



DATE DOWNLOADED: Fri Nov 11 16:22:58 2022

SOURCE: Content Downloaded from [HeinOnline](#)

Citations:

Bluebook 21st ed.

Luka Breneselovic, *Straftheorien im Volkerstrafrecht*, 2015 CRIMEN 109 (2015).

ALWD 7th ed.

Luka Breneselovic, *Straftheorien im Volkerstrafrecht*, 2015 CRIMEN 109 (2015).

APA 7th ed.

Breneselovic, L. (2015). *Straftheorien im Volkerstrafrecht*. CRIMEN: Casopis za Krivicne Nauke, 2015(1), 109-113.

Chicago 17th ed.

Luka Breneselovic, "Straftheorien im Volkerstrafrecht," CRIMEN: Casopis za Krivicne Nauke 2015, no. 1 (2015): 109-113

McGill Guide 9th ed.

Luka Breneselovic, "Straftheorien im Volkerstrafrecht" [2015] 2015:1 CRIMEN 109.

AGLC 4th ed.

Luka Breneselovic, 'Straftheorien im Volkerstrafrecht' [2015] 2015 CRIMEN: Casopis za Krivicne Nauke 109.

MLA 8th ed.

Breneselovic, Luka. "Straftheorien im Volkerstrafrecht." CRIMEN: Casopis za Krivicne Nauke, vol. 2015, no. 1, 2015, p. 109-113. HeinOnline.

OSCOLA 4th ed.

Luka Breneselovic, 'Straftheorien im Volkerstrafrecht' (2015) 2015 CRIMEN 109

-- Your use of this HeinOnline PDF indicates your acceptance of HeinOnline's Terms and Conditions of the license agreement available at

<https://heinonline.org/HOL/License>

-- The search text of this PDF is generated from uncorrected OCR text.

-- To obtain permission to use this article beyond the scope of your license, please use:

[Copyright Information](#)

ANDREAS WERKMEISTER, Straftheorien im Völkerstrafrecht (Teorije kažnjavanja u međunarodnom krivičnom pravu),

Baden-Baden, Nomos Verlag 2015, 409 str.

Krajem proleća ove godine izašla je u Nemačkoj knjiga koja je za sada najuspeliji izdanak nove diskusije o svrsi kažnjavanja. Dok jedni autori (kao T. Walter i G. Pérez-Barberá) po prvi put posle mnogo godina otvoreno predlažu da se neki vid retribucije („Vergeltung“) prihvati kao legitimna ili čak i glavna i jedina svrha kažnjavanja, Verkmaisterova knjiga napisana je u duhu protivne škole, kojoj je svaka osveta i retribucija mr-ska i koja nastoji da kažnjavanje veže za opipljive, smislene i pravom kritičkom mišljenju dostupne principe. Šta je i kako izloženo u Verkmaisterovoj knjizi „Teorije kažnjavanja u međunarodnom krivičnom pravu“ i šta treba očekivati od dalje rasprave?

I.

Studija Verkmaisterova počinje sa poglavljem „Ist das ein Mensch?“ i završava se poglavljem „Das ist ein Mensch“. Dakle, otprilike, autor otvara svoju studiju upućivanjem na uobičajne reflekse i osećanja svakog čoveka koji se suoči sa grozotama nedela koje međunarodno krivično pravo kažnjava i njihovim učiniocima („Čovek ili nečovek“, „Ist das ein Mensch?“) i završava svoju studiju sa upečatljivim konstantacijom da učinilac svakako jeste čovek („Das ist ein Mensch“). Između tog polaznog pitanja i odgovora, nalazi se čitav niz prevrednih izlaganja o svrsi kažnjavanja.

Prva glava (str. 23-82) sadrži vrlo lepo napisan deo o međunarodnom javnom

pravu i problematici teorije kažnjavanja u okviru međunarodnog krivičnog prava. Karakteristika je, a biće i svojevrsna prednost studije, što su u diskusiju ravnomerno uključene kako pristalice različitih pravaca iz kruga krivičara, tako i značajni doprinosi predstavnika drugih disciplina (npr. J. Habermas, N. Luhmann).

