UDC 343.225

Лука Бренеселовић
апсолвент Правног факултета у Београду
Mainz, Немачка

ДРУШТВЕНА ОПАСНОСТ ЗЛОЧИНЦА И КРИВИЧНО ПРАВО*

САЖЕТАК: И даље је оправдано говорити о два колосека кривичноправног реаговања. Са једне стране су казне са сродним мерама, а са друге безбедносно-терапијске мере (мере безбедности). Безбедносно-терапијске мере нису садржински казне иако често представљају принуду или непријатност, јер сврха безбедносно-терапијских мера није принуда нити наношење непријатности, а казна је интендирано нанета непријатност у посебној вези са разлогом због којег се кажњава. Друштвена опасност злочинца је камен-темељац нашег система кривичноправне реакције. Реч је о факту који треба утврдити а не фаховској илузији. Прогностичка вештачења и судске прогнозе могу бити погрешне, али то их не чини произвољнима. Простор за произвољност је врло узак и по свему за правни живот сасвим уобичајен. Сужавају га намећући дискусији и судској одлуци своја сазнања форензичка психијатрија и криминологија, а сужава га и само право стварајући механизме контроле. За примену права није довољно читање закона.

Кључне речи: друштвена опасност, двоструки колосек (кривично право), произвољност, психијатрија и право

Наш уважени аутор са новосадског Правног факултета *Драгиша Дракић* објавио је у Зборнику радова тог факултета чланак под насловом *„Друштвена опасност" учиниоца и кривично право*[1] у коме држи да у стварности не постоје два колосека кривичноправног реаговања, јер су мере безбедности заправо казне, те да је изрицање мера

* Рад примљен: 27. VIII 2008. године.
[1] Зб ПФ НС 3/2007, 307—321.

безбедности произвољно јер појмови који се користе (вероватноћа или опасност да ће поново бити учињено неко кривично дело) нису у процесу одлучивања оперативни. Овом приликом желим да се осврнем на те тврдње. На крају ћу изнети своје виђење неких аспеката појма друштвене опасности злочинца.

Ја се унапред извињавам аутору што сигурно нисам успео истрзајући кратке цитате да у целости пренесем његово виђење. Уосталом, сваком читаоцу препоручујем да прво прочита *Дракићев* прилог, као и његове раније прилоге у којима је заузео сличне ставове.[2] Нека овај мој прилог нико ни не схвати као класичну реплику. Мисли *Дракића* — од којих се са многима слажем — биле су повод да покушам да на папиру дам своје виђење једног броја кривичноправних проблема и уопште проблема који се везују за појаву криминалнога.

1. Теза прва.
Не постоје два колосека кривичноправног реаговања

До закључка да не постоје два колосека кривичноправног реаговања, већ да „постоји само једна група санкција за пунолетне учиниоце"[3] *Дракић* је дошао закључивши прво да су безбедносно-терапијске мере (мере безбедности) садржински заправо казне. „Када „обично" кажњавање које одговара тежини кривичног дела, степену кривице и другим објективним и субјективним околностима које се односе на дело и учиниоца не може да задовољи правничке „апетите", на сцену ступа суперказна у лику мера безбедности".[4] У овој тачки ћу указати због чега је ипак оправдано задржати концепцију двоструког колосека кривичноправног реаговања. Тек у другој тачки осврнућу се на омиљени топос да су безбедносно-терапијске мере заправо казне.

Свака правна дисциплина није само наука о нормама већ и наука о ономе што је нормирано. Суштински је дакле кривично право криминологија у малом иако нема сумње да криминологија — изучавајући појаве као што су организовани криминал (чије сузбијање не би требало да се своди само на кривичноправну реакцију) и уопште разноврсне облике друштвене реакције, као и криминал као социјалну појаву — има знатно шири предмет коме прилази дескриптивно него кривично право.

Криминологија се развијала као критика класичних и добрим делом — барем за криминологе — обесмишљених поставки (кривичног) права од којих су данас и правници махом одустали. Она у

---

[2] Сврха мера безбедности као кривичних санкција, Зб ПФ НС 3/2005, 121; Оправданост мера безбедности као кривичних санкција, ПЖ 9/2006, 889.

[3] С. 319.

[4] С. 320.

жижу свог интересовања ставља оно што је право игнорисало — различите унутрашње и спољашње криминогене факторе и то све осим једног. Једностраност правника условила је једностраност криминолога. У сенци криминолошких истраживања остао је основни криминогени фактор — *воља*. Воља је олтар сваког кривичног права. Кривично право је у међувремену уважило и сазнања криминологије о криминогеним факторима који нису *воља*. На те последње факторе утиче се безбедносно-терапијским мерама, на вољу се утиче, односно постиже се да неко нешто хоће или неће — од када човек постоји — казнама.

Постоје два основна модула којим се постиже да злочинац не чини злочине. Може се утицати на његову вољу (казнама, али и сродним мерама као што је нека врста награђивања какво је судска опомена на пример[5]), а може се поћи и другим путем и утицати на факторе који злочинца доводе пред „деликтни избор" и то тако што ће се ти фактори одстранити. Казнама се не утиче претежно на вољу као психофеноменолошку појаву већ на доношење одлуке о хтеном — на (не)деликтни избор. Та два пута су заправо колосеци кривичноправне реакције и има их, као што се види — *два*. Казнама и сродним мерама утиче се на злочинца да не врши кривична дела зато што неће хтети, иако ће можда желети. Безбедносно-терапијским мерама постиже се да злочинац не врши више кривична дела зато што може да неће (одстрањују се пробрани ендогени криминогени фактори, психоза нека на пример — терапијски моменат) или пак зато што неће бити у прилици да хоће (изузима се из конфликтних ситуација као што је аутомобилски саобраћај нпр. — безбедносни моменат). Безбедносно-терапијске мере служе за одстрањење криминогених фактора који су негација „слободне" воље или пак фактора без којих злочинац не би био пред деликтним избором и који на тај начин сужавају маневар који иначе свачија воља (свачији избор) има.

