

**PRAVNI FAKULTET UNIVERZITETA UNION
U BEOGRADU**

**Doktorska disertacija
PRISTANAK OŠTEĆENOG U KRIVIČNOM PRAVU**

Kandidat: mr Zoran Bašić

Mentor: prof. dr Slađana Jovanović

Bečej, 2016.

SADRŽAJ

UVOD.....	5
1. OPŠTE KARAKTERISTIKE PRISTANKA OŠTEĆENOG U KRIVIČNOM PRAVU.....	9
1.1. Opšti značaj pristanka oštećenog u krivičnom pravu.....	9
1.2 Osnovni momenti istorijskog razvoja pravnog instituta pristanka.....	11
1.3 Bitne odrednice pristanka oštećenog u savremenoj tački razvoja.....	14
1.4 Područje primene pravnog instituta pristanka.....	16
2. SAGLASNOST I PRISTANAK.....	17
2.1 Izvorno shvatanje.....	17
2.2 “Napredno shvatanje”.....	22
2.3. Vladajuće shvatanje.....	25
3. ZASNIVANJE DEJSTVA PRISTANKA OŠTEĆENOG.....	29
3.1 Biće dela i protivpravnost – moguća polja dejstva pristanka oštećenog.....	31
3.1.1 Pojam radnje.....	32
3.1.2 Struktura (stepeni) krivičnogpravnog vrednovanja.....	37
3.1.2.1 Osnove pojedinih krivičnogpravnih koncepcija.....	38
3.1.2.2 Opšte značenje protivpravnosti i osnova isključenja protivpravnosti.....	60
3.1.3 Konsekvence i značaj odabira polja dejstva i samog dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu i kriminalnopolitički značaj pravnog instituta pristanka.....	61
3.2 Pravno dobro - odlučujuća smernica dejstvu i zasnivanju dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu.....	63
3.2.1 Pojam pravnog dobra (realni ili ideelni pojam?).....	64
3.2.2 Sadržina pravnog dobra (integracioni i/ili bazni model ili kolizionni model?).....	67
3.2.3 Pripadnost pravnog dobra.....	69
3.3 Logika dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu.....	74
3.3.1 Teorija pravnih poslova.....	75

3.3.2	Teorija o predaji interesa.....	76
3.3.3	Teorija o odmeravanju dobara.....	78
3.3.4	“Napredno shvatanje”.....	79
3.3.5	Teorija o prividnoj povredi pravnog dobra.....	80
3.3.6	Funkcionalistička shvatanja.....	81
3.4	Objektivne granice dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu.....	83
3.5	Fundamenti zasnivanja dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu.....	91
3.5.1	Opšti značaj dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu i suština pristanka oštećenog.....	91
3.5.2	Značaj pravde, slobode i istine u regulaciji pristanka oštećenog u krivičnom pravu.....	94
3.5.3	Ugrađivanje dejstva pristanka oštećenog u pojedine krivičnopravne koncepcije.....	98
3.5.3.1	Rešenja čiste sistemfunkcionalne postavke.....	98
3.5.3.2	Rešenja umerene sistemfunkcionalne postavke.....	111
3.5.3.3	Rešenja vladajuće krivičnopravne koncepcije.....	131
3.5.3.4	Osvrt na rešenja nekih personalno orijentisanih krivičnopravnih koncepcija.....	155
3.5.3.4.1	Razlozi neprihvatljivosti personfunkcionalne krivičnopravne koncepcije.....	156
3.5.3.4.2	Razlozi neprihvatljivosti personalno orijentisane krivičnopravne koncepcije zasnovane na baznom modelu odnosa volje imaoca dobra i samog pravnog dobra.....	169
3.5.3.4.3	Razlozi neprihvatljivosti teleološke krivičnopravne koncepcije.....	173
4.	DOGMATSKA STRUKTURA PRISTANKA OŠTEĆENOG.....	179
4.1	Nosilaštvo individualnog pravnog dobra.....	180
4.2	Ovlašćenje na raspolaganje pristajućeg.....	181
4.3	Forma i vreme pristanka.....	181
4.4	Sposobnost za pristanak.....	184
4.5	Mane volje kod pristanka.....	186
4.6	Znanje pristanka.....	188

4.7 Pretpostavke saglasnosti koja isključuje biće dela.....	189
5. SUROGATI PRISTANKA OŠTEĆENOG.....	190
5.1 Zastupanje kod pristanka.....	190
5.2 Pretpostavljeni pristanak.....	191
5.3 Hipotetički pristanak.....	194
6. PRISTANAK OŠTEĆENOG U SRPSKOM KRIVIČNOM PRAVU.....	196
ZAKLJUČNO RAZMATRANJE.....	205
LITERATURA.....	210

UVOD

Apsolutno slobodna je misao. Tlo slobode je čista misao.¹ Jer, misao se pravom niti reguliše, niti pravom može biti uspešno regulisana. Stoga, ovde je reč o institucionalizovanoj slobodi, slobodi postupanja sa samim sobom. Institut pristanka oštećenog u krivičnom pravu odnosi se upravo na deo te slobode. Onaj njen deo koji sadrži elemente podobne za pravnu regulaciju i podležne pravnoj regulaciji.

Sloboda je pojava koja se ispoljava u različitim aspektima: filozofskom, sociološkom i pravnom. Sloboda kao filozofska kategorija označava etapu društvenog progressa pri kojoj se objektivna neophodnost ispoljava, saznaje i aktivno iskorišćava kroz delovanje društva. Sloboda kao sociološka kategorija označava stanje socijalnog subjekta – društva, klasa, socijalnih grupa, pojedinaca, koje nastaje kao rezultat zajedničkog delovanja, preplitanje objektivnih i subjektivnih faktora društvenog razvitka. Sloboda kao logičko-pravna kategorija označava mogućnost daljeg razvitka socijalnih subjekata, mogućnost da se izvrše određene radnje, postupci u sopstvenom interesu.² Stoga, institut pristanka oštećenog u krivičnom pravu treba da udovolji ovim aspektima slobode da bi opstao kao legitimna pravna kategorija građanskog društva i države.

I već iz ovih različitih aspekata slobode da se izvući opšta slika socijalne slobode. Ona u sebi, pored mnogih drugih, kao bitan element sadrži odnose subjekata različitih nivoa opštosti. Sloboda pojedinca u postupanju sa samim sobom tako, samo u jednom delu, dobija socijalno značenje. Upravo međusobna prožetost interesa različitih subjekata ima odlučujuću ulogu u pravnoj regulaciji te slobode. Kao pravni institut, institut pristanka oštećenog u krivičnom pravu svoj oblik i značenje zadobija upravo u različitim dimenzijama odnošenja između tih subjekata. S jedne strane, institut pristanka oštećenog u krivičnom pravu, kao specifičan proizvod tog aspekta slobode, predstavlja instrument odelotvorenja individualne slobode u građanskom društvu, u državi.³ S druge strane, upravo taj aspekt, socijalna vezanost pojedinca čini i osnov ograničavanju same te slobode.⁴

Čitava lepeza pitanja se postavlja, kada se pristupi naučnoj obradi instituta pristanka oštećenog u krivičnom pravu. Ipak, sloboda čini osnovu legitimnosti dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu. Kao osnovni i najviši princip građanskog društva i države, princip slobode i zajedno s njom i princip pravde predstavljaju rukovodna načela u zasnivanju samog dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu, ali i u uređenju samog tog dejstva, u njegovoj pravnodogmatskoj dimenziji, u uređenju dogmatske strukture pristanka oštećenog u krivičnom pravu. Istovremeno, principi slobode i pravde su krajnje tačke

¹ Hegel, Prirodno pravo i državno pravo, str. 212. O slobodi mišljenja se u istom smislu izjašnjava i Spinoza. Po njemu, ako se želi postići ne prinudna poslušnost građana, nego iskrena vernost, ako se želi da vladar čvrsto drži vlast i da ne mora popuštati buntovnicima, neophodno je dozvoliti slobodu mišljenja i upravljati ljudima tako da, iako su očigledno podeljeni u mišljenjima, ipak žive u savršenoj slozi. Ne može se sumnjati da je ovakav sistem vladavine najbolji i s najmanjim nedostacima, jer je u savršenoj skladu s ljudskom prirodom. (Spinoza, Teološko politički traktat, str. 250.) On ističe i to, da pravi rušitelji javnog mira su oni koji u slobodnoj državi hoće da unište slobodu mišljenja, koju ništa ne može da uguši. (Isto, str. 252.)

²Tako V. G. V. Maljcev. (Navedeno prema: Popović, Pojam subjektivnog prava, str. 8, 9 i beleška 1)

³Ovaj ugao posmatranja zauzima naročito Rönnau, Die Einwilligung als Instrument der Freiheitsbetätigung.

⁴O tome više vidi: Sternberg-Lieben, Objektive Schranken.

provere legitimiteta i pravnodogmatske konsekventnosti pojedinih rešenja koja se, u vezi instituta pristanka oštećenog u krivičnom pravu, stavljaju pod kritičku lupu. Dakako, sloboda i pravda su fundamentalni principi građanskog društva i države i kao takvi pružaju dovoljnu osnovu za takav pristup problemu. Centralni predmet ovog istraživanja tako je određen kao samo dejstvo i zasnivanje dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu. Pri tome, ovde ističemo da ovo istraživanje obuhvata teorijska rešenja nemačke krivičnopravne teorije, jer problem zasnivanja dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu u našoj nauci i praksi je išao sasvim drugačijim kolosekom i nema nikakvih sličnosti sa zapadnom, prvenstveno nemačkom tradicijom. Ova tradicija u bavljenju pristankom oštećenog u krivičnom pravu u nemačkoj teoriji duga je više od jednog veka i obiluje teorijskim radovima na ovu temu. Stoga, u ovom radu se uzimaju i obzir i neka starija rešenja i stavovi iz nemačke teorije. Pri tome, poseban značaj imaju filozofske i filozofskopravne ideje za koje bi se moglo reći da predstavljaju kulturne tekovine zapadnog društva, njegovu idejnu osnovu. Stoga, upravo te ideje su uzete ne samo kao fundamenti dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu, nego i kao merila u ispitivanju legitimnosti rešenja pojedinih krivičnopravnih koncepcija. Naša jurisprudencija bi se svakako morala oslanjati na te ideje i njima se podupirati, ukoliko se iskreno želi da Srbija postane članica zajednice evropskih naroda. Reč je o principima istine, slobode i pravde koji su ne samo idejna osnova ispitivanja legitimnosti pojedinih rešenja u ovom radu. Štaviše, oni predstavljaju idejnu osnovu građanskog društva i države. Naša zemlja i naša jurisprudencija posebno, moraju se vratiti ovim vrednostima, ukoliko se hoće napustiti ćorsokak u koji se ušlo životom u svetlu socijalističkih merila vrednosti, a potom i krahom doživljenim u godinama raspada socijalističkog režima i države.

Pored navedenog, valja ovde naglasiti i značenje legitimnosti i dogmatskopravne konsekventnosti pojedinih rešenja. Naime, rešenja koja se mogu prihvatiti moraju biti principijelno zasnovana i uklopiva u dogmatskopravne okvire u koje se stavljaju odnosno iz njih moraju dosledno proizilaziti prihvaćeni dogmatskopravni okviri. Naime, poseban zahtev za legitimnošću ispunjen je kada rešenje čija se legitimnost ispituje stoji u saglasnosti sa osnovnim principima građanske države. Pre svih, reč je o principima slobode i pravde, a tek potom i o istini, kao i o drugim principima i kriminalnopolitičkim obzirima. S druge strane, zahtev za dogmatskopravnom doslednošću je, u najmanju ruku, ispunjen kada se poštuje ustavnopravni zahtev za neprotivrečnošću kaznenopravnog reguliranja.⁵

Izbor ovog ugla posmatranja opravdava tako i samo stanje u našoj nauci krivičnog prava u pogledu obrade problema pristanka oštećenog u krivičnom pravu. Ono je opterećeno prošlošću. Naime, u Republici Srbiji, kao i u drugim bivšim zemljama članicama Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije, problem pristanka oštećenog u krivičnom pravu imao je marginalan značaj, posvećivano mu je upadljivo malo

⁵ O ovom problemu se jasno određuje Sternberg-Lieben. Prema njemu, kaznenozakonske norme ponašanja građanima trebaju pribaviti kako vrednosno orijentiranje tako i usmeravanje njihovog ponašanja kao adresata normi (funkcija ocene i funkcija određenja kaznenopravnih naloga i zabrana). Ovo pretpostavlja, da pravno regulisanje ne stoji u protivrečnosti sa drugim pravnim iskazima i vrednovanjima, pošto bi se pravila ponašanja koja jedna sa drugim stoje u opreci morala neutralizirati kako u svojoj funkciji ocene tako i u svojoj funkciji koja usmerava ponašanje: Neko takvo proizvoljno ukidanje sistematsko-teleološkog poretka prava bi takođe stajalo u opreci sa nalogom pravne sigurnosti kao suštinskim delom principa pravne države čl. 20 III Osnovnog zakona (Ustava Nemačke): protivrečni zakoni krše načela pravne države. Uspostavljanje nekog u sebi saglasnog pravnog poretka svakako je zadato ne samo zakonodavcu; primenjivaču prava je takođe stavljen zadatak da saglasno tumači pojedine propise koji stoje za primenu u kontekstu celokupnog pravnog poretka. Nalog, da se kaznenopravne regulacije neprotivrečno uklope u postojeći kaznenopravni instrumentarijum nalazi svoje opravdanje ne samo u posebnosti kaznenopravnog postupanja (etički osvrt pod nadovezivanjem na vrednosni konsens opštosti), nego i ustavnopravno obezbeđenje u opštoj tezi jednakosti čl. 3 I Osnovnog zakona (Ustava Nemačke), koja prema ustaljenoj ustavnopravnoj judikaturi nalaže jedinstveni tretman jednakih stanja stvari. (Sternberg-Lieben, Objektive Schranken, S. 483, 484.)

mesta.⁶ Stanje pre novog političkog poretka obeležavala su izrazito nadindividualistička shvatanja, tako da je uzimanje u obzir pristanka kao opšteg (i principijelnog) osnova opravdanja (osnova isključenja protivpravnosti) posmatrano kao izraz “neprihvatljivih individualističkih nazora” i načelno je odbacivana uvaživost pristanka žrtve kao osnova nekažnjivosti.⁷ S obzirom na to, problemi dejstva i zasnivanja dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu, u izuzetnim slučajevima rešavani su pod plaštom instituta neznatne društvene opasnosti odnosno neznatnog, malog značaja dela, dok su volja pacijenta kao takva i autonomija principijelno i tradicionalno bili ignorirani i od pravosuđa.⁸

Stoga, valja istaći da se sam problem dejstva i zasnivanja dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu koreni u staroj maksimi rimskog prava: “volenti non fit iniuria” (u potpunijem izgledu ova maksima glasi: “nulla iniuria est, que in volentem fiat”).⁹ Ukorenjenost dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu u načelu “volenti non fit iniuria” ističe se i u starijim¹⁰, ali i u novijim¹¹ razmatranjima ovog problema. Nesumnjivo, već iz ovog načela i proizilazi opšti značaj volje, slobode volje i pravnog dobra kao dva noseća stuba u zasnivanju dejstva pristanka. Dakle, kod dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu je u pitanju pravno značenje slobodnog raspolaganja imaoca pravnog dobra nad svojim pravnim dobrom. Takođe, i problemi koji se tiču dogmatske strukture pristanka oštećenog u krivičnom pravu su vezani za ove matrice. Dakle za pravno dobro, slobodu volje i subjektivitet imaoca individualnog pravnog dobra. U pogledu pretresanja pitanja vezanih za pristanak oštećenog u krivičnom pravu ovi problemi, stoga, moraju se sagledati i razrešiti. Svakako, problem se stavlja u okvire građanskog društva i države i u tim okvirima valja sagledati i kritički ispitati moguća rešenja.

U ovom radu, pojedina rešenja se, najkraće rečeno, ispituju u pogledu njihove legitimnosti i u pogledu njihove pravnodogmatske doslednosti. Pri tome, bilo je nužno sagledati pojedine probleme od kojih zavisi rešavanje pitanja vezanih za pristanak oštećenog u krivičnom pravu. No, smatrajući da to ne bi bilo u potpunosti zadovoljavajuće za razrešavanje tih problema, posegnuli smo za ispitivanjem rešenja pojedinih istaknutijih krivičnopravnih koncepcija u nemačkoj kaznenopravnoj teoriji. Tako, u ovom radu biće ispitana rešenja čiste sistemfunktionalne krivičnopravne koncepcije¹², umerene sistemfunktionalne krivičnopravne koncepcije¹³, vladajuće krivičnopravne koncepcije¹⁴, za koju se može tvrditi da u velikoj meri stoji u saglasnosti i sa sudskom praksom, kao i personalno orijentiranih krivičnopravnih koncepcija, među kojima se ispitivanje vrši u odnosu na personfunktionalnu krivičnopravnu koncepciju¹⁵, na

⁶ Tako Korošec, *Opferinwilligung aus der Sicht der slowenischen Lehre*, S. 549.

⁷ U ovom smislu Korošec, isto, S. 549, 550.

⁸ Tako Korošec, isto, S. 550-554. Korošec ističe da je stanje volje (potencijalno) oštećenog obrađivano samo kao subsumpcioni problem u ravni pojedinih bića dela, dakle prema drugim pravilima od onih koja važe za “pristanak u klasičnom smislu”. (Isto, S. 553. i 558.)

⁹ Navedeno prema istom delu, S. 550. Ova maksima se nalazi u: *Ulpianovim Digestama*: D. 47, 10, 1, 5.

¹⁰ Tako mesto mnogih Breithaupt, *Volenti non fit iniuria*, S. 5. i dalje.

¹¹ Mesto mnogih, ističemo da u rešavanju problema mana volje kod pristanka od ove maksime polazi Amelung, *Willensmängel*, S. 36.

¹² Tvorac i glavni zastupnik čiste sistemfunktionalne krivičnopravne koncepcije je Günther Jakobs.

¹³ Tvorac i glavni zastupnik umerene sistemfunktionalne krivičnopravne koncepcije je Knut Amelung.

¹⁴ U zastupnike ove struje u nemačkoj krivičnopravnoj nauci bi se moglo uvrstiti više autora. Ovde se mesto mnogih ističe Kristian Kühl.

¹⁵ Tvorac i glavni zastupnik personfunktionalne krivičnopravne koncepcije je Claus Roxin.

personalno orijentiranu krivičnopravnu koncepciju zasnovanu na baznom modelu odnosa volje imaoca dobra i samog pravnog dobra¹⁶, i u odnosu na rešenja teleološke krivičnopravne koncepcije¹⁷. Rešenja ovih koncepcija biće ispitana iz opšteg ugla, da li uopšte predstavljaju legitimnu i pravnodogmatski doslednu osnovu za usađivanje dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu, ali i posebno u odnosu na legitimnost i pravnodogmatsku doslednost samih njihovih rešenja problema vezanih za pristanak oštećenog u krivičnom pravu.

Iz navedenog proizilazi i načelno određenje zadatka ovog rada. S obzirom da je sam rad centriran na problem dejstva i zasnivanje dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu, dok drugim problemima vezanim za pristanak oštećenog u krivičnom pravu pripada tek sekundaran značaj, to se zadatak ovog rada iscrpljuje u iznalaženju legitimnog i pravnodogmatski doslednog rešenja dejstva i zasnivanja dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu. Pri tome, naročit značaj se pridaje ostvarenju principa subjektiviteta, kao i humaniteta

Problemi vezani za pristanak oštećenog u krivičnom pravu se, u ovom radu, razmatraju u okviru sledećih celina: Opšte oznake problema pristanka oštećenog u krivičnom pravu, Saglasnost i pristanak, Zasnivanje dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu, Dogmatska struktura pristanka oštećenog u krivičnom pravu, Surogati pristanka oštećenog u krivičnom pravu i Pristanak oštećenog u srpskom krivičnom pravu.

¹⁶ Tvorac i zastupnik ove krivičnopravne koncepcije je Thomas Rönnau.

¹⁷ Tvorac i glavni zastupnik teleološke krivičnopravne koncepcije je Eberhard Schmidhäuser.

1. OPŠTE KARAKTERISTIKE PRISTANKA OŠTEĆENOG U KRIVIČNOM PRAVU

Krivično pravo je prevashodno okrenuto prema učiniocu kao subjektu svog interesovanja. S druge strane, i žrtva ima svoje mesto, tako da se i u njoj ostvaruje određeni subjektivitet koji bi krivično pravo trebalo da uvaži. U tom smislu se ističe problem pristanka oštećenog u krivičnom pravu. S druge strane, u opštem pogledu na ovaj institut mogu se uočiti njegove različite opšte karakteristike. One su većinom, u svom teorijskom aspektu, iscrpno obrađene u nemačkoj krivičnopravnoj teoriji, na koju se stoga u ovom njihovom prikazu i oslanjamo.¹⁸ Na ovom mestu se ukazuje na: opšti značaj pristanka oštećenog u krivičnom pravu, osnovne momente istorijskog razvoja ovog instituta, bitne odrednice pristanka oštećenog u krivičnom pravu u savremenoj tački razvoja i područje primene ovog pravnog instituta.

1.1. Opšti značaj pristanka oštećenog u krivičnom pravu

Pristanak je uopšte zakonom neregulisan osnov isključenja protivpravnosti ili osnov isključenja postojanja bića dela. Iako spor oko toga, da li je pristanak osnov isključenja protivpravnosti ili osnov isključenja bića dela, nije sasvim beznačajan, može se, na ovom mestu, s potpunom izvesnošću potvrditi stav da je pristanak pod određenim pretpostavkama i u određenim granicama osnov nekažnjivosti.¹⁹

Ovaj osnov nekažnjivosti, međutim, u pravilu nije regulisan odgovarajućom opštom odredbom u krivičnom zakonu.²⁰ Osnov za to, da zakonodavac propusti da da jednu detaljnu odredbu o pristanku i

¹⁸ Uz ovaj razlog oslanjanja na nemačku krivičnopravnu misao, koji je bitan za ovaj deo ovog rada, mogu se dodati i razlozi našeg opredeljenja za pretežno orijentisanje na nemačko pravo u obradi ovog pravnog instituta koji su dati na odgovarajućim mestima u uvodu, kao i u narednom delu II ovog rada, gde oni dolaze do izražaja u visokoj meri. S obzirom da su ti razlozi tako dati u uvodu, ovom i narednom delu ovog rada, smatrajući da su time i dovoljno pojašnjeni, može se reći da se oni odnose i na celokupnu sadržinu ovog rada.

¹⁹ Radi se o maksimumu krivičnopravnog dejstva pristanka.

²⁰ Tako, Manfred Maiwald ističe za nemačko pravo, da nedostaje izričita regulacija o relevantnosti pristanka na izvršenje krivičnog dela. Samo indirektno je o njemu reč u § 226a... odnosi se samo na telesnu povredu. (Maiwald, Einwilligung, S. 165, 166) Pri tome, jedan deo učenja, neki autori, bi primenjivali ovu odredbu na sve slučajeve pristanka, dok se većina autora ne slaže sa ovim (Vidi isto delo, S. 166., beleška 5). Enrique Bracigalupo ističe da špansko pravo ne zna za opštu odredbu o području dejstva pristanka (Bracigalupo, Einwilligung, S. 147) I u španskom pravu, pristanak se spominje samo u odredbi člana 428 Código Penal (Kazneni zakonik Španije) u vezi telesne povrede. Za razliku od njih, italijansko i portugalsko pravo imaju određene opšte odredbe o pristanku. Bricola ističe da, za razliku od italijanskog Kaznenog zakonika iz 1889. godine, koji nije sadržao propis o pristanku, važeći italijanski Kazneni zakonik iz 1930. sadrži posebnu odredbu o pristanku, prema kojoj "neće se kazniti, ko povredi ili ugrozi pravo s pristankom onoga koji s njim može pravovaljano raspolagati." (Art. 50. Codice penale). (Franco Bricola, Die Einwilligung des Verletzten im italienischen Strafrecht, Rechtfertigung und Entschuldigung III, Deutsch-italienisch-portugiesisch-spanisches Strafrechtsskolloquium 1990, Herausgegeben von Albin Eser und Walter Perron, Freiburg im Bresgau 1991, S. 185.) Prema ovom autoru pristanak je osnov isključenja protivpravnosti. Andrade ističe da

izgradnju njegovih načela radije prepušta nauci i sudskoj praksi, je očigledan. Jedna takva odredba bi morala ispasti suviše obimna i komplikovana, tako da je od početka jasno, da je uopšte ne treba ni pokušati uvrstiti u zakon.²¹ Ipak, nema sumnje da savremeno kazneno pravo načelno priznaje pristanak. Brojne pojedine odredbe posebnog dela su razumljive samo kada se pođe od toga da se pretpostavlja dejstvo i postojanje opšteg pravnog instituta pristanka. O njegovom dejstvu, kao osnovu nekažnjivosti, u krajnjoj liniji, postoji jedinstvo u teoretskim stavovima, sudskoj i medicinskoj praksi, iako se u zakonu ne nailazi na njegovu opštu regulaciju i iako ovo važenje opšteg pravnog instituta pristanka nije bilo prisutno u svim istorijskim periodima ljudskog razvoja.

Uprkos navedenom, pristanak kao opšti krivičnopravni institut odaje utisak u osnovi razjašnjenog pravnog instituta čija pouzdanost u primeni ne bi trebala nailaziti na naročite teškoće. Ipak, ovaj utisak nije ispravan. Ukoliko se pogled usmeri na granične probleme, to najčešće dolazi do izražaja. Uz to, pod

portugalski Kazneni zakonik sadrži opštu odredbu o pristanku (Art. 31. Ziff. 2d, 38 und 39) Regulacija je dopunjena odredbama posebnog dela. Ovaj autor upućuje na član 38 Ziff. 4, gde je određeno: "Ako učinilac nije imao znanja o pristanku, kazniće se kao za pokušaj." Ovaj propis se ima interpretirati u vezi sa opštim principom subjektivnog elementa osnova opravdanja. (Andrade, Einwilligung, S.137.) Upućujući samo na dejstvo pristanka, kao osnova opravdanja, može se reći i to, da ni italijanski ni portugalski kazneni zakonik ne regulišu ovaj institut u nekim drugim pojedinostima. Naš Krivični zakonik ("Službeni glasnik RS", br. 85/05, 88/2005-ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013 i 108/2014.) Takođe ne sadrži opštu odredbu o pristanku, a takođe ni mnoga druga zakonodavstva. Može se paušalno reći i to, da anglosaksonsko pravo, takođe ne uređuje ovaj institut kroz jednu opštu odredbu, nego se dejstvo pristanka vezuje za pojedina bića krivičnih dela, najčešće za krivično delo silovanja. O nedostatku opšte regulacije pristanka se izjašnjava i Geerds, razmatrajući tadašnji Predlog Kaznenog zakonika za Nemačku. On navodi da se od opšte regulacije pristanka s pravom odustalo, kao što je to slučaj i s važećim Kaznenim zakonikom (Vidi: Geerds, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafgesetzentwurf, S. 49, 50.). Sažet pregled inostranog prava daju Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, S. 384. Prema njima, austrijska teorija dopušta pristanak u jednakom obimu kao i nemačka. Kazneni zakonik Austrije reguliše pristanak na telesnu povredu u § 90 I (kao § 226a nemačkog KZ) i pristanak na sterilizaciju u § 90 II, kao osnove isključenja protivpravnosti. Švajcarsko pravo je u svojim osnovnim pogledima išlo još dalje (ali ipak ovi autori navode da je pristanak uopšte smatran kao osnov isključenja protivpravnosti). Francuska zbog javno-pravnog karaktera kaznenog prava i zbog principa "legalite des excuses" u čl. 65 C.p. (Kazneni zakonik Francuske) pristanak dopušta samo kada se nađe primenjiv zakonski tekst i slučaj može biti izjednačen sa "autorisation legale". Shodno prirodi poznati su i slučajevi saglasnosti koja isključuje biće dela. Code penal (Kazneni zakonik Francuske) iz 1994. godine isto kao i ranije pravo ne sadrži regulaciju pristanka. Belgijsko pravo je saglasno sa francuskim. Špansko učenje obrađuje pristanak kao osnov opravdanja. Kod slučajeva saglasnosti; sve se posmatra kao pitanje tumačenja. U Holandiji se ističe javni karakter kaznenog prava i shodno tome priroda pristanka kao izuzetka. Italijanska teorija priznaje pristanak u jednakom obimu kao i nemačka, na osnovu čl. 50 C.p. (Kazneni zakonik Holandije). Američko pravo naprotiv snažno ističe prednost "public morals" i "public peace" naspram privatne slobode odlučivanja. Pre svega se pretresaju pojedinačni slučajevi, pri čemu odjekuju opšta učenja. Brazilsko pravo je razvilo slične strukture za pristanak kao i nemačko, ali Codice penal (Kazneni zakonik Brazila) nema odredbe o tome. U našoj teoriji, u kategoriju osnova isključenja protivpravnosti koji nisu propisani krivičnim zakonikom, između ostalih, uvršten je i pristanak povređenog. Upravo s obzirom na činjenicu da oni nisu predviđeni krivičnim zakonom (a često ni nekim drugim zakonom) kao opšti osnovi isključenja postojanja krivičnog dela, njihovo dejstvo je sporno. (Stojanović, Komentar krivičnog Zakonika, str. 82, 83.) U nemačkom pravu, nailazi se na važan izuzetak. Naime, nemački zakonodavac reguliše određene situacije specifične za pristanak zatvorenika. (O tome vidi: Amelung, Die Einwilligung des Unfreien, S. 1-4.)

²¹ Tako Zipf, Einwilligung, S. 379. Hirsch ističe da se pri reformi opšteg dela bilo svesno odustalo od prihvatanja opšte regulacije pristanka u Kazneni zakonik. On za osnov ovom uzdržavanju navodi da on leži u tome što se pretpostavke i područje primene opravdavajućeg pristanka klone opšteg tipiziranja. On prenosi i to da s pravom nije prihvaćen ni predlog ministarstva pravde, da se u opštem delu u odnosu na jezičku upotrebu opiše pojam pristanka, i pri tome da se odredi da uvaženi pristanak predstavlja smetnju za pravo na podnošenje predloga za gonjenje. (Hirsch, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, S. 63, 64.)

ovim institutom se razumeju heterogene stvari.²² U suštini, problem pristanka se može iskazati i tako, da u obzir dolaze samo radnje koje spolja ostvaruju bića delikata iz Kaznenog zakonika - da li je i iznutra, materijalno ovo biće dela još ostvareno kada je radnja preduzeta sa pristankom oštećenog. Ovo pitanje nije neopravdano, jer se upravo „prirodno osećanje“ buni protiv toga da isti pečat treba da nose radnje izvršene sa voljom i one protiv volje oštećenog, i to pečat krivičnog dela.²³ Upravo u tome se i ogleda mana nedostatka zakonske regulacije. Zbog nedostatka pozitivno-zakonske odredbe o pristanku teže je postići jednodušno shvatanje strukture i obeležja pristanka. Pitanje je značajnije utoliko što i inače, problem pristanka nameće pitanja od principijelnog značaja za krivično pravo. Stoga i izgleda da su teškoće zakonskog regulisanja s jedne i mane nedostatka ove regulacije s druge strane, poduprte „prirodnim osećanjem“ i značajem problema, dovele do današnjeg, može se reći klizavog terena pristanka na kome glavnu reč vode nauka i sudska praksa. Jer, pristanak je tvorevina običajnog prava.²⁴

1.2 Osnovni momenti istorijskog razvoja pravnog instituta pristanka

Pravnom institutu pristanka u dogmatskoj istoriji svakako nije u svim vremenima pridavano ono značenje koje mu se danas dodeljuje.²⁵ Osnovni momenti istorijskog razvoja ovog instituta se sastoje u različitom određivanju stavova prema njemu u zakonodavstvu i u krivičnopravnoj teoriji.

Sam nastanak ovog instituta vezuje se uobičajeno za starorimsko načelo: „nulla iniuria est que in volentem fiat“, koje je predato od Ulpian-a (Digesta 47.10.1.5.), a danas se koristi u svojoj skraćenoj verziji, kao pravna izreka: „Volenti non fit iniuria“.²⁶ Prema vladajućem mišljenju, ovo načelo nije važno samo za delikte uvrede, nego za sve radnje upravljene protiv ljudske ličnosti. To stoga, što pojam „iniuria“ obuhvata sve povrede ličnosti. Kao i za povrede časti, ovo jednako važi i za zdravlje, za slobodu, pa čak i za život.²⁷ Nekažnjivost se ticala čak i onih koji su neposredno povređenog s njegovim pristankom prodali

²² Tako Binding, Handbuch des Strafrechts, 711. O ovome problemu heterogenosti pristanka vidi kasnija izlaganja.

²³ Tako Holer, Einwilligung, S. 22.

²⁴ U tom smislu mesto mnogih, koji o pristanku govore kao o običajno-pravnom institutu, ovde navodimo samo neke autore: Kühl, Strafrecht AT, S. 250., Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, S. 390., Weigend, Begründung der Straflosigkeit bei Einwilligung, S. 44, Anm. 2), koji se ograđuje u tom vremenskom smislu, da se danas krivičnopravna relevantnost pristanka svakako podupire običajnim pravom, Lenckner, Die Einwilligung minderjähriger und deren gesetzlicher Vertreter, S. 446., i Hirsch, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, S. 51., koji dodaje da se značajnost pristanka potvrđuje vekovima i danas se jednodušno zastupa stav da se bez daljeg može govoriti o običajnom pravu.

²⁵ Tako Rönnau, Willensmängel, S. 7.

²⁶ Vidi isto delo, S. 6. Tako Keßler, Einwilligung, S. 1, Na ovo rimsko načelo pozivaju se i mnogi drugi autori. U slobodnijem prevodu, ovo načelo glasi: „Nije nepravdo ono što se desi sa voljom povređenog“. Najiscrpnije ovo načelo obrađuje Breithaupt, Volenti non fit iniuria. Prema Binding, Handbuch des Strafrechts, S. 710, Fn. 11, jedan radikalni i smatra pogrešan prevod ovog načela daje Stübel, čiji prevod glasi: „Niko ne može samom sebi učiniti nepravdo.“

²⁷ Tako Honig, Einwilligung, S. 2. Ovaj autor na ovom mestu ističe, u Fn 7, da Wächter navodi da je u pogledu na delotvornost pristanka na ubistvo moguće ovo istaći jedino kada se pred očima ima pravno stanje od Hadriana, dok je pre toga ovo važno samo za vlasnički odnos gospodara prema robu, jer je pristanak ovde imao smisao raspolaganja gospodara nad delom svog vlasništva. Delotvornost pristanka kod ubistva se u rimskom pravu izvodila iz tretmana samoubistva, koje je bilo samo – i takođe ne i za ove bez izuzetka – vojnicima zabranjeno.

u ropstvo.²⁸ Osnov, zbog čega je naše načelo u rimskom pravu imalo obuhvatnije važenje, se može pronaći samo u tome, da je broj onih delikata koji su imali čisto javni karakter bio srazmerno veoma mali.²⁹ Ostali delikti su tretirani isključivo sa privatnopravnog stanovišta. Ipak se mora smatrati, za one delikte koji i prema rimskom pravu imaju javno-pravni karakter, da je pristanak imao za posledicu nekažnjivost učinioca. Ovo pre svega važi za ubistvo i telesnu povredu.³⁰

Nakon ovoga, može se reći da u jednom dužem vremenskom periodu, po pitanju pristanka, vlada tišina. Tek se u američkom i engleskom common law sistemu priznaje važenje načela "Volenti non fit iniuria" kao opšteg pravnog načela. Dok je ono u Americi i Engleskoj počivalo na common law sistemu i ovde se uvažavala razlika na *alienable* i *inalienable rights*, ono u kodifikacijama kolonija, svoje dejstvo iznalazi u pravilu putem tumačenja ili izričito.³¹ Pored toga, problem pristanka je bio rešen na suprotan način u Constitutio Theresiana od 31. decembra 1768. godine.³² Sledeći ovo rešenje, dejstvo pristanka ne priznaju ni Opšti zakon o zločinima i kaznama Joseph-a II od 13. Januara 1787. godine, a ni Kazneni zakonik o zločinima i teškim policijskim prekršajima od 3. Septembra 1803. godine. Ovo rešenje sledi i Kazneni zakonik o prestupima, zločinima i prekršajima od 27. maja 1852 godine.³³ Kao i Austrija, držala se i Bavarska. U Kaznenom zakoniku od 13. maja 1813. godine se u čl. 123 određuje, da je „kaznom zaprećena radnja ... niti nekažnjiva niti u manjoj meri kažnjiva zbog dozvole prećutno ili izričito izjavljene od oštećenog.“ Bavarska dopušta samo jedan izuzetak. U stavu 2 istog člana stoji: „usled dozvole povređenog ostaju nekažnjive one radnje koje su prosto upravljene na gubitak ili na opšteopasno oštećenje svojine.“³⁴ Ostali važeći kazneni zakonici svih zemalja, celokupno ranije važeće nemačko partikularno kazneno zakonodavstvo sa izuzetkom Bavarske i Oldenburga, kao i nemački i izvannemački prednacrti ne sadrže opšte odredbe o pristanku.³⁵ Oni dotiču problem samo u Posebnom delu kod pojedinih delikata.³⁶ Na slično stanje, nedostatak zakonskih odredaba o pristanku, smo naišli i u savremenom uporednom kaznenom zakonodavstvu. Međutim, dejstvo pristanka je svakako neporecivo u savremenom krivičnom pravu.

U nauci je postepeno dolazilo do prihvatanja ovog instituta. Prvi osnivači nauke krivičnog prava su Ulpiano načelo uzeli za predmet istraživanja i odbacili mogućnost dejstva pristanka povređenog u

²⁸U tom smislu Breithaupt, Volenti non fit iniuria, S. 7.

²⁹ Isto, S. 7.

³⁰ Isto, S. 7, 8. Pri tome, ističemo da su iskazi Breithaupt-a, na ovom mestu znatno skraćeni, sažeti. Uz to, Breithaupt dalje navodi da su samo za određene slučajeve telesne povrede s pristankom, posebno za slučaj kastracije, od cara bile date pozitivne kaznene odredbe. Hadrian je predvideo čak smrtnu kaznu za kastraciju, i to kako za učinioca, tako i za onoga koji je kastriran na osnovu svog pristanka. Slično je postupao i car Justinijan, pri čemu je on odredio nešto blaže kazne za ovaj slučaj. Pomišlja se da je ovakav tretman imala kastracija, jer je uzimano u obzir da je to delo protiv roda. Vidi detaljnije za ove tvrdnje o kastraciji isto delo, S. 8, 9.

³¹ Tako Honig, Einwilligung, S. 3.

³² Isto, S. 4.

³³ Isto, S. 4.

³⁴ Isto, S. 4. Prema ovom autoru, ista načela preuzima od reči do reči i Kazneni zakonik Vojvodstva Oldenburg od 10. septembra 1814. godine u članu 128.

³⁵ Isto, S. 4. Ovaj autor ovde spominje još i portugalski (1884.), meksički (1871.) i brazilski (1890.) Kazneni zakonik, ali navodi i to, da je i tamo princip da pristanak nema dejstva, a određeni su samo izuzeci. (Vidi za detaljnije informacije isto delo, S. 4, 5.)

³⁶ Isto, S. 5.

krivičnom pravu.³⁷ Tako, izlazi na isto, kada su se neki³⁸ izjasnili da bi pristanak mogao kažnjivoj radnji uzeti protivpravan karakter samo tada, kada zakon kao obeležje bića dela zahteva „invito laeso“³⁹, dakle kada je u biću dela određeno da se radnja preduzima protiv volje oštećenog pojedinca. Ovome su se pridružili i drugi⁴⁰, ali su oni nedopustivo odgurali problem sa pitanja bića dela na subjektivno polje, jer po njima, kod niza delikata, kao što su lišenje slobode, krađa i uvreda, usled pristanka otpada dolus učinioca, što je očigledno pogrešno.⁴¹ Pored toga, neki autori⁴² smatraju i da, osim delikata u kojima je obeležje bića dela „protiv volje“ povređenog, pristanak povređenog predstavlja opšti osnov za ublažavanje kazne; pristanak uvek ukida moment delikta upravljn protiv voljne moći povređenog, tako da delinkvent još samo ne uvažava u zakonu objektiviranu volju države.⁴³ U najoštrijoj protivnosti pogledu da pristanak nikada nema snagu da isključi protivpravnost kažnjive radnje, stoji shvatanje prema kojem pristanak uvek ukida pojam krivičnog dela, jer se s njim pravo koje je zaštićeno pojedinom kaznenom odredbom i napadnuto radnjom samo predaje, te onda ne bi više moglo biti povređeno od drugoga.⁴⁴ Naspram ova dva stava, koji zastupa relativno mali broj krivičara, većina onih koji su se bavili problemom pristanka delotvornost pristanka čine zavisnom od toga da li pristajućem povređenom pripada ovlašćenje na raspolaganje kod svakog delikta koji dolazi u obzir. Rešenje problema se tu čini zavisnim od daljeg pitanja, kod kojih delikata je povređenom uopšte priznato ovlašćenje na raspolaganje ili bi mu de lege ferenda moralo biti priznato.⁴⁵ I u okviru ove većine autora, zavisno od shvatanja pojma krivičnog dela, postoje tri grupe. Kod prvih, područje pristanka se poklapa sa krugom raspoloživih prava i za diskusiju ostaje još samo, gde povući granice između raspoloživih i neraspoloživih prava. Tačnije, radi se o razlikovanju pozajmljenom od filozofije doba prosvetljenosti, na otuđiva i neotuđiva prava⁴⁶ Kod drugih, svedeno na jednostaviju formulu, ova izvođenja počivaju na podeli delikata na takve koji su upravljn protiv raspoloživih ili protiv neraspoloživih pravno zaštićenih dobara.⁴⁷ Svi se slažu u tome da bi pitanje kada bi povređeni mogao raspolagati napadnutim dobrom moglo biti rešeno samo sa stajališta pojedinih

³⁷ Honig u istom delu, S. 5. Navodi se mišljenje Matthaeus-a, koji u svom Commentarius de criminibus, 1715, polazeći od toga da bi se nad besvesnim, deci i ludima zločin i tada mogao učiniti, kada oni to žele, iako oni sami za tako nešto nisu sposobni, tvrdi da i pristanak čoveka sa zdravim razumom ne isključuje učinjenje zločina; tako se njegov pristanak uopšte ne bi mogao drukčije objasniti, nego da se usled nekako mučnih odnosa - govoreći u smislu današnjeg zakonskog jezika - našao u stanju bolesne smetnje duševne delatnosti, kojom je bilo isključeno njegovo slobodno određenje volje. Ovoj dedukciji su se priključili i Leyser, Gremani i Renazzi. Ovo mišljenje, ali s drugim razlogom, slede još i Quistorp, Thibaut, Dabelow i Geib. Poslednja dvojica i izričito navode da je razlog za poricanje svakog dejstva pristanku izrazit javnopravni karakter krivičnog prava. (Vidi isto delo, S. 5, 6.)

³⁸ Bauer, Marezell, Temme, Hepp i Wessely.

³⁹ Tako Honig i Breithaupt u istom delu, S. 6, 7.

⁴⁰ Tako Honig, Einwilligung, S. 7.

⁴² Hepp, Wessely i Breithaupt. Breithaupt pravi razliku između objektivnog prava, iza koga stoji volja države, interesi opšteg dobra i subjektivnog prava kroz koje se delujući protivpravno diže protiv vlasti volje povređenog. U slučajevima u kojima je povređeni dao svoj pristanak na povredu otpada subjektivni moment i učinilac odsada krši samo ius publicum, utoliko je pristankom ne sprečava uopšte nastanak delikta. (Breithaupt, Volenti non fit iniuria, S. 34.) Tu je samo oslabljena protivpravnost. (Tako Breithaupt u istom delu, S. 35.)

⁴³ Tako Honig, Einwilligung, S. 8 i 9.

⁴⁴ Isto, S. 9. Ovaj pogled imaju Martin, Tittman, Henke, Seeger, Wächter i Stübel.

⁴⁶ Isto, S. 11. Ovde ukazujemo na činjenicu da je tada i od strane naučnika čije se mišljenje ovde iznosi zauziman stav da je krivično delo povreda subjektivnog prava. Ovaj stav zauzimaju Feuerbach, v. Grolman, Roßhirt, Schaffrath, Luden, Hälschner i Berner.

⁴⁷ Isto, S. 14, 15, 16. Ovde ukazujemo na činjenicu da je tada i od strane naučnika čije se mišljenje ovde iznosi zauziman stav da je krivično delo povreda dobra. To je stav Birnbaum-ovih sledbenika, a od njih se prvi problemom pristanka bavio Schaper. U okviru ove struje ubrajaju se i v. Liszt, Allfeld, v. Olshausen, Beling, Stooß, Joski, Holer, Kiehl i Gerland.

kaznenih odredbi.⁴⁸ Pri tome, neki od njih se pitaju u čijem interesu je napadnuto dobro zaštićeno; ukoliko je ovo u neposrednom interesu i isključivo povređenog i ukoliko je država samo posredno zainteresovana za održanje napadnutog dobra, tada se povređenom priznaje ovlašćenje na raspolaganje nad ovim dobrom i njegov pristanak isključuje protivpravnost.⁴⁹ Najzad, treći pod pristankom povređenog razumeju ništa drugo do njegov voljni akt kojim se ukida odnos između zainteresovanog i određenog dobra, tako da su usled pristanka kažnjive radnje lišene svog objekta napada.⁵⁰ Zaštita interesa protiv volje zainteresovanog je protivrečnost u sebi samoj.⁵¹ Tako, prema ovim mišljenjima nema ni krivičnog dela usled dejstva pristanka. Najzad, iskristalisalo se shvatanje prema kome se delotvornost pristanka ima preispitivati u svakom pojedinom slučaju prema prirodi pojedinog delikta, kako u nauci⁵², tako i u sudskoj praksi.⁵³

Shvatanja o dejstvu pristanka imaju svoju pravno-filozofsku podlogu. Autori na koje je uticaj izvršila škola prirodnog prava, slično kao kasnije Hegelijanci i takođe današnje pravo, delotvornost pristanku dopuštaju samo kod predaje subjektivnih prava, ukoliko ona podležu ovlašćenju raspolaganja pojedinca i zahvat stoga ne krši objektivnu opštu volju. Naprotiv, istorijska škola prava je načelno odbacila uticaj pristanka na kažnjivost, jer kazneno pravo kao istorijska pojavna forma državnog poretka ne bi mogla podlegati dispoziciji pojedinca. Sociološka škola prava, koja je označila krivično delo kao povredu interesa, morala je doći do suprotstavljenog rezultata, da pristanak naprosto isključuje kršenje prava od strane onoga koji deluje.⁵⁴

1.3 Bitne odrednice pristanka oštećenog u savremenoj tački razvoja

Kada se uzmu u obzir bitne odrednice pristanka u savremenoj tački razvoja, ne može se zanemariti činjenica da se bez svestrane i iscrpne analize pojma pravnog dobra ne može formirati produbljen naučni stav o osnovu dejstva pristanka. Isto tako, pojam pravnog dobra ogoljava poslednji osnov samog problema pristanka i time nam pruža tačku ravnjanja za kazuističku obradu pojedinih delikata.⁵⁵ Međutim, problemu pristanka se prilazi sa najrazličitijih strana, tako da se ni druga pitanja ne mogu izostaviti. Suštinski je problem pogođen i kada mu se priđe tako da se mera prisustva individualizma u određenom društvu uzme kao linija vodilja u određenju dejstva pristanka. Značaj individualne volje je takođe u jezgru problema pristanka. Zapravo, upravo je o tome i reč. Jedino se ta volja stavlja u različite odnose sa pravnim dobrom. I taj odnos, volje i pravnog dobra, je među ključnim pitanjima u rešavanju problema

⁴⁸Isto, S. 16.

⁴⁹Isto, S. 16. Ovakva razmišljanja imaju v. Liszt, Allfeld i Gerland. Zanimljivo je mišljenje Holer-a, koje počiva na podeli svih pravnih dobara na uslovna i bezuslovna pravna dobra, zavvisno do toga da li volja pojedinca nema ili ima uticaja na obezbeđenje pravne zaštite. Za razvijanje ovog mišljenja vidi delo: Holer, Einwilligung. Njegove stavove sažeto iznosi Honig, Einwilligung, S. 16.

⁵⁰Isto, S. 18. Ovaj stav zauzimaju Keßler i Pfersdorff. Ovo mišljenje se odlikuje time što se pojam zločina shvata kao povreda interesa, a interesi kao psihički odnos prema određenim dobrima. Za stavove Keßlera vidi njegovo napred citirano delo. Richard Honig navodi da prema Pfersdorff-u „Objekti napada kažnjivih radnji su u stvarnosti uvek interesi manjeg ili većeg kruga individua koji se odnose na određena dobra.“ (Vidi isto delo, Fn 98) Videti kritiku shvatanja Keßler-a koju daje Binding, Handbuch des Strafrechts, S. 711, 712, Fn 12 i 13. U suštini ističe da je njegova rasprava netačna kako po metodu tako i po rezultatu.

⁵¹Tako Keßler, Einwilligung, S. 52.

⁵²Honig, Einwilligung, S. 19, 20. Za zastupnike ovog stava navode se Goldammer, Binding, Hugo Meyer, Adolf Merkel, v. Bar, Finger, Frank, M. A. Mayer i Köhler.

⁵³Isto, S. 20.

⁵⁴Tako Roxin, Strafrecht AT, S. 539, 540. Roxin u gornjim navodima znatno sažima, pozivajući se na njega, izlaganja koja daje Honig, Einwilligung. On ova pravno-filozofska pitanja minuciozno pretresa u ovom delu, S. 32 do S. 83.

⁵⁵Tako Honig, koji ovim zaključuje svoja razmatranja o pitanjima metoda, u: Honig, Einwilligung, S. 32.

dejstva pristanka. Nasuprot ostalim osnovima isključenja neprava, označava se time, da je nekažnjivost učinioca u krajnjoj liniji posledica autonomne odluke volje zaštićenog nosioca pravnog dobra.⁵⁶ Osnovna misao o delotvornosti pristanka se da izvući iz ustavnopravne garantije opšte slobode delanja.⁵⁷ Pristanak predstavlja akt samoodređenja pojedinca.⁵⁸ Prema tome se mogućnost ovlašćenog da delotvorno pristane na povredu sopstvenih dobara od strane drugih lica i da bi time mogao uticati na njihovu kažnjivost interpretira kao proizvod slobode samoodređenja/autonomije individuuma.⁵⁹ Ima i stanovišta prema kojima je pristanak samo odraz vršenja prava na slobodan razvoj ličnosti.⁶⁰

Sa jednog drugačijeg, neuobičajenog stajališta, ističe se da je pristanak samo podslučaj nadležnosti u području nadležnosti žrtve uopšte.⁶¹ Uprkos činjenici da je stav izrazito funkcionalistički, on ukazuje i na subjektivitet-intersubjektivitet kao poseban problem u obradi problema pristanka. Subjekt koga se problem najneposrednije tiče je onaj koji pristaje⁶², a redovno se javlja i onaj koji postupa⁶³, dok se mogu javiti i treća lica⁶⁴. Pri tome, valja istaći da se pristanak ne može izjednačiti sa samopovređivanjem u širem smislu⁶⁵, jer kod ovoga intersubjektiviteta nema. Prema ekstremno individualističkim stavovima, dolazi se do ovog izjednačavanja, tako što se ističe da su pravne relacije moguće jedino između dva ili više lica, a nikada prema sebi samom.⁶⁶ Daljim izvođenjima se dolazi do toga da se kod pristanka radi o sopstvenoj sferi onoga koji pristaje i tako se ta sfera izvlači iz socijalnosti.⁶⁷ Tek takvom konstrukcijom je moguće doći do izjednačavanja dejstva pristanka sa samopovređivanjem. Međutim, prosta samopovređivanja u krivičnom pravu ne ispunjavaju biće dela, jer se kaznom preti samo za zahvat u tuđe pravno dobro, u tuđe stvari ili druga lica. Dakle, imalaštvo pravnog dobra je presudan kriterijum zakonodavca za propisivanje bića dela. Pri tome, od početka je situacija drugačije postavljena kod povređivanja tuđeg sa pristankom, jer učinilac ovde na način koji formalno odgovara biću dela zahvata u tuđa pravna dobra, proizvevši tako interpersonalni (socijalni) odnos.⁶⁸ Svakako se razlika između samopovređivanja i saglasnog tuđeg povređivanja sastoji u tome da u poslednjem slučaju postoji socijalni kontakt.⁶⁹ Upravo interpersonalitet odvaja radnje preduzete s pristankom od radnji samopovređivanja, jer pravo je socijalna kategorija, zahvata u socijalne odnose.

Pristanak se ne vezuje za određeno stanje ili suštinsko svojstvo čoveka. Institut pristanka nastaje tek usled neophodnosti da se koordiniraju sfere interesa dva ili više lica (pristajući, delajući i treći). Stoga njihovo konturiranje ne može biti svedeno na posezanje za zadatostima iz prirode čoveka same; štaviše valja se zaustaviti neposredno na uređujućoj strukturi pravnog poretka samog, čije su datosti (koje se menjaju)-

⁵⁶Tako Kientzy, Einwilligung, S. 68.

⁵⁷ Tako Bichlmeier, Die wirksamkeit der Einwilligung in einer medizinisch nicht indizierten ärztlichen Eingriff, S. 54.

⁵⁸ Kühl ističe da on svoj ustavnopravni fundament nalazi u pravu na samoodređenje prema člau 2 I Osnovnog zakona. (Kühl, Strafrecht AT, S. 250)

⁵⁹ Rönnau, Willensmängel, S. 9.

⁶⁰ Tako Roxin, Strafrecht AT, S. 545.

⁶¹ Tako Jakobs, Strafrecht AT, S. 254.

⁶² On se naziva na najrazličitije načine, zavisno od ugla iz kojeg se pristupa problemu. U našem pristupu izabran je termin „oštećeni“, iako je to mogao biti i neki od onih koji se još koriste. To su termini: „žrtva“, zaštićeni“, „pristajući“, „nosilac pravnog dobra“, „imalac pravnog dobra“, „ovlašćeni“, „pogođeni“, „pasivni subjekt“, „dotaknuti“, a najčešće „povređeni“.

⁶³ Uobičajeno je da se on naziva „učinilac“, „delajući“ ili „zahvatajući“.

⁶⁴ To, na primer, mogu biti zastupnici i lica koja neposredno primaju pristanak umesto zahvatajućeg ili ga prenose, dakle treća lica.

⁶⁵ Dakle, ne misli se samo na telesno povređivanje.

⁶⁶ Tako Hiller, Das Recht über sich selbst, S. 50.

⁶⁷ Vidi o tome izlaganja Hiller-a, u istom delu, kao i izvođenja u: Keßler, Einwilligung.

⁶⁸ Tako Rönnau, Willensmängel, S. 41.

⁶⁹ Isto, S. 251.

koje se naime mogu izvući iz ustava-one koje postavljaju merila i za oblikovanje ovog pravnog instituta.⁷⁰ Tako, ovaj pravni institut u savremenom pravu doživljava svoje oblikovanje ustavnopravnim odredbama i principima.

Ističemo još i to, da se pristanak suštinski razlikuje od izjava volje u građanskom pravu. Razlika između izjava volje i pristanka se najbolje pojašnjava kada se ima u vidu da obe stoje u kontekstu različitih vrsta normi. Naime, izjave volje su konstitutivne prirode, dok je pristanak regulativne prirode.⁷¹ Iz ove suštinske razlike izvire i druge, razlike od sekundarnog značaja.

1.4 Područje primene pravnog instituta pristanka

Ako se uzme u obzir saglasnost koja isključuje biće dela, koja prema vladajućem mišljenju predstavlja odvojenu pravnu figuru, kao i granice koje su dejstvu ovog instituta povučene, može se reći da je područje primene pristanka znatno suženo, reducirano. U suštini preostaju samo dela protiv telesnog integriteta, časti, područje ličnih tajni, svojine i imovine.⁷² U smislu širine obuhvata, s obzirom na pojedine inkriminacije u savremenom krivičnom zakonodavstvu određene države, ove tvrdnje se ne mogu osporiti. Međutim, s obzirom na praktične delatnosti, može se istaći i upravo suprotna tvrdnja, da je područje primene pristanka u praksi izrazito široko, kao što je ta primena i učestala. U praksi pristanak dobija posebno značenje kod lekarskih zahvata, ali i kod oštećenja stvari, kršenja tajnosti i kod prevremenog napuštanja mesta nesreće. Praktikovanje pristanka, u okviru telesnog povređivanja, je naročito učestalo i kod sadomazohističkih povreda, dopinga sportista, kozmetičkih operacija i tetoviranja, obreda obrezivanja kod pojedinih naroda i sl. Uopšteno gledano, kao instrument otelotvorenja slobode pojedinca, pristanak kao pravni institut se primenjuje u svakodnevnom životu u raznim delatnostima koje podrazumevaju raspolaganje pojedinca sa svojim pravnim dobrima i bez ove česte primene instituta pristanka život se ne bi mogao zamisliti.

Najzad, može se navesti i to, da je načelo “Volenti non fit iniuria” staro, ali je institut pristanka povređenog pravnoistorijski mlad i stoga u nekom smislu još uvek nerazvijen. Stoga, čini se da još predstoji ozbiljna naučna obrada ovog problema. Ovo se naročito ističe za naše pravo, koje se tek raspadom socijalističkog društva i države oslobodilo stega naročito izražene nadindividualističke crte u tom društvu i državi.

⁷⁰Tako Sternberg-Lieben, Objektive Schranken, 1997, S. 79.

⁷¹U tom smislu Amelung, Willensmängel, S. 14, 15.

⁷²U tom smislu Kühl, Strafrecht AT. Honig ističe da problem pristanka iskrsava kod više različitih delikata, (Vidi: Honig, Einwilligung, S. 1.) Pretpostavljamo da Richard Honig pri ovim navodima nije imao u vidu razlikovanje na saglasnost i pristanak. Može se ovde navesti da postoje razlike i u shvatanjima praktičnog obuhvata kod različitih autora. Kühl samo daje prikaz vladajućeg mišljenja.

2. SAGLASNOST I PRISTANAK

Razlikovanje, koje je poznato u nemačkoj krivičnopravnoj teoriji, na saglasnost (Einverständnis) i pristanak (Einwilligung), u našoj teoriji ne dolazi do izražaja. Ipak, kada se izvrši uvid u odredbe Krivičnog zakonika Republike Srbije, očigledno je da za ovo razlikovanje ima mesta i u našem krivičnom pravu i praksi. Pri tome, obrada ovih problema je vezana za nemačku krivičnopravnu teoriju iz više razloga. Pored razloga za to navedenih u uvodu ovog rada, koji se sastoji u tome da je nemačka krivičnopravna teorija ovoj temi dug period vremena poklanja veoma veliku pažnju, a da je u naše pravo misao o pristanku ozbiljnije prodrta tek nakon prestanka postojanja socijalističke države, stoji i razlog da su inkriminacije u Krivičnom zakoniku Republike Srbije veoma slično formulisane inkriminacijama u Kaznenom zakoniku Nemačke, kao i da su instituti opšteg dela postavljeni na isti ili sličan način. Uz to, kao dva pravna sistema koji pripadaju tzv. kontinentalnom pravu oni su postavljeni na slične ili iste osnove, naročito ako se ima u vidu činjenica da naše pravo tradicionalno sledi dostignuća nemačke krivičnopravne teorije, ali i zakonodavstva i prakse.⁷³ Ova prevashodna usmerenost na nemačku krivičnopravnu teoriju, zakonodavstvo i praksu se iz ovde navedenih razloga sasvim jasno može uočiti ne samo u ovom delu ovog rada, nego i u ovom radu uzetom u celini.

No, oko samog ovog razlikovanja na saglasnost i pristanak u nemačkoj krivičnopravnoj teoriji ne postoji jedinstvo. Jasno je samo to da se samo razlikovanje formira u normativnoj ravni, dok se činjenično saglasnost i pristanak praktično ne razlikuju. Osnovno je pitanje, da li su saglasnost i pristanak dva samostalna pravna instituta ili to pak nije slučaj. Uočavaju se tri različita odgovora na ovo pitanje. Naime, u pogledu tog razlikovanja mogu se uočiti tri struje u nauci krivičnog prava, koje se ovde i obrađuju. To su: a) izvorno shvatanje, b) tzv. napredno shvatanje i c) vladajuće shvatanje koje stoji na srednjoj poziciji.

2.1 Izvorno shvatanje

Prema tzv. izvornom shvatanju, koje je i danas u određenoj meri prisutno u nauci, saglasnost i pristanak predstavljaju dva samostalna pravna instituta. Razlikovanje na saglasnost koja isključuje biće dela i pristanak kao osnov isključenja protivpravnosti je odlika i vladajućeg mišljenja u teoriji⁷⁴, ali u okvirima vladajućeg mišljenja ono ne dovodi do samostalnosti oba ova instituta. Ovo razlikovanje je relativno

⁷³ Iz navedenih razloga u obradi pojedinih problema je na odgovarajućim mestima, gde smo to smatrali naročito prikladnim, u primerima iz nemačkog prava upućivano i na odredbe Krivičnog zakonika Republike Srbije koji sadrže veoma slične ili čak u pojedinim slučajevima i iste formulacije koje sadrži i Kazneni zakonik Nemačke.

⁷⁴Tako Kühl, Strafrecht AT, S. 251. Na ovom mestu on izričito ne navodi da je ovo vladajuće mišljenje, ali to proizilazi iz koncepcije ovog udžbenika, kao i iz našeg uvida u problematiku. Kientzy navodi da ovo diferenciranje – što je kod krivičnopravnih učenja retka pojava – nikada nije bilo napadnuto u svojoj osnovi i u međuvremenu je kao misaono dobro najčešće pronalazilo ulaz u udžbenike i komentare kaznenog prava. (Kientzy, Einwilligung, S. 4.)

novije, ali se danas se naziva i tradicionalnim shvatanjem, što podrazumeva da je reč o ovom izvornom shvatanju.⁷⁵ Ipak, ova je razlika bila uočena i u starijoj nauci, mada ne u tako jasnom obliku i ne od svakog autora u različitim nivoima vrednovanja saglasnosti s jedne i pristanka s druge strane⁷⁶, kao što je to slučaj sa ovim izvornim shvatanjem. U suštini, pristajuća volja treba već da isključi biće dela kada pojedino obeležje bića dela izričito pretpostavlja delanje protiv ili bez volje ovlašćenog ili se to da zaključiti na osnovu tumačenja.⁷⁷ Tako se radnja „prodiranja“ bića dela kršenja kućnog mira iz § 123 stav 1 Kaznenog zakonika Nemačke interpretira na takav način da bi „učinilac morao dospeti u zaštićene prostore protiv ili bez volje ovlašćenog“.⁷⁸ Reč je, dakle, o saglasnosti, kada ova delatnost ne usledi protiv ili bez volje ovlašćenog odnosno kada se njegova volja može odrediti kao pristajuća. Pristajanje žrtve tada isključuje mogućnost da učinilac ostvari biće dela dotičnog delikta.⁷⁹ Naprotiv, pristanak treba da isključi tek protivpravnost, on opravdava učinioca već ostvarenog dela. Pristanak kao osnov isključenja protivpravnosti je pravno značajan samo u vezi sa bićima krivičnih dela kod kojih se upravljanje volje imaoca pravnog dobra ne uzima u obzir u ravni objektivnog bića dela⁸⁰, a s obzirom da je, po izvornom shvatanju, kod saglasnosti dovoljno postojanje samo unutrašnje saglašavajuće volje (unutrašnja volja upravljena prema radnji učinioca u smislu odobravanja radnje izvršenja krivičnog dela, ne i u smislu izjavljivanja te volje, jer ona ostaje unutrašnja). Time se, u stvari, pristanak određuje negativno, tako da se ne radi o saglasnosti, ali i tako, da kod pristanka mora postojati u spoljnjem svetu ispoljena (upravljena tako što je) pristajuća volja, što je pretpostavka pristanka. Tako, ko na molbe vlasnika parcele obori njegovo stablo, on ispunjava biće dela oštećenja stvari, ali je njegovo delo opravdano.⁸¹ Radi se dakle o

⁷⁵Zasniva ga Friedrich Geerds u delu „Einwilligung und Einverständnis des Verletzten“, Dissertation, Kiel, 1953. Ovo mišljenje je ukratko izloženo u: Geerds, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht, S. 262-269. Rönnau naziva ovo shvatanje, koje se pojavljuje od Geerds-ove disertacije 1953, tradicionalnim shvatanjem. (Rönnau, Die Einwilligung als Instrument der Freiheitsbetätigung, S. 595.). Isto čini i Otto, Einwilligung, mutmaßliche, gemutmaßte und hypothetische Einwilligung, S. 679, kao i mnogi drugi.

⁷⁶Kientzy navodi i da je pre Geerds-a izraz „saglasnost“ upotrebljavan pre nesvesno i često kao sinonim za pristanak. (Vidi: Kientzy, Einwilligung) U starijoj literaturi, ipak može se na ovu razliku naići i među udžbenicima nekih autora, od kojih navodimo: Binding, Handbuch des Strafrechts, S. 709 Fn. 8, 9, kao i S. 717; Merkel, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, S. 167, 168; Finger, Strafrecht, S. 332; Janka, Strafrecht, S. 105, 106; Meyer/Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts S. 198-204, posebno Fn. 34; Stoos, Strafrecht, S. 159; Köhler, Strafrecht AT, S. 404, 405; Merkel, Grundriß des Strafrechts, S. 87, 88. Na činjenicu da je ovo shvatanje bilo prisutno i ranije ukazuje Rönnau, upućujući na dela koja su korišćena i u ovom radu, i to na udžbenik Binding-a, S. 717, na monografije: Keßler, Einwilligung S. 48., kao i Honig, Einwilligung, S. 119, te Breithaupt, Volenti non fit iniuria, S. 16, 34, kao i na članak: Traeger, Einwilligung, S. 112, 116.

⁷⁷Tako Rönnau, Die Einwilligung als Instrument der Freiheitsbetätigung, S. 596. Eberhard Schmidhäuser u istom smislu ističe da se „saglasnost“ odnosi na takva bića kaznenih dela kod kojih se već u opisu događaja iz bića kaznenog dela pretpostavlja volji učinioca protivstojeća volja žrtve, dok ističe i da o „pristanaku“ valja govoriti tamo gde je kod onoga koji je pogođen radnjom dat isti psihički fenomen kao kod „saglasnosti“, pri čemu on nije obuhvaćen u biću dela-pozitivno ili negativno formulisano. (Schmidhäuser, Einwilligung, S. 593).

⁷⁸Tako Rönnau, Die Einwilligung als Instrument der Freiheitsbetätigung, S. 596. Rönnau ovde upućuje na tumačenje koje daje Lenckner, a koje se nalazi u njegovom komentaru Kaznenog zakonika iz 2001. godine.

⁷⁹Tako Kühl, Strafrecht AT, S. 251. Na istom mestu Kühl ukazuje na činjenicu da je ovaj pristanak nazvan „saglasnost“ u terminološkom razgraničenju od opravdavajućeg pristanka. U tom smislu, ukazujući na terminološko razgraničenje, pored termina „pristanak“ upotrebu termina „saglasnost“ opravdavaju i Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, S. 391. Zanimljiva je njihova konstatacija da se kod saglasnosti radi o bićima dela sa komponentom prinude, navodeći §§ na koje su mislili pri tome, dakle reč je samo o jednom krugu dela kod kojih saglasnost isključuje biće dela. (Vidi isto delo, S. 390.). Može se ovde navesti i konstatacija generalnije prirode, koju daje Eser, a odnosi se na to da je reč o isključenju bića dela kod saglasnosti, što je po pravilu slučaj kod delikata koji sadrže napad na slobodu voljnog odlučivanja ili potvrđivanja volje. (Eser, Strafrecht, S. 65.)

⁸⁰Tako Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, S. 391.

dve pojavne forme pravno značajnog pristanka, koje jedino činjenično pokazuju ista obeležja.⁸² No, saglasnost koja isključuje biće dela se od opravdavajućeg pristanka ne razlikuje samo po sistematizaciji i terminološki, nego i s obzirom na pretpostavke koje se odnose na pogođenog (oštećenog).⁸³

U zasnivanju ovog razlikovanja, razmatraju se pravna obeležja ova dva samostalna pravna instituta i prikazuju i sasvim različite vrste dejstva ove dve forme pristajuće volje povređenog. Oba slučaja pristajuće volje povređenog, koji se ovde pravno razlikuju, po sebi čisto činjenično pokazuju ista obeležja. Povređeni pristaje na činjenje koje ga nekako oštećuje; on dozvoljava, dopušta, odobrava to; on nema ništa protiv. Pravno ova pristajuća volja povređenog ipak dejstvuje posve različito.⁸⁴ Ovlašćenje na pristanak se prihvata kod kaznenih zakona (odnosno pojedinih krivičnih dela) koji su obeleženi nedostatkom interesa države, kod kojih su jedno ili više pojedinačnih lica nosioci objekta zaštite, i ne država sama ili opštost.⁸⁵ U suštini, ovde se može govoriti uslovno o odustanku od pravne zaštite, ali samo o krivičnopravno posmatrano pravno značajnoj volji, čija je snaga da isključi nepravo običajopravno priznata.⁸⁶ U odnosu na uslove pristanka se navode: sposobnost za pristanak, da pristanak mora biti izjavljen pre dela i da to mora biti poznato učinioocu, jer učinilac kome to nije poznato krši pravo.⁸⁷ Kao saglasnost, ovde bi trebalo označiti slučaj pristajuće volje povređenog, koja isključuje izvršenje krivičnog dela. To je moguće uvek kada biće krivičnog dela izričito ili prema svojoj prirodi pretpostavlja da je učinilac objektivno protiv ili bez stvarne volje povređenog, tj. invito laeso, dakle radio nasilno odnosno savladao suprotstavljenu volju drugoga.⁸⁸ Krug kaznenih zakona (odnosno pojedinih krivičnih dela) koji dolaze u obzir je posve drugi nego kod pristanka.⁸⁹ Za razliku od sposobnosti za pristanak, kod saglasnosti se ne traži uvid u nepravo dela, dovoljna je prirodna volja povređenog. Činjenično, ovde se volja povređenog ne savladava, što bi kod krivičnih dela u pitanju bilo potrebno za ostvarenje bića dela. Kod forme saglasnosti, nasuprot pristanku, moralo bi se pristupiti takozvanoj teoriji o upravljenosti volje; za

⁸¹Tako Rönnau, Die Einwilligung als Instrument der Freiheitsbetätigung, S. 596. U našem pravu, kao primer saglasnosti koja isključuje biće dela može se navesti krivično delo narušavanja nepovredivosti stana iz člana 139. Krivičnog zakonika RS, dok kao primer za pristanak koji isključuje protivpravnost navodimo krivično delo uništenja i oštećenja tuđe stvari iz člana 212. Krivičnog zakonika RS, Ukoliko se oštećeni saglasi sa prodiranjem u njegov stan, otpada ostvarenje bića dela iz čl. 139, a ukoliko pristane na oštećenje svoje stvari biće dela iz čl. 212. je ostvareno, ali pristanak isključuje protivpravnost tog dela.