Druga glava (str. 79-117) je svojevrsno teorijsko stecište cele studije u kome je na prvi pogled samo retorički značaj uvodnog pitanja i odgovora preveden u sferu centralnog teorijskog problema. Polazeći – nužno – od posebnog značaja koji se u Nemačkoj pridaje „ljudskom dostojanstvu (Menschenwürde)“ (v. čl. 1 nemačkog Osnovnog zakona), Verkmaister je izgradio okvir za legitimaciju kažnjavanja, koji, prema njegovom shvatanju, ima strogo biti iscrtan imperativima koji proizilaze iz poštovanja ljudskog dostojanstva. Pritom valja naglasiti, da u pogledu ljudskog dostojanstva Verkmaister, kao i glavnina savremene teorije javnog prava u Nemačkoj, ne prihvata filozofsko-metafizičko shvatanje ovog pojma, po kome bi ljudsko dostojanstvo bilo neko apstraktno (za pozitivniji ukus moglo bi se reći: mistično) svojstvo ljudskosti. Verkmaister polazi (str. 79, 91 ff.) od „subjekatske teorije“ (Subjektive Identitätstheorie), prema kojoj zaštita ljudskog dostojanstva znači pre svega zaštitu čoveka koji po definiciji ima individualno srasao identitet.

Čitav zaokret prema „ljudskom dostojanstvu“ ima, barem se tako meni čini, manje logičku ili teleološku vrednost, a više se

može razumeti i prihvatiti kao vešta i neopodnohna korekcija „diskursa“ u kome postoji tendencija da se okviri legitimacije kažnjavanja postave bez obzira na karakter ljudi kao društvenih bića i često čak uz retroaktivno pripisivanje neljudskih svojstava učiniocu. U tom pogledu, kao što je uostalom često slučaj, kažnjavanje više govori o nama koji kažnjavamo, o dostojanstvu države, organizacije, pojedinaca koji kažnjavaju, pa i međunarodne zajednice, nego o kažnjenicima i njihovim nedelima.

Treća glava (str. 118-355) je najobimnija i predstavlja središnji deo studije u kome je Verkmaister izneo kritiku različitih teorija kažnjavanja i njihovog mogućeg značaja u međunarodnom krivičnom pravu. Shodno obimu i značaju izlaganja, reći ću o aspektima iz ove glave nešto više, pri čemu ću uvek nastojati da iznesem pokoji detalj naročito interesantan za naše čitaoce. Zanimljivo je da je Verkmaister napustio dihtomiju „apsolutnih“ i „relativnih“ teorija kažnjavanja i da umesto toga razlikuje „retributivne teorije“, „preventivne teorije“ i „ekspresivne teorije“.

U pogledu retribucije (118 ff.) izložene su u studiji, pored starinskih postavki Kanta i drugih metafizičara, i novije evropske i američke teorije koncipirane u proteklih nekoliko decenija (134 ff.).

Kod specijalne prevencije pohvalno je uzimanje u obzir kriminoloških nalaza i učenja (154 f.). Verkmaister u pogledu specijalpreventivnog aspekta polazi od toga da svrha međunarodnog krivičnog prava i kažnjavanja koje počiva na njegovim osnovima strogo gledano sme biti samo sprečavanje budućih zločina iz domena međunarodnog krivičnog prava a ne totalna prevencija kriminalnog ponašanja krivca (170 ff.). Sa dosta uspeha u studiji je izložena neophodnost da konkretna kazna *bude kombinacija* prisile i prikraćivanja sa jedne strane i resocijalizacije u pedagoškom smislu sa druge strane (362 ff.). Verkmaister je zauzeo dosta kritički stav prema negativnoj specijalnoj prevenciji (189), što je izgleda najpre posledica okolnosti da je svoje izlaganje ravnao prema Listovoj hipotezi po

kojoj bi taj oblik prevencije bio rezervisan za „nepopravljive“. I inače se stiče utisak da „sigurnosni“ odn. negativni aspekt specijalne prevencije autor, u skladu sa novijim nađenjem u Nemačkoj, ne želi *uopšte* da prihvati kao pojmovni element *kazne*, već ga shvata kao arhitip bezbednosne mere.

U skladu sa poznatim, novijim studijama (L. Greco), u pogledu negativne generalne prevencije Verkmaister nastoji da naročito oprezno oceni Fojerbahovu koncepciju (196 ff.), za koju se danas – drugačije nego do skora – drži da ne počiva na okosnicama rational choice-a već naročite asocijativne psihologije Fojerbahovog vremena, koja je, za razliku od učenja o razložnom izboru, imala značajne determinističke primese. Otud postoje barem dva bitno različita pravca koja se zalažu za negativnu generalnu prevenciju: stariji Fojerbahov, čija je posebna zasluga (ali i logična nužnost) potenciranje principa zakonitosti, i noviji, koji crpi svoje postojanje iz predstava o učiniocu kao razumnom biću koje razložno bira svoje postupke.