Међу безбедносно-терапијским мерама које постоје у нашем кривичном праву, наглашен и безбедносни и терапијски садржај има мера обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи;[6] наглашен терапијски и нешто мање наглашен безбедносни садржај имају мере обавезног лечења наркомана и обавезног лечење алкохоличара; наглашен терапијски садржај има мера обавезног психијатријског лечења на слободи; изразито наглашен безбедносни садржај имају мере забране вршења позива, делатности и дужности, забране управљања моторним возилом, одузимање предмета и протеривање странца из земље.

---

[5] В. прилог Материјална класификација кривичних санкција (предат за Архив ПДН 2008).

[6] Изречена она може имати и само безбедносни карактер — ОкС Шабац, пресуда од 1. 3. 2002. — К 9/2002 (ПараграфНет).

Замисливо је да се у конкретном случају специјална превенција може постићи и казном и неком безбедносно-терапијском мером. Већина силоватеља ипак има некакав избор. На тај избор се може утицати казном. Казна је есенцијализована непријатност (одузимање каквог добра; наношење бола). Због те непријатности силоватељ ће идући пут више ангажовати своју вољу, јер ће радије хтети да пропусти да учини нешто криминално него што ће још једном испаштати као осуђеник у затвору. Могуће је и да ће га непријатност која му се наноси навести да се сам другачије постави — да аутономно ојача своју „антикриминалну" вољу, односно увиди неисправност свог пређашњег делања и на то надовеже последице које друштво од њега очекује. Но превенција се може постићи и изрицањем безбедносно-терапијске мере као што је на пример — нашем праву непозната — мера трајњег затварања. Ако силоватељ буде затворен далеко од жртви, неће бити ни нових силовања. Но и једна и друга врста мера пре или касније долазе на границе. Злочинца из убеђења, а посебно лица код којих се може дијагностификовати неки облик психозе, често ниједна казна неће моћи да одврати од замисли. Граница безбедносно-терапијских мера пак није у ефикасности већ потпуном ништењу људског у лицу према коме се извршава нека мера.

2. Теза друга.
Безбедносно-терапијске мере су скривене казне

У југословенској кривичноправној теорији мало-мало па су се јављали ставови који су безбедносно-терапијским мерама негирали сваку ванказнену смисленост. *Дракић* закључује да „већина, ако не и све мере безбедности у себи садрже елементе принуде", те да та чињеница приближава њихову суштину казнама.[7] Својевремено је *Марјановић* марљиво ишао од једне до друге безбедносно-терапијске мере предвиђене у Кривичном закону СФРЈ и пописао „ретрибутивни карактер" („зло") сваке од њих.[8]

Полази се од тога да је принуда појмовна карактеристика казне, а није. Појмовна карактеристика казне је непријатност („зло") која се наноси учиниоцу и то непријатност која се интендирано наноси. Када се пробирљиво дете тера да једе, онда је то за њега велика непријатност (и потпуна принуда), али не верујем да било који родитељ, па чак ни сама деца, то доживљавају као казну.

У тврдњи дакле да су и казне и безбедносно-терапијске мере када се гледају из једног аспекте „зло" (или принуда ако се инси-

[7] С. 319—320. Знатно умереније ПЖ 9/2006, 889 (893—894), и још умереније Зб ПФ НС 3/2005, 121 (123).

[8] *Марјановић*, О суштини мера безбедности у југословенском кривичном праву, Анали 6/1987, 687.

стира) не видим ништа спорно. Било међутим да се пође од појма принудности или од појма непријатности („зла"), нема места да се због тог квалитета поистовећују казне и безбедносно-терапијске мере. И већина лекова уништава јетру, шкоди разним другим органима и кознаштасвене. Па ипак, људи на ствари не гледају према натуралистичким датостима већ као на средства. Функција конкретизује и дефинише појам. Како лекови и када су јако штетни служе за лечење, то сви држе да су они *лекови, а не отрови.* Исто тако сваки антивирус-програм је програм за заштиту компијутера, иако је познато да сви антивирус-програми успоравају компјутерски систем и чак могу да доведу до колапса рачунара.