⁸²Tako Kientzy, Einwilligung, S. 1, 2N

⁸³ Tako Gropp, Strafrecht AT, S. 198. I Kühl ukazuje na to da je razlika između opravdavajućeg pristanka i saglasnosti koja isključuje biće dela prvobitno bila povezana sa različitim pretpostavkama delotvornosti. (Kühl, Strafrecht AT, S. 260.)

⁸⁴Isto, S. 263. Kientzy govori o psihološkom identitetu ove dve forme pristajuće volje, dakle kod saglasnosti i pristanka. (Kientzy, Einwilligung, S. 2)

⁸⁵Geerds, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht, S. 263. Ovde, u fn. 6, Friedrich Geerds navodi tačno na koje je kaznene zakone odnosno bića dela iz Kaznenog zakonika mislio pre svih, i to: § § 223 ff., 239, 246, 288, 299, 300, 303, 305 i 308-1. S obzirom na činjenicu da se numeracija koju daje Friedrich Geerds odnosi na §§ koji su tako bili označeni u vreme pisanja odnosno objavljivanja njegovog članka (1954. godine), kao i na kasnije izmene u pogledu te numeracije, ovde nije dato koja su to dela. Međutim, iz gornjih izlaganja je vidljivo koja se krivična dela imaju uzeti u obzir.

⁸⁶Isto, S. 263.

⁸⁷Isto, S. 263, 264. Ovde ističe i to, da ova nevrednost radnje ili zla volja biva ukinuta za pravnu zajednicu tek tada, kada je učinilac primio pristanak k znanju.

⁸⁸Isto, S. 264, 265. Na ovom mestu navodi primere koji se odnose na pojedina krivična dela, i to na § 236 (otmica), § 242 (krađa), § 123 (kršenje kućnog mira), § 177 (silovanje). Tako, kod poslednjeg ističe da kod pristanka žene objektivno ne postoji silovanje, jer bi ovo zahtevalo nasilno postupanje protiv volje žene.

⁸⁹Isto, S. 265. Ovde, u fn. 24, Geerds navodi tačno na koje je kaznene zakone odnosno bića dela iz Kaznenog zakonika mislio pre svih, i to: §§ 123, 124, 236, 237 (u pogledu na roditelje), § 240, kao i srodni §§ 114, 253, 255, dalje § 242, kao i srodni §§ 243, 247, 248a, 370-broj 2, 5, 6, 252, 249 ff., i konačno § 177-1., 176-broj 1 i gotovo svi delikti morala. S obzirom na činjenicu da se numeracija koju daje Geerds odnosi na §§ koji su tako bili označeni u vreme pisanja odnosno objavljivanja njegovog članka (1954. godine), kao i na kasnije izmene u pogledu te numeracije, ovde nije dato koja su to dela. Međutim, iz gornjih izlaganja je vidljivo koja se krivična dela imaju uzeti u obzir.

merodavno pitanje o shodnosti biću dela nebitno je da li je postojanje ili nedostatak obeležja bića dela poznat učiniocu. Prema ovome, objektivno ne postoji svršena krađa, kada je učinilac poneo sa sobom knjigu, koju mu je radi odnošenja spremio povređeni, jer tada učinilac činjenično ne pribavlja državinu protiv ili bez volje imaoca. Saglasnost prirodno mora postojati već pri početku vršenja dela⁹⁰

Ukoliko se ovi rezultati uporede, daju se vrlo značajne razlike. Pristanak se predstavlja kao volja koja je značajna za isključenje neprava, dok se saglasnost tiče situacije bića dela, kod koje čisto činjenično pristajuća volja isključuje obeležje bića dela koje se sastoji u postojanju suprotstavljene volje. Lično, kod pristanka povređeni se mora zadovoljiti sa izvesnom sposobnošću uviđanja (sposobnošću shvatanja značaja dela) određenim uže ograničenim pretpostavkama, dok je kod saglasnosti dostatan najmanji zahtev za činjeničnom, prirodnom voljom. Kada pristanak treba da isključi nepravo, on mora biti izjavljen izričito ili tako da se može jasno zaključiti o njegovom davanju i da je s voljom povređenog postao poznat učiniocu pre dela, naprotiv kod saglasnosti dostaje prosto postojanje odgovarajućeg upravljanja volje po sebi.⁹¹ Valja napomenuti da se izvorno posmatrano, posebna dejstva pristanka i saglasnosti uočavaju u ravni mogućnosti postojanja kažnjivog pokušaja, zabludnog uzimanja za date pristanka i saglasnosti, kao i kod protivnosti moralu, prevarne radnje i sile.⁹² Prvo, ukoliko se pristanak posmatra kao osnov isključenja neprava, kažnjivi pokušaj nije moguć. Prema ovde zastupanom pogledu, već pojmovno propada kazna za pokušaj, jer pristanak pretpostavlja znanje učinioca, što bi onda moralo isključiti umišljaj.⁹³ Nasuprot tome, u slučajevima saglasnosti, gde po sebi ništa nije rečeno o shodnosti dela pravu, data je mogućnost kažnjivog nepodobnog pokušaja, kada na primer učinilac ne zna da je stvar „oduzeo“ sa voljom držaoca, kao što je na primer slučaj kod odnošenja spremljene knjige. Ovde se tako radi jedino o pitanju umišljaja, jer utoliko bi znanje učinioca za pristajuću volju isključivalo umišljaj za krađu, tako da ne bi bilo teškoća u zasnivanju protivpravnosti pokušaja prema opštim učenjima.⁹⁴ Drugo, različitost pristanka i saglasnosti suprotstavljeno dejstvuje u učenju o zabludi. Zabluda o saglasnosti je zabluda o biću dela.⁹⁵ Naprotiv, zabluda o pristanku, koja u pravilu pretpostavlja svršeno objektivno biće dela, mora uvek biti zabluda o protivpravnosti.⁹⁶ Kao treće, razmatraju se tri grupe slučajeva u kojima je izdiferencirano dejstvo pristanka i saglasnosti. U prvoj grupi, uzima se kao merodavan kriterijum protivnosti moralu, prema odredbi o krivičnom delu telesne povrede iz Kaznenog zakonika Nemačke, te se s obzirom na stav o opštem važenju te odredbe u delu u kome je reč o neuvažavanju pristanka u slučaju njegove protivnosti moralu, izgrađuje stav i o nemogućnosti dejstva pristanka koji je protivan moralu i za ostale slučajeve.⁹⁷ U

⁹⁰Tako Geerds u istom delu, S. 266.

⁹¹Isto, S. 266.

⁹²Ova pitanja Geerds razmatra dalje u istom delu, S. 266, 267, 268, 269.

⁹³Isto, S. 266. Geerds razmatra i druga rešenja vezana za kažnjivi pokušaj i u svakom slučaju nalazi da on kod pristanka nije moguć. (Vidi isto delo, S. 266, 267.) U tom smislu navodi primer, kada je povređeni pristao da mu sused odseče drvo. Ukoliko sused poseče drvo, bez da zna za pristanak povređenog, pošto umišljaj stoji izvan sumnje, tada bi pitanje još samo glasilo, da li je posledica iz bića dela bila protivpravno proizvedena ili ne. Ukoliko se potvrdi, što se ovde i dešava, protivpravnost dela, kazniće se za svršeno delo oštećenja tuđe stvari. Ukoliko se naprotiv prihvati da je u skladu sa teorijom o upravljenosti volje radnja shodna pravu, konsekventno bi od sebe morala biti zabranjena mogućnost kažnjivog, t.j. protivpravnog pokušaja.

⁹⁴Isto, S. 267.

⁹⁵Isto, S. 267. Ovde se navodi primer, kada je učinilac kod silovanja radio u pogrešnom uverenju, da se žena saglasila sa njegovim postupanjem, tako da ovde nedostaje svest o suprotstavljenoj volji kao obeležju bića dela.

⁹⁶Isto, S. 267. Prema autoru, ovde se pre svih mogu zamisliti dva slučaja. Jednom, učinilac je u zabludi o činjeničnim obeležju pravno mogućeg pristanka – na primer kod klimanja glavom povređenog koji je time mislio nešto drugo učinilac je uverenja da je to izjava. Ova zabluda bi se, kao kod putativne nužne odbrane, morala držati u korist učinioca. Naprotiv, zabluda učinioca da bi povređeni pravno delotvorno mogao pristati na svoje ubistvo jeste zabluda o zabranjenosti dela koju ne treba uvažiti.

⁹⁷Isto, S. 268. Ovaj stav o opštem važenju danas nije prihvaćen, nego se, shodno vladajućem mišljenju, ova odredba odnosi samo na telesno povređivanje. Prvo, ukoliko je delo – ne pristanak – uprkos pristanku protivno moralu, utoliko je pristanak kaznenopravno beznačajan i telesna povreda je protivpravna. Drugo, ovo ograničenje slobode disponiranja važi samo za delikte

drugoj grupi, zauzima se stav o neuvaživosti pristanka koji je dobijen na osnovu prevarnih radnji učinioca, koji je dakle uzrok donošenja odluke žrtve, jer pravo kao merodavnu može priznati samo istinsku volju povređenog. Za treću grupu slučajeva važi isto kao i za drugu, dakle nije uvaživ ni pristanak dobijen na osnovu prinude.⁹⁸ Za saglasnost, naprotiv, kao prvo, protivnost moralu pristanka povređenog ne može dobiti nikakvo značenje, jer je ovo potpuno nebitno za merodavno pitanje, da li je delao sa prinudom i protiv volje žrtve. Biće dela je isključeno i saglasnošću koja je protivna moralu.⁹⁹ Isto tako je i sa saglasnošću dobijenom na osnovu prevarne radnje učinioca. Kada je na primer učinilac prevarnom radnjom motivisao povređenog da izda stvar, objektivno ne postoji krađa, nego može samo biti reči o prevari, jer učiniocu samom nije trebalo da neposredno posegne za imovinom, nego je žrtva – motivisana od učinioca – raspolagala imovinom. Saglasnost uprkos prevarnoj radnji delotvorno isključuje biće dela. Svakako sama prevarna radnja može predstavljati posebno krivično delo.¹⁰⁰ Najzad, u trećoj grupi, slično je i kod saglasnosti, gde su ipak zamislivi samo teški slučajevi, jer prinudom izazvana saglasnost mora postojati pre početka izvršenja dela, a koja u bićima dela u pitanju u svakom slučaju predstavlja primenu sile, tako da se prinuda vrlo često mora posmatrati već kao radnja posebnog bića dela. Ovde bi se moglo zamisliti, da je supruga usled razgovora svome suprugu koji odvojeno živi obezbedila pristup nakon početnog odbijanja, prema kome joj je on za slučaj uskraćivanja zapretio prijavom za njemu poznata krivična dela žene. Ovde stvarno čovek ne ulazi više silom protiv volje žene, jer je stupio u prostor u pitanju tek nakon njene izmene volje, tako da mora propasti kažnjivost zbog kršenja kućnog mira kod prinuđene saglasnosti. Svakako bi on ovde mogao biti kažnjen zbog prinude, jer je odgovarajuću volju žene proizveo pretnjom prijavom. Tako je ovde, u stvari, reč o tome da usled saglasnosti dolazi do isključenja bića dela i time i do druge pravne kvalifikacije i to tako što se normativni aspekt premešta na drugi činjenični deo ovog događaja koji se više ne tiče neovlašćenog prodiranja u tuđi stan, nego se odnosi na samu “pretnju prijavom”. Biće dela koje se ostvaruje izvršenjem radnje prodiranja je usled saglasnosti isključeno. Stoga, ako se ovde pristajuća volja posmatra kao saglasnost, u tom slučaju nužno proističe da je, kao njena pretpostavka, dovoljna samo prirodna volja kod koje se ne ulazi u sposobnost za shvatanje značaja dela, ni u to da li je saglasnost data uz postojanje mane volje saglašavajućeg (konkretno uticaj pretnje na volju saglašavajuće supruge), a što je ovde od odlučujućeg značaja. “Pretnja prijavom” tu predstavlja samostalno krivično delo prinude. Oba slučaja pristajuće volje tako valja u osnovi različito ceniti kod protivnosti moralu, prevarnih radnji i prinude.¹⁰¹ U svakom slučaju, i u pogledu dejstva u razmatranim slučajevima, pokazuje se da saglasnost i pristanak vode potpuno suprotstavljenim rezultatima, kada se oni ovde shodno svojoj prirodi posmatraju odvojeno.¹⁰²

Ti suprotstavljeni rezultati ovog izvornog razlikovanja se odnose na tri oblasti: 1. na sistematsku oblast, tako što se saglasnost sastoji u uticanju na biće dela (isključenje bića dela usled saglasnosti), a pristanak u uticanju na protivpravnost (isključenje protivpravnosti usled pristanka), 2. na pretpostavke koje se odnose na oštećenog, tako što je kod oštećenog za saglasnost potrebna tzv. prirodna, činjenično postojeća volja (primena teorije o upravljenosti volje¹⁰³) i saglašavajući ne mora imati sposobnost uviđanja (sposobnost

telesne povrede, a u pogledu na ostala visoko lična pravna dobra protivnost moralu dela ne sprečava opravdanje, čak i kad je, kao na primer kod posebno teških uvreda, dotaknuto ljudsko dostojanstvo uvređenog. (Vidi o tome: Kühl, Strafrecht AT, S. 254.) Pored toga, u Krivičnom zakoniku RS ovakva odredba uopšte nije predviđena, tako da je i to razlog za izbegavanje bavljenja ovim pitanjem.

⁹⁸ Geerds, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht, S. 268.

⁹⁹ Isto, S. 268.

¹⁰⁰ Isto, S. 268, 269.

¹⁰¹ Isto, S. 269.

¹⁰² Isto, S. 269.

¹⁰³ O teoriji o upravljenosti volje vidi nešto više u delu V 3. ovog rada.

shvatanja značaja dela), dok za pristajućeg važi da on mora pristanak ispoljiti (izjavom ili konkludentnom radnjom), te da pristajući mora imati sposobnost uviđanja (shvatanja značaja dela), dok i pristanak i saglasnost moraju postojati pre izvršenja dela, kao i 3. na posebna dejstva saglasnosti i pristanka u pogledu kažnjivog pokušaja, zablude i u tri diferencirana slučaja (kod krivičnog dela telesne povrede, kao i kod prevarnih radnji i prinude). Ovome se svakako može pridodati i zahtev da učinilac zna za pristanak, dok o saglasnosti ne mora imati znanje, kao i to da su mane volje kod saglasnosti beznačajne, ali i da one pristanak čine nedelotvornim.¹⁰⁴

Ovo izvorno shvatanje, iako je u nauci pretežno prihvaćeno samo ovo razlikovanje na saglasnost i pristanak, ipak nije naišlo na potpuno prihvatanje. Samostalnost oba ova instituta (saglasnosti i pristanka) ili samo jednog od njih se poriče na dva suštinski različita načina. Naravno, razlog neprihvatljivosti izvornog shvatanja leži upravo u pogrešnom određenju ovog shvatanja prema saglasnosti, koja svakako ne predstavlja samostalan pravni institut. Utoliko je ovo shvatanje samo delimično pogrešno.

2.2 “Napredno shvatanje”

Napredno shvatanje poriče postojanje razlike između saglasnosti i pristanka uopšte. Naime, napredno shvatanje osporava sistematsku razliku saglasnosti i pristanka i svakom delotvornom pristajanju nosioca pravnog dobra pridaje dejstvo kojim se isključuje biće dela.¹⁰⁵ Polazeći od toga da se neophodnost diferenciranih posledica pristajanja može legitimisati samo na osnovu nužnog dogmatskog zasnivanja i stvarno opravdanih rezultata, konstatuje se da ovo nedostaje kod diferenciranja na saglasnost i pristanak.¹⁰⁶ Naime, nema dokaza funkcionalne nužnosti za izgradnju dva tipa pristajuće volje.¹⁰⁷ Pored toga, nastanak naprednog shvatanja može se povezati i sa shvatanjem da sva raspoloživa pravna dobra imaju zajedničku suštinsku crtu, da budu zaštićena u korist svog imaoa.¹⁰⁸

¹⁰⁴ Više o ovom razlikovanju vidi: Roxin, Strafrecht AT, S. 540-545.

¹⁰⁵ Roxin, Strafrecht AT, S. 544. Na ovom mestu, u Fn. 19, S. 544, Roxin navodi zastupnike ovog shvatanja. To su, u navedenom smislu, monografije od Kientzy, 1970. i Zipf, 1970. Dalje još: Freund, AT, § 3 Rn. 6 ff., § 5 Rn. 78 ff: Göbel, 1992, 66 ff.; Gropengießer, JR 1998, 91 f. (na primeru oštećenja stvari); SK – Horn/Wolters, § 228 Rn. 2; Arm. Kaufmann, Welzel-FS, 1974, 397, Fn. 9; isti, Klug-FS, 1983, 282; Kindhäuser, AT, § 12, Rn. 4 ff; isti, StGB, vor § 13 Rn. 161; Kioupis, 1992, 89 ff.; Kühne, JZ, 1979, 241 ff.; Maurach/Zipf, AT/1, 17/32 ff.; Paul, 1998, 109 ff.; Roxin, 1973, 25 Fn. 57; isti, ZStW 86 (1972), 1001 f.; isti ZStW 85 (1973), 100 f.; isti, Welzel-FS, 1974, 449; Rudolphi, ZStW 86 (1974), 87 f. ; Sax, JZ, 1976, 9; Schlehofer, 1985 4 ff.; isti, MK, vor §§ 32 ff. Rn. 104 ff.; Schmidhäuser, LB AT, 8/123 ff.; StuB AT, 5/106 ff.; isti, Geerds-FS, 1995, 593; Weigend, ZStW 98 (1986), 61. Ranije i Hirsch, ZStW 74 (1962), 104. Ističemo da je ozbiljna kritika ovog diferenciranja započela 1970. godine, naročito u ovde navedenim monografijama: Arzt, Willensmängel, S. 7, Kientzy, Einwilligung, kao i Zipf, Einwilligung und Risikoübernahme.

¹⁰⁶ Kientzy, Einwilligung, S. 32. Ovu svoju tvrdnju Kientzy argumentuje u svom delu, iznoseći je na početku sistematske kritike postojećeg diferenciranja..

¹⁰⁷ U tom smislu Kientzy u istom delu, S. 33.

¹⁰⁸ Isto, S. 55.

S obzirom na načelnu neopravdanost diferenciranja, kao mišljenje koje napredno shvatanje zastupa¹⁰⁹, ovo shvatanje formira svoj specifičan stav.¹¹⁰ Naime, suštinski se ističe već voluntativni element pojma pravnog dobra, čije povređivanje je okarakterisano u svim bićima dela nedozvoljenog zahvata u raspoloživa pravna dobra.¹¹¹ Tako, ovo shvatanje taj voluntativni element smatra sastojkom, konstitutivnim elementom pravnog dobra zajedno sa samim predmetom pravnog dobra. Usled takvog stava, pokušavaju se na jednom mestu izneti sva gledišta koja zagovaraju stav da je pristanak na zahvat u područje zaštite raspoloživih pravnih dobara u svakom slučaju osnov isključenja neprava, koji poseduje već dejstvo na biće dela.¹¹² Nasuprot ostalim osnovima isključenja neprava, odlikuje se upravo time, da je nekažnjivost učinioca najzad posledica autonomne odluke volje zaštićenog nosioca pravnog dobra.¹¹³ Pošto se pošlo od odnosa volje između dobra i nosioca, moralo se konačno i nužno dospeti do nepisanog, opšteg obeležja krivičnog dela, nedostajućeg pristanka, „*invito laeso*“ kao elementa svakog bića dela.¹¹⁴ Pristanak, u okviru normativnih aspekata pristajanja¹¹⁵, se oslanja na nužno povezivanje bivstva i trebanja u pravnom dobru, tako da za područje raspoloživih pravnih dobara volja oštećenog treba da je sazaštićeni objekt, jer je osnovni uslov međuljudskog ponašanja poštovanje drugoga kao autonomne ličnosti i stoga nepravo pokazuje karakter neuvažavanja drugoga.¹¹⁶ Tako se pristanak prema svom principu suštinski razlikuje od osnova isključenja protivpravnosti: kod njegovog postojanja ne može više biti reči o pravoj koliziji interesa, nasuprot tome pristanak može biti upravo potvrđivanje autonomne volje nosioca pravnog dobra za ostvarenjem. Posve drukčije stanje vrednovanja je kod nužne odbrane, gde često dvema raspoloživim pravnim sferama prete radnje povređivanja, ali protiv volje dotičnog nosioca pravnog dobra, tako da na putu pravnog odmeravanja sadržine isključenja protivpravnosti treba razjasniti oba načina delanja jedno spram drugog.¹¹⁷ Nasuprot osnova isključenja protivpravnosti, kod postojanja pristanka nedostaje obeležje delanja protiv volje imaoca pravnog dobra. Pošto ovo obeležje predstavlja specifičnu pretpostavku svakog krivičnog dela protiv raspoloživih pravnih dobara, usled pristanka postoji zahvat „učinioca“ u područje zaštite pravnog dobra, ali nedostaje po kriterijumu povrede pravnog dobra.¹¹⁸ Dalje se pokazalo da u ovom slučaju ili već prema stilističkoj formulaciji bića dela nedostaje čisto spoljašnje ponašanje (§ 123 (krivično delo kršenja kućnog mira) nemačkog Kaznenog zakonika) ili da radnja učinioca odgovara načinu ponašanja koji pretpostavlja biće dela, ali je usled pristanka valja posve

¹⁰⁹ Naime, prema ovom shvatanju, moderno diferenciranje na pristanak i saglasnost propada na pretpostavljenim različitim tačkama njegovog odnošenja. Ono iz ovih razloga nije u mogućnosti da navede ubedljive kriterijume razgraničenja i osnovane tačke gledišta za tvrdnju oko razlikovanja u pretpostavkama dejstva. Diferenciranje ostaje i dogmatski krhko, jer se njegovi osnovi ne daju dovesti u sklad sa kompleksom zahvata u pravno dobro i pristanka, koji sadrži jedinstvenu problematiku. Stoga „institut“ saglasnosti nije mogao da navede sopstveno područje zadataka pored pristanka; štaviše, ispostavilo se da se i prihvatanje samostalnih funkcija saglasnosti zasniva na prividnim problemima i pogrešnim zaključcima i da bi čak pri konsekventnom sleđenju otvorio rupe u pravnoj zaštiti. S druge strane se pogrešan način posmatranja učenja o saglasnosti pokazuje kao podoban povod, da se podvrgnu proveru neka načela iz kruga problema pristanka, da bi se različito postavljena pitanja pristajanja oštrije razgraničila u celokupnom sklopu vrednovanja neprava i tehnike bića dela. (Isto, S. 65.)

¹¹⁰ To Kientzy čini u delu 3. istog dela, pod nazivom: 3. Deo - Mana u biću dela usled pristanka nosioca pravnog dobra, S. 65-89.

¹¹¹ Isto, S. 66.

¹¹² Isto, S. 67, 68.

¹¹³ Isto, S. 68.

¹¹⁴ Isto, S. 71. U prilog ovoj tvrdnji navode se i izvođenja Saveznog suda Nemačke, u slučaju samovoljnog lečenja: „Ovo pravo i ova dužnost (na tretman lečenja) nalaze svoje granice u načelnom slobodnom pravu na samoodređenje čoveka o svom telu. Kada bi lekar – ma bilo i iz medicinski opravdanih razloga – svojevoljno i samovlasno preduzeo operaciju s teškim posledicama na bolesniku ... bez njegovog prethodnog odobrenja, to bi bio protivpravan zahvat u slobodu i dostojanstvo ljudske ličnosti.“ (Isto, S. 74.)

¹¹⁵ Normativni aspekti problema pristajanja obrađeni su iscrpno u istom delu, S. 77 – 81.

¹¹⁶ Isto, S. 77. Ovde se Kientzy poziva na mišljenja Stratenwerth-a, Larenz-a i jednu odluku Saveznog suda u slučaju uvrede.

¹¹⁷ Isto, S. 79, 80.

¹¹⁸ Isto, S. 81.

izjednačiti sa prvopomenutom radnjom u pogledu vrednovanja (§ 303 (krivično delo oštećenja tuđe stvari) nemačkog Kaznenog zakonika). Dakle, kao samo i jedino ispravno, kod izjavljenog i delotvornog pristanka treba prihvatiti manu u biću dela sa posledicom isključenja bića dela. Prema shvatanju koje se uzima kao potpora naprednog shvatanja¹¹⁹, pravo isključenje protivpravnosti pretpostavlja koliziju dobara, koja nedostaje kod izjavljenog pristanka, tako da mora otpasti već biće dela.¹²⁰

Tako, prema naprednom shvatanju¹²¹, postoji samo jedan institut pristanka. Tzv. „saglasnost“, koja je razvijena od posleratne literature i koja podseća na ranije slučajeve mane u biću dela, pored pristanka ne pokazuje opravdanje sopstvenog postojanja. Aspekti pristanka poduprti u strukturama bića dela obezbeđuju spoznaju da pristanak – nasuprot istinskim osnovima isključenja protivpravnosti, u koje se ubrajaju i pretpostavljeni pristanak i pristanak zastupnika – generalno predstavlja osnov isključenja neprava, koji poseduje već dejstvo na biće dela. Pristanak nosioca pravnog dobra naime sprečava povredu pravnog dobra koja je neophodna za ispunjenje osnovnog bića dela, koja je kod privatnih pravnih dobara obeležena neuvažavanjem prava njihovog imaoca na određenje.¹²²

Ovo shvatanje, uprkos tome što je imalo više svojih sledbenika, nije se moglo održati. Osnovni prigovor od kojeg ono ne može da se odbrani iscrpljuje se u pravnodogmatskoj nedoslednosti naprednog shvatanja. Naime, volja imaoca pravnog dobra nije sastojak samog pravnog dobra.¹²³ U tom smislu se i od zastupnika vladajućeg shvatanja ističe da napredno shvatanje ne može da bez protivrečnosti reši slučajeve u kojima je imalac pravnog dobra pravno isključen od raspolaganja.¹²⁴ Pored toga, kontraargument koji se tiče sadržine pravnog dobra i tako i materijalne sadržine neprava zahvata, ukazuje na neispravnost učenja o isključenju bića dela u delu gde ovo tvrdi da je shodnost biću dela isključena pristankom. Amputacija noge (§ 226 nemačkog Kaznenog zakonika) je povreda pravnog dobra „telesna nepovredivost“ i kada ona usledi uz pristanak pacijenta. Nije ispravno shvatanje, da se nepravu radnje zasniva tek neuvažavanjem protivstojeće volje.¹²⁵ Pored toga, čini se da bi najopštiji argument protiv naprednog shvatanja bio da pravni poredak nije subjektivni, nego je on objektivni poredak vrednosti. Stoga, volja imaoca pravnog

¹¹⁹ Radi se o shvatanju Schmidhäusera. Vidi isto delo, S. 83.

¹²⁰ Isto, S. 83.

¹²¹ Kako ga zasniva Kientzy i iznosi ga posve skraćeno i sažeto u krajnjem zaključku (Isto delo, S. 138, 139.). Ovo mišljenje deli i Roxin, Strafrecht AT S. 555, koji navodi i jedan neuobičajen argument. Radi se o tome da je podela na saglasnost i pristanak sporedna i široko zavisi od jezičkih pretpostavki, naime od toga da li nemački jezik zna za termin, koji odobrava, a koji izražava zahvat protiv volje nosioca pravnog dobra već u formulaciji radnje bića dela („eindringen“ (prodreti), „nötigen“ (prinuditi) itd.) ili na pravi način opisanim tipom delikta to izražava („povreda“ poverljivosti reči, tajne, itd.).

¹²² Kientzy, Einwilligung, S. 138, 139.

¹²³ Reč je o tome da napredno shvatanje zastupa tzv. integracioni model odnosa volje i pravnog dobra, koji je neprihvatljiv, jer bi u slučaju njegovog prihvatanja ostali nezaštićeni nesposobni za delanje i oni kojima nedostaje ovlašćenje na raspolaganje nad svojim pravnim dobrom. O tome vidi više deo III, 2. ovog rada.

¹²⁴ Tako Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, S. 392., koji na ovom mestu kao primer daju slučaj u kome je pravno isključena mogućnost raspolaganja nesolventnom vlasniku. Isto tako, život, izuzev slučaja samoubistva, ne podleže ličnoj slobodi odlučivanja (Vidi: Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, S. 378.) Sa ovim se slaže i Roxin, Strafrecht AT, S. 558, koji kao pristalica naprednog shvatanja ističe da za to postoje dobri razlozi. Prema njegovom mišljenju, ishitreni pristanak ili pristanak dobijen usled nepoznatih psihičkih smetnji može napraviti ireparabilnu štetu, tako da žrtva mora biti zaštićena i od sebe same; i tabuiziranje svakog ubistva drugog, koje nije opravdano nužnom odbranom, naprosto pojačava pažnju za ljudski život i služi zaštiti ovog najvišeg pravnog dobra.

¹²⁵ Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, S. 392. Ovaj stav se dalje ne razrađuje, jer dotiče pitanje koje je predmet bavljenja u kasnijim delovima ovog rada.

dobra ne samo što ne može biti sastojak pravnog dobra, koje je zaštićeno upravo kao deo tog objektivnog poretka vrednosti, nego ona ne može isključiti ni biće dela kada to izričito nije navedeno u zakonu niti se do toga može doći tumačenjem pojedine inkriminacije.

2.3. Vladajuće shvatanje

Za vladajuće shvatanje se može reći da u načelu prihvata navedeno razlikovanje na saglasnost i pristanak. Međutim, već u njihovom sistematskom svrstavanju dolazi do značajne razlike u odnosu na tzv. izvorno shvatanje. Vladajuće shvatanje pristanak prihvata kao samostalan, pravni institut sui generis i uz njega vezuje sve posledice koje proističu iz njegovog sistematskog svrstavanja među osnove isključenja protivpravnosti, dok saglasnost smatra nesamostalnom. Iz ovoga sistematske konsekvence se iscrpljuju u dve razlike. Prvo, ukoliko učiniocu nije poznato stvarno postojeće saglašavanje ili pristajanje, kod saglasnosti u obzir dolazi samo pokušaj, jer nije iscrpljeno objektivno biće dela, deliktni umišljaj učinioca se tako upravlja na nepodoban objekt. Kada naprotiv kod oštećenja stvari ili kod telesne povrede učinilac ne zna za pristanak žrtve, može se doći do prihvatanja svršenog krivičnog dela, jer je sa ove tačke gledišta data i posledica shodna biću dela i deliktni umišljaj učinioca upravljen na njeno proizvođenje.¹²⁶ Drugo, slično stoji i kada učinilac u zabludi drži da postoji pristajanje/saglašavanje koje stvarno ne postoji. Kada se odnosi na saglasnost, ono bez daljnjeg isključuje umišljaj: Ko je uveren u dozvolu imaoca kućnog prava ili imaoca državnine nema umišljaj da „prodre“ (§ 123 nemačkog, kao i čl. 139. st. 1 Krivičnog zakonika RS) ili da „oduzme“ (§ 242 nemačkog i čl. 203 st. 1 Krivičnog zakonika RS). Ko naprotiv kod telesne povrede ili oštećenja stvari (§§ 223, 303 nemačkog, kao i čl. 121. i čl. 212. Krivičnog zakonika RS) pogrešno uzima da postoji pristanak žrtve, prema vladajućem učenju, u zabludi je o stvarnim pretpostavkama osnova isključenja protivpravnosti. Da li ova u zakonu izričito neregulisana zabluda direktnom ili analognom primenom § 16. isključuje umišljaj ili kaznu za umišljaj ili jedino zasniva zabludu o zabranjenosti, koja u slučaju mogućnosti njenog izbegavanja (otklonjiva pravna zabluda) ostavlja postojanje kažnjivosti za umišljaj shodno § 17, je vrlo sporan problem, koji se ovde ne može obraditi, ali koji u svakom slučaju nastupa samo kod pristanka koji se shvata kao osnov isključenja protivpravnosti i ne kod saglasnosti.^{127 128}

U pogledu na ovaj problem u našem pravu, jasno je da je u navedenom slučaju reč o neotklonjivoj stvarnoj zabludi iz čl. 28. stav 2 Krivičnog zakonika RS. Najzad, u pogledu pretpostavki koje se tiču oštećenog: 1. kod saglasnosti je dovoljna unutrašnja volja, kod pristanka ona mora postati saznatljiva u spoljnjem svetu, 2. kod saglasnosti je dovoljna prirodna volja i kad oštećenom nedostaje sposobnost uviđanja (sposobnost shvatanja značaja dela), a kod pristanka je potrebna sposobnost rasuđivanja i

¹²⁶ Tako Roxin prenosi ovu sistematsku posledicu prema vladajućem, ne i prema svom shvatanju. (Vidi: Roxin, Strafrecht, AT)

¹²⁷ Isto, S. 543. Roxin ovde upućuje na sopstveno shvatanje, koje daje u posebnom poglavlju u okviru učenja o pristanku, u poglavlju o zabludi o postojanju ili nepostojanju pristanka (Vidi isto delo, S. 590, Rn. 118). Prema njegovom mišljenju, s obzirom da i pristanak kao i saglasnost isključuje biće dela, u razmatranim slučajevima radi se o zabludi o biću dela koja u svakom slučaju isključuje umišljaj.

¹²⁸ Rešenje ovog problema kojim se u ovom slučaju predviđa mogućnost neposredne primene § 16 Kaznenog zakonika Nemačke, radi olakšavanja rešenja u kojem dolazi do isključenja protivpravnosti, predviđa Kühl, Strafrecht AT, S. 251.

duševni mir, da spozna domašaj svoje izjave i razumno odmeri razloge za i protiv, 3. mane volje treba da su kod saglasnosti beznačajne, pristanak naprotiv čine nedelotvornim, 4. kod telesne povrede u pogledu dejstva opravdanja odnosno isključenja protivpravnosti stoje dva mišljenja, gde po jednom pristanak isključuje protivpravnost kada je delo protivno moralu zbog svog dejstva koje se sastoji u odustanku od pravne zaštite, a po drugom pristanak je delotvoran usled više vrednosti slobode raspolaganja kada se ova odmerava u odnosu na nevrednost povređivanja pravnog dobra.¹²⁹ Uz to, može se dodati da shvatanja pretpostavki dejstva koje se odnose na oštećenog nisu sasvim ujednačena.¹³⁰

Ova neujednačenost shvatanja može se razjasniti nesamostalnošću saglasnosti. Naime, njene pretpostavke i dejstvo se iznalaze tumačenjem pojedinog bića dela, jer je saglasnost pokrivena ustavnim principom zakonitosti i time i ustavnopravnim granicama tumačenja.¹³¹ Utoliko, može se prihvatiti da slučajevi „saglasnosti“ nemaju ništa jedno s drugim, nego podležu potpuno samostalnim pravilima koja su orijetisana na pojedino biće dela i ne bi mogli biti podređeni nekom zajedničkom pravnom institutu.¹³² Tako, nema opšte „saglasnosti“ koja bi se mogla postaviti naspram pristanka kao pravnog instituta razvijenog prema različitim kriterijumima. Štaviše radi se o čistom problemu subsumpcije, koji može biti razrešen jedino iz dotične krivične norme. Dakle, tačka vezivanja je da pojedino obeležje bića dela nije ispunjeno kod pristajanja oštećenog. Kakvih osobina pri tome mora biti ovo „pristajanje“ vidi se jedino iz dotičnog bića dela. Opšta načela za to se ne daju postaviti.¹³³

U pogledu vladajućeg shvatanja, može se reći da je prihvatljivo kao fleksibilno i sveobuhvatno. Naime, ono uvažava činjenicu da je pravni poredak objektivan poredak vrednosti, ali se na zadovoljavajući, pravnodogmatski dosledan način određuje i prema samoj sadržini pravnog dobra, kao i prema ustavnopravnim okvirima pristanka i saglasnosti. Kao mana vladajućeg shvatanja se ističe njegova nerazvijenost u pogledu stavova prema pretpostavkama i posebnom dejstvu saglasnosti koje ne potpadaju pod okvire postavljene zahtevima formulacija pojedinih bića dela, nego se ipak mogu staviti među probleme nesputane ustavnim principom zakonitosti. To se može sa naročitom izvesnošću reći za, ipak neodlučno i nejedinstveno, rešavanje nedoumice u tretmanu prevarom dobijene saglasnosti.¹³⁴

Ipak, prema našem mišljenju, u nekim slučajevima je veoma teško načiniti razlikovanje u pogledu na pojedina krivična dela, da li je u pogledu pojedine inkriminacije reč o saglasnosti ili o pristanku. Pošto samo razlikovanje sa sobom nosi i različite pretpostavke saglasnosti i pristanka ovo nije beznačajno. Tako bi samo to razlikovanje uticalo na različitost zahteva za ispunjenjem pretpostavki jednog od ova dva instituta. Kao primer se može uzeti, u praksi veoma učestalo, krivično delo krađe iz člana 203. Krivičnog

¹²⁹ Tako Roxin, Strafrecht AT, S. 541-543.

¹³⁰ Vidi: Kühl, Strafrecht AT, S. 260., kao i deo V. 7.

¹³¹ Tako Sternberg-Lieben, Objektive Schranken, S. 200-205, posebno S. 203. O ovome nešto više vidi u delu III 5. c) 3. ovog rada, kao i deo V 7. ovog rada.

¹³² Isto, S. 17. Ovde se gornje dodatno potvrđuje na primerima, koji se sastoje u saglašavanju petnaestogodišnjakinje na polni odnos sa oženjenim čovekom, kao i kod krivičnog dela prinude, gde se radi jedino o tome da su samo sila i pretnja shodni biću dela. Kada učilac nije upotrebio ova sredstva, on ne deluje shodno biću dela. To je isključivo pitanje subsumpcije, a ne primene pravnog instituta „saglasnosti“. Za primer se navodi i krivično delo lišenja slobode.

¹³³ Tako Zipf, Einwilligung und Risikoübernahme, S. 18.

¹³⁴ Kühl ističe da je u porastu osporavanje neuvaživosti prevarom dobijene saglasnosti. (Kühl, Strafrecht AT, S. 260.)

zakonika Republike Srbije, ali samo pod hipotetičkim otklanjanjem primene teorije aprehenzije. Naime, smatrajući da kada se problem predstavi na taj hipotetički način on može biti najjasnije predstavljen i za druge slične primere koji su prisutni u našem zakonodavstvu i bez ovakvog hipotetiziranja, dakle primere koji važe bezuslovno gledano, iskoristili smo hipotetički slučaj kao osnovu objašnjenja samog problema. Ova inkriminacija glasi: “(1) Ko drugom oduzme tuđu pokretnu stvar u nameri da njenim prisvajanjem sebi ili drugom pribavi protivpravnu imovinsku korist, kazniće se novčanom kaznom ili zatvorom do tri godine. (2) Za pokušaj dela iz stava 1. ovog člana kazniće se.” Kada bi se smatralo da se krađa sastoji iz dva akta, od kojih je prvi “oduzimanje”, a drugi “prisvajanje” tuđe pokretne stvari, tada bi se moglo doći do problema u razlikovanju instituta saglasnosti i pristanka kod ovog krivičnog dela. Osnovno pitanje bi tada bilo, na koji od ova dva akta bi oštećeni trebao pristati ili saglasiti se s njim i kakav značaj bi to imalo? Oduzimanje je iz čisto činjenične sfere. Prisvajanje je pak akt sa pravnim značenjem koje se ogleda u sticanju svojine na stvari. Očigledno bi za pristajuću volju izraženu u odnosu na akt prisvajanja bila potrebna sposobnost pristajućeg da shvati značaj dela i da u suštini razume pravni institut svojine. U pogledu na akt oduzimanja, dovoljno bi bilo da se oštećeni prosto saglasi sa tim aktom. Ovaj akt je iz čisto činjenične sfere, tako da se za njega ne bi zahtevalo da je oštećeni shvatio sam pravni značaj dela. Ovde bi, za saglašavanje sa oduzimanjem bila dovoljna prirodna volja saglašavajućeg. Dakle, ovde bi već napuštanje teorije aprehenzije kod ovog krivičnog dela dovelo do nejasnoća o tome kako treba vršiti razlikovanje, s obzirom da bi se krađa sastojala iz dva akta, kao i o tome koje pretpostavke bi se ovde zahtevale za, u najširem smislu, pristajuću volju oštećenog.

Prema našem mišljenju, ovde bi se moralo uzeti u obzir da je krađa svršena već oduzimanjem stvari (teorija aprehenzije), tako da bi se ovde radilo o saglasnosti koja isključuje biće dela i kod koje je dovoljna prirodna volja saglašavajućeg, a ne o pristanku. Međutim, takođe prema našem mišljenju, nije sasvim isključeno ni tumačenje krivičnog dela krađe tako da se ono sastoji iz akta oduzimanja i akta prisvajanja, naravno i eventualno tek u budućoj teoriji i praksi. Stoga, smatramo da i samo ovo razlikovanje na saglasnost i pristanak nije sasvim i dovoljno razvijeno i zaokruženo, jer bi imalo teškoća u osnovnom diferenciranju, ako bi se prestalo sa primenom teorije aprehenzije. U prilog ovome se mogu navesti i krivična dela protiv slobode. Kod njih nije sasvim jasno, kako volja pristajućeg treba da se određuje prema okolnostima koje u zakonskoj formulaciji bića dela predstavljaju izrazi sa pravnim značenjem, kao što su, na primer izraz “protivpravno” upotrebljen u zakonskom opisu bića dela protivpravnog lišenja slobode iz čl. 132 Krivičnog zakonika RS ili izraz “protivzakonito” upotrebljen u zakonskom opisu bića dela protivzakonitog pretresanja iz čl. 140 Krivičnog zakonika RS. I u ovom drugom slučaju se postavlja slično pitanje, da li je ovde reč o saglasnosti ili pristanku, a s obzirom da se radi o zakonskoj terminologiji koja upućuje na pravno značenje dela. Prema našem mišljenju, pristanak bi ovde isključivao protivpravnost, jer je saobuhvatanjem u zakonskom opisu bića dela u činjenični opis ušao element s pravnim značenjem. U svakom slučaju, nije sasvim čisto i jasno koju od dve forme pristajuće volje bi ovde trebalo prihvatiti, a tako ni o tome kojim pretpostavkama ona u ovim inkriminacijama podleže, da li onim od saglasnosti ili onim od pristanka..

Problem je unekoliko jednostavniji kod krivičnog dela neovlašćenog korišćenja tuđeg vozila iz čl. 213. stav 1 Krivičnog zakonika RS. Ono glasi: “Ko bez pristanka ovlašćenog lica koristi tuđe motorno vozilo, kazniće se novčanom kaznom ili zatvorom do dve godine.” Ovde je u stvari više reč o terminološkom

problemu. Jer, prema našem mišljenju, upotrebljeni izraz “bez pristanka” nikako ne znači da je za slučaj postojanja ovog pristanka u događaju koji bi odgovarao zakonskom opisu ovog krivičnog dela potrebno primeniti institut pristanka koji isključuje protivpravnost. Naprotiv, reč je o tome da je ovde nedostatak pristajuće volje ovlašćenog lica, kao bitan element ovog krivičnog dela, izričito postavljen u zakonski opis ovog krivičnog dela. Stoga, za slučaj postojanja pristajuće volje ovlašćenog lica na korišćenje tuđeg motornog vozila, radi se o saglasnosti koja isključuje biće dela, ne o pristanku.

Očito je da navedeni slučajevi iz našeg Krivičnog zakonika mogu dovesti do različitih tumačenja u navedenim primerima. Stoga bi u svakom slučaju trebalo posegnuti za tumačenjem pojedinog bića dela, da bi se došlo do rezultata u izboru primene instituta saglasnosti ili pristanka. Pored toga, ovi primeri bi bili potvrda stava o nedovoljnoj razvijenosti samog razlikovanja na saglasnost i pristanak. Uz to, samim tumačenjem pojedinog bića dela pojedine pretpostavke saglasnosti bi mogle biti izmenjene.

Stoga, uprkos činjenici da se možemo prikloniti vladajućem shvatanju o razlikovanju instituta pristanka kao samostalnog i saglasnosti kao nesamostalnog instituta, može se reći da ono nije u stanju da sasvim određeno izrazi stav o tom razlikovanju kod pojedinih krivičnih dela, kao ni kod pretpostavki saglasnosti u pojedinim slučajevima

3. ZASNIVANJE DEJSTVA PRISTANKA OŠTEĆENOG

Iako se pristanku oštećenog u krivičnom pravu dejstvo može pridati na različitim nivoima, uobičajeno je da se to čini ili u oblasti bića dela ili u oblasti protivpravnosti. Osnov nekažnjivosti dela učinjenog uz pristanak oštećenog se izvesno ne nalazi u oblasti krivice.¹³⁵ U toj oblasti pristanak može imati samo delimično dejstvo, koje se može razviti i u nekim drugim slučajevima, kada postoji nedostatak u ispunjenju neke od pretpostavki dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu. Delimično dejstvo pristanka se sastoji u mogućnosti blažeg kažnjavanja učinioca i ono je poseban krivičnopravnodogmatski problem. Naše interesovanje je ovde ipak upravljeno na slučajeve nekažnjivosti dela učinjenog uz pristanak oštećenog. Samo zasnivanje tog potpunog dejstva pravnog instituta pristanka je ukorenjeno u dva problema. U problem slobode pristajanja i u probleme koji se odnose na pravno dobro koje oštećeni pristankom drugome predaje na povređivanje. To su osnovni problemi od čijeg razrešenja zavisi dejstvo pristanka. Ipak, kao centralni topoi¹³⁶ u rešavanju problema dejstva pristanka oštećenog javljaju se pravna dobra. Ona određuju ne samo osnov, sadržinu i granice krivičnopravne zaštite, nego se njihova odlučujuća argumentaciona snaga ogleda i u unekoliko pomećenom uglu posmatranja krivičnopravne zaštite, uglu oštećenog i mogućnosti njegovog uticaja na pojedina zakonodavna rešenja u vidu pristanka na delo u konkretnom slučaju, koje delo je zakonodavac inače zabranjuje jednom opštom normom.

Pravna dobra su pojam imanentan krivičnopravnom diskursu. U ustavnopravnim okvirima se uopšte ne operiše sa pojmom pravnog dobra. Pravno dobro je strano telo u ustavnom pravu, tu mu nije mesto. Pri podrobnijoj analizi se ipak nalaze merodavne tačke gledišta, koje u pročeļje stavljaju krivičnopravnu diskusiju o pravnom dobru, opet i u ustavnom pravu, samo upravo na drugom mestu i sa drugom težinom.¹³⁷ Ustavno pravo daje smernice krivičnopravnoj zaštiti. Ono joj određuje principe i granice, dok sam predmet te zaštite ne dodiruje u navedenom smislu.¹³⁸ U ustavnim okvirima, za rešavanja pitanja o

¹³⁵ Malobrojni su autori koji u pristanku oštećenog vide osnov isključenja krivice, pri čemu u modernoj nauci nema uopšte zastupnika ovog stava. O tome vidi izlaganja u delu I ovog rada. Pristanak krivicu ne može isključiti, nego je samo umanjiti i time se njegovo dejstvo premešta na nivo kažnjivosti, kao olakšavajuća okolnost (niži stepen krivice) i to je okolnost koja utiče na odmeravanje kazne. Reč je o pristanku koji nije perfektan. Da pristanak predstavlja osnov isključenja krivice, koji prosto umanjuje opasnost učinioca, bio je stav zastupan od strane italijanske pozitivne škole. Ističe se da su taj stav imali Florian i Ferri, pod uticajem ranijeg prava, dok su prema tom stavu kritički nastupali Bettiol i Loguercio. (Tako prenosi Noll, *Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besonderen die Einwilligung des Verletzten*, S. 59, Fn 1) Ovaj stav je ranije zastupan, ali od malog broja autora, o čemu vidi deo I ovog rada.

¹³⁶ O topici vidi više u: Teodor Fiveg, *Topika i jurisprudencija Prilog fundamentalnom istraživanju pravnih nauka* (Preveo Danilo N. Basta), Nolit, Beograd, 1987.)

¹³⁷ Lagodny, *Die materielle Strafrecht als Prüfstein der Verfassungsdogmatik*, S. 86.

¹³⁸ O odnosu Ustavnog i Krivičnog (Krivičnog) prava vidi više radove koji se nalaze u zbirci *Die Rechtsgutstheorie, Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2003, i to sledeće radove: 1. Winfried Hassemer, *Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?*, S. 57, 2. Detlev Sternberg-Lieben, *Rechtsgut, Verhältnismäßigkeit und die Freiheit des Gesetzgebers*, S. 65, 3. Otto Lagodny, *Die materielle Strafrecht als Prüfstein der Verfassungsdogmatik*, S. 83, 4. Martin Böse, *Grundrechte und Strafrecht als „Zwangrecht“*, S. 89, 5. Michael Bunzel, *Die Potenz des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips als Grenze des Rechtsgüterschutzes in Informationsgesellschaft*, S. 96, 6. Roland Hefendehl, *Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm*, S. 119, 7. Bernd Schünemann, *Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation*, 8. Knut Amelung, *Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz*, S. 155, 9. Karsten Gaede, *Kraft und Schwäche der systemimmanenten Legitimationsfunktion der Rechtsgutstheorie am Beispiel des Subventionsbetruges*, 183. Ovde valja imati u vidu i razmišljanje

osnovu dejstva pristanka oštećenog, najvažniji su ustavno pravo na samoodređenje¹³⁹, lična sloboda odnosno neometana upotreba lične slobode, sloboda delanja ili pravo na slobodan razvoj ličnosti¹⁴⁰. Posredstvom pristanka imalac pravnog dobra koristi slobodu zajemčenu ustavom.¹⁴¹ Najtešnja veza između ustava i pravnog dobra se može uspostaviti samo posredno, tako što pravni institut pristanka doživljava svoju legitimaciju u konkretnom ustavnom pravu u čije područje zaštite spada dobro koje je predato za povređivanje, kao i u isto tako ustavnim pravom zaštićenim interesima koje povređeni sledi izjavljivanjem pristanka.¹⁴² Pri tome, treba imati u vidu da u ustavno pravnu slobodu pripada i svojevolsno raspolaganje nad zaštićenim dobrom.¹⁴³ Bez pravnog instituta pristanka i mogućnosti slobodnog raspolaganja njime posredstvom pristanka pravno dobro ne bi bilo dobro nego teret njegovom imao, za svog imao predstavlja bi „danajski poklon“. ¹⁴⁴ Pri tome, od razumevanja sadržine pravnog dobra zavisi i rešavanje problema dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu.¹⁴⁵

Potpuno delotvoran pristanak, koji se ovde razjašnjava, ima i svoja rešenja ponuđena u istorijski ranijim krivičnopравnim raspravama. Naime, krajem XIX veka se aktuelizuje pitanje o osnovu dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu i o tome se daju različita teorijska objašnjenja tokom poslednjih stotina godina, koliko ovaj problem zaokuplja nauku krivičnog prava. No, ni danas aktuelnost ovog problema ne jenjava. Rasprave o pristanku i njegovom dejstvu otvara spor u kome upravo jedna strana zauzima stav da pristanak isključuje biće dela¹⁴⁶, dok druga smatra da je pristanak osnov isključenja protivpravnosti.¹⁴⁷ Prvi zastupaju strogo individualističko načelo i ne priznaju nikakva ograničenja pristanka (čak ni u odnosu na život).¹⁴⁸, dok su drugi mišljenja da niko ne može dozvoliti ili oglasiti pravno beznačajnim ono što je država zabranila, nego je privatna volja tada zakonski obezbeđena.¹⁴⁹

Kada se problem posmatra iz perspektive razvoja naučnih stavova o ovom osnovnom problemu, jasno je da je reč o problemu koji je u uskoj vezi s pravnim poretom. Naime, pitanje da li je pravni poredak subjektivan ili objektivni poredak, nailazilo je na različite odgovore koji su jasno izraženi upravo u obradi problema pristanka oštećenog u krivičnom pravu. Na taj način, sa pravnog dobra se problem premešta na odnos pojedinca i opštosti, države-društva. Međutim, time se značaj pravnog dobra ne sklanja u stranu, nego se i dalje, kao centar problema uvlači u taj odnos iz kojeg proizilazi određeno rešenje problema dejstva pristanka.

prema kome i za područje krivičnog zakonodavstva važi: ustav je naime direktiva koja postavlja okvire za zakonodavca, ali je zakonodavstvo više od prostog izvršenja ustava, pogled u Osnovni zakon ne može da zameni političko-programatičku diskusiju. (O ovome vidi kod: Detlev Sternberg-Lieben, Rechtsgut, Verhältnismäßigkeit und die Freiheit des Gesetzgebers, S. 80., za iscrpnije vidi S. 78-81.)

¹³⁹ Tako Kühl, Strafrecht AT, S. 250. Tako i Rönau, Willensmängel, S. 9.

¹⁴⁰ Roxin, Strafrecht AT, S. 545.

¹⁴¹ U tom smislu se izjašnjava Sternberg-Lieben, Objektive Schranken, S. 57.

¹⁴² Isto, S. 57.

¹⁴³ Vidi isto delo, S. 57, Fn 1.

¹⁴⁴ Ovim terminom se služi Sternberg-Lieben, Objektive Schranken, S. 23.

¹⁴⁵ U ovom smislu Paul, Zusammengesetztes Delikt und Einwilligung, S. 87.

¹⁴⁶ Keßler, Einwilligung.

¹⁴⁷ Binding, Handbuch des Strafrechts, S. 707-719.

¹⁴⁸ Tako Keßler, Einwilligung, S. 1, 2.

¹⁴⁹ Binding, Handbuch des Strafrechts, S. 708.

S obzirom da se u krivičnopravnoj teoriji ovi načelni problemi rešavaju na različite načine, ali i s obzirom na činjenicu da problem zasnivanja dejstva pristanka oštećenog iz navedenih razloga iziskuje širi pristup krivičnopravnim problemima, potrebno je sveobuhvatno sagledati ova pitanja da bi se došlo do pravnodogmatski doslednog i legitimnog, kriminalnopolitički prihvatljivog rešenja problema dejstva pravnog instituta pristanka. Ovo zahteva najpre sagledavanje pojedinih krivičnopravnih koncepcija iz nemačke krivičnopravne teorije u odnosu na njihovo rešavanje opštih krivičnopravnih problema, od kojih zavisi rešavanje pojedinih pitanja u zasnivanju dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu, a potom i idejne osnove njihovih rešenja.

S obzirom na navedeno, ovo razmatranje obuhvata sledeće celine: Biće dela i protivpravnost – opšti problemi i njihovo posebno značenje, kao mogućih polja dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu i značaj njegovog dejstva; pravno dobro – odlučujuća smernica dejstvu i zasnivanju dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu; logika dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu; objektivne granice dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu i glavni argumenti u određenju dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu. Pri tome, ukazujemo na to da ovakav odabir i raspored građe u obradi zasnivanja dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu ne isključuje međusobna preliivanja, ne samo pojedinih pitanja ovog poglavlja, nego i upliv drugih pitanja koja uglavnom potiču iz oblasti dogmatske strukture pristanka oštećenog u krivičnom pravu. Nastojanje da se ona u najvećoj mogućoj meri eliminišu iz razmatranja o zasnivanju dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu tako ne može u potpunosti biti održano, ali se njihovo prisustvo da svesti na pristojnu meru onoga što doprinosi boljem razjašnjenju glavnog pitanja, dejstva i zasnivanja dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu.

3.1 Biće dela i protivpravnost – moguća polja dejstva pristanka oštećenog

Problem dejstva i zasnivanja dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu, pored prikaza osnovnih krivičnopravnih koncepcija za koje postoji interes u ovom radu, iziskuje i jedan bliži uvid u opšte probleme krivičnog prava. Naime, uvid u osnovne krivičnopravne kategorije i pojmove. Na taj način dobija se i uvid u milje u kome pristanak oštećenog razvija svoje dejstvo, kao i mogućnost da se sagledaju najbitnije konsekvence različitih mogućnosti odabira tog dejstva, kao i odredi značaj ovog pravnog instituta. Kao što je na to napred već ukazano, maksimum dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu ogleđa se u rešenjima koja se opredeljuju za jednu od alternativa. Pristanak oštećenog ili isključuje biće dela ili isključuje protivpravnost odnosno predstavlja isključenja protivpravnosti dela . Kratak osvrt na razvoj pravne misli o ovim opštim problemima treba da obezbedi i bolji uvid u moguća polja dejstva pristanka oštećenog u različitim istorijskim perspektivama i, što je još bitnije, u različitim krivičnopravnim koncepcijama, čija pravnodogmatska doslednost i legitimnost se ovde ispituju. Pri svemu tome, ne mali značaj imaju zahtevi koji se postavljaju i koje pristanak oštećenog u svakom konkretnom slučaju mora ispuniti da bi mogao dostići maksimum svog dejstva. To su tzv. pretpostavke dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu, o kojima je reč u narednom delu ovog rada.

Uprkos činjenici da su dvostepeno ili trostepeno vrednovanje osnovi savremenih krivičnopravnih kategorizacija, čini se ispravnim govoriti o tri, u sistemu sa strukturom dvostepenog vrednovanja, odnosno o četiri, u sistemu sa strukturom trostepenog vrednovanja, osnovne krivičnopravne kategorije.¹⁵⁰

U ovom svetlu, na ovom mestu se razmatraju: pojam radnje, struktura (stepeni) krivičnopravnog vrednovanja i konsekvence i značaj odabira polja dejstva i samog dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu i kriminalnopolitički značaj pravnog instituta pristanka.

3.1.1 Pojam radnje

Kategorija koja, kao dodatni element stepenima vrednovanja, kao predmet vrednovanja, predstavlja osnovnu, noseću kategoriju sistema krivičnog prava, jeste radnja.¹⁵¹ U savremenoj nauci pojmu radnje pripisuje se nekoliko osnovnih zadataka. Prvo, ona treba da pruži viši pojam za sve pojavne oblike kažnjivog ponašanja, genus proximum na koji se kao differentiae specificaе priključuju sve bliže sadržinske odredbe.¹⁵² Ona je zajednički element na koji se mogu svesti svi posebni oblici kažnjivog ponašanja. Ona je „osnovni element krivičnog prava“ i kao takva ima svoju „klasifikacionu funkciju“.¹⁵³ Drugo, ona treba da poveže pojedine kategorije krivičnog dela jedne s drugim, pri čemu se ona vraća na svaki stepen i doživljava sve tačnije označenje dodatnim atributima. Pojam radnje na taj način treba da se provuče kroz celokupan krivičnopravni sistem i u izvesnoj meri čini njegov kičmeni stub. Iz ove funkcije radnje kao „vezivnog elementa“ izvlače se dva sadržinska zahteva. Prvi zahtev se odnosi na to da radnja naspram bića dela, protivpravnosti i krivice treba da je neutralna. Ona u sebe ne sme primiti elemente koji kao atributi treba da joj se pridaju na kasnijim stepenima vrednovanja. Kao nosilac vrednosnih predikata, kao subjekt ovih predikata, pojam radnje prema svim ovim predikatima mora biti potpuno indiferentan. Drugi zahtev pojmu radnje odnosi se na to da on ne sme biti bez sadržine. Štaviše on mora posedovati tako mnogo supstance tj. tako mnogo konkretne snage da može nositi predikate stepena vrednovanja koji mu slede. Konačno, pojam radnje ima zadatak da isključi sve što od početka i nezavisno od promenljivih svojstava bića dela ne dolazi u obzir za krivičnopravnu ocenu. Ovde je pojam radnje određen kao granični element.¹⁵⁴ Pozitivno rečeno, pojam radnje mora obezbediti postojanje podobnog predmeta vrednovanja, pre nego što vrednovanje otpočne.

Tokom razvoja krivičnopravne dogmatike sam pojam radnje određivan je na različite načine. Ovde se, u pogledu ispunjenosti navedenih zahteva, predstavljaju: a) Pojam radnje u predklasičnom sistemu, b)

¹⁵⁰ Tako Roxin, kao zastupnik trostepenog vrednovanja, ističe da svako kažnjivo ponašanje pokazuje četiri zajednička obeležja (radnja, shodnost biću dela, protivpravnost, krivica), kojima se tu i tamo mogu pridružiti još i dalje pretpostavke kažnjivosti. Vidi: Roxin, Strafrecht AT, S. 196.

¹⁵¹ O tome u nemačkoj teoriji postoji opšta saglasnost. Kod nas, očigledno o ovim funkcijama pojma radnje, kako ih određuje Roxin, pozitivno se izjašnjava Stojanović, Komentar Krivičnog zakonika, str. 57-64.

¹⁵² Roxin, isto, S. 238.

¹⁵³ U tom smislu Roxin, Strafrecht AT, S. 238.

¹⁵⁴ Isto delo, S. 238., 239, 196. Ovde se u stvari radi o razgraničenju radnji od neradnji (to su na primer: dejstva koja potiču od prirodnih sila ili od životinja, akti pravnih lica, proste misli i ubeđenja, ali i događaji u spolnjem svetu, koji su – kao refleksi pokreti ili napadi grčeva – neovladivi za ljudsku volju).

Prirodni pojam radnje u klasičnom sistemu krivičnog dela, c) finalni pojam radnje, d) Intencionalni pojam radnje, e) Socijalni pojam radnje, f) Negativan pojam radnje, g) Personalni pojam radnje i h) Socijalno-personalni pojam radnje.

U pretklasičnom sistemu, bitno je isticanje voljnog momenta, umišljaja, pri određenju pojma radnje, pri čemu se još bez razlikovanja različitih kategorija sistema radnja izjednačuje sa uračunavanjem celokupnog dela.¹⁵⁵ Tako je kod pretklasičnog sistema došlo do toga da po prvi put pojam radnje predstavlja osnovu sistema krivičnog dela, „krivično delo je radnja“.¹⁵⁶ Pored toga, u predklasičnom sistemu, uprkos činjenici da ga nije bilo, naziru se konture sistema dvadesetog veka.

Pojam radnje u klasičnom sistemu krivičnog dela glasio je: „Radnja je izdejstvovanje izmene u spoljnjem svetu koje je svedivo na ljudsko htenje.“¹⁵⁷ Ili, radnja postoji kada je neko objektivno „preduzeo bilo koju telesnu kretnju ili nekretnju“, čemu bi moralo pristupiti subjektivno utvrđenje „da je u ovom telesnom micanju ili nemicanju živela volja“.¹⁵⁸ Zastupnici prirodnog pojma radnje ove osnove više nisu napuštali. Oni su radnju određivali tako, da je ona „hoteno činjenje ili propuštanje“¹⁵⁹. Slabosti ovog pojma su sledeće. Prirodni (naturalistički) pojam radnje ima poteškoća u ostvarenju svoje funkcije kao graničnog elementa¹⁶⁰ i kao osnovnog elementa¹⁶¹, a izložen je i opravdanim prigovorima u svojoj funkciji vezivnog elementa.¹⁶²

Prirodnom istorijski sleduje finalni pojam radnje. Prema finalnom shvatanju pojma radnje, ljudska radnja je vršenje svršne delatnosti. Radnja je stoga „finalni“, ne jedino „kauzalni“ događaj. „Finalitet“ ili

¹⁵⁵ Bliže objašnjenje Hegelovog pojma radnje daje Roxin, Strafrecht AT, S. 240.

¹⁵⁶ Tako Albert Friedrich Berner (Vidi navode o tome u istom delu, S. 240.) Hegelijanci (Abegg, Köstlin, Berner, Hälschner) su u pojam radnje sasvim uvukli i nehat (Navedeno prema istom delu, S. 240.)

¹⁵⁷ Kao osnivači klasičnog sistema krivičnog dela Liszt i Beling su tvorci i prirodnog pojma radnje. Liszt je kasnije došao (u odnosu na pojam radnje dat gore u tekstu) do nešto drugačijeg opisa-pojma: „Radnja je samovoljno ponašanje u spoljnjem svetu; tačnije :izmena tj. uzrokovanje ili nesprečavanje izmene (posledice) u spoljnjem svetu samovoljnim ponašanjem. (Isto, S. 241., dok za bliži pogled na ovo shvatanje vidi: Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Ovo shvatanje sadržano je u §§ 28 (Opšti pojam radnje), 29. (Činjenje), 30 (Propuštanje), 31 (Radnja u strukturi bića dela), S. 115-132.)

¹⁵⁸ Tako Beling (Navedeno prema: Roxin, Strafrecht AT, S. 241.)

¹⁵⁹ Tako Mezger (Navedeno prema: Roxin, Strafrecht AT, S. 241, dok za pogled na originalno shvatanje valja izvršiti uvid u sledeće delo: Mezger, Strafrecht AT. Ovo shvatanje sadržano je u 1. Odeljku (Radnja), koji je razdeljen u tri dela (a) Opšti osnovi, b) delo činjenja (Teorija aktivnog činjenja) i c) Delo propuštanja (Teorija propuštanja, §§ 17-28., S. 42-76.)

¹⁶⁰ Mada u jednom većem delu dobro ispunjava svoju funkciju razgraničenja, prirodni pojam radnje zapada u teškoće, kada previše insistira na voljnom dodiru kod spontanijih reakcija, automatiziranih radnji, dela u afektu i u pijanstvu. (U tom smislu Roxin, Strafrecht AT, S. 242.) Dobar primer je problem oko ovog razgraničenja nastao u sudskoj praksi u slučaju u kojem je u toku vožnje vozačica izazvala udes usled pokreta koji je načinila da bi se odbranila od insekta koji joj je od spolja išao pravo u oko. (Vidi isto, S. 267, Rn. 67.)

¹⁶¹ Prirodni pojam radnje kao osnovni element sadrži sledeći nedostatak. Činjenje i propuštanje uopšte ne mogu biti stavljeni pod zajednički viši pojam, nego se oni odnose jedno prema drugom kao pozicija i negacija, kao a i ne-a. Usled toga sistem je rasepljen od gore prema dole na dva dela, tako da je nužno dvostruko posmatrati i svaki drugi pojam sistema, kao predikat radnje i kao predikat propuštanja. Tako je radnja napuštena kao osnovni element. (Isto, S. 242., 243.)

¹⁶² Iako ima tu prednost da bude neutralan naspram bića dela, takav pojam radnje, koji je sam Beling označio kao „beskrvnu avet“, ima premalu iskaznu snagu, da bi mogao nositi sistem To važi kako za kriterijum „kauzalne izmene spoljnijeg sveta“ tako i za „voljno naprezanje mišića“, „inervaciju“. Zvuči i jeste smešno kada se uvreda označi kao „podsticanje vazdušnog vitlanja i fizioloških procesa u nervnom sistemu napadnutog“ ili falsifikovanje isprave kao „kaznjivo podsticanje mišića“. Kod ovih pojava redukcijom pojma radnje na naturalistički element dela događaja ono suštinsko nije pogođeno. (Isto, S. 243.)

svrhovitost čine suštinu ovog pojma.¹⁶³ Ovaj pojam nije prikladan kao osnovni element krivičnog sistema, jer ne pasuje deliktima propuštanja.¹⁶⁴ Utoliko nepodobniji kao sistematski vezivni element je ovaj finalitet nehatnog dela. Tako je cilj upravljani od nehatnog učinioca krivičnog savim irelevantan i stoga ne može nositi predikate shodan biću dela, protivpravan i skrivljen. Ovi štaviše priliče nedostatku pažnje kojim se prouzrokuje posledica, koji nema mesto u finalnoj strukturi.¹⁶⁵ Najzad, sam finalitet je kod delikata činjenja izložen nekim sumnjama u svom svojstvu kao granični element.¹⁶⁶

Od manjeg uticaja, ali vredan pomena je intencionalni pojam radnje¹⁶⁷. Prema njemu je radnja dijalektičko jedinstvo volje i činjenja: spoljnje radnje je činjenje, ukoliko se u njemu ostvari volja; unutrašnje radnje je volja (i ne možda prosto predstavljanje, predviđanje i planiranje), ukoliko se ona pretvori u delatnost sa ciljem da se predstavljeno ostvari i time postigne cilj delatnosti. U biti, intencionalni pojam radnje sadrži odnos pokrivanja volje i telesnog pokreta. Stoga, ono pati i od nedostataka koje imaju i naturalistički (kauzalni) i/ili finalni pojam radnje, najmanje da sleđenje daljih ciljeva ovim pokretom nije element radnje.¹⁶⁸

Socijalni pojam radnje, i danas ima određeni uticaj.¹⁶⁹ Prema ovom shvatanju, radnja je „socijalno značajno ljudsko ponašanje“.¹⁷⁰ Zastupnici socijalnog pojma radnje¹⁷¹, čija shvatanja su u pojedinostima vrlo različita, se izjednačuju po tome, da u pojmu socijalnog vide esencijalni element za radnju.¹⁷² Ali i socijalni pojam radnje ima slabosti. Tako, on najpre ne može biti ispravan za praktično važnu funkciju razgraničenja.¹⁷³ Uz to, teškoća socijalnog pojma radnje kao vezivnog elementa leži i u tome da se on teško može razgraničiti od stepena vrednovanja bića dela. Socijalna i pravna ocena, koja se ume javiti kao teško deljiva, stoje u zavisnosti jedna od druge.¹⁷⁴

¹⁶³ Welzel, Strafrecht., S. 28.

¹⁶⁴ Tako Roxin, Strafrecht AT, S. 244. On dalje ističe da pošto onaj koji propušta više nije kauzalan za posledicu u smislu činjenja, jer ne upravlja nikakvim kauzalnim tokom, on ne može ni finalno delovati. (Isto, S. 244.) (Ovoj kritici, još od Radbrucha, podložan je i naturalistički pojam radnje. Iz svog ugla, teškoće finalnog učenja o radnji kod delikata propuštanja vidi: Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, S. 222.

¹⁶⁵ Isto delo Roxin-a, S. 245. Tako Niese-ov poduhvat okončava sa potpunom kapitulacijom finalnog pojma radnje pred nehatom. (Tako finalista Struensee, JZ, 1987, 55 f. (Navedeno prema istom delu Roxin-a, S. 245.)). U tom smislu i Baumann/Weber/Mitsch (Vidi: Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, S. 220., 221.)

¹⁶⁶ Isto, S. 246. Ovde se misli pre svega na tzv. automatizirane radnje, koje igraju značajnu ulogu u saobraćajnim deliktima i koje se uopšte smatraju radnjama, kod kojih najčešće nedostaje upravo svesno upravljanje.

¹⁶⁷ Zastupnik intencionalnog učenja o radnji je Schmidhäuser (Vidi: Schmidhäuser, Strafrecht AT, S. 76-83.)

¹⁶⁸ U tom smislu Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, S. 211.