Tročlana podela (retribucija, prevencija, penalni ekspresivizam) naročito je inovativna u domenu pozitivne generalne prevencije (226 ff.). Prema Verkmaisterovim načelima u odeljak o pozitivnoj generalnoj prevenciji ušle su samo one teorije čija je neposredna svrha zaštita pravnih dobara (267). Sa tog rezona Verkmaister Jakobsovu teoriju kažnjavanja ne izlaže u okviru dela o pozitivnoj generalnoj prevenciji već u delu koji je posvećen ekspresivnim teorijama. Tu je sistematizaciju Verkmaister preuzeo iz novije, dosta zapažene knjige o kaznama i njihovoj legitimaciji J. Kaspara (J. Kaspar), koja je, takođe, nedavno objavljena. Koliko ja, međutim, razumem, tvrdi kriterijum podela na preventivne i ekspresivne teorije ne leži u svrsi odn. zaštititi pravnih dobara, već se cela stvar u studiji lomi prema kriterijumu *objekta uticaja*. U teorije pozitivne generalne prevencije Verkmaister je svrstao sve teorije koje analogno teorijama negativne generalne prevencije nastoje neposredno da odvrte *pojedince* iz otvorenog kruga adre-

sata od zločina ali – i tu bi bila klasična razlika u odnosu na negativnu generalnu prevenciju – ne potrtavanjem moguće patnje i zla već podsticanjem „pozitivnih“ efekata kao što su razumevanje i prihvatanje normiranih (pravnih) granica ponašanja.

Grupa ekspresivnih teorija je u Verkmaisterovoj studiji heterogena. Pored Jakobsove teorije, koja je „normbezogen“ (273 ff.), Verkmaister pominje još i teorije kojima je posebno stalo do utvrđivanja istorijske istine u krivičnom postupku koji je shvaćen kao totalni komunikativni proces (286 ff.), zatim teorije ekspresivnog kažnjavanja koje nastoje da nadenu naročitu stigmom osuđenom krivcu (298 ff.) i konačno viktimološke ekspresivne teorije (316 ff.).

II.

Iz čitavog venca bogatih izlaganja izdvojio bih dva bitna aspekta koji su, kako mislim, i autoru vrlo važni i u pogledu kojih bi mu trebalo u diskursu priznati zaslugu za znatnu inovaciju. Prvi aspekt je dosta uspešno izvedena dekonstrukcija pojma generalne prevencije. Taj pojam je sve dok se tiče „društva“ kao celine ili apstraktnog kruga potencijalnih učinilaca dosta prazan, a i u pogledu međunarodnog pravosuđa lako može pobuditi određenu konceptualnu sumnju sve dok se vezuje za konkretno, ali ipak celovito društvo. Opipljiva građa za legitimaciju kažnjavanja dobija se tek kada se uobičajna dihotomija (u pogledu društva kao celine i pojedinca) prevaziđe i kada se u obzir uzme čitav dijapazon društvenih grupa i stecišta koje ne vezuje pripadnost jednoj političkoj zajednici odn. državi (društvo kao celina), već određen kriminovalentan kriterijum kao što je obavljanje određenih zanimanja, povezanost ili nepovezanost u političkoj borbi. To nije ni individualni ni opšti plan, već plan „mezoprevencije“ ili, možda na našem bolje: „mecoprevencije“ (81, 154 ff., 365 ff.).