Безбедносно-терапијске мере нису „суперказне". Напротив, оне нису никакве казне. Ако је безбедносно-терапијска мера казна зато што може да буде непријатна злочинцу, онда је казна и ударац у самоодбрани, онда је казна и смањење зараде услед кризе у којој се нашло предузеће, онда је казна и убијање живине због опасности од заразе, онда је казна и порођај и експропријација и екстрадиција и притварање и сваки судски поступак. Казна је онда све лоше — све што има обрисе непријатности што нам се догоди у животу. Такво виђење не одговара појму казне — ни правничком ни народном. За казну је појмовно карактеристично интендирано, што ће рећи функционално, наношење непријатности („зла"). То што је пропратни елемент неке мере, који не улази у њену сврху, непријатност, нелагодност, принуда, ни приближно не чини ту меру казном. Принудна хоспитализација у ванпарничном поступку је свакако принуда и вероватно велика непријатност, али није казна. Управо било каква интендирана непријатност код безбедносно-терапијских мера ни у назнаци не постоји. Ни из далека се не види где би могла имати упориште тврдња да су *„неисихијатријске мере безбедности уведене да би се урачунљиви учиниоци кривичних дела додатно казнили. Наиме када „обично" кажњавање које одговора тежини кривичног дела, степену кривице и другим објективним и субјективним околностима које се односе на дело и учиниоца не може да задовољи правничке „апетите" у погледу „праведног кажњавања", на сцену ступа суперказна у лику мере безбедности, која се заснива на измишљеном правничком механизму „опасности за околину". Када обично кажњавање темељено на кривици није довољно, учинилац мора додатно да испашта због наводне „опасности за околину"... (Мере безбедности су) државно-присилни механизам одмазде, када „обична" казна није довољно испаштајућа. Он се базира на идеји задовољења апстрактне правичности...".*[9]

Да се вратимо на антивирус-програм који може да буде права напаст за компјутерски систем. Нико још није уствpдио да се антивирус-програми измишљају како би се додатно оптеретио или чак

[9] С. 320.

уништио рачунар, као ни да се лекови продају и преписују од кад је света и века да би се пацијент убио. Исто тако, ни „непсихијатријске мере безбедности" нису уведене „да би се урачунљиви учиниоци кривичних дела додатно казнили".

Треба разликовати казну као замишљену чисту меру, од конкретних у закону уређених кривичних санкција. Оне су садржински често комплексне мере. Те комплексне у закону уређене мере често су само због своје претежне бити назване казнама. Извршење новчане казне своди се практично само на кажњавање. Извршење казне затвора није међутим само наношење есенцијализоване непријатности већ — нека по страни остану бројни кривичноправно неутрални захвати и појаве као што су стоматолошке интервенције, чување предмета, разне врсте обавештавања — подразумева и различите оплемењујуће социјално-психолошке „мини-програме" чији је крајњи циљ да кривац по извршењу напусти завод за извршење кривичних санкција способан за живот без злочина. У том смислу заиста је grosso modo тачно да се „казном данас остварују значајни специјално-превентивни учинци и то, како ретрибуцијом, тако и поправљањем".[10] До поправљања, што ће рећи смањења друштвене опасности, може међутим да дође и без не-типично казнених мера. Пример ексклузивне пунитивности је новчана казна. Но ако се под „поправљањем" мисли примерице на поправљање какво се постиже медицинском терапијом какво је такође присутно у поступку извршења казне затвора, онда то само значи да је кривична санкција казне затвора из чл. 45. КЗ, односно чл. 31. дд. ЗИКС комплексна мера састављена из мера казненог и мера (безбедносно)-терапијског карактера, а не да је казне и безбедно-терапијске мере постало немогуће разликовати, те да се „данас [се] више не може говорити о дуалитету кривичних санкција".[11]

Због свега тога не стоје тврдње да „у суштини постоји само једна група санкција за пунолетне учиниоце, без обзира на то како ћемо их назвати".[12] Разликовање казни и сродних мера са једне стране и безбедносно-терапијских мера са друге је једно од највећих достигнућа правне цивилизације уопште. Данас ми, Немци и остали који се држе двоструког колосека, можемо само са атинским презиром да гледамо на правне поретке у којима се дешава да човек буде осуђен на казну затвора од седамдесет или чак двеста седамдесет година не зато што је то време које је потребно да би се деловало на злочинца да убудуће не чини злочине, нити зато што његов злочин у — у апсолутним концепцијама — толико „вреди", већ зато што је то једини „правни" пут да се злочинац врло опасан по друштво затвори до даљњег. Дешава се у свету управо супротно од

[10] С. 319.
[11] Тако *Дракић*, 319—320.
[12] С. 319.

онога што *Дракић* претпоставља. Не продају се одређене казне под етикетом безбедносно-терапијских мера, већ се безбедносно-терапијске мере из „правно-техничких" разлога (зато што нису предвиђене) изричу у кошуљици казни.

На једном највишем нивоу могуће је додуше изједначити казне (и сродне мере) и безбедносно-терапијске мере. Како и не било могуће када је у обе врсте мера уграђена иста сврха — превенција криминалнога. То свођење на исти именитељ није међутим могуће учинити раскринкавањем казнене природе безбедносно-терапијских мера (јер таква природа не постоји), већ тако што би се и казне и безбедносно-терапијске мере свеле на именитељ егзогеног фактора. Из такве „пацијентоцентричне" перспективе и казне и безбедносно-терапијске мере су само један од „удараца" који доприносе да злочинац више не врши злочине. „Воће су и јабуке и банане, па ипак јабуке нису банане".[13]

3. Теза трећа.
Изрицање безбедносно-терапијских мера је произвољно

Примедба *Дракића* да је изрицање безбедносно-терапијских мера интуитивно и произвољно не зависи од самог схватања безбедносно-терапијских мера. Реч је претежно о критици позитивног права, али и идеје која је уграђена у наше и многа друга нашем сродна права. Ако се тврди да су безбедносно-терапијске мере „суперказне", ни не чуди призакључак да је њихово изрицање ствар судијске интуиције и у резултату „произвољност".[14]

