

Др Ивана МАРКОВИЋ*

ЕВЕНТУАЛНИ УМИШЉАЈ И РАЗГРАНИЧЕЊЕ СА СВЕСНИМ НЕХАТОМ

Централна тема рада је садржај евентуалног умишљаја, пре свега у светлу његовог разграничења са свесним нехатом, од којег се разликује по елементу воље, док је елемент свести исти. То питање је важно због тога што последице те демаркације, догматски и криминалнополитички, непосредно и посредно, вишеструко утичу на правну квалификацију дела, висину изречене казне и, уопште, на (не)кажњивост одређеног понашања.

Након уводног објашњења тог значаја, анализирани су најпре бројне теорије и схватања о могућим начинима разграничења (интелектуалне и волунтативне теорије, теорије ризика) и посебно је указано на њихове предности и недостатке. У другом делу је потом проверено да ли би нека од тих теорија, самостално или у комбинацији са сегментима других теорија, могла да се примени на решење у српском законодавству које, за разлику од других, законски дефинише евентуални умишљај и свесни нехат, али и даље нема сасвим адекватан и заокружен критеријум њиховог разграничења.

Кључне речи: *Евентуални умишљај. – Свесни нехат. – Пристанак. – Теорије. – Кривични законик Србије.*

* Доцент, Правни факултет, Универзитет у Београду, Србија, *ivana.markovic@ius.bg.ac.rs*.

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Кривични законик Србије¹ садржи дефиниције сва четири облика кривице.² Тако евентуални умишљај (*dolus eventualis*)³ постоји када је учинилац био свестан да може да учини дело, па је на то пристао (чл. 25). Слабије изражена оба елемента, и интелектуални (*свест о могућности*) и вољни (*пристанак*), не чине компликованим његово разликовање од директног умишљаја, где је учинилац био *свестан свог дела* и *хтео* његово извршење (чл. 25). Штавише, постојање намере у законском опису бића указује на то да је реч о директном умишљају.⁴

Исто тако је међусобно разликовање блиских облика кривице с друге стране спектрума, свесног и несвесног нехата, релативно јасно. Код несвесног нехата се непостојање психолошке везе (*учинилац није био свестан да својом радњом може учинити дело*) надомешћује појачаном нормативном копчом (*иако је, према околностима под којима је оно учињено и према својим личним својствима, био дужан и могао бити свестан те могућности*, чл. 26).⁵ Свесни нехат, с друге стране, садржи и елемент свести (*учинилац је свестан да својом радњом може учинити дело*) и елемент воље (*али је олако држао да до тога неће доћи или да ће то моћи да спречи*, чл. 26).

Видимо да ободи кривице нису спорни. Проблем настаје у средишту, на линији разликовања евентуалног умишљаја и свесног нехата, с обзиром на то да је елемент свести код оба облика кривице истоветан (*свест о могућности*). Управо је то разграничење, које је још Велцл (*Welzel*) означио као „једно од најтежих и најспорнијих питања

¹ Кривични законик – КЗ, *Службени гласник РС* 85/2005, 88/2005 – испр., 107/2005 – испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016, 35/2019.

² Умишљај и нехат су не само облици већ и елементи кривице, и то од посебне важности. Први разлог је то што дају суштински печат кривици, а други то што се остали елементи (урачунљивост и противправност) претпостављају, па је у највећем броју случајева утврђивањем умишљаја и нехата потврђено и постојање кривице (Делић 2009, 64).

³ Израз „евентуални умишљај“ се заправо нигде у КЗ експлицитно не помиње, као ни називи остала три облика кривице. Помињу се само речи „умишљај“ и „нехат“, без ближих одредница.

⁴ Немачко право у комбинацији умишљај + намера препознаје највиши, засебни степен кривице – *dolus directus* првог степена.

⁵ Код несвесног нехата ће се пре поставити питање разграничења са случајем, али је оно свакако мање спорно од разграничења евентуални умишљај – свесни нехат.

кривичног права“ ([1969] 2010, 69) изузетно битно, и то из неколико разлога. Најпре, умишљај је тежи облик кривице и као такав повлачи са собом по правилу и строжу казну.⁶ Постоје кривична дела која се могу вршити само умишљајно, од којих нека само са директним умишљајем (попут кривичног дела принуде, чл. 135 КЗ), а нека изузетно само са евентуалним умишљајем (нпр. несавесно пружање лекарске помоћи, чл. 251 ст. 1). Но, правило је да је код већине умишљајних кривичних дела довољан евентуални умишљај (Вуковић 2022, 211). Умишљај је иначе уобичајен облик кривице у законском опису већине кривичних дела сходно чл. 22 ст. 1, док се нехат изричито предвиђа у законском опису кривичних дела (чл. 22 ст. 2) и самим тим се ређе и среће.⁷ Можемо рећи да је умишљај правило, а нехат (изричито прописан) изузетак. Зато је важно тачно утврдити облик кривице. Од тог одређења ће неретко зависити да ли постоји кривично дело или не.

Осим тих директних последица, значај разликовања (евентуалног) умишљаја и (свесног) нехата може бити и посредан. То се везује за поједине институте кривичног права, попут могућности ублажавања казне за нехатно изазвану опасност у ситуацији крајње нужде (чл. 20 ст. 3); условну осуду, где је један од услова за изрицање те код нас најчешће изрицане кривичне санкције протек више од пет година од правноснажности осуде којом је учиниоцу изречена казна затвора или условна осуда за умишљајно кривично дело (чл. 66 ст. 3). Још значајнији је за поврат (чл. 55), вишеструки поврат (чл. 55а), посебан основ за ослобођење од казне (чл. 58 ст. 2) и продужено кривично дело (јединствени умишљај као варијабилни елемент, чл. 6. ст. 1 и 5), а помиње се и код места извршења (покушаног) кривичног дела (чл. 17 ст. 2). На крају, осим код једне варијанте саизвршилаштва, код свих осталих облика саучесништва меродавна кривица је само она умишљајна (чл. 33–35),⁸ док је кривичноправно релевантан само онај

⁶ Кривично право артикулише одговарајућа социјално-етичка вредновања тако што се умишљајном и нехатном учиниоцу упућује прекор различите тежине (Делић 2008, 172). Примера ради, док је за умишљајни, основни облик кривичног дела промене породичног стања из члана 192 КЗ предвиђена казна затвора у трајању од шест месеци до пет година (ст. 1) или од једне до десет година за тежи, умишљајни облик (ст. 3), дотле је за нехатни облик (ст. 4) тог истог дела запрећена казна затвора до три месеца.

⁷ Свега 14% кривичних дела из српског КЗ поседује (и) нехатни облик.

⁸ Наравно, не морају да постоје исти облици умишљаја у истом делу, то јест могуће је да један учинилац поступа са евентуалним, а други са директним умишљајем. Пресуда Вишег суда у Чачку, К. 45/2010 (2) од 18. априла 2011, *Paragraf Lex*.

покушај који је такође умишљајан (чл. 30 ст. 1). Другим речима, базични институти кривичног права почивају на умишљају и посредно такође могу да зависе од овог разграничења.

Наравно, не постоји такав однос на основу којег би се због недоказаности једног облика кривице могло аутоматски закључити да постоји онај други облик кривице.⁹ Само непостојање евентуалног умишљаја не значи да постоји свесни нехат, и обрнуто.¹⁰ Сваки елемент кривичног дела мора да се докаже, па тако и кривица као његов субјективни део.¹¹ При томе, постојање облика кривице треба утврдити као извесно, а не као вероватно.¹²

⁹ У том смислу и Рисимовић 2008, 99; Стојановић 2020а, 142; Ђокић 2005, 369.

¹⁰ Тако се у једној одлуци Врховног суда Србије истиче да „изрека пресуде (...) мора да садржи описно облик виности у виду евентуалног умишљаја, а не истовремено и опис свесног нехата за исте радње окривљеног.“ Пресуда Врховног суда Србије, Кж. 281/01 од 12. јуна 2001, *Ing-Pro*.

У другој одлуци је истакнуто да је учињена битна повреда одредаба кривичног поступка јер је изрека пресуде неразумљива и нејасна, а и противречна сама себи, јер „првостепени суд истовремено у изреци утврђује да је окривљени основни облик кривичног дела учинио и са евентуалним умишљајем, а такође и свесним нехатом ‘олако држећи да до угрожавања саобраћаја и смрти неког лица неће доћи’“. Решење Врховног суда Србије Кж. 2186/07, од 24. децембра 2007, *Ing-Pro*.

¹¹ То потврђује и наша судска пракса: „Изрека пресуде мора садржати јасан опис облика виности за који се окривљени оглашава кривим, као и опис околности од којих зависи оцена тог облика виности, те уколико је оптужени оглашен кривим да је на забрањену последицу пристао (евентуални умишљај), чињенични опис мора садржати и опис околности из којих се може оценити да ли постоји наведени облик виности.“ Пресуда Апелационог суда у Нишу, Кж. 231/2014 од 29. априла 2015, *Paragraf Lex*.

„Неразумљивост изреке пресуде се огледа у томе што у истој недостаје опис умишљаја окривљеног, без кога имајући у виду одредбе чл. 14 ст. 1 и чл. 22 ст. 1 и чл. 25 КЗ-а нема кривичног дела. Изреком пресуде окривљени је оглашен кривим да је предметно кривично дело извршио са евентуалним умишљајем, али изрека не садржи као битно обележје кривичног дела облик виности који се изражава кроз опис субјективног односа учиниоца према последици кривичног дела.“ Пресуда Основног суда у Чачку, К 445/19 од 6. марта 2020. и решење Вишег суда у Чачку, Кж 91/20 од 5. августа 2020, *Ing-Pro*.

„Првостепени суд је учинио битну повреду одредаба кривичног поступка јер није дао јасне разлоге на основу којих закључује да је окривљени у односу на основно дело угрожавања јавног саобраћаја поступао са евентуалним умишљајем, па ће првостепени суд у поновном поступку у погледу виности окривљеног утврдити да ли је окривљени у датој саобраћајној ситуацији поступао неопрезно и недовољно пажљиво (свесни нехат), или је пак свесно, очигледно и грубо прекршио наведене законске прописе и услед тога довео

2. ТЕОРИЈСКА СХВАТАЊА

Питање разграничења евентуалног умишљаја и свесног нехата једна је од основних кривичноправних дилема, тако да се развио велики број схватања у кривичноправној доктрини.¹³ Она су се до сада грубо делила на когнитивне и волунтативне теорије, а као трећа група се могу издвојити и теорије ризика.

2.1. Когнитивне теорије

Теорије које су се историјски прве развиле јесу когнитивне теорије. Њима је заједничко то што кривицу заснивају искључиво на елементу свести. Следствено томе, лакоислено незнање, односно непостојање свести и потискивање опасности по живот не доводе до евентуалног умишљаја (Ruppenthal 2017, 227). Тим теоријама је заједничко и што признају постојање вољног елемента, али он нема значаја за утврђивање кривице (Sinn 2018, 875).

2.1.1. Теорија могућности/теорија представе

Најмање захтевна је теорија могућности (*Möglichkeitstheorie*). Према њој, за постојање евентуалног умишљаја неопходно је (само) да учинилац препозна конкретну могућност наступања последице и да

у опасност живот и тело људи (евентуални умишљај).“ Решење Апелационог суда у Београду, Кж1 бр. 873/17 од 9. октобра 2017, *Ing-Pro*. У тој одлуци није ни истакнут вољни елемент евентуалног умишљаја.

¹² Пресуда Окружног суда у Ваљеву, К. бр. 62/98 од 16. новембра 1998, *Ing-Pro*.

¹³ Она су посебно развијена у немачкој науци, услед незаокруженог појма кривице из њиховог Кривичног законика (StGB), у којем се тек уопштено говори о томе да је кажњиво само умишљајно поступање, уколико законом није изричито предвиђена казна и за нехатно поступање (§ 15 StGB). Издвајање знања (*Wissen*) и хтења (*Wollen*) дошло је касније и изводи се посредно из одредбе о стварној заблуди (§ 16 StGB). Због непостојања законске дефиниције евентуалног умишљаја, немачка догматика је имала много простора за развијање когнитивних теорија (Papageorgiou-Gonatas 2006, 265). О питању разграничења евентуалног умишљаја и свесног нехата тамо се расправља на нивоу предвиђености у закону, што међутим не утиче на општи карактер дискусије и на могућност сагледавања из угла других кривичних законодавстава, доктрина и пракси.

