

Luka Breneselović

Institut za uporedno pravo, Beograd

KAZNA DOŽIVOTNOG LIŠENJA SLOBODE PREMA NEMAČKOM KRIVIČNOM ZAKONIKU

– LEBENSLANGE FREIHEITSSTRAFE –

Apstrakt

Kazna doživotnog zatvora je najstroža krivična sankcija koju poznaje nemačko krivično pravo. Krajem sedamdesetih godina prošlog veka nemački Savezni sud naložio je zakonodavcu da ovu kaznu uredi, tako da svakom zatvoreniku stoji u izgledu prilika da, ako se popravi, opet zaživi na slobodi. Taj naročit novi koncept kazne doživotnog zatvora sa mogućim uslovnim otpustom ima značajne kriminalnopolitičke prednosti u odnosu na kaznu dugog zatvora koja je kao alternativa prihvaćena u Hrvatskoj, a zatim i u Srbiji. U Nemačkoj će zatvorenik koji je osuđen na kaznu doživotnog zatvora, u slučaju povoljnog prognostičkog nalaza, najčešće posle 15-18 godina u zatvoru biti pušten na slobodu. Za našu kaznu dugog zatvora se pak ističe da je „humanija“, jer tobože ne traje doživotno, no prema režimu za uslovni otpust lica koja su osuđena na 40 godina dugog zatvora, uslovni otpust je moguć tek posle 26 godina i 8 meseci.

Ključne reči: Kazna doživotnog zatvora; krivično pravo; kazna dugog zatvora; uslovni otpust; Nemačka; ustavno sudstvo.

*

* *

Kazna doživotnog lišenja slobode *ili* kazna doživotnog zatvora (lebenslange Freiheitsstrafe) je najstroža kazna u nemačkom sistemu krivičnih sankcija. Za nas je ona od naročitog interesa zato što joj je upravo na našim prostorima dugo poricana svaka opravdanost.

Tradicionalna uzdržanost u jugoslovenskoj krivičnoj teoriji prema kazni doživotnog zatvora, najbolje je izražena kada je ta kazna 1959/60. godine¹ ukinuta. Slikovito je bilo i kada se u Hrvatskoj Horvatić pre svega nekoliko godina protivio doživotnom zatvoru opaskom da je on »samo korak od antiabolicionizma i uvođenja smrtne kazne«. ² I kod nas je, čini se, zakonodavac nedavno slično sudio o doživotnom zatvoru kao kazni kada je

¹ Petrić, Smrtna kazna: da ili ne, Gl. AKV 10/1999, 336, na strani 341.

² Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu 2/2002, 586.

kao prednost fiksne kazne od 40 godina istakao da je posebno cenio »izvjesnost u pogledu trajanja [sic!] ove kazne«³ i da »u nekim zemljama iz našeg okruženja i uopšte u evropskom pravu postoji takozvani doživotni zatvor, ali je on, takođe sa stanovišta penologije i stanovišta abolicionističkog pokreta dosta kritikovan, jer se smatra da je ta kazna nepopravljiva.«⁴

Navedeni nepovoljni stavovi o kazni doživotnog zatvora mogu se međutim odnositi samo na klasični koncept ove kazne, prema kome se ona zaista izvršava – doživotno. No upravo je nemački Savezni ustavni sud udario ovakvom konceptu glavnu prekretnicu kada je 1977. godine ustanovio da takav koncept nije u skladu sa ustavom – nemačkim Osnovnim pravilnikom. U Presudi od 21.6.1977. godine⁵ Savezni ustavni sud je našao da je kazna doživotnog zatvora u saglasnosti sa Osnovnim pravilnikom samo ako svakom učiniocu u izgledu stoji „konkretna i načelno ostvariva prilika“ da se, nakon što se popravi, vrati u „društvo slobodnih građana“.⁶ Zakonodavcu je sud ostavio „primereni rok“⁷ da uredi postupak za „*prevremeni*“ otpust lica koja izdržavaju kaznu doživotnog zatvora. Ovakva odluka suda ima interesantnu kriminalnopolitičku i pravnu pozadinu.

1. Nastanak nove koncepcije

Da bi se pravni slučaj razumeo u celini neophodno je da ukratko kažem nešto o procesnoj pozadini slučaja, o ustavnom okviru krivičnog prava u nemačkoj i značajnim krivičnopravnim propisima koji su prilikom ocene ustavnosti kazne doživotnog zatvora dovedeni u pitanje.

Pre 1977. godine nemački Savezni ustavni sud najmanje je dvaputa izbegao da oceni ustavnost kazne doživotnog zatvora. Godine 1967. odbacio je jednu ustavnu žalbu⁸ u skladu sa tadašnjim procesnim režimom kao „očito

³ Stenografske beleške sednice Veća građana Savezne skupštine LX/3, 2001, 183. (povodom ukidanja smrtne kazne i određivanja nove najstrože sankcije).

⁴ Stenografske beleške sednice Veća republika Savezne skupštine od 24. i 25 okt. 2001, LX/2, 2001, 109. (povodom ukidanja smrtne kazne i određivanja nove najstrože sankcije).

⁵ Presuda je objavljena na brojnim mestim: u zvaničnom sudskom biltenu Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes (= BVerfGE) 45 (1978), str. 187-271; dalje u časopisima: Europäische Grundrechte-Zeitschrift (EuGRZ) 1977, 290; Neue juristische Wochenschrift (NJW) 1977, 1525 (odlomak); saopštenje za štampu Suda štampano je u Monatschrift für Deutsches Recht (MDR) 1977, 902; ocene presude objavili su *Hassemer*, JuS 1977, 833; *Schmidhäuser*, Juristische Rundschau (JR) 1978, 265; *Goldtammer's Archiv* (GA) 1979, 441; *Sessar*, Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform (MSchrKrim) 1980, 193.