¹⁶⁹ Socijalni pojam radnje je ušao u mešoviti, socijalno-personalni pojam radnje, kako zbog njegove pozitivne sadržine, tako i zbog slabosti koje ima, da bi se socijalno i personalno u ovom pojmu međusobno dopunili i suzili se na odgovarajućim mestima koja su imala slabosti, kada su posmatrani odvojeno.

¹⁷⁰ Tako Jescheck (navedeno prema: Roxin, Strafrecht AT).

¹⁷¹ Pored Schmidt-a i Engisch-a, među njih se svrstavaju i Maihofer, Jescheck, Wessels/Beulke, Kienapfel, Bringewat, Wolff.

¹⁷² Navedeno prema: Roxin, Strafrecht AT, S.248.

¹⁷³ Proste misli nisu socijalno značajne. Ali šta se inače želi izdvojiti uz pomoć pojma radnje, akti pravnih lica, dejstva više sile, čisto reflektorski ili inače pokreti kojima se ne može upravljati itd., je posve socijalno značajno. (Roxin, Strafrecht AT, S. 249.) Ovo razgraničenje mora nužno biti vrednujuće. Time se već u pojam radnje unose sve nesigurnosti koje nam i tako prave dosta posla kod ocene protivpravnosti ili shodnosti pravu itd. Opterećenje učenja o nepravu i krivici bilo bi umanjeno time što bi se pridodalo na teret pojmu radnje. Time se ništa ne dobija. Pojam radnje biva nepraktikabilniji i nezgrapniji. On više nije podoban za prvi grubi odabir, i samo on treba da pruži element krivičnog dela „radnju“. (Tako Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, S. 224.)

„Negativan pojam radnje“ glasi: „Ponašanje – formulirano za posledične delikte – je izbeživo proizvođenje posledice“, „individualna izbeživost“.¹⁷⁵ Da li je sa ovim negativnim pojmom radnje stvarno dobijen zajednički osnovni element, čini se kao veoma sumnjivo.¹⁷⁶ Negativni pojam radnje se ne da primeniti ni u uobičajenom smislu kao vezivni element. Ovo važi najpre stoga, jer se radi o pojmu radnje ograničenom na krivično pravo, koji se uključuje u biće dela.¹⁷⁷ Pod blizinom bića dela negativnog pojma radnje trpi i njegova iskazna snaga. Pozitivne i vrednosno neutralne radnje po tome više uopšte nisu radnje.¹⁷⁸ S tim pojam radnje više ne može nositi ni sistematska diferenciranja kojima on kao vezivni element treba da pruži kičmeni stub. Najzad, negativni pojam radnje teško da može ispuniti i funkciju razgraničenja.¹⁷⁹ Specifičan osnov neizbeživosti, koji ne isključuje samo krivičnopravno uračunavanje na bilo kom stepenu vrednovanja, nego upravo uračunavanje radnji, ne uklapa se u negativni pojam radnje.¹⁸⁰ Pri istupanju misli o izbeživosti u svim strukturama krivičnog dela se pokazuje o čemu se ovde zapravo radi: ne o pojmu radnje, nego o tački gledišta uračunavanja.¹⁸¹

¹⁷⁴ Pravo izvesno često reguliše stanja stvari koja podležu prethodnoj socijalnoj oceni. Ali često se i obratno pravnim regulisanjem određuje socijalna ocena...Zbog ove interdependencije pravnog i socijalnog vrednovanja kategorija socijalnog je biću dela manje predmeštena nego umeštena. (Roxin, Strafrecht AT, S. 249., 250.) Tako se, u istom smislu, može naići i na prigovor socijalnom pojmu radnje prema kome on od učenja o radnji čini učenje o nepravu. U stvarnosti se na pitanje o socijalnoj značajnosti ne može odgovoriti bez pogleda na stranu neprava i bića dela. Što je socijalno značajno u svakom slučaju biva skicirano i bićem dela. Nepostojanje bića dela čini ponašanje socijalno neznačajnim. Konačno se socijalnim pojmom radnje nesnosno napreže upotreba jezika, bez da je pri tome razabrana posebna korist. Razgraničenje socijalnog ponašanja od ponašanja koje se odnosi na sebe samog je od značenja za povređivanje pravnog dobra i time za biće dela i protivpravnost. U jeziku se pod rađenjem podrazumevaju i takvi načini ljudskog ponašanja koji nemaju direktno socijalno značenje. “I Robinson Crusoe je na svom ostrvu radio.” (Tako Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, S. 224. 225.). U pogledu funkcije razgraničenja socijalnom pojmu radnje se prebacuje da on, sam po sebi, ne bi mogao da ispuni tu funkciju u nekim situacijama, ali se socijalnom pojmu radnje uopšte zamera i to, da je neodređen i neprecizan. (Tako Stojanović, Komentar Krivičnog zakonika, str. 60, 62.)

¹⁷⁵ Navedeno prema: Roxin, Strafrecht AT, S. 251. Roxin ovo učenje Jakobs-a svrstava u negativno pojmovno određenje radnje, dok ga Weber svrstava među personalno-individualna učenja o radnji, ističući da se radi o modelu izbeživosti (gde svrstava i učenje Otto-a). (Vidi: Baumann/Weber/Mitsch, delo navedeno u beleški 56, S. 225, 226.) Vidi i: Jakobs, Strafrecht AT, S. 139. U ovom delu, Jakobs pojmu radnje posvećuje više pažnje. (Vidi isto, S. 123-149.)

¹⁷⁶ Roxin, Strafrecht AT, S. 252. Ovde se ističe i to, da gornja tvrdnja stoji, čak i u slučaju da se ne uzme u obzir da Herzberg, kao jedan od zastupnika negativnog pojma radne, kod nekih delikata propuštanja od početka odustaje od kvaliteta radnje.

¹⁷⁷ Isto, S. 252. Već pojam neizbegavanja ima smisla samo pod pretpostavkom trebanja izbegavanja, koje se u krivičnom pravu daje iz bića dela. Ali za više pojmove bića dela ne postoji velika potreba, i u tome i ne vlada neki nedostatak; ukoliko „izbeživo neizbegavanje“ označava ništa drugo do ono što bi se moglo nazvati „zabranjenim protivedanjem“ ili „kršenjem norme“. Takvo snažno subjektivno orijentisano tumačenje (ovde se misli na Jakobs-ovo shvatanje) norme naravno nije opšte važeće, nego pokušaj opisivanja interakcionih uslova koji trenutno važe u području krivičnog prava. Isto, S. 253.

¹⁷⁸ I Behrendt ističe da se negativni pojam radnje ne bavi sa ljudskim delovanjem uopšte, nego samo sa ispoljavanjima ljudskog destruktiviteta. (Navedeno prema istom delu, S. 253.) Ali sa tim se opravdano delanje još teško da obuhvatiti kao radnja... ..Iz toga postaje jasno da ovaj pojam karakteriše negativno vrednovanje radnje, ali ne i samu radnju. (Isto, S. 253.)

¹⁷⁹ Najpre, propušteno protivupravljanje prema destruktivnim tendencijama sopstvene psihe započinje u isključivo unutrašnjoj duševnoj sferi i time se prebacuje na područje u kome vlada čist cogitatio. Onda je ispravno, da su telesna dejstva, koja su čisto somatski uslovljena i ne podležu ovladivosti voljom, “neizbeživa” Ali “neizbeživi” su i nepredvidivi i tek u biću dela eliminisani kauzalni tokovi, zablude o zabranjenosti koje isključuju krivicu, ili dela duševnog bolesnika, koja ipak treba da su radnje i za negativni pojam radnje. Isto, S. 254.

¹⁸⁰ Isto, S. 254.

¹⁸¹ Isto, S. 254. Obrada principa izbeživosti pod tačkama gledišta vrednovanja različitih kategorija delikta je dakle važan dogmatski zadatak, na koji se još često valja vratiti. Ali to nije zadatak pojma radnje. Isto, S. 254. U istom smislu i Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, S. 227, 228.

Prema personalnom pojmu radnje, radnja se određuje kao „ispoljavanje ličnosti“¹⁸² To znači: radnja je najpre sve što se čoveku da dodeliti kao duševno-duhovnom akcionom centru. Pri tome, to nedostaje kod dejstava koja potiču jedino od telesne (somske) sfere čoveka, materijalnog, vitalnog i animalnog područja bića, bez da podležu kontroli „ja“, duhovno-duševnoj instanci upravljanja. Ispoljavanja kojima ne vladaju ili nisu ovladiva voljom i svešću i stoga nisu označena kao ispoljavanja ličnosti, ne bi se mogla uračunati duhovno-duševnom sloju „ličnosti“. S druge strane, razumljivo misli i micanja volje spadaju u duhovno-duševnu sferu ličnosti. Ali dok ona ostaju zatvorena u unutrašnjem i ne mogu se staviti u odnos sa događanjima spoljnog sveta, ona nisu ispoljavanja ličnosti i stoga ni radnje.¹⁸³ Valja istaći i činjenicu da je ovaj pojam radnje normativan pojam. U pogledu ispunjavanja funkcija pojma radnje, personalni pojam radnje, može se reći, u biti ispunjava sve napred postavljene zadatke, mada ne bez izvesnih poteškoća.¹⁸⁴

Kao svojevrsna sinteza navedenih teorija javlja se učenje¹⁸⁵ koje kao spoj dve teorije¹⁸⁶, u svojoj krajnjoj poziciji, zbog nedostataka koje odvojeno imaju i socijalni i personalni pojam radnje, pojam radnje određuje kao socijalno-personalni pojam radnje.¹⁸⁷ Kao i za personalni, i za ovaj pojam radnje se može reći da ispunjava svoje funkcije osnovnog, vezivnog i graničnog elementa.

Uz ovaj prikaz pojedinih shvatanja pojma radnje, značajno je istaći da se savremena teorija o uračunavanju oslobodila težnje, da u pojmu radnje nađe glavni kriterijum uračunavanja, tako da je spor o ispravnom pojmu radnje izgubio mnogo od svog značaja.¹⁸⁸ Kod krivičnogpravnog uračunavanja ništa ne sledi jedino iz okolnosti da je nešto radnja; štaviše, za uračunavanje delajućem nas interesuje uvek samo radnja shodna biću krivičnog dela.¹⁸⁹ Dakle, ono odlučujuće u pogledu radnje rešava se na nivou

¹⁸² Tako Roxin, isto, S. 225. Za ovo shvatanje vidi izvorna objašnjenja u: Roxin, Strafrecht AT, S. 256-271.

¹⁸³ Tako Roxin, isto delo, S. 256.

¹⁸⁴ O tome vidi detaljno u Roxin, Strafrecht AT, S. 259-264.

¹⁸⁵ Ovo učenje se izlaže onako kako ga zastupa Stojanović, Komentar Krivičnog zakonika, str. 60-63. Inače, kod nas je skoro opšteusvojena objektivno-subjektivna ili kauzalna teorija (naturalistički pojam radnje), koja potiče iz starije nemačke doktrine (List i dr.).

¹⁸⁶ Isto, str. 62. Očigledno je reč o navedenim učenjima, o spoju socijalnog učenja o radnji s jedne i personalnog učenja o radnji s druge strane.

¹⁸⁷ Tako, Jescheck prigovara personalnom pojmu radnje da s jedne strane on suviše široko obuhvata događaje koji ne poseduju bilo kakvu socijalnu relevanciju. S druge strane za krivično pravo on je suviše uzak, jer propuštanje... pri neznanju stanja opasnosti teško da se može razumeti kao ispoljavanje ličnosti, a ipak (kao nehatno delo propuštanja) može biti kažnjivo. Ali "socijalna relevancija" je suviše nejasan kriterijum; da li ponašanje ima ili dobija socijalnu relevanciju, zavisi od okolnosti pojedinog slučaja, u koje je radnja postavljena, ali koji tek ne čine radnju od ničega. I ovde zastupani (personalni) pojam radnje bi smeo razumeti kao radnje preduzeti rad i samo prijatno provođenje slobodnog vremena, svejedno da li im se dodeljuje socijalna relevancija ili ne! I kada Jescheck sa njegovog stanovišta veruje da bi mogao čak i u nesvesnom nehatu (i kod propuštanja) otkriti pravno ubeđenje, u tome bi se moglo videti "ispoljavanje ličnosti" najmanje. (Isto, S. 256, 257, 259 (Rn. 51.) Zamerka, u pogledu širine obuhvata, koja pogađa dva pojma radnje, socijalni i personalni, i potiče od zastupnika socijalno-personalnog pojma radnje, iscrpljuje se u tome, da se socijalnom pojmu radnje može prigovoriti da ne postoji radnja koja nema određeni društveni značaj (i nesvesne radnje, kao i one preduzete pod uticajem apsolutne sile imaju društveni značaj), a personalnom da svaki postupak, stav (ukoliko ga je ispoljio) ili držanje pojedinca predstavlja njegovo ispoljavanje ličnosti. (Tako Stojanović, Komentar Krivičnog zakonika, str. 62.)

¹⁸⁸ Isto, S. 227.

¹⁸⁹ Tako Jakobs, Strafrecht AT, S. 152. Franz v. Liszt u tom smislu i ističe da ona ostvarivanja volje koja u pojedinom slučaju odgovaraju delatnosti za koju je zakonom zaprećena kazna nazivamo radnjom izvršenja. (Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts., S. 129.)

predviđenosti u zakonu, a u tu svrhu podjednako dobro može da posluži većina, na izgled, sasvim različitih načina određivanja opšteg pojma radnje.¹⁹⁰ Ipak, značaj opšteg pojma radnje ne sme se sasvim izgubiti iz vida. To uglavnom stoga, što on mora dati opšti supstrat na koji se priključuju krivičnopravna vrednovanja.¹⁹¹ I za prikaz kaznopravnog problema¹⁹² koji ima pretenziju da se ispita u dimenzijama osnovnih krivičnopravnih kategorija bilo smisljeno početi od noseće kategorije, koja, uz to, kod različitih rešenja tog problema predstavlja podlogu koja nije ista za sve, nego se pojedino rešenje ima staviti u kontekst onog pojma radnje kako ga shvata pobornik pojedinog rešenja. Najzad, ukazujemo na terminološku nivelaciju, jer se za opšti pojam radnje ovde pretežno koristi opštiji pojam odnosno izraz, „ponašanje“, pri čemu on označava kako opšti pojam radnje, tako i pojam radnje na podlozi kojeg se ima rešavati i konkretan problem dejstva, zasnivanja, pretpostavki dejstva i drugih problema skopčanih za pristanak oštećenog u krivičnom pravu.¹⁹³

3.1.2 Struktura (stepeni) krivičnopravnog vrednovanja

Utvrđenjem, da postoji radnja koja odgovara opštem pojmu radnje, kao i da je ona preuzeta u posebnom delu, konkretizovanija kao radnja određenog krivičnog dela, radnja izvršenja, dakle kao zakonom predviđena radnja krivičnog dela, ispunjen je obavezan uslov, element, obezbeđen je predmet krivičnopravnog vrednovanja. Da bi se ušlo u ocenu legitimnosti i pravnodogmatske doslednosti pojedinih krivičnopravnih koncepcija uopšte i njihovih rešenja koja se tiču pristanka oštećenog u krivičnom pravu posebno, nužno je sagledati osnove njihovih rešenja. Naravno, pored strukture vrednovanja pojedine koncepcije i njene krivičnopravne dogmatike, potrebno je sagledati i njihove idejne osnove. Na ovom mestu se razmatraju osnove pojedinih krivičnopravnih koncepcija i opšte značenje protivpravnosti i osnova isključenja protivpravnosti.

¹⁹⁰ Tako Stojanović, Komentar Krivičnog zakonika, str. 63. U tom smislu i Roxin ističe da su prigovori koje valja istaći protiv svih do sada razvijenih pojmova radnje u preovlađujućoj meri vodili rezigniranom zaključku, da uopšte valja napustiti ideju pojma radnje koji je pred bićem dela i opštevažeći i umesto toga, kako je to već i Radbruch imao u vidu, istaći shodnost biću dela za osnovni pojam sistema krivičnog prava. Međutim, Roxin se ne slaže sa ovim zanemarivanjem značaja opšteg pojma radnje. (O tome vidi: Roxin, Strafrecht AT, S. 255, 256.)

¹⁹¹ U tom smislu Roxin u istom delu, S. 255, 256.

¹⁹² Ovdje konkretno problema dejstva i zasnivanja dejstva pristanka oštećenog u Krivičnom pravu.

¹⁹³ Termin „ponašanje“ se ovde ne koristi u užem smislu, kao izraz za naturalistički pojam radnje, nego podrazumeva i pojam radnje onog autora o čijem rešavanju problema pristanka oštećenog u krivičnom pravu je reč, ali i širi, opšti jezički izraz za radnju. Tako, primedbe upućene terminu „ponašanje“ odnosno definiciji radnje prema kojoj je ona „ljudsko ponašanje“, što je moderna varijanta prirodnog pojma radnje (Tako Roxin u istom delu, S. 242.), ne odnose se na termin „ponašanje“, kako se on koristi u ovom radu.

3.1.2.1 Osnove pojedinih krivičnopravnih koncepcija

Uprkos otkriću, razvoju i određenom konsensusu oko pojma radnje, kao osnovnog, nosećeg pojma, sami stepeni vrednovanja u sistemu krivičnog prava se postepeno razvijaju, kako u pogledu njihove sadržine, tako i u pogledu njihovog odnosa u sklopu određene strukture krivičnog dela. Uz to, poseban pristup tom problemu ima vanpravnu polaznu tačku razvoja. Stoga, u sagledavanju pojedinih krivičnopravnih koncepcija u njihovim bitnim crtama se obraćala pažnja i na prikaz tih vanpravnih momenata. Pored toga, sažeto su predstavljena i shvatanja koja nisu aktuelna, ali već i samim njihovim razmatranjem se dodiruju razvojni momenti shvatanja koja su od interesa za ovaj rad. Na ovom mestu se tako prikazuju osnove pojedinih krivičnopravnih koncepcija i shvatanja, ali i osnove njihovih dogmatskopravnih rešenja. Reč je o sledećim koncepcijama: pretklasična shvatanja, klasični sistem krivičnog dela, neoklasični sistem, nadovezivanje finalizma na neoklasičnu krivičnopravnu misao, finalizam, teleološka krivičnopravna koncepcija, funkcionalistički (sociološki sistemteoretski) pristup kao idejna osnova pojedinim koncepcijama, čista sistemfunkcionalna krivičnopravna postavka, uumerena sistemfunkcionalna postavka, personfunkcionalna postavka, vladajuće učenje.

U pretklasičnim shvatanjima nema jasnog sistema krivičnog prava, tako da se tu u okviru pojma radnje stiču elementi uračunavanja celokupnog dela, u čijim okvirima se radnja neizdiferencirano nalazi zajedno sa vrednovanjima o kojima je danas reč.¹⁹⁴ Stoga, principijelno je umesno u razlaganju krivičnog dela na tri elementa, biće dela, protivpravnost, krivicu videti najvažniji dogmatski napredak poslednja dva do tri pokoljenja.¹⁹⁵

Prema klasičnom sistemu krivičnog dela sve objektivne pretpostavke krivičnog dela su pripadale biću dela i protivpravnosti, dok je krivica važila kao unutrašnji pojam svih subjektivnih elemenata krivičnog dela (tzv. psihološki pojam krivice). Umišljaj se dakle s tačke stajališta ovog učenja smatrao kao forma krivice.¹⁹⁶ Naime, suštinsko obeležje „klasičnog“ sistema bilo je, polazeći od pojma radnje, raspoređivanje svega objektivnog u protivpravnost i svega subjektivnog u krivicu. U ravni raspoređivanja objektivnog već je egzistirala kategorija shodnosti biću dela, a ova je značila samo za sebe uzeto utvrđenje koje nikoga ne tereti, da ponašanje odgovara biću krivičnog dela. Shodnost biću dela – koje je još bez vrednosti – ponašanja trebala je jedino da razvije dejstvo indicije za ocenu protivpravnosti; utoliko je pravnički stepen vrednovanja bila samo protivpravnost.¹⁹⁷ Dakle, prema ovom sistemu, koji se naziva i naturalizmom,

¹⁹⁴ O tome vidi prethodna razmatranja o predklasičnom pojmu radnje.

¹⁹⁵ Ovu Welzel-ovu tvrdnju tako, slažući se s njom principijelno, prenosi Roxin u istom delu, S. 231.

¹⁹⁶ Isto, S. 201. Tvorci i najvažniji zastupnici klasičnog sistema krivičnog delaa su Liszt i Beling. Za izvorno shvatanje valja izvršiti uvid u sledeće delo: Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, S. 110-113.

¹⁹⁷ Tako Paul, Zusammengesetztes Delikt und Einwilligung, S. 15, 16. Pored toga, Liszt ističe sledeće: Delikt se nadalje predstavlja kao pravno vrednovana radnja u dva pravca: u obeležju protivpravnosti leži sud o nevrednosti dela, u onom o skrivljenosti onaj o učiniocu. (Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, S.111.)

krivičnopravni sistem je bio produkt formalnogičkih apstrakcija i odlikovao se striktnim odvajanjem objektivnih i subjektivnih sastojaka.¹⁹⁸

Do raspada ovog posebno jasnog i jednostavnog učenja o krivičnom delu doveo je „neoklasični“ sistem. Sistem koji se naziva i neokantijanizmom je, u suštini, propagirao obrazovanje pojmova tako da se odnose na vrednosti, što znači na konkretne za krivično pravo relevantne vrednosti.¹⁹⁹ Uzrok time izdejtvovanog prestrukturiranja krivičnog dela ležao je u spoznaji da nepravo nije u svim slučajevima razjašnjivo iz čisto objektivnih obeležja i obratno, da se krivica ne izvodi isključivo iz subjektivnih elemenata.²⁰⁰ Otkriće subjektivnih elemenata neprava od strane neoklasičara²⁰¹ i njihova egzistencija pokazalo je neodrživim uvrštavanje svega objektivnog u nepravo i svega subjektivnog u krivicu.²⁰² U okviru najvaljanijeg kova neoklasičnog pojma krivičnog dela²⁰³, u čijim okvirima se ističe da su svim krivičnim delima zajedničke kategorije radnja, protivpravnost i krivica, dok „shodnost biću dela“ nije samostalno (substancijalno) obeležje krivičnog dela, nego samo adjektivistički dodatak trima osnovnim obeležjima: „radnja shodna biću dela“, „protivpravnost shodna biću dela“ i „krivica shodna biću dela“, dakle u okvirima ovog sistema dvostepenog vrednovanja, subjektivni elementi neprava imaju određenu, značajnu ulogu, jer su neophodne obe strane krivičnog dela, pošto svako krivično delo ima predmetnu (objektivnu) i personalnu (subjektivnu) stranu.²⁰⁴ krivično delo je i protivpravna radnja, dakle nepravo, pri čemu se time mislilo kako na spoljnu stranu (objektivno nepravo) tako i na izuzetno datu unutrašnju stranu (subjektivni elementi neprava). Pravo se u pravilu odnosi na spoljašnje (objektivno, telesno) ponašanje. Dakle, ovde se radi o „objektivnom“ događaju sa „objektivnim“ dejstvom u spoljašnjem svetu. Ali pravo se može odnositi i na unutrašnje (subjektivno, duševno) ponašanje. Jer spoljni zajednički život ljudi je uvek samo izraz njihovog unutrašnjeg, duševnog stava. I pravo stoga ne prolazi ovu unutrašnju stranu bez njenog sagledavanja: kada pravo primarno niti hoće niti treba biti „poredak ubeđenja“, tada pak ono može i mora u svoje kalkulacije uključiti i duševno kao izvor spoljnog ponašanja. I nepravo i osobito krivičnopravno nepravo stoga sadrži „subjektivne elemente neprava“.²⁰⁵ Ali, ističu se i slučajevi u kojima sadejstvo „subjektivnih“ elemenata u bićima krivičnih dela uistinu dospeva izvan pomenutih. Naime, zakonodavac načelno ima dve mogućnosti pri imenovanju ljudskog ponašanja za protivpravno. Može normu zaustaviti

¹⁹⁸ Tako Schneider, *Kann die Einübung in Normanerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten?*, S. 22. Uz to, valja istaći da je na klasični pojam krivičnog delaa, pre svih u merodavnom otisku koji je našao kod Liszt-a, suštinski uticano kroz duhovnoistorijski naturalizam proizašao iz 19. veka, koji je duhovne nauke podredio idealu egzaktnosti prirodnih nauka i sledstveno tome ih hteo svesti na merljive sastojke realiteta koji se empirijski dokazuju. (Roxin, *Strafrecht AT*, S. 203.)

¹⁹⁹ U tom smisli Schneider, isto, S. 23., 24., 25.

²⁰⁰ Roxin, *Strafrecht AT*, S. 201.

²⁰¹ Kao one koji su otkrili subjektivne elemente neprava Roxin navodi: H. A. Fischer, *Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts*, 1911, kao i Hegler, *Die Merkmale des Verbrechens*, ZStW 36 (1915) (Isto, S. 201, Fn. 28), dok, pored ovih autora i dela, Paul navodi i sledeće: Sauer, ZStW 36 (1915), S. 467; M. E. Mayer, *Lehrbuch*, 4. Kap., A. II. 2; Mezger, GS 89 (1924), S. 207 ff.; Sieverts, *Beiträge*, S. 1 ff., 111 ff. (Vidi: Paul, *Zusammengesetztes Delikt und Einwilligung*, S. 16, Fn. 19)

²⁰² Tako Paul, isto delo, S. 16.

²⁰³ Tako Roxin karakteriše shvatanje Mezger-a koje je navedeno u njegovom udžbeniku. (Roxin, *Strafrecht AT*, S. 202).

²⁰⁴ Tako Mezger, *Strafrecht AT*, S. 39.

²⁰⁵ Isto, S. 82. U izlaganju koje prethodi konstataciji koja je gore iznesena, Mezger ističe: objektivna norma određenja u pravu može se odnositi i na spoljašnje („objektivno“) i na unutrašnje, duševno („subjektivno“) ponašanje. Reči: „objektivno-subjektivno“ pokazuju različita značenja, koja uvek iznova bivaju pobrkana jedno s drugim i koje ovde hoćemo da držimo strogo razdvojenim: pravo je „objektivni“ životni poredak utoliko, što ono otelovljuje određeno vrednovanje socijalnog događaja bez odnosa prema određenim subjektima (koje se vrši tek u okretanju prema „normi određenja“), ali vrednovanje kome nije potrebno da bude ograničeno na „objektivno“ spoljašnje. Okretanje prema „subjektivnom“ na drugoj strani vrši se tako u prelazu od norme vrednovanja ka normi određenja, ovde naprotiv u prelazu od vrednovanja spoljašnjeg (objektivnog) ka vrednovanju unutrašnjeg (subjektivnog) događaja.

jedino na spoljnjem događaju i zabraniti ponašanje koje je uzročno za posledicu ili u osnovi postaviti volju učinioca i zapretiti kaznom za ponašanje upravljeno na posledicu.²⁰⁶ Najzad, posebno značajan je uvid neoklasičara da važeće pravo zna za subjektivne elemente neprava ne samo pri zasnivanju neprava, nego i pri isključenju neprava.²⁰⁷

Pored toga, uz otkriće i svestranu obradu subjektivnih elemenata neprava, za neoklasičnu krivičnopravnu misao karakteristično je i njeno materijaliziranje.²⁰⁸ Ono je vodilo shvatanju bića dela ne više kao bezvrednog opisa spoljnog događaja, nego kao nosioca socijalne štetnosti, sa konsekvencom istog razumevanja suda o protivpravosti kao socijalne štetnosti. Oba su dobijena razmatranjem povređenog pravnog dobra odnosno principa odmeravanja dobara koji počiva na povređivanju pravnog dobra.²⁰⁹ Naime, kao izlaz iz nebrige naturalističke krivičnopravne dogmatike za realne socijalne životne odnose, neokantijanizam propagira da se pojmovi obrazuju „u odnosu na vrednosti“, to jest u odnosu na konkretne za krivično pravo relevantne vrednosti.²¹⁰ a kao vodeći princip pri obrazovanju krivičnopravnih pojmova egzemplificira se tumačenje prema zaštićenom pravnom dobru.²¹¹ Ipak, težište težnji i posebna odlika neokantijanizma leže u području spoznajnoteoretskih i pravnofilozofskih osnova ove postavke, dok su naprotiv rezultati koji se mogu praktično realizovati, tumačenje osnovnih krivičnopravnih pojmova koje se odnosi na vrednosti i njihovo sistematizovanje, bili manje jasno razvijeni.²¹² Ističe se shvatanje koje sažima razvojno stanje neokantijanizma u doba njegovog procvata i koje se utoliko u suštini odnosi na pojedina krivičnopravno zaštićena pravna dobra koja su kao sekundaran sistem vrednosti zaštite obavezana primarnoj vrednosti „ideji moderne države“. Ono nadalje pominje „apstraktno-opšte svršne ideje“ krivičnog prava kao što su „pravna sigurnost, pravna jednakost, pravičnost, praktikabilitet, razumljivost, kontinuitet“ i spoznaje da pri obrazovanju krivičnopravnih pojmova i sistema „glavni interesi“ i „protivni interesi“ mogu kolidirati jedni s drugim. U ishodu ono time unapred uzima modernu spoznaju konflikta cilja između pojedinih krivičnih svrha pri krivičnopravnom postavljanju problema: „tako sigurno teško postoji ratio zakona koji ne stupa ograničavajuće spram protivnog ratia, tj. drugovrsnog vrednovanja.“²¹³ Na osnovi (ranga) poretka pravnih dobara ono u sledećem nagoveštava sistematizovanje posebnog dela; pitanje koje je odlučujuće za krivičnopravno obrazovanje sistema o zaključcima metode koja se odnosi na vrednosti za osnovne pojmove opšteg dela, naročito za pojam krivičnog dela je kod autora koji zastupaju neokantijanističku postavku tek rudimentarno razvijeno.²¹⁴ I

²⁰⁶ Isto, S. 83. Ističe se i da je za razgraničenje ovih slučajeva uvek merodavno egzaktno istraživanje važećeg prava, te se ukazuje na podatak, koji je u svojoj disertaciji iznašao Rolf Schudt, da je od preko 700 samostalnih bića dela sadržanih u StGB (nemački KZ) samo oko 80 bića dela čisto kauzalno strukturirano, a naprotiv približno 90% su prožeta elementima koji reflektuju određeni unutrašnji stav učinioca.

²⁰⁷ Isto, S. 85.

²⁰⁸ Paul ukazuje na radove Hegler-a (delo navedeno ovde u beleški 170), Schwinge-a (*Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht*, Bonn, 1930.) i Mittasch-a (*Die Auswirkungen des wertbeziehenden Denkens in der Strafrechtssystematik*, Berlin, 1939.). Vidi: Paul, *Zusammengesetztes Delikt und Einwilligung*, S. 16.

²⁰⁹ Isto, S. 16.

²¹⁰ Kao značajan zagovornik ovakvih rešenja navodi se Erich Schwinge, „*Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht*“, koji svoje stavove nadograđuje na pravnofilozofske radove Emil-a Lask-a (*Philosophie*, 1905.) i Gustav-a Radbruch-a (*Rechtsphilosophie*, 1914.). (Navedeno prema: Schneider, *Kann die Einübung in Normenerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten?*, S. 23.)

²¹¹ Tako Erich Schwinge. (Navedeno prema istom delu Schneider-a, S. 23.)

²¹² Tako u istom delu Schneider, S. 24.

²¹³ Tako Mittasch, prema prenošenju njegovih ideja od strane Schneider-a u istom delu, S. 24.

²¹⁴ Isto navođenje kao u prethodnoj beleški, pri čemu se poslednja tvrdnja u tekstu svakako odnosi na karakteriziranje svih neokantijanista od strane Schnidera, a u pogledu navedenog pitanja. Na uticaj neokantovske filozofije vrednosti (Vindelband, Rickert, Lask) na neoklasični pojam krivičnog dela ukazuje i Roxin, *Strafrecht AT*, S. 203.

prema najvaljanijem kovu neoklasične misli²¹⁵, nauka krivičnog prava u pojedinostima, ovde ukratko navedeno, obuhvata sledeće: 1. Nauci krivičnog prava su kao njen predmet najpre date zakonske norme važećeg prava, 2. Norme su sredstvo ostvarenja vrednosti, 3. S druge strane, nauka krivičnog prava je u isti mah juristička nauka o činjenicama u pogledu na pojave zločina i kazne.²¹⁶ Dakle, nauka krivičnog prava danas u svom radu na „hućecem razboju vremena“ je tako nedeljivo jedinstvo zakona mišljenja (logičkih), vrednujućih (aksioloških) i naučno bivstvujućih (ontoloških) promišljanja i težnji. S tim nauka krivičnog prava ima udeo u karakteru večnosti sve prave nauke, i tamo gde je njen predmet podvrgnut promeni prema vremenu i mestu.²¹⁷ Pri tome, tumačenje se u krajnjoj liniji kao iznalaženje smisla smatra vrednujućom delatnošću. Najposle, ono počiva na osnovima koji određuju celokupnu zapadnu kulturu i civilizaciju.²¹⁸ Naime, pozitivna osnova prava je najpre zakon. U krivičnom pravu ovo važi prema § 2 KZ Nemačke u posve posebnoj meri: Nepravo, na koje se vezuje kazna, mora kao takvo zakonski-shodno biću dela biti određeno i utvrđeno, pre nego što je učinjena radnja, koja za sobom treba da povlači kaznu. Uostalom, na primer u pitanjima isključenja neprava, su u krivičnom pravu takođe, kao u drugim pravnim područjima, pored zakona u užem smislu kao dalji osnovi pozitiviteta merodavni i određujući pravna običajnost (običajno pravo) i, za konkretan slučaj, sudijska praksa. I u krivičnopravnom učenju o protivpravnosti važi „jedinstvo pravnog poretka“. Merodavno za sud o nepravu je u ovom pogledu celokupno javno i privatno pravo. U svim svojim odnosima važeće pravo iziskuje zasnivanje u autoritarnom osnovu pozitiviteta. Jedino time, da se nešto osetilo kao ispravno i pravo, to još nije „važeće“ pravo u jurističkom smislu. I protivpravnost je time svuda zavisna od takvih promišljanja koja se naravno konačno ulivaju u promišljanja o celokupnoj kulturnoj povezanosti u svom istorijski datom obliku. Svest o ideji prava je uprkos pozitivitetu prava neophodna i za praktičnu primenu prava. Ovo pre svega postaje jasno na dva mesta: u nužnosti stručnog „tumačenja“ zakona i u granicama pravne obaveznosti, koje su povučene svakom pozitivnom zakonu. Jer prosta samovolja je neobavezna kao „pravo“, i tamo gde ona poprimi spoljašnju formu zakona. Nijedan zakon, takođe ni zakon u širem smislu, uključivši i običajno pravo, ne iscrpljuje celokupno pravo. Teorija o logičkoj zatvorenosti pravnog poretka je samo „bajkovita priča“. U stvarnosti takva zatvorenost ne postoji. Prost zakonski pozitivizam ne daje iscrpan odgovor na bezbrojna pitanja praktičnog pravnog života. Takođe postoji nadzakonsko pravo koje se održava u okvirima pozitivnog prava (dakle ne možda samo kao od ovog odvojeno „prirodno pravo“) i iznad svega saodređuje praktično oblikovanje prava i u njemu iziskuje da se uzme u obzir. Ono obitava unutar prava, jer ono jeste pravo, ono je njegova noseća svrha, njegova „entelehija“. Kada pokušamo ovu konačnu „ideju prava“ da svedemo na sažetu formulu, ona može samo glasiti: pravo je tu zbog toga da stvori pravičnu ravnotežu između interesa zajednice i onih pojedinca. Kada se ispravno razume ovo znači „komposibilni maksimum postizanja zadovoljenja interesa u životu zajednice“. O njihovim oboma polaznim tačkama, zajednice i ličnosti, ne može proizaći istinsko pravo: oni za svako pravo važe kao „apsolutni“ i time nepovredivi sastojci i vrednosti.²¹⁹ Ovu apsolutnu ideju prava, koju svako pravo, pozitivno takođe, kao takvu nosi u sebi, nazivamo pravičnost. Kako se ova odnosi prema svrsishodnosti? Izvesno svako pravo treba biti „svrsishodno“, i promišljanja svrsishodnosti jesu i moraju uvek u njemu igrati ulogu, ono ne treba da je životu tuđe i štetno. Ali pravičnost se nikada ne može izvući jedino iz svrsishodnosti, takvo „stajalište korisnosti“, takav „utilitarizam“ nigde nije poslednji noseći fundament prava. I „svrsishodnost od juče“, dakle u razvoju očuvana, kao takva još nije pravo. Takva svrsna promišljanja mogu biti dragocena za pojedinu primenu, u poslednjem osnovu nisu sposobna da joj udovolje. Jer spram njih uvek ostaje otvoreno pitanje, čemu nešto treba biti svrsishodno. Ovo „čemu“

²¹⁵ Tako je napred već okarakterisana misao Mezger-a.

²¹⁶ Tako Mezger, Strafrecht AT, S. 17, 18.

²¹⁷ Isto, S. 18.

²¹⁸ Isto, S. 29.

²¹⁹ Tako Mezger u istom delu, S. 87, 88.

izvlači sebi svako prosto relativno zasnivanje. Ono skončava tek u pravičnosti kao apsolutnoj vrednosti, „vrednosti po sebi“. Svo „pravo“ pretpostavlja „pravičnost“ kao takvu datu, štaviše na kraju transcendentnu vrednost. Inače pravo uopšte nije zamislivo, inače ima samo spoljašnje moći i ogoljene sile. Ovi zaključci su neizbežni već iz logičkih razloga. Skliznuće „prava“ u prostu svrshodnost znači predaju „ideje prava“.²²⁰

Najzad, uz otkriće subjektivnih elemenata neprava i materijaliziranje krivičnopravne misli, kao treća karakteristična oznaka neokantijanizma ističe se obrt od psihološkog ka normativnom pojmu krivice.²²¹ Naime, ranije se krivica u krivičnopravnom smislu jednako postavljala (identificirala) sa tzv. formama krivice umišljajem i nehatom i pri tome pokušalo, čisto psihološki, tj. tako čisto opisno (deskriptivno) da se odrede duševni odnosi učinioca prema njegovom delu. Već u sebi ovo shvatanje o formama krivice je preusko, jer i umišljaj i nehat, kada se pod njima hoće razumeti protivrečne forme krivice, znače (ovde i psihološko „postolje“ može biti posebno važno) ocenu stava učinioca prema njegovom delu. Ali sasvim prenebregnuvši to, uvek se spoznalo više, da umišljaj i nehat jedini još uopšte nisu krivica. Pored njih stupaju dalja prava obeležja krivice: ocena celokupnog duševnog stanja učinioca u učenju o sposobnosti za uračunljivost i isključenje krivice posebnim osnovima isključenja krivice. Upravo i radi svih ovih elemenata vrednovanja pojma krivice da bi dostojno došli do svog prava, govori se o „normativnom“ pojmu krivice. U njemu je rečeno, da se pojam krivice nikada ne iscrpljuje u prostim osnovima isključenja krivice (osnovi izvinjenja). Oznake kao „prirodnog umišljaja“ ili „prirodnog nehata“, kada se od početka sledstveno pridržava ontološkog karaktera umišljaja kao (delimičnog) stanja stvari krivice, pokazuju se kao besmislene. Da uostalom prekor krivice nije neophodno dat već jedino sa moći-drukčije-delati, tačno je dokazano; i kod postojanja moći-drukčije-delati krivica može nedostajati.²²² Treba istaći da neoklasični pojam krivičnog dela sledi i sudska praksa.²²³

Očigledan napredak za krivičnopravnu dogmatiku značilo je nadovezivanje finalizma na neoklasičnu krivičnopravnu misao. Daljem razvoju neoklasičnog sistema vodilo je uvrštavanje i umišljaja kao subjektivnog elementa neprava, na isti način kod pokušanog kao kod svršenog delikta, zajedno sa fundiranjem finalnog učenja o radnji.²²⁴ Dakle, na temelju finalnog učenja o radnji finalističko učenje o krivičnom delu razvija sasvim specifičan sistem trostepenog vrednovanja.²²⁵ Prema ovoj koncepciji, biće dela je konkretan opis zabranjenog ponašanja (sadržina norme ili materija norme). Ono je pojmovna tvorevina. Protivpravnost je protivrečnost ostvarenja bića dela norme zabrane pravnom poretku u njegovoj celokupnosti.²²⁶ Pošto pravni poredak sa svojim postavkama normi i dozvola hoće proizvesti vrednosni socijalni životni poredak, protivpravno ostvarenje bića dela je ponašanje koje osujećuje ovo vrednosno stanje. Stoga se protivpravnost često označava kao „negativan vrednosni sud“ ili kao „sud o

²²⁰ Isto, S. 88, 89.. Naime, pored stavova koje smo ovde naveli, za materijaliziranje Krivičnog prava Schneider ističe zasluge Lask-a, kao i Radbruch-a, na osnovi čijih pravnofilozofskih radova je Erich Schwinge izradio svoj Bonnski Habilitacioni spis, „Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht“ iz 1930. godine. (Navedeno prema: Schneider, Kann die Einübung in Normanerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten?, S. 23.) Videti i dela: Lask, Filozofija prava, kao i Radbruch, Filozofija prava.

²²¹ Tako Schneider, Kann die Einübung in Normanerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten?, S. 24, 25. Ovaj autor za ovaj obrt ističe zaslugu Frank-a R, Schuldbegriff, 1907.

²²² Tako Mezger, Strafrecht AT, S. 127, 128.

²²³ Tako Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, S. 191.

²²⁴ Tako Paul, Zusammengesetztes Delikt und Einwilligung, S. 17. O finalnom učenju o radnji vidi više u okviru napred izloženog razmatranja o pojmu radnje.

²²⁵ Vidi o tome udžbenik glavnog zastupnika finalističkog učenja, Welzel, Strafrecht, S. 45.

²²⁶ Isto, S. 47.

nevrednosti“ ponašanja shodnog biću dela.²²⁷ Pri tome, protivpravnost je „objektivan“ vrednosni sud utoliko, što se on donosi od opšteg merila, od pravnog poretka, o ponašanju shodnom biću dela. Predmet koji se pri tome ocenjuje kao protivpravan, naime ponašanje čoveka shodno biću dela, obrazuje jedinstvo spoljnog sveta (objektivnih) i duhovnih (subjektivnih) momenata.²²⁸ Dok je protivpravnost kao čisto odudaranje između ostvarenja bića dela i zahteva prava za sva pravna područja jedna i ista, u različitim vrstama pravnih područja postoje različite vrste bića dela (materije zabrane).²²⁹ Materija zabrane je tako mnogostruka toliko, koliko to ima zabranjenih načina ponašanja u krivičnom pravu. Protivpravnost tj. odnos odudaranja između ostvarenja materije zabrane i pravnog poretka, naprotiv je jedna i ista u celokupnom pravu. Što je protivpravno u jednom području prava, ono je to i u drugome.²³⁰ Na ovome počiva i razlika između pojmova protivpravnosti i neprava. Svakako najčešće se oni upotrebljavaju bez razlike, što na dugom štapu nije štetno. Ipak, u nekim pitanjima to može voditi nerazumevanjima. Protivpravnost je čista relacija (odudaranje između dva člana odnosa), nepravo je naprotiv nešto substancijalno: protivpravno ponašanje samo. Protivpravnost je predikat, nepravo substantivum. Nepravo je sam protivpravan način ponašanja: samovlasno smetanje poseda, krađa, pokušaj ubistva. Protivpravnost je svojstvo ovih načina ponašanja, i to odudaranje u kome ovi stoje prema pravnom poretku. Tako, biće da postoji specifično krivičnopravno nepravo, kao što postoji i specifično civilnopravno ili upravnopravno nepravo. Ali postoji samo jedinstvena protivpravnost. Sve materije zabrane koje su regulisane u različitim područjima prava su protivpravne za celokupan pravni poredak.²³¹

Nasuprot stavovima neoklasičnog učenja o ovom pitanju, finalističko učenje zastupa stav o jedinstvu pravnog poretka.²³² Tako je, dakle prema finalističkom učenju, sistem krivičnog prava zasnovan na trostepenom vrednovanju. Funkcija bića dela, da stvarno opiše krivičnopravnu relevanciju (vrednosnu diferenciju) ponašanja i time načini predmetnu osnovu za nedvosmisleno utvrđenje protivpravnosti, obezbeđuje mu položaj samostalnog elementa krivičnog dela predmeštenog sudu o protivpravnosti i prekору krivice. Dakle, u ovome, prema finalističkom učenju, leži preostala sadržinska istina klasičnog učenja, dok je naprotiv neprikladno neoklasično dvodelno učenje koje shodnost biću dela i protivpravnost meša jedno s drugim.²³³ Prema neoklasičnom učenju, svako ispunjenje bića dela je protivpravno. Osnovi isključenja su negativne okolnosti dela. Tako ovo neoklasično učenje, koje se razvilo usled pogrešnog upravljanja kritike klasične postavke o bezvrednosnoj sadržini bića dela, uništava samostalnu funkciju bića dela.²³⁴ Svakako, ova primedba ne stoji u dobrom delu za savremenu neoklasičnu postavku, prema

²²⁷ Isto, S. 47.

²²⁸ Isto, S. 47. Pojašnjenje koje sledi je da je protivpravnost objektivna samo u smislu opšteg vrednosnog suda; njezin predmet, radnja, naprotiv jeste jedinstvo objektivnih (spoljnog sveta) i subjektivnih elemenata. Isto, S. 48.

²²⁹ Isto, S. 48. Na ovom mestu Welzel daje primer, da je samovlasno ometanje poseda materija zabrane u civilnom pravu, ali ne u krivičnom pravu. Samo ako ometanje poseda ima formu oduzimanja i ovo je odelotvorenje volje za prisvajanjem, ono je i krivičnopravna materija zabrane.

²³⁰ Isto, S. 48.

²³¹ Isto, S. 48.

²³² Prema Welzel-u, isto, S. 48, Mezger pogrešno shvata smisao ovog razlikovanja – Dakle, neosporivo je da je samovlasno smetanje poseda (§ 858 BGB) i krivičnopravno protivpravno, ali da za njega ne postoji krivičnopravno biće dela neprava. Razlikovanje između protivpravnosti i neprava ne govori ništa drugo. (Isto, S. 48). Nasuprot ovom Welzel-ovom, stav Mezger-a ističe tvrdnje u suprotnom smeru.

²³³ Vidi isto delo, S. 50.

²³⁴ Isto, S. 50. Welzel na ovom mestu, dalje razjašnjava gornju tvrdnju ističući da biće dela više ne može ispuniti zadatak da da osnov suda o protivpravnosti stvarnim opisom zabranjenog ponašanja. Jer shodnost biću dela tada više nije pretpostavka protivpravnosti, nego je obratno protivpravnost pretpostavka shodnosti biću dela. Pošto to treba dati samo protivpravno ispunjenje bića dela, shodnost biću dela ponašanja se može potvrditi tek kada postoji njegova protivpravnost; zahvat osnova opravdanja rešava i shodnost biću dela ponašanja. Ali pošto je provera osnova isključenja protivpravnosti moguća tek kada se prethodno najmanje utvrdi shodnost ponašanja biću dela, celokupno učenje ističe na circulus vitiosus: Shodnost biću dela se

kojoj se ima trostepeno vrednovati.²³⁵ Međutim, ni ona se ne bi mogla u potpunosti odbraniti od napada koji bi poticali iz redova finalističkog učenja. Najpre zbog neuvažavanja načela jedinstva pravnog poretka od strane ove savremene neoklasične postavke.²³⁶ Prema finalističkom učenju imamo dakle biće dela u širem i užem smislu. Biće dela u širem smislu ili celokupnost pretpostavki kažnjivosti obuhvata: a) biće dela u užem smislu ili krivičnopravnu materiju zabrane, koja stvarno opisuje zabranjeno ponašanje. Ona čini najveći deo celokupnog bića dela (u širem smislu), b) protivpravnost, c) krivica tj. predbacivost, d) objektivni uslovi kažnjivosti, uz koje se ističe da u pravilu i bez daljeg u kažnjivosti rezultiraju tri elementa krivičnog dela: biće dela, protivpravnost i krivica, dok se u malobrojnim odredbama ova čini zavisnom od daljih uslova smeštenih izvan elemenata krivičnog dela.²³⁷ U pogledu neprava umišljajnog delikta, ističe se da je umišljaj subjektivni element neprava. Umišljaj nije element koji konstituiše tek krivicu, nego već biće dela. Ali time je napušten sistem čisto „objektivnog“ određenja neprava: u svim umišljajnim deliktima umišljaj je esencijalni element neprava. Tako iz toga sledi da je ne kauzalni, nego jedino finalni pojam radnje sposoban da odgovarajuću osnovu za učenje o radnji. Umišljaj, kojeg je finalno učenje o radnji spoznalo kao faktor koji objektivno oblikuje radnju, je suštinski element pojma neprava.²³⁸ Pri tome, Pojam neprava je, prema ovom učenju, personalni. Naime, nepravo ne iscrpljuje prouzrokovanje posledice (povređivanje pravnih dobara) sadržinski poteklo od ličnosti učinioca, nego je radnja protivpravna samo kao rad određenog učinioca: Koje postavljanje cilja je on svršodelatno dao delu, iz kog stava ga je učinio, koje dužnosti su ga pri tome obavezivale, sve to merodavno određuje nepravo dela pored eventualnih povređivanja pravnih dobara. Protivpravnost je uvek neodobravanje dela koje se odnosi na određenog učinioca. Nepravo je ono koje se odnosi na učinioca, „personalno“ nepravo radnje. Odbačeno učenje o protivpravnosti kao kauzalnom povređivanju pravnog dobra ima pak zaslugu da je proizvelo značenje sa strane posledice (pravnog dobra). Povređivanje pravnog dobra (nevrednost posledice) krivičnopravno ima značenje samo u okviru personalno-protivpravne radnje (u okviru nevrednosti radnje). Nevrednost radnje je generalna nevrednost svih krivičnopravnih delikata, dok je nevrednost stanja stvari (povređeno odnosno ugroženo pravno dobro) nesamostalan moment kod brojnih delikata.²³⁹ Najzad, prema finalnom učenju, krivično delo sastoji se od objektivne i subjektivne komponente. Objektivno biće dela je predmetno-realno-jezgro svakog delikta. krivično delo je štaviše ne samo zla volja, nego zla volja koja se ostvaruje u delu. Realan osnov svakog krivičnog dela je objektivacija volje u spolnjem delu. Spoljnje delo je stoga baza dogmatske strukture krivičnog dela. Dakle, objektivno biće dela nije objektivno u smislu subjektivno tuđeg, nego u smislu objektiviranog.

može potvrditi tek po utvrđenju protivpravnosti, protivpravnost se može iznaći tek po utvrđenju shodnosti biću dela! (Vidi isto delo, S. 50.) Oko razlike Beling-ovog (klasičnog) i Sauer-Mezger-ovog (neoklasičnog) pojma bića dela, Welzel na drugom mestu uočava da je kod prvog biće dela „ratio cognoscendi“, kod drugog „ratio essendi“. U logici se ovi termini upotrebljavaju da bi se razlikovao osnov bića (uzrok) od logičkog osnova. Biće dela ni u kom slučaju nije uzrok za protivpravnost kao dejstvo. Za odnos bića dela i protivpravnosti može doći u pitanje samo logički odnos osnov-posledica. Razlika oba učenja o biću dela štaviše leži u tome, da jedno identifikira shodnost biću dela sa protivpravnošću i zbog toga između oba uopšte ne može doći do racionalnog osnovposledicaodnosa (zbog toga gornja opomena na circulus vitiosus), dok drugo poznaje biće dela kao jedan, ali ne kao jedini osnov za protivpravnost. (Vidi isto delo, S. 52.)

²³⁵ Savremenu neoklasičnu postavku s trostepenim vrednovanjem zastupaju Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, S. 193-200.

²³⁶ Tako Baumann/Weber/Mitsch u istom delu, S. 302, ističu da je „protivpravnost“ sud o nevrednosti specifičan za pravno područje. Sporno je samo koliko daleko ide samostalnost pojma protivpravnosti različitih pravnih područja, da li ima naročito specijalnih normi koje isključuju samo protivpravnost u krivičnopravnom smislu, ali ostavljaju netaknutim vankrivičnopravnu protivpravnost. Određenje kriterijuma protivpravnosti specifičnih za pravno područje svakako ne ide tako daleko, da bi se delo izvan krivičnog prava moglo oceniti kao shodno pravu i pri svemu tome kao protivpravno izvan krivičnog prava. Jer na osnovu svog specijalnog karaktera kao najoštrijeg državnog sredstva reakcije na kršenja prava Krivično pravo obuhvata samo dela koja zaslužuju povišen sud o protivpravnosti.

²³⁷ Tako Welzel, Strafrecht, S. 52, 53.

²³⁸ Isto, S. 56.

²³⁹ Isto, S. 56, 57.

Ono obuhvata ono što mora postojati u spoljnjem svetu objektivirano od bića dela.²⁴⁰ Dakle, objektivno jezgro svih delikata je radnja dela, u pravilu zajedno sa povređivanjem ili ugrožavanjem kao stanja posledice radnje, a njoj u datom slučaju mogu pristupiti posebna sredstva dela i posebni modaliteti radnje kao dalje objektivne okolnosti dela. Pored toga, finalno shvatanje izdvaja izvršilačka obeležja bića, koja u najvećem broju slučajeva nisu označena, učinilac može biti svako, dok je kod brojnih delikata radnja shodna biću dela povezana sa konkretno označenim učiniocem.²⁴¹ U subjektivno biće dela, prema ovom finalnom učenju, svakako spada umišljaj. Svaka svesna radnja nošena je odlukom o radnji, tj. svešću o tome šta se hoće – intelektualni moment -, i odlučnošću za to, da se to hoće sprovesti – voluntativni moment. Oba momenta zajedno obrazuju umišljaj (= „umišljaj bića dela“) kao faktori koji oblikuju stvarnu radnju shodnu biću dela.²⁴² Svaki umišljaj ima intelektualnu i voluntativnu (volji shodnu) stranu.²⁴³ U celokupnom kompleksu koji učinilac mora ostvariti radi dosezanja svog cilja najčešće se teži jednom delu, upravo cilju. Ostalo mora ostvariti kao nužne prateće okolnosti: i ovo podleže volji za ostvarenjem. Stoga umišljaj bića dela obuhvata sve na šta se proteže volja za ostvarenjem, tj. ne samo cilj kome teži, nego i sredstvo i s ovim povezane sporedne posledice.²⁴⁴ Kao načelo se postavlja, u određenju obima umišljaja, da umišljaj zahteva svest o delu u svim okolnostima dela koja pripadaju objektivnom biću dela, s određenim izuzecima²⁴⁵. Pored umišljaja, kao onog generalnog subjektivno-personalnog momenta koji nosi i oblikuje radnju kao svršeno upravljani događaj, u biću dela se često nalaze posebni subjektivno-personalni momenti, koji boje socijalno-etički sadržaj radnje u određenom smislu.²⁴⁶ Dakle, ako je učinilac objektivno i subjektivno ostvario ponašanje shodno biću dela norme zabrane, on je radio protivnormno. Shodnost biću dela i time data protivnormnost je „indicija“ za protivpravnost. Ali ona nije s njom identična. Protivnormnost je protivrečnost ostvarenja bića dela pojedinoj (apstraktnoj) normi zabrane. Protivpravnost naprotiv je kršenje ostvarenjem bića dela pravnog poretka kao celokupnog. U određenim slučajevima norme zabrane stupaju nasuprot sklopova dozvola, koji sprečavaju da apstraktna (generalna) norma postane konkretna pravna dužnost, i stoga dopuštaju ostvarenje bića dela. Takvi sklopovi dozvola se nazivaju „osnovi isključenja protivpravnosti“. U slučaju njihovog zahvatanja ostvarenje bića dela nije protivpravno. Osnovi isključenja protivpravnosti, dakle ne isključuju shodnost ponašanja biću dela, nego jedino njegovu protivpravnost.²⁴⁷ Nakon utvrđenja punog ostvarenja bića dela

²⁴⁰Isto, S. 57. Dalje se ističe da je objektivno jezgro svih delikata radnja dela, u pravilu zajedno sa povređivanjem ili ugrožavanjem pravnog dobra kao stanje stvari posledice radnje i još nekim elementima koji se navode, dok je u nekim slučajevima kažnjiva prosta radnja kao takva, gde je akt kao takav socijalnoetički nečist ili prebaciv, na primer kod rodoskrvuća (§.173), protivprirodnog bluda (§175), tj kod čistih krivičnog delaa akta. (Isto, S. 58.)

²⁴¹Isto, S. 58. Pri tome Welzel ističe da se ovde govori o posebnoj krivičnom delu, navodeći pri tome i razliku između pravih i nepravih delikata nečinjenja.

²⁴²Isto, S. 59.

²⁴³Isto, S. 60. Dalje Welzel navodi da intelektualna strana sadrži aktuelno znanje svih objektivnih okolnosti dela zakonskog bića dela, dok za voluntativnu stranu umišljaja ističe da je ona bezuslovna volja za ostvarenjem bića dela. (Isto, S. 60.)

²⁴⁴Isto, S. 60. Dalje, razdeljujući umišljaj bića dela na direktan umišljaj (dolus directus) i eventualni (uslovljeni) umišljaj (dolus eventualis), Welzel ukazuje na činjenicu da je uslovljen samo intelektualni moment umišljaja, ne i voljni, dok kod razlikovanja umišljaja i nehata, i to dolus eventualis-a od svesnog nehata, ukazuje na obratno stanje, da je bitan voluntativni, ne i intelektualni moment, pri čemu u ovom izvanredno teškom pitanju dokazivanja značajnu ulogu igra tzv. 2. Frankova formula. (Vidi isto, S. 61., 62.)

²⁴⁵Welzel ukazuje na slučaj dela s težom posledicom kod delikata kvalifikovanih posledicom, gde se ova učinioću uračunava samo ako je njeno nastupanje prouzrokovao najmanje nehatno. (Vidi isto, S. 63.) U pojedinostima, umišljaj zahteva: znanje već postojećih okolnosti dela, predviđanje posledice i predviđanje toka radnje (kauzalne veze).

²⁴⁶Isto, S. 67. Dalje se ističe da se posebni socijalno-etički smisao radnje višestruko merodavno određuje po tome, iz kojeg subjektivnog držanja ili stava učinilac preduzima radnju. (Isto, S. 67.) Navodeći vrste subjektivno-izvršilačkih elemenata, ovaj autor izdvaja nameru, posebnu tendenciju radnje, posebne momente ubeđenja (raspoloženja).

²⁴⁷Isto, S. 70. Nadalje, on daje i argumente za neprihvatljivost teorije o osnovima isključenja protivpravnosti kao „negativnim obeležjima bića dela“ odnosno „negativnim okolnostima dela. (Vidi isto delo, S. 70, 71.)

ponašanja to se stoga protivpravnost doznaje čistim negativnim postupkom, naime da ne zahvata nijedan sklop dozvole (osnovisključenja protivpravnosti).²⁴⁸ Najzad, osnovi isključenja protivpravnosti sadrže objektivne i subjektivne elemente. Za opravdanje radnje shodne biću dela nije dovoljno da postoje objektivni elementi opravdanja; štaviše delajući ove mora znati i uz to imati specijalne subjektivne tendencije. Nedostaje li jedan ili drugi subjektivni element isključenja protivpravnosti, za učinioca nema isključenja protivpravnosti, uprkos postojanja objektivnog elementa isključenja protivpravnosti.²⁴⁹

U ovoj tački razvoja krivičnopravnih učenja, ističe se finalizam (o kojem je bilo reči prethodno, kao nadovezivanju finalističke na neoklasičnu misao), koji se javlja nakon specifične koncepcije nacionalsocijalizma²⁵⁰ i koji se samo posredno nadovezuje na metodu neokantijanizma koja se odnosi na vrednosti i traži referentne okvire za obrazovanje krivičnopravnih pojmova – isto kao i naturalizam – u predpravnom. Empirijski referentni kriterijum, ontološke strukture stvarnosti, kojima prema koncepciji finalizma treba da odgovaraju krivičnopravni pojmovi, nasuprot krivičnopravnom naturalizmu, ne sledi sociološko-pozitivističke, naime prirodnonaučne spoznajne predstave, nego ima svoje korene u istom kulturnonaučnom razumevanju nauke kome odgovara i neokantijanizam, dokle je on postao relevantan za krivično pravo.²⁵¹ I uprkos tome što se nadovezao na naturalizam i neokantijanizam, prema učenju finalizma²⁵² oni su komplementarne krivičnopravne teorije (socijalnonaučnog) pozitivizma.²⁵³ One²⁵⁴ imaju zajedničko udaljavanje od realnog životnog supstrata, koje svakako počiva na drugim razlozima.²⁵⁵ No, zajedničko polazište neokantijanizma i finalizma²⁵⁶ vidi se iz naučnoteoretskih osnovnih pozicija koje stoje iza ovih shvatanja. Naprotiv, odnos finalizma prema naturalizmu se iscrpljuje u promišljanju da se oba učenja nadovezuju na, sadržinski svakako sasvim različito pojmljenu, empirijsku stvarnost.²⁵⁷ U čemu se sastoji ova centralna razlika, takođe se može izvući samo na osnovu rekonstrukcije kulturnonaučnog polazišta finalizma.²⁵⁸ U pogledu zaboravljenog zajedničkog kulturnonaučnog polazišta neokantijanizma i finalizma ističe se činjenica da je zajednički imenilac kritika pozitivističko socijalnonaučnog razumevanja nauke i lik čoveka. Prema neokantijanistima²⁵⁹ naučno relevantni pojmovi nikada ne bi mogli biti prost odraz stvarnosti. Pojmovni poredak događanja je moguć kada se empirijska stvarnost stavi u odnos prema kulturnim vrednostima. Tek ovaj ugao posmatranja dopušta diferenciranje između, za naučna, ovde krivičnopravna postavljanja pitanja, relevantnih i beznačajnih događaja. Rezultat koji je relevantan za krivično pravo (krivičnopravni pojam radnje) proističe iz ovog ne kao odraz empirijske stvarnosti, nego kao misaoni konstrukt: kao „produkt našeg naučnog mišljenja“.²⁶⁰ Drugo pitanje se odnosi na konkretni

²⁴⁸ Isto, S. 72.

²⁴⁹ Isto, S. 75.

²⁵⁰ Prema Schneider-u, predstavnici nacionalsocijalističke koncepcije krivičnog prava su Schaffstein i Dahm (Vidi: Schneider, Kann die Einübung in Normanerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten?, S. 25.)

²⁵¹ Isto, S. 25.

²⁵² Prema glavnom njegovom zastupniku, Welzel-u, a kako to navodi Schneider u istom delu, S. 25.

²⁵³ Isto, S. 25. Schneider, na istom mestu, ističe da gornja tvrdnja stoji uprkos izvorno suprotstavljenom postavljanju cilja. Stoga su oni samo prividno protivrečni Welzel-ovom shvatanju.

²⁵⁴ U socijalnonaučnom pozitivizmu oblika koji naturalizam i neokantijanizam imaju u učenjima Comte-a i Saint Simon-a, na koja se osvrnuo Welzel. Isto, S. 25, 26.

²⁵⁵ Isto, S. 26.

²⁵⁶ Ono je, prema Schneider-u, suštinsko za raspoređivanje funkcionalizma. Vidi isto delo, S. 26.

²⁵⁷ Isto, S. 26.

²⁵⁸ Isto, S. 26. Pri tome, ističemo da Schneider govori o Welzel-ovom učenju, dok se ovde to podrazumeva, jer se izlaže samo njegovo shvatanje, kao glavnog zastupnika finalizma.

²⁵⁹ Tako Mittasch, Schwinge, Windelband i Rickert. Navedeno prema istom delu Schneider-a, S. 26.

²⁶⁰ Tako Heinrich Rickert u: Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung. Eine logische Einleitung in die historischen Wissenschaften, 2. Aufl. 1913 (1. Aufl. 1902), Tübingen. Navedeno prema istom delu Schneider-a, S. 27. Ovde se ističe i to da „u svetu prirodnih nauka“ i u krivičnopravnom naturalizmu ne iskrsava ovo pitanje izbora predmeta spoznaje već

cilj spoznaje. Sa određenim pojednostavljenjem se može reći: Ukoliko je interes spoznaje upravljen na ljudske radnje, radi se o značenju ljudskih načina ponašanja, o interpretaciji subjektivnog radnjom mišljenog smisla.²⁶¹ Prihvaćeno je shvatanje da se radnje u svom značenju zaključuju samo kada se stave u odnos sa kulturnim vrednostima.²⁶² U tom pogledu, hvata se za pojam „adekvatnog prouzrokovanja“ kao terminus tehnikusa krivičnopravne literature onog vremena.²⁶³ Učenjem o adekvatnom uračunavanju, koje se u području krivičnopravne dogmatike – drukčije nego u civilnom pravu – svakako nije moglo čvrsto etabrirati, bilo je moguće, najmanje za delikte kvalificirane posledicom ondašnjeg koncepta, da se već u ravni objektivnog događaja u krivičnopravno ispitivanje uvuče element priređivanja posledice, „odgovornost“ učinioca za nastupele posledice.²⁶⁴ Za područje istorijske nauke kao i za pravnu nauku u ovo vreme se stoga iz pitanja (čisto kauzalnog) prouzrokovanja životnih stanja stvari postepeno razvila problematika kauzalnog značenja ljudskih radnji, koja je pri tome već vodila računa o principijelnoj razlici između zbivanja u prirodi i ljudskih radnji.²⁶⁵ Od ove kulturnonaučne polazne tačke i u razgraničenju od pozitivističkog razumevanja nauke je od početka 30-tih godina razvijano finalno učenje o radnji.²⁶⁶ S intendiranim „ontološkim načinom posmatranja“ izvlači se „stvarno postojanje“ ljudske radnje i čini centralnim pojmom finalnog učenja o krivičnom delu.²⁶⁷ Na teoretskoj ravni strogo se razlikuje između krivičnopravnog vrednovanja i objekta ovog vrednovanja. Ontološki određivi predmet ili ontološki određivi tok događaja je objekt vrednovanja.²⁶⁸ Ontološki određen predmet je samo nosilac vrednosti, ne i vrednost sama. Ipak, zastupa se shvatanje, da se vrednosti same „korene duboko u ontičkom“. Određena radnja u svom određenom izvršenju ili predmet u svojoj specifičnoj osobenosti su prema tome već „vrednosni“ odnosno „nevrednosni“; pojmovi „lep“, „dobar“ su „vrednosni pojmovi“, to jest pojmovne apstrakcije, koje se kao takve nanovo nadovezuju na radnje ili predmete u svom specifičnom „ontičkom takobiću“. Sa ovim shvatanjem finalizam se razgraničava od neokantijanističke metodologije. U ovoj on kritikuje na, isto kao i u naturalističko-pozitivističkom shvatanju nauke, udaljenosti od stvarnosti i otuđenosti od života. Da bi se ovo izbeglo, finalizam propagira da bi se za metodologiju obrazovanja pojmova krivičnog prava moralo spustiti u ontološku sferu, radi razumevanja sadržine pojmovnih fiksiranja i radi ispravnog shvatanja pravnih vrednovanja.²⁶⁹

stoga, što pozitivistička slika sveta, koja mu leži u osnovi, bez daljeg predoblikuje predmet spoznaje i spoznajni interes je „vrednosno slepo“ od početka usmeren na shodnost zakonu. (Isto delo Schneider-a, S. 28.)

²⁶¹ Vidi isto delo Schneider-a, S. 28. Navodi se i zasluga Max-a Weber-a, preko Windelband-a i Rickert-a proistekla, za iznošenje na videlo ovog specifičnog spoznajnog interesa. (Navedeno prema istom delu, S. 28.)

²⁶² Ovo shvatanje, prema istom delu Schneider-a, S. 28, 29., zastupaju Max Weber, Windelband i Rickert.

²⁶³ Misli se na posezanje Max-a Weber-a za ovim terminom, koji je razvijao posebno Radbruch u svom spisu: „Die Lehre von der adäquaten Verursachung“ (1902). Max Weber je analizirao paralele i razlike između „istorijskog pitanja kauzaliteta“ i problematike uračunavanja posledice za koju se eventualno krivičnopravno ispašta. (Vidi isto delo, S. 29.)

²⁶⁴ Isto, S. 29.

²⁶⁵ Isto, S. 29.

²⁶⁶ U istom delu, Schneider navodi da je ovaj razvoj finalnog učenja o radnji najpre izražen u delu: Welzel, H.: Kausalität und Handlung, ZStW 51 (1931), S. 703-720. O tome vidi prethodeća izlaganja o radnji u ovom radu.

²⁶⁷ Tako Schneider prenosi Welzel-ovo učenje u istom delu, S. 30. Ova ontološka struktura ljudskih radnji, koju je Welzel pobudio kroz filozofiju Richard-a Höningwald-a i psihologiju na nemačkom jeziku, a isto tako obelodanio i kroz rastuću fenomenologiju, mora se odraziti i u krivičnopravnom pojmu radnje. Neposredna blizina Welzel-ovog učenja Weber-ovom kulturnonaučnom stajalištu ogleda se u tome što oba autora upućuju na načelnu razliku između pojava u prirodi i strukture ljudskih radnji; i oboje su shvatanja da bi se ova načelna razlika morala imati u vidu kod nauka, koje za predmet imaju ljudske radnje, istorijska nauka, nacionalna ekonomija i sociologija s jedne strane i nauka krivičnog prava s druge strane. (Tako Schneider u istom delu, S. 30, 31.)

²⁶⁸ Tako Welzel, prema navodima Schneider-a u istom delu, S. 32.

²⁶⁹ Tako Welzel, prema navodima Schneider-a u istom delu, S. 32., 33.