остане при предузимању радње. Шредер (*Schröder*), који је ту теорију развио после Другог светског рата, нешто детаљније је описује као ситуацију у којој учинилац предвиђа могућу последицу свог делања и када алтернативу која проистиче из тога – а то је да једноставно не дела више, одбија као опцију и ипак предузима радњу (1949, 232). Реч је, дакле, о предузимању радње са представом да би правно добро могло да буде повређено или уништено (*Schröder* 1949, 243). Отуда се она, ређе додуше, назива још и теорија представе (*Vorstellungstheorie*). Некакав волунтативни елемент се не захтева; интелектуална компонента је довољна.

Стављање у шири контекст теорије могућности, међутим, доводи и до првих критика. Из те теорије избија схватање, може се рећи и очекивање, да пука представа о могућности наступања последице треба да одврати учиниоца од даљег предузимања радње и да уверење да последица неће наступити уједно негира могућност наступања последице (*Roxin* 2006, 455). Учиниоца који је уверен да последица неће наступити, то јест који се узда у њено ненаступање или могућност њеног наступања сматра минималном, иако то објективно не одговара стварним околностима, нема праву представу као такву те неће одговарати за умишљај већ за нехат (*Ruppenthal* 2017, 228). Управо то уздање у ненаступање последице је заправо формулација која би била блиска поимању свесног нехата, али се овде приписује евентуалном умишљају, и то преко когнитивне, а не волунтативне линије. Тиме граница умишљаја толико клизи у поље нехата да заправо брише постојање свесног нехата (*Jescheck, Weigend* 1996, 302) или, како је Шредер концизно закључио: „Сваки нехат је несвесни нехат“ (1949, 245).

Шмитхојзер (*Schmidhäuser*) такође одбацује вољни елемент, те умишљај повезује са актуелном свешћу о могућности наступања последице. Уколико је та свест несигурна, постојаће евентуални умишљај (*Schmidhäuser* 1980, 249). Ако је испрва постојећа свест потом потиснуо, постојаће „наизглед свесни нехат“ (*Schmidhäuser* 1980, 250). То значи да је он најпре помислио на (апстрактну) могућност наступања последице, али је у кључном моменту (мисли се на тренутак извршења кривичног дела) у својој свести одбацио конкретну могућност, ма колико то деловало неразумно. Насупрот томе стоји несвесни нехат, код ког учинилац ни у једном моменту није помислио на могућност. Пошто код „наизглед свесног нехата“ он на крају ипак не мисли на (конкретну) могућност наступања последице, док она апстрактна није меродавна, третираће се суштински као несвесни нехат, чиме и овде долазимо до негације свесног нехата као код Шре-

дера. Тој варијанти теорије могућности се додатно приговара због увођења фикције механизма потискивања (Kürper 1988, 761), која итекако има примесе воље, односно која може да се схвати и као више од тога – као њен сурогат (Ruppenthal 2017, 230, 231).¹⁴ Потискивање би можда могло да се прихвати ако се угрожавају сопствена добра јер учинилац ту често бриге о последицама оставља по страни и удаје се у добар исход.¹⁵ Узмимо као пример опасно претицање у саобраћају, где ће пре постојати прецењивање сопствених способности (уздање у сопствене способности избегавања удеса) и/или потцењивање спољних околности (потискивање да би удес могао да се догоди) него што ће постојати пристанак на последицу. Но, ако су очигледно угрожена туђа добра, онда је ту већ донета одлука против тог туђег правног добра (Ruppenthal 2017, 230) и учинилац не може да „побегне“ у потискивање и самим тим у нехат. Ако ловац са велике удаљености пуца, при чему је свестан да постоји петопроцентна вероватноћа да погоди лице Г, одговараће као умишљајни учинилац уколико је био наклоњен томе да то лице лиши живота. Ако је, пак, хтео да погоди дивљач, а лакомислено није озбиљно схватио да може да погоди и лице Г, уздајући се у то да је шанса од пет посто сувише ниска, постојао би нехат. Роксин (*Roxin*) овде критикује недоследност, јер код истог степена свести, који је чак изражен у процентима, а без узимања у обзир волунтаристичког елемента, у једном случају имамо евентуални умишљај, а у другом случају свесни нехат (2006, 456).

2.1.2. Теорија вероватноће

Код теорије вероватноће (*Wahrscheinlichkeitstheorie*) ради се о препознавању вероватноће наступања последице, при чему је већински (дакле, не и једини) став да „вероватно“ значи „више од пуке могућности и мање од претежне вероватноће“ (Mayer 1953, 250). Роксин у томе види варијанту теорије представе (2006, 457) јер се заснива на представи учиниоца о вероватноћи.

Природа ове процене вероватноће, сâма срж теорије дакле, уједно је и оно што је спорно. Уколико се та процена вероватноће схвати као квантитативни појам, онда она као таква може стално да се мења, са све бољим увидом ситуације, односно она би са све вишим

¹⁴ Пупе (*Puppe*) говори о сурогату воље који је начелно независан од садржаја спознаје учиниоца о врсти и опсегу опасности (Puppe 2006, 65).

¹⁵ Овде видимо сличности са дефиницијом свесног нехата у нашем праву.

нивоом свести ишла нагоре, тиме у правцу умишљаја или обратно, када се вероватноћа смањује, тако да не може да се повуче стриктна линија разграничења између умишљаја и нехата само на основу овог критеријума (Purpe 1991, 32).

Пупе (*Purpe*), додуше, признаје да су заговорници те теорије одабрали заправо компаративни, а не квантитативни појам („учинилац наступање последице сматра вероватнијим од ненаступања последице“), али она и од компаративног израза очекује да се прецизира, а то може да се учини само конкретним бројкама. Тиме се враћамо на приговор који се тиче суштински квантитативног карактера те његове већ описане неупотребљивости (Ruppenthal 2017, 231). Осим тога, критеријум остаје неодређен јер „препознавање“ вероватноће може да се креће у широком дијапазону од обичне вероватноће или претежне вероватноће до високе вероватноће и извесности, па тако тешко да може да буде правно верификован (Вуковић 2022, 212).¹⁶ Обична могућност („више од пуке могућности“) не долази у обзир; тада би се радило о минималистичкој теорији могућности.

2.2. Волунтативне теорије

Насупрот когнитивним учењима, волунтативне теорије у фокус разграничења умишљаја и нехата стављају вољу. Постоји велики број схватања која спадају у ту групу, с тим што један део њих не достиже задовољавајући ниво кохерентности, преклапа се са другим схватањима или полази од сувише специфичних поставки чији се исходи као такви не могу нужно генерализовати.¹⁷ На овом месту ћемо стога представити схватања која се догматски и практично сматрају најважнијим.

¹⁶ Вуковић такође примећује да се такво поимање евентуалног умишљаја коси са схватањем директног умишљаја, за који је у случају намерног поступања довољна и најмања вероватноћа остварења циља (Вуковић 2022, 213, 214).

¹⁷ Тако, рецимо, Кауфманова (*Kaufmann*) теорија о избегавајућој вољи (*Theorie des Vermeidewillens*), која полази од финалног појма радње. Kaufmann 1958, 64. Треба поменути још теорију инхибицијског граничника – теорију психолошке баријере (*Hemmschwellentheorie*), која се односи само на крвне деликте (Purpe 2014, 67).

2.2.1. Теорија одобравања

Према теорији одобравања (*Billigungstheorie*),¹⁸ која је уједно владајуће схватање¹⁹ у немачкој судској пракси, *dolus eventualis* постоји када је учинилац наступање последице препознао као могуће и као не толико далеко и када је то уз одобравање узео у обзир (*billigend in Kauf nehmen*) (Fischer 2015, 122; Nefendehl 2021, 203). Појам одобравања (*billigen*) као такав има позитиван призвук; он упућује на то да је учиниоцу наступање последице пријатно, да му се радује (Müller 1980, 2392). Пупе у томе чује нешто мање позитивну конотацију, сматрајући да се овде не ради о неком слабијем хтењу или жељењу, већ да је то израз гесла да последица „сме да наступи овде и сада“ (Puppe 2018, 394).

Евентуални умишљај и свесни нехат разграничавају се на основу Франкове формуле: „Како би се понашао учинилац да је оно што му је деловало као могуће замислио као извесно? Ако би се закључило да би и код одређеног знања делао, онда треба потврдити умишљај; у супротном ће се радити само о нехату.“ Другим речима, облик кривице на тој међи зависиће од одговора на питање да ли би учинилац наставио са својом радњом да је знао да ће наступити последица. Ако је одговор потврдан, говоримо о (евентуалном) умишљају. Учиниоца себи каже: „Шта год да се деси, у сваком случају ћу делати.“ („Како год!“) Ако је одговор одричан, ако би се уздржао од своје радње, то ће бити (свесни) нехат. Ту учинилац себи каже: „Да сам то знао, не бих делао.“ („Ма биће све у реду! Ма неће ваљда!“) Иако је та формула, постављена још 1890. године, распрострањена, није успела да оповргне главну критику која јој је упућена: да је то хипотетичко питање, на које није увек могуће са сигурношћу одговорити.²⁰ При томе ће прагматични окривљени у својој одбрани (где није дужан да говори истину) редовно тврдити да не би наставио/предузео радњу да је знао да ће наступити последица.²¹

¹⁸ Ређе се још може срести назив *Einwilligungstheorie*, што би значило теорија пристанка. Међутим, пристанак (саглашавање) и одобравање нису идентични појмови да би се овде употребили алтернативно, тим пре што немачка судска пракса користи израз *billigen* (одобрити).

¹⁹ Говорећи о томе да та теорија представља класично и владајуће схватање, Филипс (Philipps) додаје да је она то изгледа упркос томе што је још од њеног настанка почетком прошлог века била „изложена непрестаној корозији кроз судску праксу и науку“ (Philipps 1973, 28).

²⁰ Срзентић, Стајић и Лазаревић (2000, 216) сматрају да се то скоро уопште не може утврдити.

²¹ Стојановић овде говори о двоструко хипотетичком питању: у погледу тога шта би учинилац урадио да је знао да ће последица сигурно наступити и да ће у неким случајевима (чак и *post factum*) бити у дилеми шта би учинио

Према новијим схватањима, међутим, „одобравати“ не значи „поздрављати“ или „сматрати прикладним“, већ га треба схватити у правном смислу. Ту би се убрајала и једна сама по себи нежељена последица – ако се учинилац ради одређеног циља са тиме помирио (*sich abfinden*) или је принуђен да то прихвати (*hinnehmen*).²² На то се односе и два често цитирана примера из судске праксе: случај вашарске стрељање (*Lacmann'scher Schießbudenfall*)²³ и случај кожног каиша (*Lederriemenfall*).²⁴ Њима се придружује најсвежији и због учесталости те врсте илегалног надметања вишеструко значајан случај берлинске ауто-трке (*Berliner Raserfall*).²⁵

(Стојановић 2020а, 150). Чини нам се да би одговарајући правни савет браниоца и уопште изгледи успешне одбране навели учиниоца да одговори одрично на питање које поставља Франк (дакле, тврдио би да не би предузео радњу да је био сигуран у наступање последице). Даље, иако неодлучност није исто што и равнодушност, у овом случају би се могла тумачити на тај начин. Резултат би напослетку био исти.

²² BGH *Neue Juristische Wochenschrift* 2020, 2902.

²³ Учиниоца се кладио да ће погодити стаклену куглу која се налазила у руци девојке у вашарској стрељани, а да је притом не повреди. Ако би је погодио, планирао је да баца пушку и да се изгуби у маси људи. Пуцао је и метак је погодио девојчину руку (Lacmann 1911, 159). То је свакако нежељена последица за учиниоца (тима губи опкладу), али ју је ипак у правном смислу одобрио. Он је, наиме, урачунао могућност неуспеха (сâm је рекао да би тада побегао у гужви), али је вера у успех опкладе у њему просто превагнула над ризиком од неуспеха (Hefendehl 2021, 210).