Данас је уобичајно да се за изрицање безбедносно-терапијских мера тражи одређена квалификована могућност да ће злочинац услед истог стања које је условило извршење првог злочина, учинити још неки злочин. Наш законодавац не говори о „вероватноћи", већ о „озбиљној опасности" да ће поново бити учињено неко (тешко) кривично дело. Отворено се може рећи да је очигледно да су наше одредбе које садрже услове за изрицање безбедносно-терапијских мера састављане на брзину. Међу њима постоји доста неуједначености, а у њима самима доста непрецизности. Но ипак, основна мисао је јасна — да би била изречена безбедносно-терапијска мера потребно је да постоји „озбиљна опасност да учинилац учини противправно дело које је у закону предвиђено као кривично дело". Између језичке конструкције „вероватноће" и „опасности" не постоји примарно квалитативна већ квантитативна разлика. „Опасност" је мала, „ублажена" вероватноћа.

Конструкција вероватноће или опасности не уноси ни по чему неуобичајну неизвесност, односно не оставља места за неку нечуве-

---

[13] *Mergen*, Die Kriminologie, ^{3}1995, 70.
[14] С. 316.

ну „произвољност". Наш законодавац користи конструкцију „озбиљне опасности" и само о њој се може дискутовати када се критикује позитивноправно решење, јер израз је пут до норме и није свеједно који је израз употребљен. Но и иначе заиста не видим шта је то што чини појмове *извесности, извесности која се граничи са сигурношћу* и *обичне могућности* прихватљивим, а појам вероватноће да ће бити учињено ново кривично дело (и појам озбиљне опасности) неприхватљивим у законском тексту.[15] Вероватно је оно у шта неко *верује* да ће се догодити, дакле претпоставља да је сасвим могуће да ће се догодити. Тај појам је хиперреалан за разлику од појма извесности на пример, који не значи конкретно ништа (јер баш ништа није извесно), те је следствено пука хипербола, а стилске фигуре губе на естетици када су украс законских текстова.

Од када постоје критичари права и правника, постоји и чувени топос произвољности. Чим се неком нешто у праву не свиђа одмах се сети да уствpди да је по среди решење које у пракси води произвољности. У том смислу је међутим свака судска одлука од кад је света и века произвољна, па тако и она о изрицању „суперказне". Произвољно је све и када судија утврђује чињенице и када утврђује право: произвољно је када судија одређује трошкове поступка; произвољно је када утврди да је нешто противно „добрим обичајима"; произвољно је када утврди да је роба имала неки битан недостатак; произвољно је када утврди де постоји најближа веза са неком државом; произвољно је када се утврди подобност усвојиоца; произвољно је када суд одреди притвор зато што постоје околности које указују на опасност од бекства; произвољан је суд о неурачунљивости.

„У једном или другом облику и у већем или мањем обиму поступак изналажења права у конкретном случају се за лице коме је примена поверена не своди само на тумачење и супсумцију, већ је на њему и да у коначну одлуку угради и своје оцене и своје ставове о исправном и правичном. Тако је то код неодређених („отворених") појмова и нормативних појмова. Тако је то и свугде где законодавац одлуку препушта слободној оцени лица на коме је или формулише генералну клаузулу. Некада се од лица које доноси одлуку очекује да одлуку коју доноси својеручно приближи неким објективним критеријумима (закону доброг/добрим обичајима, вредностима владајуће класе), а некада се очекује да одлуку донесе тако што ће поћи путем на који ће га упутити сопствена виђења и схватања. Но желим да нагласим да управо ни у последњем случају нису отворена врата слепом одлучивању и самовољи. Одлуци лица на коме је да је донесе не само да су постављене законске и надзаконске границе, већ — да би била правилна — она мора да буде обликована у складу са телеолошким и аксиолошким резонима. Ти резони не могу да дају коначно обличје одлуци, али јој дају својство об-

[15] В. с. 314; 315–316.

јашњиве и разумљиве одлуке без кога она не може да буде правилна („логички ослонац"), а последњи тон одлуци даје њен доносилац."[16]

Да би у правном поретку у коме одлуку контролише једна или чак неколико виших инстанци могла да постоји судијска произвољност, неопходно је да претходно постоји судијска урота. Резони о којима говори *Engisch*, постају опипљиви и ухватљиви када се прегледа судска пракса и неминовно испливају на површину моменти за које разни људи у најразличитијим крајевима наше земље који врше судијску функцију држе да конституишу „озбиљну опасност" или неки други појам. Ако такве моменте не истиче само статистика, већ и здрав разум па и наука, чак ни формално нема простора за „произвољност", јер се о начелном захтеву да одлука о постојању „озбиљне опасности" буде утемељена на присуству управо поменутих момената старају виши судови. Код нас се о уједначавању судске праксе стара Врховни суд Србије. Уједначавајући судску праксу он паралелно брише произвољно и поставља смернице за испуњавање „отворених појмова" тихом систематизацијом рационалних конститутивних елемената (до којих долази прегледом праксе нижих судова) таквих појмова.