Mišljenje koje je pretežno u novijoj dogmatici kreće se sa svojim sistemskim šemama u okviru, koji u predznaku ima neoklasični i finalistički sistem. Moderna izlaganja se katkad (ali sve ređe) nadovezuju još na neoklasičnu koncepciju strukture krivičnog dela²⁷⁰, delimično slede i finalno učenje o radnji.²⁷¹ Većina autora se ipak trudi oko sinteze između novih impulsa, za koje smo zahvalni finalizmu, i izvesnih neodrecivih rezultata prethodećeg, od vrednosti i svršnih misli određenog stepena razvoja naše nauke, to jest neoklasičnog učenja o krivičnom delu.²⁷² Ova sinteza najčešće izgleda tako, da je odbačeno finalno učenje o radnji kao učenje o radnji, ali se njegova najvažnija sistematska konsekvencija, prevođenje umišljaja u subjektivno biće dela, preuzima.²⁷³

Kao krivičnopravna koncepcija sui generis, sa posebnim rešenjima osnovnih krivičnopravnih problema i utoliko se može odvojiti od ostalih krivičnopravnih koncepcija, kao novi lik sistema krivičnog prava²⁷⁴ javlja se teleološka krivičnopravna koncepcija. Reč je o samostalnom učenju koje razvija bez izuzetka teleološki orijentisan sistem, u kome su centralni pojmovi nepravo i krivica, dok se pojam radnje sasvim povlači. Nepravo se razume kao “voljno ponašanje koje povređuje pravno dobro”, “krivica kao duhovno ponašanje koje povređuje pravno dobro”.²⁷⁵ Ova postavka zastupa intencionalni pojam radnje, o kome je napred bilo reči. Kao težišta ove koncepcije mogu se naznačiti ideelni pojam pravnog dobra²⁷⁶, kao i svrha kazne određena isključivo kao negativna generalna prevencija (zastrašivanje).²⁷⁷

Navedena shvatanja, kao i vladajuće shvatanje, koje će biti kasnije predstavljeno, ili ulaze u istorijsku perspektivu krivičnog prava ili u savremena shvatanja, kao tradicionalne (principijelne) koncepcije krivičnog prava. Već je istaknuto da, pored tradicionalnih koncepcija, postoje i funkcionalna krivičnopravna učenja koja imaju sociološku sistemteoretsku osnovu. Gruba podela funkcionalnih krivičnopravnih učenja takođe može biti na ona koja su od istorijskopravnog značenja, ali i ona koja se nalaze u savremenim krivičnopravnim shvatanjima. Uz to, pojedina učenja dala su svoj doprinos nauci krivičnog prava utoliko što su iznjedrila specifična rešenja pojedinih problema krivičnog prava.

Uopšteno, za funkcionalistički pristup kao idejnu osnovu pojedinim koncepcijama se može reći da stupa protiv ontologizirajuće krivičnopravne dogmatike, koristeći pri tome teoretske i pravnofilozofske spoznaje neokantijanizma. Na mesto apstraktnih pojmova „vrednost“ i „vrednosne odluke“ odnosno vrednosne predstave stupaju svakako konkretna kriminalnopolitička postavljanja ciljeva, na koja

²⁷⁰ Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 12 Rn. 5. Navedeno prema: Roxin, Strafrecht AT, S. 204.

²⁷¹ Welzel, Maurach/Zipf, Stratenwerth, Ebert. Navedeno prema Roxin, Strafrecht AT, S. 204.

²⁷² Isto, S. 204.

²⁷³ Isto, S. 204., 205. Roxin na istom mestu daje objašnjenja za gornju tvrdnju. Naime, odbacivanje finalističkog pojma radnje se najčešće zasniva na tome da ontološka koncepcija radnje ne bi mogla biti obavezna za krivičpravni sistem zasnovan na vrednosnim odlukama i da finalistički pojam radnje ne pasuje za nehatna dela i delikte propuštanja. Uvrštavanje umišljaja u subjektivno biće dela se, nezavisno od pojma radnje, obrazlaže različitim argumentima, ali pre svega time, da se socijalni smisao radnji bića dela uopšte ne može višestruko obuhvatiti ako se umišljaj ne uzme u obzir. Uz to treba istaći i tvrdnju da se u modernim učenjima o krivičnom delu pridržava materijalnog razumevanja neprava kao socijalne štetnosti i krivice kao prebacivosti, koji potiču iz neoklasičnog sistema i koji nisu u protivnosti ni finalističkom sistemu. Često se diferencija između neprava i krivice razjašnjava i tako, da nepravo izražava nevrednosnu ocenu dela, krivica naprotiv nevrednosnu ocenu izvršioaca.

²⁷⁴ Reč je o krivičnopravnoj koncepciji koju zastupa Eberhard Schmidhäuser. Predstavljane teleološke krivičnopravne koncepcije izvršeno je u: Roxin, Ein neues Bild des Strafrechtssystems, dok za izvorna shvatanja ove koncepcije vidi: Schmidhäuser, Strafrecht AT.

²⁷⁵ Tako Roxin opisuje koncepciju Eberhard-a Schmidhäuser-a. (Isto delo, S. 208.) Detaljno upoznavanje s ovim učenjem omogućuje udžbenik: Schmidhäuser, Strafrecht AT.

²⁷⁶ Vidi o tome u delu o pristanku u: Schmidhäuser, Strafrecht AT, S. 113-122, kao i u: Schmidhäuser, Einwilligung.

²⁷⁷ Vidi Schmidhäuser, Strafrecht AT, S. 13-22.

krivičnopravni osnovni pojmovi i kategorije sistema treba da se povratno odnose. Dakle, radi se o nadovezivanju funkcionalizma na metodologiju neokantijanizma.²⁷⁸ Međutim, postoji više pokušaja da se ovo preorijentisanje krivičnopravne dogmatike pojmovno označi. Ovo označenje usleđuje manje definicijom pojma „funkcionalno“ nego formulisanjem suprotnih pojmovnih parova kao „funkcionalno“ versus „ontološki“²⁷⁹, „koje se odnosi na individuum“²⁸⁰ odn. „ontološki“²⁸¹ versus „normativni“ pravci ili funkcionalizam versus staroevropska principijelna misao²⁸² Dakle, kao prvo, tako je funkcionalizam, u pogledu na njegovu srodnost sa neokantijanističkom krivičnopravnom metodologijom i svršnim mislima koje leže u osnovi funkcionalizma, sasvim staroevropski.²⁸³ Uprkos činjenici da se tačke nadovezivanja funkcionalizma traže u socijalnanaučnoj teoriji sistema, funkcionalizam cilja na krivičnopravno dogmatsko ostvarivanje kriminalnopolitičkih postavljanja svrha i stoga ima svoje korene u mislima evropske prosvete o svrsi i o korisnosti. Prirodnopravne misli i prosveta su duhovna osnova za promenu epohe od religiozno fundiranog krivičnog prava srednjeg veka do krivičnog prava prosvetnog apsolutizma sa njegovom preventivno propisanom orijentacijom sprovođenja umne svrhe.²⁸⁴ Kao drugo, protivstavljanje „onoga što se odnosi na individuum“ i „normativnog“ najpre se odnosilo na drugi krug tema. Naime, na „monistički individualizam Frankfurtske škole“.²⁸⁵ Zajednička tendencija ove škole je²⁸⁶ pozivanje na „klasično jezgro krivičnog prava“, koje se izgrađuje na individualističkom „personalnom“ učenju o pravnom dobru. Kao pravno dobro koje treba štiti krivičnim pravom se sledstveno u suštini priznaje samo ljudski interes kojem je potrebna krivičnopravna zaštita. Premeštanje zaštite od individualnih pravnih dobara na univerzalna pravna dobra u savremenom krivičnom pravu (na primer u području krivičnog prava o životnoj sredini), na koje treba motriti, se odbacuje.²⁸⁷ Od Frankfurtske škole u proćelje, ispred proširenja krivičnopravne kontrole, postavljena zaštita ličnosti će se²⁸⁸ na tipičan način odraziti u pojmovima koji imaju suštinu značenja koja nadaleko odgovara prirodnom značenju reči i takoreći je zasićena realitetom. Sa ovom pretpostavkom ona se svakako više ne odnosi na kriminalnopolitičke zahteve „Frankfurtske škole“, nego najmanje prema prirodi stvari na ontologizirajuću krivičnopravnu dogmatiku²⁸⁹, kojoj je suprotstavljen normativni pravac.²⁹⁰ No, ni pojam „normativno“ ni metoda s ovim asociirana pri tome nije tvorevina funkcionalizma, njegovih pristalica ili kritičara. Jer koreni mu leže u neokantijanističkoj metodologiji obrazovanja pojmova. Kao „normativno“ neokantijanisti razumeju metodologiju obrazovanja pojmova, koja određuje sadržinu krivičnopravnih pojmova spoznajom njegovog čisto pravnog sadržaja značenja. I dolaze do zaključka da u krivičnom

²⁷⁸ Tako Schneider, *Kann die Einübung in Normanerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten?*, S. 33. Pri tome, on ističe da je ovo nadovezivanje sasvim jasno vidljivo kod tvorca personfunkcionalne krivičnopravne koncepcije (Roxin-a).

²⁷⁹ Tako Jacobs. (Navedeno prema istom, S. 34.)

²⁸⁰ Tako Schünemann. (Navedeno prema istom, S. 34.)

²⁸¹ Tako Küpper. Navedeno prema istom, S. 34.)

²⁸² Tako generalna tema krivičnopravnog savetovanja u Rostock-u iz 1995. godine.

²⁸³ Schneider, isto, S. 34.

²⁸⁴ Tako Schneider u istom delu, S. 35. Odmah nakon gornjeg izlaganja, on zaključuje da pod ovim uglom posmatranja suprotstavljanje „staroevropskog“ i funkcionalizma više zatamnjuje nego što osvetljuje i u svakom slučaju se može održati kao heurističko pomoćno sredstvo pri raspoređivanju funkcionalizma. U pogledu posmatranja funkcionalizma i tradicionalne (principijelne) staroevropske misli kao suprotno stojećeg, dakle međusobno naspramnog pojmovnog para, vidi izlaganje u delu I ovog rada.

²⁸⁵ Schneider u istom delu, S. 35., ukazuje na koje pripadnike Frankfurtske škole misli. To su W. Hassemmer, njegovi đaci Herzog i Hohmann, kao i frankfurtski teoretičari Krivičnog prava K. Lüderssen i P.-A. Albrecht.

²⁸⁶ Prema Schünemann-u.

²⁸⁷ Tako Schneider u istom delu, S. 35., 36. O zaštiti individualnih i univerzalnih pravnih dobara vidi deo I ovog rada.

²⁸⁸ Prema Schünemann-u.

²⁸⁹ Welzel-ovu.

²⁹⁰ Posmatra li se Frankfurtska škola iz ove perspektive, svakako uopšte nije teško identifikovati njen suprotan pol, naime u obliku normativističkog funkcionalizma Jakobs-a.

pravu najčešći osnovni pojmovi i učenja počivaju na normativnim i faktičkim promišljanjima i ne baš samo na normativnim. Pojam normativnog metoda je stoga samo tada suprotan pojam u odnosu na ontologizirajuću, na strukture empirijske stvarnosti orijentisanu krivičnopravnu dogmatiku, kada se kao normativne označe samo one postavke koje uopšte odustaju od ontološke odnosno empirijske baze pravnih pojmova. Time i suprotstavljanju „onoga što se odnosi na individuum“ i „normativnog“ sveukupno sadržinski ostaje malo iskazne snage. Najzad, kao treće, protivstavljanje „funkcionalno“ versus „ontološko“ ima prednost, da operiše sa samoizabranom etiketom funkcionalista i da uhvati razgraničenje od ontološke krivičnopravne dogmatike, koje je karakteristično za funkcionalizam. Prema njihovom sopstvenom samorazumevanju i ontologizirajuća krivičnopravna dogmatika svakako nije bez funkcije.²⁹¹ Dakle, obe pozicije povezuju određenu funkciju sa krivičnopravnim obrazovanjem pojmova i time bi se najmanje u širem smislu mogle označiti kao „funkcionalne“.²⁹²

Uprkos ovoj relativizaciji njihove suprotstavljenosti, navedeni pojmovni parovi, koji u sebi sadrže elemente s tendencijom odvajanja funkcionalističke od tradicionalne (principijelne) krivičnopravne misli, ipak ukazuju na opravdanost posebnog razmatranja funkcionalističkih učenja, pored i drugih razloga za takav pristup. Naime, činjenica je da sva učenja imaju određeni nadpravni polazni podijum, ali na njega su postavljeni i različiti elementi koji dovode do većih ili manjih diferenciranja krajnjih, krivičnopravnodogmatskih rešenja. Izgleda da upravo ti elementi opravdavaju odvajanje funkcionalističkih krivičnopravnih učenja. Radi se o tome, da pojam funkcije odnosno “funkcionalne metode” nije genuino pravnonaučni pojam. Štaviše se prema stručnoj disciplini da načiniti drugačije razumevanje pojma.²⁹³ Ukoliko se pojam “funkcija” primenjuje u vezi sa analizom prava, može se ukazati

²⁹¹ Prema Welzel-u, ontologizirajuća metodologija obrazovanja pojmova ima funkciju da odredi granice Krivičnog prava i Kriminalne politike. (Navedeno prema istom delu Schneider-a, S. 38.)

²⁹²Tako Schneider u istom, delu, S. 39.

²⁹³Isto, S. 40.

na njegovo specifično i određeno pravnosociološko poreklo²⁹⁴, kao i na dalje nalaženje ove “funktionalne metode” u pravnoj antropologiji²⁹⁵, kao i u pravnoj sociologiji.²⁹⁶

Jedan pravnosociološki sklop ima posebno značenje za pravnu, naročito krivičnopravnu metodologiju funkcionalizma.²⁹⁷ Reč je o pojmu sistemfunktionaliteta.²⁹⁸ Naime, sistemfunktionalna analiza prava vodi istraživanju, koja ostvarenja prava proizvodi za funkcionisanje socijalnog sistema kao celine.²⁹⁹ Ovoj sistemfunktionalnoj analizi prava suprotstavlja se individualistička teorijska postavka.³⁰⁰ Na mesto apstraktne kategorije “sistema” u individualističkoj teorijskoj postavci stupa pojam “čoveka”.³⁰¹ Iz perspektive “generalizovanog individuuma” “čoveka” pravo dobija, stoga i načelno, drugo određenje

²⁹⁴Schneider ukazuje na rane pravnosociološke radove Emila Dirkema, koji je pojam funkcija obrađivao u svojim radovima u okviru pravnosociološke problematike. (Isto, S. 40.) U njegove radove jasan uvid se može imati iz predgovora Aljoše Mimice zbirci članaka sa sledećim referencama: Emil Dirkem, Društvo je čoveku bog, Izbor, prevod i predgovor Aljoša Mimica, Prvo izdanje, 2007. godina, Izdavač Institut za sociološka istraživanja, Filozofski fakultet, Beograd. Schneider u navedenom delu, S. 40-42., daje kratak prikaz misli Dirkema o dotičnoj problematici, koje je ovaj autor izneo u svom delu: „Podela rada“ (Arbeitsteilung). Prema Dirkemovoj univerzalnoistorijskoj analizi krivično delo se u suštini sastoji od povređivanja „moralne svesti nacije“. Dok Dirkem priznaje „moralnu svest nacije“, on diferencira između individualnog morala i vrednosnih predstava pojedinih lica s jedne strane i zajedničkih ubeđenja i osećanja u proseku članova određenog društva u smislu ograničenog sistema s druge strane. Na posletku spomenuta zajednička ubeđenja su uz to povež koji društvo drži zajedno i štiti od stanja u kome nema normi (anomija). Kazna koja sleduje za krivično delo, prema Dirkemu „strasna reakcija stepenovane oštine“, ima funkciju da očuva i ojača povređena kolektivna osećanja i da u ishodu time štiti društvo od skliznuća u stanje u kome nema normi. (Isto, S. 40.) Centralna pretpostavka Dirkemove sociologije je analogija između socijalnog i organskog života. Prema tome, isto kao i svaka životna forma i organizam „društvo“ strukturu koja se može ograničiti sa elementarnim vitalnim potrebama, koje se zadovoljavaju kroz socijalne institucije i pravila. Iz ove makroperspektive sociologa Dirkema individua nema značenje. Pojedinaac je jedino izvor kolektivno shvaćenih potreba ili nosilac socijalne funkcije i utoliko zamenjiv isto kao i pojedina ćelija u biološkom organizmu. Funkcionalizam ili „funktionalna metoda stoga, prema Dirkemu, znači analizu unutrašnje povezanosti „faits sociaux“ odnosno značenja socijalnog običaja, institucije ili socijalnog pravila za organizam društvo odnosno za društvenu celokupnost. (Isto, S. 41.)

²⁹⁵Naime, škola socijalne antropologije, od 20-tih godina XX-tog veka, u Engleskoj oko R. A. Radcliffe-Brown-a i u Nemačkoj zastupana pre svega od Vierkant-a, Thurnwald-a i Mühlmann-a, od Dirkema preuzima pozitivističko razumevanje nauke, kao i pojam funkcije i funkcionalnu metodu. “Socijalna antropologija se pri tome razume kao “uporedna sociologija primitivnih naroda”, koja pokušava da analizira različite forme i procese združivanja i podruštvljenja na osnovi sopstvenih ili sekundarnoanalitički obuhvaćenih etnografskih spoznaja. U proćelju naučnog interesovanja pri tome stoje socijalni odnosi individua i grupa jednih prema drugima, koji se pojme kao socijalne zakonitosti, kao prirodni zakoni socijalnog poretka. Ovakvoj analizi je naročito podvrgnuta religija. Ukoliko je predmet analize pravo prirodnih naroda, postavlja se pitanje, od strane ove škole, koje se osobito odnosi na doprinos koji dotični pravni poredak pruža za stabiliziranje društvenog poretka u celini i kako se pravnim pravilima reaguje na određene razvoje u drugim kulturnim područjima. Stoga, u središtu izlaganja stoje funkcija poretka i kontrolna funkcija prava, koje su kao primarne funkcije suprotstavljene sekundarnim funkcijama kao terapijski ili vaspitni efekti. Radi se o funkciji prava u društvu i ne o značenju pojedinih instituta i pravila za život pojedinca. (Tako, u suštini, o ovoj školi Schneider u istom delu, S. 42.-44.)

²⁹⁶Razumevanje funkcionalizma koje leži u osnovi pravne antropologije dominira i u pravnoj sociologiji i isto tako nije fenomen ograničen na nemački jezički prostor. Naročito je jasno funkcionalno određenje prava, u kojem se pravo analizira u pogledu na doprinos za održanjem socijalnog poretka. Naročito se ističu američki sociolog Talcott Parsons (1902-1979) i nemački sociolog Niklas Luhmann (1927-1998).

Isto kao što je i Dirkem i US-američki sociolog Talcott Parsons je koncipirao njegovu strukturalno-funktionalnu teoriju sistema u analogiji sa prirodnim naukama. Na mesto referentnih okvira “klasične mehanike” ili, kao što je u biologiji šema organizam – sredina, prema Parsons-u u opštem sistemu socijalnih nauka stupa “action frame of reference” delajući – situacija, čije osnovno jedinstvo čini individuum kao delajući. Da bi obuhvatio kompleksniju problematiku interakcije velikog broja delujućih individua, Parsons nadalje konstruirao tri subsistema delovanja koji se odnose na “action frame reference”, “socijalni sistem” (socijalna interakcija u uzajamnom odnošenju socijalnih uloga jednih na druge), “sistem ličnosti” (ciljevi i potrebe pojedinaca) i “kulturni sistem” (obrazovne i vrednosne predstave, posredovane kulturnim simbolima), kojima je Parsons u kasnijim radovima pridodao još jedan sistem ponašanja. Povezivanje ovih subsistema vrši se kroz funkcionalnu analizu. Odlučujuća

funkcije nego pred pozadinom kategorije “sistema”. Naime, merodavna je “personfunktionalna analiza prava”.³⁰² Dakle, do sada je dominirala sistemfunktionalna perspektiva, u kojoj se pravo redukuje na svoju integrativnu ili upravljačku funkciju za društvenu celinu. Nakon pojave sistemfunktionalne postavke³⁰³ javlja se i njoj suprotstavljena, personfunktionalna postavka krivičnopravne dogmatike.³⁰⁴, ali i druge postavke.³⁰⁵ Kod ove klasifikacije manje se radi o tome, da li se autori izričito pozivaju na pravnosociološke-sistemteoretske postavke nego pre na argumentaciju. Sistemfunktionalno je određenje sadržine krivičnopravnih pojmova tada, kada se pri njihovom tumačenju zaustavi neposredno na doprinosu za održanje sistema. Teorija pozitivne generalne prevencije kao vodeći kriterijum za tumačenje pojma krivice je svedena na ovu sastavnu funkciju. Jer prema ovoj teoriji značenje kazne se u suštini sastoji u tome da se pojasni zahtev za važenjem povređene norme i da se time uopšte stabilizuje socijalni

uloga pojma funkcije se otuda prema Parsons-u sastoji u tome ”da isporuči kriterij za težinu dinamičkih faktora i procesa u okviru sistema. Oni su važni ukoliko imaju funkcionalno značenje za sistem. ...Funktionalno značenje u ovom sklopu je u sebi teleološko. Proces ili sklop uslova doprinosi održanju (ili razvoju) sistema ili je disfunkcionalan, pri čemu on dejstvuje protiv integracije ili efektiviteta sistema. Socijalni poredak uopšte i uspešno delovanje posebno rezultiraju iz uzajamne igre četiri subsistema, u kojoj svaki subsistem čuva određenu funkciju koja se da razjasniti funkcionalnom analizom. U kasnijim radovima, Parsons apstrahuje četiri osnovne funkcije, koje dodeljuje (AGIL-šema) uz četiri subsistema delovanja. Po tome, sistem ponašanja ima funkciju prilagođavanja na životnu sredinu koja se menja; sistem ličnosti ima zadatak postavljanja cilja i ostvarenja cilja (Goal Attainment); socijalni sistem preuzima funkciju integracije (Integration) i kulturni sistem služi održanju latentnih struktura (Latent pattern maintenance). U svojim malobrojnim priložima u kojima se specijalno posvetio pravu, on pravni sistem u suštini dodeljuje integracionoj funkciji i reducira pravo na opšti mehanizam socijalne kontrole gotovo proizvoljne sadržine, koji ga interesuje samo sa tačke gledišta njegovog doprinosa održanju sistema kao celine. U raspravi iz 1956. godine “The law and social control”, u suštini, zauzima stav da se svaki socijalni odnos može regulisati pravom. Shvatajući dakle pravo kao element s primarno integrativnom funkcijom, Parsons ostavlja ovo shvatanje neizmenjenim i u daljim analizama, dok ga njegov đak Bredemeier produbljuje, tako da u svakom slučaju kao sredina subsistema “pravo” u obzir dolazi individuum, ono je izazivač institucionalnih procesa, koji interesuju jedino u pogledu na celokupnu društvenu funkciju integracije. Bredemeier navodi ovaj način posmatranja terminološki na taj način na pročelje, da on kao “input” socijalnog subsistema “pravo” shvata individualni sporni slučaj. Output je samo sekundarno individualna odluka priznatog suda o sporu, nego primarno doprinos internom stabiliziranju sistema.

Nemački sistemteoretičar, Niklas Luhmann, rekonstruiše razumevanje pojma funkcionalizma ili funkcionalne metode. U članku “Funktion und Kausalität” on je pretresao razliku između funkcionalne metode i kauzalne analize i odbranio prvu od prigovora sociologa E. Nagel i C. Hempel, koji su podignuti na osnovi kritičkog racionalizma. Cilj i na taj način metodološka nadmoć funkcionalne analize naspram kauzalne analize, prema njegovom shvatanju, štaviše sastoji se u tome da učini uporedivim određena socijalna stvarna stanja jedne s drugim. Funkcija stoga nije uzrok u kauzalnonaučnom smislu, nego “regulativna smisaona šema” koja organizuje uporedivo ekvivalentne rezultate. Pri ovom razumevanju funkcionalne metode za Luhmann-a je u socijalnim naukama pre svega problematična definicija referentnog jedinstva. Jer u suprotnosti prema biologiji, koja kao referentnu tačku funkcionalne analize ima zadat živi organizam, u socijalnim naukama nedostaje referentni sistem koji se može jasno omeđiti. Iako se Luhmann u sledećem izričito zaustavlja na tome da se svako socijalno pravilo može interpretirati i funkcionalno u pogledu na ličnost i razvoj pojedinaca, on ne traži izlaz iz problema definicije referentne tačke za funkcionalnu analizu o individuumu, nego se nadalje orijentise načelno na sistemteoretsku perspektivu, koja leži i u osnovi funkcionalizma pravne antropologije i strukturalno-funkcionalne teorijske postavke Talcott-a Parsons-a. Na kraju izvođenja on dolazi do formisanja opšte postavke problema kao “stabiliziranje očekivanja ponašanja” ili “redukcija kompleksiteta”, koje bi prema njegovom shvatanju mogle predstavljati moguće polazne tačke funkcionalne analize. Luhmann-ove sopstvene funkcionalne analize “prava društva” slede ove referentne kriterije. Fundamentalna sistemteoretska perspektiva biva vidljiva u svoj svojoj jasnosti i radikalitetu pre svega uz pomoć njegove interpretacije subjektivnih prava i uz pomoć njegovih razumevanja osnovnih (ustavnih) prava. Definicija subjektivnih prava kao “sredstvo za zadovoljavanje ljudskih interesa” koja je razvijena od pravne dogmatike je prema Luhmann-u zavodljiva, ali se iz sociološkog posmatranja pokazuje kao neupotrebljiva. Socijalna funkcija subjektivnih prava stoga rezultira iz njegove otvorenosti za viši potencijal pri kompleksitetu, koji omogućuje tek široko izdiferenciranje društva u funkciona područja kao politika, uprava, religija, privreda, nauka, obrazovanje, održavanje itd. Prema Luhmann-u isto važi za socijalnu funkciju osnovnih (ustavnih) prava. I ovde on odbacuje subjektivističko tumačenje osnovnih (ustavnih) prava kao prava odbrane pojedinca naspram države kao opšte prirodnopravno ili duhovnonaučno fundiranu teoriju osnovnih (ustavnih) prava i određuje funkciju osnovnih (ustavnih) prava isključivo raspoređivanjem u teoriju socijalnog diferenciranja. Prema Luhmann-u socijalni poredak producira bezbrojne probleme, koje

sistem merodavno organizovan normama. Personfunktionalno je tome nasuprot tumačenje osnovnih krivičnopравnih pojmova, koje je orijentisano na vodeće kriterijume koji se odnose na ličnost učinioca krivičnog dela. Predstava o suštini čoveka koja leži u osnovi personfunktionalnoj postavci je individuum koji slobodno dela i slobodno se razvija i time odgovara liku čoveka iz Osnovnog zakona (Ustava Nemačke) u njegovoj interpretaciji od saveznog ustavnog suda. Ovoj potencijalnoj slobodi razvoja čoveka korespondira lična odgovornost za svoje delo individuum koji dela, koja predstavlja nadređeni personalni vodeći kriterijum i centralno merilo ocene personfunktionalnoj postavci. Personfunktionalna krivičnopравna dogmatika tako smera da kod pojedinih pretpostavki kažnjivosti iznađe uslove pod kojima je ovo personalno uračunavanje moguće. Pošto predmet ocene predstavlja određeno ljudsko ponašanje personfunktionalna postavka odnosi krivičnopравne pojmove kao radnja, umišljaj ili krivica na ontološku osnovnu supstancu, koja se nikada ne može u potpunosti zameniti kriminalnopolitičkim vrednovanjem.³⁰⁶

U prikazu funkcionalističkih krivičnopравnih koncepcija, ukazuje se dalje na glavna učenja i njihove specifičnosti. Napred se daje prikaz sistemfunktionalnog učenja u dve varijante (čista i umerena

rešava moderna država i njene organizacije.

Navodi u ovoj beleški su preneti suština navoda Schneider-a u istom delu, S. 44-51.

²⁹⁷ Ovdje se misli na stavove koje zauzima Helmut Schelsky, prema navodima Schneider-a u istom delu, S. 51-69.

²⁹⁸ Vidi isto delo, S. 51.

²⁹⁹ Isto, S. 51. Individuum se u ovoj analizi javlja u dva oblika: kao adresat normi i kao nosilac konflikta. Ovo znači, s jedne strane, da pasivno prihvata kao motive njegovog delovanja sisteme normi (legitimacije, interpretacije, odluke, sankcije itd.) koje producira i zastupa pravo, njegovo socijalno delovanje se javlja kao sistemom vođeno i tako je individuum takoreći samo marioneta sistema normi koji mu je nametnut; ali s druge strane dolazi – iz prirode individua i njihovih interesa – upravo kroz delovanje individua do konflikata, koji u ovom slučaju samo kao izazivači za institucionalne procese prava tj. vode ka normativnim sistemskim odlukama, koje se individuumu nanovo nameću kao motivi delovanja. (Isto, 51.)

³⁰⁰ Tako Schelsky, prema navodima Schneider-a u istom delu, S. 51 Schelsky se suprotstavlja argumentima koje sa aspekta suprotne postavke daje Luhmann. (Vidi isto delo Schneider-a, S. 52, 53.)

³⁰¹ Isto, S. 52.

³⁰² Tako Schelsky. Prema njemu, suštinske su tri personalne vodeće ideje prava koje konkretizuju političko programatičke krajnje odluke o cilju, koje se u svom nastajanju svrstavaju u različite pravnoistorijske epohe: 1. Princip delovanja „uzajamnost na trajanje“ prema Schelsky-ju najpre obrazuje osnovu ranijih personalnih pravnih odnosa i karakterističan je za pravne sisteme segmentarnih društava, 2. Personalni vodeći princip „jednakost pri različitosti“, 3. aktuelna personalna vodeća ideja prava u zapadnim društvima odnosi se na „integritet i autonomiju ličnosti naspram organizacije“. Protiv ove individualističke teorijske postavke Niklas Luhmann ističe sledeće: „Ne može se sa puno smisla javiti, da se pravne i društvene nauke konstruišu iz osnovnog pojma delanja i da se time uspostave na ovom skromnom potencijalu za kompleksitet. Štaviše, mora se tražiti teoretski referentni okvir, koji omogućuje da se uklone granice doživljajnog horizonta delajućeg i obuhvati više kompleksiteta. Neki ukazuju na to, da se sistemteoretska koncepcija moderne sociologije nalazi na ovom putu.“ (Tako Niklas Luhmann, *Positives Recht und Ideologie*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Band 63 (1967), S. 531 ff., 533.) Schelsky je doskočio ovoj kritici sa argumentom, da i individualistička teorijska postavka ne odustaje od uopštavanja svojih tvrdnji i na taj način je isto tako otvorena za obuhvatanje kompleksnijih socijalnih stvarnih stanja. Schelsky, nadalje, u pogledu na pravnu praksu i pitanje samostalnosti subjektivnih prava, prigovara tako što postavlja pitanje: „za koga Luhmann-ova sociološka teorija može biti od praktične vrednosti. Sasvim sigurno, ne za juriste praktičare: Sudija ne odlučuje o funkciji socijalnog sistema, nego rešava slučaj. Tačka gledišta samostalnosti subjektivnih prava za njega nikada ne može biti napuštena, nego je za njegovo delanje i odlučivanje konstitutivna. (Tako Helmut Schelsky, *Die Soziologen und das Recht* 1980, S. 77 ff., 93). U ovoj beleški svi navodi se oslanjaju na: Schneider, *Kann die Einübung in Normanerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten?*, S. 52-55.

³⁰³ Još 1976. godine u okviru pristupnog predavanja na univerzitet u Kiel-u teoretičar Krivičnog prava Günther Jakobs je bio preduzeo pokušaj da se osvrtno na Luhmann-ovu teoriju sistema neposredno bavi krivičnopравnom dogmatikom i ovu tako praktično koristi. Kasnije je ova postavka firmirana pod etiketom „funktionalizam“, a Jakobs se može smatrati protagonistom i zasniivačem ovog pravca u krivičnopравnoj dogmatici. (Navedeno prema istom delu Schneider-a, S. 55.) Još i danas Jakobs-a valja smatrati glavnim zastupnikom sistemfunktionalne postavke u krivičnopравnoj dogmatici. (Isto, S. 82.)

³⁰⁴ Glavnim protagonistom personfunktionalne postavke smatra se Roxin. (O tome vidi isto delo Schneider-a)

³⁰⁵ Schneider posebnu pažnju poklanja još funkcionalizmu kod Wolfgang-a Frisch-a i Georg-a Freund-a.

³⁰⁶ Isto, S. 56., 57.

sistemfunkcionalna krivičnopravna koncepcija), zavisno od prihvaćene pravnosociološke podloge, a potom i personfunkcionalnog učenja u bitnom.

Čista sistemfunkcionalna postavka³⁰⁷ je na poziciji na kojoj markira idealni tip sistemfunkcionalne krivičnopravne dogmatike i obrazuje odlučujući suprotni pol personfunkcionalnoj postavi u nauci krivičnog prava.³⁰⁸ Ovaj krivičnoteoretski koncept počiva na sistemeoretskom³⁰⁹ razumevanju funkcije normi u modernim, to jest u industrijskim društvima s podelom rada, koji se suprotstavlja konceptu koji proističe iz liberalno-državne krivičnopravne teorije, prema kojem se zadatak krivičnog prava pre svega sastoji u zaštiti pravnih dobara. No, uprkos terminoloških i sadržinskih kolebanja, prema ovom čistom sistemfunkcionalnom konceptu, pojam pravnog dobra se načelno ne odbacuje. Upućivanje na generalnu važnost dobra zaštićenog krivičnim zakonom, prema ovom shvatanju, pojednostavljuje pitanje konkretne socijalne štetnosti ponašanja: “Na kraju: Kod ubistva se ne treba postaviti pitanje o socijalnoj vrednosti ubijenog”. Nasuprot vladajućem mišljenju u krivičnopravnoj nauci, kod ove čiste sistemfunkcionalne postavke relevancija pojma pravnog dobra se iscrpljuje u ovoj pre pragmatičnoj funkciji i naročito nema značenje materijalne legitimacije ili zadatka krivičnog prava.³¹⁰ Naime, prema vladajućem mišljenju u krivičnopravnoj nauci, krivično pravo, između ostalog, dobija svoju legitimaciju zaštitom pravnih dobara.³¹¹ No, čista sistemfunkcionalna postavka krivičnog prava, kao što je to napred istaknuto, ne uvažava ovo isticanje značaja pravnog dobra. Prema toj čistoj sistemfunkcionalnoj postavki, stoga se pojmu “pravno dobro” suprotstavlja pojam “krivičnopravno dobro”, sa kojim se zasniva opravdanje za egzistenciju krivičnog prava.³¹² Naime, formalno se krivično pravo legitimira ostvarivanjem krivičnih zakona shodno ustavu. Materijalna legitimacija se sastoji u tome, da su krivičnopravni zakoni potrebni za održanje državnog i društvenog oblika. Ali, treba imati u vidu da je za ovu čistu sistemfunkcionalnu postavku krivičnopravne dogmatike upitno, u samom njenom zasnivanju³¹³, o čemu je zaista reč kada je u pitanju individua. Naime, izgleda neubedljivo tumačenje prema kome se polazi od poznate antropološke osnovne pretpostavke o bezgraničnoj strukturi ljudskih potreba. Isprva se individua posmatra tako da se nalazi u “prirodnom stanju”³¹⁴, jer se u stvari radi o “izolovanom ljudskom individuumu”, koji živi usamljeno, po šemi zadovoljstva, koje smera da stvori, i nezadovoljstva. U daljim stepenima je zasnivanje ove čiste sistemfunkcionalne postavke upućeno na sopstveno viđenje univerzalnoistorijskog procesa razvoja čoveka od individuumu do člana grupe.³¹⁵ U sledećem stepenu razvoja, u svet individua stupa još nekolicina individua istih obdarenosti. Kada se broj pristupelih tako jako poveća, da se ni susretanja uopšte ne bi mogla izbeći niti bi se sa dostatnom tačnošću mogla kalkilirati, nastupaju novi uslovi. Etablira li se država bez konsensa, njen odnos prema individuumu ne ocenjuje se ni za jotu drugačije.³¹⁶ Vlast u svakom slučaju pripada, kao što je mogla biti i etablirana, onom obliku okoline, koji se pri racionalnoj kalkulaciji mora uzeti u obzir, - ali je time njeno značenje za potčinjene već i iscrpljeno. Naročito nijedan individuum

³⁰⁷ Postavka Jakobs-a.

³⁰⁸ Tako Schneider, S. 143.

³⁰⁹ Naširoko preuzetom od Luhmann-a

³¹⁰ Tako Hendrik Schneider, S. 70, 71.

³¹¹ Tako Gropp, Strafrecht AT, S. 47. Nadalje Gropp ističe da bi bez legitimacije bilo Krivično pravo koje bi nalagalo besmislene radnje za miran zajednički život ili zabranjivalo nebitne radnje. I Jescheck/Weigend ističu da je zadatak Krivičnog prava da štiti pravna dobra. (Navedeno prema Schneider, Kann die Einübung in Normanerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten?, S. 71, Fn. 5)

³¹² Navedeno prema: Schneider, Kann die Einübung in Normanerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten?, S. 71.

³¹³ Može se smatrati da se ovo zasnivanje vrši u delu: Jakobs, Norm, Person, Gesellschaft.

³¹⁴ Na tome insistira Schneider, Kann die Einübung in Normanerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten?, S. 72.

³¹⁵ Tako Schneider sažima deo Jakobs-ovog dela.

³¹⁶ Isto, S. 26.

ne može izmeniti svoju šemu poretka i preuzeti onu od vlastodršca; štaviše poslednja za potčinjene ostaje eksterna.³¹⁷ Svet je i nakon uređenja vlasti još kognitivan svet, neograničeno svojstven svakom individuumu. Dakle, u pogledu na društvo, može se još samo raditi o poretku preferenci individua.³¹⁸ Radi se o normativnom identitetu grupe i shodno tome se pojam društva ograničava na normativno razumevanje.³¹⁹ Tek poredak u kome su individue upotrebljene ih oslobađa iz njihovog neograničenog sveta i daje im mogućnost, da se pozovu na svestrano obavezno.³²⁰ Gospodar mora grupi dati ustav, koji podređenima dodeljuje status, tako da bi oni njihov rad mogli pojmiti kao ispunjenje zadatka za grupu. Kao minimalni ustav bi se moglo nazvati ustanovljenje profesionalnih staleža ili vazalna predaja zemlje. U poretku Ustava potčinjeni se ne bi mogli pojmiti samo kao individue sa šemom zadovoljstvo/nezadovoljstvo i da sebe pojme, nego istovremeno kao takvi koji postoje za to, da obrade zemlju ili da vrše poziv, koji bi dakle na takav način trebali i smeli biti delatni; bivaju li potčinjeni viđeni na taj način od spolja, onda je to priznanje kao ličnosti, i kada oni sami dovedu dotle da se na taj način organizuju, da oni i za sebe odigraju svoje uloge.³²¹ Ličnost se određuje svojim odnosom prema drugim ličnostima, dakle svojom ulogom.³²² Zadovoljstvo i Društvo je personalna komunikacija.³²³ Društvo je dakle, prema ovoj čistoj sistemfunkcionalnoj postavki (isto kao i pojam ličnosti ili subjekta) normativni konstrukt izjednačen sa personalnom komunikacijom.³²⁴

Za krivičnopravnu dogmatiku ove postavke se može reći da u svetlu funkcije normi interpretira značenje kazne, koje se, u suštini, iscrpljuje u tome, da osnaži zahtev za važenje norme.³²⁵ Svrha kazne je pozitivna generalna prevencija.³²⁶ Krivica, po ovoj postavci, znači uračunavanje krivičnopravno relevantne posledice: „Krivica je nadležnost... Ova nadležnost postoji kada nedostaje spremnost da se motiviše prema dotičnoj normi.“ Ali smisao i svrha uračunavanja ne leže u tome, da se učinio na način lično prebacivanje krivice, nego se i ovde radi jedino o celokupnoj društvenoj perspektivi. Krivica je u svojoj funkciji identična sa potrebama pozitivne generalne prevencije.³²⁷ Poglavitno, na mesto pravičnosti, koja stoji u proćelju apsolutnih teorija o kazni (Kant), kod ove čiste sistemfunkcionalne postavke stupa jedino ideja normativnog identiteta društva.³²⁸ Ipak, ono što je čistoj sistemfunkcionalnoj postavci teško poreći je doprinos u isticanju značaja interakcionizma u krivičnom pravu.³²⁹

³¹⁷ Isto, S. 27.

³¹⁸ Isto, S. 29.

³¹⁹ Isto, S. 30.

³²⁰ Isto, S. 35.

³²¹ Isto, S. 36, 37.

³²² Isto, S. 38, 39.

³²³ Isto, S. 53.

³²⁴ Tako Schneider karakteriše Jakobs-ovu postavku u Schneider, Kann die Einübung in Normanerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten?, S. 73.

³²⁵ Tako Schneider karakteriše Jakobs-ovu postavku u: Schneider, Kann die Einübung in Normanerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten?, S. 73.

³²⁶ Isto, S.14. Jakobs pojašnjava da se radi o generalnoj prevenciji uvežbavanjem u priznavanje norme (takozvana pozitivna ili opšta-tj. ne samo zastrašujuća-generalna prevencija). On ističe da se njegova teorija za malo razlikuje od Hegelove apsolutne teorije. (Isto, S. 17.)

³²⁷ Tako prenosi Schneider, Kann die Einübung in Normanerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten?, S. 76, 77. 78.

³²⁸ Tako Schneider u istom delu, S. 82.

³²⁹ Teorija simboličkog interakcionizma, koju Jakobs recipira i čini je korisnom za svoje svrhe samo u pojedinim pojmovima i teoretskim pomeranim komadima predstavlja dalju opštu karakteristiku njegove argumentacije. (Isto, S. 145.)

Noseći stub krivičnopravne dogmatike čiste sistemfunktionalne postavke čini negativan pojam radnje.³³⁰ Na ovaj pojam radnje nadovezuje se trostepena struktura vrednovanja (biće dela, protivpravnost i nadležnost (krivica)). Pri tome, ova krivičnopravna dogmatika čiste sistemfunktionalne krivičnopravne koncepcije sadrži brojne specifičnosti koje očigledno potiču od funkcionalističke misli.³³¹

Kao specifična sistemfunktionalna postavka, može se navesti ona, koja nešto veći značaj polaže na individualni sporni slučaj. No, primaran značaj i ovde ima stabiliziranje sistema, dok individualni slučaj ima tek sekundarnu ulogu. Stoga, može se označiti, za naše potrebe, i kao sistemfunktionalna postavka sa istaknutim značajem individualiteta ili kraće, umerena sistemfunktionalna postavka.³³² Prema njoj se materijalni pojam krivičnog dela bazira na teoriji socijalne štete, koju treba sprečiti pretnjom kaznom. Za njeno materijalno preciziranje ne poseže se za konceptom pravnog dobra, nego za socijalnom teorijom sistema³³³ Ali ovo polaganje na sistemfunktionalitet ponašanja vodi k tome da se ličnost ne štiti zbog nje same, nego samo zbog društva, nju bi se smelo i žrtvovati samo da celokupni socijalni sistem ostane neoštećen. Da bi se izbegao ovaj pravac, koji stoji u dijametralnoj suprotnosti sa liberalnim pravcem misli o pravnom dobru, ova koncepcija se hoće ograničiti fundamentalnim vrednosnim odlukama Osnovnog zakona (Ustava).³³⁴ Prema ovoj umerenoj sistemfunktionalnoj postavci, prigovor da su sistemteoretska promišljanja neprimerena, jer se u njima radi o održanju socijalnog sistema i ne o sopstvenoj vrednosti ličnosti, je neopravdan. Osnovni zakon zasniva socijalni sistem koji ne dopušta da se u ime sistema pod znak pitanja stavi sopstvena vrednost ličnosti. Njegove strukture su štaviše prislonjene na to da se respektuje sopstvena vrednost ličnosti.³³⁵ Kada krivično pravo štiti norme i institucije slobodarski ustrojenog društva, ono obezbeđuje strukture “kućišta slobode”.³³⁶ Pri tome, u centralnim područjima između upravljanja zaštite Osnovnog zakona i onog od krivičnog prava postoji saglasnost koja upada u oči: Osnovna prava višestruko štite ista dobra prema državi, koja krivično pravo štiti prema građanima, i demokratska pravna država, koju uređuje Osnovni zakon, je objekt zaštite §§ 81 i dalje krivičnog zakonika. Ali je prenaprezanje personalizma, da se u teoriji pravnog dobra od svake legitimne krivične norme traži da pokazuje specifičan odnos prema “ličnosti” kao idealnom i uzdignutom pravnom dobru.³³⁷ Dakle, ova umerena sistemfunktionalna postavka operiše sumnjivim pojmom slobode, a kritikuje i jedini topos koji se koristi u teoriji krivičnog prava za kriminalnopolitičku teoriju pravnog dobra, a to je topos ličnosti.³³⁸ Prema ovoj koncepciji, moderno društvo i država su organizovani tako fleksibilno, da su oni stvorili slobodne prostore za odluke o stvarima, u kojima se ne radi o odnosu ličnosti prema društvu, nego o optimalnom funkcionisanju društvenog sistema, koji svoje učinke manje ili više “neutralno”, tj. svakome prinosi, bili tražioci personalistički ili kolektivistički nastrojeni.³³⁹ Ko u društvenim funkcijama sistemima očekuje više od vrednovanja, odmah se konfrontira sa prekorom “ideološkog” mišljenja.³⁴⁰

³³⁰ O tome vidi izlaganja o negativnom pojmu radnje u ovom delu ovog rada, kao i predstavljanje Jakobs-ovog pojma radnje u Schneider, Kann die Einübung in Normenerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten?, S. 93-108., te samo razvijanje pojma radnje od strane njegovog tvorca, Jakobs-a, Strafrecht AT, S. 126-149., sa sopstvenim shvatanjem o radnji kao individualno izbeživom prouzrokovanju posledice. (Isto delo, S. 136-148.)

³³¹ O tim specifičnostima vidi više u: Jakobs, Strafrecht, AT.

³³² Ova postavka sledi sociološku misao Talcott-a Parsons-a (o tome više vidi: Parsons, Moderna društva), a kao glavni predstavnik odnosno sledbenik te sociološke misli u okviru nauke Krivičnog prava ističe se Amelung. Osnovne crte Amelung-ove misli prenosi Roxin, Strafrecht AT, S. 51, 52.

³³³ Tako Amelung, a prema istom delu Roxin-a, S. 51.

³³⁴ Tako osnovnu koncepciju Amelung-a predočava Roxin u istom delu, S. 51.

³³⁵ Amelung, Begriff des Rechtsguts, S. 180., 181.

³³⁶ Isto, S. 181.

³³⁷ Isto, S. 163.

³³⁸ Vidi isto delo, S. 161.

³³⁹ Isto, S. 162.

³⁴⁰ Isto, S. 162.

Pošto dobra nastaju iz vrednosnog suda, u vrednosno pluralističkom ili čak multikulturalnom društvu izvanzakonskim vrednovanjima nije moguće podupreti učenje o pravnom dobru koje je podobno za konsens i obavezno, u takvom društvu pak nema ni stanja koje se može dovoljno omeđiti, niti dovoljno odredivog rangiranja opšte priznatih vrednosti. Tako, u jednoj široj perspektivi, u kojoj kao subjekti koji vrednuju u obzir dolaze: bog, kulturna zajednica, društvo, politička zajednica reprezentirana zakonodavcem i pojedinac³⁴¹, pojedinac i zakonodavac jedini ostaju u igri.³⁴² Pri tome, prednost je apsolutno data zakonodavcu, dok, kada se pravna dobra posmatraju od subjekata za koje imaju vrednost, dakle za njih su dobra, a to su pojedinci, opštost i država, tada tek dolazi do izuzetka, tako da je vrednosni sud pojedinca od značaja tek i samo kada zakonodavac zaštitu pravnih dobara učini zavisnom od odluke pojedinca o tome da li on takvu zaštitu želi ili ne želi.³⁴³ Ovde, u predstavi, da norma ponašanja mora štiti nešto što stoji iza nje, radi legitimiranja svoje sankcije kaznom, leži pravopolitički smisao učenja o pravnom dobru. Ono zakonodavca kao interpretatora krivične norme drži pri tome, da ne štiti važenje normi ponašanja zbog njih samih. Opasnost da se ovo dogodi preči krivičnom pravu od “despotizma” i od “moralizma”³⁴⁴ No, prema ovom shvatanju, sankcija štiti faktičko važenje norme.³⁴⁵ Uz to, pominje se i da je svrha sankcije u zaravnavanju iskrzanosti koje je normama naneo kršilac prava.³⁴⁶ Norme i – na celokupnoj društvenoj ravni – institucije su prema tome strukturna obeležja interakcionih ili komunikacionih sistema. Kao takva, ona jamče određeni oblik društva, baš onaj koji mu daje institucija. Već utoliko, zaštita norme ima funkciju zaštite stanja društva. Ovim je iscrpljen prikaz pravopolitičkog pravca ove umerene sistemfunkcionalne postavke.

U pogledu njenog pravnodogmatskog pravca, ističe se polazište koje je na startnoj poziciji s pravnim dobrom. Pojam pravnog dobra bi se trebao zadržati na pozitivno vrednovanim predmetima od strane stvaraoca prava, danas parlamentarnog zakonodavca.³⁴⁷ Prema tome, odakle polaze sudska praksa i nauka, krivičnopravno sankcionisanim normama ponašanja u osnovi leži vrednosni sud zakonodavca, koji kazuje, da određeni predmeti “trebaju biti”, tj. trebaju ostati održanim. Iz ovoga suda proističu granice primene norme, jer kada interpretacija krivične norme izađe na to, da ona štiti više ili manje nego što ovaj vrednosni sud obuhvata, ona ne pogađa cilj koji je sledio zakonodavac. Pojam pravnog dobra je, posredovano vrednosnim sudom zakonodavca koji konstituira pravna dobra, utoliko instrument teleološke interpretacije bića dela iz posebnog dela krivičnog zakonika.³⁴⁸ Dogmatska funkcija vrednosnog suda koji stvara dobra se ogleda i u tome što unosi zakonodavčevo vrednovanje određenih predmeta i u rešenja pravnih problema opšteg dela. Pri tome se najčešće vezuje uz drugi aspekt ovog vrednosnog suda. Vrednosni sud koji konstituira dobra ne kazuje samo, da predmeti određenog područja trebaju ostati neoštećeni, nego i koliko je ovaj cilj vredan zakonodavcu.³⁴⁹ Interesantna je još i funkcija mogućnosti stepenovanja neprava, koju omogućuje vrednosni sud koji konstituira pravna dobra, kod konflikata normi,

³⁴¹Isto, S. 155.

³⁴²To se da zaključiti iz ove Amelung-ove rasprave.

³⁴³Isto, S. 157.

³⁴⁴Isto, S. 169. Dalje se, u suštini, određuje da despot može zloupotrebiti krivično pravo za to da zahteva poslušnost zbog sebe samog, a moralista ga može zloupotrebiti za to da obezbedi moralne norme radi njih samih, jedino zbog njihovog usidrenja u njegovo psihičko postojanje. (Isto, S. 169., 170.)

³⁴⁵Isto, S. 179. Na ovom mestu Amelung ističe da utoliko ima smisla, da se, kao što to čini i Jakobs, norme ponašanja koje su snabdevene kaznom uzdignu kao „pravno dobro“ Krivičnog prava.

³⁴⁶Isto, S. 179.

³⁴⁷Isto, S.156.

³⁴⁸Isto, S. 156. Ovde se ukazuje na napred pomenutu misao, da danas zaštita pravnog dobra nije jedina svrha koja određuje oblik krivične norme. Pri tome se to ističe kao razlika u odnosu na neokantijanizam jugozapadnih nemaca, Schwinge-a i Honig-a, koji identificiraju misao o zaštiti dobara sa teleološkom interpretacijom.

³⁴⁹Isto, S. 156. Amelung ovde ističe, u suštini, da se radi o različitim visinama propisanih kazni za pojedina bića dela.

kao što ih treba rešiti na primer kod kolizija dužnosti. Kruto orijentiranje na norme, koje krivično pravo normalno zahteva od svojih adresata, u ovim slučajevima zakazuje, jer obe norme zahtevaju nešto što je jedno s drugim nesjedinivo. Ovde misao o zaštiti pravnih dobara koja saldira, računajući sa različitim vrednostima objekata zaštite, dozvoljava da se kruta šema orijentisanja na norme zameni fleksibilnijom o odmeravanju dobara i pusti da se norma koja štiti pravno dobro koje je zakonodavac stepenovao kao manje vredno povuče iza druge. Na taj način se povišava fleksibilitet krivičnog prava.³⁵⁰ Sledi li se sociološka teorija sistema, utoliko etabliranje učenja o pravnom dobru odgovara opštoj socio-kulturalnoj šemi razvoja, koja se može spoznati i u drugim područjima (“subsistemima”) modernog društva.³⁵¹

Na kraju, uprkos tome što se može posumnjati u ispravnost njenih shvatanja idejnih osnova krivičnog prava, za ovu umerenu sistemtoeretsku postavku se može reći, da ostavlja utisak da prihvata većinu kriminalnopolitičkih rešenja, osobito onih koja su vezana za promišljanje uloge pravnog dobra, ali i pravnodogmatskih rešenja koja su bliska vladajućem shvatanju u krivičnom pravu.³⁵²

Nasuprot sistemfunktionalnih postavki stoje personfunktionalne postavke. Kao tipična i najpoznatija ističe se personfunktionalna postavka tzv. minhenske škole, koja se naziva još i svršnoracionalnim (funktionalnim) krivičnopravnim sistemom.³⁵³ Ovi termini su sinonimi.³⁵⁴ Pored toga, koristi se i termin normativno-funktionalne krivičnopravne dogmatike.³⁵⁵ Prema ovoj školi³⁵⁶, kao i kod čiste sistemfunktionalne postavke, krivičnopravna dogmatika se određuje od vodećih kriminalnopolitičkih odluka, koje ulaze u upotrebu preko određene methodske postavke u tumačenju osnovnih pravnih pojmova, pre svih opšteg krivičnog prava.³⁵⁷ Pri tome, jasno je da se u ovoj personfunktionalnoj postavki generalno ne radi o integraciji kriminalne politike i krivičnopravne dogmatike, nego o unosu određenog “modernog”. Država jedino ima ovlašćenje da štiti “pojedinca od zadiranja drugih u njihovu ličnu sferu” i da stvori pretpostavke za slobodan razvoj ličnosti.³⁵⁸ Zastupa se i liberalni pojam pravnog dobra koji se duhovnoistorijski koreni u epohi prosvetljenosti.³⁵⁹ krivično pravo treba da je ultima-ratio socijalne kontrole i zahvata samo tamo gde druge socijalnopolitičke mere ili sopstveni slobodovoljni učinci izvršioca nisu više dovoljni za zaštitu pravnih dobara.³⁶⁰ U pogledu svrhe kazne, tvorac čiste

³⁵⁰ Tako Amelung u istom delu, S. 157.

³⁵¹ Isto, S. 157.

³⁵² Gornja tvrdnja o bliskosti shvatanja i rešenja ove umerene sistemteoretske postavke sa vladajućim shvatanjima i rešenjima iznosi se s obzirom na shvatanja koja u svojim radovima, koji su korišćeni prilikom izrade ovog rada, iznosi Amelung s jedne strane i shvatanjima drugih autora zastupnika rešenja koja se mogu nazvati vladajućim, a naročito shvatanjima i rešenjima sadržanim u: Kühl, Strafrecht AT. Ističemo da sistematskiji prikaz pravnodogmatskih shvatanja Knut-a Amelunga ovde nedostaje upravo stoga što u njegovim radovima koji su ovde korišćeni ono nije sadržano, a u njima su uočljiva samo pojedina pravnodogmatska rešenja.

³⁵³ Zasluga je Roxin-a, koji je, sa svojim spisom iz 1970. godine: “Kriminalpolitik und Strafrechtssystem”, dao podstrek za diskusiju koju, prema sopstvenom navodu, razvija Schneider, Kann die Einübung in Normanerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten?, S. 229. Schneider u istom delu, S. 229. i 258., za ovu postavku koristi termin “svršnoracionalni-funktionalni sistem Krivičnog prava”, koji termin u stvari preuzima od Roxina.. Koristi se ovde, da izrazi suprotnost prema sistemfunktionalnoj odnosno čistoj sistemfunktionalnoj postavki. A termin “minhenska škola” koristi Schneider u istom delu, S. 229., preuzimajući ga od Wolter-a.

³⁵⁴ Tako Schneider u istom delu, S. 229.

³⁵⁵ Tako Wolter. Navedeno prema istom delu Schneider-a, S. 229.

³⁵⁶ Tu se misli na Roxin-a i njegove (ranije) đake: Schünemann, Rudolphi i Wolter. Navedeno prema istom delu Schneider-a, S. 229. U daljem izlaganju ove čiste personfunktionalne postavke, uglavnom je reč o učenju Roxin-a.

³⁵⁷ Isto, S. 230.

³⁵⁸ Isto, S. 233.

³⁵⁹ Isto, S. 16.

³⁶⁰ Tako Schneider, Kann die Einübung in Normanerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten?, S. 235, prenosi o delu Roxin-a. S tim u vezi, načelo subsidijariteta i efektiviteta, s naslonom na Liszt-a, Roxin vidi kao odlučujuće pretpostavke opravdanja kazne. (Navedeno prema istom delu Schneider-a, S. 235.)

personfunktionalne postavke kritikuje i ne prihvata princip odmazde, dok legitimacione osnove kazne vidi u generalnoj i specijalnoj prevenciji. Najzad, ističe se da se tvorac ove postavke sažeto predstavlja kao zagovornik liberalno-socijalne kriminalne politike, koja bi htela da pripomogne važanju personfunktionalnih potreba zaštite građana države od zahvata u njihova prava na slobodu isto kao i preventivnim postavljanjima cilja Krivičnog prava uopšte. Ove osnovne kriminalnopolitičke odluke predstavljaju "substancu" koja treba da se transferira u "formi" krivičnog prava.³⁶¹ Ova nastojanja tvorac ove koncepcije sledi rekursom na metodu neokantijanizma koja se odnosi na vrednosti. U pogledu nosećih krivičnopravnodogmatskih kategorija, ističemo da se radi o sistemu sa trostepenim vrednovanjem odnosno sa četiri noseće kategorije (radnja, shodnost biću dela, protivpravnost i krivica).³⁶² U novijem izgledu, elementi koji se javljaju kao osnovni, moglo bi se reći i osnovni strukturni pojmovi teleološkog kriminalnopolitičkog projekta sistema jesu: 1. radnja, 2. biće dela, 3. nepravo, 4. odgovornost i 5. ostale pretpostavke kažnjivosti.³⁶³ Tvorcu personfunktionalne postavke se u zaslugu pripisuje da on važi i za tvorca današnjeg učenja o objektivnom uračunavanju.³⁶⁴

Na kraju ovog razmatranja o personfunktionalnoj postavki, valja ukazati na njeno ključno mesto koje se sastoji u tome da ona u svoju osnovu stavlja tekovine krivičnopravne misli, posebno neoklasične škole i finalističke škole, njihove osnovne filozofskopravne misli, tako da pravnodogmatska misao personfunktionalne postavke preuzima i osnovne strukturne krivičnopravne pojmove i rešenja neoklasične i finalističke škole. Međutim, ona ide i dalje. Naime, iz njene osnovne koncepcije, o prevashodnoj ulozi ličnosti, dolazi do funkcionaliziranja zatečene neoklasično-finalističke postavke, te se u prvi plan stavlja zaštita ličnosti od državnog Levijatana. Radi se dakle o koncepciji koju odlikuje funkcionalno (funkcionalističko) tumačenje merodavnih pravnih pojmova.

Najzad, koncepcija za koju njen predstavnik ističe da se radi o vladajućem učenju, odnosno da ono obuhvata vladajuće stavove o pojedinim problemima, pretežno se bavi pravnodogmatskim, a manje kriminalnopolitičkim aspektima odnosnih problema.³⁶⁵ Napred je već navedeno da se radi o neoklasično-finalističkoj obradi krivičnopravnih problema, i to utoliko što se najčešće autori trude oko sinteze između novih impulsa, za koje dugujemo finalizmu, i izvesnih rezultata od kojih se ne može odustati od prethodećeg, od vrednosnih i svršnih misli određenog stepena razvoja naše nauke, t.j. neoklasičnog učenja o krivičnom delu. Ova sinteza najčešće izgleda tako, da se odbacije finalno učenje o radnji kao učenje o radnji, njegova najvažnija sistematska konsekvencija, prevođenje umišljaja u subjektivno biće dela, se preuzima.³⁶⁶ Prema toj, vladajućoj koncepciji prihvata se trostepena struktura svršenog umišljajnog delikta činjenja kao osnovnog delikta, koji se menja pri pokušaju delikta, nehatnom deliktu i deliktu propuštanja. Osnovni delikt na prvom stepenu sadrži biće dela. Ono se deli na objektivno biće dela, koje se sastoji iz obeležja dotičnog delikta sadržanih u posebnom delu i iz materije opšteg dela: kauzalitet i objektivno uračunavanje³⁶⁷, kao i na subjektivno biće dela, koje se sastoji iz materije opšteg dela: umišljaj, te u datom slučaju i iz ostalih subjektivnih obeležja neprava. Na drugom stepenu je protivpravnost, i to određena

³⁶¹ Tako suštinu misli Roxin-a prezentuje Schneider u istom delu, S. 251.

³⁶² Isto, S. 197.

³⁶³ Tako Roxin, Strafrecht AT, S. 221-227.

³⁶⁴ Prema sopstvenim navodima Roxin-a, njegova rasprava „Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht“ (Honig FS, 1970, 133 ff. = Grundlagenprobleme = 123 ff.) (Ovde citirano kao Roxin, Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht), koja pripada prvim pokušajima ponovnog oživljavanja ovog učenja, izričito se hvata za predradove neokantijaniste Honig-a i neohegelijanca Larenz-a. (Navedeno Roxin, Strafrecht AT, S. 206., Fn. 46.). Prema Schneider, Kann die Einübung in Normanerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten?, S. 270., današnje širenje učenja o objektivnom uračunavanju u suštini valja svesti na Roxin-ov prilog u Festschrift für Honig.

³⁶⁵ Reč je o udžbeniku: Kühl, Strafrecht AT.

³⁶⁶ Tako Roxin u istom delu, S. 204., 205.

negativno, nepostojanjem osnova opravdanja. Osnovi opravdanja su određeni objektivnim pretpostavkama i subjektivnim elementom opravdanja. Na trećem stepenu je krivica. Ona se određuje kao krivica zasnivanja i krivica odmeravanja kazne, a sastoji se iz tri negativno određena momenta ispitivanja: nesposobnost uviđanja (nemogućnost shvatanja značaja dela), svest o nepravu kao pravna zabluda i osnov isključenja krivice.³⁶⁸ Sa ova tri stepena su, pored pojma radnje (koja ulazi u stepen predispozicije, da li ponašanje učinioca ima kvalitet radnje) obuhvaćeni suštinski elementi krivičnog dela (biće dela, protivpravnost i krivica)³⁶⁹. Vredno je pomena i bitno to da vladajuće učenje sledi ideje prosvetećenosti i da rešenje za svrhu kazne nalazi u apsolutnim teorijama o svrsi kazne. Povrh svega, bitno je da vladajuća koncepcija za krivičnopravne pojmove i institute podršku traži u ustavu, ustavnim pravima i principima.

3.1.2.2 Opšte značenje protivpravnosti i osnova isključenja protivpravnosti

U pogledu protivpravnosti i osnova isključenja protivpravnosti, treba ukazati, pre svega, ali i kao osnovno, na pitanje jedinstva pravnog poretka. Naime, reč je o pravilu koje je određeno da bi rešavalo sukobe, kolizije između različitih područja pravnog poretka.³⁷⁰ Kada se prihvati potreba postojanja načela jedinstva pravnog poretka, u tom slučaju sva regulativa je u okvirima istog pravnog poretka neprotivrečna, međusobno usklađena.³⁷¹ Prema mišljenju koje naginje suprotnom rešenju, prema kojem nema jedinstva pravnog poretka, protivpravnost je sud o nevrednosti specifičan za pravnu oblast.³⁷² Po tom mišljenju, sporno je samo koliko daleko ide samostalnost pojmova protivpravnosti različitih pravnih oblasti, da li ima naročito specijalnih normi, koje isključuju samo protivpravnost u krivičnopravnom smislu, ali ostavljaju netaknutim vankrivičnopravnu protivpravnost. Izgleda da je i ovo mišljenje pogrešno utoliko što se radi samo o tome da su prema pravnim oblastima različite samo pravne posledice. Dakle, da nije reč o raznovrsnim pojmovima protivpravnosti.³⁷³ Određenje kriterijuma protivpravnosti specifičnih za pravnu oblast svakako ne ide tako daleko, da bi se delo izvan krivičnog prava moglo oceniti kao shodno pravu, a unutar krivičnog prava ipak kao protivpravno. Jer krivično pravo na osnovu njegovog specijalnog karaktera kao najoštrijeg državnog sredstva reakcije na kršenja prava obuhvata samo dela koja zaslužuju povišenu osudu protivpravnosti.³⁷⁴ I osnovi isključenja protivpravnosti koji su relevantni u krivičnom pravu potiču iz celokupnog pravnog poretka.³⁷⁵ Najzad, u pravilu ponašanja koje je deliktno tipično (=shodno biću dela), koje istovremeno protivreči izričitoj zabrani druge pravne oblasti, potrebno je suzbijanje i krivičnim pravom. Ali to ne mora biti tako, jer zabrana koja potiče iz druge pravne oblasti

³⁶⁷Ovde ukazujemo na odgovarajuća razmatranja o kauzalitetu i objektivnom uračunavanju navedenih u prikazu peesonfunkcionalnog, učenja Roxin-a. Pri tome, ovde valja obratiti pažnju i na mane ovog Roxin-ovog učenja koje se ispoljavaju u delu koji se odnosi na povišenje rizika prvenstveno, ali i na druge nedostatke ovog personfunkcionalnog učenja o objektivnom uračunavanju. (O tome više vidi kritiku koju daje Schneider, Kann die Einübung in Normenerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten?, S. 270-283.)

³⁶⁸Tako, u suštini, svoju koncepciju iznosi Kühl, Strafrecht AT, S. 7, 8.

³⁶⁹Vidi: Kühl, Strafrecht, AT, S. 8, 9.

³⁷⁰U tom smislu Frank, Krivično pravo Opći dio, str. 134.

³⁷¹Ovo načelo prihvata Roxin, Strafrecht AT, S. 613-615.

³⁷²Isto, S. 613., 614. Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, S. 302. Prema ovom delu, S. 302., nedostatak krivičnopravne protivpravnosti ponašanja ne implicira tako shodnost pravu u sudu celokupnog pravnog poretka. Egzistencija inkongruentnih područja krivičnopravne i vankrivičnopravne protivpravnosti stoga se u načelu ne može osporiti.

³⁷³Tako Engisch. (Navedeno prema: Roxin, Strafrecht AT, S. 614. Fn. 42)

³⁷⁴Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, S. 302. Tako i Roxin, Strafrecht AT, S. 613.

³⁷⁵Isto, S. 613 i 615.

primarno smera na izazivanje pravnih posledica specifičnih za pravnu oblast (na pr. naknada štete ili javno-pravne konsekvence), i krivično pravo im se ne mora bezuslovno priključiti sa svojim daleko težim sankcijama.³⁷⁶ Najzad, uz sve navedeno, mora se imati u vidu i postojanje treće mogućnosti, pored shodnosti pravu i protivpravnosti. Naime, reč je o pravno slobodnom prostoru, o čijem postojanju govori manjina autora, dok vladajuće mišljenje poriče postojanje ove kategorije.³⁷⁷

U pogledu osnova osnova isključenja protivpravnosti, može se reći da je ponašanje protivpravno, kada neki osnov isključenja protivpravnosti ne isključuje protivpravnost.³⁷⁸

3.1.3 Konsekvence i značaj odabira polja dejstva i samog dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu i kriminalnopolitički značaj pravnog instituta pristanka

Razrešenje kontroverze o stajalištu pristanka u strukturi krivičnog dela ima određene konsekvence. Naime, reč je o dogmatskim rezultatima koji proizilaze iz smeštanja pristanka oštećenog u okviru određene kategorije u toj strukturi. Razrešenje ove kontroverze jednim, prema našem mišljenju veoma malim delom daje praktičan, dogmatski smisao istraživanju tematike pristanka oštećenog u krivičnom pravu. Ponašanje koje sleduje uz pristanak drugoga se razmatra i određuje u okvirima kategorija radnje, bića dela, protivpravnosti i krivice (odnosno odgovornosti). Pitanje je u koju kategoriju pristanak oštećenog vrši upliv odnosno kako utiče na pravnu ocenu ponašanja na koje je dat? Na ovom mestu se daje: izgled problema u trostepenoj strukturi krivičnog dela, ukazuje se na različita mišljenja o dogmatskim konsekvencama različitog odabiranja polja dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu, uočava se pravno dobro kao centralna figura u rešavanju problema u pravnom tretmanu dejstva pristanka i ističe se praktičan socijalni i pravni značaj i uloga pristanka oštećenog u krivičnom pravu, a time i njegov kriminalnopolitički značaj.

Izgled problema u trostepenoj strukturi krivičnog dela se može opisati na sledeći način. Radnja krivičnog dela, kao prva kategorija, predmet ocene u strukturi krivičnog dela, u svakom slučaju mora biti ispunjena kada je reč o ponašanju izvršenom uz pristanak oštećenog. Da bi problem uopšte dobio krivičnopravnu dimenziju, da bi se ispitivao u krivičnopravnim okvirima, potrebno je da se on tiče radnje određenog krivičnog dela, da ima veze s radnjom. Jer, u suprotnom, ne može se ni postaviti pitanje dejstva nekog instituta u krivičnom pravu. Jer, krivično delo je radnja. Dakle, samo ponašanja koja ispunjavaju kategoriju radnje se mogu ispitivati u pogledu dejstva pristanka oštećenog. U tom smislu, bilo bi *contradictio in adjecto*, da se zaključi da pristanak uticaj vrši tako, što je usled samog pristanka oštećenog isključeno postojanje radnje. To je već logički nemoguće. Tako, proizilazi da pristanak oštećenog ne vrši i ne može vršiti uticaj na kategoriju radnje krivičnog dela. Radnja krivičnog dela postoji i kada je preduzeta

³⁷⁶ Isto, S. 613., 614.

³⁷⁷ Ovu kategoriju priznaje i Roxin u istom delu, S. 610-613., uprkos njegovoj konstataciji da je to manjinsko mišljenje, dok Baumann/Weber/Mitsch, u delu navedenom u beleški 56, S. 307., ne priznaju ovu kategoriju.

³⁷⁸ Tako Roxin, Strafrecht AT, S. 600. Još jasniji je Zoran Stojanović, koji ističe da razlog za unošenje protivpravnosti kao konstitutivnog elementa u opšti pojam krivičnog dela jesu upravo osnovi isključenja protivpravnosti pa bi se element protivpravnosti u tom pojmu mogao odrediti u negativnom smislu kao odsustvo osnova koji isključuje protivpravnost. (Stojanović, Krivično pravo opšti deo, str. 145.)

uz pristanak oštećenog. Jednostavno, pristanak oštećenog nema uticaja na sud o postojanju radnje krivičnog dela.

Pristanak oštećenog ne može isključiti ni krivicu odnosno odgovornost. On je može samo umanjiti, ukoliko njegovo dejstvo nije sasvim iscrpljeno u prethodećim kategorijama, biću dela ili protivpravnosti.³⁷⁹ Njegovo dejstvo se smešta ili u oblast bića dela, kao osnova isključenja bića dela ili u oblast protivpravnosti, kao osnova isključenja protivpravnosti.