⁶ Presuda (fn. 5), BVerfGE 45, 187, 245.

⁷ Presuda (fn. 5), BVerfGE 45, 187, 252.

⁸ Za brojeve odluka v. Neue juristische Wochenschrift (NJW) 1976, 982 (t. 4).

neosnovanu“⁹, a 1975. odbacio je isto tako jednu ustavnu žalbu u skladu sa tadašnjim procesnim režimom sa naznakom da nema „izgleda da uspe“ odnosno da je „bezigledna“.¹⁰

U ocenu ustavnosti Sud se upustio tek 1977. godine, kada je odlučivao po predstavi Zemaljskog Verdenskog suda (Landgericht Verden) od 5.3.1976. godine.¹¹ Tu je reč o naročitoj predstavi kojom svaki nemački sud može i mora da pribavi odluku Saveznog ustavnog suda kada sumnja da određen pravni režim *nije* u skladu sa Osnovnim pravilnikom. Ustavne žalbe Savezni ustavni sud iz različitih razloga procesne ekonomije može da *odbaci*; dok je, obrnuto, u slučaju navedenih predstavki dužan da o njima meritorno odluči.

Verdenski sud, bio je podstaknut, da uputi predstavku Saveznom ustavnom sudu iz sledećih razloga: u nemačkom krivičnom pravu strogo gledano ne postoji, kao kod nas, obično i teško ubistvo. Umesto toga nemački Krivični zakonik (Strafgesetzbuch) poznaje dva zasebna krivična dela: jedno, krivično delo ubistva (Totschlag) koje je uređeno u § 212, i drugo, naročito krivično delo „Mord“ (krvništvo; krvničko ubistvo) koje je uređeno u § 211. Ovo poslednje krivično delo po sadržaju kudikamo odgovara našem teškom ubistvu, ali sudska praksa istrajava na tome da su to dva različita krivična dela. To proističe i iz sistematike zakona po kojoj „teži oblik“ (Mord) dolazi pre osnovnog (Totschlag). Ovakva stroga distinkcija je nemačkim sudovima na planu krivičnih sankcija nemali broj puta donela teškoće, jer je za „obično ubistvo“ (Totschlag) predviđen zatvor u trajanju od 5 do 15 godina (§ 211 I, 38 II), s tim što sud u naročito teškim slučajevima sud može izreći doživotnu kaznu zatvora (§ 211 II). No kod „teškog ubistva“ (Mord), sud je uvek kada je ispunjen deliktini činjenični skup tog krivičnog dela po slovu zakona obavezan da izrekne kaznu doživotnog zatvora. Ima međutim slučajeva u kojima su obeležja § 212 ispunjena („iz niskih pobuda“; „iz pritaje, svirepo, sa opasnim oružjem ili oruđem“; „sa namerom da prikrije ili omogući drugo krivično delo“), a kada se opet čini da je izricanje doživotne kazne zatvora neprimereno. Takav je slučaj, recimo, kada supruga ubije muža koji je prethodno mesecima ili godinama teško zlostavljao porodicu („Familiencyrann“). U takvim slučajevima sudovi se u Nemačkoj različito dovijaju: jedni gledaju da elemente predispozicije (bića)

⁹ § 93a III Zakona o Saveznom ustavnom sudu (Gesetz über das Bundesverfassungsgericht), prema slovu Trećeg zakona o izmeni Zakona o Saveznom ustavnom sudu od 3.8.1963. godine (BGBl. I 589).

¹⁰ § 93a III BverfGG, prema slovu Trećeg zakona o izmeni Zakona o Saveznom ustavnom sudu od 21.12.1970. godine (BGBl. I 1765).

¹¹ Predstavka je preštampana u Neue juristische Wochenschrift (NJW) 1976, 1980 = Europäische Grundrechte-Zeitschrift (EuGRZ) 1976, 155; ocenili su je *Triffterer*, Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 1976, 91; *Erichsen*, NJW 1976, 1721.

što restriktivnije protumače kako bi došli do zaključka da nisu svi elementi deliktne činjeničnog skupa iz § 211 ispunjeni; drugi tumače zakonske elemente nepristrasno ali na njih dodaju nepisan uslov da krivično delo uz sve zakonske treba da ispuni i dodatan element, naime da zavrednjuje naročit prekor (besonders verwerflich); konačno, nemački Vrhovni sud (Bundesgerichtshof) od 1981. godine tumači deliktne činjenični skup bez restrikcija i dodataka, ali zato uzima da je sudovima dozvoljeno da u izuzetnim slučajevima *contra legem* izreknu blažu krivičnu sankciju, kada je očigledno da je kazna doživotnog zatvora neprimerena.¹²

Veza svih ovih postavki uz pomoć kojih se sudska praksa dovija da izbegne prestrogu sankciju koju zakonodavac predviđa sa slučajem koji razmatramo je sledeća: Verdenski sud upravo je odlučivao u jednom slučaju u kome se činilo da kazna doživotnog zatvora ne bi bila primereno individualizovana sankcija s obzirom na sve okolnosti slučaja. No Verdenski sud nije pošao nijednim od gore navedenih puteva, već je pošao svojim putem i uzeo da bi najlakše mogao da zaobiđe prestrogu sankciju za krvničko ubistvo (Mord) iz § 211, ako bi utvrdio da je kazna doživotnog zatvora protivustavna. No kako obični sudovi ne mogu u Nemačkoj sami da utvrđuju protivustavnost odredbi, to je Verdenski sud morao da se obrati Saveznom ustavnom sudu sa zahtevom da ovaj preispita ustavnost spornog propisa. Kada bi prema zamisli Verdenskog suda, Savezni ustavni sud utvrdio da je kazna doživotnog zatvora u kontekstu § 211 protivustavna, onda bi Verdenski sud mogao namesto doživotnog zatvora po slovu § 211 Krivično zakonika da izrekne kaznu od 15 godina zatvora, što je opšti maksimum u Nemačkoj (§ 38 II) i što se tom sudu u konkretnom slučaju činilo da je umereno i pravo.