Груба је правнометодолошка грешка да се од прописа (речи и реченица) очекује да дају наук о појмовима и материји као целини коју регулишу. Потпуно је тачно да се нпр. из чл 82. I КЗ (обавезно психијатријско лечење на слободи) ништа опипљиво не може закључити о садржају *„озбиљне опасности да учинилац учини противправно дело које је у закону предвиђено као кривично дело"*. Поступак изналажења права (правних норми) иде међутим обрнуто — не од прописа ка материји, већ од материје ка прописима. Маса прописа потпуно је неупотребљива ако онај ко их примењује не влада материјом коју пропис уређује. *Озбиљну опасност* не чине слова и гласови којима се она може написати односно изговорити већ чињенице и искуство. Шта је средњи краставац, мало соли, комад добре пршуте или тиха ватра не проистиче из самих израза („средњи краставац", „мало соли" итд.), већ познавања кухињског живота. За некога ко је довољно чак и умерено пасиониран кувар не постоји нимало недоумице шта је тиха ватра или средњи краставац.

Изрази (речи и реченице) законодавца уобличени као одређен пропис (члан, став, чланска реченица) само су границе у којима се приликом изналажења права начелно сме кретати. Право значење (= норма) међутим не проистиче из самих прописа као језичких записа већ из познавања природе регулисане ствари и свих замисли-

[16] *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, [10]2005, 171; 137—138; 136 дд.; даље с. 173[67]: „За мене је још од првог издања ове књиге (1956) позитивна ствар чињеница да лице које одлучује уноси у одлуку своја виђења како би она — одлука била правилна".

вих релевантних момената конкретног случаја и живота уопште. Ту наравно спада и судска пракса. Пропису који помиње „озбиљну опасност" на пример, не сме се прилазити као интендираном свезнању, већ нормативном суду законодавца који је он донео на основу свакоме доступне и „опште" чињеничне подлоге — природе ствари. Пропис је користан и оперативан само за онога ко већ познаје природу ствари. Ономе ко је не познаје или се у ишчекивању номотехничког чуда прави да је не познаје пропис ће деловати као пуки празан израз или бахата непрецизност.

Када *Дракић* каже да није довољно да судија буде убеђен „да ће учинилац у будућности вероватно извршити кривично дело",[17] јер „противи се логици да неко може бити убеђен у нешто што можда постоји",[18] онда он превиђа да се не ради о убеђењу да ће се нешто десити (још мање се ради о убеђењу у „нешто што можда постоји"), већ о убеђењу да постоји (квалификована) могућност да ће се нешто десити.

То што (можда) „судије поступају интуитивно, односно произвољно, када одлучују о опасности за околину"[19] може бити показатељ да лоше раде свој посао, а нарочито да су криминолошки неписмени, а не да је појам опасности (високе, обичне или какве већ) ђавоља квака. На исти начин чињеница да се судије превише ослањају на (не само медицинска) вештачења говори о њиховом (не)квалитету, али и препотентности вештака који дају себи за право да у својим вештачењима без устезања и олако помињу изразе као што су неурачунљивост, туђа ствар или незнатна друштвена опасност. Кривични поступак није разбибрига лекарској, инжењерској или рачуноводственој свакодневници. *Дракић* је у праву да су се вештаци „од замишљених судијских помагача... игром случаја, или, боље рећи, комотношћу правника, трансформисали у суверене владаоце дешавања у судници".[20]

Но у судници у којој се цени квалитет има места и за судију и за вештака. Код умно оболелих или поремећених злочинаца вештачење је правило. Вештак-психијатар треба у свом налазу да предочи суду на шта је злочинац и под којим условима „спреман" и због чега је та спремност већа него код здравог и уравнотеженог човека. Добар налаз није пука чињенична подлога, већ двострано прозирна анализа која криминолошки образованом судији даје увид у за конкретан случај релевантне појмове, теорије и методе вештакове струке. Вештак свој налаз мора да изради размишљајући и о правним питањима и заправо — треба рећи отворено — полазећи од њих. Његов налаз међутим не треба да садржи одговор *већ сам треба да*

[17] С. 317, 316.
[18] С. 317 = ПЖ 9/2006, 893.
[19] С. 316.
[20] С. 318.

буде одговор на постављена и претпостављена правна питања. Идеалан вештак и идеалан судија су у комбинацији саизвршиоци. Формално је одлука увек судијска.

Деструктивност према свом и туђем животу као биолошкој и социјалној (културној) појави је једини разлог због кога се неко лице може сматрати болесним или поремећеним. Зато је повремено популарна тврдња да је појам (друштвене) опасности стран медицинском резоновању на које су психијатри обавезани само покушај избегавања одговорности вештачким повлачењем међа предмету сопствене науке. Без појма опасности (друштвене опасности; опасности по себе), нема психијатрије. Но и иначе, наводне међе предмета психијатрије, таман и да стоје, не смеју да се користе као изговор за изостанак квалитетног прогностичког налаза. Психијатар-вештак не може бити сваки психијатар. Психијатар који израђује прогностички налаз у кривичном поступку мора пре свега да буде кримнолог по интересовању и знању, а психијатар по образовању. Кад год се људско тело ставља у социјални контекст (контекст значења), најпозванији стручњаци су лекари. Тако је то када треба из „правних" разлога прегледати леш или утврдити преосталу радну способност радника, тако је то и када треба израдити прогностички налаз. Да су у сва три случаја потребна посебна знања, нова полица за књиге и још мало талента, ван је сваке сумње.

Криминална прогноза, било судијска било судијско-вештачка, већ одавно није ствар сибилске проницљивости. Постоје различити методи који се крећу од доста критикованих нумеричких прорачуна („таблице") до индивидуалних криминолошкоклиничких анализа које се темеље на вештачењу. Друштвену опасност злочинца који не пати од неког психичког обољења или поремећаја по правилу утврђује сам судија — без помоћи вештака, на пример приликом индивидуализације казне, као и приликом условног отпуштања. Код умно оболелих или поремећених злочинаца суд у помоћ по правилу позива вештака и примењује најсофистициранији клинички приступ. Ако је вештачење добро, према данашњем степену развоја струке,[21] нема места интуицији.