Posledice su tog realističkog pomaka od apstraktno zamišljene „javnosti“ ili „društva kao celine“ ka konkretnim steci-

štima društvene interakcije vrlo gravidne. U pogledu generalne prevencije Verkmaister ističe da uopšte nije pitanje da li postoji potreba da se deluje na društvo kao celinu ili na opšti otvoreni krug adresata, već da teorija i konkretna kaznena politika moraju ponići na predstavi preventivnog delovanja na krugove opipljivih grupa adresata kojima je, moglo bi se reći, zajednička shodna kriminološka situacija (225 f.). To bi na primer, koliko je vidljivo iz studije, u slučaju kažnjavanja predsednika bili predsednici drugih država, u slučaju kažnjavanja generala vojne starešine ili, uopšte govoreći, u slučaju krivolova lovci ili lovci jednog podneblja, u slučaju nesavesnog lečenja u porodilištima babice isl. No samu ideju meco-plana, Verkmaister je iskoristio i kod specijalne prevencije (157 f.), kao i na drugim prigodnim mestima u studiji (166). U slučaju kada se čini da specijalna prevencija nije potrebna zato što je, prema svim prilikama, izvesno da se učinilac više neće domoći visokog ili važnog položaja koji je bio kriminološka *conditio sine qua non* delinkvencije, često se kaže da bi u takvom slučaju sa stanovišta specijalne prevencije kazna bila besmislena. Ako se kao merilo sagledavanja stvari postavi *meco-plan*, stvari stoje nešto drugačije. Učiniocu mogu i dalje, nakon gubitka pređašnjeg političkog položaja, biti dostupne druge kriminološki relevantne aglomeracije moći kao što su razni karteli ili partijska struktura u slučaju opozicionih stranaka sa nasilnim elementima.

Drugi je važan aspekt koji prožima analizu u celoj knjizi izvestan „kriminološki zaokret“. Verkmaister drži da se o pitanjima koje raspravlja u njegovoj studiji ne može voditi zatvorena filozofska diskusija, već da argumentacija mora dosledno uzeti u obzir faktičko stanje stvari (etiologija i fenomenologija zločina, penologija) (47 ff.). U tom pogledu u celoj studiji je приметно osetno upotpunjavanje diskursa, u kome se često skreće pažnja da se pravna ocena i eventualna teorija kažnjavanja moraju vezati za konkretne, stvarne oblike izvršenja, stvarne oblike i tipske razlike između učinilaštva.

Treba primetiti da je po sredi u prvom redu uočavanje i prevođenje jednog svežnja svežih kriminoloških nalaza i okosnica u širi kontekst teorijske rasprave, a ne „empirizacija“ diskursa. Ali i sa tim se mnogo dobilo, jer je spekulacija kako-tako obuzdana, misli se ne predstavljaju kao da dolaze iz samih misli, već postoji upravo jedan reflektivni odnos prema činjenično i pravno potentnoj stvarnosti.

Dobar utisak u tom smislu ostavlja, primera radi, pokušaj Verkmajestera da u okviru izlaganja o opasnosti od povrata argumentaciju poveže sa „turning-points“ debatom (159). Ali bi upravo na tom mestu trebalo časak razmisliti i videti u kojoj meri za sebe bez sumnje vrlo bitni nalazi istraživanja kriminalnih karijera, koji su mahom ponikli na građi koja se odnosi na kriminal koji zahteva određenu psihomotoričku umešnost, mogu bez daljnjeg preneti na ljude koji su izvršili nedela na važnim „kabinetskim“ položajima u diktaturama ili drugim nesređenim državama i sve to još uz znanje i aktivno učešće porodica koje su inače bitni protektivni faktori u starosti. Tu bi možda pre bilo poželjno razviti zasebnu teoriju učešća u „političkom ciklusu“.

Sa navedenim epistemološkim pomakom u vezi je i dosta zgodan i pohvalan, po sebi vrlo radikalnan zahvat kod pojma kazne. Verkmajster odbija da govori *o svrsi kazne kao takve*, već polazi, držeći se svog epistemološkog pomaka (na kome su u skorije vreme insistirali i drugi autori), da se okvir legitimacije može izraditi samo sa obzirom na konkretne kaznene pojave (71 ff.). Otuda je cilj izlaganja da se kazna analizira kao „pravni fenomen međunarodnopravnog poretka i društveni problem u životu učinilaca“ (74). Otuda je i predmet analize „praktikovana kazna u međunarodnom javnom pravu (praktizierte völkerrechtliche Kriminalstrafe)“ koja u tom smislu u životu ljudi i naroda postoji kao praktikovani oblik neodobravanja, i to u vidu smislenog, prinudnog akta prikraćenja slobode (79).

III.