Otuda je argumentacija Verdenskog suda protiv kazne doživotnog zatvora bila podeljena: (1) jedan deo argumenata odnosi se na kaznu doživotnog zatvora uopšte – Sud u Verdenu drži da je § 211 Krivičnog zakonika (Mord) protivustavan, jer je kazna doživotnog zatvora u nemačkom pravnom poretku u celini neprihvatljiva; (2) a drugi deo argumentacije odnosi se uže na § 211 i činjenicu da je zakonodavac za najrazličitije slučajeve predvideo u toj odredbi samo jednu sankciju – doživotnu kaznu zatvora.

Te dve šine kritike utemeljene su na različitim odredbama nemačkog Osnovnog pravilnika: kazna doživotnog zatvora prema Verdenskom sudu nije spojiva sa režimom zaštite ljudskog dostojanstva iz čl. 1 I Osnovnog pravilnika i sa posebnom garantijom minimalnog sadržaja osnovnog prava na ličnu slobodu iz čl. 2 II, u vezi sa čl. 19 II Osnovnog pravilnika. Tu se sud

¹² O ovome se pisalo mnogo, ali dovoljno je da se pogleda komentar *Neumanna*, Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, 3. izd 2010, vor § 211, br. 144 ff.

posebno pozvao na ranije istraživanja koja su utvrdila da u toku izvršenja kazne zatvora, posle 10, 15, 20 ili najviše 25 godina u zatvoru kod svakog zatvorenika dolazi do trajne (ireverzibilne) propasti ljudske ličnosti. Sledstveno bi takva državna radnja koja uništava ljudsku ličnost morala biti nespojiva sa ljudskim dostojanstvom, a ono je prema čl. 1 Osnovnog pravilnika „neprikosnoveno (unantastbar)“.¹³ U Nemačkoj se osnovna prava kao ustavna kategorija uzimaju vrlo strogo, pa otuda i svaka državna mera koja prikraćuje neko osnovno pravo mora biti naročito opravdana (klauzula opravdanosti – Verhältnismäßigkeitsprinzip¹⁴). Kako je zatvaranje radnja kojom se prikraćuje lična sloboda koja je kao takva zagarantovana u čl. 2 II Osnovnog pravilnika, otuda ograničenje slobode mora biti naročito opravdano i u okvirima koje za sva ograničenja postavlja čl. 19 II Osnovnog pravilnika. Taj član, slično kao čl. 18 II našeg Ustava, uređuje takozvanu klauzulu minimalnog sadržaja, prema kojoj nijedno osnovno pravo ne sme da bude tako ograničeno da se zadre u njegov osnovni sadržaj/suštinu. A Verdenski sud kaže sledeće: doživotno ograničenje slobode, uopšte nije ograničenje već ukidanje slobode i kao takvo je nespojivo sa čl. 19 II Osnovnog pravilnika.¹⁵ – To je u pogledu prve šine kritike.

U pogledu druge šine, Verdenski sud drži da je kazna doživotnog zatvora nespojiva sa čl. 3 Osnovnog pravilnika, a to je princip jednakosti koji ne nalaže samo da se sa relevantno jednakim postupaju jednako, već i da se u relevantno (suštinski) drugačijim slučajevima postupaju drugačije. Sa tim principom je nespojivo da sudovima ne bude ostavljen nikakav prostor da na različite slučajeve nadovežu različite sankcije. Pravni život je pokazao da se pod § 211 Krivičnog zakonika (Mord) mogu podvesti i slučajevi u kojima je izricanje doživotne kazne zatvora očigledno neprimereno.¹⁶

Ovde bi se sada naširoko moglo pisati kako je detaljno i sa puno obzira Savezni ustavni sud pretresao kritiku koju je izrazio Verdenski sud.¹⁷ Naš ustavni sud bi iz rada nemačkog Saveznog ustavnog suda trebalo pre svega da nauči da „volju zakonodavca“ u prvom redu zastupa izvršna vlast koja prati potrebe reforme i poznaje primenu propisa, a ne parlamentarci. Za razumevanje cele stvari mislim međutim da je dovoljno da se kaže da Savezni ustavni sud *nije našao* da je § 211 nemačkog Krivičnog zakonika protivan ustavu. Ali to je samo ako se cela stvar formalno gleda, jer je materijalnu stranu stava koji je zauzeo Verdenski sud usvojio i Savezni ustavni sud našavši da je kazna doživotnog zatvora u saglasnosti sa Osnovnim pravilnikom *samo ako zakon svakom osuđeniku ostavlja dostupnu i načelno*

¹³ Predstavka (fn. 11), str. 981, t. 2, zu a).

¹⁴ Ova klauzula je poznata pod pogrešnim imenom kao princip proporcionalnosti.

¹⁵ Predstavka (fn. 11), str. 981, t. 2, zu b).

¹⁶ Predstavka (fn.11), str. 981, t. 2, zu c).

¹⁷ U Presudi (fn. 5), BVerfGE 45, 187.

ostvarivu pravno uređenu mogućnost da se posle izvesnog vremena, u slučaju boljitka, vrati u društvo slobodnih.