Дракић је даље у праву када примећује да је погрешна пракса да се разлогом за изрицање безбедносно-терапијске мере сматра већ сама чињеница да је неки злочин извршен у присуству за конкретну безбедносно-терапијску меру релевантног фактора.[22] Међутим, није тачно да је основ за изрицање безбедносно-терапијских мера друштвена опасност по себи. И код безбедносно-терапијских мера, као и код казни, друштвена опасност је суштински повезана са учињеном неисправношћу. Чињеница да је учињена каква бескривна не-

[21] Основна литература: Handbuch der forensischen Psychiatrie III: Psychiatrische Kriminalprognose und Kriminaltherapie, 2006.

[22] С. 316.

исправност није тек повод формулисан као правни основ за утврђивање друштвене опасности, већ индикатор друштвене опасности чије су границе за суд потпуно исцртане тим индикатором. Суд може утврдити мању опасност од оне која је индикована злочином, али не и већу. То што је вештак психијатријске струке поводом крађе успут у току вештачења утврдио да лице не пати само од неког поремећаја услед кога у време крађе није било свесно свог дела или није било у стању да се одупре пориву, већ да болује и од опаког облика циклотимије која се још није испољила као (примећено) криминално понашање, не даје суду право да том лицу због циклотимије изрекне меру обавезног лечења и чувања у психијатријској установи. То је сасвим магловито формулисано код те мере (чл. 81. I: „с обзиром на учињено кривично дело и стање душевне поремећености"), али јасно стоји на пример код мере обавезног лечења алкохоличара. Она се изриче „учиниоцу који је учинио кривично дело услед зависности од употребе алкохола и код којег постоји озбиљна опасност да ће *услед зависности* и даље да врши кривична дела". За изрицање безбедносно-терапијске мере увек је потребно да су конкретни чинитељи друштвене опасности индицирани злочином и да баш ти чинитељи постоје барем и у време изрицања безбедносно-терапијске мере.

Не могу се сложити ни са ставом да данашње схватање друштвене опасности лако може („поново") да ескалира у тоталитаристички терор какав је познат из хронике Трећег рајха. Идеја о кривичном праву *без индикатора у виду дела* старија је од Трећег рајха и његове идеологије и негде двадесетих година прошлог века многим разборитим људима је деловало да је то — сама по себи — добра идеја. То што се терор Трећег рајха поклопио са (врло ограниченим) спровођењем идеје кривичног права у коме је основ реакције било не (кривично) дело већ условно речено држање, битисање учиниоца (Täterstrafrecht) само је коинциденција. Поменута идеја живела је мирно у Немачкој у законским текстовима све до средине 70-их година двадесетог века! Штавише, она је и данас присутна у небезначајним замецима.[23] Концепција усвојена у доба националсоцијализма само је једна од многих које су биле у оптицају и може се рећи најгора, јер суштински не почива на стварној друштвеној опасности злочинца већ лингвистичкој, готово филолошкој перцепцији његове личности и појаве. Заслепљујућа тада није била националсоцијалистичка идеологија већ феномен злочина у то време који је обележен „класом" ситних а окорелих злочинаца коју су чинили просјаци, вагабунди, џепароши, провалници, пљачкаши, проститутке. Недужне жртве Трећег рајха задесила би иста судбина каква год концепција кривичног права да је била на правној снази. Нити кон-

[23] На пример код кривичног дела убиства (§ 211) — Goltdammer's Archiv 2008, 193 (194 дд.).

цепција која се означава као „Täterstrafrecht", нити сам појам друштвене опасности ни на који начин није органски повезан са идеологијом Трећег рајха или тоталитаризма уопште.

Дракић превиђа да се мере које се садржински поклапају са безбедносно-терапијском мером обавезног психијатријског лечења и чувања у установи, што је „најтежа друштвена присилна мера",[24] могу одређивати и извршавати (принудно) и без било какве претходне злочиначке радње. Принудна хоспитализација није предвиђена само као кривична санкција већ и као „свакодневна" животна опција у *ванпарничном поступку* (чл. 45—55. ЗВП). Према томе не стоји да је данас — другачије него у Трећем рајху — „почињено дело једини поуздани ослонац за закључак о опасности учиниоца".[25] И данас дакле сама друштвена опасност без иједног индикатора у виду каквог злочина може бити довољан основ за принудну хоспитализацију. То што се до ње не долази у кривичном, већ у ванпарничном поступку не мења ништа. Слично код малолетника, кривично дело није фокусирани индикатор, већ окидач који суду даје право да у потпуности претресе живот малолетника, сагледа све аспекте његове друштвене опасности, а не само оне на чије постојање указује учињено кривичном дело, и изрекне одговарајућу меру: „при избору васпитне мере суд ће посебно узети у обзир... степен поремећаја у друштвеном понашању..." (чл. 12. ЗМ). Даље, у нашем и у многим другим правима притвор може бити одређен због опасности да ће окривљени учинити „ново" кривично дело (чл. 142. II 3 ЗКП). Због радикалног модерног схватања презумције невиности следи да се окривљени притвара (само) због његове друштвене опасности. У немачкој кривичној процедури је чак могуће и изрицање безбедносно-терапијских мера као привремених мера[26] (§ 126a Strafprozessordnung). Друштвена опасност појединца као основ реакције је, како се види, део живота правне државе, а не сценарио из тоталитаристичког универзума.