U nauci je uočljivo prisustvo različitih mišljenja o dogmatskim konsekvencama različitog odabiranja polja dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu Naime, o problemu konsekvenci dejstva pristanka, što tako uključuje i navođenje dejstva samog, se može reći da u nauci ne postoji jednodušan stav, i to ne samo po pitanju odabira polja dejstva, nego i po pitanju značaja različitih konsekvenci dejstva pristanka.

Prema nekim mišljenjima, pitanje, da li pristanak isključuje već biće dela kažnjive radnje ili je osnov isključenja protivpravnosti, moglo bi ostati i otvoreno.³⁸⁰ Ukratko, na čisto dogmatskom polju, kontroverza o mestu pristanka u strukturi krivičnog dela ima naročito dejstvo na sadržinu umišljaja, učenje o zabludi i učenje o pokušaju, kao i na formulisanje pretpostavki isključenja protivpravnosti.³⁸¹ One se ne smeju preceniti u svom praktičnom značenju za postizanje detaljnih rezultata u ravni neprava. Pojedine pretpostavke pristanka, bio on stepenovan kao element bića dela ili protivpravnosti, morale bi biti konstruisane u odnosu na biće dela, tako da se na posebnosti polja problema specifična za pristanak (sposobnost za pristanak, mane volje itd.) može i mora fleksibilnije reagovati.³⁸²

Sama problematika svrstavanja dejstva pristanka u dogmatske okvire, prema našem mišljenju, ipak je od malog značaja. U tom pogledu, smatramo sasvim prihvatljivim stav o vrlo ograničenoj vrednosti mesta pristanka u krivičnopravnoj sistematici, u strukturi krivičnog dela.³⁸³ Smisao tom svrstavanju se pre mogao naći u logici dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu.

Sagledavanje i zauzimanje stava o problemima koji se odnose na shvatanje pravnog dobra ne samo što dejstvu pristanka obezbeđuju određeno mesto u krivičnopravnoj sistematici, nego omogućuju i širu perspektivu iz koje se pristanak posmatra. Pravno dobro je centralna figura u rešavanju problema u pravnom tretmanu dejstva pristanka. U svakom pogledu, pravno dobro i tumačenja koja se tiču pravnog dobra imaju odlučujuću ulogu u pitanjima koja se odnose na pristanak oštećenog u krivičnom pravu. Ono je centralna figura problematike pristanka oštećenog u krivičnom pravu. No, uočljiva je i povratna sprega.

³⁷⁹ O pitanju dejstva pristanka oštećenog u okviru kategorije krivice vidi deo II ovog rada, kao i uvodni deo ovog dela ovog rada.

³⁸⁰ Tako Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, S. 375. Suprotno, da pitanje, da li pristanak povređenog isključuje "već" biće dela ili "tek" protivpravnost gubi svo praktično značenje, to tvrdi Stratenwerth, Strafrecht AT, S. 202. Prema našem mišljenju, koje se iznosi kasnije u okviru ovog odeljka ovog rada, ukatko, pravnodogmatski značaj ovog pitanja je mali.

³⁸¹ Tako Rönnau, Willensmängel, S. 19. Tako i Geppert za pitanja umišljaja i zablude. (Geppert, Rechtfertigende „Einwilligung“, S. 959., zatim i Hirsch, koji ističe da kontroverza ima svoju praktičnu relevanciju za sadržinu umišljaja, učenje o zabludi i pokušaju, kao i za uvažavanje opštih zahteva opravdanja. (Hirsch, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Vor § 51, S. 53.) U tom smislu izjašnjavaju se i Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, S. 375.

³⁸² Tako Rönnau, Willensmängel, S. 19. U tom smislu i Zipf, koji, posmatrajući pristanak uopšte kao problem bića dela, ističe da je on relevantan na dvostruki način. Jednom pojedina obeležja bića dela mogu biti njegova tačka vezivanja, kada ona pri pristajanju pogođenog ne mogu da se ispune. (Čini se da ovde, u okviru iste ravni bića dela, na ovaj način Zipf izdvaja saglasnost koja isključuje biće dela od pristanka) U ostalim slučajevima pristanak uzrokuje da otpada krivičnopravno relevantna mogućnost povređivanja u pogledu predatog pravnog dobra. (Čini se da je ovde reč o pokušaju) U prvom slučaju je tumačenje uvek uslovljeno bićem dela, u poslednjem slučaju mogu se postaviti zajednička pravila, koja variraju zbog različitosti pojedinih povređenih pravnih dobara. (Zipf, Einwilligung und Risikoübernahme, S. 31.)

³⁸³ Tako Sternberg-Lieben, Objektive Schranken, S. 59, 60.

Zarad analize pristanka oštećenog u krivičnom pravu, dolazi i do značajnog razotkrivanja pojma pravnog dobra. Na taj način, pravno dobro koje ima centralnu ulogu u tumačenju u krivičnom pravu uopšte, pored specifičnih pretpostavki radnje, koji zajedno (pravno dobro i specifične pretpostavke radnje) čine orijentaciona merila za teleološko tumačenje prema području zaštite dotičnog bića dela³⁸⁴, ima značaja i u naučnoj analizi u vezi s pristankom, jer postaje razjašnjeno i kao orijentaciono merilo tumačenja u krivičnom pravu uopšte.³⁸⁵

Konačno, poseban i prevashodan, primaran je socijalni i pravni značaj i uloga pristanka. Oni se ogledaju u tome, što bi lična sloboda bila ograničena u nepodnošljivoj meri, kada bi pojedincima bilo zabranjeno da odobravaju zahvate u njihova sopstvena pravna dobra: više se ne bi moglo dopustiti šišanje kose (telesna povreda), ne bi se poduzimala putovanja željeznicom ili letenjem (lišenje slobode), ne bi se moglo dopustiti demontiranje svog starog auta (oštećenje stvari) itd.³⁸⁶ Pristanak oštećenog dakle ima i značaj u društvenom životu pojedinca, a tako i u omogućavanju ostvarivanja ustavnih prava, pre svega ustavnog prava na slobodu. Iz te perspektive, pristanak je prolaz, inače zabranjenom, u zdravu (nekriminalnu) socijalnu sferu. Značaj pristanka oštećenog u krivičnom pravu je u toj dimenziji odraz odnosa pojedinca i društva. Uz to, iz svega ovde izloženog, smatramo ispravnim stav da je samo opredeljenje za to da li pristanak isključuje biće dela ili protivpravnost od znatno manjeg značaja. Kada se uzme da je njegov primarni značaj u odelotvorenju slobode, tada čak pravnodogmatske konsekvence ovog opredeljivanja postaju neznatne za celokupnu problematiku pristanka oštećenog u krivičnom pravu. U prvi plan izbijaju ipak kriminalnopolitički momenti.

3.2 Pravno dobro - odlučujuća smernica dejstvu i zasnivanju dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu

U nauci postoji opšta saglasnost da je pravno dobro, i to individualno pravno dobro odlučujuća, centralna figura u rešavanju problema vezanih za pristanak oštećenog u krivičnom pravu. Pristanak je dozvola za doticanje pravno zaštićenog dobra koju saopštava imalac ovog dobra.³⁸⁷ U tom smislu i kontekstu, na ovom mestu prikazuju se: a) pojam, b) sadržina (sastojci) i c) pozadina (pripadnost) pravnog dobra. Dakle, određuju se ove načelne diferencije pravnog dobra, te se ukazuje na njihov značaj u krivičnopravnom tretmanu pristanka oštećenog. Naime, ovde nije reč o uobičajenom određenju pojma, kao pojma pravnog dobra, nego o bitnim odrednicama tog pojma kao prelomnim tačkama za dejstvo pristanka oštećenog u krivičnom pravu. One, zavisno od toga kojoj strani, alternativni pojedine diferencije se da preimućstvo u odnosu na drugu postojeću alternativu, same po sebi dovode do određenog dejstva pristanka oštećenog. Već ovde se može reći da se sam pojam posmatra kao prva diferencija s alternativom između realnog i idealnog pojma pravnog dobra. Kao druga diferencija se javlja pitanje sadržine pravnog dobra s alternativom između integracionog i baznog modela pravnog dobra koji stoje s jedne i kolizionog

³⁸⁴ Stratenwerth, Strafrecht AT, tvrdi da očigledno suštinski zavisi od osobnosti zaštićenog pravnog dobra i od prirode konkretnog zahvata, koje zahteve valja postaviti za delotvoran pristanak.

³⁸⁵ Roxin ističe da postoji široko jedinstvo o tome da se tumačenje bića dela mora orijentisati na dotično zaštićeno pravno dobro. Ukoliko se značenje pojma pravnog dobra ograniči na ovu funkciju, tada se govori o „metodskom pojmu pravnog dobra“. (Roxin, Strafrecht AT, S. 14.)

³⁸⁶ Tako Peter Noll, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Zürich 1981, S. 117. (Navedeno prema: Roxin, Die durch Täuschung herbeigeführte Einwilligung im Strafrecht, S. 275.)

³⁸⁷ Tako Amelung, Willensmängel, S. 9.

modela pravnog dobra koji stoji s druge strane. Kao treća alternativa uviđa se značaj pripadnosti pravnog dobra opštosti ili pojedincu, a tako i prisustvo i prevaga interesa za održanjem odnosno predajom pravnog dobra. Prve dve diferencije imaju pretežno dogmatskopravno značenje i vuku za sobom pretežno dogmatskopravne posledice, dok je treća diferencija odlučujuća i u sebi sadrži i dogmatskopravno i kriminalnopolitičko značenje i posledicu.

3.2.1 Pojam pravnog dobra (realni ili ideelni pojam?)

Prva načelna diferencija, koja prijanja uz pojam pravnog dobra i koja je za nas od značaja, tiče se poimanja pravnog dobra kao realnog i kao ideelnog. Naime, reč je o kontroverzi o pitanju: Da li je pravno dobro predmet realnog sveta, čije povređivanje je predmetno moguće povređivanjem u užem smislu ili ugrožavanjem, ili se radi o ideelnoj, respektivnoj duhovnoj vrednosti ili zahtevu za uvažavanjem, koji se može povrediti samo u prenesenom smislu?³⁸⁸ Uzrok za različit tretman pristanka u širem smislu bi konačno mogao da se nađe u kontroverzi između ideelnog i realnog pojma pravnog dobra.³⁸⁹ Ako se u osnovu položi realan pojam pravnog dobra, u prosto nepovredivosti realnog objekta samog se vidi punovredno stanje. Napad na takav realan objekt i time istovremeno pojmovno nužno povređivanje realnog pravnog dobra treba da postoji i u slučaju delotvornog pristanka. Stoga diferenciranje između napada na pravno dobro na koji se pristalo i nedozvoljenog napada na pravno dobro može uslediti tek na daljem stepenu vrednovanja – onom o protivpravnosti.³⁹⁰ Ako se naprotiv polazeći od ideelnog pojma pravnog dobra razlikuje između realnog objekta i ideelne vrednosti ili zahteva za uvažavanjem, bez obzira na eventualan napad na realan objekt u svakom slučaju u svim oblicima pristanka ne postoji povređivanje pravnog dobra u ideelnom smislu. Ideelna vrednost ili zahtev za uvažavanjem u odnosu na konkretan realan objekt se ne povređuje kada se delotvorno pristalo na ponašanje koje je prividno shodno biću dela. Radi se dakle o prividnom povređivanju pravnog dobra.³⁹¹ Dakle, svrstavanje pristanka kao osnova isključenja bića dela ili kao osnova isključenja protivpravnosti je zavisno od pojma pravnog dobra koji mu je u pojedinom trenutku položen u osnovi.

Spor o ovoj diferenciji, o pravnom dobru kao realnom ili ideelnom pojmu, nije nov. On zaokuplja nauku krivičnog prava već duže od jednog veka.³⁹² O pravilno postavljenom problemu ovog spora čini se da je reč već kod prvog zastupnika mišljenja o ideelnosti pojma pravnog dobra. Naime, prema tom mišljenju, apstrahirajući različitosti pojedinih pravnih dobara, uočavamo opšti pojam pravnog dobra. I ovde mora biti jasno, da imamo posla sa pojmom; da se o povređivanju ili ugrožavanju pravnog dobra može govoriti samo u prenesenom smislu. Postoji samo mogućnost da se pravno dobro susretne kao takvo: Kada se izvuče interesima pravne zaštite, dakle zakonom ukinuta privatna svojina na imanju i zemlji ili se uvede slobodna ljubav. Ali pojam kao takav je besmrtn, dakle i nepovrediv.³⁹³ Na drugoj strani spora stoji shvatanje da je pravno dobro “sve što je u očima zakonodavca kao uslov zdravog života pravne zajednice za ovu od vrednosti.”³⁹⁴ Formulirano sa aspekta ove druge strane u sporu, ali iz znatno novije perspektive,

³⁸⁸ Paul, *Zusammengesetztes Delikt und Einwilligung*, S. 24.

³⁸⁹ Isto, S. 85.

³⁹⁰ Isto, S. 85.

³⁹¹ Paul u istom delu, S. 85., 86.

³⁹² Radi se o sporu započetom između Liszt-a i Binding-a.

³⁹³ Liszt, *Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche*, S. 675.

ističe se da je juristički značajno razgraničenje realija, koje su podobne za zaštitu, od himera proizvedenih govornim jezikom.³⁹⁵

Ovaj problem se duže vremena provlačio kroz nauku krivičnog prava bez izvesnijeg rešenja spora, tako da se mogu konstatovati pristalice i ideelnog i realnog pojma pravnog dobra. Uobičajeno je bilo shvatanje pojma pravnog dobra kao ideelnog, a to je ono prema kome je pravno dobro produhovljena ideelna vrednost. Očigledno radi boljeg razjašnjenja ovog pojma, odmah se daje i definicija objekta radnje, koji je predstavljen kao konkretan predmet, koji je objekt radnje učinioca, na primer pojedina žrtva delikta ubistva ili stvar koju je oduzeo lopov, koja pripada nekom drugom. U ovim slučajevima bi se makar moglo zamisliti, da su objekti radnje "čovjek" u krivičnom delu ubistva, teškog ubistva ili "tuđa stvar" u krivičnom delu krađe reprezentovali pravna dobra život ili svojinu. Često pak zaštićeno pravno dobro i objekt radnje bivaju toliko udaljeni jedno od drugog, da je onemogućena i ova predstava. Tako je na primer kod krivičnog dela falsifikovanja isprave nemoguće u komadu papira, na kojem se preduzima falsifikovanje (objekt radnje), uočiti otelotvorenje pravnog dobra sigurnosti dokaznog saobraćaja.³⁹⁶ Kao manjinsko, važno je shvatanje pravnog dobra kao realnog pojma. Pored već navedenog³⁹⁷, ističe se još jedno značajno shvatanje pojma pravnog dobra kao realnog.³⁹⁸ Prema njemu, pravno dobro je svako poželjno socijalno stanje, koje pravo hoće da osigura od povređivanja.³⁹⁹ U tom smislu, da bi mogla biti ugrožena ili povređena, pravna dobra doduše ne bi morala imati telesni supstrat, ali ipak bi morala imati stvarnost pristupačnu oštećivanju. Tako čast (krivično delo uvrede i dr.) doduše nije ništa materijalno, ali ipak ona ima socijalni realitet i može se efektivno povrediti uvredama, ogovaranjem i klevetanjem. I dokazni saobraćaj (krivično delo falsifikovanja isprave) doduše nije telesni predmet, ali jeste socijalni interakcioni proces koji se dešava u stvarnosti, koji se može postojano ometati upotrebom falsifikovanih isprava. I što se tiče "svojine" kao pravnog dobra, to je da ovo pravno dobro nije prosta misaona

³⁹⁴ Tako Karl Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, Bd. I, 2. Aufl., 1890, S. 312 ff. 365. (Navedeno prema: Amelung, *Begriff des Rechtsguts*, S. 180. Binding-ova shvatanja pravnog dobra, sadržana u nekoliko Binding-ovih dela, citira Franz v. Liszt u delu navedenom u prethodnoj beleški, S. 672-686. Pri tome, Liszt, u okvirima tog dela navedenog članka, iznosi i svoje shvatanje, kao i kritiku Binding-ovog. Za gore izneseno Binding-ovo shvatanje pravnog dobra, Amelung, na istom mestu istog dela, ističe da se pitanje, na koje učenje o socijalnom ugovoru kao i sociološka teorija Parsons-ovog kova „objektivno“, „naučno“ hoće da odgovori, subjektivira u ovoj formuli: Šta je socijalno štetno, ne određuje nauka, nego politički delajući subjekt.

³⁹⁵ Amelung, isto, S. 177. Na ovom mestu se, pored gore navedenog, ističe i mogućnost jurističkog značenja struktura realnih objekata zaštite za legitimaciju i tumačenje ka.znene norme.

³⁹⁶ Mesto mnogih ovde je navedeno mišljenje autora Baumann/Weber/Mitsch, *Strafrecht AT*, S. 15. (Uprkos tome, ovi autori pridaju pristanku dejstvo isključenja protivpravnosti istom delu, S. 393. Ovu neuobičajenu postavku ne obrazlažu posebno u pogledu toga što uprkos ideelnom pojmu pravnog dobra, za njih pristanak predstavlja osnov isključenja protivpravnosti) Pored njih, pristalica ovog shvatanja je još i Mezger, *Strafrecht AT*, S. 100., 101., kao i Rönnau, *Willensmängel*, S. 30., 31. Rönnau oštro odvaja pravno dobro od objekta pravnog dobra. Kao objekt pravnog dobra se pri tome označuje onaj objekt, koji predstavlja materijalizovanje pravnog dobra u činjeničnom svetu, dakle stupa u funkciju kao reprezentant pravnog dobra. Od toga valja razlikovati još objekt radnje/napada, na kojem se vrši radnja i koji nije nužno identičan sa objektom pravnog dobra. (Ovo razlikovanje potiče od Schmidhäuser-a (*Der Unrechtstatbestand*, u: *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, Frankfurt am Main 1969, S. 433-455.) na šta ukazuje Rönnau u istom delu, S. 30., Fn 95) Kao primer za predstavljeno diferenciranje ovde može služiti biće dela teške paljevine prema § 306a nemačkog KZ uobličeno kao delikt apstraktno opasnosti. Zaštita ljudskog života (pravno dobro), ovde treba da je postignuta time da je zakonodavac već stavljanjem u požar ili podmetanjem požara na zgradama (objekt radnje) prezumiranu apstraktnu opasnost za ljude (objekt pravnog doba) stavio pod kaznu.

³⁹⁷ Binding-ovog.

³⁹⁸ Welzel-ovo. Navodi iz ove i prethodne beleške su preuzeti iz: Roxin, *Strafrecht AT*, S. 34.

³⁹⁹ Welzel, *Strafrecht*, S. 4.

konstrukcija – kao “pravo” svojina se ne može zahvatiti krađama -, nego pravno-socijalna mogućnost raspolaganja, koja se može povrediti u velikoj meri.⁴⁰⁰

Čini se da je razrešenje ovog spora nađeno u izvesnijem i argumentovanom opredeljenju za alternativu prema kojoj je pojam pravnog dobra realan. Ta argumentacija, čini se, ne sadrži veće izmene u odnosu na ovde već razmotrenu argumentaciju koja se daje u prilog prihvatanja pravnog dobra kao realnog pojma.⁴⁰¹

Ova argumentacija, u suštini, postala je dovoljna za prevagu na stranu shvatanja pojma pravnog dobra kao realnog u odnosu na suprotnu alternativu, shvatanja pojma pravnog dobra kao ideelnog. Naime, pred ovom argumentacijom dotadašnji zapaženiji pobornik ideelnog pojma pravnog dobra je položio oružje⁴⁰², zauzevši se za suprotno shvatanje, da su pravna dobra nešto realno, a ne proste ideelne tvorevine.⁴⁰³

Konačno, kada se uzme u obzir da pravno dobro kao ideelni pojam u stvarnosti ne može biti povređeno, već to je dovoljan razlog za odbacivanje ovog pojma i prihvatanje realnog pojma pravnog dobra. Tako,

⁴⁰⁰ Roxin, Strafrecht AT, S. 34.

⁴⁰¹ Vidi napred iznesenu argumentaciju Binding-a i Welzel-a. Opredeljenje i „novija“ argumentacija za pojam pravnog dobra kao realnog potiču od Amelung, Begriff des Rechtsguts, S. 166-169. Oni glase: “Ubistvo uništava pravno dobro §§ 211 i dalje Krivičnog zakonika, život čoveka. Krađa naprotiv dopušta da postoji svojina na ukradenoj stvari. Ovo ukazuje na kategorijalnu diferenciju. Šta štiti § 212 Krivičnog zakonika je biološka datost. Kod dobra zaštićenog § 242 radi se naprotiv o socijalnom stanju stvari, o odnosu vlasti vlasnika stvorenom institucionalnim normama, koje mu dozvoljavaju to, da druge isključujući korišćenja stvari, da bi mogao sa njima postupati po svojoj volji. U rečima Searle-a u § 212 Krivičnog zakonika radi se o “sirovoj”, u § 242 naprotiv o “institucionalnoj” činjenici. ... Ovde se pak mislilo samo, da proizvođenje predmeta ne usleđuje tek društvenim normama... ...“sirove” činjenice... ...U ovim se granicama može reći da je objekt kao takav ono što uživa krivičnopravnu zaštitu. Pravna dobra, koja su, kao i individualna svojina, izvučena iz socijalne institucije prema tome su najzad šanse delanja, koje se pokazuju u senkama normi zabrane koje pripadaju instituciji. To je kod svojine već često isticano. “Predmet” “iza” norme zabrane § 242 Krivičnog zakonika (“ne treba da kradeš”) konačno nije objekt svojine “auto”, nego mogućnost njegovog vlasnika da sa njime putuje. Stvar, koju lopov oduzima, nije pravno dobro, nego objekt radnje § 242 Krivičnog zakonika. Ona se u § 242 Krivičnog zakonika ne štiti kao takva, nego se jedino pominje pri opisu dela inkriminiranog u § 242. Ona je tako obeležje bića dela koje mora postojati za ispunjenje pretpostavki kažnjivosti. Na ovu funkciju je praktično i smisleno ograničen pojam objekta radnje ili objekta dela, a on ipak predupređuje opasnost, da se pravno dobro uvek traži samo kod telesnih objekata koji se nalaze u opisu delikta. Bića dela kao § 242 i 267 Krivičnog zakonika, koja ne štite ispravu, nego pravni promet, pokazuju da bi se pravno dobro i objekt radnje mogli raspasti. S druge strane, oni se ne bi morali raspasti, kao što na primer misli Roxin, kada piše: “Pravno dobro je ... ideelno dobro, koje se otelovljuje u konkretnom predmetu napada; ono je povredivo samo oštećenjem individualnih objekata radnje.” Claus Roxin i Knut Amelung po tome ne bi bili kroz § 211 Krivičnog zakonika zaštićeni u ličnosti, nego samo potencijalnoj prolaznoj stanici neuvazavanja ideje čoveka. Predstava da se ne bude objekt zaštite, nego jedino objekt dela bića dela umorstva, zacelo poslednje pomenuto nalazi najmanje neugodnim. Na sreću, ova predstava se zasniva na slučaju misli, koji nam postavlja govorni jezik. Kada kažemo, “čovek” je pravno dobro §§ 211 i dalje Krivičnog zakonika, tada je to upotreba jezika koja vodi u zabludu, jer se time nije mislilo na pojedinca i tim pre ni na ideju, nego na klasu svih živućih ljudi. Stoga Claus Roxin i Knut Amelung nisu samo objekti dela, nego su i objekti zaštite §§ 211 i dalje Krivičnog zakonika. Drugačije i inače nije za razumeti upotrebu pojma pravnog dobra u §§ 6 i 34 Krivičnog zakonika, kada je tamo reč o “inostranim” odnosno o pravnim dobrima dospelim u “opasnost”. Odnos pravnog dobra i objekta dela se dakle ne određuje Platonovim učenjem o ideji i pojavi, nego od strane zakonodavca. ... “Sirova” t.j. ne socijalno konstituirana stanja stvari, individualne šanse delanja i socijalni procesi su najvažniji predmeti, koji bi se vrednosnom ocenom zakonodavca mogli izdići u pravna dobra. Da li su pored toga zamislivi još i dalji predmeti koji dolaze u obzir kao osnova pravnim dobrima, može ostati otvoreno.”

⁴⁰² Kao što je napred već rečeno, Roxin je bio zastupnik ideelnog pojma pravnog dobra, ali je u svom udžbeniku iz 2006. godine zauzeo stav da ovaj ideelni pojam pravnog dobra valja odbaciti, sa argumentacijom, da kada se zadatak Krivičnog prava vidi u tome, da ono štiti pravna dobra od povređivanja ili ugrožavanja, protivrečno je da se pođe od pravnih dobara, koja su nepovrediva kao ideelne vrednosti. Osim toga, ideelni pojam pravnog dobra pospešuje tendenciju, da se opšti pojmovi bez sadržavanja realiteta izdaju za pravna dobra. Time snaga pravnog dobra koja se ogleda u ograničenju Krivičnog prava biva izdubljena, a stvaralačka sposobnost obezvređena. (Roxin, Strafrecht AT, S. 34). Pored toga, Roxin ukazuje na opravdanu kritiku shvatanja (o ideelnom pojmu pravnog dobra) koje je ranije i on sam zastupao. (Isto, S. 34., Fn 73.)

⁴⁰³ Isto, S. 34.

već iz ovih opštih razloga, ideelni pojam pravnog dobra nije prihvatljiv. U pogledu dejstva pristanka, realni pojam pravnog dobra u svakom slučaju u sebi ne obuhvata volju nosioca pravnog dobra, tako da je to već smernica za njegovo svrstavanje po sledećoj diferenciji, po sadržini pravnog dobra, ako se i na drugoj diferenciji želi proveriti pravnodogmatska doslednost ovog realnog pojma pravnog dobra.

3.2.2 Sadržina pravnog dobra (integracioni i/ili bazni model ili kolizioni model?)

Druga načelna diferencija koja je od značaja za rešavanje problema vezanih za pristanak oštećenog u krivičnom pravu tiče se sadržine pravnog dobra. Naime, pitanje je da li volja nosioca dotičnog pravnog dobra ulazi u sadržinu samog pravnog dobra ili mu prilazi od spolja. Merodavno je pitanje, da li volju treba primiti u pravno dobro.

Pristalice kolizionog modela su u ishodu složni u tome, da pravno dobro zaštićeno bićem dela treba oblikovati nezavisno od volje odnosno ovlašćenja za raspolaganjem njegovog konkretnog imaoca.⁴⁰⁴ A ko u pravnom dobru vidi punovredno stanje, koje je zaštićeno nezavisno od volje njegovog imaoca (“Kolizioni model”), tendira tome, da u pristanku vidi akt koji izuzetno isključuje protivpravnost povređivanja pravnog dobra opisanog u biću dela.⁴⁰⁵ Tradicionalno shvatanje, sa shvatanjem strukture delikta od tri stepena vrednovanja, u pristanku vidi osnov isključenjanja protivpravnosti, koji samo izuzetno dozvoljava preduzimanje ponašanja shodnog biću dela. Konstruktivno ova postavka svoje pristalice vodi tome, da odvoje slobodu raspolaganja od pravnog dobra zaštićenog bićem dela i tako stvore suprotnost između pravnog dobra i slobode raspolaganja njegovog imaoca.⁴⁰⁶ Ovde kolidira bićem dela zaštićena vrednost (pravno dobro) sa – u ravni protivpravnosti – slobodom raspolaganja individuuma. Pristalice integracionog modela volju ovlašćenog, njegovu slobodu odnosno ovlašćenje na raspolaganje, pored dotičnog objekta radnje odnosno objekta dela čine konstitutivnim sastojkom pravnog dobra.⁴⁰⁷ A ko slobodu raspolaganja ubraja već u zaštićeno pravno dobro (“Integracioni model”), tendira tome da pri postojanju pristanka već isključi biće dela, jer se tada oštećenje objekta dela, preduzeto sa pristajanjem zaštićenog, od početka ne javlja kao zabranjeno odnosno kaznom zaprećeno.⁴⁰⁸ Reč je o tome da se ovde objekt dela krivičnim pravom ne štiti zbog svoje sopstvene odnosno socijalne vrednosti, nego zbog toga što bi imalac trebao moći slobodno raspolagati nad ophođenjem sa objektom u postojećim pravnim granicama. Ova sloboda raspolaganja bi se sada mogla upotrebiti na različite načine. I prema ovom mišljenju, time za individuuma egzistira opcija da u pojedinom slučaju ciljano ukine generalno postojeću krivičnopravnu zaštitu pravnih dobara. Rešenje se svakako ne traži u ravni protivpravnosti, nego u ravni bića dela. Konkretno se volja (sloboda raspolaganja) prima u pravno dobro (i time u biće dela), tako da pri pristajućoj volji ovlašćenog više ne postoji “podobna napadna površina” za krivično delo.⁴⁰⁹

⁴⁰⁴ Isto Rönnau-ovo delo, S. 32.

⁴⁰⁵ Tako Amelung, isto, S. 711.

⁴⁰⁶ Tako Rönnau, Willensmängel, S. 14.

⁴⁰⁷ Isto, S. 16. Radi se o naprednom shvatanju za koje se 1970-tih godina počeo zauzimati jedan deo teoretičara, o čemu je bilo više reči u delu III ovog rada.

⁴⁰⁸ Tako Amelung, Buchbesprechung: Rönnau, Thomas: Willensmängel, S. 711.

⁴⁰⁹ Tako Rönnau, Willensmängel, S. 17.

Pored navedena dva modela, kao rezultat pokušaja da se prevaziđu slabosti i kolizionog i integracionog modela, javlja se treći, bazni model.⁴¹⁰ Prema baznom modelu pravna dobra se posmatraju kao faktička osnova slobodnog razvoja ličnosti i time se podržavaju personalističke predstave o pristanku.⁴¹¹ Od ove postavke se dospeva do toga, da se pristanak uzme u obzir već u ravni bića dela, jer pri postojanju takve izjave biće dela više ne ispunjava svoju funkciju, da opiše povišeno socijalno štetno ponašanje.⁴¹² Označavanjem kao bazni model treba da dođe do izraza, da objekt zaštite krivičnog prava u području individualnih pravnih dobara nije primarno volja ovlašćenog u ophođenju sa svojim dobrima (Integracioni model) i takođe nije ni (materijalni/ideelni) predmet u svojoj sopstvenoj vrednosti odnosno u svojoj vrednosti za društvo ili apstraktno kao garantovana mogućnost raspolaganja za lica (Kolizioni model), nego pojedincu dodeljen predmet, koji služi kao baza za personalni razvoj, dobro predstavlja rezervoar za šanse delanja i štiti se u ovoj funkciji za imaooca pravnog dobra.⁴¹³ Prema baznom modelu se individualna pravna dobra pojme kao mogućnosti delanja⁴¹⁴ Odlučujući razlog za prihvatanje da svaki delotvorni pristanak isključuje biće dela je u tome da ako pravna dobra služe slobodnom razvoju pojedinaca, ne može postojati povređivanje pravnog dobra kada radnja počiva na raspolaganju nosioca pravnog dobra, koja ne oštećuje njegov slobodan razvoj, nego je naprotiv njegov izraz.⁴¹⁵

Ova dva modela, integracioni i bazni, mogu se zajedno postaviti kao antipod kolizionom modelu. Sa aspekta zastupnika kolizionog modela, u prilog kritike integracionog i/ili baznog modela, navodi sledeće. Integracioni model dospeva u teškoće tamo gde pravni poredak određenim licima odriče ovlašćenje za raspolaganje nad pravnim dobrom, kao što je slučaj sa malim detetom. Prema ovom mišljenju (integracionog/baznog modela) bi nepravo telesne povrede učinjene na malom detetu moralo biti manje nego nepravo telesne povrede koja pogađa odraslog. Jer sloboda raspolaganja, čije povređivanje navodno tek konstituiše potpuno nepravo krivičnog dela telesne povrede, kod malog deteta ne postoji. Ni § 223 (inkriminacija telesne povrede u nemačkom KZ) niti drugo krivičnopravno pravilo ne dopušta spoznaju, da krivični zakonodavac hoće da na ovaj način diferencira između povređivanja odraslog i povređivanja malog deteta.⁴¹⁶ Slično važi za svojinske delikte, krađu i dr/oštećenja tuđe stvari. I oni štite svojinu nezavisno od toga, da li je vlasnik normama građanskog ili javnog prava sprečen u raspolaganju ili nije.⁴¹⁷ Biće dela krivičnog dela telesne povrede štiti i telo osobe koja nad njim ne može autonomno raspolagati,

⁴¹⁰ Bazni model pravnog dobra je izgradio Rönnau, Willensmängel.

⁴¹¹ Tako Amelung, Buchbesprechung: Rönnau, Thomas: Willensmängel, S. 711. Ovu gornju konstataciju potvrđuje Roxin, koji ističe da je od Rönnau-a razvijeni „bazni model“ samo jedna varijanta shvatanja koje zastupa Roxin u svom udžbeniku. Prema njemu individualna pravna dobra bivaju zaštićena, „jer ona služe konkretnom imaoocu dobra kao baza za njegov lični razvoj.“ (Roxin, Strafrecht AT, S. 547.) No, Rönnau za Roxin-a navodi da je protagonista integracionog modela. (Vidi: Rönnau, Die Einwilligung als Instrument der Freiheitsbetätigung, S. 597.)

⁴¹² Tako Amelung, Buchbesprechung: Rönnau, Thomas: Willensmängel, S. 711., 712.

⁴¹³ Rönnau, Willensmängel, S. 85., 86.

⁴¹⁴ Tako Amelung u istom delu, S. 715. Vidi iscrpno o baznom modelu u: Rönnau, Willensmängel, S. 85-113.

⁴¹⁵ Tako Roxin, Strafrecht AT, S. 545.

⁴¹⁶ Tako Amelung, Einwilligung, S. 26., 27. Uz gornje se navodi još da se ovo ne može objasniti time da kod malog deteta sa njegovim povređivanjem istovremeno biva povređena „autonomija“ ovlašćenih na staranje. Bilo bi već nepravilno da roditeljsko staranje istovremeno deluje kao „autonomija“. Osim toga, takva konstrukcija bi bila krajnje neprirodna i još uvek bi zakazivala kada više ne postoji ovlašćeni za staranje. Primer: učinilac ubija roditelje i potom zlostavlja njihovo četvorogodišnje dete. (Isto, S. 27., Fn 31)

⁴¹⁷ Isto, S. 27. Uz gornje se navodi još da §§ 242/303 nemačkog KZ krađu i oštećenje stvari zaprećuju kaznom nezavisno od toga, da li je vlasniku oduzeto ovlašćenje raspolaganja postavljanjem izvršioca testamenta ili otvaranjem stečaja. §§ 243 stav 1 br. 5/304 nemačkog KZ sadrže do duše posebna krivičnopravna pravila za više predmeta, koji podležu javno-pravnim ograničenjima raspolaganja, a ne spuštaju kraznene okvire zbog ograničene autonomije vlasnika, nego ih povisuju zbog dodatne zaštite javnih interesa. (Isto, S. 27., Fn 32)

kao što je voljno nesposobno malo dete.⁴¹⁸ Dakle, radi se o licima kojima nedostaje ovlašćenje za raspolaganje i koja ne uživaju manju zaštitu dotičnih bića dela od potpuno odgovornih lica.⁴¹⁹

Iz ovoga proizilaze načelni odnosno krajnji prigovori protiv baznog i protiv integracionog modela. U pogledu na bazni model, problem su nesposobni za delanje, jer bazni model pojmi pravna dobra kao mogućnosti delanja. Svakako krivično pravo štiti pravno dobro kao ljudsko telo i kada ga nosilac pravnog dobra više ne može upotrebiti radi delanja. Misli se na one koji leže u bespovratnoj komi, besvesna sumračna starica koja se suočava sa smrću, duševno bolesni koji dugotrajno ide glavom o zid i sl.⁴²⁰ Iz ovoga proizilazi da volja pojedinog konkretnog uživaoca prava nije konstitutivni element pojma pravnog dobra.

Pristanak se stoga tiče legitimnosti oštećivanja određenih objekata radnje odnosno objekata napada. On ne isključuje povređivanje pravnog dobra i time biće dela, pošto konkretna volja pogođenog nije konstitutivni element pravnog dobra, nego predstavlja osnov isključenja protivpravnosti.⁴²¹ Kolizionni model garantuje nesumnjivu pravnodogmatsku doslednost, što kod integracionog i baznog modela nije slučaj. Tako, kolizionni model obezbeđuje zaštitu i nesposobnima za delanje, kao i onima koji nemaju ovlašćenje na raspolaganje nad zaštićenim pravnim dobrom, dok sa integracionim i baznim modelom to nije slučaj.

3.2.3 Pripadnost pravnog dobra

Treća načelna diferencija pravnog dobra tiče se pripadnosti odnosno osnovne pozadine pravnog dobra. Ipak, za sagledavanje i rešavanje problema pristanka oštećenog u krivičnom pravu ovo prosto svodenje pitanja na pripadnost pravnog dobra nije dovoljno. Od njega se samo polazi. Pored toga, ključnim se smatra i problem koji se tiče pravnog poretka, da li je on subjektivan ili objektivan poredak vrednosti. I taj problem bitno utiče na rešenja koja se odnose na pravni institut pristanka. Najzad, i problem odnosa u kojima se normativno uređuje i primenjuje pravni institut pristanka, kao odnosa subjekata u savremenom društvu i državi, takođe ima visok stepen relevancije u odnosu na pitanja pravnodogmatske doslednosti i legitimnosti rešavanja problema dejstva i zasnivanja dejstva ovog pravnog instituta. Pri tome kao rezultat tih odnosa, i to je treći vid pozadine pravnog dobra, javlja se višedimenzionalnost slobode.

Uopšteno govoreći, ako se odluci pojedinca, putem pristanka, priznaje značenje za obim primene krivičnog prava, iz toga proizilazi da samo pravna dobra pojedinaca mogu biti pristupačna pristanku⁴²² (tzv. individualno pravno dobro). Tako se problem pripadnosti pravnog dobra generalno rešava ukazivanjem na značaj individualnog pravnog dobra za pristanak. Međutim, na taj način nije rešeno

⁴¹⁸ Amelung/Eymann, Die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht, S. 938.

⁴¹⁹ Ovako Amelung-ovo shvatanje, u najkraćem, prikazuje Roxin, Strafrecht AT, S. 547.

⁴²⁰ Tako Amelung, Buchbesprechung: Rönnau, Thomas: Willensmängel, S. 715. Rönnau, ističući to kao teškoću integracionog modela, ali i svakog koncepta pravnog dobra koji u središte dogmatske konstrukcije postavlja lice i njegove potrebe za slobodom, navodi da preostaju granični slučajevi u kojima mogućnost personalnog razvoja stupa u pozadinu odnosno isključena je i prema ispravnom mišljenju pri svemu tome krivičnopravna zaštita treba da ostane postojati. Kao primer navodi samo ireverzibilno nesvesne (apaličare), kod kojih je gotovo isključeno da će ikada ponovo upotrebiti svoja dobra i čija dobra za vreme njegove budne kome ipak trebaju biti zaštićena od napada. (Rönnau, Willensmängel, S. 73.)

⁴²¹ Isto, S. 680.

⁴²² Isto, S. 381.

pitanje njegovog imalaštva odnosno nosilaštva. Da li je pojedinac u pogledu individualnog pravnog dobra koje nosi istovremeno i njegov jedini imalac, pa tako s njim može slobodno raspolagati na osnovu tog imalaštva ili se u individualnom pravnom dobru nalazi i udeo koji mu ne pripada, nego je on imalaštvo zajednice, države-društva, opštosti?

U teorijskoj obradi ovog problema načelno se ističu dva suprotna stanovišta. Prema jednom opštost u svakom slučaju ima određenog udela u individualnom pravnom dobru. Opštost je u određenom smislu sunosilac nad individualnim pravnim dobrom, zajedno sa pojedincem koji ga poseduje.⁴²³ S obzirom na tu činjenicu, ovaj odnos dvostranog udela u individualnom pravnom dobru nužno proizvodi i mogućnost da opštost u određenom obimu ograniči pravo raspolaganja pojedinog lica nad svojim dobrom ili, u najmanju ruku da se dejstvo pristanka pojedinca usled toga manje vrednuje. S druge načelne strane stoji tzv. personalni pojam pravnog dobra koje tako pripada isključivo pojedincu, njegovom imaoocu. Prema ovoj personalnoj varijanti sva pravna dobra su izvučena od interesa lica.⁴²⁴ Usled toga, dejstvo pristanka u raspolaganju nad individualnim pravnim dobrom bi se moglo ograničiti jedino uvažavanjem interesa drugih lica ili opštosti. Samo pripadništvo pravnog dobra pojedincu time ne bi bilo dotaknuto. Granice i eventualno druge učinke na dejstvo pristanka imaooca individualnog pravnog dobra ne bi izvirale iz istog svojstva, iz zajedničkog imalaštva pravnog dobra opštosti i pojedinca, nego iz interesa koji potiču od spolja.

Personalno razumevanje pravnog dobra u osnovi, najkraće rečeno, ima shvatanje prema kome je svrha prava čovek; zadatak prava je njemu da služi.⁴²⁵ Prema osnovnom ubeđenju personalnog razumevanja pravnog dobra konkretno lice (pojedini čovek) sa svojim interesima i potrebama stoji u središtu pravnog poretka i najzad predstavlja odlučujuću tačku na koju se odnosi svrha.⁴²⁶ Tumačenje prema kojem se pravno dobro shvata kao personalno dobro bi, u našem pravu, proizilazilo neposredno iz čl. 23. st. 2. Ustava RS⁴²⁷, koji glasi: „Svako ima pravo na slobodan razvoj ličnosti, ako time ne krši prava drugih zajemčena Ustavom.“ Na taj način je već u našem pozitivnom pravu rešeno pitanje koje čini osnovnu pretpostavku i osnovni problem u zasnivanju dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu. U pogledu pripadnosti ili imalaštva individualnog pravnog dobra pojedinac je nedvosmisleno stavljen u poziciju iz koje se izvlači dejstvo pravnog instituta pristanka i koja znači postojanje neokrnjene veze između pravnog dobra i ovlašćenja na raspolaganje koje pripada licu kao njegovom pojedinačnom imaoocu. U tom slučaju ograničenje ovog ovlašćenja može uslediti jedino zbog prava drugih koja su zajemčena ustavom. Vrednost zaštićenih odnosa i time osnov za krivičnopravnu zaštitu kao individualnog pravnog dobra proizilazi iz faktičke mogućnosti da se dotični predmeti koriste za personalni razvoj, da se nad njima raspolaže.⁴²⁸

Subjektivitet lica bi u svojstvu imaooca individualnog pravnog dobra u našem pravu na taj način bio celovit. Ne bi se moglo desiti da se prizna, kao što se to čini u nekim krivičnopravnim teorijama, udeo opštosti u pravnom dobru u, u nekom smislu sunosilaštva opštosti i pojedinca nad individualnim pravnim dobrom i iz toga zaključi o manjoj vrednosti raspolaganja pojedinog imaooca ili o većoj mogućnosti

⁴²³ Različite varijante ove i drugih teorija o pripadnosti pravnog dobra sa načelne pozicije predstavljene su u u znatno iscrpnijoj meri u: Rönnau, Willensmängel, S. 32-116.

⁴²⁴ Rönnau kao zastupnike ovog shvatanja navodi: Marx, Hassemer, Hohmann, Stächelin, Sternberg-Lieben. (Isto, S. 49., Fn 171)

⁴²⁵ Tako Michael Marx, Zur Definition des Begriffs „Rechtsgut“, Köln/Berlin/Bonn/München, 1972, S. 40. (Navedeno prema istom delu Rönnau-a, S. 49. Fn 170). O personalnom razumevanju pravnog dobra vidi deo I ovog rada, kao i u kasnijim partijama ovog rada.

⁴²⁶ Tako Rönnau, Willensmängel, S. 49.

⁴²⁷ „Službeni glasnik RS“, br. 98/2006

⁴²⁸ Tako Rönnau u istom delu, S. 49., 50.

ograničenja dejstva pristanka iz razloga formalnopravne (u sunosilaštvu individualnog pravnog dobra) izjednačenosti položaja pojedinca i države-društva u odnosu na individualno pravno dobro.⁴²⁹ Naprotiv, samo potpuno imalaštvo pravnog dobra koje stoji u korist pojedinca govori o originernosti ovlašćenja na raspolaganje pojedinca nad svojim individualnim pravnim dobrom. Mogućnost ograničenja tog ovlašćenja stoga ne potiče od imalaštva individualnog pravnog dobra. Uprošćeno gledano, odnos lice/predmet se ne dovodi u pitanje. Ova mogućnost je naprotiv zasnovana na čovekovoj društvenosti, na interesnoj uvezanosti pojedinca i zajednice u kojoj živi.

To bi proizilazilo već iz toga što se nijedan interes ne štiti apsolutno, nego stoji u odnosu prema drugim interesima.⁴³⁰ No, iz ustavne perspektive, država je tu zbog čoveka, ne čovek zbog države.⁴³¹ Ovo ustavno priznanje lica kao najviše pravne vrednosti, kojoj sva državna delatnost ima da služi, pojmi pojedinca svakako ne kao izolovanog, nego kao sopstvo priključeno zajednici, koja je određena za slobodan razvoj ličnosti.⁴³² I na ovaj način je takođe, čini se, favorizovano personalno razumevanje pravnog dobra.⁴³³ Pošto čoveka ne treba pojmiti kao „ostrvskog Robinsona“, nego kao „socijalni individualitet“, dakle kao sopstvo priključeno zajednici, od personalnog pojma pravnog dobra su obuhvaćena i dobra izgrađena u uzajamnoj društvenoj razmeni.⁴³⁴ Ipak, akcenat ovde stoji na individualnom pravnom dobru. I konstatacija, da određena pravna dobra pojedinaca nisu zaštićena zbog njih samih, nego zbog njihovog odnosa sa njihovom nosiocem⁴³⁵ je razumljiva samo ako se stavi u socijalno okruženje.

Pitanje o pravnom poretku, o tome da li je on subjektivan ili objektivni poredak vrednosti se takođe odnosi na pravno dobro. Međutim, taj problem stoji i na višoj ravni, ravni subjektiviteta lica i odnosa pojedinca kao subjekta i zajednice u kojoj živi. Prema jednom mišljenju, koje je sasvim prihvatljivo, suma svih pravnih dobara istovremeno znači pravni poredak u celini.⁴³⁶ Produbljenije, suma pravnih dobara ne čini atomiziranu gomilu, nego socijalni poredak, i stoga značenje pravnog dobra nije izolovano jedino za sebe, nego ga treba procenjivati samo u vezi sa celokupnim socijalnim poretkom.⁴³⁷

Ukoliko bi se značenje pravnog dobra u ovoj konstelaciji svelo na izolovanje jedino za sebe samog, dakle zbog imaoća pravnog dobra, pravni poredak bi bio ne samo neodređen i nejasan, nego bi se menjao od slučaja do slučaja, na osnovu volje imaoća pravnog dobra. S obzirom da bi ovo moglo dovesti i do pravne nesigurnosti, zbog postojanja mnoštva subjektivnih vrednosnih poredaka koji bi činili pravni poredak, ovo je neprihvatljivo već iz ovog načelnog razloga. Pored toga, ukoliko bi pravni poredak bio subjektivan

⁴²⁹ Teorijsko shvatanje o sunosilaštvu opštosti i pojedinca nad individualnim pravnim dobrom u krivičnopravnoj teoriji zastupa Otto, *Einwilligung, mutmaßliche, gemutmaßte und hypothetische Einwilligung*, S. 680. Otto u stvari ne govori izričito o sunosilaštvu odnosno suimalaštvu, nego se poziva na preostale interese pravnog društva u pravnom dobru koji su vredni zaštite. Iz ovoga on izvlači zaključak da pristanak isključuje tek protivpravnost, a ne već biće dela.

⁴³⁰ Tako Klaus Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht: Untersuchungen zu einem rechtsstaatlichen Tatbestandsbegriff, entwickelt am Problem des Wirtschaftsstrafrechts*, Tübingen, 1969, S. 116. (Navedeno prema istom delu Rönnau-a, S. 51.)

⁴³¹ Tako Marx prenosi tekst iz nacarta ustava, koji u suštini odgovara stavu Saveznog Ustavnog suda Nemačke (BVerfGE 7, 198, 205), prema kome Osnovni zakon ističe prednost čoveka i njegovog dostojanstva naspram moći države. (Navedeno prema: Sternberg-Lieben, *Objektive Schranken*, S. 376.)

⁴³² Sternberg-Lieben, isto, S. 376.

⁴³³ U tom smislu i Sternberg-Lieben u istom delu, S. 379-385. Naime, prema njemu se ističe personalni pojam pravnog dobra kao primarni kriminalnopolitički argumentacioni topos.

⁴³⁴ Isto, S. 383.

⁴³⁵ Ovu konstataciju iznosi Zipf, *Einwilligung*, S. 380.

⁴³⁶ Tako Welzel, *Das deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen*, 1947, S. 3. (Navedeno prema: Mezger, *Strafrecht AT*, S. 100.)

⁴³⁷ Tako Welzel, *Strafrecht*, S. 4.

poredak, izostajalo bi pravilo rešavanja sukoba subjektivnih interesa. Stoga, pravni poredak je objektivnan poredak.

Sasvim drugo je pitanje pojedinčeve slobode odnosno autonomije njegove volje. Ako se autonomija posmatra kao pojedinčevo samozakonodavstvo, kao njegovo pravo na samoodređenje prema ličnim preferencijama, tada je ono pravnim poretkom kao objektivnim priznato svakom pojedincu. Međutim, tada eventualne pravne posledice njegovog samoodređenja pogađaju njega, usled primene principa odgovornosti za postupke proizašle iz slobodne odluke pojedinca. To podrazumeva objektivni pravni poredak.

U oblasti pristanka, ukoliko bi se pravni poredak smatrao subjektivnim poretkom, tada se dejstvo pristanka ne bi moglo ni ograničiti u pogledu postupanja pojedinca sa svojim pravnim dobrom. Ne bi se čak predaja sopstvenog pravnog dobra odnosno zahvatanje u njega od nekog drugog, moglo smatrati ni ispunjenjem bića dela. Subjektivna volja imaoca bi, usled svog prvenstva u odnosu na državnopravno ustanovljen pravni poredak, smatrala merodavnom u određivanju inkriminacija kao krajnja instanca ocene. Interesi drugih lica i opštosti bi bili zanemareni u korist pojedinačnih interesa. Ta neuravnoteženost interesa u konstrukciji pravnog poretka kao subjektivnog je neprihvatljiva, upravo zbog čovekove društvenosti i uvezanosti interesa dotičnog pojedinca, drugih pojedinaca i opštosti kao celine, o čemu je napred bilo reči. Nasuprot tome, objektivni pravni poredak i, između ostalog, služi i uravnoteženju interesa za održanjem pravnog dobra i interesa za njenom predajom, kada su ovi suprotstavljeni ili neusklađeni.

Značaj ovog svojstva pravnog poretka kao objektivnog je naročito izražen, pored njegovog značenja u određenju po pitanju dejstva pristanka, i u problemu mana volje kod pristanka. Ukoliko bi se pravni poredak smatrao subjektivnim poretkom, u tim slučajevima došlo bi do nepodnošljive neuravnoteženosti interesa zahvatajućeg i pristajućeg. U tim slučajevima, došlo bi do sukoba subjektivnih interesa zahvatajućeg i subjektivnih interesa pristajućeg u pogledu pitanja kome treba uračunati delo izvršeno uz pristanak opterećen manom volje. Jer, došlo bi do sukoba pojedinačnih interesa koji stoje u opreci, a nedostajalo bi pravilo na osnovu kojeg bi se ovi sukobi rešavali. U pravnom poretku koji se smatra objektivnim poretkom vrednosti do ovoga ne bi moglo doći, jer on teži da uravnoteži suprotstavljene interese i tako sadrži i pravila na osnovu kojih bi se vršilo uračunavanje dela jednom ili drugom licu.

Najzad, problemi odnosa transpersonalnih i personalnih interesa imaju značaj i za problem slobode i slobode pristajanja. Sloboda koja se nalazi u pozadini pravnog dobra u građanskom društvu predstavlja centralnu kriminalnopolitičku ideju. Kao ustavnopravno priznata vrednost ona treba da stoji na vrhu pravnog sistema i da određuje odnose u određenoj zajednici tako da i pojedinac i celokupnost upotrebom slobode postižu sopstveni razvoj i napredak. Sloboda, pa i sloboda pristajanja ima više dimenzija od kojih se ovde samo u osnovnim crtama ističu one bitnije.

Iz odnosa personalnih i transpersonalnih interesa koji stoje u pozadini pravnog dobra proističe i sloboda pojedinca. Zastupljenost personalnih i transpersonalnih interesa u pozadini individualnog pravnog dobra, intenzitet i mera njihovog prisustva u individualnom pravnom dobru, određuju radijus kretanja pojedinca. Određuju dakle osnovnu, najmanju meru slobode pojedinca u postupanju sa sopstvenim dobrom. Indikator koji ukazuje na stanje odnosa između pojedinca i zajednice jesu upravo pravna pravila o pristanku.

Sloboda kao proizvod odnosa transpersonalnih i personalnih interesa je rastegljiva. Istorijski posmatrano, može se uočiti raspon između tiranije, kao socijalnog poretka koji teži da ukine slobodu i anarhije, kao socijalnog poretka koji omogućuje pojedincima težnju ka neograničenoj slobodi. Sloboda iz filozofskog ugla posmatranja se deli na unutrašnju i spoljašnju slobodu. Odvajanje nauke o vrlini od nauke o pravu se temelji na tome: što pojam slobode koji je obema zajednički čini nužnom podelu na dužnosti spoljašnje i unutrašnje slobode, od kojih su ove poslednje jedino etičke.⁴³⁸ Sloboda se shvata i kao izraz sigurnosti, ali i kao izraz autonomije. Kao izraz sigurnosti, pravo ne samo što slobodu ograničava, nego je i stvara. Pravo slobodu stvara time da već postojeća dobra, koja su mi vredna, štiti pravnim sredstvima. Stoga ne treba da se brinem o zaštiti ovih pravnih dobara i iz toga nastaje sloboda. Kao izraz autonomije, sloboda je pravno zaštićena, ukoliko mi je izričito pravno garantovano ostvarivanje subjektivne vrednosti ili je u svakom slučaju mogu slediti, bez obzira na očuvanje pravno garantovanih dobara.⁴³⁹

Sloboda se može razumeti i kao negativan, ali i kao pozitivan pojam. Uopšte, pojam slobode označen kao sloboda od socijalnih ili „prirodnih“ sila je prazan. Utoliko se može govoriti o negativnom pojmu slobode. Tačnije, reč je o tome da (formalan) pojam slobode odnosno autonomije slobodu definiše isključivo negativno kao odsustvo pravnog vezivanja i sile spoljnim dejstvima. Sloboda se pozitivno može definisati kao stanje u kome se individuum može ponašati u skladu sa njegovim vrednostima.⁴⁴⁰

Sloboda se posmatra i kao socijalna i kao pravna kategorija. Mogućnost da se ostvari sloboda u socijalnom smislu je zavisna od socijalne strukture u kojoj individuum živi. Ali socijalna sloboda pravom nije sveobuhvatno zaštićena. I iz ovoga nastaje i potreba da se pravna sloboda rasloji od proste socijalne slobode. Prvi aspekt pravno zaštićene slobode je da ova ne ide tako daleko da povredi pravo, naročito prava drugih.⁴⁴¹ Za ovaj aspekt se može smatrati da uz slobodu prijanja i da je tekovina zapadne filozofije. Dalje, pojam slobode nema svuda isto značenje, nego ovaj zavisi od konteksta u kome pojam stoji.⁴⁴² U kontekstu slobode pristajanja slobodnom voljom dati pristanak je sloboda od socijalnih sila, dok sloboda od prirodnih procesa, koji sužavaju prostor delovanja, ovde nije zahtevana.⁴⁴³ Kod pristanka postulat slobodovoljnosti ima značenje da obezbedi da pristajući prema njegovom i samo prema njegovom vrednosnom sklopu može odlučiti o tome, da li treba da stavi van snage krivičnopravno sankcionirane norme zabrane, da bi drugima dao mogućnost da ga podrže u oštećivanju normativno zaštićenih dobara pri dostizanju subjektivno više koristi.⁴⁴⁴

⁴³⁸ Kant, Metafizika morala, str. 207.

⁴³⁹ Tako Amelung, Freiheit und freiwilligkeit auf der Opferseite der Strafnorm, S. 191.

⁴⁴⁰ Tako Amelung u istom delu, S. 186-188.

⁴⁴¹ Tako Amelung, Über Freiheit und Freiwilligkeit auf der Opferseite der Strafnorm, S. 190. O ovom aspektu slobode vidi: Mil, O slobodi.

⁴⁴² Tako Amelung, Grundsätzliches zur Freiwilligkeit der Einwilligung des Verletzten, S. 318. Amelung na ovom mestu ističe da je ovu postavku prvi izneo Roxin, pošto je analizirao pojam slobode volje pri odustanku od pokušaja. Sam Amelung pak razmatra pojam slobode u kontekstu pristanka i u kontekstu izvinjenja, dakle isključenja krivice. Prema njemu, kod krivice pojam slobode služi tome da okolici područje u kojem se kršiocu norme može uputiti prekor, jer je mogao drugačije delovati. Pošto svi polaze od toga da bi mi mogli izbeći kršenja normi, isključenje slobodovoljnosti je izuzetan slučaj koji treba usko shvatiti, time bi nadalje mogli podići zahtev, ljudsko ponašanje se može upravljati normama. (Isto, S. 318.). Prema ovom autoru, na drugom mestu, upoređuju se pristanak i krivica, i to prema principu odgovornosti. Naime, pristanak reguliše odgovornost za povređivanje sopstvenih, krivica odgovornost za povređivanje tuđih pravnih dobara. (Amelung, Über die Einwilligungsfähigkeit, S. 525.)

⁴⁴³ Amelung, Grundsätzliches zur Freiwilligkeit der Einwilligung des Verletzten, S. 319.

⁴⁴⁴ Amelung, Grundsätzliches zur Freiwilligkeit der Einwilligung des Verletzten, S. 318. Amelung dalje nastavlja i daje konkretan primer ističući da je gornji navod u tekstu apstraktno i nešto komplicirano formuliranje situacije bolesnika od raka, koji svojim pristankom stavlja van snage zabranu telesnog povređivanja § 223, da bi lekaru pričinio mogućnost, da oštećivanjem pravnog dobra telesna nepovredivost spasi pravno dobro život, koje je pristajućem vrednije.

Sloboda pristajanja je ustavnopravna kategorija. Danas postoji visok stepen saglasnosti o tome da je da se u pristanku izražava sloboda imaoca dobra da sa svojim dobrima postupa samoodređeno. Sloboda pristajanja kao deo ustavnopravne slobode delanja imaocu pravnog dobra omogućuje da drugim licima odobri da, u okvirima zakonom i dogmatikom mu postavljenih granica, nekažnjeno zahvate u njegova pravna dobra. Onaj koji zahvata se može opisati sa metaforom kao „produžena ruka pristajućeg“ koja proširuje njegov akcioni radijus i time njegovu slobodu.⁴⁴⁵

Ova višedimenzionalnost slobode sasvim odgovara prirodi same stvari. Sloboda je pojam koji u sebi sadrži neograničenost prostiranja. Sloboda, ukoliko je omeđena više ne odgovara prirodi ovog pojma.

Za slobodu pristajanja se može istaći upravo to, da ona jeste deo slobode delanja, ali da ona ne lebdi sama u vazduhu. Sloboda delanja koja ima pretenziju da zadobije pravnu relevanciju kod pravnog instituta pristanka, u svojoj osnovi mora imati položenu slobodnu volju imaoca pravnog dobra, dok slobodna volja u osnovi ima isključivo pripadništvo individualnog pravnog dobra pojedincu koji putem pristanka njime raspolaže.

Najzad, gotovo je opšteprihvaćeno da se autonomna odluka o pristanku u pravilu odnosi na relaciju šteta-koristi. Korisnost je pretežan motiv pristanka oštećenog u krivičnom pravu. Ipak, slobodna odluka o pristanku uopšte ne mora počivati na principu korisnosti. Dovoljno je i to da je pojedinac samo postupio po sopstvenom nahođenju.

3.3 Logika dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu

Zasnivanje dejstva, a tako i samo dejstvo pristanka oštećenog u krivičnom pravu dobrim delom se koreni u pravnom dobru kao odlučujućem argumentativnom toposu i slobodi smeštenoj u kontekst pristanka, kao drugom delu područja u koje je njegovo dejstvo ukorenjeno, ali i na postizanje individualne slobode usmereno. Za dejstvo pristanka oštećenog u krivičnom pravu, može se konstatovati da izgled pojedinog rešenja zavisi i od strukture krivičnog dela u koju se, kao negativan upliv u tu strukturu, uklapa pojedino teorijsko i/ili praktično rešenje. Logika dejstva pristanka predstavlja način rešavanja dvostranog problema instituta pristanka. Reč je o načinu uklapanja dejstva pristanka u dogmatskopravne okvire koji se nalaze u samoj strukturi krivičnog dela s jedne i time o prelasku u kriminalnopolitičke okvire, o prelasku u široko područje individualne slobode s druge strane. U tom svetlu, na putu između uklapanja u pojedine postavke o strukturi krivičnog dela i specifičnosti pojedinih rešenja u pogledu dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu, nalazi se prikaz koji sledi. Čim se postigne logički zaokružen prelaz, pravo diže ruke od ovog problema, jer se time već prešlo u područje individualne slobode koja se prava ticala samo utoliko ukoliko je potrebno da je obezbedi, osigura u njenom odelotvorenju. Pre izlaganja uobičajenih rešenja ovog problema, podsećamo na razlikovanje na saglasnost i pristanak.⁴⁴⁶ U tom smislu, raspravljanje o unutrašnjem osnovu snage pristanka koja isključuje nepravo – odnosno koja sprečava zasnivanje neprava – tiče se time grupa delikata, kod kojih volja u ophođenju sa objektima zaštite u krivičnom zakonu nije izričito odnosno implicite je iskazana. Praktične primere čine naročito bića dela telesne povrede i oštećenja tuđe stvari, kod kojih učinilac koji dela sa pristankom oštećuje predmete

⁴⁴⁵ Tako Rönnau, Die Einwilligung als Instrument der Freiheitsbetätigung, S. 595.

⁴⁴⁶ Videti deo II ovog rada.

zaštićene bićem dela.⁴⁴⁷ Prikaz koji sledi tiče se logike dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu kako je ona postavljena u uticajnijim shvatanjima. U ovom izlaganju se daje prikaz i stav o načelnoj ispravnost sledećih shvatanja: a) Teorija pravnih poslova, b) Teorija o predaji interesa/Teorija o odustanku od pravne zaštite, c) Teorija o odmeravanju dobara, d) Napredno shvatanje, e) Teorija o prividnoj povredi pravnog dobra i f) Funkcionalistička shvatanja dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu.

3.3.1 Teorija pravnih poslova

Teorija pravnih poslova, koja se koreni u privatnom pravu i koja se danas svakako više ne zastupa, u pristanku povređenog je uvek videla izjavu volje upravljenu na proizvođenje pravne posledice (pravni posao), koji je – ukoliko je delotvoran – obezbeđivao učinocu pravo na zahvat i time isključivao protivpravnost njegove radnje.⁴⁴⁸ Dakle, polazi se od načela da u Privatnom pravu lice u okviru izvesnih granica ima moć da oblikuje svoje pravne odnose: Pristankom protivpravnost biva isključena tada i samo tada, kada se pristanak pokaže kao pravni posao imaoca prava ili zaštićenog pravnog dobra upravljenu na ovo isključenje; time je istovremeno određeno da on, da bi bio delotvoran, sadržinski i u svim drugim odnosima mora odgovarati svim zahtevima koje je zakon postavio za pravne poslove.⁴⁴⁹ Pristajući hoće da protivniku obezbedi ovlašćenje da preduzme radnju, iako na opoziv način – ovo je empirijska sadržina njegove volje ili strogo juristički rečeno, on hoće da mu da subjektivno pravo na ovu radnju (pravo ovlašćenja).⁴⁵⁰ Pristanak uzrokuje isključenje protivpravnosti u istoj meri kao za Privatno pravo i za krivično pravo, pošto vršenje prava shodno pravu istovremeno ne može biti protivpravno.⁴⁵¹ Ispravno jezgro ovog učenja polaže se na „raspoloživost“ pravnog dobra.⁴⁵² Pristanak na takav zahvat prema tome uvek predstavlja prepuštanje vršenja.⁴⁵³ I ukoliko je pravo prenosivo na drugog – prema načelu od većeg ka manjem – tada je i vršenje prepustivo.⁴⁵⁴ Ono što u ovoj teoriji potkupljuje leži u njenoj logičkoj zatvorenosti i u prividno čvrstim rezultatima do kojih dospeva. Ipak ona polazi od neumesnih premisa.⁴⁵⁵

Ovo rešenje se uopšte ne uklapa u neku krivičnopravnu koncepciju, odnosno učenje o strukturi krivičnog dela, nego se privatnopravna logika dejstva pristanka prenosi u milje krivičnog prava. Ono se svrstava u koliziorni model u odnosu na koncipirano pravno dobro.⁴⁵⁶ i ima veoma mali broj pristalica.⁴⁵⁷

⁴⁴⁷ Rönnau, Willensmängel, S. 14. Ukazujemo na to, da se ovde polazi od sigurnog minimuma delikata koji ulaze u krug onih koji mogu biti zahvaćeni dejstvom pristanka. Postoji opšta saglasnost da to najmanje jesu bića dela telesne povrede i oštećenja stvari. I ovaj naizgled mali obim sigurnog minimuma delikata obuhvaćenih dejstvom pristanka, uopšte nije tako mali kada se u obzir uzmu konkretni pojavni oblici telesnog povređivanja i oštećenja stvari.

⁴⁴⁸ Tako o ovoj teoriji Rönnau, u istom delu., S. 14. Zitelmann-ova teorija je preuzeta od Frank-a, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, do 17. izdanja komentara (i tamo, S. 136). (Navedeno prema istom delu Rönnau-a, S. 14. Fn 11.)

⁴⁴⁹ Zitelmann, Ausschluss der Widerrechtlichkeit, S. 49.

⁴⁵⁰ Isto, S. 55., 56.

⁴⁵¹ Isto, S. 56.

⁴⁵² Isto, S. 68.

⁴⁵³ Isto, S. 68.

⁴⁵⁴ Isto, S. 68. Na ovom mestu Zitelmann ističe dva slučaja u kojima je ovo prepuštanje vršenja prava nemoguće: jednom kada to proizilazi iz oblikovanja sadržine samog subjektivnog prava, a drugi put kada je nemogućnost prepuštanja vršenja naročito određena u zakonu. (Isto, S. 68., 69.)

⁴⁵⁵ Noll, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besonderen die Einwilligung des Verletzten, S. 68.

⁴⁵⁶ Tako Rönnau, Willensmängel, S. 14.

⁴⁵⁷ Navedeno prema istom delu, S. 14, a te pristalice su po Rönnau-u Zitelmann, Frank i Fischer.

Na ovom mestu se navodi osnovna slabost teorije pravnih poslova. Glavni prigovor teoriji pravnih poslova tiče se metode pojmovne jurisprudencije kojom se služi tvorac ove teorije. Sve teze su izvođenja iz pojma pravnog posla. Već subsumcija pristanka pod ovaj pojam predstavlja pogrešan zaključak – pristanak ne znači ni zasnivanje ni izmenu ili ukidanje nekog pravnog odnosa; uopšte nikakva prava (i „u svako doba opoziva“) i dužnosti ne nastaju – ali pre svega je pogrešno i iluzorno, hteti iz jednog pojma izvući više nego što se u njega uložilo pri njegovom stvaranju. Takav postupak bi već bio upitan u oblasti privatnog prava samog: prenošenje ovog dokazivanja na krivično pravo je potpuno nedopušteno. Pojam pravnog posla je od zakona i doktrine bio stvoren u sasvim druge svrhe (regulisanje prometa privatnim pravima) od onih na koje se hoće aplicirati od tvorca teorije pravnih poslova. Problem pristanka povređenog bez sumnje nije bio uzet u obzir pri obrazovanju pojma. Kada se pristanak formalno da subsumirati pod pojam, zbog toga još ne bi bilo pokazano da bi primena obligacionopravnih pravila o pravnom poslu vodila ispravnim rezultatima.⁴⁵⁸ Pošto ne treba sumnjati, da ćutanju zakona o problemu pristanka ne pripada značenje prećutnog upućivanja na regulaciju pravnih poslova, ova regulacija je uopšte nepodobna za rešenje problema pristanka, što postaje jasno vidljivo na rezultatima teorije pravnih poslova.⁴⁵⁹ S obzirom da je teoriji pravnih poslova upućeno mnogo prigovora, ukazujemo na činjenicu da je najubedljiviji od njih onaj koji upućuje na različito postavljanje svrha krivičnog i civilnog prava.⁴⁶⁰

3.3.2 Teorija o predaji interesa

Pre svih u starijoj literaturi je uočen osnov dejstva pristanka u predaji interesa⁴⁶¹ odnosno u nedostatku interesa nosioca pravnog dobra.⁴⁶² Ovo shvatanje počiva na misli o nedostatku zavređenosti zaštite pravnog dobra koje je od ovlašćenog predato pristupu nekog drugog.⁴⁶³ U konkretnoj situaciji i na taj način omogućuje se pojedincu da sledi svoje interese izjavljivanjem pristanka, tako da zahvat izvršen od strane drugoga podleže, uz ispunjenje svih drugih uslova za to, opštim pravilima osnova isključenja protivpravnosti. Ova postavka objašnjenja je obuhvaćena od danas vladajućeg gledišta i u slučaju

⁴⁵⁸ Noll, *Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besonderen die Einwilligung des Verletzten*, S. 69.

⁴⁵⁹ Isto, S. 69., 70.

⁴⁶⁰ Ovo Noll ističe u istom delu, S. 69., pri čemu upućuje na Mezger-a i Honig-a, kao nosioce ovog prigovora teoriji pravnih poslova. O ovom prigovoru vidi iscrpna izlaganja u: Mezger, *Die subjektiven Unrechtselemente.*, S. 276. i dalje, kao i u: Honig, *Einwilligung*, S. 155. i dalje.

⁴⁶¹ Tako Honig, isto, S. 158. i dalje, kao i Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, S. 148., 149.