²⁴ Лица К. и Ј. су хтела да опљачкају лице М. Да би га спречили да им пружи отпор, планирали су да га даве кожним каишем док се не онесвести, да би га везали и одузели му ствари. Испрва су одустали од плана када су увидели да би лице М. тако могло да изгуби живот, што је за њих било изразито непожељно. Решили су да га уместо тога ударе у главу џаком пуњеним песком и да га тако онесвесте. То су и учинили, али је том приликом џак пукао. Уследило је гуркање, а онда су К. и Ј. ипак узела кожни каиш који су за сваки случај понели са собом, обавила га око врата М. и повукла све док се М. више није померао. Након неког времена, К. и Ј. су се забринули да би М. могао да буде мртав. Покушали су да га реанимирају, али у томе нису успели. Савезни суд Немачке је најпре потврдио дотадашњу судску праксу да су познавање (свест) о могућим последицама неког поступања и одобравање тих последица две самосталне претпоставке евентуалног умишљаја. Није довољно да учинилац само предвиди остварење дела као могуће; томе мора да се придружи волунтативни елемент. Одобравање последице, међутим, не треба схватити у буквалном, већ у правном смислу. Осећања учиниоца у том погледу нису битна; наступање последице не мора да буде нешто што је учинилац желео.

²⁵ Једна од најпознатијих берлинских улица *Kurfürstendamm* (отуда алтернативни назив за овај случај – *Kudamm-Raserfall*, LG Berlin, Urteil vom 27.02.2017, 251 Js 52/16 (8/16)) место је учесталих, нелегалних ауто-трка, што због њене дужине и праве путање, што због централне локације и тиме ефектности надметања пред (случајном) публиком. Двојица учесника једне такве

Уз синтагму „одобравајуће узимање у обзир“, судови повремено користе израз „саглашавање“ (*einverstanden sein*).²⁶ Увид у новију судску праксу показује да тај појам заслужује предност у односу на појам одобравање, који са своје стране садржи истакнутији (позитивнији) вредносни суд (Hefendehl 2021, 203).²⁷ Пошто се такав позитиван однос према новијем схватању не захтева, тим пре би евентуални умишљај постојао у случају равнодушности.²⁸ Постојаће „само“ свесни нехат уколико учинилац не одобрава могуће остварење законског описа кривичног дела и ако се озбиљно и не само неодређено узда у то да последица неће наступити.²⁹ Вера у такав исход не сме да се заснива само на пукој нади него мора да има и чињеничну основицу.³⁰

2.2.2. Теорија равнодушности

Енгиш (*Engisch*) је први који је појам равнодушности концепцијски прикључио евентуалном умишљају (1964, 186). Тај облик кривичне ће постојати када учинилац поздравља могуће лоше пропратне последице радње или их равнодушно прихвата, али не и када те последице сматра непожељним и сходно томе се нада да ће оне изостати (Engisch 1955, 1689). При томе, сâм Енгиш очигледно разликује „равнодушност“ (у смислу одсуства значаја) и „потпуну индиферентност“, односно „релативну“ и „апсолутну“ равнодушност (Parageorgiou-Gonatas 2006, 269).

Према модернијим верзијама теорије равнодушности (*Gleichgültigkeitstheorie*), евентуални умишљај настаје када учинилац сматра да је остварење дела могуће и када то узима у обзир из свесне равнодушности према заштићеном правном добру (Sternberg-Lieben, Schuster 2010, § 15, Rn. 84). Иако он није начисто са тиме да ће доћи до тога, могућност да ће остварити законски опис, то јест да ће проузроковати забрањену последицу, не утиче на њега да одустане већ он упркос томе (наставља да) дела, чиме доказује да се определио против правног добра

илегалне трке осуђена су 2017. године за тешко убиство у саизвршилаштву на доживотне казне затвора, пошто су изазвали удес и смрт трећег возача. Случај је постао познат пре свега због утврђивања *dolus eventualis*-а.

²⁶ BGH *Goldtammer's Archiv* 1979, 106.

²⁷ Слично и Хасемер (*Hassemer*), који истиче да вољни елемент евентуалног умишљаја „није једна позитивна морална одлука о сопственој радњи; дакле, није одобравање (*billigen*)“ (Hassemer 1989, 297).

²⁸ У том смислу и Jakobs 2010, 306; Wessels, Beulke, Satzger 2016, 103.

²⁹ BGH *Neue Juristische Wochenschrift* 2020, 2902.

³⁰ BGH *BeckRS* 2021, 5149.

(Sternberg-Lieben, Schuster 2010, § 15, Rn. 84). Тиме долазимо до нечега што је Енгиш још раније описао: равнодушност као душевно стање одређено је у негативном смислу као непостојање отпора према могућој повреди правног добра (Engisch 1964, 191).

То схватање је утолико корисно зато што у равнодушности види сигурну индицију за то да се учинилац помирио са последицом, па самим тим и да поступа умишљајно (Roxin 2006, 454). Међутим, супротно се не може закључити, то јест да би искорак из равнодушности у правцу пуке нежељености последице морало да искључи умишљај (Ruppenthal 2017, 216). Разлог је управо то што учиниоцу више није свеједно за нежељену последицу; она је сада добила јасан негативни предзнак – последица није жељена.

Недостатак тог учења је ослањање на поверење, односно на наду да ће последица изостати. Овде се одмах могу препознати обриси свесног нехата, тако да би се прихватањем те теорије поље свесног нехата проширило на уштрб евентуалног умишљаја. Међутим, учинилац се не може само на основу наде ослободити последица свог поступања, а које је претходно свесно укалкулисао (Roxin 2006, 454). На овом примеру се види колико је појам наде кривичноправно „неухватљив“, тим пре што се не би могао на задовољавајући, правно прецизан начин подвести под вољу као сегмент кривице.³¹ У том смислу је Роксин у праву када примећује да је „одлучујуће за шта или против чега се неко одлучује када треба да се определи, а не са којом жељом и надом се то чини“ (Roxin 2006, 454).

Ни сврставање теорије равнодушности у волунтативне теорије није сасвим неспорно. Наводи се да заиста постоји волунтативни елемент, али да се равнодушност учиниоца поистовећује са безобзирношћу те се на тај начин заправо утврђује невредност мисли, односно унутрашњег држања учиниоца (*Gesinnungsunwert*) (Esskandari, Schmitt 1998, 3).

³¹ Ренгијер (*Rengier*) истиче да је нада осећање, а не манифестација воље која би се захтевала за умишљај те тиме индиректно критикује зависност утврђивања умишљаја од емоција. Rengier 2022, 108. Посматрајући поједине трендове данашњице, међу којима се издваја (пре)наглашавање емоција, па тако и у сфери кривичног права и криминалне политике, може се замислити да би та теорија могла да наиђе на добар одјек. Тим пре што се сфера права и сфера емоција дотичу и прожимају (Марковић, Здравковић 2020, 176).

2.2.3. Теорија схватања озбиљно

Специфичан назив теорије – „схватање озбиљно“ (*Ernstnahmetheorie*) развио се у склопу терминолошких парова из расправе о облицима кривице. Тако имамо комбинацију „помирити се са нечим“ (*Sich-Abfinden mit*) и „уздати се у нешто, надати се нечему“ (*Vertrauen auf*), као и познатији и препознатљивији пар „лакомисленост“ (*Leichtsinnigkeit*) и „схватање озбиљно“ (*Erstnehmen*).³² Користе се још и изрази „рачунати са нечим“ (*Rechnen mit*) и „узети у обзир“ (*Inkaufnahme von*).³³ Суштина теорије схватања озбиљно је у томе што учинилац који поступа са евентуалним умишљајем озбиљно држи да је могуће остварити законски опис кривичног дела (Stratenwerth 1959, 55). Наводи се конкретан пример: лице А баци у шуми цигарету која још гори, уздајући се у то да цигарета неће пасти на лако запаљиво лишће. Он тиме опасност од шумског пожара не схвата озбиљно већ поступа у вредносно неутралном смислу лакомислено. Та лакомисленост, међутим, претпоставља свест о опасности. Ко ту свест нема може се назвати неопрезним или неозбиљним, али лакомислен није, па се за поменути пример не може рећи да лице није имало свест о (конкретној) могућности наступања последице. Не схватити неку опасност озбиљно не значи немати свест о њој (Stratenwerth 1959, 56).

Схватање озбиљно редовно на првом месту захтева одређење према могућој, негативно вреднованој последици. Од учиниоца се очекује да заузме став о томе и да одлучи да ли ће, зарад вреднијих циљева ван законског описа, узети у обзир ту последицу или ће се суздржати од планиране радње (Stratenwerth 1959, 55).

Са свесним нехатом поступа лакомислени учинилац јер он препозна ту опасност не уноси у своју вољу и не узима их у обзир, јер опасне елементе у тој рачуници фигуративно „ставља у заграду“, оставља их по страни и узда се у то да последица неће наступити (Stratenwerth 1959,

³² Топаловић, с друге стране, облике кривице дели (и) према моралним мотивима, тако да појму лакомислености (тада нехат) супротставља егоизам (тада умишљај), (Топаловић 2010b, 298).

³³ Малтене исти изрази се помињу и у италијанској доктрини: „прихватање“ или „схватање озбиљно ризика“ (*accettazione del rischio*), „поступање на рачун“ (*agire al costo di*) или „узимање у обзир последице као цену коју треба платити“ (*in considerazione dell'evento quale prezzo da pagare*). Ти изрази се уједно критикују као „разочаравајући“ за коначно одређење вољног елемента евентуалног умишљаја и за разграничење са свесним нехатом (Canestrari 2004, 219–220).

55). Речима српског КЗ, олако држи да до тога неће доћи. У примеру са бацањем цигарете постоји, дакле, свест о могућим последицама, али оне нису укључене у формирање воље учиниоца.

Ту долазимо, међутим, до главног приговора тој теорији, а то је проблем оптимизма који се не заснива на чињеницама, то јест просто неоснованог оптимизма (*Problem des tatsachengelösten Optimismus*). О чему је реч? Штратенверт, зачетник тог учења, признаје да „лакомисленост у погледу опасности има изразито ирационалне разлоге“ (Stratenwerth 1959, 57). Па ипак, управо од те ирационалности сâмог учиниоца зависиће његова одговорност за свесни нехат, а не за евентуални умишљај јер ирационално није схватио озбиљно могућност наступања последице. Тиме се он неоправдано привилегује (Ruppenthal 2017, 211) тако што се утврђује свесни нехат, а не евентуални умишљај. У случају кривичних дела која уопште не познају нехатну одговорност то би било посебно згодно за учиниоца. Стога се још пре скоро 50 година могло чути да се „може само поздравити проширење евентуалног умишљаја на рачун свесног нехата“ (Schünemann 1975, 788), управо због тог привилеговања.

2.2.4. Теорија опредељивања/одлуке

Роксин (Roxin) сматра да евентуални умишљај треба схватити као опредељивање/одлуку (*Entscheidung*) за могућу повреду правног добра, што је по њему уједно одлучујућа разлика у невредности између (евентуалног) умишљаја и (свесног) нехата (2010, 8–9). Разграничавајући критеријум је давање предности спровођењу радње ради остварења неких циљева ван бића у односу на одустанак од ње, иако ризик од остварења описа дела није психички потиснуо већ га је изнутра прихватио („укалкулисао“) и тиме се определио за могућност повреде правног добра (Roxin 1964, 53).³⁴ Он то мерило суштински препознаје и у пракси Савезног суда Немачке (Roxin 2006, 449–450; Roxin 2010, 10; Ruppenthal 2017, 212), с тим што указује на потребу даље конкретизације јер опредељивање за могућу повреду правног добра није један поступак који би споља био видљив већ се може препознати само на основу додатних критеријума (Roxin 2010, 10).

³⁴ Лакнер и Кил (Lackner, Kühl) надовезују одржавање воље за остварењем дела спрам тежине у потпуности спознатог ризика од остварења тог законског описа (Lackner, Kühl 2007, 107).

