзиром на одређено мерило.

⁶⁴ Вид. В. Камбовски, 250.

⁶⁵ Али не из перспективе (не)заслужене награде како је то схваћено у немачкој науци кривичног права, што је уосталом последица и другачијег нормативног решења. Квалитет мотива услед којих је учинилац одлучио да дело не доврши не треба да игра улогу критеријума за утврђивање појма добровољности, јер правно извире на површину тек у стадијуму одмеравања казне, када треба одлучити да ли учинилац за свој повратак на пут законитог понашања заслужије награду у виду ослобођења од казне. Прихватање мерила нормативног учења развијеног у немачкој доктрини значило би да закључак о добровољности одустанка увек треба да буде праћен ослобођењем од казне, што би се противило законском дејству института добровољног одустанка у нашем кривичном праву.

⁶⁶ Уосталом, неспорно је да се проблем негативне субјективне усмерености не решава искључиво кроз унутрашњи однос учиниоца, већ и кроз суд о томе може ли се учиниоцу упутити прекор због тога што се одлучио за неправу, па се повлачењем паралеле с одлуком о кривци може закључити да и позитивна субјективна усмереност која није јасно видљива треба да буде праћена судом о похвали учиниоца који се због активирања унутрашњих механизма враћа на терен права.

⁶⁷ Тако З. Стојановић (1978), 34 38.

станка и спречености учиниоца да дело доврши. Пошто чин одустанка увек представља вољом управљену радњу, без обзира на то што на вољу могу утицати разне околности, одустанак би увек морао бити вољан, али не и добровољан. Према овом решењу одустанак би био искључен једино услед дејства неких околности које потпуно искључују вољу учиниоца (или њено реализовање) „и тако онемогућују довршење кривичног дела у конкретној ситуацији“.⁶⁸ На тај начин би јасно била повучена граница између свесног и вољног одустанка и ситуације у којој је учинилац услед дејства неких околности спречен да дело доврши. Изостављање добровољности не би правило никакве сметње ни у позицији довршеног покушаја, јер би учинилац могао одустати упркос томе што је довршио радњу извршења, ако спречи наступање последице за коју је извесно да би иначе наступила.⁶⁹ У складу са тим, утврђивање одустанка било би знатно једноставније, али проширивање поља његове примене не би нужно морало да ослаби генерално превентивно дејство закона, јер би од разлога због којих је учинилац одустао зависило да ли га треба ослободити од казне или не. Карактер околности услед којих учинилац одустаје од довршења дела не би утицао на постојање одустанка, већ би то имало значаја за поступак одмеравања казне. Следствено, само би апсолутне сметње искључивале одустанак, док би и релативне препреке значиле да одустанак постоји, само што се та околност не би тумачила у корист учиниоца, јер не би заслужио привилегију ослобођења од казне.⁷⁰

Уколико се ипак остане при постојећем решењу, нема разлога да се у пракси, која је прилично уздржана у односу на примену института добровољног одустанка, а у складу са у науци владајућим учењем, заузме флексибилнији став у односу на питање добровољности, с обзиром на то да привилегија на плану одмеравања казне учиниоцу који је добровољно одустао од довршења дела није гарантована, за разлику од решења у страном кривичном праву према коме институт добровољног одустанка искључује кажњивост,⁷¹ па и опредељивање за добровољност аутоматски значи награду учиниоцу, који ће због тога што је савладао своју злочиначку вољу остати некажњен. Због

⁶⁸ *Ibid*, 35.

⁶⁹ *Ibid*, 35-36.

⁷⁰ *Ibid*, 38.

⁷¹ Правно дејство добровољног одустанка у немачком (§ 24 StGB) и аустријском (§ 16 StGB) кривичном праву је знатно јаче него у српском кривичном праву, где се и у случају да суд учиниоца ослободи од казне доноси осуђујућа пре суда, док решење из немачког и аустријског КЗ полази од негирања кривичног дела. Према преовлађујућем схватању добровољни одустанак се сматра личним основом ништења казне (*persönlicher Strafaufhebungsgrund*). Бићу одговарајуће неправо и кривица остају нетакнути, али се из криминалнополитичких разлога не кажњава за покушај. Н. Fuchs, 246; Т. Fischer, 227.

тога би и у пракси требало прихватити схватање добровољности које је доминантно у науци кривичног права, а које је и нормативно изражено у чл. 32, ст. 2 КЗ и поћи од тога да сметње које знатно не отежавају довршење дела не искључују добровољност. Потврда добровољности не подразумева обавезу да се учинилац награди ослобођењем од казне, тако да нема оправдања да се у духу нормативних теорија одрекне постојање добровољног одустанка само због тога што се сматра да учинилац не заслужује да буде ослобођен од казне.

Ivan Đokić, LL.M

Lecturer

University of Belgrade Faculty of Law

ON VOLUNTARINESS OF THE WITHDRAWAL FROM THE COMMITMENT OF THE CRIMINAL OFFENCE

Summary

Serbian Criminal Code (CC) provides in art. 32 that offender who voluntary withdraws from an attempted offence can be released from punishment. CC distinguishes between two different types of attempt, unfinished and finished attempt. For both types CC prescribes that withdrawal must be voluntary. In earlier theory the distinction between voluntariness and involuntariness was made on the basis of the so-called Frank's Formula (the withdrawal is voluntary if the perpetrator says: I don't wish to complete the offence if I could, whereas it will be involuntary if he thinks: I cannot complete the offence if I wanted to). This theory has been abandoned in the modern criminal law doctrine. The requirement of voluntariness is usually interpreted according to psychological and normative approach. According to art. 32 (2) CC there is no voluntariness if it is impossible for the offender to commit the offence or if there are some obstacles which make significantly difficult the commitment of the criminal offence. Serbian jurisprudence holds a restrictive approach to the requirement of voluntariness despite the fact that CC unlike the law of some other countries doesn't prescribe that withdrawal leads to a full acquittal from the charge based on the attempted offence.

Key words: *Withdrawal. – Voluntariness. – Psychological theories. – Normative theories. – Absolute and relative obstacles.*