4. Друштвена опасност

Историја друштвене опасности није (само) историја појма друштвене опасности, већ је уједно и историја израза „друштвена опа-

[24] С. 313.

[25] Слично упоредо са бт-мером протеривања странца из земље постоји и „заштитна мера удаљавања са територије СФРЈ" (Закон о кретању и боравку странаца), „заштитна мера удаљења странаца са територије Републике Србије" (Предлог Закона о странцима од 5. 9. 2008).

[26] Наш чл. 505. II ЗКП није конципиран као основ за изрицање привремене мере, већ је пандан одредби о притвору за „неурачунљиве окривљене". Зато је начелно противзаконит став ОкС у Ваљеву (ИСП 12/2008, 34) да је КПД болница — без даљњих објашњења — „одговарајућа здравствена установа" у смислу чл. 505. II.

сност". Између различитих значења која су том изразу различите струке и различити аутори придавали не морају се нужно крити различита схватања истог појма; увек има места и за тврдњу да су се истим изразом, који је семантички сасвим „прозиран", називале — када би се учинио пригодним — различите ствари.

То истиче и *Дракић* када указује[27] да се израз „друштвена опасност" користи у више значења. Тај израз има два основна значења у контексту криминалнога. Једно значење је везано за фигуру злочинца, па се и говори о „друштвеној опасности злочинца (учиниоца)", а друго је везано баш за сам злочин. У том другом случају реч је о апстрактној друштвеној опасности дела по друштво. Таква опасност је — код кривичара — такозвана материјална страна неисправности (или како се код нас „филолошки" каже противправности). Као друштвена опасност злочинца, друштвена опасност представља потенцијал неког човека да чини злочин.

Друштвена опасност као апстрактна опасност одређеног понашања (дела) данас мора бити појмовна саставница сваког кривичног дела („материјална неисправност"). Међутим код „дела малог значаја", које *Дракић* наводи као пример института код кога се израз „друштвена опасност" користи у значењу друштвене опасности дела,[28] управо је реч о друштвеној опасности учиниоца. Ако се одређено понашање може подвести под неки чињенични опис из посебног дела кривичног закона, али нема друштвене опасности, онда то није, како држи *Дракић*, ствар института кривичног дела малог значаја, већ телеолошког изузимања из чињеничног описа — бића (Tatbestandsausschluss). Централни појам института кривичног дела малог значаја је друштвена опасност учиниоца. Дело малог *значаја* је оно — начелно кривично — дело које не указује да је учинилац крив (неисправан) на начин који захтева кривично санкционисање, односно изрицање и извршење неке од санкција из палете КЗ-а. Такво дело просто *не значи* да је учинилац релевантно неисправан, те је отуда оно дело малог *значаја*. Да је то тако, види се и у самом КЗ-у где је одређено да је неко дело малог значаја „ако је степен кривице учиниоца низак, ако су штетне последице одсутне или незнатне и ако општа сврха кривичних санкција не захтева изрицање кривичне санкције" (чл. 18 II). Очито је дакле да је у првом плану реакција/неко својство учиниоца (друштвена опасност), а не његовог дела као таквог. Пошто је наше читаво кривично право изграђено на идеји превенције, те је суд о кривичном делу само суд о постојању титулуса за кривично санкционисање, то законодавац са правом држи, ма како то чудно можда звучало, да кривично дело које је малог значаја (односно *кривично дело малог значаја*) није кривично дело. Следствено, лингвологички, реч је просто о *делу малог значаја*.

Друштвена опасност — било да се мисли на друштвену опасност злочинца, било на друштвену опасност дела — није технички конструкт ниједне науке, па ни психијатрије или правне науке, већ

[27] С. 311д.
[28] С. 311.

чињеница. Њој се при научној и уопште свакој анализи може прилазити само као објекту, не као инструменту. Због тога не постоји „психијатријски", „правни" или неки други фаховски појам друштвене опасности. Свако се гледајући друштвену опасност загледа у оно што најбоље зна, у елементе друштвене опасности који и иначе чине предмет изучавања његове науке. Али то не значи да постоје посебне „фаховске" друштвене опасности. На шалону столар уочава пре свега дрво, фарбар фарбу, ја као купац изглед и општи квалитет, али то не значи да постоји столарски, фарбарски и потрошачки појам шалона. Питање је дакле само ко колико види и жели да види. Марсел Пруст би приметио: „Пут ка новим открићима човек неће наћи у новим видицима, већ у новим очима".[29]

За *Дракића* је савремена кривичноправна матрица као целина у чијем је центру појам кривичноправне одговорности настала као производ вишеслојних тензија између психијатрије и права или чак психијатара и правника. Нема сумње да су сазнања и идеје психијатрије одиграле и још увек играју важну улогу у проучавању и разумевању криминалнога. Но ипак, не може бити ни историјски а још мање у данашње време речи о неком сукобу психијатрије и права *као дијалектичког процеса*[30] из кога је настала савремена концепција кривичног права или ће чак настати нека савршена концепција у будућности. Још мање може бити речи у историјском прегледу о некаквом сукобу између *психијатара* и *правника.* Психијатрија је имала значајну улогу у изградњи данашњег схватања пажње вредног броја правних појмова (и правних граница) пре свега зато што су јој се управо међу правницима многи окренули.[31] Довољно је само сетити се *Lambros*-а, *Ferri*-ја и *Garofal*-а. *Ferri* и *Garofalo*, два правника, већи су значај придавали психи и церебралном систему човека него лекар-психијатар *Lambroso*, а сви заједно су основали Archivio di psichiatria, scienze penali e antropologia criminale. Средишњи појам проучавања криминалнога није била психијатрија, већ криминологија. Зато не може бити речи о појму друштвене опасности, а да се не дотакну криминолошки класици као што су *l'état dangereux* и нарочито *temibilitá.* Криминологија је некад била врло слаба, па су рани криминолози радо пласирали своје резултате као психијатријске или биолошке јер су медицина и биологија већ тада биле угледне науке.