⁴⁶² Tako Mezger, *Strafrecht AT*, S. 106., 107. i 108. kao i *Die subjektiven Unrechtselemente*, S. 270. i dalje. U priključku na Mezger-a stoje i Geerds, *Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht*, S. 262-269., Geerds, *“Einwilligung” und Einverständnis des Verletzten im Strafgesetzentwurf*, S. 42-92., Lenckner, *Die Einwilligung minderjähriger und deren gesetzlicher Vertreter*, S. 453-455., Lenckner, *Der Grundsatz der Güterabwägung als Grundlage der Rechtfertigung*, S. 302-304., Kühl, *Strafrecht AT*, S. 251., Baumann/Weber/Mitsch, *Strafrecht AT*, S. 392, prema kojima se ovde radi o internom odmeravanju interesa. Ovoj postavci o internom odmeravanju interesa kod pristanka se zamera da tu nema konflikta tipičnog za opravdanje, nego se radi o psihičkom procesu donošenja odluke. (Tako u suštini Rönnau, *Willensmängel*, S. 148., 149.)

Odvojeno se ističe Mezger-ovo shvatanje i njegova kritika. Naime, on zastupa dualistički sistem osnova opravdanja. Većem broju osnova opravdanja u osnovi leži princip pretežnih interesa, dok pristanku povređenog i pretpostavljenom pristanku u osnovi leži princip manljivih interesa. Nepravo dela može nedostajati kada delo od početka karakteriše obeležje, koje mu uzima nepravo. Tada govorimo o principu manljivih interesa. (Tako Mezger, *Strafrecht AT*, S. 106.) Claus Roxin ovom shvatanju prigovara, ali u odnosu na ovaj Mezger-ov stav, kako je izložen u izdanju njegovog udžbenika iz 1949., koji glasi: “Isključenje protivpravnosti prema principu manljivih interesa se dešava time, da se volja koja se u biću dela zamišlja kao povređena povlači u pojedinačnom slučaju.”

⁴⁶³ Tako Rönnau u istom delu, S. 15.

pristanka još dodatno utvrđen odustanak od pravne zaštite.⁴⁶⁴ Ukoliko se još može dalje zasnivati dejstvo pristanka u okvirima ovoga pravca, delom se to čini u okvirima teorije normi⁴⁶⁵ koja stoji iza kolizionog modela, pri čemu se norma ponašanja kod odustanka od krivičnopravne zaštite povlači iza sklopa dozvole.⁴⁶⁶

Za ovaj pravac u razjašnjenju logike dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu se može reći da je dovoljno široko postavljen, tako da može obuhvatiti razna rešenja, koja bi kao unutrašnji osnov isključenja protivpravnosti mogla imati najrazličitije postavke. Naime, između interesa i akta odustajanja od pravne zaštite mogu stajati najrazličitiji sklopovi. Tako se pod ovo rešenje svrstavaju razne koncepcije shvatanja strukture krivičnog dela. Reč je, pre svega o tome da su ovde uvrštena rešenja u pogledu pristanka i klasične⁴⁶⁷, neoklasične⁴⁶⁸ i finalističke škole⁴⁶⁹, a zatim i vladajućeg koncepta⁴⁷⁰, ali i umerene sistemfunkcionalne postavke.⁴⁷¹ Ovo rešenje se uklapa i u dvostepeno pojmljenu strukturu krivičnog dela⁴⁷², ali i u njenu trostepeno pojmljenu strukturu.⁴⁷³ Dijapazon mogućih postavki koje svoju logiku dejstva mogu uklopiti u ovde ponuđeno rešenje je veoma širok. Stoga nije slučajno da ovaj pravac (teorija predaje interesa/teorija odustanka od zaštite) i danas predstavlja vladajuće mišljenje u pitanju razjašnjenja logike dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu. Već je rečeno da ovo shvatanje .u osnovi ima kolizioni model.

Osnovni prigovor koji se upućuje ovoj teoriji je da nema zasnovane mogućnosti za odustanak, tako da nema ni razjašnjenja o odlučujućim merilima.⁴⁷⁴ Pristajući nema moć da disponira nad postavljanjem krivičnih normi, a tako ni nad zaštitom koja od njih potiče.⁴⁷⁵ S tim u vezi, može se razmatrati i prigovor, da se za odustanak od krivičnopravne zaštite može reći da je pre opis relevantnog postupka.⁴⁷⁶ Izgleda da bi se za ovu primedbu moralo zaći u interese koji se nalaze u pozadini pravnog dobra, da bi se na nju odgovorilo na zadovoljavajući način. Mišljenju pak, koje logiku dejstva pristanka uočava u okviru teorije

⁴⁶⁴ Tako Rönnau, u istom delu, S. 15., pri čemu i on navodi zastupnike ovog vladajućeg shvatanja. Tu se mogu svrstati: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch., S. 191., Amelung, Einwilligung, S. 13. Fn 15, Welzel, Strafrecht, S. 84., Wessels/Beulke, Strafrecht-AT, S. 117.

⁴⁶⁵ Arminn-a Kaufmann-a, a preuzima je Hirsch. Prema ovoj teoriji razrešenje konflikta normi (konflikt normi zabrane i/ili normi naloga sa potavkom dozvole) sledi na logički višem rangu uzimanjem u obzir principa neophodnosti (princip minimiranja), u kojem Arminn Kaufmann vidi generalni strukturni princip osnova isključenja protivpravnosti. Kratko: Dozvola sprečava konkretiziranje norme u dužnost. Na osnovi ovog modela kolizije normi Hirsch razviju svoju postavku razjašnjenja. Prema njoj, nosilac pravnog dobra ne bi mogao odustati od krivičnopravne zaštite koja polazi od apstraktnih naloga i zabrana. No, prema ovoj postavci bi nosilac pravnog dobra imao mogućnost da, u okvirima koje je zakonodavac dao u §§ 216, 228 nemačkog KZ, izjavljivanjem pristanka spreči nastajanje neke konkretne pravne dužnosti. Ovo ovlašćenje (sprečavanja) koje je obezbeđeno za ovlašćenog, tičući se nastajanja pravne dužnosti dozvoljava to, da se činjenično govori o odustanku od sopstvenih prava. Da bi mogao i za slučaj pristanka preduzeti razrešenje postojećeg konflikta tipičnog za osnove opravdanja, preko metapravila neophodnosti Hirsch postulira da bi se neophodnost mogla sama potvrditi izjavljivanjem pristanka od imao pravnog dobra. (Hirsch, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Vor § 51, S. 55)

⁴⁶⁶ Tako Hirsch, isto, S. 55. i Maurach, Strafrecht AT, S. 298.

⁴⁶⁷ Liszt.

⁴⁶⁸ Mezger.

⁴⁶⁹ Welzel.

⁴⁷⁰ Kühl.

⁴⁷¹ Amelung.

⁴⁷² Mezger.

⁴⁷³ Mesto mnogih Kühl, te Baumann/Weber/Mitsch.

⁴⁷⁴ Tako Hirsch, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Vor § 51., S. 55.

⁴⁷⁵ U tom smislu Rönnau, Willensmängel., S. 144.

⁴⁷⁶ Tako Weigend, Begründung der Straflosigkeit bei Einwilligung, S. 45.

normi se prigovara da pristanak nema obeležje neophodnosti, a ono je, u okviru te teorije, osnovno strukturno obeležje osnova opravdanja.⁴⁷⁷

3.3.3 Teorija o odmeravanju dobara

Prema teoriji o odmeravanju dobara⁴⁷⁸ pristanak, kao i uopšte svi osnovi opravdanja, treba da bude sveden na jedinstveni princip odmeravanja vrednosti.⁴⁷⁹ Problem tu većim delom nije u logičkoj konstrukciji, nego u vrednujućem osećanju.⁴⁸⁰ Isključenje neprava pristankom povređenog zasniva se na tome da pravni poredak priznaje subjektivno vrednovanje povređenog u području njegovih pravnih dobara. Mogućnost, da bi se moglo delotvorno pristati na povređivanje sopstvenih pravnih dobara je deo individualne slobode. Važnost pristanka povređenog, drugim rečima, zavisna je od težine i svrhe povređivanja. Time se osnov dejstva pristanka povređenog vidi u tome, da naspram nevrednosti posledice, radnje i ubeđenja u svim slučajevima stoji najpre samo vrednost slobode povređenog. Što se vrednijom oceni sloboda nosioca pravnog dobra za raspolaganjem nad njegovim dobrima, utoliko pre se pristanak priznaje kao osnov isključenja protivpravnosti, što je teža povreda i što je njena svrha nevrednija, delo uprkos pristanku ostaje protivpravno i kažnjivo.⁴⁸¹ Prema ovom modelu se, dakle, zaštićeno pravno dobro odnosno interesi zajednice za održanjem pravnog dobra na jednoj strani odmeravaju sa pravom na samoodređenje individuuma koje je u slobodarskom pravnom i društvenom poretku isto tako shvaćeno kao socijalna vrednost na drugoj strani.⁴⁸² Reč je dakle o kolizionom modelu neoklasičnog, aksiološkog pristupa problemu zasnivanja dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu.

Pored slabosti kolizionog modela koje se tako mogu pripisati i teoriji o odmeravanju dobara, ovoj teoriji se stavljaju i druge primedbe. Prva se upućuje po tome što nije jasno u čemu zapravo treba da se sastoji vrednosna kolizija u slučaju kada je lice jedini nosilac pravnog dobra. Jer u slučajevima pristanka postoji samo jedna vrednost, koja se ne dotiče u negativnom smislu, kao oštećivanje dobra, nego ona u stvari predstavlja šanse delanja. I imalac dobra u stvari upravo uključuje treće lice, ono koje zahvata i tako čini upotrebu mogućnosti delanja koje su pohranjene u dobru.⁴⁸³ Ova primedba može opstati samo ukoliko to može i bazni model pravnog dobra. Druga primedba se tiče činjenice da se i dejstvo pristanka svodi na princip odmeravanja dobara odnosno odmeravanja interesa na osnovu izvođenja iz granica pristanka predviđenih u §§ 216 i 218 nemačkog KZ. No stvar je u tome da odmeravanje interesa vrši zakonodavac u postavljanju norme, tako da pojedincu ne preostaje to odmeravanje. Granice je postavio zakonodavac. Pojedincu preostaje da izvrši izbor svog ponašanja u okviru tih granica.⁴⁸⁴ A ograničenje postoji u odnosu

⁴⁷⁷ Tako Rönna, Willensmängel, S. 145-147.

⁴⁷⁸ Tvorac ove teorije je Noll, koji svoje shvatanje iznosi u sledećim radovima: 1. Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besonderen die Einwilligung des Verletzten, 2. Die Rechtfertigungsgründe im Gesetz und in der Rechtsprechung, S. 160-197. 3. Die Wertabwägung als prinzip der Rechtfertigung, S. 1-36.

⁴⁷⁹ Osim tvorca ove teorije, čiji su radovi navedeni u prethodnoj beleški, njeni pobornici su još: Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, S. 377. (Weigend, Begründung der Strafflosigkeit bei Einwilligung, S. 61., se izjašnjava drugačije, naime da pristanak isključuje već biće dela), Geppert, Rechtfertigende „Einwilligung“, Kargl, Probleme der Strafbegründung bei Einwilligung des Geschädigten am Beispiel des Dopings, S. 395, 396. Sa svojim diferencirajućim rešenjem, delom, koji se odnosi na pristanak koji isključuje protivpravnost, se u ovu teoriju odmeravanja uklapa postavka tretiranja pristanka zastupana od Jakobs, Strafrecht AT, S.434., Otto, Einverständnis, Einwilligung und eigenverantwortliche Selbstgefährdung, S. 603.

⁴⁸⁰ Tako Noll, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe im besonderen die Einwilligung des Verletzten, S. 65.

⁴⁸¹ Isto, S. 75.

⁴⁸² Tako Rönna opisuje suštinu teorije o odmeravanju dobara, (Rönna, Willensmängel, S. 16.)

⁴⁸³ Tako Rönna u istom delu, S. 150.

⁴⁸⁴ U tom smislu Rönna u istom delu, S. 150., 151., kao i Lenckner, Der Grundsatz der Güterabwägung als Grundlage der Rechtfertigung, S. 303..

na pravno dobro život, kao i telesni integritet, dok pojedinac može neograničeno raspolagati na primer imovinskim pravima. Dakle, ako ima konflikta interesa, on je čisto interni, dešava se u sferi vlasnika, kada on stoji pred pitanjem, da li mu se isplati predaja stvari zbog određenog cilja; ali ovo uopšte nije neophodno jer se predaja stvari isto tako može zasnovati na tome, da na njoj vlasnik uopšte više nema interesa.⁴⁸⁵ U pogledu telesnog integriteta, moguće je da stvari drugačije stoje. Ovde zakonodavac granice slobode dispozicije nije uspostavio obavezno, nego se mesto toga predaje sudiji da u pojedinom slučaju utvrdi, da li pristanku pripada dejstvo ili to sprečava protivnost dela moralu. Ali jedino ovim podržavati model odmeravanja je krajnje upitno.⁴⁸⁶ Ovaj propis je i u odnosu na njegovu ustavnost veoma sumnjiv.⁴⁸⁷ Tako, karakter pristanka koji se sastoji u isključenju protivpravnosti je neubedljivo zasnovan s obzirom na upućivanje na objektivne granice pristanka.⁴⁸⁸ Najzad, teoriji o odmeravanju dobara se prigovara i u tome, zašto interesi zajednice za održanjem dobra postoje samo kod povređivanja tuđeg s pristankom i valja ih regulisati u odmeravanju i ne u samopovređivanju imaoca dobra.⁴⁸⁹

3.3.4 “Napredno shvatanje”

Valja odmah napomenuti da tzv. napredno shvatanje nema obeležja posebne teorije o zasnivanju dejstva i dejstvu pristanka oštećenog u krivičnom pravu. O njemu je već i bilo reči u ovom radu.⁴⁹⁰ Naime, reč je o težnji koja se javila 70-tih godina prošlog veka, prema kojoj nema razlike u dejstvu saglasnosti i pristanka.⁴⁹¹ Taj efekat postignut je tako što je volja nosioca individualnog pravnog dobra ušla u pravno dobro, postala je, pored predmeta pravnog dobra kao prvog, drugi sastojak pravnog dobra. Drugačije rečeno, zauzet je stav, od strane pristalica⁴⁹² te težnje, da se pravno dobro sastoji od predmeta raspolaganja (objekt radnje odnosno objekt dela) i od ovlašćenja za raspolaganjem (volja nosioca pravnog dobra). No, pored toga, drugi efekat ove težnje je bila pojava novih teorija o zasnivanju dejstva i samom dejstvu pristanka oštećenog u krivičnom pravu. One su u prvi mah sve zasnovane na integracionom modelu. Došlo je do ukrštanja između saglasnosti koja isključuje biće dela, kao više formalnog i naprednog shvatanja, kao više materijalnog određenja dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu, tako da je nastala težnja imala jedinstveni kolosek.⁴⁹³ Usled ovakvog stava, kao pravnodogmatski nužna posledica, došlo je do toga da se u krajnjem rezultatu smatra da kod pristanka ovlašćenog već nema povređivanja pravnog dobra i time nema ostvarenja bića dela.⁴⁹⁴ U slučaju pristajuće volje ovlašćenog više ne postoji podobna napadna površina za krivično delo.⁴⁹⁵ Već samim unošenjem volje u pravno dobro stvara se mogućnost da ovlašćeni drugom licu odobri zahvat u svoja pravna dobra. Tako za individuuma egzistira

⁴⁸⁵ Tako Theodor Lenckner u istom delu, S. 303.

⁴⁸⁶ Tako Rönnau, Willensmängel, S. 151.

⁴⁸⁷ Isto, S. 151. Tako i Sternberg-Lieben, Objektive Schranken, S. 136.

⁴⁸⁸ Tako Rönnau, Willensmängel, S. 152.

⁴⁸⁹ Isto, S. 154. O ovom argumentu videti odgovarajući deo ovog rada pod IV, 2. c) U tom smislu kritiku teorije odmeravanja dobara izlaže i Jakobs, Strafrecht AT, S. 435

⁴⁹⁰ U delu II ovog rada.

⁴⁹¹ Dakle, težnja ide za tim da neutrališe razlikovanje između saglasnosti koja isključuje biće dela i pristanka kao osnova opravdanja. Vidi o tome više u delu II ovog rada.

⁴⁹² Kao pristalice odnosno tvorci ovog naprednog shvatanja se ističu: Zipf, Einwilligung und Risikoübernahme, Kientzy, Einwilligung, Arzt, Willensmängel, koji se ne izjašnjava, do danas, o opravdanosti razlikovanja na saglasnost i pristanak. Pored ovih, Rönnau tu svrstava i Maiwald-a i Schmidhäuser-a (Rönnau, Willensmängel, S. 16., Fn 20.)

⁴⁹³ Vidi o tome i u Rönnau, Willensmängel, S. 16.

⁴⁹⁴ Ovaj „napredak“ u razjašnjenju dejstva i otkrivanju nove logike dejstva pristanka oštećenog u Krivičnom pravu bi se mogao posmatrati i kao povratak ranijem shvatanju koje je predvodio Keßler. (Vidi: Keßler, Einwilligung)

⁴⁹⁵ Tako Rönnau, Willensmängel, S. 17.

opcija da u pojedinom slučaju ciljano ukine generalno postojeću krivičnopravnu zaštitu pravnih dobara,⁴⁹⁶ No, ovo se s uspehom može poricati već iz načelnog razloga, jer pravni poredak je objektivn, a ne subjektivn poredak vrednosti.

3.3.5 Teorija o prividnoj povredi pravnog dobra

Prema teoriji o prividnoj povredi pravnog dobra, radnje koje su objektivno upravljene protiv tuđeg objekta pravnog dobra povređuju dotično pravno dobro (naime autonomiju ovlašćenog koja se odnosi na objekt) samo prividno, kada je ovlašćeni pristao na radnju na način koji valja uvažiti.⁴⁹⁷ Merodavan vrednosni aspekt proizilazi iz autonomije ovlašćenog nad raspoloživim dobrima, dakle iz autonomije koja se odnosi na objekt (za razliku od autonomije koja se čisto odnosi na radnju, kao što ona kao pravno dobro biva povređena kod na primer prinude (§ 240 nemačkog KZ); gde ovlašćeni u svojoj autonomiji preda ova pravna dobra, tamo otpada inače dat zahtev za uvažavanjem i time nevrednost ugrožavanja radnjom učinioca.⁴⁹⁸ Posebnost ovog shvatanja je upravo u shvatanju pravnog dobra. Naime, tvorac ovog shvatanja traži pojam povređivanja pravnog dobra koji dolazi u obzir za sva krivična dela i kao takvo označava produhovljeno stanje stvari. Prema njegovom mišljenju, ovde u obzir dolazi samo da se zaustavimo na zahtevu za uvažavanjem koji izlazi od dotičnog pravnog dobra. On je taj koji biva „povređen“⁴⁹⁹ Iz ovoga, u bitnom, proizilazi prvo, da se saglasnost i pristanak s pravom razlikuju utoliko ukoliko je jedna opisana bićem dela, a druga nije. Ipak ova razlika se ne tiče mesta u sistematici krivičnog dela oba momenta. Takođe, pristanak isključuje biće dela nepravna. Ovde se dakle radi samo o prividnoj povredi pravnog dobra⁵⁰⁰

Ovde je reč o ideelnom shvatanju pravnog dobra sa specifičnom konstrukcijom pravnog dobra po integracionom modelu. Biće dela, sa ovakvom konstrukcijom pojma i sadržine individualnog pravnog dobra, isključuje se odnosno ne ostvaruje se u okviru teleološkog shvatanja strukture krivičnog dela, u situaciji pristanka oštećenog. Ovo shvatanje izloženo je i kritici koja se inače upućuje ideelnom pojmu pravnog dobra i integracionom modelu, a tako i logici zasnivanja dejstva pristanka oštećenog koja se temelji na tim odredbama pravnog dobra.

Kao blisko ovom shvatanju, može se označiti ono koje se slaže sa ovom analizom teorije o prividnoj povredi pravnog dobra odnosno teleološkog shvatanja strukture krivičnog dela u tome da takođe i prema tom gledištu ne ispunjavaju pretpostavke bića dela nepravna takve radnje, koje formalno – pošto potpadaju pod zakon kako glasi – jesu shodne biću dela, a materijalno ne odgovaraju „tipu povređivanja pravnog dobra koji zavređuje kaznu“.⁵⁰¹ Prema ovom drugom shvatanju reč je o prividnoj povredi, ali se ovde radi o tome da je na neki način i ovde reč o prividnoj shodnosti biću dela, da ponašanje o kojem je reč u konkretnoj situaciji samo „u uobičajenom smislu reči izgleda da je shodno biću dela.“⁵⁰² No, za razliku od prvog, ovo drugo shvatanje ima drugačiju strukturu krivičnog dela, a tako je i mesto, na kome delo izvršeno uz pristanak oštećenog izmiče obuhvatu ove strukture, locirano s nove strane. Naime, ovo je slučaj koji se, zajedno sa slučajem isključenja bića dela zbog nedostatka obeležja bića dela i u istom rang

⁴⁹⁶ U tom smislu Rönna u istom delu, S. 17.

⁴⁹⁷ Schmidhäuser, Strafrecht AT, S. 114.

⁴⁹⁸ Isto, S. 114., 115.

⁴⁹⁹ Schmidhäuser, Einwilligung, S. 597.

⁵⁰⁰ Isto, S. 602.

⁵⁰¹ Tako Rönna, Willensmängel, S. 128. opisuje Schmidhäuser-ovo i Sax-ovo shvatanje.

⁵⁰² Tako Sax prema tumačenju Rönna-a u istom delu, S. 128.

sa njim, podređuje slučaju „isključenja bića dela zbog ograničenja odgovornosti zaštitnom svrhom norme“.⁵⁰³ Reč je o slučaju „isključenja bića dela zbog nedostatka povređivanja pravnog dobra“.⁵⁰⁴ Upravo u tom smislu, učiniočevo ponašanje izvršeno sa delotvornim pristankom „povređenog“ istina dotiče tuđe pravno dobro, ali ga ne povređuje.⁵⁰⁵ Nedostatke ove druge teorije valja tražiti u okvirima onih koji opterećuju i prvu, ali i u okviru te nove strukture krivičnog dela.

3.3.6 Funkcionalistička shvatanja

U pogledu na čistu sistemfunktionalnu postavku, mogu se uočiti značajne posebnosti u rešavanju problema dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu.⁵⁰⁶ Naime, ovo rešenje troslojno obuhvata problem dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu. Dejstvo pristanka oštećenog u krivičnom pravu odvija se, prema nazorima čiste sistemfunktionalne postavke, u okvirima saglasnosti koja isključuje biće dela⁵⁰⁷, pristanka koji isključuje biće dela⁵⁰⁸ i pristanka koji isključuje protivpravost.⁵⁰⁹

Konstatujući da brojna krivičnopravno zaštićena dobra stoje u dispoziciji njihovog imaoca, tvorca čiste sistemfunktionalne postavke ističe, da ukoliko ona stoje u samovoljnoj dispoziciji pristanak imaoca isključuje već biće dela; pristajući je tada sam nadležan za događaj.⁵¹⁰ Kod pristanka koji isključuje biće dela sa određenim posebnostima u posebnom delu reč je o saglasnosti; ne zavisi od terminologije; radi se jedino o tome, da se opšta pravila pristanka modificiraju u posebnom delu pri pojedinom opisivanju delikta.⁵¹¹ Iako saglasnost određuje neuobičajeno, preko pojma pristanka koji isključuje biće dela, njegovim modificiranjem, čista sistemfunktionalna postavka se u tom pojmovnom određenju saglasnosti, u suštini ne razlikuje od ostalih shvatanja. Postoje dve vrste saglasnosti, finalna i nefinalna saglasnost. Kod finalne saglasnosti je potrebno da lice, o čijoj se saglasnosti radi, „kani“ dotične posledice ponašanja, t.j. zbog njih samih ili zbog njihovih očekivanih daljih dejstava. Ova forma saglasnosti odgovara nameri u subjektivnom biću dela. Kod nefinalne saglasnosti nije hotena neka posledica ponašanja, ali jeste u poznatoj meri posledično ponašanje ili pak najmanje socijalni kontakt, koji ne valja imati bez posledičnog ponašanja.⁵¹² Za dejstvo saglasnosti isključenjem bića dela daju se dva različita razloga. U prvom, radi se o predaji dobra na osnovu uvažive volje; ova saglasnost dejstvuje snagom sadržine samovolje. U drugom, radi se o htenju situacije kojoj nužno pripada predaja dobra. Praktično značenje poslednje grupe slučajeva ne leži u saglasnosti, nego u pristanku koji isključuje biće dela.⁵¹³ I izvan područja saglasnosti pristanak na povređivanje dobara, koja stoje u dispoziciji imaoca, isključuje biće dela.⁵¹⁴ Prema ovom učenju, dobra koja stoje u svrhu dispozicije i kod kojih pristanak već isključuje ispunjenje bića dela, su naročito: svojina, imovina, visoko lična dobra kao sloboda kretanja, čast, tajnost pisama i sam telesni integritet, poslednji, kao i čast i sloboda kretanja samo u meri u kojoj su sredstva razvoja (na primer neznatna povređivanja pri praktikovanju seksa) i ne sredstva razvoja uopšte; sa drugim rečima, radi se o području

⁵⁰³ Tako Sax, „Tatbestand“ und Rechtsgutsverletzung, S. 9.

⁵⁰⁴ Tako Sax u istom delu, S. 9.

⁵⁰⁵ Sax, „Tatbestand“ und Rechtsgutsverletzung, S. 80.

⁵⁰⁶ Tako Rönnau ovu postavku naziva posebnim mišljenjem Jakobs-a. (Rönnau, Willensmängel, S. 18.)

⁵⁰⁷ Vidi: Jakobs, Strafrecht AT, S. 239.

⁵⁰⁸ Isto, S. 242.

⁵⁰⁹ Isto, S. 433.

⁵¹⁰ Isto, S. 239.

⁵¹¹ Isto, S. 240.

⁵¹² Isto, S. 241.

⁵¹³ Isto, S.242.

⁵¹⁴ Isto, S. 242., 243.

razmenjivih dobara, ona bi se mogla u pojedinom slučaju predati i bez opšte priznatog ekvivalenta. U ovom području zavisi od volje imaoca, koje ophođenje sa dobrima je gubitak ili neutralno ili čak dobitak: pristanak na ono što je po sebi nepravo, dakle na ponašanje i posledicu ponašanja, isključuje negativnu ocenu posledice.⁵¹⁵

Kod pristanka koji isključuje protivpravnost se radi o onim slučajevima pristanka na povređivanje, kod kojih dotično dobro nema funkciju razmene, dakle nije sredstvo razvoja. Izuzetna upotreba takvog dobra kao sredstva razvoja tada je moguća samo u posebnoj situaciji i donosi izneveravanje koje se ne može ukloniti pristankom, nego zahteva i osvrt na kontekst.⁵¹⁶ Za pristanak koji isključuje protivpravnost preostaju slučajevi u kojima jedino volja ovlašćenog na raspolaganje već ne daje pravno dovoljan povod za zahvat u njegova dobra, za isključenje protivpravnosti štaviše preko toga mora pridoći umna upotreba ovih dobara. To bi značilo da se pristankom mora slediti svrha vredna odobrenja zahvata. Neumno, ophođenje sa dobrima koje više pravno ne treba zastupati, treba da postoji kada povređivanje dobra stoji izvan odnosa.⁵¹⁷ Objekti dela tu, kod pristanka koji isključuje protivpravnost, služe kao „baza za razvoj uopšte“, a kod pristanka koji isključuje biće dela kao razmenjivi objekti dela, sredstva razvoja koja stupaju u funkciju.⁵¹⁸

Prema ovom gledištu, u slučajevima pristanka koji isključuje protivpravnost (dakle pri konsentiranom povređivanju dobara ne samo uzgredne vrste) pristajanju žrtve mora pridoći još stvarno uman razlog, da bi se izazvalo dejstvo opravdanja.⁵¹⁹ Merila na koja se ovde svodi zasnivanje dejstva pristanka i ograničenja dispozicije nad telom i ostalim visoko ličnim dobrima nisu ubedljiva.⁵²⁰ Tvorac ove postavke hoće da merila uzme od odmeravanja interesa kod stanja nužde sa srazmerom, da dobro povređeno zahvatom ne sme stajati izvan odnosa prema svrsi zahvata kojoj se težilo.⁵²¹ Preispitivanjem internog odmeravanja interesa pristajućeg prema tačkama gledišta objektivnog uma – odlučujuće: Da li je za zahvat bilo povoda i prema opštem sudu? – on je stisnuo pristanak kao instrument odelotvorenja slobode u šablon, koji ne pasuje. Na ovaj način on je drastično ograničio ne samo slobodu raspolaganja pojedinaca u ophođenju sa svojim visoko ličnim dobrima. Subjektivne preference, koje su imaoca dobra motivisale na saglasnost na zahvat u dobro, uz to se ocenjuju od strane stranog lica (sudija).⁵²² Time pretila opasnost neprimerenog moralnog staralaštva nad pojedincima.⁵²³

⁵¹⁵ Isto, S. 243. Ovde se ističe da samo pri naturalističkom određenju posledice bića dela nije do ostvarenja bića dela; pristanak bi tada u svakom slučaju mogao isključivati protivpravnost. Pri tome se ovde ne shvata da u ovde relevantnim slučajevima ponašanje od početka ne izneverava; jer kada ponašanje odgovara volji imaoca dobra, tada se time dati socijalni konflikt (ispunjeno biće dela!) ne može da izuzetno razjasni kao da se može tolerisati (dakle opravdano!), nego se jedino zbog volje, bez pogleda na njegove razloge, ne dostiže područje konfliktnog.

⁵¹⁶ Isto, S. 244. Ovde ukazujemo na to da Jakobs krivično delo definiše kao iznevereno očekivanje. (Jakobs, *Imputation and Norm Validity*, p. 496)

⁵¹⁷ Tako Rönnau karakteriše pristanak koji isključuje protivpravnost z Jakobs-ove perspektive. Rönnau, *Willensmängel*, S. 18.

⁵¹⁸ Tako prenosi i Rönnau u istom delu, S. 18.

⁵¹⁹ Tako Rönnau u istom delu, S. 152. Reč je o povređivanju koje nije uzgredne vrste. Naročito, o lecarskim operacijama u svrhe lečenja, o ostalim izmenama telesnih funkcija (sterilizacija, kastracija), o kozmetičkim svrhama (ukoliko ove nisu već svrhe lečenja) ili o svrhama transplantacije, dalje pristanci na povređivanje pri sportovima, kojima povređivanja u pravilu pripadaju ne kao uzgredna (boks), teža povređivanja časti ili dugotrajna ograničavanja slobode. (Jakobs, *Strafrecht AT*, S. 436., 437.)

⁵²⁰ U tom smislu Rönnau, *Willensmängel*, S. 152.

⁵²¹ Tako Rönnau u istom delu, S. 152.

⁵²² Tako Rönnau u istom delu, S. 152., 153. Tako i Sternberg-Lieben, *Objektive Schranken*, S. 136.

⁵²³ Rönnau, isto, S. 153.

Pored ove čiste sistemfunktionalne postavke, i umerena sistemfunktionalna postavka⁵²⁴ ima svoje shvatanje logike dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu. Ono sadrži određene sistemfunktionalne elemente⁵²⁵, ali se može lako uvrstiti među ostala shvatanja. Ono je u stvari jedna varijanta teorije o odustanku od zaštite. Kao takve, tamo pripadne, njeno sagledavanje je izvršeno ispred na odgovarajućem mestu ovog odeljka ovog rada.

Personfunktionalnu postavku i njoj blisko shvatanje, koje se ovde predstavlja, karakterizira okolnost da oba dejstvo pristanka oštećenog u krivičnom pravu smeštaju u okvire osnova isključenja bića dela.⁵²⁶ Tvorac personfunktionalne postavke čak ukazuje na to da je njegovo shvatanje znatno šire.⁵²⁷ Reč je o otvorenoj sveobuhvatnoj liniji rešavanja problema dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu. Ovo shvatanje se može uvrstiti u napredno shvatanje, jer iz njega proističu oba njegova efekta. Naime, ono, s jedne strane, poriče postojanje sistematske razlike između saglasnosti i pristanka i, s druge strane, svakom delotvornom pristajanju nosioca pravnog dobra pridaje dejstvo isključenja bića dela.⁵²⁸ Prema ovoj koncepciji, dejstvo pristanka koje se sastoji u isključenju bića dela proizilazi direktno iz ustavom garantovane slobode delanja.⁵²⁹ I kada se ova načelna promišljanja o ustavnopravnoj slobodi delanja, funkciji krivičnog prava i učenja o pravnom dobru⁵³⁰ prevedu u dogmatske kategorije, iz toga proizilazi da pri delotvornom pristanku otpadaju nevrednost posledice i sa njom i nevrednost radnje i tip delikta.⁵³¹

Ovo personfunktionalno shvatanje podleže prigovorima koji se iznose za integracioni odnosno bazni model kao smernice u određenju dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu. Takođe, ovo shvatanje se svrstava napredno shvatanje, te trpi iste prigovore, kao i samo to shvatanje. Iz ovih razloga, rešenja personfunktionalne postavke nisu prihvatljiva.

3.4 Objektivne granice dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu

U suštini, pristanak oštećenog u krivičnom pravu je pravni institut koji vodi ostvarenju individualne slobode. Sloboda je, po prirodi stvari, neograničena. S obzirom da se ovaj pravni institut ne reguliše u opštem delu krivičnog zakonodavstva⁵³², pristanak treba smatrati kao deo ustavnopravno zajemčene slobode delanja. U tom smislu, i prema Ustavu Republike Srbije, ali i po odredbama i tumačenjima ustava

⁵²⁴ Tvorac umerene sistemfunktionalne postavke je, podsećamo, Amelung.

⁵²⁵ Za to shvatanje, imajući u vidu sve radove Amelung-a o pristanku povređenog, koji su korišćeni u ovom radu, se naročito ističe nadmoć transpersonalnih interesa nad personalnim, individuum se koncipira u okviru uloga koje ima u društvu i tek kao takvom mu se priznaju njegovi interesi. Ipak, ova koncepcija pojedincu izlazi u susret u koncipiranju logike dejstva pristanka, a izrazito u pitanjima mana volje kod pristanka.

⁵²⁶ Tako Roxin i Rönna. Slaganje sa Rönna-ovim konceptom, da pristanak valja stepenovati kao osnov isključenja bića dela i ne kao osnov isključenja protivpravnosti, Roxin jasno izražava. (Roxin, Strafrecht AT, S. 547.)

⁵²⁷ Roxin ističe da je shvatanje koje zastupa Rönna, od Rönna-a razvijen bazni model, samo varijanta ovde zastupanog, dakle shvatanja koje u pogledu logike dejstva pristanka oštećenog u Krivičnom pravu zastupa Roxin. (Vidi: Roxin, Strafrecht AT, S. 547.)

⁵²⁸ Tako Roxin opisuje napredno shvatanje, kome se očigledno i sam priključio, u istom delu, S. 544. O ovome iscrpnije vidi u delu III ovog rada.)

⁵²⁹ Isto, S. 548.

⁵³⁰ Za iscrpniji uvid u stavove personfunktionalne postavke o funkciji Krivičnog prava i personalnom shvatanju pravnog dobra pažnju valja usmeriti ispred u odgovarajući deo ovog rada o personfunktionalnoj postavci.

⁵³¹ Isto, S. 548.

⁵³² To je slučaj i u nemačkom i u našem pravu.

drugih demokratskih društava, jemstva neotuđivih ljudskih prava služe očuvanju ljudskog dostojanstva i ostvarenju „pune slobode.“ (čl. 19. Ustava RS). Tako, po samoj prirodi stvari i ustavnopravnom jemstvu, individualna sloboda je neograničena, puna sloboda. Iz toga proizilazi da do ograničenja individualne slobode može doći tek izuzetno. U tom smislu i sloboda pristajanja može biti samo izuzetno ograničena. Jer sloboda pristajanja je deo ustavnopravno zajemčene slobode delanja.

Stoga, objektivne granice pristanka predstavljaju negativan upliv u individualnu slobodu i kao takve moraju se restriktivno tumačiti i legitimirati. Ovo pravilo proističe iz slobode, koja predstavlja osnovni princip građanskog društva i ustava demokratskih društava. Izuzetak koji krši taj princip stoga se ne pretpostavlja, nego mora biti izričito regulisan zakonom. Zbog toga, zakonska regulacija objektivnih granica pristanka podrazumeva inkriminisanje određenog tipa ponašanja za koji je karakteristično da se vrši s pristankom oštećenog. Inkriminacija se tako postavlja uprkos postojanju pristanka. Zbog toga, postavljanje objektivnih granica pristanka se mora i može vršiti jedino predviđanjem pojedinih inkriminacija u posebnom delu krivičnog zakonodavstva, koje obuhvataju tipične situacije u kojima, zbog prirode same slobode u građanskom društvu, delo ne bi moglo imati atribut „krivičnog“. Pravilo je da pristanak oduzima delu karakter krivičnog dela, oduzima mu njegovo svojstvo „zabranjenog“, pa se objektivna granica pristanka odnosi i mora i može odnositi upravo na tu situaciju, tako što se i za tu situaciju posebno potvrđuje zabranjenost dela. Uobičajeno je, u pozitivnom zakonodavstvu savremenih država, da se ovo čini u odnosu na tipičnu situaciju ubistva s pristankom, posebnom inkriminacijom „ubistva s pristankom“ i stoga je ovaj izuzetak od pravila o neograničenosti individualne slobode upravo pretežan predmet bavljenja u ovom delu ovog rada. Pored toga, specifičnost nemačkog prava je inkriminacija telesnog povređivanja s pristankom. S obzirom na to, ovde se čini i osvrt na legitimnost te specifičnosti koja se sastoji u inkriminaciji telesne povrede s pristankom kojom se krše pravila morala (dobrih običaja-guten Sitten)

Tako, u ovom odeljku se razmatraju sledeći problemi objektivnih granica pristanka oštećenog u krivičnom pravu: suština objektivnih granica pristanka, objektivne granice pristanka oštećenog u pozitivnom pravu problem legitimiranja objektivnih granica pristanka,

U pogledu problema objektivnih granica dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu ističemo da se njegova suština izražava razlikovanjem između imalaštva pravnog dobra i ovlašćenja na raspolaganje nad ovim pravnim dobrom. Za poslednje je nosilaštvo pravnog dobra istina neophodna, ali još ne jedino dovoljna pretpostavka: nema ovlašćenja na pristanak bez imalaštva pravnog dobra, ali ima imalaštva pravnog dobra bez ovlašćenja na raspolaganje.⁵³³ Iz toga proizilazi da su granice dejstva pristanka oštećenog postavljene u oblasti individualnih pravnih dobara, jer po prirodi stvari ne postoji ovlašćenje na pristanak u pogledu bića krivičnih dela koja služe isključivo zaštiti interesa opštosti.

Pristanak nosioca individualnog pravnog dobra dakle ne razvija svoje dejstvo ni u svim slučajevima, kada je reč o nosilaštvu individualnog pravnog dobra.

Osim nekih slučajeva postavljanja objektivnih granica pristanka povređenog koji se ne smatraju tipičnim⁵³⁴ i ovde ne zaslužuju veću pažnju, objektivne granice pristanka oštećenog u pozitivnom pravu su

⁵³³ Tako Sternberg-Lieben, Objektive Schranken, S. 83.

⁵³⁴ Roxin za primer navodi slučajeve radnji seksualne zloupotrebe (§§ 174-176b, 179, 180, 180a nemačkog KZ) prema kojima se pristanak žrtve ne uvažava, jer joj zakonodavac u vidu neoborive pretpostavke od početka odriče sposobnost slobodnog i odgovornog odlučivanja. Kod krivičnog dela zlenastva (§291 nemačkog KZ), gde su stanje nužde, neiskustvo, slabosti rasuđivanja i slabosti volje pobudile zakonodavca da već prilikom uvođenja bića dela proglasi nedelotvornost pristanka. Takođe tu spada i slučaj službenih delikata kod kojih mogućnost pristanka zavisi od analize dotičnog pojedinog bića dela.

postavljene u odnosu na raspolaganje sa pravnim dobrima životom i telom, i to u odredbi krivičnog zakonika koja sadrži inkriminaciju ubistva na zahtev odnosno lišenja života iz samilosti⁵³⁵, a u nemačkom pravu još i u odredbi u kojoj je inkriminisana telesna povreda.⁵³⁶ U pogledu ubistva na zahtev, radi se o apsolutnoj zapreci dejstvu pristanka oštećenog u krivičnom pravu, dok se u odredbi nemačkog KZ kojom se inkriminiše telesna povreda predviđa relativna granica dejstvu pristanka oštećenog u krivičnom pravu.⁵³⁷ U pogledu ubistva na zahtev, reč je o tome da se ovom inkriminacijom izričito zabranjuje raspolaganje nad sopstvenim životom.⁵³⁸ Život je neraspoloživo dobro.⁵³⁹ Doduše, tako se privileguje altruistička ili časna motivacija, koja odvaja učinioca ubistva na zahtev od ubice ili čak onoga koji učini teško ubistvo, i koji ubije nekoga protiv njegove volje.⁵⁴⁰ I u skladu s tim stoje i dogmatske pozicije u shvatanju značenja inkriminisanja ubistva na zahtev. O dogmatskom zasnivanju privilegovanja ne postoji jedinstvo. Uočljiva su dva shvatanja. Jedno zauzima stav o umanjenju krivice zbog konfliktno samilosne situacije primaoca izjave – vrlo često bliskog ubijenom, koja situacija je razrešenje (ozbiljnog) zahteva za ubistvom po prirodi sličnog samoubistvu. Drugo shvatanje drži da je reč o umanjenom nepravu zbog „zahteva“ žrtve srodnog dejstvu pristanka koje se sastoji u isključenju neprava i stavlja ga u proćelje kao (delimičan) „odustanak od pravnog dobra“.⁵⁴¹ Ono dakle zahtev smatra kvalifikovanim pristankom. Može se za ta dva shvatanja s pravom tvrditi da oba adekvatno sagledavaju posledice koje sa sobom nosi inkriminacija ubistva na zahtev. Prvo shvatanje to čini iz ugla učinioca, a drugo iz ugla žrtve. I iz oba od ta ugla inkriminacija ubistva na zahtev ima kontra-naboj. U prvom slučaju prema njoj se snižava zaprećena kazna u odnosu na obično ubistvo, dok se u drugom ukida, inače opšte priznato, pravo raspolaganja nad sopstvenim dobrima odnosno samo u jednom slučaju, ukida se pravo raspolaganja nad životom kao pravnim dobrom. I može se reći da su oba shvatanja značenja inkriminacije ubistva na zahtev smisljena. Tako, ubistvo na zahtev ima dvostruki kolosek tumačenja. Jedan sa strane učinioca, drugi sa strane žrtve. Od ta dva moguća načina posmatranja ubistva na zahtev nijedno se ne sme zanemariti. No,

(Roxin Strafrecht, AT, S. 57, 58.)

⁵³⁵ U nemačkom pravu, to je § 216 nemačkog KZ, a u pravu Srbije, to je član 117. Krivičnog zakonika Republike Srbije. Pri tome, odredbe su unekoliko drugačije koncipirane, jer se u pravu Srbije zahteva da je samilost motiv učinioca, dok u nemačkom pravu tog uslova nema. Prema izvodu iz nemačkog KZ koji daje Bernhard Brunner, inkriminacija glasi:

„§ 216 Tötung auf Verlangen

(1) Ist jemand durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des Getöteten zur Tötung bestimmt worden, so ist auf Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu erkennen.

(2) Der Versuch ist strafbar.“

(Navedeno prema: Brunner, Die vorsätzliche Tötung unter hervorhebung der Euthanasie-problematik)

U Krivičnom zakoniku Republike Srbije ova odredba glasi:

„Lišenje života iz samilosti
član 117.

Ko liši života punoletno lice iz samilosti zbog teškog zdravstvenog stanja u kojem se to lice nalazi, a na njegov ozbiljan i izričit zahtev,

kazniće se zatvorom od šest meseci do pet godina.“

(Navedeno prema: Stojanović, Komentar Krivičnog zakonika, str. 342.)

⁵³⁶ Reč je bila prvobitno o § 223 nemačkog KZ, a sada je reč o § 228 nemačkog KZ. Radi se o prenumeraciji prilikom izmena tog zakonika i usled te prenumeracije se radi o razlici u broju, ali sama odredba ostala je sadržinski neizmenjena. Ovo ograničenje je specifikum nemačkog prava. U našem pravu ga nema.

⁵³⁷ Tako Rönnau, Willensmängel, S. 163., 165.

⁵³⁸ Tako Brunner, Die vorsätzliche Tötung unter hervorhebung der Euthanasie-problematik.

⁵³⁹ Isto, S. 137.

⁵⁴⁰ Isto, S. 138. Jedno zanimljivo starije gledište sa fenomenološko-aksiološkog stanovišta eutanaziju razvrstava na: A. Eutanazija u smislu pomoći u smrti, B. Uništenje „životno ne vrednih“ života i C. „Veštačko“ produženje života. (Vidi: Ehrhardt, Schwangerschaftsabbruch und Euthanasie, S. 137.)

⁵⁴¹ Isto delo Brunner-a, S. 138. Prema shvatanju koje slični gore iznesenom se ističe da je jasno da je ocena događaja daleko više zavisna od datosti konkretne situacije, nego što to može pokazati razdvajanje pristanka na povređivanje pravnog dobra i izvinjavajuću motivaciju. (Tako Otto, Straftaten gegen das Leben, S. 73.)

ovde nas zanima značenje inkriminisanja ubistva na zahtev u kontekstu dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu. U pogledu krivičnog dela telesne povrede, kako je ona određena u nemačkom pravu, reč je o tome, da se u odgovarajućoj odredbi nemačkog krivičnog zakonika ograničenje pristanka čini zavisnim od toga, da li „delo uprkos pristanku krši dobre običaje“⁵⁴² odnosno pravila morala (guten Sitten). Dakle, delo (konkretno krivično delo telesne povrede) na koje se pristaje ne sme biti protivno moralu, ukoliko se želi očuvati dejstvo pristanka na to delo.⁵⁴³ Jer, u suprotnom, pristanak nema dejstvo i delo (telesno povređivanje) je ostvareno kao da pristanka nije bilo.⁵⁴⁴

Pre svega, po vrednosti, nesumnjivo značajnije je ograničenje dejstva pristanka inkriminacijom ubistva na zahtev. Međutim, prema učestalosti u praktičnom javljanju, notorno je da je telesno povređivanje uz pristanak povređenog znatno učestalije. Naročito ako se ima u vidu da se lekarski zahvat, prema stavu prakse, smatra krivičnim delom telesne povrede, a ukoliko nedostaje pristanak povređenog na taj zahvat odnosno kao telesno povređivanje koje je opravdano pristankom.⁵⁴⁵

Kao osnovno, postavlja se problem njihovog legitimiranja u kontekstu uticaja ove dve inkriminacije na dejstvo pristanka oštećenog u krivičnom pravu. Pitanje, da li zapreke pristanku predviđene §§ 216 (ubistvo na zahtev), 228 (telesna povreda) nemačkog KZ na dopušten način ograničavaju ophođenje imaoca dobara sa njegovim dobrima, je u najvećoj mogućoj meri sporno. Može se reći da se po pitanju legitimiranja, u pogledu obe ove inkriminacije zauzimaju dva osnovna, međusobno suprotna stava. Mišljenja koje su više individualističko-slobodarska u odnosu na prethodno pomenuta zakonski statuirana ograničenja slobode pristajanja već u načelu stoje izrazito skeptički.⁵⁴⁶ Prema njima, ili je ovom ograničenju potrebna posebna legitimacija⁵⁴⁷ ili se de lege ferenda zahteva najmanje njihovo ukidanje.⁵⁴⁸ S druge strane se nalaze gledišta koja ističu da ograničenjima raspolaganja pripada značaj socijalnog vezivanja pojedinca i individualna pravna dobra hoće da štite – nekada i iz različitih razloga – nezavisno od volje imaoca dobra. Ta gledišta nemaju načelnih problema. A ovim shvatanjima je zajednička kritika § 228, ali i uopšte sadašnjeg oblikovanja granica pristanka.⁵⁴⁹

Kao prilog problemu legitimiranja objektivnih granica pristanka, ukazujemo na ekstremna rešenja u pogledu (ne)poštovanja volje žrtve koja se odnosi na sopstveni život. Naime, poznati su primeri u kojima individualistički ili komunitaristički interes odnese prevagu i oblikuje pravo po svojoj meri. Tako se ističe princip zajednice i interes za njenom čistoćom u nacionalsocijalistički nastrojenim spisima, ali i u nacionalsocijalističkoj praksi. Stoga, ne iznenađuje ni tadašnji „program“ za slobodu uništenja životno ne vrednih života⁵⁵⁰, koji je neposredno prethodio nacionalsocijalističkom vremenu. Prema tom „programu“ zajednica po tačno utvrđenim pravilima i procesu sprovodi program uništenja pojedinaca za čiji život smatra da nije vredan življenja, i time se rasterećuje društvo.⁵⁵¹ Za nacionalsocijalističku praksu

⁵⁴² Navedeno prema delu: Rönnau, Willensmängel, S. 165.

⁵⁴³ Na to se može svesti ova odredba.

⁵⁴⁴ U tom smislu i Rönnau u istom delu, S. 165.

⁵⁴⁵ Tako Bockelmann, Operativer Eingriff und Einwilligung des Verletzten

⁵⁴⁶ Isto, S. 161.

⁵⁴⁷ Tako Rönnau u istom delu, ističući, u Fn 564, da to shvatanje za § 228 nemačkog KZ zastupa samo Roxin.

⁵⁴⁸ Rönnau u ovu individualističku struju uvrštava sledeće teoretičare: Keßler, Roedenbeck, R. Schmitt, Marx, Eser, Sternberg-Lieben.

⁵⁴⁹ Tako Rönnau u istom delu, S. 162.

⁵⁵⁰ O tome više vidi: Binding/Hoche, Die freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens.

⁵⁵¹ Tako se u tom „programu“ (ovaj naziv je naš) predviđa da za davanje slobode za njihovo ubistvo u obzir dolaze jedino lica koja su vazda samo nespasivo bolesni, i da se nespasivosti vazda pridruži zahtevanje smrti ili pristanak, ili bi se on tome pridružio, da u kritičnom momentu nije bio zapao u besvesnost ili kada bi bolesnik mogao dospeti do svesti o svom stanju. (Isto, S. 34.) U stvari, reč je o samilosti prema nespasivo bolesnim, a druga grupa sastoji se od slaboumnih – svejedno da li su

je notorno, kakvi postupci su u pitanju. S druge strane, sledeći individualistički interes, u pojedinim zemljama dopuštena je eutanazija, ali ne na komunitarijarnu, već na individualnu inicijativu, dakle onoga čiji život je u pitanju.⁵⁵² Ovi primeri su dokaz ekstremnijih težnji transpersonalnog i personalnog interesa. Ipak, mora se ukazati na to da navedeni primeri predstavljaju retkosti, dok individualno i komunitarijarno, prema svom trenutnom uticaju oblikuju društvena kretanja i norme na izbalansirani način.

Pitanje na koje se ovde traži odgovor je da li se i u kom obimu sme ograničiti sloboda imaoca dobra.⁵⁵³ Naime, to pitanje je od značaja, jer granice granice koje se postave za pristanak, uvek vode ograničenju slobode raspolaganja imaoca dobra i slobode delanja onoga koji zahvata.

Postoji jedinstvo o tome da je inkriminacijom ubistva na zahtev život pojedinca zaštićen kao ustavnopravno obezbeđena osnova za očuvanje svih daljih prava na slobodu i ostalih (ustavnih) prava individuuma, ali se mišljenja o legitimiranju ovog krivičnog propisa, koji deluje kao apsolutna zapreka pristanka, razilaze.⁵⁵⁴ Ovde je još umesno napomenuti princip, da ustavna prava treba smatrati kao prava na slobodu samovolje samo ukoliko ona štite isključivo individualne interese njihovog nosioca.⁵⁵⁵ Postoji nekoliko uobičajenih argumentativnih toposa na koje se u manjoj ili većoj meri naslanja legitimiranje inkriminisanja ubistva na zahtev.

Argument koji se sastoji u tome da se, u skladu sa ustavnom odredbom koja izričito garantuje slobodu misli, savesti i veroispovesti, može religiozno ili moralnofilozofski zasnovati krivična zabrana ubistva uz saglasnost, više uopšte nije ubedljiv.⁵⁵⁶ Sa religiozno („život kao neraspoloživi poklon boga“) odnosno moralnofilozofski (predaja sopstvenog života kao nedopušteno samouništenje/kršenje „moralnog zakona“) fundiranom principijelnom neraspoloživošću života i za nosioca pravnog dobra samog ne može

tako rođeni ili su postali takvi kao paralizirani u poslednjem stadijumu svoje patnje. Oni nemaju volju da žive, ni da umru. Tako s njihove strane nema pristanka na ubistvo koji bi se mogao uvažiti, s druge strane ono ne krši ikoju volju za životom koja bi se morala prekršiti. Njihov život je apsolutno bez svrhe, ali oni to ne osećaju kao nepodnošljivo. Za njihove srodnike kao i za društvo oni čine strašno teško opterećenje. Njihova smrt ne cepa ni najmanju rupu – osim možda u osećanju majke ili odane negovateljice. Pošto oni trebaju veliku negu, oni daju povoda, da nastane ljudsko zanimanje, koje izlazi u tome, da za godine i decenije izbavlja apsolutno životno nevredne živote. Ne može se sporiti da je u tome sadržana besmislenost, zloupotreba životne snage u njene nedostojne svrhe. (Isto, S. 31., 32.) Za postupak u kome se utvrđuje postojanje stanja za uništenje života predviđena je nadležnost za to osposobljene državne službe, kao i postupak sprovođenja odluke o uništenju. Medicinsko legitimiranje ovih pravničkih razmatranja u prvom delu ovog „programa“ (pravničko izvođenje (deo I.) napisao je Karl Binding. Isto, S. 5-41) se može svesti na opšti iskaz, dat u drugom delu, da „ima ljudskih života, koji su tako snažno izgubili svojstvo pravnog dobra, da je njihovo dalje trajanje za nosioca života kao i za društvo dugotrajno izgubilo svu vrednost. (Isto, S. 51.) (Lekarske napomene (deo II.) stavio je A. Hoche. Isto, S. 45-62.)

⁵⁵² Tako, prema izveštaju sačinjenom od Sagel-Grande, koji se odnosi na holandsku praksu, sadašnje reguliranje eutanazije ne predstavlja dekriminaliziranje u užem smislu reči. Okončanje ljudskog života na molbu i pomoć u samoubistvu su sada, kao i pre, kažnjive radnje. Ali se pod pretpostavkom pridržavanja dužnosti staranja može odustati od kazne. Isto važi pod još oštrijim kriterijima ispitivanja za okončanje života voljno nesposobnih lica. Ovo reguliranje nije posebno reguliranje, ono štaviše spada u opšti slobodan prostor odlučivanja koji državnom tužilaštvu obezbeđuje princip oportuniteta. Da pri tako važnim pravnim dobrima kao ljudskom životu ovaj slobodan prostor samo usko može biti primeren, ne može se najzad uvideti iz visine zaprečenih kazni. Eutanazija je u proteklim godinama u holandskom društvu uvek bila otvoreno diskutirana. Javnost je sada spremna da prihvati da eutanazija pod određenim uskim pretpostavkama ostaje nekažnjiva. (Sagel-Grande, *Rechtliche Regelung der Euthanasie in den Niederlanden*, S. 753.)

⁵⁵³ Rönnau ističe da na ovo pitanje pred ustavnopravnim zaleđem vrlo diferenciran i dobro zasnovan odgovor daje Detlev Sternberg-Lieben u svom habilitacionom spisu: „Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht“. Iako je reč o bitnom pitanju, u radu u kome je tema postavljena sveobuhvatno, nemoguće je potanko pretresati sva, pa i ovo pitanje. Dakle, za iscrpniju obradu problema objektivnih granica pristanka oštećenog u Krivičnom pravu se upućuje na ovaj spis Sternberg-Lieben-a.

⁵⁵⁴ Isto, S. 163.

⁵⁵⁵ Tako Sternberg-Lieben, *Objektive Schranken*, S. 44. i 108.

⁵⁵⁶ Tako Rönnau, *Willensmängel*, S. 163, kao i Sternberg-Lieben, *Objektive Schranken*, S. 103. i dalje.

se zasnovati državna krivična norma: država nije moralni zavod (za popravljanje), koji bi imao da koriguje prosto protivmoralno, za treće neštetno vaspitanje svojih „podanika“. Proste protivmoralnosti bez odnošenja prema socijalnom ne predstavljaju legitiman predmet regulisanja za delatnost države i tim pre ni područje primene za upotrebu krivičnog prava, što, ne uzevši u obzir nesigurnosti ograničenja krivičnogpravnog područja upotrebe usađenog u ustav, najmanje pretpostavlja postojanje socijalne štete, dakle oštećivanje vrednosti koje dotiču socijalni zajednički život, koje čine osnovu za uređen zajednički život ljudi.⁵⁵⁷ Moral postaje pravno obavezan tek tada, kada je moralna norma popravljena (verrehtlicht).⁵⁵⁸

Ljudsko dostojanstvo kao razlog održanja inkriminacije ubistva na zahtev, takođe ispoljava slabosti. Istina, oštećeni ne može delotvorno pristati na povređivanje svog ljudskog dostojanstva, pošto član 1. I Osnovnog zakona (nemačkog Ustava) čini konstitucioni element pravne države izvučen iz njegove dispozicije. No, argument ljudskog dostojanstva pati naročito od toga, što je ljudsko dostojanstvo, koje prema svojoj osnovnoj zamisli treba da pojača prava slobode usađena u ustav u njihovoj funkciji, odvojeno od njegovog nosioca i stavljeno u položaj protiv njega. Time bi postalo moguće i stavljanje pojedinca pod tuđu umnu vlast.⁵⁵⁹

U prilog inkriminaciji ubistva na zahtev bi se mogao navesti još jedan argument, da se tom inkriminacijom pojedinac štiti od sebe samog. Ali, ovaj argument stoji protiv osnovne misli o pristanku kao instrumentu samoodređenog i samoodgovornog odelotvorenja slobode.⁵⁶⁰

Argument, da se dotični „zarad sopstvenog dobra“ štiti od lakomislene ili ishitrene odluke o okončanju života, je takođe sumnjiv.⁵⁶¹ Naime, činjenica da zbog pristanka na sopstveno ubistvo ne može otpasti kažnjivost dela, nego se najviše ublažiti objašnjava se upravo tim, paternalističkim kao dobrim razlozima za održanje kažnjivosti. I dalje, tvrdi se da ishitreni ili pristanak na koji su uticaj izvršile nepoznate psihičke smetnje može načiniti ireparabilnu štetu.⁵⁶² Međutim, iz ugla pristajućeg imaoca pravnog dobra se tuđe povređivanje nošeno pristankom predstavlja kao „samoubistvo preko posrednika“. ⁵⁶³ Iz ugla ustavnopravno zajemčenog samoodređenja pojedinca se ubistvo na zahtev ne razlikuje od samoubistva.⁵⁶⁴ Tako se krivičnopravna zabrana saglasno izvršenog tuđeg ubistva ne može legitimirati sa interesima pristajućeg, nego samo interesima trećih koji zavređuju krivičnopravnu zaštitu.⁵⁶⁵

Poseban ugao posmatranja problema obezbeđuju znanja o praktičnim događanjima vezanim za eutanaziju. Naime, prema jednom istraživanju, koje se sastoji u intervjuisanju umirućih⁵⁶⁶ došlo se do zaključka da neizlečivo bolesni brzo menjaju svoj stav o životu i smrti i da je teško uočljiva obavezna izjava volje. Zdravi često prenagljuje sude o ozbiljnosti želje drugih za smrću. Jer ponizna molba, neka ide sve do kraja, često je preplašen poziv za pomoć.⁵⁶⁷ Sam slobodan i odgovoran zahtev da se bude mrtav je načelno

⁵⁵⁷ Sternberg-Lieben, Objektive Schranken, S. 105., 106.

⁵⁵⁸ Isto, S. 106.

⁵⁵⁹ Rönnau, Willensmängel, S. 163.

⁵⁶⁰ Isto, S. 163.

⁵⁶¹ U tom smislu Sternberg-Lieben, Objektive Schranken, S. 47., 109.

⁵⁶² Tako Roxin, Strafrecht AT, S. 558. Pored ovoga Roxin iznosi i druge argumente za inkriminisanje ubistva na zahtev. Naime, da je zbog gore navedenog potrebna zaštita žrtve od sebe same,

⁵⁶³ Tako Sternberg-Lieben, Objektive Schranken, S. 114.

⁵⁶⁴ Tako Hillgruber, Schutz des Menschen vor sich selbst, S. 85. (Navedeno prema istom delu Sternberg-Lieben-a, S. 114., Fn 201)

⁵⁶⁵ Isto, S. 114.

⁵⁶⁶ Kübler-Ross, Interviews mit Sterbenden, 8. Aufl. 1980. (Navedeno prema: Tröndle, Warum ist die Sterbehilfe ein rechtliches Problem?, S. 38.)

⁵⁶⁷ Isto, S. 39.

nešto drugo nego molba da se bude ubijen.⁵⁶⁸ Liberaliziranje zabrane ubistva, prema nekima⁵⁶⁹, ne bi donelo slobodu, nego prinudu za lekara i za neizlečivo bolesnog: oni bi morali ono što bi smeli: tražiti smrt i ubijati.⁵⁷⁰ Uz to, ističe se i alternativni nacrt zakona o pomoći u smrti koji je podiglo „društvo za humanu smrt“ i prema kojem bi se ubistvo na zahtev, koje služi proizvođenju smrti s ljudskim dostojanstvom, proglasilo za „neprotivpravno“.⁵⁷¹ Argument o ljudskom dostojanstvu bi mogao stajati. Pravno posmatrano, prihvatanje ovog nacrta zakona u pozitivno pravo bi značilo izuzetak od izuzetka (izuzetak od slobode pristajanja je njeno ograničenje inkriminacijom ubistva na zahtev, dok bi, ukoliko bi se prihvatio u pozitivnom pravu, ovaj nacrt zakona značio izuzetak od granice zabrani ubistva na zahtev). No, svakako je praksa važan faktor koji vrši određeni uticaj na pravo koje se tiče eutanazije i legitimacionu debatu o dozvoljenosti/zabranjenosti eutanazije kao vidu ubistva na zahtev.

Ističe se da, vezano za ubistvo na zahtev postoji mogućnost zloupotreba, što je takođe argument protiv legaliziranja eutanazije.⁵⁷² Ovaj argument dodatno, bez ulaženja u materijalnu stranu problema, kao praktičan razlog potkrepljuje postojeće pozitivnopravno rešenje.⁵⁷³ Jer, kada bi život bio raspoloživ, postojala bi, u odnosu na sva druga raspoloživa pravna dobra, jedna kriminalnopolitički posebna situacija: Žrtva više ne može protivrečiti tvrdnji učinioaca, da je ona pristala. U pogledu značenja pravnog dobra život, zakonodavac, koji hoće da načelno prizna ovlašćenje na raspolaganje pojedinca, bi morao ugraditi osiguranja protiv zloupotrebnog pozivanja na maksimalno dejstvo pristanka oštećenog.⁵⁷⁴ Kao drugi argument koji se protivi prihvatanju predloga za legalizovanje eutanazije, ali kao načelan, stoji i nepovredivost tuđeg života.⁵⁷⁵

Ovaj poslednje navedeni stav stoji u centru savremenog legitimiranja inkriminisanja ubistva na zahtev. Naime, najčešće pristalice ovog stava danas zastupaju zasnivanje ove inkriminacije, tako što se krivičnopravnoj zabrani ubistva na zahtev pripisuje funkcija da održi apsolutnu zabranu ubistva iz generalnopreventivnih razloga.⁵⁷⁶ Nešto starije stajalište, koje se može uvrstiti u ovu skupinu legitimiranja ubistva na zahtev, ističe da je princip zavređenosti kazne ubistva na zahtev nesumnjivo i istovremeno moralni i pravni princip.⁵⁷⁷ Prema tome, reč je i o tabuiziranju ubistva odnosno o tabuiziranju ljudskog života.⁵⁷⁸ Ovo je ujedno i vladajuće shvatanje u nemačkoj krivičnopravnoj teoriji.⁵⁷⁹ Ovde dakle, iz perspektive koja je ovde centralna, dolazi do zaštite stanja protiv volje imaoca dobra u nadindividualnom interesu.⁵⁸⁰ Drugačije rečeno, § 216 svoju legitimaciju pronalazi u zaštiti interesa trećih, ali kada se polje

⁵⁶⁸ Isto, S. 39.

⁵⁶⁹ Tröndle, u istom delu, S. 39., odobrava reči Erlangenskog pravnog medicinaru Wuermeling-a, koje su iznad navedene dalje u okviru teksta.

⁵⁷⁰ Tako Wuermeling prema istom delu Tröndle-a, S. 39.

⁵⁷¹ Navedeno prema istom delu Tröndle-a, S. 40.

⁵⁷² Tako Stojanović, Komentar Krivičnog zakonika, str. 342.

⁵⁷³ Vidi isto delo, str. 342., 343. Pri tome, ističemo da Stojanović navedeni argument posmatra i koristi kao razlog protivljenja legaliziranju eutanazije.

⁵⁷⁴ U tom smislu argument za održanje inkriminacije ubistva na zahtev navodi Arzt, Die Delikte gegen das Leben, S. 36.

⁵⁷⁵ Isto, str. 342.

⁵⁷⁶ Tako Rönna, Willensmängel, S. 164.

⁵⁷⁷ Tako Engisch, Die Strafwürdigkeit der Unfruchtbarmachung mit Einwilligung, S. 415.

⁵⁷⁸ Tako Amelung/Eymann, Die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht, S. 940.

⁵⁷⁹ Navedeno prema istom delu, S. 940.

⁵⁸⁰ Tako F.-C. Schroeder, ZStW 106 (1994), 565 (570). (Navedeno prema Rönna, Willensmängel, S. 164.) Rönna u istom delu, S. 165., navodi još jedno posebno mišljenje, koje nije ušlo u gornja razmatranja. Naime, Göbel (u delu: Göbel, Alfred A., Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts, Frankfurt am Main/Bern/New York, 1992.) u § 216 nemačkog KZ vidi socijalni mir kao zaštićeno neposredno dobro (opštosti). Ovom stavu upućeni su brojni prigovori. Ali, ovim stavom odnosno mišljenjem nisu na zadovoljavajući način rešeni legitimacioni problemi § 216 nemačkog KZ. (Tako Rönna u istom delu, S. 165.)

sagledavanja nad interesima onih koji su konkretno pogođeni smrću pristajućeg proširi i krivičnopravna zabrana ubistva na zahtev pojmi kao državna mera zaštite radi tabuiziranja tuđeg života, dakle kao sredstvo obezbeđenja života svih građana od neželjenog tuđeg ubistva: § 216 dakle kao norma radi osnaženja principijelne nedodirljivosti tuđeg života.⁵⁸¹ Tako, granicu raspolaganja imaoca pravnog dobra nad individualnim pravnim dobrom život ne treba legitimirati paternalistički zbog zaštite žrtve od sopstvene neumnosti, nego u korist trećih (obezbeđenje života svih saljudi).⁵⁸² Nad ovom zaštitom trećih od neželjenog okončanja života pristajući imalac pravnog dobra ne može raspolagati.⁵⁸³

U pogledu inkriminacije telesne povrede u kojoj je sadržana klauzula o protivnosti moralu, može se reći da u nauci nije postojao niti postoji jedinstven stav ni o primeni, ni o legitimiranju ove inkriminacije koja sadrži relativnu granicu pristanka. Prema našem mišljenju, i sama raznolikost stavova o ovom problemu ukazuje na ispravnost mišljenja o protivustavnosti ove inkriminacije upravo zbog klauzule o protivnosti moralu koju sadrži. Naime, po tom mišljenju, za § 228 nemačkog KZ se može reći da krši pravnodržavni nalog (čl. 20 stav 3 Osnovnog zakona (Ustava)), koji važi za sve norme koje ograničavaju slobodu, a koji se odnosi na jasnost normi, pošto konkretizacija protivmoralnosti ne može uslediti uz pomoć tačaka gledišta koje se odnose na kršenje „dobrih običaja“ (morala).⁵⁸⁴ Argumenti za prihvatanje protivustavnosti § 228 nemačkog KZ imaju dovoljnu težinu i smatramo da ih treba uvažiti.

Najzad, prema jednom mišljenju, koje obuhvatno i suštinski sagledava granice pristanka u nemačkom pravu, život i telesni integritet se posmatraju kao individualna pravna dobra par excellence, kod kojih bi država konsekventno smela ići samo do obezbeđenja slobode raspolaganja pojedinaca. Ali s druge strane u izvesnom obimu i interes opštosti se sastoji u tome da život i zdravlje svakog pojedinca ostanu održani. Ovaj interes je konačno razumljiv samo iz interesa za samoodržanjem zajednice, koja se sama definiše kao nadindividualno jedinstvo – bilo da se interesi krajnje ekonomski redukuju na održanje radne snage svih individua, bilo da se interpretiraju kao ideelno uzvišeni, kao briga za načelne mogućnosti participacije i komunikacije pojedinca u okviru zajednice.⁵⁸⁵ Srž pravne regulacije stoga leži u definiciji područja, u kojem život i telo nisu više zaštićeni u svom svojstvu kao objekti raspolaganja individuum, nego su zaštićeni u svom realnom stanju kod svakog pojedinca u interesu opštosti.⁵⁸⁶ I ova prevaga transpersonalnih interesa u pogledu postavljanja ove objektivne granice pristanka je danas pretežno prihvaćena za legitimiranje inkriminacije ubistva na zahtev. I inkriminacija ubistva iz samilosti u našem pravu ima podršku u ovim idejama. Minimum državne brige za pojedinca je briga o njegovom postojanju. Nasuprot nemačkom, naše pravo ne poznaje relativnu objektivnu granicu pristanka u inkriminaciji telesne povrede, što svakako iziskuje i načelo ustavnosti, jer prema našem mišljenju takva granica ne bi mogla

⁵⁸¹ Sternberg-Lieben, Objektive Schranken, S. 117., 118. O ovome bi se moglo ozbiljno razmisliti, jer takvo objašnjenje, dato u vidu argumenta nije ništa drugo do tautologija. Dakle, prema ovom legitimiranju ubistva na zahtev, život je nepovrediv zbog njegove nepovredivosti (nedodirljivosti). Zbog ove mane, u legitimiranju ubistva na zahtev, moralo bi se vratiti na korak koji je prethodio ovome i koji uspeva da se odupre kritici. (tekst uz belešku 880) Dakle, valjaniji logički sled bi glasio: nepovredivost ljudskog života u inkriminaciji ubistva na zahtev odražava prisustvo interesa trećih u individualnom životu, tako da je njihovo obitavanje u individualnom pravnom dobru život vredno krivičnopravne zaštite. I uvažavanje ovih interesa u inkriminaciji ubistva na zahtev stoji s jedne, a samoubistvo s druge strane značenja krivičnopravnih naloga i zabrana, tako da je zabrana tuđeg ubistva na njegov zahtev s jedne strane jednako merena individualnoj slobodi samoubijanja, dakle slobodi koja svoj izraz nalazi u činu samoubistva, koja stoji s druge, naspramne strane.