Sa malo humora, mirno se može prihvatiti ocena koju je o presudi Saveznog ustavnog suda dao Schmidhäuser: kazna doživotnog zatvora nije protivustavna, a njeno izvršenje izgleda da jeste.¹⁸

Presuda Saveznog ustavnog suda u osnovi počiva na dve grupe argumenata. Prvo nije u skladu sa ljudskim dostojanstvom, koje je prema čl. 1 Osnovnog pravilnika neprikosnovenno, u zatvoru do kraja života držati čoveka koji se popravio. I drugo, Savezni ustavni sud je podstaknut izlaganjima Verdenskog suda ustanovio da je u pravnom životu kazna doživotnog zatvora već duže vreme sadržajno korigovana kroz praksu pomilovanja. Došlo je do „denaturalizacije“ i kazne doživotnog zatvora¹⁹ i instituta pomilovanja²⁰, usled gotovo šablonskog pomilovanja u slučajevima u kojima prema strogom smislu koji ustanova pomilovanja ima, pomilovanje u konkretnom slučaju ne bi bilo opravdano. Od 1915 lica, koja su u periodu od 1945. do 1975. godine osuđena na kaznu doživotnog zatvora, već 1975. godine bilo je pomilovano 702-je lica.²¹

Takva ekstenzivna praksa pomilovanja od ranije je bila poznata Saveznom ustavnom sudu, jer je zanimljivo da je taj sud 1975. godine, odlučujući po jednoj ustavnoj žalbi čiji je predmet bila ustavnost modaliteta izvršenja kazne doživotnog zatvora, zaključio da i izvršenje te kazne *mora* biti oblikovano idejom resocijalizacije.²² Takav stav ima pun smisao jedino sa pretpostavkom da lica osuđena na kaznu doživotnog zatvora po pravilu kroz ustanovu pomilovanja dobijaju priliku da opet okuse slobodu.²³

Sve nemačke države-pokrajine utemeljile su praksu da se postojanje uslova za pomilovanje ispituje po službenoj dužnosti, ali Savezni ustavni sud je zauzeo stanovište da postupak pomilovanja ne odgovara strogim proceduralnim i materijalnopравnim standardima koji su u pravnoj državi u ovako značajnoj stvari uvek zagarantovani: nikakav rok u zakonu nije određen, pa je i praksa od države do države u Nemačkoj drugačija - za osuđene u Hamburgu stoji prosek od oko 16 godina, za osuđene u Rajnland-Falcu 22 godine, a to je posebno neprihvatljivo kada se zna da u jednoj istoj zatvorskoj jedinici sede osuđena lica o čijem se zahtevu za pomilovanje odlučuje u različitim nemačkim državama-pokrajnama; u slučaju neuspelog

¹⁸ *Schmidhäuser*, Juristische Rundschau (JR) 1978, 265, tamo na str. 271.

¹⁹ Tako je tvrdio veštak prof. Dreher, u Presudi (fn. 5), BVerfGE 45, 187, 244.

²⁰ Tako je tvrdio veštak prof. Triffterer, u Presudi (fn. 5), BVerfGE 45, 187, 219. Isto je stvar video i sud na str. 244, 245.

²¹ V. u Presudi (fn. 5), BVerfGE 45, 187, 203.

²² Presuda je preštampana u Neue juristische Wochenschrift (NJW) 1976, 37 (38).

²³ Tako Verdenski sud u Predstavci (fn. 11), str. 984.

zahteva osuđenog, nadležne institucije često kasnije lake ruke neopravdano odbacuje nove zahteve; odluka o pomilovanju je slobodna i u tom smislu politički osetljiva; postupak je nepregledan i dugo traje; osuđeni i njegov zastupnik nemaju priliku da se upuste u raspravu sa veštakom koji odlučuje o opasnosti/boljitku osuđenog; zabranjen je uvid u spise; žalba ili tužba sudu po pravilu nije dozvoljena.²⁴

Iz svega je Savezni Ustavni sud našao: 1. da je kazna doživotnog zatvora za krivično delo krvničkog ubistva (§ 211 I KZ), sve dok se poštuju uslovi koje je sud u presudi utvrdio, u skladu sa ustavom; 2. da se na osnovu dostupnih istraživanja i saznanja ne može utvrditi da kazna doživotnog zatvora koja se izvršava u skladu sa propisima koji uređuju izvršenje i sa gotovo izglednim pomilovanjem nužno dovodi do nepopravljivih psihičkih ili fizičkih poremećaja kod osuđenika, koji bi se imali smatrati povredom ljudskog dostojanstva (čl. 1 I Osnovnog pravilnika); 3. da bi izvršenje kazne bilo u skladu sa ljudskim dostojanstvom, neophodno je da licima koja su osuđena na doživotnu kaznu zatvora, stoji u izgledu načelno ostvariva i pravno uređena mogućnost da se vrate u društvo slobodnih. Taj zahtev nije u celosti ispunjen time što licima koja izdržavaju kaznu doživotnog zatvora omogućeno da traže pomilovanje; u pravnoj državi neophodno je da se uslovi i postupak za otpust lica koja služe kaznu doživotnog zatvora zakonski (precizno – putem pravila i u parlamentarnoj proceduri) urede. I konačno, (4) odluka zakonodavca da za sve slučajeve koji su kvalifikovani okolnostima iz § 211 (Mord) zapreti samo jednu kaznu – kazna doživotnog zatvora, nije protivustavna sve dok se u postupku tumačenja elementi deliktne činjenice skupa § 211 u skladu sa ustavnom klauzulom opravdanosti tumače restriktivno.²⁵

²⁴ Tako veštak prof. Triffterer, u Presudi (fn. 5), BVerfGE 45, 187, 219, i sam Sud na str. 243 dd.