Као најважнија три индикатора наводи препознату опасност сопственог понашања; урачунавање вероватноће да ће се жртва сопственим снагама извући из опасности и непостојање мотива за узимање у обзир последице (Roxin 2010, 11–12). Уколико се ни помоћу тих индикатора не могу разграничити облици кривице према критеријуму опредељивања/одлуке за могућу повреду правног добра, рецимо када поједини индикатори упућују у супротне смерове,³⁵ онда се узимају у обзир све околности конкретног случаја (Roxin 2010, 13). Или, како је немачки Савезни суд почео да процењује, на основу „свеукупног сагледавања свих објективних и субјективних чињеничних околности“.³⁶

Критеријум опредељивања је, је кроз судску праксу, дакле, све више прецизиран. Евентуални умишљај би, уз сагледавање поменутих индикатора, постојао када би учинилац схватио озбиљно могућност наступања последице, али би, упркос томе, наставио да предузима радњу или када би наступање последице узео у обзир или се са тим помирио, док тога нема код свесног нехата (Roxin 2010, 10–11).

Најкасније на овом месту постаје јасно да се овде ради о теорији схватања озбиљно која је допуњена нормативним компонентама. Како сâм Роксин констатује, појам одлуке/опредељивања, „као сви правни појмови, није гола психичка констатација, него се мора оценити према нормативним мерилима“ (Roxin 2006, 449), те овде говоримо о „вољитивном (вољном) нормативизму“ (*volitiver Normativismus*) (Roxin 2004, 248). Опредељивање за једну могућу повреду правног добра најчешће није емпиријски утврдиво већ га судија нормативно приписује. Или, Роксиновим речима илустровано, умишљај се не ствара у глави учиниоца већ у глави судије (Roxin 2010, 15).

2.3. Теорије ризика

Дискусија о разграничењу евентуалног умишљаја и свесног нехата до сада је текла углавном у оквирима две групе теорија, когнитивне и волунтативне, зависно од тога који елемент кривице је био наглашен. Међутим, има простора и разлога да се њима дода и трећа група – група

³⁵ Пример за то би била препозната опасност да би ауто-бомба могла да повреди и случајне пролазнике, али да је учинилац рачунао на то да ће они на време моћи да побегну са лица места, пошто је аутомобил са постављеном бомбом био паркиран даље од улице.

³⁶ BGH *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 1988, 175.

теорија ризика. Теорије из прве две групе нису, наиме, сва питања решиле на задовољавајући начин. Иако теорије ризика наглашавају махом когнитивни елемент и самим тим би се могле сврстати у прву групу учења, као врста модерних когнитивних теорија (Ruppenthal 2017, 233), ипак је њихов акценат пре свега на ризику, па тек онда на интелектуалном елементу, те уз све специфичности које носе са собом, оправдано је издвојити их у засебну групу.

Оно што је заједничко теоријама ризика је да евентуални умишљај постоји онда када се учинилац (свесно) одлучио за једно понашање које је неспојиво са начелима ризика који важе у једном правном поретку (Philipps 1985, 38; Herzberg 1986, 258; Frisch 1983, 27).

2.3.1. (Фришова) Теорија ризика

Према Фришевој (*Frisch*) теорији ризика (*Risikotheorie*), за умишљај се захтева тзв. квалификовано знање о конкретној опасности повреде правног добра (1983, 207). Ко, знајући за недозвољени ризик који потиче од његовог понашања, упркос томе (настави да) дела, определио се против правног добра и тиме поступио умишљајно (Frisch 1983, 248).

Две одреднице из ове дефиниције захтевају додатно разјашњење. Најпре, знање је квалификовано када је учинилац препознати ризик који је прешао праг толеранције (и тиме постао недозвољени) схватио озбиљно; није довољно да га је само „регистровао“ у својој свести (Frisch 1983, 341). Даље, недозвољени ризик је онај ризик који је барем минимално прешао праг који би се могао толерисати.

И ту долазимо до приговора. Наиме, помињање ризика одређене висине (која је прешла поменути праг) чини умишљај зависним од познавања вероватноће наступања повреде правног добра. Тиме се ова теорија поистовећује са теоријом вероватноће и напослетку такође прави само квантитативно, не и квалитативно, разликовање између умишљаја и нехата (Schünemann 1999, 370). Толерисани ризик се одређује на основу вагања интереса: интереса предузимања радње, с једне стране, и интереса неугрожавања односног добра, с друге стране (Ruppenthal 2017, 241), и може варирати с обзиром на то о којем добру је реч. Имајући на уму, рецимо, апсолутну заштиту живота, у погледу тог добра неће ни бити много простора за вагање. Фриш се брани тиме да теорија вероватноће на место знања (свести), пак, поставља једну круту и садржински још мање прецизну представу о вероватноћи наступања последице (Frisch 1983, 483), то јест да се његова теорија ризика и теорија вероватноће не могу изједначити.

2.3.2. Нормативизирана теорија вероватноће

Јакобс (*Jakobs*) полази од теорије вероватноће и допуњује је нормативним елементима (*normativierte Wahrscheinlichkeitstheorie*). Према његовом схватању, умишљај ће постојати када учинилац процењује да остварење дела као последица његове радње није мало вероватно (*Jakobs* 1991, 271). Доња граница вероватноће је одређена на основу критеријума „значаја за одлучивање спознатог ризика“ (*Entscheidungserheblichkeit des erkannten Risikos*), при чему тај значај опет зависи од вредности односног добра и од густине ризика. О нормативизираној теорији вероватноће говоримо зато што овде неће бити меродавна субјективна процена учиниоца већ правно вредновање. То значи да је квантитативна мерила теорије вероватноће Јакобс заменио квалитативним критеријумима (*Ruppenthal* 2017, 237).

Код нехата, ризик такође мора да буде од значаја за одлучивање, али учиниоцу недостаје знање (свест) о остварењу дела (*Ruppenthal* 2017, 237). Неће сви ризици бити значајни. Он из тог домена одваја такозване свакодневне остатке ризика, односно минимална прекорачења издваја из сфере умишљајних (и нехатних) кривичних дела (*Ruppenthal* 2017, 237). Да поједине области живота не би морале потпуно да се избегавају, он признаје извесно „навикавање на ризик“ (*Risikogewöhnung*) у тим сферама. Као пример наводи случај возача који уместо дозвољених 50 километара на час, вози 5% брже, па би у сваком тренутку (али управо са врло малом вероватноћом) могло „нешто да се деси“, што би при регуларној брзини могло да се контролише. Да ли већ ту постоји покушај оштећења туђе ствари, телесне повреде или чак убиства (*Jakobs* 2010, 291)? Овде би се радило о недозвољеним ризицима који статистички постоје, али из којих врло ретко заиста и проистекне удес (*Roxin* 2006, 464).

Критика Јакобсове теорије односи се на крутост поменутих индикатора (*Kürper* 1988, 763). Спорна је маргина ризика коју он толерише и изузима из кривичноправно релевантне зоне. Није јасно зашто 5% бржа возња не би потпала под умишљај, док би мало већи постотак био обухваћен умишљајем. Правно вредновање 5% или 10% брже возње од дозвољене не разликује се – она у оба случаја остаје недозвољена и самим тим нешто што би требало да потпадне под интелектуални елемент кривице.

Исто тако се не види због чега би тежина односног добра различито утицала на умишљај учиниоца. То би значило да ће евентуални умишљај пре постојати код вреднијих добара него оних мање вредних, односно тешких, да останемо при употребљеним изразима. Приликом

исте процене вероватноће наступања последице, то би значило потврду умишљаја у случају убиства (због живота као вреднијег/тежег добра) и негирање умишљаја код уништења туђе ствари (имовина као мање вредно/тешко добро). То би довело не само до неразумних већ и до погрешних одлука (Roxin 2006, 465).

2.3.3. Теорија непокривене опасности

Теорију непокривене опасности (*Theorie der unabgeschirmten Gefahr*) развио је Херцберг (*Herzberg*) и она већ у сâмом називу садржи објашњење. За постојање умишљаја захтева се, наиме, (објективно) „квалификованије ризично понашање“, то јест стварање непокривене опасности (*Herzberg* 1987, 780). Она је непокривена када приликом или након предузимања радње учиниоца, срећа или случајност, у целини или у великом делу, морају да се умешају да се законски опис не би испунио (*Herzberg* 1988, 639). Опасност је покривена када сâм нехатни учинилац, угрожено лице или треће лице обазривошћу може евентуално да спречи наступање последице (тзв. фактичка резервна заштита) (*Herzberg* 1988, 642). Ако учитељ, упркос ознаци за опасност, дозволи својим ученицима да се купају у набујалој реци (*Herzberg* 1986, 249), независно од његове субјективне процене као учиниоца, исход смрти ученика би, према овој теорији, била само учитељева одговорност за нехатно лишење живота – ознака за опасност била је добро видљива и ученици су, да су били пажљивији, могли да избегну губитак живота. Умишљаја неће бити ни тамо где је учинилац створио само „удаљену непокривену опасност“ (*Herzberg* 1986, 256). Пример за то би било бацање тешког предмета ноћу са прозора, са свешћу да би тај предмет могао да погоди, па и убије пролазника (Roxin 2006, 466). С друге стране, играње руског рулета (два пријатеља један другом ставе пиштољ на чело са по једним метком у добошу оружја и истовремено окину обарач) довешће до одговорности за евентуални умишљај,³⁷ чак и ако се учинилац уздао у то да последица неће наступити (Roxin 2006, 465).

Херцберг је намеравао да објективизује и конкретизује теорију схватања озбиљно тако што би избацио вољни елемент и свео је на мерило (не)покривености (Roxin 2006, 466). Тај критеријум, међутим, не делује убедљиво. Зашто не би могао да постоји евентуални умишљај

³⁷ Такав је и закључак српске судске праксе, где је у случају „играња“ руског рулета потврђен евентуални умишљај. ВСС, Кж. 1647/02 од 22. априла 2003. (Симић, Трешњев 2004, 19).

и у случају покривене опасности, ако је учиниоцу јасно да остаје знатан ризик, док би непокривен ризик истог обима друге стране увек потврђивао евентуални умишљај (Jakobs 2010, 295; Roxin 2006, 466)? Ако се очекује да само представа о једној незнатној опасности може да искључи умишљај, онда се тиме враћамо (превазиђеној) теорији вероватноће и критеријум (не)покривености постаје сувишан (Roxin 2006, 467).

Такође, делује неуверљиво или у најмању руку напрегнуто ослањање на увиђајност и вичност жртве или трећег лица да отклони опасност, као и несигурност начина на који учинилац то треба да схвати. То се коси са Херцберговим очекивањима „врло ефикасног резервног обезбеђења“ опасности или „солидне искуствене основице“ на основу којег учинилац то обезбеђење треба да процени (Herzberg 1986, 254). Напослетку, чини се да има мало простора за ту теорију мимо констелација лишења живота и телесних повреда у чијим је оквирима (случајеви преношења ХИВ-а) она првобитно и развијена (Kürper 1988, 784).³⁸

Та теорија, премда „најфинија верзија теорије ризика“ (Canestrari 2004, 216), са доста практичним критеријумом (не)покривености (Weigend 2008, 1001), ипак није успела да испуни Херцбергова очекивања (Herzberg 1986, 261), а то је да уместо ирационалног очекивања/наде (на основу сведене теорије схватања озбиљно), постави јасне, недвосмислене и објективне границе умишљаја (Roxin 2006, 465).

3. ПРИМЕЊИВОСТ АНАЛИЗИРАНИХ ТЕОРИЈА НА СРПСКО ПРАВО

Пре него што се осврнемо на могућност примене поставки из поменутих теорија на српско кривично право, треба истаћи да наш КЗ својим дефиницијама облика кривике пружа одређени вид правне сигурности. То је свакако од помоћи у поступку утврђивања законског описа кривичног дела, што укључује и правилно одређивање облика кривике. Наши судови то, међутим, не чине увек на задовољавајућ и заокружен начин.

³⁸ Тешко се може замислити стварање ризика који, рецимо, лопов приликом одузимања ствари не може да контролише (осим можда свеprisутног ризика да буде откривен), (Ruppenthal 2017, 250).

3.1. Примери тумачења из српске судске праксе

Тако се рецимо код кривичног дела угрожавања јавног саобраћаја из чл. 289 ст. 1 КЗ и тамо захтеваног умишљаја, услед неупотребљивости Франкове формуле, још од саветовања Савезног врховног суда 1961. године, прибегава појму безобзирности. Ту се подводи понашање у саобраћају којим се не води рачуна о интересима и добрима других учесника у саобраћају (Стојановић 2020b, 915–916). Међутим, пошто безобзирност може да постоји и код нехата, за умишљај се захтева висок степен³⁹ безобзирности.⁴⁰ Но, и тај критеријум сâм за себе није задовољавајућ јер допушта различита схватања, тј. границе остају нејасне. Тако се приговара да би груба непажња требало да спада у свесни нехат, али да је остало отворено како је објективно разграничити од безобзирности (Лазин 1977, 394).