Појам друштвене опасности нити је икад био, нити је сада „компромитован",[32] јер голе чињенице нису нешто што може да бу-

---

[29] The only real voyage of discovery consists not in seeking new landscapes but in having new eyes.

[30] Уп. с. 307: „дијаметрално супротне полазне концепцијске основе".

[31] Уп. међутим с. 308: „психијатри су захтевали од правника да прихвате њихову нову догму", „психијатри се нису тиме задовољили"; 312: „механизам друштвене опасности којег су у кривично право „прогурали" лекари".

[32] Тако на с. 320.

де компромитовано. Може бити компромитована производња јабука као и произвођач јабука, али не и саме јабуке. Друштвена опасност је факт, а *не* артефакт. Она је везана за читав систем најразличитијих ендогених и егзогених криминогених фактора и свидело се то психијатрима или не, они су стручњаци само за делић тих фактора. Са различитим факторима као што су клима, архитектура краја у коме живи злочинац, припадност субкултури, несрећно детињство, морална одурност, психијатри (сами) мало могу да започну. Потребна су им и друга знања, но чим почну да упијају разна сазнања о криминалном која нису строго везана за њихову струку више нису психијатри већ криминолози. Основни криминогени фактор и тиме основни чинилац друштвене опасности остаје онај који слабо занима и психијатре који су прочитали увод у право и криминологе. То је људска воља (слободан избор). За злочин, према томе, није довољно да се стекну егзогени фактори и унутрашње предиспозиције.[33]

Највећи део друштвене опасности чини опасност од слободне воље (која се може испољити и као немарно понашање — нехат) — избора који неко може учинити, а на рубу су различита психијатријска обољења и поремећаји личности. Правно схватање злочина у чијем је нуклеусу воља данас је последњи бастион људскости који подоста успешно одолева банализацијама човека које понекад а често нуде остале науке од криминалне психологије и психијатрије до криминологије. У том контексту, друштвену опасност учиниоца, колико је могуће у потпуности сагледавају и разумеју само правници и они криминолози који отворено признају да су сви од стране криминологије проучени фактори само једна велика сцена, а да најчешће од злочинца (дакле његове воље!) зависи коју ће улогу на тој сцени одиграти.

DIE SOZIALGEFÄHRLICHKEIT DES VERBRECHERS

Luka Breneselović

Zusammenfassung

Es ist fest daran zu halten, dass die Zweispurigkeit des Strafrechts keine bloße Illusion ist. Ein evidenter Unterschied zwischen Strafen und strafähnlichen Maßnahmen und den Maßregeln der Besserung und Sicherung liegt zwar nicht unbedingt in den mit Augen fassbaren Vollzugsgegebenheiten, dafür aber im verschiedenen Zweck der beiden Maßnahmenarten. Es ist auf keinem Fall so, dass alle Maßnahmen der Besserung und Sicherung inhaltlich Strafen seien. Die Prognoseentscheidungen sind nicht unbedingt Willkürentscheidungen. Die Sozialgefährlichkeit des Täters ist ein wissenschaftlich fassbares Phänomen. Es handelt sich um ein Fakt, nicht etwa ein Artefakt, das von einer wissenschaftlichen Diszi-

[33] Уп. с. 319.

plin aus praktischen oder sprachlichen Gründen ausgebaut wird. Der Ansatz der Sozialgefährlichkeit ist nicht organisch mit den Missbräuchen des Strafrechts im Dritten Reich gleichzustellen.

Schlüsselwörter: Sozialgefährlichkeit — Zweispurigkeit — Willkür — Recht und Psychiatrie

CRIMINAL LAW AND THREAT TO COMMUNITY IMPOSED BY THE CRIMINAL

Luka Breneselović
Senior undergraduate of the Faculty of Law in Belgrade
Mainz, Germany

S u m m a r y

It is still justifiable to talk about two ways of criminal law response. On one hand, there are punishments with similar measures and on the other hand there are security-therapeutic measures (security measures). The security-therapeutic measures are not punishments although they often mean compulsion and unpleasantness, because the purpose of security-therapeutic measure is not to impose force or unpleasantness, while the punishment is intentionally imposed unpleasantness in a special relationship with the reason for which the punishment has been imposed. The fact that the offender is a threat to the community is the basis of our system of criminal law response. It is a fact that shall be established and not a typical illusion. Prognostic expert opinion and judicial prediction may be wrong, but this does not make them arbitrary. There is a very little space for arbitrariness. The forensic psychiatry and criminology make that space even smaller, imposing their discoveries to the discussion and court decision; the law also makes this space smaller by creating control mechanisms. Reading of the legislation is not enough for enforcement of the law.

Keywords: Threat to a community, two ways (criminal law), arbitrariness, psychiatry and law