U čitavom moru različitih konkretnih kombinacija (Vereinigungstheorien, up. 348 ff.), Verkmajster zauzima stanovište da legitimna svrha kažnjavanja može biti samo prevencija, i to u Verkmajestеровој koncepciji, pozitivna specijalna prevencija i „meco-prevencija“. Taj je stav posebno i ponovljen i razrađen u zasebnoj, završnoj glavi studije (356-381). Aspektat žrtve, koji je upravo delom u Minhenu u zadnjih nekoliko godina dosta istican, Verkmajster je u izvesnom smislu minimalizovao, ali mu je formalno ostao vrlo veran. To je možda, za dalje praćenje diskusije, najinteresantniji deo studije. Glavna je premisa sadržana u Verkmajestеровим rečima da „za legitimaciju kažnjavanja svakako nije dovoljno samo da bez drugih aspekata faktički postoji potreba kod žrtava“ da učinilac bude kažnjen (317). Iz ugla krivičnog prava nisu relevantne „neisfiltrirane retributivne potrebe“ (323) već jedino *opravdani interesi* („anerkennenswerte Interessen“) žrtve kojima može da se udovolji sredstvima krivičnog prava (317, 335 ff.). Reč je u tom pogledu o viktimološkim aspektima (317) teorije kažnjavanja ali sama žrtva i njena osećanja nisu mera kazne; žrtva nema pravo da učinilac bude kažnjen već ima opravdani interes da se efikasno reaguje na nedela (344).

Žrtva je u tom konceptu transcendirana njenim „opravdanim interesima“, koje pak Verkmajster prevashodno izjednačava sa efikasnom pozitivnom specijalnom prevencijom i „meco-prevencijom“ (370 ff.), i uz to naglašava da žrtve (pa i one koje više nisu među živima) imaju opravdan interes da se u upečatljivom komunikativnom činu, kakav je krivičan postupak, utvrde učinioci i njihova krivica. Ako se ne varam, to je jedan snažan zaokret u odnosu prema žrtvama, koji je – delom upravo i u Minhenu – godinama unazad često uziman za glavnu ili jednu od glavnih okosnica nove kriminalne politike. Verkmajesterova argumentacija nije u uobičajenom smislu viktimološka. Slične opravdane interese kao žrtve u Verkma-

sterovim izlaganjima imaju „svi građani“ ili svakako svaki „normativni građanin“. To je otprilike pravac u kome bi diskusija mogla nadalje da se kreće: *legitimacija kažnjavanja u funkciji građanskog društva s obzirom na sumu svih njegovih prilika, stvarnih odnosa i uobičajenih ili oprobanih „komunikativnih kanala“*. To je gorući problem koji se podjednako i suštinski tiče: materijalnog krivičnog prava, izvršenja i postupka.

IV.

Pitanje sa kojim je Verkmaister otvorio svoju studiju („Ist das ein Mensch“) i potvrđan odgovor sa kojim je mogao da je zatvori (učinilac je svakako čovek), nisu spomenik praznog književnog talenta autora. Verkmaisterova je naime glavna ideja, da tendencije ka retribuciji ili eliminatornom krivičnom pravu (Feindstrafrecht) u međunarodnom krivičnom pravu uglavnom proističu iz zgranutosti nakon učinjenih nedela, odnosno iz nepoznavanja same stvari i svih aksioloških sadržaja rasprave. Zadatak je pak pravnik da zgranutost i zabezkn-

tost prevaziđu i da izrade smislen i umesan osnov za kažnjavanje u međunarodnom krivičnom pravu. Za mene je odgovor na kraju knjige bio otkrovenje, ne zbog toga što sam ranije bio na stanovištu da učinoci nisu ljudi, već zato što mi se nakon prebiranja bogatih Verkmaisterovih izlaganja činilo da je gotovo i neprihvatljivo drugačije misliti. Ta je dakle knjiga sa uvodnim pitanjem i odgovorom jedan od najlepših dokaza smisla i koristi pravnog posla.

Knjiga je zaista dobro napisana i to, mislim, po ukusu svakog čitaoca, bez obzira za koji se pravac mišljenja inače zalagao i kakav pogled na svrhu kažnjavanja imao. U tom pogledu preporučuje se svakom, ali mislim da neću preterati ako kažem da će je posebno ceniti svi oni čitaoci kojima je drago što je diskusija o svrsi kažnjavanja – u Nemačkoj – opet zaživela i što su se već na početku diskusije, posle godina i godina defanzive, našle vrlo umešne i prodorne pristaje *smislenog* kažnjavanja.

Luka Breneselović