³⁹ Помиње се и критеријум грубе безобзирности, са укљученим вредносним аспектом (колика је јачина прекора која се учиниоцу може упутити због његове безобзирности). Стојановић 2020b, 916. У свом ставу Савезни врховни суд говори о „обесном, грубом вређању саобраћајних прописа и правила, очигледно угрожавајући туђе животе и имовину и сл.“ (према Лазин 1977, 393). Како истиче Делић, грубу безобзирност је „у садржинском смислу неопходно посматрати као сложену психолошко-нормативну категорију у оквиру које би квалификатив ‘грубо’ имао значај ‘обухватног’ критеријума чија испуњеност, осим фактичке присутности одређених околности конкретног случаја, претпоставља и њихову нормативну оцену, вредновање (евалуацију). Овако утврђена груба безобзирност би са једне стране указивала на евентуални умишљај као психолошку категорију, односно на пристајање на наступање опасности, а са друге стране би указивала на евентуалном умишљају иманентан интензитет социјално-етичког орекура који је у конкретном случају оправдано упутити учиниоцу кривичног дела угрожавања јавног саобраћаја“ (Делић 2020, 239–240).

⁴⁰ „Међутим, за квалификацију наведену у жалби неопходно је да се на поуздан начин из свих околности може утврдити да је окривљени био свестан да забрањена последица може наступити и да је на њено наступање пристао (евентуални умишљај). Свест о томе да забрањена последица може наступити и да је возач на ово пристао произилази из изузетно високог степена безобзирности коју возач у одређеним ситуацијама показује при управљају моторним возилом. То су по правилу ситуације најгрубљих облика непрописне вожње од стране возача као што су случајеви управљања моторним возилом под утицајем алкохола, управљање од стране возача који није обучен за то, управљање технички неисправним возилом нарочито у погледу механизма за управљање и коришћење, а да је тих недостатака возач свестан или у другим приликама када се вожња из одређених разлога због брзине, непоштовања првенства пролаза и сл. може окарактерисати као нарочито безобзирна.“ Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу, Кж1 1127/2014 од 18. јула 2014. године, *Paragraf Lex*.

Владајуће је и учестало тумачење судова којим се алкохолисаност поистовећује са умишљајем; негде као конкретизација безобзирности (Лазин 1977, 394). Свест о томе да се моторним возилом управља у алкохолисаном стању аутоматски доводи до закључка да је учинилац и пристао на наступање последице,⁴¹ чак и када је концентрација алкохола у крви у дозвољеним границама⁴² (Стојановић 2020b, 916). Такво виђење се, између осталог, коси са поимањем самоугрожавања које упућује на свесни нехат. Наиме, лице које вози у алкохолисаном стању и свесно је тога такође је, по правилу, свесно и да тиме и себе угрожава, али олако држи да до тога неће доћи или да ће то моћи да спречи. Да би се могло говорити о пристанку на остварење законског описа дела, неопходно је да постоје додатни критеријуми који ће указати на поменути висок степен безобзирности (недозвољено претицање, пребрза возња, уопште кршење и других саобраћајних прописа).⁴³ Кршење прописа се овде, дакле, појављује као додатни критеријум,⁴⁴ уз поменути алкохолисаност.⁴⁵ Ти примери указују на једну заправо ширу одлику домаће

⁴¹ „Чињеница да је у време извршења кривичног дела тешко дело против безбедности јавног саобраћаја, у крви оптуженог установљена количина алкохола која је већа од законом дозвољене указује да је облик кривице евентуални умишљај. Другим речима, суд неће прихватити одбрану оптуженог да је у конкретној саобраћајној ситуацији упркос пијанству олако држао да конкретна опасност неће наступити или да ће је моћи отклонити.“ Пресуда Окружног суда у Краљеву, К. 66/2003(2) од 10. маја 2004. године, *Paragraf Lex*.

⁴² Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу, Кж1 891/2014 од 19. јуна 2014. (према Стојановић 2020b, 916).

⁴³ У том смислу и Стојановић 2020b, 916.

⁴⁴ Насупрот томе, постоје одлуке које се не само ограничавају на грубо кршење прописа већ у објашњењу погрешног поступања првостепеног суда и не наводе вољни елемент евентуалног умишљаја: „Првостепени суд је учинио битну повреду одредаба кривичног поступка јер није дао јасне разлоге на основу којих закључује да је окривљени у односу на основно дело угрожавања јавног саобраћаја поступао са евентуалним умишљајем, па ће првостепени суд у поновном поступку у погледу виности окривљеног утврдити да ли је окривљени у датој саобраћајној ситуацији поступао неопрезно и недовољно пажљиво (свесни нехат), или је пак свесно, очигледно и грубо прекршио наведене законске прописе и услед тога довео у опасност живот и тело људи (евентуални умишљај).“ Решење Апелационог суда у Београду, Кж1 бр. 873/17 од 9. октобра 2017, *Ing-Pro*.

⁴⁵ „Алкохолисаност оптуженог од 1,43% алкохола у крви у узрочној је вези са угрожавањем јавног саобраћаја пошто је налазом вештака утврђено да код оптуженог услед наведене концентрације алкохола његова способност да безбедно управља возилом је била компромитована, па да није био способан да безбедно управља возилом, што се у крајњем случају манифестовало и у начину управљања возилом, када без икаквог разлога прелази на другу страну пута и губи контролу над возилом, те удара пешаке.

судске праксе, а то је да на основу ситуација које би требало оцењивати у светлу битно смањене урачунљивости или неурачунљивости⁴⁶ (попут умора након непреспаване ноћи)⁴⁷ доноси закључке о облицима кривике.

У другим примерима, грубо кршење саобраћајних прописа неће бити довољно за конституисање умишљајне одговорности, односно неће се моћи подвести под пристајање на последицу. Пример за то би био пешак који не мари за прописе у саобраћају, прелази улицу на недозвољеном месту и тиме изазове судар са камионом (Рисимовић 2008, 100). Управо то је ситуација самоугрожавања,⁴⁸ која указује на (свесни) нехат. Психолошки се то објашњава тиме да учинилац опасност по себе и/или друге спознаје, али у одлучном моменту, потискује из своје свести и ипак предузима радњу (Vuković 2010, 78). Додуше, управо због тога ни тај критеријум сâм за себе не би био довољан за разграничење облика кривике јер је неадекватан у констелацијама када учинилац поступа супротно од очекиваног, пре свега када изразиту опасност несхватљиво потискује. Тада је, наиме, тешко објаснити зашто би он заслужио мањи прекор од онога ко ваљано процењује ситуацију (Vuković 2010, 78, fn. 57).

Из овако утврђеног понашања оптуженог сасвим је јасно да је оптужени управљајући путничким возилом у алкохолисаном стању и неприлагођеном брзином у саобраћајним условима био свестан да тиме може да угрози јавни саобраћај и доведе у опасност живот и тело људи, па је на то пристао, олако држећи да до теже последице, смрти пешака неће доћи и да ће је моћи отклонити.“ Пресуда Врховног суда Србије, Кж. 1042/04 од 13. априла 2005. и Пресуда Окружног суда у Београду, К. 773/03 од 5. априла 2004, *Ing-Pro*.

⁴⁶ Стојановић примећује да се у судској пракси ретко постављало питање да ли алкохолисаност води битно смањеној урачунљивости вероватно и због бојазни да би се отворила могућност ублажавања казне (чл. 23. ст. 3 КЗ), (Стојановић 2020b, 916–917).

⁴⁷ Оптужени је, у односу на основну последицу, угрожавање јавног саобраћаја, поступао са свесним нехатом, а не са евентуалним умишљајем, када је, као возач путничког возила и учесник у саобраћају, управљао возилом после непреспаване ноћи, иако због умора није био способан за безбедно управљање возилом, па је због тога у току вожње за тренутак заспао, изгубио контролу над возилом које је прешло на леву половину коловоза, и тако проузроковао саобраћајну незгоду са тешким телесним повредама.“ Решење Окружног суда у Ваљевоу Кж. 215/03, од 24. априла 2003, *Ing-Pro*.

⁴⁸ О самоугрожавању у контексту (објективног) урачунавања вид. Вуковић 2018, 382–421.

Дакле, иако наш КЗ познаје поделу и дефиниције евентуалног умишљаја и свесног нехата, постоји потреба за даљим, „чистијим“ тумачењем кључних појмова и ситуација. Ту се доктрини отвара простор да анализом и провером примене поменутих теорија понуди решења.⁴⁹

3.2. Примењивост когнитивних теорија

Когнитивне теорије (теорија могућности – теорија представе и теорија вероватноће) у свом чистом облику нису примењиве на српско право већ због тога што слово чл. 25 КЗ изричито говори о елементу свести и о елементу воље, које сходно томе треба и утврдити у сваком конкретном случају.⁵⁰ Обе теорије, иначе, превиђају значај (иначе неспорно постојећег) вољног елемента, који је кључан посебно на линији евентуални умишљај – свесни нехат јер се управо ту утврђује њихово разликовање, с обзиром на то да је когнитивни сегмент та два облика кривиче идентичан. Осим тога, теорија могућности проширује *dolus eventualis* на рачун свесног нехата у тој мери да је фактички сваки нехат – несвесни. То такође није у складу ни са законском одредбом (чл. 26 КЗ). Теорији вероватноће се додатно приговара да није јасно ни лако утврдиво када је нешто (овде је то вероватноћа наступања последице, односно остварење законског описа кривичног дела) „више од пуке могућности и мање од претежне вероватноће“. Вуковић напомиње да „фино разликовање евентуалног умишљаја и свесног нехата и није могуће извести математички строго“ (2022, 213) или, Лазиновим речима, „тоталну прецизност, ни у ове, ни у других правних установа није могуће постићи“ (1977, 398).

⁴⁹ Топаловић је пре више од 110 година приметио да су поделу умишљаја на разне облике ретко кад вршили позитивни законици (наш КЗ је у том смислу изузетак) те да је она „вазда остављана кривичноправној науци“ (Топаловић 2010а, 100).

⁵⁰ Вуковић наводи пример кривичног дела преношења инфекције ХИВ вирусом из чл. 250. КЗ (на страну законодавчево дуплирање речи вирус у називу), у којем препознаје теорију могућности. Наиме, у законском опису дела говори се само о свести, односно о знању учиниоца да је заражен вирусом; дакле, само о интелектуалном елементу. Он у наставку констатује да се тиме, као и проширењем умишљаја на рачун нехата, „вешто избегавају проблеми разграничења које (...) теорија не може лако да реши“ (Vuković 2010, 81).

3.3. Примењивост волунтативних теорија

Примењивост теорије одобравања најзначајније је питање за наше право и праксу због блискости те теорије са теоријом пристанка, владајућег схватања код нас.⁵¹ Појмови одобравања и пристајања, додуше, не могу се поистоветити. Иако у свакодневном говору, у лаичкој сфери, фигурирају као синоними,⁵² у нормативном смислу они то нису. Одобравање указује на позитиван однос према остварењу законског описа дела, на његово поздрављање, док се пристајање, у складу са психолошко-нормативном концепцијом кривице, схвата као нормативно саглашавање, у којем изражена позитивна компонента, као код одобравања, може, али не мора да постоји. Ово тим пре ако узмемо у обзир да и равнодушност, како примећује Вуковић, у психолошко-нормативном (не и у психолошко-дескриптивном) смислу може да се подведе под пристанак (2022, 213–214). Српско решење из чл. 25 КЗ прихватљивије је од, рецимо, поменутог немачког⁵³ јер је израз пристанак законски постављен (премда не и дефинисан),⁵⁴ али и мање вредносно обојен у односу на решење из немачког права, где се равнодушност такође подводи под појам евентуалног умишљаја. „Разводнавање“ значења термина „одобравања“ (*billigen*) до кога се временом дошло у њиховој судској пракси, говори у прилог томе

⁵¹ Сагласно о теорији пристанка као владајућој Стојановић 2020а, 149; Вуковић 2022, 212; Ђокић 2005, 367.