²⁵ Ovo je siže Presude (fn. 5), BVerfGE 45, na str. 187.

2. Pregled nove koncepcije

Zakonodavac je ispoštovao nalog Saveznog ustavnog suda i uredio uslove za otpust lica koja izdržavaju doživotnu kaznu zatvora u § 57 a KZ Nemačke, koji je stupio na snagu 1. maja 1982. godine. Manje izmene zakonodavac je izvršio 1986. i 2006. godine, kada je uveden i § 57 b KZ Nemačke, koji precizira režim otpusta u slučaju sticaja.

Za potpuno razumevanje propisa o uslovnom otpustu lica koja izdržavaju kaznu doživotnog zatvora neophodno je, dabome, da se poznaje i opšti režim otpusta lica koja izdržavaju vremenski unapred ograničenu kaznu zatvora (§§ 57, 56 a II Rečenica 2; 56 b – 56 g KZ Nemačke). Ovde ću međutim izložiti samo one pojedinosti otpusta koje predstavljaju posebnost režima kazne doživotnog zatvora, jer mislim da će se svaki čitalac i sa poznavanjem našeg prava lepo snaći.

Otpust prema § 56 a je uvek uslovan. On može biti uslovljen ispunjavanjem inicijalno ili naknadno određenih naloga i drugih obaveza (§§ 56 b – 56 e). Period probacije iznosi *pet godina* (§ 57a III).

Za uslovni otpust potrebno je da postoji saglasnost učinioca i povoljna prognoza (§ 57a I 3), zatim da je učinilac izdržao najmanje petnaest godina kazne, pri čemu će mu se uračunati svako lišenje slobode u vezi sa učinjenim krivičnim delom (§ 57a I 1, II), i konačno neophodno je da „naročito visok stepen krivice učionica“ („besnoders schwere Schuld des Vrebrechers“) ne nalaže dalje izvršenje kazne (§ 57a I 2).

Takozvana „klauzula naročite krivice“ (Schuldschwereklausel) je manevar zakonodavca kojim je relativizovana donja granica za uslovni otpust lica koja izdržavaju kaznu doživotnog zatvora, a koja, videli smo, iznosi 15 godina. Čak i kada postoji povoljan prognostički nalaz, zatvorenik neće biti uslovno otpušten *ako dalje izvršenje nalaže* naročito visok stepen krivice. Tu dabome dolazi do izražaja bolna istina, da u savremenoj Nemačkoj svrha kazne nije jedino resocijalizacija ili kakva god prevencija, već da tamo rame uz rame kao legitimne svrhe kazne stoje specijalna i generalna prevencija i uz to i odmazda. Prema shvatanju Saveznog ustavnog suda i nemačkog Saveznog suda, klauzula naročite krivice sama za sebe nije protivustavna, ako naročito visok stepen krivice utvrđuje sud u izreci kada odlučuje o krivici i kazni – dakle u presudi.²⁶ No protivustavno je, kakav je do tada bio običaj, da naročito visok stepen krivice utvrđuje tek sud koji odlučuje o uslovnom otpustu. Sud koji odlučuje o uslovnom otpustu može i treba da odluči da li naročito visok stepen krivice *nalaže dalje izvršenje*, ali

²⁶ Zaključak od 3.6.1992 – Bundesverfassungsgericht Entscheidungen (BVerfGE) 86, 288 = EuGRZ 1992, 225 = NJW 1992, 1974 = Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ) 1992, 484, 585 = Juristische Zeitung (JZ) 1992, 1176.

odluku o tome da li naročito visok stepen krivice uopšte postoji mora da donese sud koji je odlučio o krivici.

Naročito visok stepen krivice može proisteći iz načina izvršenja, motiva, okolnosti da je usled jedne radnje stradalo više ljudi ili pak da je učinilac višenavratno ubio više ljudi. Držanje okrivljenog u okviru zakonom dopuštenih taktika odbrane nikad ne utemeljuje naročito visok stepen krivice. Ne sme se, recimo, izvesti zaključak da postoji naročito visok stepen krivice iz činjenice da okrivljeni koji poriče izvršenje krivičnog delo ne pokazuje kajanje. Ne postoje okolnosti koje automatski povlače sud o naročito visokom stepenu krivice.

U praksi klauzulu naročite krivice, pod pretpostavkom da je pred osuđenikom dug život, ne vodi doživotnom izvršenju. Svaki čovek, pa i na kaznu doživotnog zatvora sa naznakom da postoji naročito visok stepen krivice, ima pravo da, ako se popravi, opet zaživi u društvu slobodnih. To u praksi znači sledeće: kada sud nije u presudi utvrdio naročito visok stepen krivice, ako postoji pozitivna prognoza, osuđeni se ima uslovno pustiti na slobodu. Međutim ako je sud u presudi utvrdio da postoji naročito visok stepen krivice, osuđeniku sa pozitivnom prognozom će biti odobren uslovni otpust *ako naročito visok stepen krivice ne nalaže dalje izvršenje kazne*. I tu je opet intervenisao Savezni ustavni sud. Po njegovom shvatanju, negativna odluka o uslovnom otpustu koja se poziva na naročito visok stepen krivice u skladu je sa Osnovnim pravilnikom samo ako je u njoj sud koji odlučuje o uslovnom otpustu odredio datum do koga se kazna čije dalje izvršenje nalaže naročito visok stepen krivice ima izvršavati, pod pretpostavkom da je prognoza pozitivna.²⁷

3. Učestalost kazne u zakonu i praksi

Kazna doživotnog zatvora može se izreći samo kada je uz određeno krivično delo izričito zaprećena (§ 38 I KZ Nemačke). U suprotnom, kada nije određen poseban, važi opšti maksimum, koji u Nemačkoj iznosi 15 godina (§ 38 II KZ Nemačke).