⁵⁸² Sternberg-Lieben, Objektive Schranken, S. 120.

⁵⁸³ Tako, prema navodu Sternberg Lieben-a u istom delu, S. 120., Hirsch (Hans Joachim Hirsch, Behandlungsabbruch und Sterbehilfe, Küper Wilfried u. a. (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, Berlin 1987, S. 612.).

⁵⁸⁴ Tako Sternberg-Lieben, prema navodu Thomas-a Rönnau-a u istom delu, S. 172.

⁵⁸⁵ Tako Weigend, Begründung der Straflosigkeit bei Einwilligung, S. 62., 63.

⁵⁸⁶ Isto, S. 63.

doseći dovoljan stepen jasnosti i određenosti ni u kom slučaju postavljanja pravila morala kao njenom esencijalnom određenju. Iz te perspektive, ovo rešenje našeg prava je legitimno i saglasno ustavu i njegovim principima.

3.5 Fundamenti zasnivanja dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu

Institut pristanka oštećenog u krivičnom pravu, tačnije njegovo dejstvo ima znatno širi značaj nego što je to njegovo dejstvo u okvirima krivičnog prava određene države, tzv. pozitivnog krivičnog prava. Njegovo se dejstvo može sagledati kako s obzirom na njegovu socijalnu funkciju i značenje, tako i u pogledu na njegovu funkciju i značenje za individuuma, pristajućeg, delajućeg. Pri tome, kao osnovne vrednosti građanskog društva i države, u pravnoj regulaciji pristanka određeni značaj imaju pravda, istina i sloboda.⁵⁸⁷ Stoga, neophodno je ovde sagledati i te vrednosti utoliko ukoliko su značajne za pravnu regulaciju pristanka oštećenog u krivičnom pravu. U ovom smislu, na ovom mestu su razmotreni: a) Opšti značaj pristanka oštećenog u krivičnom pravu i Suština pristanka oštećenog i b) Značaj pravde, slobode i istine u regulaciji pristanka oštećenog u krivičnom pravu i c) Ugnježđenje dejstva pristanka oštećenog u pojedine krivičnopravne koncepcije, koji odeljak sadrži i sagledavanje i ocenu pravnodogmatske doslednosti i legitimnosti određenih rešenja ovog problema u nekim teorijskim rešenjima iz nemačke krivičnopravne teorije.

3.5.1 Opšti značaj dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu i suština pristanka oštećenog

Kao polazište ovom sažimanju bitnih argumenata u određenju dejstva i značaja dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu uzima se raznovrsnost sklopova strukture krivičnog (krivičnog) dela. I kao što je to već navedeno, mesto u toj strukturi kroz koje pristanak oštećenog prolazi može biti biće dela ili protivpravnost. Prolaženje ponašanja pokrivenog pristankom oštećenog kroz strukturu krivičnog dela za individuu predstavlja proces raskivanja, dostizanja slobode. Jer, stanje ljudske slobode, za koje se konstatuje: „Čovek je rođen slobodan, a svuda je u okovima“⁵⁸⁸, to stanje nije nepromenjivo. Pristanak oštećenog u krivičnom pravu predstavlja instrument tog raskivanja odnosno „instrument otelotvorenja slobode“.⁵⁸⁹ Sloboda delanja, na koju utiče pristanak oštećenog, u stvari se povećava tako što pristanak oštećenog svojim prostiranjem preko prvobitno, pre pristanka, zabranjenog omogućuje dopiranje slobode i u ta područja. Socijalni život time dobija pozitivan predznak u međuljudskoj solidarnosti i kooperativnosti. Može se to dejstvo posmatrati i s druge strane, kao individualan čin. Naime, pristanak oštećenog ili tačnije „još ne oštećenog“ zahteva otvoren pristup činjeničnom sklopu koji bi se, u nedostatku boljeg termina, mogao označiti i kao motivacioni sklop pristanka. Pristanak oštećenog u krivičnom pravu, kao pravni institut obezbeđuje izmeštanje uočenog problema iz sfere zabranjenog. Rešavanje tog problema se u tom slučaju vrši izvan sfere zabranjenog. Pomoću pristanka se tako dolazi do rasterećenja pojedinca, a time i zajednice, što u krajnjoj liniji omogućava napredak.

⁵⁸⁷ O pravdi, istini i slobodi kao vrednostima građanskog društva i liberalne demokratije vidi: Jovanovič/Dimitrijevič, Savremeni politički sistemi, str. 30.

⁵⁸⁸ Ruso, Društveni ugovor, str. 9.

⁵⁸⁹ Rönnau, Die Einwilligung als Instrument der Freiheitsbetätigung. Gornja misao je dakle vidljiva već iz naslova ovog članka Rönnau-a.

Sušтина pristanka se ogleda u njegovoj pravnoj i socijalnoj funkciji. Pri tome, veliki značaj u objašnjenju suštine pristanka imaju ustavne odredbe kojima se čoveku jamči ljudsko dostojanstvo⁵⁹⁰ i sloboda delanja⁵⁹¹. Stoga, i za razjašnjenje ustavnopravnog mesta pristanka sa svojim dejstvom koje ukida kažnjivost učinioca treba imati u vidu kako njegovu neposrednu pravnu posledicu tako i njegovu socijalnu funkciju.⁵⁹² Reč je o tome da se pristanak posmatra kao proširenje područja slobode učinioca, ali i kao proširenje područja slobode imaoca pravnog dobra. U pogledu pravne posledice, pristanak za žrtvu vodi nebitnom proširenju njegovog područja slobode, jer je imaocu pravnog dobra oštećivanje njegovih sopstvenih dobara sopstvenom rukom i inače načelno dopušteno kao nekažnjivo⁵⁹³, pri čemu se može ukazati na pravnu dopuštenost samoubistva⁵⁹⁴, kao pravnog izraza potpune slobode raspolaganja odnosno samoraspolaganja najvrednijim pravnim dobrom, životom, koji pravni poredak dopušta odnosno omogućuje pojedincu kao njegovom nosiocu, o čemu postoji puna saglasnost, kako u novijoj, tako i u starijoj književnosti.⁵⁹⁵ Takav stav pravnog poretka prema samoubistvu, nalazi svoju potporu i u ideji, da jedino sebi samom niko ne može činiti nepravdu.⁵⁹⁶ Nasuprot samoubistvu, ubistvo uz pristanak, i to uz kvalifikovani pristanak, kao ubistvo na ozbiljan zahtev je zabranjeno i ta inkriminacija predstavlja objektivnu granicu dejstva pristanka, o čemu je napred već bilo reči.⁵⁹⁷ U odnosu na imaoca pravnog dobra i u odnosu na od njega predato pravno dobro, pristanak mu tako donosi samo proširenje slobode, da može objaviti i dopustiti da se dogodi oštećivanje pravnog dobra od strane nekog drugog lica. Ovu izjavu nekog „Ja pristajem“ bi tada u stvari trebalo smestiti – samo – u opštu slobodu delanja zajemčenu ustavom. Podnošenje povređivanja pravnog dobra koje vrši učinilac naprotiv nalazi svoje ustavnopravno usađenje neposredno u dotičnom ustavnom pravu, koje za sadržinu ima zaštitu predatog dobra. Pođe li se od toga da ustavna prava pojedincu otvaraju slobodan prostor za svojevolsjnu upotrebu slobode, tada je svim ustavnim pravima imanentno pravo na samoodređenje nad zaštićenim dobrom: njima ne pripada samo karakter očuvanja u formi odbrane od oštećivanja, nego istovremeno i dinamička komponenta u formi aktivnog vršenja samoodređenja nad dotičnim ustavnopravnim dobrom. Samim tim i može važiti, da najviša teza ustava, ljudsko dostojanstvo sadrži u sebi zaštitu samoodređenja pojedinca, dakle njegovu svesnu i autonomnu raspoloživost nad samim sobom. Tako odredba ustava kojom se zajemčuje ljudsko dostojanstvo dirigiruje tumačenje ustavnih prava, sve slobode koje su skrivene u ustavnim pravima treba

⁵⁹⁰ Ljudsko dostojanstvo je u nemačkom Ustavu (Osnovnom zakonu) zajemčeno u čl. 1, dok je u Ustavu Republike Srbije ono zajemčeno u odredbi člana 19, i to kao svrha očuvanja ustavnih jemstava.

⁵⁹¹ Sloboda delanja je u nemačkom Ustavu (Osnovnom zakonu) zajemčeno u čl. 2, dok je u Ustavu Republike Srbije ono zajemčeno pravo na ličnu slobodu i bezbednost u odredbi člana 27.

⁵⁹² Sternberg-Lieben, Objektive Schranken, S. 18,

⁵⁹³ Tako Sternberg-Lieben, isto, S. 19.

⁵⁹⁴ Tako Kühl, Strafrecht AT, S. 253., koji ukazuje na to, da samoubistvo ne ispunjava nijedno biće dela, te tako smatramo da je netaknuto pravo raspolaganja sopstvenom rukom nad sopstvenim pravnim dobrom, nad životom kao najvrednijim individualnim pravnim dobrom pojedinca, ako to raspolaganje, naime njegovo uništenje učini sopstvenom rukom, dakle aktom samoubistva. Već ubistvo, dakle tuđom rukom izvršeno lišavanje života je inkriminisano u svakom slučaju, pa i u slučaju da se ubistvo od strane učinioca čini uz pristanak žrtve.

⁵⁹⁵ Tako, za noviju književnost, Kühl, delo navedeno u prethodnoj beleški, S. 253, dok se za stariju književnost može navesti misao Meyer-a, koji u zaključku svog dela ističe: Samoubistvo je pravno indiferentna radnja, koje utoliko valja shvatiti samo kao događaj. Ali u modernoj kulturnoj državi samoubistva koja se stalno umnožavaju čine državi dužnost, da bliže istraži uzroke i da na osnovu dobijenog materijala donese mere za sprečavanje njihovog širenja, koje se, ukoliko sam samoubica dolazi u pitanje, sprovode u području policijskog staranja. Ali Krivično pravo sme i mora da svoje spoljne uticaje drži dalje od pristupa licima sklonim samoubistvu. (Meyer, Selbstmord, S. 52.) Pri tome, naravno da se podstrekavanje i pomaganje na samoubistvo ne predstavljaju kao kao radnje saučesništva u nekažnjivoj glavnoj radnji, nego ih u Krivičnom zakoniku valja prihvatiti kao samostalne delikte. (Isto, S. 52.)

⁵⁹⁶ Ova ideja potiče od Kant-a (Vidi: Kant, O uobičajenoj izreci: to bi u teoriji moglo biti ispravno, ali ne vredi za praksu, str. 106.), pri čemu ovde valja ukazati na to, da ona ima opšti obuhvat, dok se ovde samo u ovom slučaju stavlja kao ideja koja pokriva nekažnjivost samoubistva.

⁵⁹⁷ Tako Kühl, Strafrecht AT, S. 253., Vidi i odeljak 4. ovog dela ovog rada.

interpretirati u ovom svetlu. Ali pošto je za pristanak na povređivanje sopstvenih pravnih dobara i činjenično podnošenje ovog povređivanja i inače svakako krivičnopravno postavljen kao slobodan, slobodan prostor koji pripada imaocu pravnog dobra se ne menja izjavom pristanka. Nasuprot tome proširuje se područje slobode učinioca: postavljanjem slobodnim od kazne nekog načelno penaliziranog ponašanja proširuju se učiniocu moguće i sa svoje strane pod ustavnopravnom zaštitom stojeće forme ponašanja za konsentirano tuđe povređivanje.⁵⁹⁸

S druge strane, za oštećenog se proširenje njegove slobode pristankom vidi u socijalnoj funkciji pristanka. Ona leži u proširenju prostora delanja imaoca pravnog dobra (i ne učinioca), koji u neku ruku radi sleđenja sopstvenih interesa u svoju službu (trpljenjem željenog tuđeg povređivanja) stavlja tuđu silu. Otpadanjem pretnje zabranom su povećane njegove šanse da se može poslužiti tuđim rukama za uticanje na njegov svet pravnih dobara. Pošto se pristanak kojim se predaje pravno dobro koristi skoro uvek svršno upravljeno radi sleđenja sopstvenih interesa, koji premašuju prostu predaju pravnog dobra, pristanak služi tome, da se zadovolje upravo ovi interesi imaoca pravnog dobra; njihovo ustavnopravno obezbeđenje ne treba staviti zajedno sa onim od dobra čije povređivanje je bilo konsentirano.⁵⁹⁹

Pristanak upotrebljen radi sleđenja određenih sopstvenih interesa doživljava – nezavisno od toga, kako je sama neposredna predaja pravnog dobra ustavnopravno usađena –ustavnopravnu zaštitu kroz ona prava slobode, za čije sleđenje je on upotrebljen. Država prema poretku ustava nije obavezana samo da sa svoje strane uvaži ustavnopravno zaštićene sfere slobode građanina (odbrambena funkcija osnovnih (ustavnih) prava; „status negativus“); odatle pa nadalje ona ima dužnost, da suverenskim merama zaštite, u koja se ubraja i upotreba krivičnog prava, očuva osnovna (ustavna) prava pojedinca, koja nastaju delanjem trećega (funkcija ojačanja slobode tzv. „status pozitivus“).⁶⁰⁰ Ali ova dužnost zaštite se okončava tada, kada je pojedinac u vršenju osnovnim (ustavnim) pravima garantovanih mu sfera slobode spreman da upotrebi ustavnopravno zaštićena dobra koja mu pripadaju⁶⁰¹

Pri svemu tome, treba dodatno ukazati na značaj ustavne odredbe o ljudskom dostojanstvu. Ona ne samo da je vodeći princip u tumačenju ustavnih odredbi, nego je nadređena i samoj slobodi delanja. Tako, s obzirom da u sebi sadrži pravo na samoodređenje, to samoodređenje treba da stoji u osnovi samog prava na slobodu delanja. Ova ustavno-normativna nadređenost svakako znači i nalog za ocenu stvarnosti. Iz ovog normativnog određenja svakako proizilazi da u stvarnosti osnovu delanju predstavlja slobodna volja. Pored toga, s obzirom na širinu i domašaj ove ustavne odredbe, ona znači i nalog za poštovanjem subjektiviteta čoveka upućen državi, ali i drugim licima, u normativnoj sferi, ali i u svakoj sferi života u kojoj su dotaknuta ustavna prava i slobode čoveka. Dostojanstvo čoveka kao fundamentalan ustavni

⁵⁹⁸ U ovom smislu Sternberg-Lieben, Objektive Schranken, S. 19, 20.

⁵⁹⁹ Tako Sternberg-Lieben u istom delu, S. 20, 21. Kao glavni slučaj primene pristanka, Sternberg-Lieben navodi primer za područje § 223 nemačkog KZ (inkriminacija krivičnog dela telesne povrede): oštećivanje telesnog integriteta u očekivanju, trpljenjem od lekara stavljenog šprica, da se dostigne ponovno uspostavljanje zdravlja, pri čemu, od onoga što se odnosi na Krivično pravo: povređeni svoj interes za nepovredivošću svog telesnog integriteta ocenjuje manjim od njegovog interesa za otklanjanjem oštećenja zdravlja odnosno ugrožavanje života, ili ustavnopravno okrenuto: dotični odlučuje o tome, koji od divergirajućih zajemčenih sadržaja čl. 2 II Osnovnog zakona (ustava) (telesna nepovredivost/zdravlje/život) on preferira, da bi optimalno iziskivao njemu pripadajuće ustavno pravo. (isto, S. 21, Fn 22); ili: Dopuštenje oštećenja zdravlja koje se sastoji u amputaciji, da bi održao sopstveni život; ili: konsentirano oštećivanje zdravlja u formi promene pola, da bi svoju ličnost mogao da živi u primerenoj spoljnoj osetnoj formi; ili: Pristanak žene na uzimanje jajne ćelije kojim se telesno povređuje od lekara putem laparoskopije, da bi se putem in-vitro-fertilizacije očuvali njeni interesi za oplodnjem; konačno: pristanak na telesnu povredu koja se sastoji u šišanju ili brijanju zarad spoljašnje dopadljivosti. (Isto, S. 21.)

⁶⁰⁰ Tako Sternberg-Lieben u istom delu, S. 21, 22.

⁶⁰¹ Isto, S. 23.

princip legitimira državu koja ga štiti i uopšte se ozračuje na interpretaciju ustava i utoliko više na uobličenje ostalog pravnog poretka uređenog prema ustavu.⁶⁰²

Ovakvim određenjem suštine pristanka se značajno ističe ne samo ustavnopravni značaj ovog pravnog instituta, nego se i umanjuje značaj pravnodogmatskih konsekvenci pitanja o tome da li pristanak isključuje već biće dela ili tek protivpravnost. Kao vrhovna vrednost građanskog društva, sloboda tako zadobija odlučujući značaj za pravni institut pristanka oštećenog u krivičnom pravu.

3.5.2 Značaj pravde, slobode i istine u regulaciji pristanka oštećenog u krivičnom pravu

Iz opšteg značaja i suštine pristanka proizilazi da se on tiče pravne i socijalne sfere. Pri tome, pravda, sloboda i istina, kao vrhovni principi građanskog društva i države, nužno imaju veoma visoku ulogu u regulaciji pristanka i u njegovoj praktičnoj primeni. Svakako i princip jednakosti služi ovim principima uravnotežujući i samu pravnu regulaciju, ali i primenu prava. U našem pravu su sloboda i pravda ustavom zajamčeni, i to kao sloboda i jednakost svakog pojedinca pojedinca u pravednom društvu. (čl. 19 Ustava RS).

Uloga ovih principa u postavljanju opštih pravila za institut pristanka oštećenog u krivičnom pravu je značajno otežana nedostatkom opštih zakonskih odredbi o ovom pravnom institutu. Međutim, na taj način je i znatno povećana težina značenja ovih principa za pristanak oštećenog u krivičnom pravu. Svakako, ustavnopravne garancije slobode delanja, ustavna prava pod koja se mogu podvesti pravna dobra zaštićena krivičnim pravom, ali i najpre ustavnopravno zajamčeno ljudsko dostojanstvo čoveka, svakako imaju ulogu u regulaciji pristanka. Sklop ovih principa i vrednosti može značajno odrediti pravnu regulaciju pristanka. Jer svakako, bez pravnog instituta pristanka praktičan život u zajednici ne bi bio zamisliv. Stoga se može uzeti i da se pravni institut pristanka i njegovo pravno dejstvo u građanskom društvu podrazumevaju i od strane pravnog poretka. Pravni poredak koji u svojoj osnovi ima slobodu, nužno u sebi sadrži i ovaj pravni institut.

Bez pretenzija da se upustimo u raspravu o samoj pravdi, slobodi i istini, ovde se može jedino uputiti na osnovna određenja ovih pojmova koja imaju, pre svega, značaj za krivičnopravne probleme.

Pojam pravde dat u nauci krivičnog prava koji, prema našem mišljenju, može ispuniti očekivanja koja su na njega upravljena u ovim pitanjima, iako je naizgled dat neodređeno, sasvim jasno određuje ulogu subjekata kojih se sama pravda tiče. Štaviše, s obzirom da se odnosi na subjekte kojih se tiče i sloboda, on predstavlja i polaznu poziciju za određenje u pitanjima koji se odnose na slobodu iz oblasti pristanka oštećenog u krivičnom pravu. Pri tome, ipak se ne možemo sasvim odreći misli prosvećenosti⁶⁰³ u ocenama koje u ovom radu slede o problemima pravde i slobode.

U krivičnopravnoj teoriji istaknuto je neokantijanističko shvatanje da pri svođenju konačne „ideje prava“ na sažetu formulu, ona glasi: pravo je tu zbog toga da stvori pravičnu ravnotežu između interesa zajednice i onih pojedinca, što znači „kompozibilni maksimum postizanja zadovoljenja interesa u životu zajednice“. O njihovim oboma polaznim tačkama, zajednice i ličnosti, ne može proizaći istinsko pravo: oni za svako pravo važe kao „apsolutni“ i time nepovredivi sastojci i vrednosti. Ovu apsolutnu ideju prava, koju svako

⁶⁰² Tako Sternberg-Lieben, Objektive Schranken., S. 375, 376.

⁶⁰³ Prevažodno Kanta i Hegela.

pravo, pozitivno takođe, kao takvu nosi u sebi, nazivamo pravda odnosno pravičnost.⁶⁰⁴ To je i polazna osnova zasnivanja dejstva i uređenja dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu.

Sam pojam slobode je, smatramo, sasvim jasno određen još u antičkoj misli. Prema tom pojmu, sloboda je „stanje s izborom“.⁶⁰⁵ Ovaj pojam slobode se svakako odnosi na individualnu slobodu i u savremenom krivičnom pravu se u svakom slučaju određuje kao moći-drukčije-delati. On sa sobom nosi, kao svoju drugu stranu, odgovornost. Međutim, on sa ovde datim pojmom pravde stoji u određenom odnosu. Taj odnos, u svakom slučaju, ukazuje na sklad između ova dva principa. Jer, o odnosu ova dva principa najjasnije govori to, da je određeni odnos personalnih i transpersonalnih interesa u određenoj državi odnosno određenom socijalnom, kulturnom miljeu u određeno vreme zadužen za proizvodnju slobode, pa i slobode pristajanja. Dakle, taj odnos personalnih i transpersonalnih interesa je ležište pravde i slobode. Jer, ako je ropstvo o sebi i za sebe nepravda, sloboda je o sebi i za sebe pravda.⁶⁰⁶

Sloboda određena kao „stanje s izborom“ može se razumeti tako i kao sloboda koju obezbeđuje pravda. Iz toga bi proizlazilo, u stvari, da pravda kao odnos ljudi u zajednici i sa zajednicom obezbeđuje određena rešenja u pravnom poretku pod kojim stoje. Tako su, što je napred obrađeno pitanje, određene i granice pristanka oštećenog u krivičnom pravu. Objektivne granice dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu se pronalaze na osnovu interesa trećih ili celokupnosti svih građana. Jer, lik čoveka nije lik nekog izolovanog suverenog individuum. Nemački ustav je štaviše napon individuum – zajednica rešio u smislu odnošenosti i povezanosti lica na i u zajednicu, bez da pri tome dira u njegovu sopstvenu vrednost. A to znači: pojedinac mora podnositi one granice svoje slobode delanja, koje zakonodavac povuče radi negovanja i unapređenja socijalnog života u granicama onoga što se može uopšte zahtevati pri datom stanju stvari, pri čemu je pretpostavljeno da samostalnost lica ostaje očuvana.⁶⁰⁷ I svakako, stavovi o raspoloživosti individualnih pravnih dobara, života i tela, govorili su, ranije, o promeni koja duboko zahvata duh vremena⁶⁰⁸ odnosno o iščezavanju akcentirano individualističke faze i trendu ka snažnom socijalnom vezivanju pojedinca.⁶⁰⁹ Stoga, i istorijski trenutak igra određenu ulogu i može dovesti do promena u regulaciji objektivnih granica pristanka oštećenog.

Ovaj odnos pravde i slobode, prema našem mišljenju, ne može se zaustaviti u svom uticaju samo i jedino na objektivne granice pristanka oštećenog. Jer, ograničenja delotvornosti pristanka mogu biti dobijena, pri nedostatku opštih krivičnopравниh odredbi o pristanku, samo iz pojedinačnih odredbi, pojedinih bića dela

⁶⁰⁴ Tako Mezger, Strafrecht AT, S. 87, 88.

⁶⁰⁵ Aristotel, Nikomahova etika, 1107a, str. 32. Iz drugog ugla, Aristotel razmatra slobodu i u svom delu Politika, i to kao odnos vladavca i vladanih u različitim društvenim odnosima, počev od porodice. (Vidi: Aristotel, Politika) Da ovom antičkom, Aristotelovom određenju slobode odgovara i savremeno određenje slobode potkrepljuje Hayek-ovo određenje slobode, koje se u suštini svodi na postojanje mogućnosti izbora. Tako, sloboda je mogućnost da se čini dobro, ali ona je to samo kad je i mogućnost da se čine rđava dela (Hayek, Poredak Slobode, str. 75)

⁶⁰⁶ Hegel ističe u tom pogledu sledeće: „Ropstvo je o sebi i za sebe nepravda, jer bitnost je čovječja sloboda, ali za ovu on tek mora sazreti. Dakle postepeno ukidanje ropstva jest nešto primjerenije i ispravnije nego njegovo momentalno ukidanje.“ (Hegel, Filozofija povijesti, str. 102). Čulinović, između ostalog, ističe da je ropstvo rezultat sile. To je najveće zlo koje može čovjeka zadesiti. (Čulinović, Narodno pravo, str. 30, 31.) S druge pak strane, sloboda je prirodno dobro; stiće se rođenjem. Kao što ptica, kao ni čovjek ne može živjeti bez slobode. (Isto, str. 31.) Značajno je što Čulinović na ovom mestu slobodu jasno posmatra kao dobro. No, kao princip prava, sloboda ima opštije i teže, sasvim određeno drugačije značenje.

⁶⁰⁷ Tako Sternberg-Lieben prenosi reči Saveznog ustavnog suda Nemačke (BVerfGE 4, 7, 15 f.; 27, 1, 6 f.; 27, 344, 351; 45, 187, 227; 50, 166, 175.) (Navedeno prema istom delu, S. 376, 377.)

⁶⁰⁸ Tako Eberhard Schmidhäuser u članku: Selbstmord und Beteiligung am selbstmord aus strafrechtlicher Sicht, u: Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, Berlin, 1974., S. 804. i dalje. (Navedeno prema: Sternberg-Lieben, Objektive Schranken, S. 79., Fn. 30.)

⁶⁰⁹ Tako Hans Joachim Hirsch u članku: Einwilligung und Selbstbestimmung, u: Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, Berlin, 1974., S. 790. (Navedeno prema: Sternberg-Lieben, Objektive Schranken, S. 79., Fn. 30.)

delikta i njihovih normiranja.⁶¹⁰ To svakako potvrđuje i uvid u savremena zakonodavstva u kojima se objektivne granice pristanka postavljaju upravo na ovaj način.⁶¹¹

Kada se uzme u obzir da je opšti pravni institut pristanka zakonom neregulisan, osim njegovih objektivnih granica, preostaje široko područje koje se nalazi izvan zakonske regulacije. Prema našem mišljenju, sloboda i pravda imaju tačno određenu ulogu u regulaciji pravnog instituta pristanka oštećenog u krivičnom pravu, a s obzirom na to da ova dva principa ne stoje u međusobnoj koliziji, svaki od njih sa svoje strane može uticati i utiče na pravni institut pristanka. Sloboda je materijalni, primarni, a pravda formalni, sekundarni princip zasnivanja i uređenja dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu. Da bi njegovo dejstvo moglo ugledati dnevnu svetlost, on mora biti pravno zasnovan i uobličćen. S jedne strane stoji zasnivanje kao kriminalnopolitička kategorija, koju formira princip slobode, a s druge samo dejstvo kao dogmatskopravna kategorija, koje formira princip pravde. Ipak, samo zasnivanje ima suprematiju, uprkos činjenici da izgleda da se ovo uklapanje vrši istovremeno, dakle, kao da se uspostavljanjem uređuje odnosno uređivanjem uspostavlja. Ono se tiče uspostavljanja instituta u pravu, dok dogmatskopravna problematika ima značaj uređenja uspostavljenog. Dakle, uspostavljanje, zasnivanje se vrši u vertikali, na osnovu principa slobode a uređivanje u horizontali, na osnovu principa pravde, koje se u polaznoj tački ukrštaju.⁶¹² Svakako, ta polazna tačka je odnos personalnih i transpersonalnih interesa u određenoj državnoj zajednici. Ovaj ugao posmatranja se upravo odnosi na individualnu slobodu, stanje s izborom, posmatranu sa aspekta pravnog poretka određene državne zajednice.

Svakako, interesi trećih i interesi celokupnosti svih građana (opštosti) se moraju uvažiti i u tome, da je sloboda socijalna kategorija koja se realizuje u međusubjektivnoj korelaciji. Smisao pravde i slobode može se sjediniti i u rimskoj pravnoj izreci: *Juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.*⁶¹³ Svakako, u međusobnom odnosu individua, najznačajniju ulogu ima načelo da se drugi ne povređuju odnosno da im se ne šteti.

⁶¹⁰ Tako Sternberg-Lieben iznosi Gerland-ovu tvrdnju iz 1908. godine u istom delu, S. 10. O ovom problemu vidi i uvodno izlaganje u odeljku 5. ovog dela ovog rada.

⁶¹¹ Za nemačko i naše pravo vidi odeljak 4. ovog dela ovog rada, u kome su na odgovarajućem mestu u beleški navedene inkriminacije kojima se ograničava dejstvo pristanka: inkriminacija ubistva na zahtev u nemačkom i inkriminacija lišenja života iz samilosti u našem pravu.

⁶¹² U pogledu na gornju tezu o uspostavljanju i uređivanju dejstva instituta pristanka oštećenog u Krivičnom pravu, iako im smisao nije isti, izvesna paralela se može povući u odnosu na antičko shvatanje koje se tiče svojine. Naime, već kod Cicerona susrećemo gledište da su materije i pojave prirode promišlju predodređene za zadovoljenje ljudskih potreba čime je utvrđen osnovni smisao centralnoj pravnoj kategoriji svojine. Tako se jurisprudencija kristalizira u dva tijesno povezana područja: svijet lica čijem je racionalnom korišćenju potpuno podređen svijet stvari. (Tako Tadić, Predmet pravnih nauka, str. 19.) Predstavljajući dve suprotne teze o dejstvu pristanka oštećenog u Krivičnom pravu, Günter Stratenwerth na jednu stranu svrstava shvatanja koja slede logiku teorije o odustanku od zaštite i teorije, misli o odmeravanju dobara, gde pristanak predstavlja osnov isključenja protivpravnosti, dok na suprotnu stranu svrstava shvatanja po kojima pristanak pogođenog ukida samo povređivanje pravnog dobra. Po tim shvatanjima, prema Stratenwerth-u, brojna pravna dobra bivaju zaštićena samo zbog toga, jer ona pojedincima pružaju izvesnu meru slobode. Slobode od zavisnosti kao telesne ometenosti, od materijalne nužde, od volje drugih itd. Ona se i inače nikada ne sastoje od svog materijalnog supstrata, nego u odgovarajućoj mogućnosti raspolaganja nad njima, dakle ne kao da je u nekoj stvari kao takvoj, nego u vlasti nad njom kao "svojinom". (Tako Stratenwerth, Strafrecht AT, S. 199., 200.) I ovo Stratenwerth-ovo gledište, naročito druge teze koju navodi, ima izvesne dodirne tačke sa gornjim razlikovanjem uspostavljanja i uređenja uspostavljenog. I oba, antičko, kao i gledište koje kao suprotnu tezu predstavlja Stratenwerth, tiču se svojine odnosno sličnosti sa svojinom. Ipak, gornje razlikovanje uspostavljanja i uređenja uspostavljenog ima drugi smisao. Uspostavljanje kao kriminalnopolitički ugao posmatranja dejstva pristanka oštećenog u Krivičnom pravu, kao zasnivanje, legitimiranje tog dejstva, a uređenje uspostavljenog, iako ono trpi uticaje onog što se uspostavlja, ima više smisao pravnodogmatskog uređenja dejstva pristanka oštećenog u Krivičnom pravu. Dakle, naša podela služi jasnijem razdvajanju uglova posmatranja i određenju prioriteta među njima. Ona je samo forma u koju se stavljaju određeni sadržaji. Najzad, deo IV ovog rada, prema svojoj sadržini, predstavlja upravo popunjavanje ove forme prikazom rešenja pretpostavki dejstva pristanka koje sadrži vladajuće shvatanje u nemačkoj krivičnopravnoj teoriji.

Individualna sloboda ima i svoj subjektivni ugao posmatranja. Sloboda uopšte, pa i sloboda pristajanja, time i mogućnost, dakle sloboda nepristajanja, je pravno zaštićena ukoliko mi je izričito pravno garantovano ostvarenje subjektivne vrednosti ili je mogu slediti bez obzira na očuvanje pravno garantovanih dobara.⁶¹⁴ I lako se mogu raspoznati poklapanja ovde razvijenog koncepta slobode sa pojmom autonomije. Sloboda je postavljanje praktičkog uma. U njoj su ukorenjeni autonomija i dostojanstvo čoveka.⁶¹⁵ Autonomno dela onaj ko se orijentiše prema samopostavljenim normama.⁶¹⁶ I vrednosti su normativni fenomeni. I ukoliko se individuum orijentiše prema svojim sopstvenim vrednostima, s pravom se može govoriti o „autonomnom“ delanju.⁶¹⁷ Najkraće rečeno, autonomija je odlučivanje prema subjektivnim preferencijama.

Najzad, najmanju ulogu u regulaciji pravnog instituta pristanka ima princip istine. To ne znači da je on nevažan. Jedino, on je u građanskom društvu pokriven pravom na privatnost. On ima značaja za ostvarivanje individualne slobode. Sloboda delanja svoje polazište nalazi u istini. Ko ima veće znanje o istini, može ostvariti veću slobodu, jer samo donošenje autonomne odluke je utoliko slobodnije ukoliko njen donosilac ima više znanja o istini.

Da bi svome delanju dao smisao, čovek istinu subjektivira, tako što je preobraća u znanje. Znanje se ovde shvata, u skladu sa zapadnom kulturom, kao pozitivno znanje o učinku ili znanje o ovladavanju prirodom, kao što se ono ispoljava u tehnicima. U ovom smislu znanje označava čoveku moguću spoznaju stvarnosti. Stvarnost, koja se razume kao suma objektivno realnih datosti, je prema tome centralna veličina odnošenja po kojoj se ravna ljudska spoznaja. I idejnoistorijski razvoj pojma znanja pokazuje usku srodnost sa pojmom stvarnosti i istine.⁶¹⁸

U pogledu odluke o pristanku, u odnosu na znanje, potrebno je znanje činjenica i (što je moguće više) tačno procenjivanje budućih kauzalnih tokova (prognoza) kada se radi o smisljenoj odluci u konfliktu. O ovome konfliktu je najčešće reč u situacijama lekarskih zahvata, kada se neko dobro može spasiti samo na račun nekog drugog.⁶¹⁹ U pogledu ove posebne oblasti medicinske delatnosti ističe se tzv. informisani pristanak. Iz toga se može doći do opštije podele, na znanje pristajućeg dobijeno samoprosvećivanjem i znanje pristajućeg dobijeno prosvetivanjem od drugog lica, koje ima dužnost prosvetivanja pristajućeg iz oblasti znanja koje se odnosi na delatnost koju obavlja. Prosvetivanjem od drugoga se dolazi do povećanja nivoa znanja pristajućeg i time do povećanja mogućnosti ostvarivanja slobode, ali i do postizanja većeg stepena saglasnosti volja između pristajućeg i onoga koji zahvata u pravno dobro pristajućeg.

⁶¹³ U Digestama, Ulpijan: *Zapovesti prava su sledeće: pošteno živeti, ne vređati drugoga, davati svakom njegovo*. (Navedeno prema: Latinski citati (Skupio i preveo Albin Vilhar), Dereta, Beograd, 2002., str. 105., kao i prema: Hefe, Pravda, Filozofski uvod, str. 51.) Prema uobičajenom shvatanju, ta tri načela u bitnome tvrde jedno i isto. Prvo načelo, „živi časno“ (*honeste vive*) nalaže ispravnost, koja se u svom negativnom određenju sastoji u zabrani: „ne povređuj nikoga“ (*neminem laede*), a u pozitivnoj formulaciji, u zapovesti: „daj svakome“ ono što mu po pravu pripada, ono njegovo (*suum cuique tribue*). Međutim, kao što je to učinio već Kant (*Rechtslehre*, „*Einteilung des Rechtslehre*“), svakom od ovih načela može se dati posebno i, u isti mah, temeljnije značenje.

⁶¹⁴ Tako i u ovom smislu Amelung, *Über Freiheit und Freiwilligkeit auf der Opferseite der Strafnorm*, S. 191.

⁶¹⁵ Kaufman, *Pravo i razumevanje prava*, str. 153.

⁶¹⁶ Amelung, *Freiheit und freiwilligkeit auf der Opferseite der Strafnorm*, S. 193.

⁶¹⁷ Isto, S. 194.

⁶¹⁸ Rönnau, *Willensmängel*, S. 212.

⁶¹⁹ Tako Rönnau, *Willensmängel*, S. 219. O pristanku kao odluci kojom se uvažavaju činjenice, kao i o pristanku kao odluci u konfliktu vidi iscrpnije kod Amelung, *Über die Einwilligungsfähigkeit*, S. 548-551.

Iz toga se može doći do opštije podele, na znanje pristajućeg dobijeno samoprosvećivanjem i znanje pristajućeg dobijeno prosvećivanjem od drugog lica, koje ima dužnost prosvećivanja pristajućeg iz oblasti znanja koje se odnosi na delatnost koju obavlja. Prosvećivanjem od drugoga se dolazi do povećanja nivoa znanja pristajućeg i time do povećanja mogućnosti ostvarivanja slobode, ali i do postizanja većeg stepena saglasnosti volja između pristajućeg i onoga koji zahvata u pravno dobro pristajućeg.

Međutim, izuzev situacija u kojima je neophodno prosvećivanje, kao što je obaveza prosvećivanja pacijenta kod medicinskih zahvata, pristanak ima dejstvo i kada se daje bez znanja istine i bez prosvećivanja. Odluka o pristanku važi i kada se donese kao neumna, ukoliko autonomija oštećenog nije povređena. Naime, ono što je umsko nije mislivo bez onoga drugog, neumskog, kao što se ni u prirodi ne javlja bez drugog.⁶²⁰

3.5.3 Ugrađivanje dejstva pristanka oštećenog u pojedine krivičnopravne koncepcije

Predstojeća razmatranja pojedinih krivičnopravnih koncepcija podrazumevaju nekoliko bitnih momenata. Prvo, ispituje se odnos pojedinca i države-društva ili opštosti prema pojedinoj koncepciji, kao osnova slobode i pravde. Drugo, ispituje se materijalizovanje krivičnog prava. Koje i kakve ideje su noseći stubovi pojedine krivičnopravne koncepcije i da li su oni legitimni kao tačke odnošenja slobode i pravde. Kao noseći elementi instituta pristanka oštećenog u krivičnom pravu ispituju se problemi koji se odnose na slobodu volje i problemi koji se tiču pravnog dobra, naravno rešenja ovih problema u okvirima pojedine koncepcije. Tako se, a s obzirom da su i volja i individualno pravno dobro neodvojivi od čoveka, pojedinca, ispituje i sam subjektivitet čoveka u odnosu na pojedine krivičnopravne koncepcije. Pri tome, tokom razmatranja se težište postepeno premešta sa problema koji se tiču pravnog dobra na probleme koji se tiču slobode volje. Uz to valja napomenuti, kao bitan element ovih razmatranja, da se nastoji doći do krajnjeg rezultata koji se ogleda u poštovanju čovekovog subjektiviteta, njegovog ljudskog dostojanstva u okvirima pojedine krivičnopravne koncepcije, jer, u krajnjoj liniji, nelegitimno je svako degradiranje čoveka. Naravno, nije zanemaren ni aspekt koji se odnosi na pravnodogmatsku doslednost pojedinih rešenja. Tako, ako se posmatra iz opštijeg ugla, u narednim razmatranjima reč je o ispitivanju legitimnosti i pravnodogmatske doslednosti pojedinih krivičnopravnih koncepcija.

Zato se ovde, u smislu ispitivanja njihove legitimnosti i pravnodogmatske doslednosti, razmatraju: čista sistemfunktionalna krivičnopravna koncepcija, umerena sistemfunktionalna krivičnopravna koncepcija, vladajuća krivičnopravna koncepcija, personalno orijentirane krivičnopravne koncepcije, i to: personfunktionalna krivičnopravna koncepcija, kao i njoj bliska krivičnopravna koncepcija zasnovana na baznom modelu pravnog dobra i teleološka krivičnopravna koncepcija.

3.5.3.1 Rešenja čiste sistemfunktionalne postavke

Pored sopstvenog filozofskog pristupa koji ovoj koncepciji obezbeđuje značajnu ulogu u ovom radu⁶²¹, čista sistemfunktionalna krivičnopravna koncepcija kao svoju podlogu uzima određenu sociološku

⁶²⁰ Jaspers, Um i egzistencija, str. 5.

⁶²¹ Reč je o napred, u odeljku 1. ovog dela ovog rada, predstavljenim mislima Jakobs-a i njihovoj specifičnosti. One pretežno potiču iz dela tvorca ove koncepcije: Jakobs, Norm, Person, Gesellschaft.

sistemteoretsku osnovu.⁶²² Ove opšte ideje prožimaju celokupnu čistu sistemfunktionalnu krivičnopravnu koncepciju, kako njenu opštu osnovu, tako i rešenja vezana za dejstvo pristanka oštećenog u krivičnom pravu. Stoga, kritički osvrt na rešenja ove koncepcije podrazumeva sagledavanje i obradu sledećih problema: načelni razlozi neprihvatljivosti čiste sistemfunktionalne krivičnopravne koncepcije, razlozi za neprihvatljivost rešenja dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu, razlozi za neprihvatljivost shvatanja autonomije u ovoj koncepciji, razlozi neprihvatljivosti rešenja problema mana volje kod pristanka.

Čista sistemfunktionalna postavka⁶²³ sadrži u sebi načelne razloge njene neprihvatljivosti, ali i posebne razloge neprihvatljivosti u pogledu rešenja koja pruža za dejstvo i zasnivanje dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu. Ovde je reč, najpre, o tim načelnim razlozima.

U svojoj filozofiji prava tvorac ove postavke otpočinje sa izgradnjom društva, počev od zamišljanja jednog jedinog čoveka, i dodajući mu i druge dolazi do društva u kome se pojedinci stavljaju pod okrilje društva tako što u njemu dobijaju svojstvo lica, a društvo se od ovih sastoji, jer predstavlja personalnu komunikaciju.⁶²⁴ Za lice je karakteristično to, da ono nastaje tek kada se potreba grupe kao trebanje prenese na pojedinca i ovaj se time definiše kao neophodan element grupe – samo zbog svoje neophodnosti dobija on i prava, koja mu trebaju, da bi mogao da udovolji svojim dužnostima. Drugim rečima, biti-lice (Person-Sein) se sastoji u biti-doteran (Eingepaßt-Sein) u objektivni poredak koji služi grupi. Oznaci vremena pripada to, da je ovaj objektivni javno obavezni poredak sve razblaženiji: na mesto svetog, dakle obavezujućeg, stupaju uslovi instrumentalnog, individualnog suživota.⁶²⁵ i, u krajnjoj liniji, on dobija slobodu, koja se ogleda u njenom negativnom sadržaju, naime da ne oštećuje, ne ometa druge, što znači, da se i jedne i druge u načelu zamišljaju kao izolirane individue čija zajedničkost se ograničava na to, da se uzajamno ne ometaju u svom postojanju. Ukoliko se pod ovim okolnostima pita o tome, šta čini lice, odgovor glasi, ko se ne bi smeo povrediti i ko sa svoje strane ne povređuje, jeste lice – status, bez kojeg izvesno ne može izaći država, ali koji, kada to ostane pri njemu, predaje sve pozitivne veze samovolje. Sad je ovaj deo lica nužan, da bi oslobodili individue za privređivanje kao građane i kao radne snage industrije, i potrebe grupe se takođe ne zanemaruju, nego zadovoljavaju nevidljivom rukom, i to što pre utoliko snažnije ovo racionalizira „podela rada“, tako da na kraju „čovek odstupa od toga i na njegovo mesto može stupiti mašina“; „U ovoj zavisnosti i uzajamnosti rada subjektivna sebičnost preobraća se u prilog za zadovoljavanje potreba svih drugih - posredovanje posebnog kroz opšte kao dijalektičko kretanje, tako da time što svaki za sebe stiće, producira i uživa, on upravo stiće za užitek ostalih.“⁶²⁶ Ovo je, dakle, negativan pojam lica, prema čistoj sistemfunktionalnoj postavci. Prema istoj toj postavci pozitivan pojam lica se određuje dužnošću da se doprinese privrednom procesu i glasi: Lice je, ko u grupi ima da privređuje, i on dobija prava, koja su mu potrebna za privređivanje. I zbog svega ovoga, iako na specifičan način, ovoj postavci se ne može poreći da potiče od polazne osnove slobodi i pravdi, od

⁶²² Reč je o sociološkoj teoriji sistema Niklas-a Luhmann-a. (O tome vidi: Luhmann, Teorija sistema)

⁶²³ Tvorac ove čiste sistemfunktionalne postavke je Günther Jakobs. Vidi ispred odgovarajući deo ovog dela ovog rada, u kome je iscrpnije predstavljena ova krivičnopravna koncepcija, kao i objašnjenja logike dejstva pristanka oštećenog u Krivičnom pravu, koja se na nju odnose na odgovarajućem mestu u ovom delu ovog rada. Za osnovna rešenja ove krivičnopravne koncepcije vidi udžbenik Günther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Lehrbuch, 2. Neubearbeitete und erweiterte Auflage, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1993., kao i monografiju: Günther Jakobs, Norm, Person, Gesellschaft, Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie, Zweite Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 1999.

⁶²⁴ Vidi isto delo.

⁶²⁵ Jakobs, Norm, Person, Gesellschaft, S. 112.

⁶²⁶ Isto, str. 114., 115. Deo teksta koji se u ovom citatu Jakobs-a nalazi pod znacima navoda predstavlja Hegel-ovu misao koju Jakobs citira iz §. 198, 199 Hegel-ovog dela: Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, in: Sämtliche Werke, Bd. 7, 1952.

odnosa personalnog i transpersonalnog. Međutim, ona ne traži pravdu u odnošenju personalnog i transpersonalnog. Naprotiv, ona pribegava sociološkoj teoriji⁶²⁷ poduprtoj određenim filozofskim stavovima.⁶²⁸ Po ovoj teoriji za pravdu u društvu nema mesta.⁶²⁹ Tako tvorac ove koncepcije sam zapada u nelogičnosti, kada se izjašnjava o određivanju svrhe kazne kao stabiliziranje sistema, garantovanje važenja normi, te garantovanje važenja norme uzdiže na nivo pravnog dobra i tako čini da je ono tautološko u zasnivanju⁶³⁰ Štaviše se, ali u istom smislu, ističe da je ova postavka u stvarnosti postavila novu apsolutnu teoriju. Na mesto pravde je stupio jedino „normativni identitet“ društva, čime se kazna, bez da bi se moralo odupreti empirijskom preispitivanju, opravdava iz sebe same.⁶³¹ Ovdje se pokazuje krug sistemteoretske misaone postavke: Institucije i dogme, koje se opravdavaju time, da one stabiliziraju sistem, same obrazuju sistem.⁶³² Načelan prigovor čistoj sistemfunkcionalnoj postavci sastoji se i u tome da ona, već u svojim sociološkim, sistemteoretskim začecima, previđa da je legalitet samo izvedena forma legitimiteta.⁶³³ Dalje, princip da se iz bića ne može izvesti trebanje, koji je iznesen protiv krivičnog pravog naturalizma, u formi kauzalizma i finalizma, u drugim dimenzijama se iznosi i protiv teorije sistema. Naime, ne radi se sad o naturalističkom „biću“, nego o utvrđenju zatečenog iz sociološkog promatranja. Ali za ovaj – ne koreneći se u prirodi – fakticitet ipak važi pomenuti princip: On ne može biti obavezan za normiranje. Sveukupno, transformacija vrednosti i normi u komunikacione forme društva ne utvrđujući ih na osnovu legitimacionih razloga za nauku krivičnog prava ne nudi nikakvu dodatnu prednost. Faktori koji služe stabilitetu bi istovremeno mogli delovati legitimirajuće, ali se ovo ne dešava bezuslovno. Opet legitimirajući faktori ne donose bezuslovno stabilitet.⁶³⁴ No, za nas bitniji prigovor ovoj čistoj sistemfunkcionalnoj postavci sastoji se u tome, da ona pri funkcionalizmu rekurira na kategoriju lica, koja se istovremeno nedopušteno reducira, tako da je ovaj funkcionalizam ponovo zapao iza svega što se otkrilo u duhovnom razvoju prosvetljenosti do danas u tri faze. I to su faze u kojima su data tri aspekta personaliteta lica: humanitet, socijalitet i singularitet. Oni bi morali naći obzira i u Krivičnom pravu. Međutim, čista sistemfunkcionalna postavka u svom funkcionalizmu ne uvažava ove perspektive lica. Ističemo, što je ovde od naročitog značaja, da su u trećoj fazi promišljanja o pravima ličnosti i privatnoj autonomiji lica, tj. u trećoj fazi u pročeļje stupaju aspekti singulariteta lica.⁶³⁵ U tom smislu, ističe se da u ovoj postavci lice stupa potpuno u pozadinu, što se ne bi moglo podržati.⁶³⁶ Lice se ne bi smelo predati u korist funkcionalizma.⁶³⁷ Najzad, stvar se u kritici funkcionalizma posmatra i s tačke gledišta filozofije

⁶²⁷ Luhmann-a.

⁶²⁸ Jakobs se u jednoj, ne zanemarljivoj, meri oslanja na Hegelovu filozofiju, prilikom formiranja sopstvenih stavova. O tome vidi u: Jakobs, Norm, Person, Gesellschaft.

⁶²⁹ U suštini, ova misao se nalazi u: Luhmann, Teorija sistema, str. 142. Luhmann ističe upravo ono što Jakobs i čini, navodeći o pojmu nepravde sledeće: Taj pojam treba naznačiti jedinu bitnu komponentu: da će se kad nastupe ta razmišljanja (dodajemo da se ovo odnosi na Luhman-ovu misao da samo sistemi mogu biti zainteresirani da se svrhe čvrsto drže iznad pojedinačnog učinka) i teorija prava od jedne vrste igre etike morati preraditi u teoriju strukture društvenog sistema.

⁶³⁰ Tako Sacher, Systemtheorie und Strafrecht, S. 575. Prema Lüderssen-u, funkcionalizam izranja pod devizom da se krivičnopravni principi funkcionaliziraju od strane zahteva za efektivnom kriminalnom politikom. (Lüderssen, Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem“ Prinzipiendenken S. 877.)

⁶³¹ Tako Schünemann slično kao i Puppe. (Navedeno prema: Zieschang, Diskussionsbeiträge, S. 926.)

⁶³² Tako Puppe (Navedeno prema istom delu Zieschang-a, S. 925.)

⁶³³ Tako Habermas (Navedeno prema: Sacher, Systemtheorie und Strafrecht, S. 604.) U ovom kontekstu se, za čistu sistemfunkcionalnu postavku, ističe da postupak nastanka norme, kome se ne može prigovoriti, kao takav garantuje samo, da bi instance koje su u pojedinom trenutku u političkom sistemu predviđene kao kompetentne snosile odgovornost za važeće pravo. Ali ove instance su deo sistema vlasti, koji bi morao biti potpuno legitimiran, kada čisti legalitet treba moći važiti kao znak legitimiteta. U nekom fašističkom režimu na primer, bi pravna oblikovanost upravnih akata u svakom slučaju mogla imati funkciju zastiranja. (Isto, S. 604.)

⁶³⁴ Isto, S. 605.

⁶³⁵ Ovo je veći deo argumenata koje iznosi Maihofer (Vidi isto delo Zieschang-a, S. 923., 924.)

⁶³⁶ Tako Häußling (Navedeno prema istom delu Zieschang-a, S. 926.)

⁶³⁷ Tako Häußling (Navedeno prema istom delu Zieschang-a, S. 926.)

prava osnovanih na slobodi, koja otiskuju ustavnopravnu stvarnost. Ova filozofija je samu sebe razumela kao kritiku staroevropske metafizike. U pogledu na izloženu tezu tvorca čiste sistemfunktionalne postavke, da pravo nije nužno povezano sa pojmom slobodnog subjekta, nego je društvo za sebe merodavan terminus, ona je usmerila pažnju na to, da bi pojam društvene funkcije time postao sadržinski prazan.⁶³⁸ Istina radi se o svršnoj misli, a ipak je ovo prosto jedna formalna teleologija. Kao cilj funkcije prava se u svakom slučaju spomenulo⁶³⁹ opšte blaženstvo (Glückseligkeit), i da je metafizika proizašla iz božje volje. Kada se ovo obrazloženo odbaci, ali ne prizna prelaz na pojam prava koji počiva na umu i slobodi, tada preostaje samo prazna funkcija. Tako, u čistoj sistemfunktionalnoj postavci se pravi razlika između lica i nelica.⁶⁴⁰ To u pogledu ne-lica znači da se radi o određenom – manje ili više velikom – reduciranju statusa civitatis, ali ne o isključenju statusa personae.⁶⁴¹

Ono što, u pogledu rešenja u vezi pristanka oštećenog, može biti naročito značajno u čistoj sistemfunktionalnoj postavci jeste apriorno postavljanje društva u nadređen položaj prema licu, dakle pojedincu, kao i veliki značaj uloga koje pojedinac, lice ima u društvu. U pogledu prvog momenta, jasno je da taj nadređen položaj društva-države u odnosu prema pojedincu potiče od sociološke teorije sistema⁶⁴², uzima se kao datost u nekom smislu, a ne ulazi se u realne odnose, odnose personalnog i transpersonalnog, individuuma i zajednice u određenom istorijskom kontekstu i razvoju. Stoga je, u stvari, ovde reč o nekorektnom, nelegitimnom apriornom preimućtvu transpersonalnih nad personalnim interesima, zajednice nad pojedincem. U odnosu na filozofiju čiste sistemfunktionalne postavke se ističe da se opisivanje nekog univerzalnog bezvremeno važećeg modela “istina” može dozvoliti, svakako nije vidljiva neophodnost da se objasni pravni položaj roba⁶⁴³, što se u okviru čiste sistemfunktionalne postavke i čini⁶⁴⁴, jer ropstvo uopšte treba da se od legitimiranog prava posmatra kao negativno i zabranjeno, i danas u pravu takva diferenciranja na lica i nelica ne bi mogla naći mesta.⁶⁴⁵ No, sociološka

⁶³⁸ Tako Köhler (Navedeno prema istom delu Zieschang-a, S. 923.)

⁶³⁹ To je, prema Köhler-u, učinio Hobbes. (Navedeno prema istom delu Zieschang-a, S. 923.)

⁶⁴⁰ Vidi o tome: Jakobs, Norm, Person, Gesellschaft. O tome kritički Sacher, Systemtheorie und Strafrecht, S. 605., 606. Ovo Jakobs-ovo razlikovanje lica i nelica jasno prikazuje Jesus-Maria Silva Sanchez, Die Unerwünschten als Feinde: Die Exklusion von Menschen aus dem status personae, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 118, Heft 3, 2006. On ističe da se dobar deo krivičnopravne diskusije poslednje decenije da svesti na dva, od Jakobs-a uvedena razlikovanja. Prvo, na području kriminalne politike treba biti diferencirano između “Građanskog Krivičnog prava” i “neprijateljskog Krivičnog prava”. I drugo, pod pravnofilozofskim i na njima izgrađenim tačkama gledišta u krivičnom pravu valja diferencirati između lica i nelica. (O tome više vidi u: Jakobs, Norm, Person, Gesellschaft) Prethodno klasificiranje bi smelo izazvati neko čuđenje. Tako se javlja kao teško naknadno izvršiva egzistencija “Građanskog (Krivičnog) prava za ne-lica” i “neprijateljskog (Krivičnog) prava za lica”. Prema mišljenju Sanchez-a ovaj rezultat koji proizvodi paradoks valja svesti na dvoznačnost, od koje boluje Jakobs-ovo razlikovanje između lica i ne-lica. S jedne strane, prema njegovoj postavci kao ne-lice treba smatrati onoga ko ne izneverava normativna očekivanja, i to iz jednostavnog razloga, da ova očekivanja nisu upravljena na njega: tako na primer učinilac nesposoban za uračunavanje. Ali na drugoj strani kao ne-lice treba biti smatran onaj ko, iako bez sumnje izneverava normativna očekivanja, ne pruža kognitivne garancije, da u budućnosti neće postati kažnjiv: tako na primer opasan učinilac sposoban za uračunavanje. Prema Sanchez-u, u ovoj Jakobsovoj postavci se ovde radi o predmeštanju intervencije, odustajanju od sniženja kazne nakon proteka odgovarajućih rokova i ograničenju procesualnih garancija. To znači, radi se o određenom – manje ili više velikom – reduciranju statusa civitatis, ali ne o isključenju statusa personae. (Tako Sanchez, Die Unerwünschten als Feinde, S. 547, 548, 549. U tom smislu i Sacher ukazuje na to da Jakobs pod nelicima smatra “protivnike etabliranog poretka”. Kod Neprijateljskog Krivičnog prava se radi o o borbi protiv opasnosti. (Vidi: Sacher, Systemtheorie und Strafrecht, S. 606.)

⁶⁴¹ Tako Sanchez, isto, S. 549. On, u tom pogledu razmatra i status ljudskog ploda utrobe, kao ne-lica prema Jakobs-ovoj postavci. (Vidi isto delo) Sacher posebno ukazuje na to, da se u Jakobs-ovoj postavci teroristima namenjuje status nelica i tako im se uskraćuju određene pravne garancije. (Vidi: Mariana Sacher, isto, S. 606.)

⁶⁴² Jakobs preuzima ovu i neke druge ideje od Luhmann-a.

⁶⁴³ Sacher, Systemtheorie und Strafrecht, S. 605.

⁶⁴⁴ Vidi o tome: Jakobs, Verabschiedung des “alteuropäischen” Strafrechts?, S. 851-855.

⁶⁴⁵ Sacher, Systemtheorie und Strafrecht, S. 605.

teorija sistema, na kojoj počiva čista sistemfunktionalna postavka, sadrži misao da je svest drugih ljudi teško pristupačna u nekoj visoko kompleksnoj i kontingentnoj šemi sveta. Stoga su se očekivanja ponašanja morala standardizirati, “imunizirati protiv izvesne mere fakticiteta” i stoga se odnositi ne na konkretnog individuuma, nego na određenu socijalnu ulogu. U ovim okvirima za teoriju sistema nije reč o kognitivnim očekivanjima, nego sad o normativnim očekivanjima ponašanja. Kod izneveravanja kognitivnih očekivanja iz toga će se poučiti i napustiti ih. Kod izneveravanja normativnih očekivanja norma se ne menja i ona se neće napustiti. Norme po tome bivaju kontrafaktički stabilizirana očekivanja ponašanja: njihovo važenje će se doživeti kao nezavisno od faktičkog ispunjenja ili neispunjenja norme i tako i institucionalizirati.⁶⁴⁶ Ovo objašnjenje sociološke teorije sistema, kako treba da se desi standardiziranje, može se sažeto formulirati kako sledi: očekivanja ponašanja bivaju fiksirana posredovanjem nekog zajedničkog sveta, apstraktnim rezultatom. Već za upravljanje interakcijama dnevnog života neophodan je razumljiv smisao relativno oslobođen konteksta, koji najpre ostaje relativno konkretan, tj. on bi mogao omogućiti brz pristup konkretnim opažajima. Rezultat apstrakcije se podiže i sve više i više postaje odvojen od konkretnog ko, kako, kada, gde aktuelnog doživljavanja. Rezultat selekcije postaju ne pojedina očekivanja, nego samo apstraktni tipovi. Normativna očekivanja ponašanja su izdiferencirana kao norme, koje ne “bivaju”, nego samo “važe”. Viši stepen apstrakcije konteksta očekivanja se dostiže, kada se očekivanja ponašanja odnose na socijalne uloge. Identifikacijom sklopa očekivanja ulogama bila bi napuštena individualno lična obeležja. Očekuje li se samo izvršenje neke uloge, sklop očekivanja postaje indiferentan prema ličnim pojedinostima izvršenja i istovremeno bi očekivanja bila prenosiva od lica do lica. Diferenciranjem na uloge za identifikaciju sklopova očekivanja bi dakle društvo dobilo novovrsne šanse stabiliziranja očekivanja.⁶⁴⁷ Ovu ideju anonimnih socijalnih kontakata čista sistemfunktionalna postavka takođe preuzima od sociološke teorije sistema, tako da bi time i krivičnopravna očekivanja morala ići kroz neku vrstu apstrakcionog filtera: značenje nekog ponašanja postaje objektivno utvrđeno prema svom ispoljavanju, koje bi se moralo interpretirati u kontekstu onoga, šta još postoji u ispoljavanju. Raster, pred kojim se svako ponašanje sa svojim značenjem pokazuje obaveznim, bi se morao skopčati na standarde, na uloge, na objektivan obrazac. Pošto bi se očekivanja u nekom pluralističkom društvu upravljala na lica, dakle na nosioce uloga, najmanja pretpostavka za izneveravanje bi bila kršenje uloge, bilo posebne uloge ili opšte uloge građanina odanog pravu. Time bi se specifična krivičnopravna dosetka oko objektivnog uračunavanja sastojala jedino u ograničenju zadataka i odgovornosti na opisanom području. Nadležnost bi dakle u ovom kontekstu bila pripisano područje zadataka.⁶⁴⁸ Iz ove postavke uloga čista sistemfunktionalna postavka razvija krivičnopravnu dogmatiku. Pri tome, valja istaći da je specijalno u njenom sistemu uračunavanja uopšte pitanje posebnog znanja sa ograničenjem uloga. Specijalna posledica ovog celokupnog sistemteoretskog koncepta je tako – pored posebnosti njegovog izrazito normativnog pojma umišljaja i krivice – isključenje krivičnopravne odgovornosti na osnovu uloga i kod postojećeg posebnog znanja o socijalnoj štetnosti ponašanja.⁶⁴⁹

Prethodno razmotreni momenti se odražavaju i u razlozima za neprihvatljivost rešenja dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu koja daje ova koncepcija. Ono što je, iz jedne opštije perspektive, bitno za dejstvo odnosno zasnivanje dejstva pristanka oštećenog u okvirima čiste sistemfunktionalne postavke, pored apriornog preimućstva zajednice nad licem i velikog značaja uloga, jeste eksterno promatranje koje zanemaruje perspektivu učesnika u pravnom sistemu. Naime, argument koji iznosi teorija sistema, da

⁶⁴⁶ Tako Luhmann (Navedeno prema istom delu Sacher, S. 579.)

⁶⁴⁷ Tako Sacher u istom delu, S. 579, 580.

⁶⁴⁸ Isto, S. 580.

⁶⁴⁹ Tako Sacher u istom delu, S. 581.

društvo potvrđuje svoj identitet normama, je za učesnika u pravnom sistemu irelevantan.⁶⁵⁰ Isključuje se mogućnost internog uzimanja u obzir motiva učesnika u pravnom sistemu.⁶⁵¹ Neprihvatljivost ovih rešenja se ogleda u sledeća tri momenta.

Prvo, u apriornom preimućstvu zajednice nad pojedincem od strane čiste sistemfunktionalne postavke zanemaruje se sloboda, ali i pravda, koje se obe ogledaju upravo u trenutnom odnosu personalnog i transpersonalnog, iz tog odnosa proizilaze i dobijaju pravnu formu koja taj odnos zadovoljava, odgovara tom odnosu odnosno trebalo bi da mu odgovara. Tako, već iz toga proističe da rešenje koje za pristanak oštećenog u krivičnom pravu pruža čista sistemfunktionalna postavka ne sledi individualnu slobodu i pravdu, kao vrhovne principe od kojih se polazi u zasnivanju i uspostavljanju dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu. Na taj način čista sistemfunktionalna postavka je delegitimirana u odnosu na njenu podobnost da da ispravno rešenje za institut pristanka. Dakle, sa ovog načelnog nivoa, čista sistemfunktionalna postavka pokazuje se kao uopšte neprihvatljiva, ali i kao neprihvatljiva posebno u pogledu njenih rešenja za zasnivanje dejstva i samog dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu.

Drugo, velikim značajem uloga lica, zanemaruje se samo to lice odnosno pojedinac kao lice. Ono pada u senku uloga koje mu pripadaju u socijalnom sistemu. Uloge treba da budu opredeljujući motiv lica. Lice treba da uopšte prizna i pokorava se normama pravnog sistema, a posebno da izvršava zadatke koji proizilaze iz njegove uloge. Na taj način, ne samo da su krivičnopravnodogmatska rešenja opterećena ulogama, nego se privatni život, lični motivi lica ograničavaju tim ulogama pojedinca u pravnom i socijalnom sistemu. U konkretnom slučaju, to može značiti i ograničavanje dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu bez obzira na dogmatsku strukturu pristanka koju pruža čista sistemfunktionalna postavka. Naime, ukoliko privatni motivi lica i uopšte njegove interne perspektive kolidiraju sa njegovom socijalnom ulogom u pogledu pitanja koja se odnose na pretpostavke dejstva i samo dejstvo pristanka oštećenog u krivičnom pravu, biće uvaženi zahtevi koji proizilaze iz njegove uloge i tako ograničena mogućnost izjavljivanja ili dejstva pristanka u konkretnom slučaju. To proizilazi iz načelnih stavova čiste sistemfunktionalne postavke. Jer, lice je onaj ko producira.⁶⁵²

Najzad, kao treće, što je donekle sadržano i u prethodno navedenom, za pristanak oštećenog u krivičnom pravu, veoma značajan aspekt predstavlja zanemarivanje interne perspektive učesnika pravnog sistema i korišćenje eksterne perspektive, kao i očita apriorna nadređenost države-društva pojedincu.

Pre svega, i u rešavanju problema zasnivanja dejstva i dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu do izražaja dolazi funkcionalistička tautologija. Pojmovi se ne samo odnose jedan na drugi, nego i zalaze jedan u drugi i tako se stvara veštački prelaz i zamagljivanje osnovnog i vodećeg postulata u čitavoj čistoj sistemfunktionalnoj postavci, neprikosnovene apriorne suprematije države-društva u odnosu prema licu-individui, što naročito dolazi do izražaja kod rešavanja problema pristanka oštećenog u krivičnom pravu. Kao što je već rečeno, prema učenju čiste sistemfunktionalne postavke, u pogledu izjavljenog pristanka, po njegovom dejstvu, razlikuju se saglasnost koja isključuje biće dela, pristanak koji isključuje biće dela i pristanak koji isključuje protivpravnost.⁶⁵³ Pre svega, pristanak se generalno određuje tako da je on samo podslučaj nadležnosti (snagom volje) u području nadležnosti žrtve uopšte.⁶⁵⁴ Suština nelegitimnosti čiste sistemfunktionalne postavke u njenom rešavanju problema dejstva odnosno zasnivanja dejstva pristanka

⁶⁵⁰ Tako Sacher u istom delu, S. 598.

⁶⁵¹ Isto, S. 599. Sacher navodi čak i to, da sam Luhmann prizna neophodnost interne perspektive za jurističku argumentaciju.

⁶⁵² Jakobs, Norm, Person, Gesellschaft, S. 127.

⁶⁵³ Vidi odeljak III 3. e) ovog rada.

⁶⁵⁴ Jakobs, Strafrecht AT, S. 254.

oštećenog u krivičnom pravu se nalazi u određenju pristanka koji isključuje protivpravnost i njegovom mestu i odnosu prema druge dve vrste, saglasnosti i pristanku koji oboje isključuju biće dela.

Napred navedeni prigovor, koji se tiče ograničenja slobode dispozicije pojedinaca u ophođenju sa svojim visoko ličnim dobrima i eksterna perspektiva usled koje preta opasnost neprimerenog moralnog staralaštva nad pojedincima⁶⁵⁵ u pogledu određenja pristanka koji isključuje protivpravnost ne samo da stoji u potpunosti, nego znači i dogmatskopravnu potvrdu opravdanosti prigovora čisto sistemfunktionalnoj postavci iznesenih u opštem pogledu, u odnosu na filozofiju koja je podupire. Prema ovoj postavci, dok se pristanak koji isključuje biće dela slobodno razjašnjava iz toga, da socijalni konflikt zavisi od određene vrste odnosa između nekog dobra i njegovog nosioca i time je ostvarenje bića dela uslovljeno oblikovanjem ovog odnosa, pristanak koji isključuje protivpravnost može biti samo kompleksnije zasnovan.⁶⁵⁶ Za pristanak koji isključuje protivpravnost preostaju slučajevi u kojima volja ovlašćenog na dispoziciju ne daje već pravno dovoljan povod za zahvat u njegova dobra, štaviše za opravdanje uz to mora pridoći umno raspolaganje ovim dobrima.⁶⁵⁷ Prema ovoj postavci, umno je preslaganje (Umschichtung) dobara, ukoliko se ono odvija prema vrednosnim merilima, koje naročito valja razviti za stanje nužde i za posredno izvršilaštvo, per Saldo najmanje bez gubitka.⁶⁵⁸ Dakle, drugačije nego kod pristanka koji isključuje biće dela, kod kojeg je samovolja pristajućeg uvek dovoljan (pravno priznat) povod radnji, kod pristanka koji isključuje protivpravnost mora zahvat (ne pristanak) imati povoda i u opštem sudu.⁶⁵⁹ Na taj način, ovaj pridolazak umnog individualnom povodu znači i ovladavanje nad individualnim. Individualno, ukoliko nije i umno nema značaja. Ne uzima se u obzir nezavisno od umnog. To znači i premoć, prevladavanje nadindividualnog nad individualnim, jer je volja pristajućeg uvaživa samo ako odgovara eksternoj perspektivi. Na taj način, može se i dalje s osnovom nadograđivati u duhu ove postavke, društvena uloga ima prevagu nad privatnim razlozima pojedinca u oblasti ostvarivanja odnosno neostvarivanja njegovih privatnih interesa. Sloboda pojedinca je tako stavljena u javne okove. U tom smislu, iako prevazilazi značaj ovog rešenja u zasnivanju dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu, i ne čudi razmatranje ropstva u okvirima ove postavke. Uz to, tvorac čiste sistemfunktionalna postavke ovaj stav, prema većinskom mišljenju neosnovano, podupire time da zakon ovo formulira samo parcijalno za telesno povređivanje u § 226 a nemačkog KZ, da zahvat ostaje protivpravan, „kada delo uprkos pristanku krši moral“.⁶⁶⁰ Pri tome, pitanje je i da li se pravila morala uopšte mogu izjednačiti sa zajedničkim umom. Pored svega ovoga, čini se da u duhu čiste sistemfunktionalne postavke isticanje

⁶⁵⁵ Vidi odeljak III 3. e) ovog rada.

⁶⁵⁶ Jakobs, Strafrecht AT, S. 434.