⁵² Синоними за пристанак су многобројни: сагласност, одобрење, допуштење, прихватање, одобравање, слагање, акцепт, договор, склад, споразум, слога, конгруенција, разумевање, погодба, хармоничност, сарадња, нагодба, сложеност, складност. Ђосић и сарадници 2008, 505.

⁵³ Прихватљивије је и од других решења, попут турског. Наиме, у Кривичном законнику (*Türk Ceza Kanunu – ТСК*) умишљај се одређује слично немачком решењу као „спознато и вољно остварење одлика законског описа кривичног дела“ (Art. 21 (1)), док је евентуални умишљај ближе, али очигледно недовољно дефинисан као предвиђање учиниоца да би могао да оствари законски опис кривичног дела (Art. 21 (2)). законска дефиниција „не садржи додатну вредност“ у погледу разграничења облика кривице у поређењу са немачким решењем (Özbek, Oğlaksoğlu 2019, 343).

⁵⁴ Појам пристанка нигде у КЗ није дефинисан, иако се непосредно или посредно јавља код три од четири елемента општег појма кривичног дела: код предвиђености у закону, као основ искључења противправности и сада код евентуалног умишљаја. Терминолошка диференцијација тог појма би стога добро дошла (Марковић 2011, 284).

(саглашавање уместо одобравања).⁵⁵ Напослетку, пристати се може и без одобравања; довољно је помирити се са остварењем дела, односно наступањем последице.

Даље, Франкова формула, која се примењује и код нас (Vuković 2010, 76),⁵⁶ из перспективе евентуалног умишљаја даје одговор који гласи „Како год“, а који много више нагиње ка равнодушности (и пристанку, у крајњу руку) него ка одобравању. Но, приговор хипотетичности који прати ту формулу остаје да важи (Рисимовић 2008, 92);⁵⁷ она се заснива на једном фингираном психичком стању и самим тим је непоуздана (Ђокић 2005, 368), недовољно сигурна и корисна (Лазин 1977, 391).

Оно што је предност свих волунтативних теорија и што говори у прилог њиховој примени, па тако и овде, јесте да преко вољног елемента чини видљивим квалитативно виши степен неправда који постоји код умишљаја у поређењу са нехатом, посебно уколико је елемент свести идентичан. Само се из једног психолошког односа воље, који иде даље од спознаје (свести), може правдати разлика у санкционисању једног и другог облика кривице (Ruppenthal 2017, 208). Другим речима, ако је свест иста, само другачији квалитет воље (субјективног елемента) може (објективно) да оправда строжу казну за евентуални умишљај него за свесни нехат. С друге стране, остаје стари проблем доказивања унутрашњих чинилаца (Лазин 1977, 387), посебно у светлу претпоставке невиности (чл. 3 Законика о кривичном поступку),⁵⁸ терета доказивања (чл. 15 ст. 2 ЗКП) и начела *in dubio pro reo* (чл. 16 ст. 5 ЗКП).⁵⁹ Последње поменуто начело значи да ће се сумња у погледу чињеница од којих зависи вођење кривичног поступка, постојање

⁵⁵ Вид. тачку 2.2.1.

⁵⁶ Решење Апелационог суда у Новом Саду, Кж1 763/2014 од 2. септембра 2014, *Paragraf Lex*.

⁵⁷ Притом формула нарочито код кривичног дела угрожавања јавног саобраћаја, показује малу или никакву употребну вредност (Стојановић 2020b, 915).

⁵⁸ Законик о кривичном поступку – ЗКП, *Службени гласник РС* 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021 – одлука УС и 62/2021 – одлука УС.

⁵⁹ „Ако он [судија] не би био у стању да на фактима заснује своје уверење да нада, да последица неће наступити није била главни мотив радње, онда ваља применити правило *in dubio pro reo*“ (Топаловић 2010b, 297). То потврђује и наша судска пракса: „Како евентуални умишљај представља тежи облик виности у односу на свесни нехат, неопходно је, у сваком конкретном случају, постојање евентуалног умишљаја утврдити као извесно, а не као вероватно. Када постоји гранични случај, мора се узети оно што је повољније за оптуженог, односно да се ради о свесном нехату“ (Пресуда Округног суда у Ваљеву, К. бр. 62/98 од 16. новембра 1998). Овде треба нагласити да није

обележја кривичног дела или примена неке друге одредбе кривичног закона решити у корист окривљеног. Широки круг предмета на које се то правило односи обухвата, између осталог, и кривицу као обележје кривичног дела (Илић и др. 2022, 165).

Што се конкретних приговора на рачун теорије равнодушности тиче, у нади, уздању у изостанак последице препознаје се олако држање („погрешна нада“) да до последице неће доћи или да ће она моћи да се спречи, то јест препознаје се свесни нехат, тако да би ова теорија тај облик нехата проширила на рачун евентуалног умишљаја. Наравно, уколико се равнодушност, како сматра Енгиш, схвати као непостојање отпора према могућој повреди правног добра (1964, 191), тај приговор би отпао. Отпор потиче од обавезе уздржавања од вршења кривичних дела. Предност таквог поимања равнодушности видела би се у препознавању да се учинилац помирио са наступањем последице, што би се тумачило као умишљај. Олако држање да ће остварење кривичног дела моћи да се спречи указује управо на неравнодушност. У нашој доктрини би се као неко ко нагиње ка тој теорији могао препознати Јовановић, који пристајање представља као „неку врсту вољне неодређености, једну нејасну тежњу која је осећајно обележена“ (1971, 85), где у односу на последицу кривичног дела „као да влада индиферентност, нека вољна неодређеност“ (1971, 85).

Речено је већ да је срж теорије схватања озбиљно у томе што учинилац који поступа са евентуалним умишљајем озбиљно држи да је остварење законског описа кривичног дела могуће (Stratenwerth 1959, 55). У нашем праву се може поставити питање да ли је „схватање озбиљно“ исто што и „пристајање“. Иако та два појма нису лингвистички идентична, „схватање озбиљно“ нормативно можемо да припишемо евентуалном умишљају, из два разлога. Најпре због тога што је то антипод лакомислености свесног нехата,⁶⁰ а потом и зато што је „схватање озбиљно“ корак који по правилу претходи пристајању. Чак и ако се тај редослед може учинити упитним, не може се рећи да схватање озбиљно на било који начин задира у вољну страну олаког држања свесног неха-

реч о аутоматском закључивању већ о томе да постоје докази који подједнако говоре у прилог постојања оба облика кривице, а како може постојати само један од та два, узима се онај облик који је повољнији за учиниоца.

⁶⁰ То се може посредно закључити из примера судске праксе, где је „окривљени свој пиштољ уперио у правцу оштећеног из шале (...) желећи да направи неумесну шалу, извршио опаљење из пиштоља, те да је окривљени и раније правио такве шале“, што је суд тумачио као нехатно лишење живота, а не као убиство извршено са евентуалним умишљајем. Решење Апелационог суда у Новом Саду, Кж1 763/2014 од 2. септембра 2014, *Paragraf Lex*.

та. Ваља такође и овде подсетити на приговор „претераног оптимизма“, односно на опасност од привилеговања лакомисленог (стога нехатног) учиниоца спрам озбиљнијег (стога умишљајног) учиниоца. Испада да ће савеснији, промишљенији грађани бити третирани строже него они безбрижни, необазриви и незаинтересовани (Вуковић 2022, 212).

Пошто представља нормативизирану варијанту теорије схватања озбиљно, оно што је речено о њеној примењивости важи и за теорију опредељивања, с тим што се додатно поставља питање целисходности постављених индикатора: препознате опасности сопственог понашања; урачунавање вероватноће да ће се жртва сопственим снагама извући из опасности и непостојање мотива да се у обзир узму последице (Roxin 2010, 11–12). Урачунавање жртвиног доприноса решава се на нивоу предвиђености у закону (каузални ток), док се мотиви вреднују приликом одмеравања казне, осим ако претходно не представљају обележје кривичног дела.

Напослетку, треба приметити да су волунтативне теорије међусобно врло блиске, да се преклапају, да се нека схватања појављују само као допуна или варијанте претходних, тако да и њихову примењивост треба посматрати као целину свих учења која у фокус стављају елемент воље.

3.4. Примењивост теорија ризика

Предност и уједно аргумент у корист примењивости Фришове теорије ризика јесте то што се њоме уводи појам нормативно релевантног ризика – нечега што је већ познато из теорије објективног урачунавања и што, самим тим, није сасвим ново и потпуна непознаница за тумача. Тиме је уједно начињен и корак ка некој врсти објективизације субјективног елемента какав кривица јесте, и самим тим њеног потенцијално лакшег доказивања. Против њене примењивости говори то што се у нашем праву (не)дозвољени ризик суштински види (иако није изричито као такав предвиђен)⁶¹ као основ искључења противправности, а не касније, на нивоу кривице. Даље се и овде појављује хипотетички елемент – могући умишљајни учинилац. При томе би се непостојање кривице утврђивало само преко заблуде, што доста су-

⁶¹ То, додуше, и не би био контрааргумент као такав, имајући у виду и неке друге основе оправдања које се у КЗ не наводе изричито, али које препознају доктрина и пракса; пре свега пристанак повређеног, предузимање медицинских захвата итд. Вид. Марковић 2015, 285–300.

жава сâм њен појам. Напоследку, сви приговори који важе за теорију вероватноће, ма колико Фриш покушавао да их релативизује, важе и за његову теорију.

Што се Јакобсове нормативизирани теорије вероватноће тиче, и овде важе аргументи везани за теорију вероватноће као основице његовог учења. Оно се такође коси са одредбом члана 28 КЗ (стварна заблуда) јер би се учиниоцима нормативно приписало (не)постојање одређене свести о ризику. Даље, критеријум густине ризика је сувише неодређен – под тиме се може схватити како величина, тако и близина ризика, а сасвим је могуће да се појави и треће тумачење. Проблем се додатно усложњава ако се повеже са другим предложеним критеријумом – вредношћу правног добра. На асиметричности и нелогичности једног таквог тумачења, што важи и за српско право, већ је указано. Напоследку, Јакобсово поимање да очигледна, лако препознатљива опасност доводи до умишљајне одговорности и када је учинилац није препознао јер „чињенично слепило“ свакако заслужује казну за умишљај означено је као „радикализовано“ (Frister 2019, 385–386). Ако учинилац нема свест о опасном чињеничном стању, онда он и не доноси одлуку против избегавања остварења законског описа, то јест не може бити кажњив за умишљајни деликт (Frister 2019, 386). То би било још једно кршење одредбе о стварној заблуди.

Херцбергова теорија непокривене опасности, осим већ изнетих приговора и начелног поздрављања покушаја објективизације критеријума и тиме њиховог лакшег доказивања, остаје спорна због тога што је махом усмерена на крвне деликте⁶² као и због тога што би и онај учини-

⁶² Тај приговор вреди поновити и за наше право, тим пре што постоји пример из судске праксе који личи на поменути пример са бацањем тешког предмета са терасе, када се ствара удаљена, непокривена опасност. У нашем примеру, чињенично стање утврђено у изреци пресуде је следеће: „Оптужена је поступала с евентуалним умишљајем приликом извршења кривичног дела тешка телесна повреда из члана 121 став 2 Кривичног законика када је са терасе на којој је стајала бацила метални чекић у правцу главе оштећеног који је стајао у дворишту испод терасе, с обзиром на то да је била свесна да метални чекић средње величине представља средство подобно да другом нанесе тешку телесну повреду опасну по живот и да ће га погодити по глави на којој се налазе највиталнији делови тела човека: мозак и кости лобање, па је пристала на наступање забрањене последице.“ Након овог анатомског описа, следи образложење, у којем се наводи: „Што се тиче одговорности окривљене за тежу последицу, односно смрт оштећеног, окривљена је у смислу члана 27 КЗ поступала с нехатом. Наиме, окривљена је према налазу суда била свесна да оштећеном може нанети повреду услед које као тежа последица може наступити смрт оштећеног, с обзиром да је метални чекић средње величине бацила у правцу његове главе и да је знала да исти може

лац који није ни покушао да избегне последицу, а веровао је у добар исход, могао да профитира од те теорије. Уосталом, применом те теорије би се релативизовала одговорност гаранта по основу ингеренције јер би се пре закључила нехатна одговорност ако је био обазрив него евентуални умишљај.