Nemački zakonodavac je propisao kaznu doživotnog zatvora samo izuzetno i gotovo samo u kontekstu neposrednog ljudskog stradanja. Treba razlikovati slučajeve u kojima sud kada utvrdi da je ispunjen određeni deliktни činjenični skup (biće) *mora* da izrekne kaznu doživotnog zatvora, jer je samo ona kao sankcija predviđena, od slučajeva u kojima sud ima izbor da izabere da li će izreći kaznu doživotnog zatvora ili neku drugu zatvorsku kaznu u okviru opšteg maksimuma.

²⁷ BVerfGE, isto kao u fn. 25.

U prvu grupu dolaze samo dva krivična dela iz nemačkog Krivičnog zakonika: krvničko ubistvo (Mord) iz § 211 KZ Nemačke, o kome je opširno bilo reči, i obično ubistvo iz § 212, kada sud utvrdi da je po sredi „posebno težak slučaj“. No uz to je i za određena krivična dela protiv međunarodnog prava, kao što je genocid, predviđen isti režim. Ta krivična dela uređena su u posebnom kodeksu međunarodnih zločina (Völkerstrafgesetzbuch).

U svim ostalim slučajevima – *na primer* za veleizdaju (§ 81 I), silovanje sa smrtnom posledicom (§ 178), razbojništvo, razbojničku krađu ili razbojničku iznudu sa smrtnom posledicom (§ 251, 252, 255), otmicu radi iznude ili uzimanje talaca sa smrtnom posledicom (§ 239 a III, 239 b), posebno teške slučajeve podmetanja požara (§ 306 c), izazivanje eksplozije sa smrtnom posledicom (§ 308 III) – zakonodavac je kaznu doživotnog zatvora propisao alternativno uz kaznu zatvor ne kraću od 5 ili pak 10 godina, niti, dabome, dužu od 15 godina.

Godišnje se kazna doživotnog zatvora u Nemačkoj izriče u oko 100 do 110 slučajeva. Od toga broja u periodu između 1992-2006, 98,7 % osuda otpada na krvničko ubistvo iz § 211 KZ Nemačke i pokušaj tog krivičnog dela.²⁸

Na dan 31. marta 2006. godine u Nemačkoj je *1919 zatvorenika* izdržavalo kaznu doživotnog zatvora, što je oko 3 procenta zatvorske populacije. U tom broju bilo je *100 žena*, što je 5 procenata u celoj grupi. Poređenja radi, 31. marta 2008. godine bezbednosno-terapijska mera trajnog zatvaranja iz § 64 KZ Nemačke izvršavana je prema *435 lica*. Mera obaveznog lečenja i čuvanja u psihijatrijskog ustanovi iz § 63 KZ Nemačke izvršavana je 2006. godine prema oko *7 100 lica*.

U 2006. godini izvršenje je obustavljeno u *61-om slučaju*. Od toga je *41 lice* pušteno uslovno na slobodu; u *6 slučajeva* nastupila je smrt sa *3 samoubistva*; u *12 slučajeva* izvršenje je prekinuto u okviru postupka za izdavanje lica stranoj državi ili proterivanja stranaca u skladu sa § 456 a Pravilnika o krivičnom postupku (Strafprozessordnung); u *2 slučaja* izvršenje je prekinuto zbog teške bolesti osuđenog lica u skladu sa § 455 IV Pravilnika o krivičnom postupku.

²⁸ Sve statističke podatke u ovom delu izalaganja preuzeo sam iz Desseckerovog godišnjeg izveštaja: *Dessecker, Lebenslange Freiheitsstrafe, Sicherungsverwahrung und Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus*, 2008; i iz *Dünkelovog* komentara zu relevantne propise nemačkog Krivičnog zakonika: *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch*, 3. Auflage 2010, § 38, br. 26 ff.

Starost uslovno otpuštenih najčešće se kretala između 40 i 50 godina (63 %). Uslovno otpuštena lica izdržala su pre otpuštanja u proseku 18 godina kazne, ali se u taj broj uračunava svako lišenje slobode u vezi učinjenog krivičnog dela. Žižno trajanje (prosek većine) iznosi 17 godina. Jedan šezdesetdvođodisnjak izdržao je 27½ godina kazne, a ni prema kome kazna nije bila izvršavana duže nego prema njemu.

Poređanja radi u Francuskoj upoređiva žižno trajanje iznosi, prema već nešto starijim podacima, 19 godina, u Engleskoj i Velsu između 12 i 14. Međutim, u Francuskoj se svega 1,4% zatvorske populacije nalazi na izdržavanju doživotne kazne, dok taj procenat u Engleskoj iznosi 11,5 %, u Nemačkoj oko 3 %.²⁹

4. O kazni doživotnog zatvora u kontekstu našeg sistema krivičnih sankcija

Ovo izlaganje o nemačkoj kazni doživotnog zatvora počeo sam sa jugoslovenskim stavovima o doživotnom zatvoru i tom pričom voleo bih sada, držeci na umu sve što sam o nemačkom rešenju rekao, da završim.

Jedan moj prijatelj, dobro upućen u rad komisije koja je napisala poslednji Nacrt novog hrvatskog krivičnog zakona, od 18. aprila 2011, rekao mi je da je ta komisija nedavno, upravo ove godine, odbacila ideju da se u Hrvatskoj uvede kazna doživotnog zatvora zato što je takva kazna „nehumana“. To je interesantan pravno-sociološki fenomen koji bi se isplatilo ispitati.