Ниједна од анализираних теорија ризика не би била у свом чистом облику и сама за себе примењива на српско право већ због тога што су оне лоциране у пољу когнитивних теорија (где им је природно и место јер је спознаја ризика интелектуална радња; воља се надовезује на ту спознају). Међутим, оне би се, као уосталом и сегменти још неких теорија, могле узети у обзир индиректно, и то у склопу једне прецизиране теорије пристанка.

3.5. Прецизирана теорија пристанка

Поставља се питање која од анализираних теорија би била најприкладнија за наше право, пошто разграничење евентуалног умишљаја и свесног нехата до данас није решено на задовољавајућ и заокружен начин. Мимо различитости које поједине теорије носе са собом, неспорно је да постојећа схватања о начину разликовања та два облика кривике (преко Франкове формуле, безобзирности, става према заштићеном добру)⁶³ свакако треба осавременити. То смо могли да закључимо већ на основу примера из судске праксе који су се махом површно бавили вољним елементом или су на основу интелектуалног елемента аутоматски доносили закључак и о његовом волунтативном пару.⁶⁴

повредити лобању и мозак оштећеног чије повређивање може изазвати и наступање забрањене последице. Она наступање смрти оштећеног као свог супруга у конкретном случају није желела и олако је држала да до наступања такве теже последице неће доћи, о чему говори околност да је она оштећеном задала само један ударац а не више, јер да је она желела да га лиши живота она би након његовог пада наставила да га удара чекићем.“ Пресуда Округног суда у Нишу, К. 200/2007(1) од 21. јануар 2008, *Paragraf Lex*.

⁶³ Стојановић 2020а, 149–151.

⁶⁴ Иако је утврђивање интелектуалног елемента по правилу неспорно, вреди се подсетити неких ранијих тумачења. Тако Радовановић негира свест о смртној последици у примеру из судске праксе, у којем је оптужени ударио жртву „снажно три пута по глави храстовим коцем дебљине човечије руке“, да би потом био осуђен због кривичног дела убиства са евентуалним умишљајем. Пресуда Врховног суда НР Хрватске, Кж. 8/52 од 19. јануара 1952 (према Радовановић 1954, 336). Радовановићева специфична аргументација зашто учинилац у примеру није морао очигледно да предвиди наступање

Полазна основа би била класична теорија пристанка, с обзиром на то да представља најмање критиковано учење, односно учење са најмање слабих тачака, а да је уједно познато и признато код нас.⁶⁵ Истовремено се не би пробио постојећи чл. 25 КЗ, у којем се изричито говори о пристанку на чињење дела. Међутим, већ овде се намеће прва корекција: „пристанак“ садржински не треба поистоветити са емотивним одобравањем већ га треба приближити теорији схватања озбиљно. Осим тога што би „схватање озбиљно“ (евентуалног умишљаја) и „схватање олако“ (свесног нехата) били заправо тачни супротстављени појмовни парови,⁶⁶ синтагма „схватање озбиљно“ пружа више простора за коришћење (објективних) индикатора.

Иако равнодушност није исто што и пристанак, чули смо већ аргументе о томе како је она ипак ближа евентуалном умишљају но свесном нехату, тако да је том тежем облику кривице и треба прикључити.⁶⁷ Већ на овом примеру тумачења равнодушности видимо уплив вредносног схватања кривице. Развој кривице је и иначе текао ка нормативном (Roxin 2010, 15; Делић 2009, 56). Тако Вуковић констатује да постојање воље према учињеном треба тумачити психолошки-нормативно – као опредељивање за последицу у околностима високог ризика радње (Vuković 2010, 79). У опредељивању је поново потцртан материјални појам кривице⁶⁸ („могао је и другачије да одлучи“), а поменут је и важан индикатор – ризик. Стварање високог степена ризика указује, наиме, на постојање пристајања у нормативном смислу (Стојановић 2020а, 151–152). И Делић сматра да се код евентуалног умишљаја учинилац саглашава са могућношћу остварења кривичног дела; он је свестан високог ризика који прати његову делатност и акцептира наступање кривичног дела (2016, 96). При томе се утврђивање евентуалног

смрти повређеног гласи да је „позната особина наших људи на селу да се обрачунавају међусобно ударима неког коца (проштаца) приличне дебљине и то обично по глави и леђима, а нису ретки случајеви туче чак и гвозденим вилама, будацима и мотикама“. Он наводи да је сврха таквог поступања да се противник само „добро истуче и премлати, не би ли га тиме ‘опаметили и уразумили’“ (Радовановић 1954, 336).

⁶⁵ Већ је поменуто да се код нас говори о пристанку, док је у Немачкој реч о одобравању, тако да сходно одговарајућим терминима треба и разумети (прилагодити) ову теорију.

⁶⁶ „Пристајање“ и „непристајање“, пак, не би се могли згодно уклопити јер би се тиме избрисала граница између свесног и несвесног нехата (оба би тада представљали „непристајање“).

⁶⁷ У том смислу и: Топаловић 2010b, 298.

⁶⁸ Више о материјалном појму кривице: Вуковић 2017, 501–516.

умишљаја не може увек заснивати само на психичком односу учиниоца већ се његов пристанак мора утврђивати и као нормативна, вредносна чињеница (2016, 96–97).

Пристанак би се утврђивао у границама законске дефиниције, али би то била само почетна тачка јер би се нормативно прецизирао преко индикатора. Слично као код продуженог кривичног дела (чл. 61 КЗ), судска пракса би могла да развије каталог варијабилних елемената који би индиковали да ли постоји пристанак. Дакле, оно што је „целина“ код продуженог кривичног дела, овде би био „пристанак“ – унутрашња учиниочева вољна страна која се манифестовала у спољном свету. Наравно, и овде би важило да што је више варијабилних критеријума испуњено, пре би се могло рећи да постоји пристанак у психолошко-нормативном смислу. За критеријуме би дошли у обзир већ позната мерила (безобзирност, став према добру, Франкова формула), али и нека нова, која би надоместила недостатке постојећих – врста опасности, близина ризика, величина ризика, евентуално психичка баријера⁶⁹ (која је заправо партикуларно решење за поједина кривична дела). У спецификуме спада и самоугрожавање, које се у нашој судској пракси већ искристалисало као знак који указује на свесни нехат, и то пре свега код саобраћајних деликата.⁷⁰ Код ових кривичних дела се као контра-индикатор за евентуални умишљај код нас врло често препознаје безобзирност.

Већина индикатора иначе има везе или би се могла подвести под ризик, који као такав постаје све важнији и актуелнији критеријум, те се у том домену може очекивати даљи развој судске праксе (или би то барем било пожељно). У сваком случају, потребно је једно довољно еластично решење које ће моћи „да покрије сву разноликост живота“ (Лазин 1977, 398), пошто је и сâм прелаз између евентуалног умишљаја

⁶⁹ Тај критеријум се односи пре свега на крвне деликте, али је тешко примењив на кривична дела пропуштања.

⁷⁰ „Оптужени је, у односу на основну последицу, угрожавање јавног саобраћаја, поступао са свесним нехатом, а не са евентуалним умишљајем, када је као возач путничког возила и учесник у саобраћају, управљао возилом после непроспаване ноћи, иако због умора није био способан за безбедно управљање возилом, па је због тога у току вожње за тренутак заспао, изгубио контролу над возилом које је прешло на леву половину коловоза, и тако проузроковао саобраћајну незгоду са тешким телесним повредама.“ Решење Окружног суда у Ваљеву Кж. 215/03, од 24. априла 2003, *Ing-Pro*. Дамашка је још раније тврдио да „конструкција евентуалног умишљаја никако не одговара за потребе саобраћајних деликата, као уосталом и свих осталих деликата угрожавања.“ Тај аутор истиче да се у пракси пристанак не утврђује него се грубе повреде правила пажње приписују умишљају (Дамашка 1964, 92).

и свесног нехата „постепен и еластичан, па и критеријум за њихово разграничење мора у основи бити такав“ (Лазин 1977, 388), а да притом не напусти поље одређености, прецизности и поткрепљености доказима, па самим тим и правне сигурности.

4. ЗАКЉУЧНЕ НАПОМЕНЕ

Спорно питање разграничења евентуалног умишљаја и свесног нехата изнедрило је мноштво теорија и схватања, доктринарно развијених и у одређеној мери судски поткрепљених или оповргнутих, указујући на слојевитост проблема и његов практични значај. Полазећи од законских обличја кривице (тамо где су уопште легислативно уобличена), делује корисно да се при тумачењу комбинују поједини неспорни елементи тих учења. Како би то могло да изгледа, приказано је на српском примеру.

Шире посматрано и мимо везе са одређеним националним правом, могу се издвојити два запажања која изоштравају нејасну догматску и криминалнополитичку слику о разграничењу (евентуалног) умишљаја и (свесног) нехата.

Најпре се, посебно код теорије схватања озбиљно, искристалисао проблем неоснованог оптимизма, односно привилеговања лакомислености.⁷¹ Поштовање начела *in dubio pro reo* у спорним ситуацијама може се косити са осећајем праведности, тако да не чуди то што се поздравља ширење евентуалног умишљаја на рачун свесног нехата. То би уједно био догматски начин прикључења криминалнополитичким кретањима која су код нас усмерена ка пооштравању кривичноправне реакције, односно начин на који би судска пракса и доктрина могле криминалнополитички да интервенишу.⁷²

Такође се показало да је појам ризика потенцијално користан, да омогућава нијансирање у спорним ситуацијама. Свим теоријама које се њиме баве је заједничко да се у први план ставља и на основу објективних критеријума вреднује квалитет опасности коју је учинилац створио (Ruppenthal 2017, 233). Ти критеријуми допуштају објективизацију процене. Много тога што се доживљава само као психолошка категорија има и своју нормативну садржину. То тим пре

⁷¹ Лазин (1977, 392) говори о „повлашћивању криваца“.

⁷² Овде се оставља по страни питање да ли су актуелна криминалнополитичка кретања добра или лоша.

не сме да се пренебрегне у правима која су, попут нашег, прихватила управо психолошко-нормативни појам кривице. Да не треба избежавати нормативно вредновање, показало се код теорије објективног урачунавања, која се са својим смерницама показала као прецизнија од дотадашњих приступа (објективном) урачунавању. То искуство би могло да се прилагоди и пренесе и у сферу субјективног урачунавања.

До преклапања ће неминовно доћи. Већ сада можемо да констатујемо да ће кривичноправно вредновање опасности постати значајније како се повећава број потенцијално ризичних, комплексних области које су повезане са девијантним понашањима, па самим тим и са разграничењем облика кривице. Ту спадају, само примера ради, индустријска производња, истраживања у сфери здравства, спортске активности, привредни криминалитет итд. (Canestrari 2004, 211). Када говоримо о њима, ми увек говоримо и о ризику који им је иманентан.

Чини се да то већ јесу, односно да ће тек бити неки од главних праваца будућег развоја у изналажењу „суптилних и корисних решења у сивој зони између умишљаја и нехата“ (Canestrari 2004, 210), која се потом преламају и на важној међи кажњивости и некажњивости.

ЛИТЕРАТУРА

- [1] Canestrari, Stefano. 4/2004. Die Struktur des dolus eventualis. *Goldtammer's Archiv* 151: 210–227.
- [2] Ћосић, Павле и сарадници. 2008. *Речник синонима*. Београд: Корнет.
- [3] Дамашка, Мирјан. 1/1964. Diskusija. *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo* 2: 92.
- [4] Делић, Наташа. 2/2008. Свест о противправности као конститутивни елемент кривице. *Анали Правног факултета у Београду* 56: 161–179.
- [5] Делић, Наташа. 2009. *Нова решења опитних института у Кривичном закону Србије*. Београд: Правни факултет у Београду.
- [6] Делић, Наташа. 2016. Воља и намера у српском кривичном праву. 92–116. *Казнена реакција у Србији*, ур. Ђорђе Игњатовић. Београд: Правни факултет у Београду.