Sa jedne strane u Nemačkoj, Francuskoj i Engleskoj ljudi imaju doživotnu kaznu zatvora i odobravaju uslovni otpust manje-više posle 12, 14, 17 ili 19 godina. Sa druge strane mi i Hrvati imamo našu naprednu kaznu dugog zatvora po čijem se režimu uslovni otpust, pod pretpostavkom da je zatvorenik kod nas osuđen na kaznu od 40 godina zatvora, može odobriti tek posle dve trećine kazne – dakle *posle 26 godina i osam meseci*. I sad, koja kazna je tu „humana“, a koja „nehumana“? Da li ona nemačka, francuska i engleska doživotna sa mogućim i vrlo verovatnim otpustom posle 12 ili 19 godina zatvora, ili ona naša napredna vremenski unapred ograničena sa mogućim otpustom tek posle više od 26 godina zatvora?

Iako jugoslovenska teorija uglavnom nije bila naklonjena kazni doživotnog zatvora, jer biće da je *pod kaznom doživotnog zatvora* u svojoj

²⁹ Dessecker, Lebenslange Freiheitsstrafe, Sicherungsverwahrung und Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus, 2008, 15–16.

kritici skoro uvek razumela klasični koncept te kazne bez uslovnog otpusta, koji danas više niko ne zagovara, danas doživotni zatvor kao savremena kazna sa mogućim otpustom postoji u Makedoniji, i u Sloveniji, a zanimljivo je i da je bio predviđen u poslednjem objavljenom jugoslovenskom Nacrtu krivičnog zakonika iz 1998. godine³⁰, kao i u propaloj noveli hrvatskog Krivičnog zakona, iz 2003. godine.

Najbolje bi bilo da se kazna zatvora drži što kraće, u okviru opšteg maksimuma od oko 12 godina, kako je danas u slučaju da nema sticaja u Švedskoj, ili 15 godina, koliko opšti maksimum iznosi u Nemačkoj i koliko je, u slučaju da nema sticaja, iznosio i u Jugoslaviji. Uz to bi za nepopravljene učinioce morala postojati druga šina – kolosek, odnosno mera bezbednosti zatvaranja, kako je već slučaj u Nemačkoj, Austriji i Švajcarskoj (Sicherungsverwahrung³¹).

Za čisto rešenje društvo sa sadašnjim opštim nivoom obrazovanja teško da je igde na svetu spremno. U vrlo punitivnom medijskom, a nažalost i kriminalnopolitičkom okruženju, razume se da je neophodno da postoji i jedna *ekspresivna a opet smisljena kazna* koja će zakonodavcu i pravosuđu dati okrilje da u lakšim slučajevima vodi razumnu kriminalnu politiku. Te uslove ispunjava samo kazna doživotnog zatvora sa mogućim uslovnim otpustom. Sve dok se ona kao *tobože „neograničena“* kazna ne postavi kao ustava stalnim zahtevima da se kazne pooštravaju, i opšti maksimum će sa kaznom dugog zatvora nastaviti da raste i pretiti da transformiše naše preventivno krivično pravo u retributivno nepravo u kome će se kazne u slučaju sticaja sabirati do 200, 500 ili nekoliko hiljada godina. Hrvati su u poslednjem Nacrtu, o kome je bilo reči, predvideli fantastičnu kaznu od neverovatnih 50 godina zatvora, kada je više krivičnih dela učinjeno u sticaju (čl. 46 II), a malo je nedostajalo da se ta kazna predvidi kod nekih krivičnih dela i kada nema sticaja.

*

* *

Što se pak tiče našeg i nemačkog krivičnog prava uopšte, tu svečano treba primetiti sledeće:

Našim pravnicima posebno je lako da prate nemačko krivično pravo zato što je naša cela krivičnopravna materija uređena po uzoru na nemačku. Po tome naša zemlja nikako nije jedinstvena, jer je opšte mišljenje krivičara

³⁰ U nezvaničnim kasnijim verzijama, bio je umesto kazne doživotnog zatvora predviđen dugi zatvor – ljubazno mi je rekao prof. Miroslav Đorđević.

³¹ Mislim da će o ovoj meri poseban rad za ovaj Zbornik poslati kolega Maršavelski iz Zagreba.

kako na evropskom kontinentu, tako i u celoj latinskoj Americi i u značajnom delu Azije da je nemačko krivično pravo najuglednije i da se na njega u svakoj prilici treba uzirati. No ipak, našu zemlju za nemačko krivično pravo vezuju tešnje veze nego mnoge druge države.

Kazneni zakonik Srbije iz 1860. godine napisan je upravo po uzoru na pruski Krivični zakonik iz 1851. godine. A poznato je da je upravo Pruska u unutrašnjem uređenju ujedinjene Nemačke imala glavnu ulogu, pa je tako i taj pruski Krivični zakonik uzet za temelj nemačkog Krivičnog zakonika iz 1871. godine koji je i danas na snazi.

Moderna škola krivičnog prava, koju je u Nemačkoj osnovao Franc List, vrlo rano je u Kraljevini Srbiji prihvaćena obergeričke. To je došlo do izražaja ne samo u srpskom Projektu KZ-a iz 1910. godine, već i u prisnim vezama koje su sa Listom razvijane. Kraljevina Srbija je pred Prvi svetski rat odlikovala Lista; dakle u vreme kada je u svojoj domovini bio žestoko osporavan.

Nastojanja sa početka 20. veka da se u Srbiji građansko pravo uredi po uzoru na nemački Građanski zakonik propala su posle ujedinjenja Jugoslavije, kada je preovladalo stanovište da za osnov novog svezugoslovenskog građanskog zakonika treba uzeti austrijski Građanski zakonik. Ali, drugačije nego o građanskim propisima, o krivičnim propisima su odlučivali pravници iz nekadašnje Kraljevine Srbije, tako da je u domenu krivice očuvan nemački kurs. Može biti da je posle Drugog svetskog rata uzor krivičnim propisima tražen tu i tamo drugde, ali je naša dogmatika trajno, što se vidi i u drugim granama i segmentima prava, ostala nemačka.

Podudarnosti između našeg i nemačkog opšteg, pa i posebnog dela i važeće krivične procedure su toliko velike, da bi čovek u nuždi i iz naših udžbenika mogao da stekne solidnu predstavu o nemačkom krivičnom pravu. Zato mislim da je bilo opravdano što sam presekao jednu usku nemačku temu, za koju sam držao da je za naš pravni život vrlo važna, a da nije dovoljno do sada obrađena.

5. Pregled literature

Lep pregled razvoja kazne doživotnog zatvora u Nemačkoj čitalac će naći kod *Laubenthala*, *Lebenslange Freiheitsstrafe*, 1987; – Pozitivno rešenje detaljno je prikazano u komentarima nemačkog Krivičnog zakonika, među kojima su najveći *Münchener Kommentar* i *Leipziger Kommentar*, dok je najpopularniji manji komentar *Fischer*, koji izlazi svake godine; – Statistički pregled redovno priređuje *Kriminologische Zentralstelle* u Vizbadenu [krim.de]; – Kriminološke apsekte obrađuju *Többen*, *Neuere Beobachtungen über die Psychologie der zu lebenslänglichen Zuchtstrafe verurteilten oder begnadigten Verbrecher*, 1927; *Ohm*, *Haltungsstile Lebenslänglicher*, 1959; *Albrecht*, *Zur sozialen Situation entlassener ‚Lebenslänglicher‘*, 1977; – Kriminalnu karijeru lica osuđenih na kaznu doživotnog zatvora istražio je *Wulf*, *Kriminelle Karieren von ‚Lebenslänglicher‘*, 1979; – Još uvek koristan pregled prakse daje *Meier*, *Zur gegenwärtigen Behandlung der ‚Lebenslänglichen‘ beim Mord*, 1989; manji pregled *Warnecke*, *Die Probleme der Behandlung ‚Lebenslänglicher‘ und das § 57 a StGB sowie deren Ursachen*, 2001; stariji pregled *Röhl*, *Über die lebenslange Freiheitsstrafe*; – Za pokret protiv kazne doživotnog zatvora v. *Weber/Scheer* (pr.), *Leben ohne Lebenslänglich*, 1988; – Sve koji vole izveštaje iz prve ruke upućujem na svedočenje *Carla Hana*, *Lebenslänglich*, 1925, kao i zbirku svedočanstava *Antes/Ehrhardt/Hannover*, *Lebenslängliche – Protokolle aus der Haft*, 1972, te *Horbach*, *Gespräch mit den Mörder*, 1965; – za ljubitelje poezije je zbirka pesama *Steffen*, *Lebenslänglich auf Raten*, 1977.

Luka Breneselović

Institut für Rechtsvergleichung, Belgrad

LEBENSLANGE FREIHEITSSTRAFE (§ 38 I StGB)
Zusammenfassung

Die lebenslange Freiheitsstrafe (§ 38 I StGB) wurde durch zahlreiche Eingriffe des Bundesverfassungsgerichtes grundlegend verändert, so dass heute jedem „Lebenslänglichen“ eine prinzipielle Gelegenheit offen steht, nach einer positiven Prognose, wieder in der Gesellschaft der Freien seine Stellung zu erlangen. Die lebenslange Freiheitsstrafe wurde in der sozialistischen Rechtsordnung Jugoslawiens abgeschafft und stark als „inhuman“ diffamiert. Dabei hatte man im Auge, das alte Konzept, nach welchem die Strafe tatsächlich lebenslang vollstreckt war – es sei denn man wurde begnadigt. Die Ende der 70er Jahren vom Bundesverfassungsgericht entwickelte Lösung, nach der jeder Gefangene einen grundsätzlichen Anspruch auf die Entlassung habe, ermöglicht jedoch gerechtere Kriminalpolitik, als die Ersatzlösung des sogenannten „langen Gefängnisses“ in Serbien und Kroatien. Zurzeit darf man in Deutschland als „Lebenslänglicher“ mit einer Freilassung nach 15-18 Jahren Haft rechnen. Andersrum ist bei langem Gefängnis eine Entlassung im härtesten Fall gesetzlich erst nach 26 Jahren und 8 Monaten überhaupt möglich.

Luka Breneselović

Institute of Comparative Law, Belgrade

**SENTENCE OF LIFE IMPRISONMENT BY THE GERMAN
CRIMINAL CODE**

- LEBENSLANGE FREIHEITSSTRAFE -

Summary

The sentence of life imprisonment is the harshest criminal sanction that regulate the German criminal law. At the end of the seventies in XX century, the German Federal Court ordered to the legislator to edit this sentence, so that every prisoner has the opportunity to live again in freedom, if he is rehabilitated. This remarkable new concept of life imprisonment with a possible conditional release has significant criminal policy advantages over

a long prison sentence that was accepted as an alternative in Croatia and in Serbia. In Germany, the prisoner who was sentenced to life imprisonment, in case of a favorable prognostic finding, usually after 15-18 years in prison be released. For a long prison sentence, which is regulated in our legislation, is said to be "humane", because it supposedly does not last a lifetime, but the regime for conditional release of persons who were sentenced to 40 years long imprisonment, conditional release is possible only after 26 years and 8 months.

Key words: sentence of life imprisonment, criminal law, long prison sentence, conditional release, Germany, constitutional courts.