- [7] Делић, Наташа. 2020. Кривично дело угрожавање јавног саобраћаја (чл. 289. КЗ) – законско решење, доктринарни ставови и судска пракса. 221–261. *Унификација права и правна сигурност, зборник радова 33. сусрета Копаоничке школе природног права Слободан Перовић*, ур. Јелена Перовић Вујачић. Београд: Копаоничка школа природног права.
- [8] Ђокић, Иван. 9/2005. Нехат у кривичном праву. *Правни живот*: 359–378.
- [9] Engisch, Karl. 1964. *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*. Neudruck der Ausgabe Berlin 1930. Aalen: Scientia.
- [10] Engisch, Karl. 4/1955. Anmerkung zur BGH-Entscheidung vom 22.04.1955 – 5 StR. *Neue Juristische Wochenschrift*: 1688–1689.
- [11] Esskandari, Manzur, Nicole Schmitt. 1998. Vorsatz und Irrtum: 1–19. <http://www.juristixx.de/Vorsatz.pdf>, последњи приступ 30. јануара 2023.
- [12] Fischer, Thomas. 2015. *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*. 62. Auflage. München: C. H. Beck.
- [13] Frisch, Wolfgang. 1983. *Vorsatz und Risiko. Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes: zugleich ein Beitrag zur Behandlung außertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen*. Köln: Heymann.
- [14] Frister, Helmut. 7–8/2019. Vorsatzdogmatik in Deutschland. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*: 381–386.
- [15] Hassemer, Winfried. 1989. Kennzeichen des Vorsatzes. 289–310. *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*. Köln: Heymanns.
- [16] Hefendehl, Roland. 2021. § 10: Der subjektive Unrechtstatbestand (Teil 1). *Vorlesung Strafrecht Allgemeiner Teil*. [https://strafrecht-online.org/lehre/ws-2021/strafrecht-at/%C2%A7%2010%20-%20Der%20subjektive%20Unrechtstatbestand%20\(Teil%201\)%20KK%20192-234.pdf](https://strafrecht-online.org/lehre/ws-2021/strafrecht-at/%C2%A7%2010%20-%20Der%20subjektive%20Unrechtstatbestand%20(Teil%201)%20KK%20192-234.pdf), последњи приступ 30. јануара 2023.
- [17] Herzberg, Rolf Dietrich. 1986. Die Abgrenzung von Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit – ein Problem des objektiven Tatbestandes. *Juristische Schulung* 26: 249–262.
- [18] Herzberg, Rolf Dietrich. 1987. Bedingter Vorsatz und objektive Zurechnung beim Geschlechtsverkehr des Aids-Infizierten – AG München. *Juristische Schulung*: 777–783.

- [19] Herzberg, Rolf Dietrich. 13/1988. Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewußt fahrlässigen Verhalten – Teil 2. *JuristenZeitung* 43: 635–643.
- [20] Илић, Горан, Миодраг Мајић, Слободан Бељански, Александар Трешњев. 2022. *Коментар Законика о кривичном поступку*. 11. измењено и допуњено издање. Београд: Службени гласник.
- [21] Jakobs, Günther. 1991. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 2. Auflage. Berlin – New York: De Gruyter.
- [22] Jakobs, Günther. 3/2010. Altes und Neues zum strafrechtlichen Vorsatzbegriff. *Rechtswissenschaft* 1: 283–315.
- [23] Jescheck, Hans-Heinrich, Thomas Weigend. 1996. *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*. 5. Auflage. Berlin: Duncker & Humblot.
- [24] Јовановић, Љубиша. 10/1971. Границе између евентуалног умишљаја и свесног нехата. *Зборник Правног факултета у Нишу*. 81–92.
- [25] Kaufmann, Armin. 1958. Der dolus eventualis im Deliktsaufbau. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtsdogmatik* 70: 64–86
- [26] Küpper, Georg. 4/1988. Zum Verhältnis von dolus eventualis, Gefährdungsvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 100: 758–785.
- [27] Lackner, Karl, Kristian Kühl. 2007. *Strafgesetzbuch Kommentar*,. 26. Auflage. München: C. H. Beck.
- [28] Lacmann, W. 1911. Die Abgrenzung der Schuldformen in der Rechtslehre und im Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*: 142–166.
- [29] Лазин, Ђорђе. 3/1977. Разграничење свесног нехата од евентуалног умишљаја. *Анали Правног факултета у Београду* 25: 386–399.
- [30] Марковић, Ивана, Милош Здравковић. 2020. Emotionalization of Criminal Law in the Process of Adopting and Amending Criminal Legislation. *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 89: 161 – 180.
- [31] Марковић, Ивана. 2011. Пристанак повређеног у кривичном праву. *Казнена реакција у Србији, I део*, ур. Ђорђе Игњатовић. Београд: Правни факултет у Београду.

- [32] Марковић, Ивана. 2015. Нека основна питања у вези са објективном страном противправности. 285–300. *Казнена реакција у Србији, V део*, ур. Ђ. Игњатовић. Београд: Правни факултет.
- [33] Mayer, Hellmuth. 1953. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Stuttgart: Kohlhammer.
- [34] Müller, Ingo. 1980. Der Vorsatz der Rechtsbeugung. *Neue Juristische Wochenschrift*: 2390–2395.
- [35] Özbek, Veli Özer, Mustafa Temmuz Oğlakcioğlu. 6/2019. Die Abgrenzung von dolus eventualis und bewusster Fahrlässigkeit im türkischen Strafrecht – ein Modell für die deutsche Strafgesetzgebung? *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*: 330–344.
- [36] Papageorgiou-Gonatas, Stylianos. 1/2006. Dolus eventualis und die dritte Schuldform. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 118: 262–273.
- [37] Philipps, Lothar. 1/1973. Dolus eventualis als Problem der Entscheidung unter Risiko. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 85: 27–44.
- [38] Puppe, Ingeborg. 1/1991. Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 103: 1–42.
- [39] Puppe, Ingeborg. 1/2006. Begriffskonzeptionen des dolus eventualis. *Goldammer's Archiv*: 65–79.
- [40] Puppe, Ingeborg. 2/2014. Beweisen oder Bewerten. Zu den Methoden der Rechtsfindung des BGH, erläutert anhand der neuen Rechtsprechung zum Tötungsvorsatz. *Zeitschrift für die internationale Strafrechtsdogmatik*: 66–70.
- [41] Puppe, Ingeborg. 10/2018. Abschied von der Lederriemen-Entscheidung? Anmerkung zu BGH HRRS 2018 Nr. 925. *Onlinezeitschrift für Höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Strafrecht* 19: 393–394.
- [42] Радовановић, Милош. 3/1954. Евентуални умишљај и свесни нехат. *Анали Правног факултета у Београду* 2: 334–342.
- [43] Рисимовић, Радосав. 3/2008. Разграничење евентуалног умишљаја и свесног нехата. *Наука, безбедност, полиција* 13: 89–103.
- [44] Rengier, Rudolf. 2022. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 14. Auflage. München: C. H. Beck.
- [45] Roxin, Claus. 1964. Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit – BGHSt 7, 363. *Juristische Schulung*: 53–61.

- [46] Roxin, Claus. 2004. Zur Normativierung des dolus eventualis und zur Lehre von der Vorsatzgefahr. 243–258. *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*, Hrsg. Klaus Rogall, Ingeborg Puppe, Ulrich Stein, Jürgen Wolter.
- [47] Roxin, Claus. 2006. *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I*. 4. Auflage. München: C. H. Beck.
- [48] Roxin, Claus. 1/2010. O eventualnom umišljaju. *Crimen* 1: 5–17.
- [49] Ruppenthal, Miriam. 2017. *Der bedingte Tötungsvorsatz. Eine rechtsvergleichende Studie*. Berlin: Duncker & Humblot.
- [50] Schmidhäuser, Eberhard. 4/1980. Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat („dolus eventualis“ und „bewusster Fahrlässigkeit“). *Juristische Schulung*: 241–252.
- [51] Schröder, Horst. 1949. Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs. 207–248. *Festschrift für Wilhelm Sauer*. Berlin: De Gruyter.
- [52] Schönemann, Bernd. 1975. Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährungsdelikte. *Juristische Ausbildung*: 787–798.
- [53] Schönemann, Bernd. 1999. Vom philologischen zum typologischen Vorsatzbegriff. 363–378. *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999*, Hrsg. Thomas Weigend, Georg Küpper. Berlin: De Gruyter.
- [54] Симић, Илија, Александар Трешњев. 2004. *Збирка судских одлука из кривичноправне материје, књига број 5*. Београд: Службени гласник.
- [55] Sinn, Arndt. 2018. Begriff und Erscheinungsformen des Vorsatzes. *Acta Universitatis Szegediensis: acta juridica et politica* 81: 869–880.
- [56] Срзентић Никола, Александар Стајић, Љубиша Лазаревић. 2000. *Кривично право Југославије општи део*. 21. измењено издање. Београд: Савремена администрација.
- [57] Стојановић, Зоран. 2020а. Члан 25. Умишљај. 145–153. *Коментар Кривичног законика*. Десето допуњено издање. Београд: Службени гласник.
- [58] Стојановић, Зоран. 2020б. Члан 289. Угрожавање јавног саобраћаја. 912–919. *Коментар Кривичног законика*. Десето допуњено издање. Београд: Службени гласник.

- [59] Sternberg-Lieben, Detlev, Schuster, Frank Peter. 2010. §15 Vorsätzliches und fahrlässiges Handeln. *Strafgesetzbuch Kommentar*. 28. Auflage. Hrsg. Adolf Schönke, Horst Schröder. München: C. H. Beck. https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fkomm%2Fschoenkekostgb_28%2Fstgb%2Fcont%2Fschoenkekostgb.stgb.p15.htm&anchor=Y-400-W-SCHOENKEKOSTGB-G-STGB-P-15-RN-84, последњи приступ 30. јануара 2023.
- [60] Stratenwerth, Günter. 1/1959. Dolus eventualis und bewusste Fahrlässigkeit. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 71: 51–71.
- [61] Топаловић, Живко. 1/2010. Граничне међе умишљаја и нехата. *Crimen* 1: 91–119 (Топаловић 2010а).
- [62] Топаловић, Живко. 2/2010. Граничне међе умишљаја и нехата (наставак). *Crimen* 1: 288–313 (Топаловић 2010б).
- [63] Vuković, Igor. 1/2010. Krivičnopravni problemi prenošenja HIV-a. *Crimen* 1: 66–90.
- [64] Vuković, Igor. 3/2017. Materijalni pojam krivice iz ugla krivičnog prava. *Crimen* (8): 501–516.
- [65] Вуковић, Игор. 2018. *Узрочност и објективно урачунавање у кривичном праву*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- [66] Вуковић, Игор. 2022. *Кривично право Општи део*. 2. измењено и допуњено издање. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- [67] Weigend, Thomas. 2008. Vorsatz und Risikokenntnis – Herzbergs Vorsatzlehre und das Völkerstrafrecht. 997–1012. *Strafrecht zwischen System und Telos: Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg am 14. Februar 2008*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- [68] Welzel, Hans. [1969] 2010. *Das deutsche Strafrecht*. 11. Auflage. Berlin: De Gruyter.
- [69] Wessels, Johannes, Beulke, Werner, Satzger, Helmut. 2016. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 46. Auflage. Heidelberg: C. F. Müller.

Ivana MARKOVIĆ, PhD

DOLUS EVENTUALIS AND ITS DEMARCATION FROM CONSCIOUS NEGLIGENCE

Summary

The aim of the paper is to determine the content of *dolus eventualis* in order to demarcate it from conscious negligence as the less serious form of guilt. The main challenge in Serbian law for their differentiation is their identical element of consciousness (awareness of the possibility to commit the act), while the element of will is different (“consent” to *dolus eventualis* and reckless assumption that the consequence of the act would not occur or that the perpetrator would be able to hinder it for conscious negligence).

Firstly, various doctrines (cognitive theories, voluntative theories, and theories of risk) are analyzed. After that, the most important, typical interpretations from the Serbian jurisprudence are presented and commented on, after which it is assessed whether any of the analyzed theories could apply to Serbian Law. Finally, a more precise interpretation of the term „consent“ and related questions is proposed.

Key words: *Dolus eventualis. – Conscious negligence. – Consent. – Theories. – Criminal Code of Serbia.*

Article history:

Received: 6. 3. 2023.

Accepted: 11. 5. 2023.