⁶⁵⁷ Isto, S. 436. Ovo razlikovanje Jakobs navodi i ranije, na drugom mestu svog udžbenika. On ističe, da je preslaganje dobara u okvirima umnog postupak čiji troškovi se više ne bi mogli razjasniti samovoljom pristajućeg. (Isto, S. 249.) Tako se, u stvari, vrši negativno određenje pristanka koji isključuje protivpravnost. Dakle, time, da on, kao uman, ne može da se zasnuje samovoljom pristajućeg, koja karakteriše, čini suštinu druge dve vrste pristanka, saglasnosti koja isključuje biće dela i pristanka koji isključuje biće dela. Suština pristanka koji isključuje protivpravnost je, prema tome, njegova umnost, koja se ne može izjednačiti sa prostom samovoljom. Umnost i prosta samovolja se, pojavno mogu poklopiti, kao odluke iste sadržine, posmatrano odvojeno od konteksta, ali umnost zahteva eksternu ocenu, dok je samovolja čisto interna. Tako, umnost mora imati u vidu kontekst, samovolja uopšte ne. Umnost se izmešta iz subjekta, iz pristajućeg, dok samovolja ostaje čisto subjektivna, vezuje se jedino za pristajućeg. Naravno, ova značenja se pridaju umnosti i samovolji kod pristanka u okvirima čiste sistemfunktionalne postavke od strane Jakobs-a. On na takav način koristi ove termine u problematici pristanka, da ovo naše tumačenje iz toga i proizilazi.

⁶⁵⁸ Jakobs, AT, S. 249.

⁶⁵⁹ Isto, S. 438.

⁶⁶⁰ Isto, S. 438. Jakobs sam na ovom mestu ističe da je pretežno mišljenje zauzelo suprotan stav od njegovog. Dakle, pretežan stav je da se ova odredba odnosi samo na krivično delo telesne povrede i da se ne može generalizirati, dodajemo, onako kako to čini Jakobs, Strafrecht AT, S. 438, Fn 12) Tako i Maiwald ističe da bi jedan deo učenja, neki autori, primenjivali ovu odredbu na sve slučajeve pristanka, dok se većina autora ne slaže sa ovim. (Maiwald, Einwilligung, S. 166, beleška 5).

značaja samovolje pojedinca kod pristanka koji isključuje biće dela nasuprot zajedničkom umu u pogledu pristanka koji isključuje protivpravnost upravo ima značaj pojačavanja značaja zajedničkog uma. Naime, praveći razliku između manjih i težih zahvata, tvorac ove postavke pristanak na manje zahvate stepenuje kao onaj koji isključuje biće dela, dok pristanak na teže zahvate stepenuje kao onaj koji isključuje protivpravnost.⁶⁶¹ Ovaj stav se ne može podržati. Takve podele i diferenciran pravni značaj pristanka prema vrednosti dobra odnosno pravnog dobra nema svoje uporište ni u zakonu, niti u samoj strukturi pristanka. Čini se, taj stav bi mogao naći oslonac u starijoj krivičnopravnoj teoriji. Naime, u starijoj krivičnopravnoj teoriji su postojala tri odeljena gledišta o kažnjivosti krivičnog dela telesne povrede s pristankom. Jedno je za kažnjivost svake telesne povrede učinjene s pristankom, drugo je za nekažnjivost, treće razlikuje lakšu i težu telesnu povredu, pri čemu ono glasi za nekažnjivost kod lakše telesne povrede, za kažnjivost kod teške telesne povrede koja je učinjena s pristankom.⁶⁶² Uporište ovom stavu čiste sistemfunktionalne postavke bi se moglo naći u starijoj krivičnopravnoj teoriji, i to u trećem od navedenih gledišta, prema načelu „minima non curat praetor“, koje očigledno stoji u osnovi ove vrste starijih gledišta.⁶⁶³ No, ovo shvatanje je neodrživo.⁶⁶⁴ Uporište ovom shvatanju se može naći i u pogrešnom

⁶⁶¹ Jakobs, Strafrecht AT, S. 438.

⁶⁶² Mannheimer, Die Einwilligung in eine Körperverletzung, S. 73. Fritz Mannheimer navodi i zastupnike ovih gledišta. Prvo gledište, koje uopšte čak ni u jednom slučaju ne pridaje značenje pristanku, zastupa se od: 1. Reichsgericht R II S. 442, R. VI S. 61; drugačije svakako samo u slučaju operativnih zahvata R. 25, 375 i R. 38, 34., 2. Schütze, Lehrbuch § 35., 3. Hälschner, Gemeines deutsches Strafrecht I S. 471 i u Gerichtssaal 35 S. 179., 4. Berner, Lehrbuch S. 96., 5. Oppenhoff, § 223 Nr. 2. Načelno Kiehl, G. A. 54 S. 374/375., 6. Geyer u Holzendorffs Handbuch III S. 555., 7. v. Liszt, Lehrbuch 17. Aufl. S. 313., 8. Sontag, Kritische Vierteljahrschrift Bd. 19. S. 19., 9. Thomsen, Deutsches Strafrecht, Vorlesungen, S. 343., 10. Die Begründung zum Vorentwurf II S. 659., 11. Hubrich, Das Züchtigungsrecht in seiner strafrechtlichen Bedeutung Gerichtssaal 46 S. 236.; Drugo gledište, koje uvek zahteva nekažnjivost: 1. Olshausen § 223 Nr. 9a., 2. Keßler, Einwilligung des Verletzten S. 72. i S. 78., 3. Binding, Handbuch I S. 722 i Lehrbuch I S. 44/45., 4. Joski, Die Einwilligung des Verletzten S. 37., 5. Hartmann, Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart Bd. 27 S. 755., 6. Klee, G. A. Bd. 50 S. 372. i 374., 7. Meyer-Allfeld, Lehrbuch, S. 380., 8. von Schwartze S. 163., 9. Heimberger, Medizin- und Strafrecht S. 8/9; Heimberger, Vergl. Darstellung, Besonderer Teil II. Band S. 446: Die Verletzung der Wehrpflicht., 10. Kronecker, Gerichtssaal 35 S. 222/23., 11. Ortmann, G. A. 25vS. 119 i Gerichtssaal 35 S. 382., 12. Ullmann, Gerichtssaal 37 S. 555., 13. Rödenbeck, Gerichtssaal 37 S. 139., 14. v. Wächter, Vorlesungen, S. 189., 15. Finger, Lehrbuch I S. 416., 16. Birkmeyer, Enzyklopädie 1166, 17. Zimmerman, G. A. 29 S. 442.; Treće gledište, koje razlikuje između lakše i teže telesne povrede, zastupalo se od: 1. Breithaupt, Volenti non fit iniuria, S. 63., 2. Wiebeck, Der Versuch bei der Tötung auf Verlangen und die in Ausführung dieses Versuchs begangene Körperverletzung S. 39., 3. Frank S., 105., 4. von Bar, Gesetz und Schuld III S. 59., 5. Holeer, Einwilligung des Verletzten S. 123, Meyer, Lehrbuch des Strafrechts S. 472., 6. Merkel, Lehrbuch S. 170., 7. Schaper in Holzendorffs Handbuch II S. 130., 8. Dietrich, Die Strafflosigkeit ärztlicher Eingriffe S. 17., 9. Gerland, V. D. Allg. Teil II S. 526. Samo kao podvrsta ovih poslednjih gledišta, može se označiti ono koje pristanku pridaje značenje samo kod sasvim neznatnih telesnih povreda: Löffler, V. D. Besonderer Teil V S. 243., 2. Geyer, Gerichtssaal 26 S. 279/80. Sasvim odvojeno gledište zastupa Richard Schmidt. Po njemu, u pogledu krivičnopravne odgovornosti lekara: ukoliko se biće dela telesne povrede sastoji u pobuđivanju subjektivnih neugodnosti, ono biva isključeno pristankom povređenog; ukoliko se naprotiv ono sastoji u spoljašnjoj ili unutrašnjoj promeni telesnih svojstava protivno pravilima, pristanak povređenog nema uticaja. Von Lilienthal, Grundriß S. 34., zastupa sledeće gledište: „Pristanak povređenog odstranjuje protivpravnost svuda gde radnja, na čije preduzimanje se pristalo, ne sledi neku pravno nedozvoljenu svrhu.“ (Tako Mannheimer u istom delu, S. 74., 75.)

⁶⁶³ Tako Mannheimer u istom delu, S. 77.

⁶⁶⁴ Mannheimer ističe više razloga za neodrživost tog shvatanja. Prema njegovom mišljenju, princip prema kome bi lake telesne povrede s pristankom trebale biti nekažnjive, a teške kažnjive, ne može se juristički zasnovati. Između težih i lakših telesnih povreda ne postoji principijelna razlika, oba nisu posebni delikti, nego različita stepenovanja istog delikta. Pozivanje na zahtev za predlogom za gonjenje se ne pokazuje kao uverljivo pri različitosti pristanka i predloga. Teške i lake telesne povrede valja podjednako tretirati, ili pristanak kod obe ukida protivpravnost, ili je on kod oba bez dejstva. Mannheimer ističe i to, da prvo shvatanje, prema kome pristanak nema uopšte dejstvo, nije održivo u svojoj gruboj formi, kao i da je drugo shvatanje, prema kome se pristanku uvek pridaje dejstvo koje isključuje kaznu, neodrživo stoga, jer se sa našim celokupnim pravnim nazorima ne slaže to, da teška osakaćenja trebaju biti nekažnjiva, čak i kada ih je osakaćeni hteo. On zauzima sopstveni stav, pitajući se, kako se ovo vlada kod normi gde zakon potpuno čuti o svrsi? Prema njegovom mišljenju, ovde se opšta svrha mora zamisliti upravo subsidijerno, kao da istupa iz pozadine, ova opšta svrha, na kojoj Krivično pravo zaista počiva nužno kao izraz

shvatanju čiste sistemfunktionalne postavke o apriornoj nadređenosti zajednice pojedincu, jer bi iz toga i moglo proizaći kako to da zajednica treba da ima veći upliv u raspolaganje pojedinca nad njegovim vrednijim dobrima, tako i suprotno, da je pridodavanje zahteva za opštim sudom, zajedničkim umom, volji pojedinca kod pristanka koji isključuje protivpravnost, kao uslova njegovog dejstva, opravdano upravo većim značajem dobara na koje se odnosi pristanak koji isključuje protivpravnost. Stav o tom odnosu zajednice i pojedinca, transpersonalnih i personalnih interesa, ne može biti aprioran, jer zavisi o prostorno-vremenskoj određenosti i odlikama tog odnosa. Najzad, tri vrste dejstva tzv. pravog pristanka⁶⁶⁵, koje poznaje ova postavka, pojmovno nisu jasno omeđene. Pojmovna određenja se sadržinski poklapaju u nekim delovima, zalaze jedan u drugi. Tako se, u pogledu dejstva saglasnosti koja isključuje biće dela navode dva razloga tom dejstvu.⁶⁶⁶ Prvi se, u krajnjoj liniji, može svesti na saglasnost koja isključuje biće dela u uobičajenom smislu te reči, u nefunkcionalističkom posmatranju ovog problema. Drugi, međutim, prema samoj tvrdnji tvorca ovog mišljenja⁶⁶⁷, kao htenje situacije kojoj nužno pripada predaja dobra, po svom praktičnom značenju jeste pristanak koji isključuje biće dela, a ne saglasnost.⁶⁶⁸ Ovim čista sistemfunktionalna postavka, u ovom drugom razlogu saglasnosti, pravi preklapanje između dve vrste tzv. pravog pristanka, između saglasnosti koja isključuje biće dela i pristanka koji isključuje biće dela. Upućuje ih jedno na drugo u njihovom pojmovnom određenju, određuje ih jedno drugim, tako da je ovo odraz njene funkcionalističke tautologije. No, na ovaj način se ovo pojmovno određenje delimično poklapa sa naprednim shvatanjem⁶⁶⁹ koje u istu ravan stavlja saglasnost i pristanak uopšte. Tako čista sistemfunktionalna postavka, tautološkim pojmovnim određenjem i poklapanjem između dve vrste pravog pristanka, stvara nečisto polje, koje je zamagljeno u delu preklapanja pojmovnih određenja saglasnosti i pristanka koji isključuje biće dela. Čini se da se tako priznaje, od strane same čiste sistemfunktionalne postavke, i visok stepen nepreciznosti pojmovnog razlikovanja, ali i stvara polje njenog nerazumevanja u pogledu na ovaj problem. Najzad, nedovoljno razjašnjenim ostaje i razlikovanje pristanka koji isključuje biće dela od pristanka koji isključuje protivpravnost. Upravo primena objektivne umnosti kod pristanka koji isključuje protivpravnost, ukoliko se ne obazire na legitimnost ovog rešenja, bi zahtevala jasno razlikovanje pristanka koji isključuje protivpravnost od pristanka koji isključuje biće dela. Međutim, čista sistemfunktionalna postavka ima nejasan kriterijum njihovog razlikovanja, tako da je nedovoljno i nejasno određeno, u kojim sve slučajevima dolazi u obzir zahtev za objektivnom umnošću. Jer kriterijum razlikovanja dobara, kao sredstava razvoja i sredstava razvoja uopšte, kako je to ovde i predstavljeno, nije dovoljno precizan.

Prelaskom na zahtev za objektivnom umnošću stiže se i do pojma autonomije i ovde se daju razlozi za neprihvatljivost shvatanja autonomije u ovoj koncepciji. Prema čistoj sistemfunktionalnoj postavci, autonomija je pojam koji se nagriža od spolja, primenom eksternih kriterijuma svojstvenih ovoj postavci. U skladu sa, pravno neodrživom, primenom načela „minima non curat praetor“, u stvarima koje su „minimalne“, a to su slučajevi saglasnosti i pristanka koji isključuje biće dela, autonomija se razume kao prosta i čista samovolja, koja ne interesuje vlast i ona je neokrnjena, pojedinčeva samovolja. Naprotiv, u stvarima koje nisu minimalne, a u kojima zakonodavac, prema tumačenju čiste sistemfunktionalne postavke, ako se prethodno autonomija razume kao „autonomna vlast“⁶⁷⁰ kojoj odnosno čijem razvoju

moralnog shvatanja dužnosti države prema podređenima njenoj sili. (Vidi isto, S. 74-79.)

⁶⁶⁵ Ovdje nije korišten izraz „izjavljeni pristanak“, jer Jakobs zastupa teoriju o upravljenosti volje u pogledu pitanja potrebe izjavljivanja pristanka kao pretpostavke njegovog dejstva. (Vidi Jakobs, Strafrecht AT, S. 245.)

⁶⁶⁶ O tome detaljnije vidi u odeljku III 3. e) ovog dela ovog rada.

⁶⁶⁷ Vidi: Jakobs, Strafrecht AT, S. 242.

⁶⁶⁸ Vidi: Jakobs, Strafrecht AT, S. 242., kao i naše prenošenje ovog mišljenja, u odeljku III 3. e) ovog dela ovog rada.

⁶⁶⁹ Vidi napredno shvatanje opisano u odeljku III 3. d) ovog rada.

⁶⁷⁰ Jakobs očigledno samo izraz „autonomna vlast“ preuzima od Schmidhäuser-a (AT 8/130). (O tome vidi: Jakobs, Strafrecht AT, S. 243.)

služe brojna dobra zaštićena bićem dela, postupa tako, da autonomiju ne štiti direktno, nego samo preko dotičnih bića dela, dakle zakonodavac je mislio na autonomiju, ali je pominje samo postvareno u događaju iz bića dela, tako da obrnuto, biće dela može biti ispunjeno, iako ne postoji povređivanje autonomije.⁶⁷¹, jasno je da sloboda čoveka, pojedinca, u čistoj sistemfunkcionalnoj postavci ne samo da nije vodeći, nego uopšte nije princip na kome počivaju država i pravo. Naime, ako je moguće da se krivično delo ostvari prema pojedincu, u pogledu čisto i isključivo individualnog, dakle njegovog, pravnog dobra koje on nosi, uprkos činjenici da autonomija, odnosno rečnikom kojim se služi i čista sistemfunkcionalna postavka, autonomna vlast pojedinca nije povređena, u tom slučaju pojedinčeva volja nije odlučujuća za krivičnopravnu ocenu radnje. Tada, dakle, volja pojedinca koja se odnosi na predaju sopstvenog dobra ne može odnosno ne može sama staviti krivičnopravnu zabranu određenog ponašanja van snage. Ona je tako okovana spoljnim, višim autoritetom, koji ulazi u procenu svrhe dotičnog dobra, da li ono služi pojedincu kao sredstvo za razvoj, te u tom slučaju sloboda volje je sužena, po sadržini mora odgovarati objektivnom, zajedničkom, opštem umu, da bi ta volja imala dejstvo kao pristanak koji isključuje protivpravnost. Tako se, u stvari, sloboda volje desubjektivira, individualni um se ništi opštim umom zajednice. Tako se sputava individualni napredak, jer nestaje značaj individualne volje, pojedinac se vodi opštim umom, trenutno dosegnutim napretkom. On mu se nameće, dat mu je. Istina pojedinca i zajednička istina se, u tom slučaju, ili akcidentalno poklapaju ili joj se pojedinac povinuje, hteo ne hteo. Prema navodima tvorca čiste sistemfunkcionalne postavke, ovo se u toj postavci izražava tako, da se kod pristanka koji isključuje protivpravnost radi o onim slučajevima pristanka na povređivanje, kod kojih dotično dobro nema funkciju razmene, dakle nije sredstvo razvoja. Izuzetna upotreba nekog takvog dobra kao sredstva je tada moguća samo u jednoj posebnoj situaciji i donosi neko izneveravanje, koje nije za upražnjavati jedino s pristankom, nego zahteva i osvrt na kontekst.⁶⁷² Naime, posmatrano sa strane javnopravne prirode krivičnog prava, potrebno je objašnjenje zavisnosti krivičnopravnog bića dela neprava od volje povređenog; to obratno stoji posmatrano od dobara u privatnoj pravnoj nadležnosti: problem postaje ograničenje dejstva nekog pristanka kojim se sprečava nepravo. Između označenih ekstrema se kolebaju istorijski predlozi rešenja, čiji zastupnici se do danas nisu našli u naročitom jedinstvu.⁶⁷³ Ovaj uvid jasno oslikava problem. Međutim, rešenje tog problema stavljeno je u funkcionalističke okvire i time je i sam problem sužen, u konkretnom slučaju na sferu isključenja protivpravnosti u pogledu radnji povređivanja važnijih dobara. U njima, ocena radnje učinjene s pristankom na povređivanje se razlikuje od samopovređivanja, jer je samopovređivanje izvučeno iz socijalnog konteksta, a povređivanje s pristankom nije.⁶⁷⁴ Međutim, čista sistemfunkcionalna postavka na pogrešan način traži rešenje, polazeći od preimućstva opšteg, zajedničkog uma nad pojedinačnim, individualnim, na štetu slobode pojedinca. Naime, ta postavka polazi od pitanja, kada za druge samoodređenje pristajućeg daje uman povod radnji, te konstatuje da, ukoliko ovaj nedostaje, povređivanjem tuđeg se bez obzira na pristanak krši očekivanje da se tuđa dobra ne bi smela doticati. Ukoliko povređivanje s pristankom nije sposobno da ošteti nosioca pravnog dobra u njegovoj autonomiji, na taj način se ipak ometa generalno povezivanje dozvole zahvata i uma – koji još treba konkretizirati. Drugačije nego kod isključivog samopovređivanja, kod kojeg neki socijalni odnos sa svojim posledicama može nastati samo posredno (nadovezujući se na samopovređivanje), povređivanje tuđeg je genuino uvek socijalni odnos. Svakako u ovim slučajevima biva skraćeno nepravo: ne radi se više o povređivanju dobra pojedinog imaoca, nego samo još o ugrožavanju opšteg stanja određenih dobara neuvažavanjem opšte očekivanih maksima radnji.⁶⁷⁵ Stoga, može se na osnovu ovih, kao i drugih misli tvorca čiste

⁶⁷¹ Tako Jakobs u istom delu, S. 243., 244.

⁶⁷² Isto, S. 244.

⁶⁷³ Isto, S. 434.

⁶⁷⁴ Tako Jakobs, Strafrecht AT, S. 435.

⁶⁷⁵ Isto, S. 435.

sistemfunktionalne postavke izvesti jasan zaključak. Naime, delimičnim ograničenjem raspolaganja pojedinca nad sopstvenim dobrima, koja služe eksternom uglu dvojnog posmatranja, tako da je ograničenje postavljeno na važnija dobra pojedinca, njegova autonomija u pogledu tih važnijih dobara se svodi na slaganje ili neslaganje sa zajedničkim umom zajednice. Interna perspektiva se tako potpuno zanemaruje. Uz to, shvatanje problema slobode volje od strane tvorca čiste sistemfunktionalne krivičnopravne koncepcije je izrazito problematično.⁶⁷⁶ Kada se ovome dodaju uloge i apriorna nadređenost opštosti nad pojedincem, od njegove slobode gotovo da ništa ne preostaje. S obzirom da sloboda i pravda stoje u upravnoj srazmeri, u projektu društva čiste sistemfunktionalne postavke nema ni pravde, jer nema slobode. Tačnije, slobode ima u onom stepenu u kome ima i pravde, a to je gotovo nikako. Tako, može se reći, čista sistemfunktionalna postavka državu i pravo postavlja kao političko sredstvo u rukama privrede, jer se krug zatvara konstatacijom da je lice onaj ko privređuje.

Najzad, na ovom mestu razmatraju se razlozi neprihvatljivosti rešenja problema mana volje kod pristanka u okviru čiste sistemfunktionalne krivičnopravne koncepcije. Tvorac čiste sistemfunktionalne postavke svoju konstrukciju uračunavanja, tačnije nadležnosti za mane volje pristajućeg, izvodi upravo na sledeći način: Dolazi li do ostvarenja pristanka prevarom ili silom koja se ne odnosi na pravno dobro, onda je on delotvoran. Za njegovo proizvođenje ili iskorištavanje naravno može prema pravilima posrednog

⁶⁷⁶ Na ovom mestu valja dodati i to, da čista sistemfunktionalna postavka u pitanjima krivice učinioca postulira irelevanciju slobode volje. Naime, prema ovoj postavci, za određenje krivice bi se morali navesti oni motivatorski razlozi protivpravne radnje, za koje se učinilac mora smatrati kao nadležan, kada na osnovu kršenja norme očekivanje ne treba da trpi, norma biva opšte obavezna. Time okrivljavanju (ili u odustanku od toga) pripada socijalnopsihološki plauzibilitet svojstva, da postoji neka opšta spremnost da se akceptira odgovornost (ili od nje odustane) u situaciji u kojoj se nalazi učinilac. Ova spremnost počiva na snošljivosti obima odgovornosti i postoji nezavisno od toga, da li je učinilac pri njegovom delu obdaren slobodnom voljom. I determinista se može saglasiti sa time, da za podelu odgovornosti nema alternative, ukoliko uopšte treba održati poredak. Kada se sloboda volje rasprostranjeno postulira kao pretpostavka svake krivice ili u nekoj oslabljenoj verziji sloboda volje najmanje kao pretpostavka krivice, pri čemu naravno biva dopušteno, da se sloboda volje u pojedinom slučaju ne da utvrditi (to u pojedinom slučaju treba doći na generalizirano „moći“ (Können)), tako da je ovaj pojam, koji čak nema socijalnu dimenziju, nužan samo kada se sa ocenom o krivici ne treba doseći jedino neki socijalni efekt, nego i sniženje vrednosti individuuma (prebacivost). Pri ograničenju na osiguranje socijalnog poretka, kod krivice se ne radi o tome, da li učinilac realno i ne samo u normativnom određenju ima izvodivu alternativu ponašanja, nego da li uračunavanje učiniocu ima neke organizacione alternative, koja generalno zaslužuje prednost. Nedostaje li organizaciona alternativa, onda učiniocu biva pripisana alternativa ponašanja i na teret mu se stavlja njena neupotreba. Kohlrausch-ovu čuvenu reč, da kod krivice individualno moći jeste „neophodna državna fikcija“, valja dakle modifikovati dotle, da je moći, ako se hoće zaustaviti na tome, jedna normativna konstrukcija... ..Područje u kome se može postati kriv je dakle slobodan prostor za samoodređenje, ovo ne u smislu slobode volje, nego u smislu nedostatka pravno relevantne prepreke za sopstvene organizacione akte. (Jakobs, Strafrecht AT, S. 485.) Na drugom mestu, Jakobs, kao tvorac i glavni zastupnik čiste sistemfunktionalne postavke, dodatno razjašnjava svoje shvatanje. On na tom mestu i sažima svoje shvatanje. Pre svega, valja napomenuti da za slobodu volje on ističe, da ona ne biva pozitivno pretpostavljena; štaviše, ona je samo metafora za nedostatak izvanredne sile – neizbežive zablude, neke fizičke bolesti, nekog stanja nužde koje nije za odgovornost. (Jakobs, Individuum und person, S. 262.) Ovu napomenu valja staviti u kontekst sažetog shvatanja čiste sistemfunktionalne postavke. Prema njemu, bitno je sledeće. 1. Ljudske individue (čulno biće) nisu slobodne ni u svojoj physis ni u svom psihičkom nagonu po zadovoljstvu ili nezadovoljstvu; utoliko krivičnopravna teorija ne postavlja ništa drugačije od modernog istraživanja mozga. 2. Normativno strukturirano društvo ne obavezuje ljudske individue, bolje rečeno lica. Lica su normativno konstruirane adrese prava i dužnosti. Normativni poredak, pravo, je društveno stvarno, kada ono usmerava stvarno orijentiranje. To istraživačima mozga mora ostati prikriveno, pošto oni istražuju individue, ne društvo. 3. Ponašanje u skladu s normom nije uvek individualni prioritet; stoga su lica nadležna, da se brinu za motivaciju odanu pravu; Kao kontrauslugu lica dobijaju slobodu samoupravljanja u smislu neke slobode za neometano postupanje sa sopstvenim pravima. 4. Pretpostavka, da se poimanje sopstvenog personaliteta događa u nekom socijalno uslovljenom procesu učenja, je kompatibilna sa rezultatima istraživanja mozga. 5. U ishodu korespondiraju samostalnost i odgovornost, ne sloboda volje i odgovornost. (Isto, S. 265., 266.) Na ovom mestu ističemo da je kritika Jakobs-ovog shvatanja problema slobode volje data napred u okviru rasprave o slobodi i slobodi volje u okvirima iznošenja rešenja vladajuće krivičnopravne koncepcije, kao i da se kasnija kritika Roxin-ovog shvatanja problema slobode volje bez smetnji može primeniti i na Jakobs-ovo shvatanje, tako da ovde upućujemo i na razmatranja rešenja personfunktionalne krivičnopravne koncepcije koja su data kasnije u ovom radu.

izvršilaštva, ali i samo prema ovim pravilima da bude pričvršćen: kao prinuda ili prevara za posredno samopovređivanje upotrebom – od posrednog izvršioca samog ili od nekog trećeg iskorišćenog – pristanka. Konstrukcija je sledeća: oruđe je pristajući; posredni izvršilac je onaj, koji je nadležan za defekt pristanka; on može biti identičan sa zahvatajućim po pristanku bez postojanja bića dela, ali ovo ne mora, pri identitetu on deluje kao posredni izvršilac (ovladavanje defekta) shodno biću dela, kao neposredni izvršilac (zahvat) bez postojanja bića dela. – Kao što prinuđeni umišljaj ili možda umišljaj pri radnji u zabludi o motivu uprkos nedostatku slobode ostaje umišljaj, tako ni pojmu pristanka ne pripada njegova sloboda.⁶⁷⁷ Ova paralela s umišljajem se pravi i na drugom mestu. Prema tome, pristanak odgovara umišljaju; nema „nehatnog pristanka“.⁶⁷⁸ U suštini, prema ovom rešenju, uzročnik konflikta (onaj koji vara ili onaj koji preti) za trošak razrešenja (pristankom predato) odgovara ne stoga, što bi predaja bila nedelotvorna, nego jer je i dokle je nadležan za situaciju u kojoj je predaja umna ili se pristajućem čini umnom.⁶⁷⁹

Centralna razlika između ovog rešenja i uobičajenog shvatanja je u tome da se u okvirima čiste sistemfunktionalne postavke ponašanje koje zasniva odgovornost predmešta. Odgovornost više ne izaziva neposredan zahvat u dobro koji se preduzima na osnovu nekog nedelotvornog pristanka, nego nadležnost za „defektan osnov“ pristanka zasnovana u predvorju nemoralnim (nečistim – unlauteres) delanjem. Ovo predmeštanje se konstruktivno postiže time što se zahvat u dobro izveden od drugog lica tretira tako, kao da ga je izvršio sam imalac dobra. Pošto se povređivnje dobra stvarno dešava u okvirima (pravno značajnog) socijalnog odnosa, tvorac čiste sistemfunktionalne postavke mora, da bi povređivanje tuđeg mogao u svom pravnom značenju postaviti jednako kao samopovređivanje, posegnuti za pravnim institutom pristanka. Pošto to ova konstrukcija čini neophodnim, da se zahvat kao ponašanje ostavi nekažnjenim, prinuđen je, da pristanak paušalno kvalificira kao delotvoran, iako on počiva na prevari ili sili koje se ne odnose na pravno dobro. Iz njegovog ugla posmatranja zahvatajući je samo „produžena ruka“ imaoca dobra, koji njegovu volju vrši gotovo kao oruđe i stoga se ne može učiniti odgovornim za nastupelo oštećenje dobra. Nadležan za povređivanje dobra je u odnosu prema zahvatajućem uvek pristajući. Pri tome je za tvorca ove konstrukcije nebitno, da li je zahvatajući identičan ili nije sa licem koje je dovelo do pristanka prevarom ili pretnjom koje se ne odnose na pravno dobro.⁶⁸⁰

Ova konstrukcija pati od brojnih nedostataka, tako da se na ovom mestu samo iznose neki prigovori koji joj se upućuju u načelu. S jedne strane stoji prigovor o invalidnosti primene teorije o posrednom izvršilaštvu na problematiku pristanka odnosno mana volje kod pristanka.⁶⁸¹ S druge strane, u rešenju čiste sistemfunktionalne krivičnopravne koncepcije javlja isključenje slobode iz pojma delotvornog pristanka, jer ovu formu izraza volje imaoca dobra normativno postavlja na isti stepen sa umišljajem učinioca. Tako, u ovom rešenju dolazi do izbacivanja autonomije kao merila delotvornosti pristanka, pri čemu se pitanje uračunavanja pretvara u organizaciono pitanje nadležnosti. Dakle autonomija se zamenjuje tipično funkcionalističkim pojmom organizacije, tako da se problem uračunavanja koji proističe iz autonomije zamenjuje problemom nadležnosti, koji proističe iz organizacije. Uz to, ista pravila su predviđena za slučaj mana volje kod pristanka koji isključuje biće dela i za mane

⁶⁷⁷ Jakobs, AT, S. 247., Rn 118

⁶⁷⁸ Jakobs, AT, S. 253., Rn 129

⁶⁷⁹ Isto, S. 250, Rn 123

⁶⁸⁰ Ovako suštinu Jakobs-ove konstrukcije predstavlja Rönnau, Willensmängel, S. 395.

⁶⁸¹ O tome iscrpnu argumentaciju daje Rönnau, Willensmängel, S. 395-408. Ova tematika bi značajno opteretila ovaj rad drugovrsnim problemima nego što je problem pristanka, a nije reč o osnovama pristanka, i stoga se ovde odustalo od njegovog razmatranja. Dovoljno je suštinski reći da je ovo rešenje Jakobs-a neadekvatno i pravnodogmatski nedosledno.

volje kod pristanka koji isključuje protivpravnost, ne uzimajući pri tome u obzir ograničenje ovog drugoga umom zajednice.⁶⁸²

Zbog svih navedenih razloga, može se sažeto reći da čista sistemfunktionalna postavka nije prihvatljiva uopšte, ali ni u pogledu rešenja problema dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu posebno. Naime, ona nema kriminalnopolitičko opravdanje, nije legitimna jer ne sledi principe slobode i pravde. Ona ove principe ne sledi ni u pogledu rešenja problema dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu. Bitnije, ona u pogledu svojih rešenja vezanih za pristanak ne sledi slobodu kao vrhovnu vrednost građanskog društva. Najzad, ona nije ni pravnodogmatski konsekventno izvedena. Naime, već načelno i neposredno, dolazi do degradacije čoveka. Ne samo da se za odnos između države i pojedinca uzima da je apriorno u korist države, nego se pojedinac posmatra kao element grupe koji ima prava jedino da bi mu se omogućilo da ispunjava svoje dužnosti. Već pojmovno, on je doteran u objektivni poredak koji služi grupi i ima zadatak da privređuje. Uz to, ovo shvatanje sadrži i diferenciranje na lica i ne-lica, koje neposredno i neopravdano reducira status civitatis ne-lica. Odnos personalnog i transpersonalnog je, bez obzira na realnost, apriorno postavljen u smislu nadređenosti transpersonalnih u odnosu na personalne interese. Tako se ne samo preko napuštanja realnog stanja u ovom odnosu napuštaju ideja pravde i slobode, nego se u osnovu ove krivičnopravne koncepcije stavlja sociološka sistemteoretska osnova koja i izričito napušta ideju pravde. Na ovo se nadovezuje i veliki značaj pridat ulogama pojedinca, kao i izrazito eksterna perspektiva u odnosu na učesnike u pravnom sistemu, dok je njihova interna perspektiva tako neopravdano zanemarena. Iz ovoga proističu i nelegitimna i pravnodogmatski nedosledna rešenja koja se tiču pristanka oštećenog u krivičnom pravu. Pojmovno ova koncepcija pristanak određuje kao podslučaj nadležnosti (snagom volje) u nadležnosti žrtve uopšte. Tri vida pristanka oštećenog koji se razlikuju u okvirima čiste sistemfunktionalne krivičnopravne koncepcije, saglasnost koja isključuje biće dela, pristanak koji isključuje biće dela i pristanak koji isključuje protivpravnost, niti su legitimno niti pravnodogmatski jasno i dosledno zasnovani. Suština nelegitimitnosti čiste sistemfunktionalne postavke u njenom rešavanju problema dejstva odnosno zasnivanja dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu se nalazi u određenju pristanka koji isključuje protivpravnost i njegovom mestu i odnosu prema druge dve vrste, saglasnosti i pristanku koji oboje isključuju biće dela. Upliv značenja opšteg, objektivnog uma u okviru pristanka koji isključuje protivpravnost dovodi do značajnog ograničenja slobode žrtve u postupanju sa svojim važnijim dobrima. Praktično, pristanak je delotvoran jedino ako odgovara zahtevima objektivnog uma, opštem sudu. Time se čovek degradira u postupanju sa svojim sopstvenim pravnim dobrima od većeg značaja. Bitno je ovde istaći da kod pristanka kojim isključuje protivpravnost mora zahvat (ne pristanak) imati povoda i u opštem sudu. Najzad, tri vrste dejstva tzv. pravog pristanka, koje poznaje ova postavka, pojmovno nisu jasno omeđene. Ovo bi značilo ne samo pravnodogmatsku nedoslednost, nego i nejasnoću koja bi značajno otežala praktičnu primenu ovog shvatanja, ukoliko bi do toga eventualno i došlo. Nadovezujući se na pristanak koji isključuje protivpravnost, može se reći da se ovde autonomija pojedinca svodi na slaganje ili neslaganje sa opštim umom zajednice, a interna perspektiva se tako potpuno zanemaruje. To dovodi do ništenja slobode pojedinca u postupanju sa svojim važnijim dobrima, do njegove degradacije na objekt krivičnopravne regulacije. Uz to, do čovekove degradacije dovodi i rešenje problema slobode volje kao državno neophodne fikcije, pri čemu se stav o degradaciji čoveka od ove koncepcije znatno ojačava kada se problem posmatra sa aspekta svrhe kazne određene kao pozitivne generalne prevencije. O tome će biti reči u narednim odeljcima ovog rada. Najzad, nelegitimno je i pravnodogmatski nedosledno rešenje problema mana volje kod pristanka od strane ove krivičnopravne koncepcije. Pravnodogmatska nedoslednost se s jedne strane ogleda u neadekvatnoj primeni pravila o posrednom izvršilaštvu na ove slučajeve, dok se s druge strane nelegitimitnost ovog

⁶⁸² O ovome znatno iscrpnije vidi u istom delu, S. 369-382.

rešenja ogleda u izbacivanju autonomije kao merila delotvornosti pristanka i njenom zamenom problemom nadležnosti.

3.5.3.2 Rešenja umerene sistemfunkcionalne postavke

Umerena sistemfunkcionalna postavka⁶⁸³ kao svoj opšti okvir, u tom pogledu kao i čista sistemfunkcionalna postavka, ima sociološku sistemteoretsku osnovu, ali je u pitanju sasvim druga sociološka teorija.⁶⁸⁴ S obzirom na to⁶⁸⁵, ovde je raspored izlaganja rešenja umerene sistemfunkcionalne krivičnopravne koncepcije drugačije koncipiran. Obrađuju se osnovna pitanja koja se tiču sistemteoretske osnove, kao i rešenja umerene sistemfunkcionalne krivičnopravne koncepcije uopšte i posebno ona koja se tiču pristanka oštećenog u krivičnom pravu. Izlaganje koje sledi obuhvata sledeće celine: a) Osnovne crte sociološke sistemteoretske osnove umerenoj sistemfunkcionalnoj krivičnopravnoj koncepciji, b) Poštovanje subjektiviteta lica u ovoj krivičnopravnoj koncepciji, c) Funkcionaliziranje osnovnih ideja građanskog društva u umerenoj sistemfunkcionalnoj krivičnopravnoj koncepciji, d) Dejstvo pristanka oštećenog u krivičnom pravu po umerenoj sistemfunkcionalnoj krivičnopravnoj koncepciji, e) Rešavanje problema mana volje kod pristanka po ovoj krivičnopravnoj koncepciji, f) Kritika ovog rešenja problema mana volje kod pristanka i njeno prevazilaženje.

U pogledu njenih rešenja osnovne crte ove sociološke teorije sistema (i njeni nedostaci), najopštije rečeno, ogledaju se u društvenom raslojavanju društvenih struktura, koje u krajnjoj liniji čine pojedinci kao njihove osnovne, najniže jedinice, uočljiva je izrazita podređenost pojedinca svakom od subjekata koji stoji na višem stepenu opštosti, ali i neadekvatna hijerarhija i uređenje ovog sistema. Naime, ličnost se posmatra kao član tih viših društvenih subjekata, prema kojima ima dužnost da bude lojalan. U njega se internalizuju društveni objekti i kulturne norme. Njegova samozainteresovanost kanalise se kroz članstvo i lojalnost kolektivitetima. Kao osnovna svrha odnosno funkcija društvene zajednice ističe se integracija. Istovremeno, monopol na silu, koji ima samo vlada kada deluje u ime društvenog kolektiviteta kao celine, je glavni kriterijum integracije. Vrednosni sadržaji se usađuju, internalizuju u pojedince. Ti vrednosni sadržaji se shvataju kao održavanje obrazaca, kao poverenja u tu zajednicu i imaju tautološki obrt u svojoj funkciji, kao održavanje obrazaca. No, vlast se, u krajnjoj liniji, ne rukovodi vrednosnim sadržajima ukoliko je u pitanju društvena integracija. Integracija je, u stvari, najviša vrednost projektovana u ovom sistemteoretskom rešenju.⁶⁸⁶ Stoga, postoji sumnja u pogledu uvažavanja idejnih osnova građanskog društva: istine, slobode i pravde u umerenoj sistemfunkcionalnoj krivičnopravnoj koncepciji.

⁶⁸³ Tvorac ove krivičnopravne koncepcije je Knut Amelung. Njegova shvatanja su ovde prikazivana prema više njegovih radova.

⁶⁸⁴ Reč je o sociološkoj teoriji sistema čiji tvorac je Talcott Parsons. Za prikaz pojedinih rešenja ove sociološke teorije korišćeno je delo: Parsons, Moderna društva. Prikaz Parsons-ovih shvatanja dat je prema ovom njegovom delu, tačnije prema delu II Teorijske orijentacije, str. 11-42. tog dela. Naime, u naše svrhe ovde je dovoljan prikaz opštih teorijskih stavova o društvenom sistemu ove sociološke teorije, dok konkretnija obeležja razvojnog puta modernih društava koje Parsons obrađuje u sledujućim drelovima svog dela potpadaju pod ova opšta razmatranja u delu II, tako da je njihov prikaz, iz tog razloga, ovde izostavljen. No prikaz koji sledi je nužno obimniji, jer se čitava Parsons-ova sistemteoretska postavka odnosi na stratifikaciju društva iz ugla odnosa pojedinac-društveni sistem i u svakom svom delu, ako se u ovoj oceni ograničimo na deo II ovog dela, prikazuje taj odnos. Taj odnos je pak ležište rešenja umerene sistemfunkcionalne postavke, koja se ovde ispituju sa aspekata njihove legitimnosti. Za problematiku dejstva pristanka oštećenog u Krivičnom pravu taj odnos je odlučujući. Ako se ne prikaže i ne preispita samo ležište umerene sistemfunkcionalne postavke, ne može se ozbiljnije pristupiti ni ispitivanju legitimnosti njenih rešenja.

⁶⁸⁵ Ali i s obzirom na činjenicu da u odeljku 1. ovog dela ovog rada nije dat obuhvatniji i prikaz ni sociološke teorije Parsons-a, niti stavova umerene sistemfunkcionalne krivičnopravne koncepcije, koji su dati samo u skici.

Društvo može biti samodovoljno samo u meri u kojoj je uopšte sposobno da „računa na“ ponašanje svojih članova koje „doprinosi“ na odgovarajući način društvenom funkcionisanju. Samodovoljnost se tiče stepena u kojem je izvršena legitimizacija institucionalizacije društva, putem saglasne vrednosne odanosti članova datog društva.⁶⁸⁷

Za nas bitna karakteristika ove sociološke teorije je apriorna nadređenost države-društva pojedincu, koja se smatra neizmenjivom. Naime, reč je najpre o nepromenljivom odnosu društva-države i pojedinca, koji svakako stoji u korist društva-države i drugih kolektiviteta u sistemu društvene stratifikacije, dakle o nepromenljivosti društvene strukture u celini kao odrazu funkcionalističkog postulata funkcionalne neophodnosti.⁶⁸⁸ Tako, isto kao i u pogledu čiste sistemfunkcionalne krivičnopravne koncepcije i njene sociološke osnove, i umerena sistemfunkcionalna krivičnopravna koncepcija ima sistemteoretsku osnovu u kojoj se zahvata u sferu odnosa personalnog i transpersonalnog. I jednako, i ova sistemteoretska osnova iz ovog neizmenjivo projektovanog odnosa personalnog i transpersonalnog ne može doći do ispunjenja principa slobode i pravde, jer oni proizilaze iz duha vremena u pogledu tog odnosa, a ne iz postulata funkcionalne neophodnosti.

Uz to, pored vrednosti koje se pojedincu internalizuju i apriornog odnosa opštosti i pojedinca u kome je apriorno obezbeđeno preimućstvo opštosti, naročito značajna je i funkcija uloga. Po ovoj teoriji, uloga se shvata kao određenje klase pojedinaca koji su, preko uzajamnih očekivanja, uključeni u određeni kolektivitet. Uloge čine primarne zone međusobnog prožimanja između društvenog sistema i pojedinačne ličnosti. Međutim, uloga nikad nije posebno namenjena datom pojedincu.⁶⁸⁹ Pri tome, ova koncepcija, ipak, za razliku od čiste sistemfunkcionalne krivičnopravne koncepcije, pored zauzimanja eksterne, dopušta i internu perspektivu posmatranja problema.

Čovek se shvata kao igrač uloga koji je usvojio društvene vrednosti, norme i stručna znanja i koji je kao takav spreman da ostvaruje one društvene uloge (funkcije) koje su mu procesom socijalizacije i funkcionisanjem društvenog sistema predodređene. Uloge se pri tom shvataju kao organizovani sistem (obraci) ponašanja (akcija) koji odgovaraju učešću pojedinca u različitim društvenim grupama (socijalnim subsistemima). Na osnovu toga proizilazi ukupan društveni položaj (socijalni status) i dinamička strana pojedinca: njegova uloga u globalnom društvu. Naglasak je kod funkcionalističkog stanovišta da je pojedinac u procesu socijalizacije pasivan ili da, eventualno, reaguje biološki, da nije normalno da postoji stvaralačka reakcija pojedinca niti individualne varijacije u tim reakcijama. Pojedinci su pasivni otisci procesa socijalizacije koji određuje njihove socijalne statuse i uloge, što oni bespogovorno prihvataju. Razvoj autonomije pojedinca se shvata jedino kao oslobođenje od primarne vezanosti za porodicu, kako bi pojedinac što lakše mogao prihvatiti razne uloge odrasle ličnosti.⁶⁹⁰ Funkcionalističkom pristupu svojstveno je da socijalizaciju, usvajanje zajedničkog sistema ideja, a

⁶⁸⁶ Ovaj sažeti prikaz je naš, prema našem viđenju suštine ove sociološke teorije, a odnosi se na opštije momente u delu: Parsons, Moderna društva, str. 11-42.

⁶⁸⁷ Tako Parsons, isto, str. 16-18.

⁶⁸⁸ Sergej Flere/Miloš Marjanović navode dve varijante postulata funkcionalne neophodnosti, kao jednog od tri kamena temeljca, tri "postulata", koji prema R. Mertonu stoje u jezgru funkcionalizma kao teorije u svom čistom vidu, i to sledeće dve varijante: a) tvrdi se da su sve društvene pojave, ustanove itd. neophodne da bi društvo opstalo, iz čega proizilazi da je društvena struktura u celini nepromenljiva ili b) da su funkcije koje sve pojave ostvaruju neophodne da bi društvo opstalo. (Flere/ Marjanović, Uvod u sociologiju, str. 109, 110.) Istoj pojavi u okvirima sociološke teorije sistema koja leži u osnovi čiste sistemfunkcionalne krivičnopravne koncepcije, a tako i samoj toj koncepciji, dakle nepromenljivoj nadređenosti društva-države pojedincu, za izvor bi se takođe mogao pripisati postulat funkcionalne neophodnosti.

⁶⁸⁹ Isto, str. 15.

⁶⁹⁰ Isto, str. 111.

posebno vrednosti i normi, smatra fundamentalnom dimenzijom društvenosti.⁶⁹¹ U sociološkoj teoriji, o kojoj je reč na ovom mestu, socijalizacija se posmatra kao proces i postojanje zajedničkog globalnog društva, kao „društvena osnova“. To je element koji amorfnu masu društvenih uloga (osnovnih čestica društvenosti) spaja u koherentni sistem. Taj teorijski model ima samo jednu fatalnu grešku proučavanj: nije u saglasnosti ni sa jednim društvenim sistemom koji je ikad bio predmetom proučavanja.⁶⁹²

Sušтина problema se sastoji u tome da se sistemteoretska osnova umerene sistemfunktionalne krivičnopravne postavke sastoji iz iskustveno neproverenih (irelevantnih) iskaza. U stvari, osnovna pretpostavka izomorfije svih društvenih sistema je isuviše apstraktan analoški izraz da bi se mogao iskustveno proveravati. Osim toga, kritika je istakla isuviše usko shvatanje društvene stvarnosti koja se, na kraju krajeva, svodi na uslove zadovoljavanja individualnih potreba⁶⁹³ Nasuprot tome, ističe se da ovde nije po sredi stroga teorija, nego jedno upotrebljivo sredstvo ovladavanja stvarnošću, jedan model koji omogućuje zasnivanje skupa iskaza koji su analogni stvarnosti i koji mogu poslužiti socijalnotehnološkom delovanju na stvarnost.⁶⁹⁴ Iz ovoga se može zaključiti i to, da je od strane funkcionalizma tvorca umerene sistemfunktionalne krivičnopravne postavke ispravno uočeno svojstvo norme, a tako i pravne norme, da je njena uloga upravo u uticanju na stvarnost, njenoj izmeni.⁶⁹⁵

Iz svih ovih razloga, kao i kod čiste sistemfunktionalne krivičnopravne koncepcije, postavlja se pitanje poštovanja subjektiviteta lica u krivičnopravnoj teoriji zasnovanoj na ovoj sistemteoretskoj osnovi, ali i pitanje koje se tiče idejnih osnova krivičnog prava.

Ovde je, prvo reč o slobodi u okvirima umerene sistemfunktionalne krivičnopravne koncepcije, a potom i o njenom shvatanju lica. Navodi tvorca umerene sistemfunktionalne postavke o ličnosti i o slobodi su sledeći: Osnovni zakon zasniva socijalni sistem koji ne dopušta da se u ime sistema pod znak pitanja stavi sopstvena vrednost ličnosti. Njegove strukture su štaviše prislonjene na to da se respektuje sopstvena vrednost ličnosti.⁶⁹⁶ Kada krivično pravo štiti norme i institucije slobodarski ustrojenog društva, ono obezbeđuje strukture “kućišta slobode”.⁶⁹⁷ Ako se razmotri pojam slobode po ovoj koncepciji, jasno je da je on neadekvatno određen. Naime, sloboda upravo ima suprotno značenje od onoga koje joj je pridato u terminu “kućišta slobode”. Taj termin predstavlja *contradictio in adiecto*. Niti institucije, niti norme obezbeđuju bilo kakva kućišta, najmanje se to može tvrditi za tzv. “kućišta slobode”. Sloboda se, ako se i čim se smesti u kućište, tako istog trenutka pretvara u svoju suprotnost, u neslobodu.

Tvrđnja tvorca umerene sistemfunktionalne postavke o sopstvenoj vrednosti ličnosti je, takođe, veoma sumnjiva, i to sa faktičke strane, tačnije sa strane “fakticiteta” koji postavlja odgovarajuća sistemteoretska osnova umerene sistemfunktionalne krivičnopravne koncepcije. Naime, pojedincu, se prema ovoj osnovi, od spolja usađuju vrednosti poretka, vrši njihova interiorizacija u njega. Tako bi on imao od spolja, od poretka usađene mu vrednosti. Da li bi se u ovaj koncept uklapala sopstvena vrednost ličnosti, može biti veoma diskutabilno.

⁶⁹¹ Isto, str. 110.

⁶⁹² Isto, str. 110.

⁶⁹³ Isto, str. 51.

⁶⁹⁴ Isto, str. 51.

⁶⁹⁵ O ovoj ulozi norme u istom smislu se izjašnjava i Pihler, *Pravo kao političko sredstvo*, str. 239. Naravno, Pihler to čini izvan domašaja funkcionalističkih misli.

⁶⁹⁶ Amelung, *Begriff des Rechtsguts* S. 180., 181.

⁶⁹⁷ Isto, S. 181.

Kao treće pitanje od značaja za subjektivitet, jeste shvatanje same autonomije odnosno problema slobode volje od strane ove koncepcije. Kod umerene sistemfunkcionalne krivičnopravne koncepcije uočljiva je faktička autonomija, kojoj prethodi sistemteoretsko određenje lica Tako, u faktičkoj ravni, prema ovoj koncepciji, lica su strukturirana jedinstva, koja ne puštaju jednostavno uticaje okoline da neprekinuto deluju kroz njih, nego ih u okviru izvesnih granica preoblikuju prema nekom internom programu. Na ovo sistemteoretsko određenje pojma lica⁶⁹⁸ nadograđuje se i faktički pojam autonomije lica, koji se određuje uz pomoć pojma podele rada. Pri tome, valja i ovde na to ukazati, sistemteoretska postavka na kojoj počiva umerena sistemfunkcionalna krivičnopravna postavka ističe sticanje, nastajanje autonomije nekog lica, tek njegovim odvajanjem od porodice. No, faktičko određenje pojma autonomije pojedinca je određeno navođenjem da u socijalnim odnosima koji podležu podeli rada „autarkija“ nije neophodna pretpostavka samopotvrđivanja. Ovde je dovoljno to, kada je neko lice u stanju da koristi šanse, koje mu nudi podela rada – eventualno za obezbeđenje svog zdravlja. Sposobnost da se na ovaj način samo potvrdi, može se označiti kao „autonomija“ nekog lica.⁶⁹⁹ Tako, čineći je zavisnom od podele rada u faktičkoj ravni, ova koncepcija neopravdano sužava autonomiju.

S druge strane, s obzirom na to da je problem slobode volje ipak u svojoj osnovi jedinstven, kako u odnosu na slobodu imaoca pravnog dobra da postupa sa tim dobrom, tako i u odnosu na slobodu volje učinioca, može se zauzeti stav i o ispravnosti rešenja ovog problema od strane umerene sistemfunkcionalne krivičnopravne koncepcije u odnosu na čoveka uopšte. Naime, neispravnost ovog rešenja se ogleda i u determinističkoj crti rešenja ovog problema, koja se najjasnije javlja kada se problem posmatra sa aspekta prihvaćene svrhe kazne. Svrha kazne je po ovoj krivičnopravnoj koncepciji važenje normi. Dakle, svrha kazne je pozitivna generalna prevencija. Ovo rešenje, u svakom slučaju, u sebi implicira determinističko određenje prema problemu slobode volje.⁷⁰⁰

Iz ovih shvatanja slobode i lica i rešavanja problema slobode volje čoveka jasno proizilazi da je u ovoj krivičnopravnoj koncepciji čovek desubjektiviziran, da se posmatra kao objekt uticanja različitih faktora. On je dakle degradiran na objekt, što proizilazi već iz sagledavanja ovih opštih problema. Svakako, ovo je podržano i sistemteoretski određenom apriornom nadređenošću opštosti prema pojedincu. Iz tih razloga, unekoliko iznenađuje da se po ovoj krivičnopravnoj koncepciji u obzir uzima i interna perspektiva učesnika u pravnom sistemu. Ipak, prvenstvo i ovde ima eksterna perspektiva zbog visokog mesta uloga koje pojedinci imaju u sistemteoretskom rešenju na kojem je ova postavka bazirana.⁷⁰¹

Uprkos ovoj degradaciji čoveka, što se tiče samog pojma autonomije kod pristanka, umerena sistemfunkcionalna krivičnopravna koncepcija daje njegovo sasvim odgovarajuće određenje. Po tom određenju, u pogledu dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu, vezano za suštinsko pitanje, problematiku slobode volje i autonomije, stav koji zauzima ova krivičnopravna koncepcija je da je ona, sloboda volje odnosno autonomija⁷⁰², pravno garantovana u subjektivnim okvirima, dakle i u suštini,

⁶⁹⁸ Amelung ovo faktičko određenje lica preuzima od Luhmann-a. Vidi o tome: Amelung, Über die Einwilligungsfähigkeit, S. 822., 823.

⁶⁹⁹ Isto, S. 823.

⁷⁰⁰ O ovome više vidi u izlaganjima koja slede o problemu slobode i slobode volje u okvirima iznošenja rešenja vladajuće krivičnopravne koncepcije, kao i iscrpniju kritiku personfunkcionalne krivičnopravne koncepcije iz ovog ugla, koja se tako u svakom slučaju odnosi i na umerenu sistemfunkcionalnu krivičnopravnu koncepciju.

⁷⁰¹ O ovoj važnosti uloga u umerenoj sistemfunkcionalnoj krivičnopravnoj koncepciji vidi i u: Amelung, Über Freiheit und freiwilligkeit auf der Opferseite der Strafnorm, S. 189.

⁷⁰² Amelung ističe da je lako razumeti da autonomiju potrebnu za pristanak valja definirati kao „slobodu volje“. (Amelung, Über die Einwilligungsfähigkeit, S. 821.)

ukoliko je pojedincu izričito pravno garantovano ostvarenje subjektivnih vrednosti.⁷⁰³ Autonomno dela onaj ko se orijentira prema samopostavljenim normama. I vrednosti su normativni fenomeni. Ukoliko se individuum orijentira po svojim sopstvenim vrednostima, s pravom se može govoriti o autonomnom delanju.⁷⁰⁴

Iz ovoga proizilazi da se čovek ovde degradira po opštijem i dubljem pitanju, zbog determinističke crte koju u sebi nosi ova krivičnopravna koncepcija i zbog vezivanja autonomije za podelu rada u ravni koju ova koncepcija postavlja kao faktičku. Autonomija koju ova postavka određuje u pogledu pristanka u normativnoj ravni je prihvatljiva kada se prosto odvoji od navedenih momenata njenog izobličenja koji vode degradaciji čoveka.

Kada se izvrši uvid u rešenja ove postavke, može se uočiti da je u njoj izraženo i funkcionaliziranje osnovnih ideja građanskog društva. Naime, od strane ove postavke se napušta misao da pravno garantovana sloboda izrasta iz pravno garantovane sigurnosti kao zastarela tekovina sveta ideja prosvetećenosti, kao misao koja je iščezla iz modernog doba. Prema ovoj postavci, ova misao je produkt izbledele misli proteklih vekova. Iz toga, tvorac umerene sistemfunkcionalne postavke izvlači zaključak, da bi se morale napustiti i druge tekovine prosvetećenosti.⁷⁰⁵ Tako, smatramo neopravdano, odbacuje se misao prosvetećenosti, da „bez sigurnosti čovek niti je u stanju da izgrađuje svoje snage niti da uživa u njihovim plodovima; jer bez sigurnosti nema slobode. A to je ujedno nešto što čovek sam sebi ne može da pribavi.“⁷⁰⁶ Štaviše, osnovna svrha postojanja države je, kao i ranije, i sada obezbeđenje sigurnosti.⁷⁰⁷ Tako ovaj korak umerene sistemfunkcionalne postavke nije legitiman, jer državni zadatak „sigurnost“ odvajkada spada u osnove države, takođe i moderne slobodarske države. U velikom broju odluka Ustavni sud Savezne Republike Nemačke je iz objektivno-pravne sadržine osnovnih (ustavnih) prava izvukao dužnost države, ne samo da sama načelno propusti zahvate u ustavnopravno zaštićena dobra (sigurnost od države), nego i da ova dobra i slobode sačuva od protivpravnih zahvata od strane drugih građana (sigurnost koju pruža država). Jamčenje sigurnosti čini centralnu državnu svrhu.⁷⁰⁸ Kada se, kao što se to i čini u umerenoj sistemfunkcionalnoj krivičnopravnoj koncepciji, napuste i druge tekovine prosvetećenosti, tada njegovim rešenjima kao materijalna podloga ostaje gola funkcija.

⁷⁰³ Amelung, Über Freiheit und Freiwilligkeit auf der Opferseite der Strafnorm, S., S. 191.

⁷⁰⁴ Tako Amelung, isto, S. 193, 194.

⁷⁰⁵ Isto, S. 193.

⁷⁰⁶ Humbolt, Ideje za pokušaj određivanja granica delotvornosti države, str. 47.

⁷⁰⁷ Sava Tekelija u tački 29. svoje disertacije ističe da “za uzrok zbog kog su osnivači država odbacili prirodne povlastice treba smatrati prisvajanje stvari, a za cilj postojanja državne zajednice treba smatrati podjednako i udoban život, i sigurnost.” (Tekelija, Pravna disertacija o uzroku i cilju postojanja države, str. 83.) Prethodno, u tački 20. i 21., stižući do cilja nastanka državne zajednice, on prvo naglašava: “najbliži uzrok nastajanja državne zajednice su nepravilne anarhičnog stanja, a pravi uzrok je prisvajanje stvari... ..Jamačno je da, pošto se one nevolje koje su posle prisvajanja stvari pritiskale ljudski rod, dogovorima i zavetima nisu mogle umiriti, na raspolaganju nije bio nijedan drugi lek, nego zajednica, koja će biti kadra da sve zaštititi, i u kojoj će ono što snage pojedinaca nisu mogle da urade, biti učinjeno ujedinjenim snagama. A ova zajednica je doista se sve nepravilne onog vremena mogu svesti na dva uzroka: bez sumnje, strah i oskudicu. Siromašnima je nedostajalo ono, što je bilo potrebno da bi se prehranili: bogati su pak stalno skrnavani strahom. Stoga su ovi bili primorani da teže sigurnosti, pošto su se plašili, a oni da pak teže udobnom životu, jer im je nedostajao, sve dok se nisu potčinili državnoj vlasti. Naime, sigurnost je stanje, u kome nema bojazni od ikakve opasnosti, a udoban život je doista mogućnost da se sebi pribavi ono, što je potrebno za život. Kad su obe ove stvari sjedinjene, dovode do dobra u državi i opšte sreće.” (Isto, str. 65. i 67. i 69.)

⁷⁰⁸ Sternberg-Lieben, Rechtsgut, Verhältnismäßigkeit und die Freiheit des Strafgesetzgebers, S. 65.

Pored toga, kao vrednost se u ovu koncepciju unosi pravni mir⁷⁰⁹ Pravni mir se postavlja kao načelo, od strane tvorca umerene sistemfunkcionalne postavke, u okviru rešavanja problema mana volje kod pristanka.⁷¹⁰ No, prema našem mišljenju, ovo je takođe neopravdano učinjeno. Jer, ako se odbace sigurnost i druge ideje prosvetećenosti, tada pravni mir ostaje vrednost bez njegovog stavljanja u vezu sa drugim vrednostima građanskog društva. Pravni mir i uopšte mir se ne može postići bez sveta ideja prosvetećenosti. Kada se ideja mira shvati u pravom smislu, kao izjednačenje potpuno razvijene pravde, očevidno je da mir – radi svoga ostvarenja – ne isključuje borbu, da, šta više, naređuje da se ona povede.⁷¹¹ Ideal mira je svetinja, zato što je on sa idealom pravde celina.⁷¹² Stoga, mir i pravni mir možemo shvatiti jedino kao mir i pravni mir koji u sebi sadrže sigurnost i pravnu sigurnost.

Dejstvo pristanka oštećenog u krivičnom pravu prema rešenjima umerene sistemfunkcionalne krivičnopravne koncepcije je, čini se na normativnom nivou, dato na zadovoljavajući način, bez obzira što se u njenu osnovu pogrešno stavlja degradiran čovek po pitanju slobode volje i bez obzira na pomenuto funkcionaliziranje osnovnih ideja građanskog društva. U stvari, ono je zadovoljavajuće tek ako se ta degradacija čoveka i funkcionaliziranje osnovnih ideja građanskog društva u potpunosti zanemare, otklone. Ovo rešenje je postavljeno na pravnodogmatski doslednu podlogu i obezbeđuje pouzdanu osnovu rešavanju pojedinih slučajeva.

Najpre, ističemo da umerena sistemfunkcionalna krivičnopravna koncepcija, u skladu sa opšteprihvaćenim mišljenjem, u osnove rešavanja problema pristanka oštećenog u krivičnom pravu postavlja rimsko pravno načelo „volenti non fit iniuria“ i shodno tome volju imaoca pravnog dobra i samo pravno dobro stavlja u središte razmatranja dejstva pristanka i mana volje kod pristanka.⁷¹³

Ova postavka, u pogledu dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu, nalazi da je pristanak jedan od najvažnijih osnova opravdanja, i to zbog razvoja medicine, tog razvoja kao polaznom tačkom, s kojim je sloboda žrtve u 20. veku dobila na značaju.⁷¹⁴ Pri tome, tvorca ove postavke smatra da se logika dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu ogleda u odustanku pojedinca od zaštite.⁷¹⁵ Prema njegovom stavu, tek kada zaštita pravnog dobra pojedincu postane teret i on bi ga stoga hteo predati, za očekivati je artikulaciju i tražiti dejstvo pristanka povrednog. U konfliktu koji nastaje iz ovoga, vrednovanje zakonodavca načelno ima prednost – formalno zbog ovlašćenja zakonodavca da obaveže pojedince, materijalno zbog veće težine njegovog vrednovanja, koje uzima u obzir ne samo interese jednog pojedinca, nego više pojedinaca. Vrednosna ocena pojedinca je značajna samo kada zakonodavac zaštitu pravnih dobara učini zavisnom od odluke pojedinca, da li on takvu zaštitu želi ili ne.⁷¹⁶ U skladu sa tim što pristanak, prema shvatanju ove postavke, ima dejstvo isključenjem protivpravnosti, ukazuje se i na postojanje saglasnosti koja isključuje biće dela, kao i na probleme njihovog razgraničenja i na spornost

⁷⁰⁹ O tome da je po njemu misao o tome da pravno garantirana sloboda izrasta iz pravno garantirane sigurnosti stara i da je kao tekovinu prosvetećenosti treba donekle napustiti vidi u: Amelung, Über Freiheit und Freiwilligkeit auf der Opferseite der Strafnorm, S. 193. O pravnom miru kao načelu se izjašnjava u Amelung, Willensmängel, S. 37, 38. Dakle, ova zamena sigurnosti pravnim mirom od strane Amelung-a nije na jednom mestu, u jednom delu tako postavljena, niti se o toj zameni neposredno, na osnovu njegovog izjašnjenja može zaključiti, ali se to da zaključiti na osnovu uvida u ova dva njegova dela. Najmanje i sigurno je da se značaj sigurnosti značajno umanjuje, tako da sigurnost kao bazična vrednost građanskog društva u okvirima rešenja umerene sistemfunkcionalne postavke u značajnoj meri gubi na svojoj težini, na svom značaju.

⁷¹⁰ O tome vidi: Amelung, Willensmängel, S. 37, 38.

⁷¹¹ Del Vekio, Pravo, pravda i država, str. 232.

⁷¹² Isto, str. 233.

⁷¹³ O tome više vidi: Amelung, Willensmängel, S. 36.

⁷¹⁴ Tako Amelung, Über Freiheit und Freiwilligkeit auf der Opferseite der Strafnorm S. 182.

⁷¹⁵ Vidi odeljak IV 3. b) ovog rada.

⁷¹⁶ Tako Amelung, Begriff des Rechtsguts, S. 157.

postojanja različitih vrsta pravnih posledica koje su im dodeljene.⁷¹⁷ S obzirom da se, prema ovoj krivičnopravnoj teoriji, slobodi pristanka na oštećenje u sferi osnovnih (ustavnih) pravnih dobara pridaje ustavnopravni osnov koji se sastoji u ustavnom pravu na slobodu delanja, kao što se i u sociološkoj teoriji, koja ovoj krivičnopravnoj leži u osnovi, društveni sistem shvata, pre svega, kao delatnosni sistem, može se s osnovom izvesti zaključak da je i u oblasti krivičnog prava, prema umerenoj sistemfunkcionalnoj postavci, opšta sloboda delanja ustavnopravni osnov dejstvu pristanka oštećenog u krivičnom pravu. Tačnije, ona je osnov slobodi pristajanja. Ipak, tvorac ove postavke, u obradi ovog problema to za slobodu pristajanja u krivičnom pravu ne naglašava povezano na istom mestu obrade ovog problema⁷¹⁸, već odvojeno, na drugom mestu, izričito upućuje na to.⁷¹⁹ Pristanak važi kao delotvoran samo tada, kada je bio izjavljen „slobodnom voljom“ ili „autonomno“.⁷²⁰

Pored toga, zasluga je tvorca umerene sistemfunkcionalne krivičnopravne koncepcije što je otklonjena dilema koja je u nauci krivičnog prava imala duboke korene i stvarala određene pravnodogmatske konsekvence, ukoliko se rešenje traži na jednoj ili drugoj strani. Naime, reč je o prihvatanju ideelnog ili realnog pojma pravnog dobra. Tvorac ove postavke se argumentovano opredelio za realni pojam pravnog dobra, te je time u nauci krivičnog prava napušten ideelni pojam pravnog dobra.⁷²¹ Iako je ovo pitanje od opšteg značaja, naročito je istaknut taj njegov značaj u vezi dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu. Ne samo da je ideelni pojam pravnog dobra vodio isključenju bića dela usled dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu, nego je utro put naprednom shvatanju, koje je saglasnost koja isključuje biće dela stavila u istu ravan sa pristankom. I velikim delom usled ovog doprinosa tvorca umerene sistemfunkcionalne postavke, danas je u nauci krivičnog prava vladajuće shvatanje o tome da pristanak oštećenog u krivičnom pravu ima dejstvo isključenjem protivpravnosti, kao i što je vladajuće shvatanje o dvokolosečnom tretmanu saglasnosti i pristanka oštećenog u krivičnom pravu, tako da saglasnost isključuje biće dela, dok pristanak isključuje protivpravnost. Dakle, u pogledu pravnodogmatskih problema uopšte, kao i pogledu dogmatike pristanka posebno, ova postavka uglavnom može ući u istu ravan sa drugim krivičnopravnim koncepcijama. Međutim, kada se u obzir uzme njeno funkcionalističko zaleđe, javljaju se izobličjenja funkcionalističke provenijencije, o čemu je napred bilo reči.

U pogledu na problematiku slobode volje i autonomije u oblasti problematike pristanka, stav koji zauzima ova krivičnopravna koncepcija je da je ona, sloboda volje odnosno autonomija⁷²², pravno garantovana u subjektivnim okvirima, dakle i u suštini, ukoliko je pojedincu izričito pravno garantovano ostvarenje subjektivnih vrednosti.⁷²³ Autonomno dela onaj ko se orijentira prema samopostavljenim normama.⁷²⁴ I vrednosti su normativni fenomeni. Ukoliko se individuum orijentira po sopstvenim vrednostima, može se stoga s pravom govoriti o „autonomnom“ delanju.⁷²⁵ Prema tom stavu, ipak se ne može čisto preuzeti poznato etičko određenje autonomije kao sposobnosti volje da se nezavisno od spoljnih uzroka čisto umom odredi prema moralnosti. Po tom etičkom određenju, autonomija je dakle pretpostavka za to, da se

⁷¹⁷ Vidi o tome: Amelung, Einwilligung, S. 14.

⁷¹⁸ Vidi isto delo, str. 29-31.

⁷¹⁹ Naime on ističe da sloboda pristajanja poseduje ustavnopravnu osnovu u članu 2 stav 1 Osnovnog zakona, pri čemu ističe da to ima značenje za zakonodavca, koji tako nije potpuno slobodan u priznavanju protivnih interesa koji ograničavaju pristanak. (Tako Amelung, Willensmängel, S. 41.)

⁷²⁰ Amelung, Über Freiheit und Freiwilligkeit auf der Opferseite der Strafnorm, S. 182.

⁷²¹ Vidi: Amelung, Begriff des Rechtsguts, S. 157.

⁷²² Amelung ističe da je lako razumeti da autonomiju potrebnu za pristanak valja definirati kao „slobodu volje“. (Amelung, Über die Einwilligungsfähigkeit, S. 821.)

⁷²³ Amelung, Über Freiheit und Freiwilligkeit auf der Opferseite der Strafnorm), S., S. 191.

⁷²⁴ Isto, S. 193.

⁷²⁵ Isto, S. 194.

spozna smisao umnih normi i da se ponaša shodno njihovim nalogima.⁷²⁶ Ali se, prema rečenom, na naličju normi ne radi o ovoj sposobnosti. Sloboda, koja se štiti nekom normom, služi ostvarenju ne samo moralnih, nego i drugih, na primer ekonomskih ili estetičkih vrednosti. Osim toga, volja, da sledi neku određenu vrednost, ne treba da bude obrazovana bezuslovno slobodno od svih spoljnih uzroka. Kao što pokazuje primer iz pećine⁷²⁷, na naličju krivične norme označavamo kao slobodnu i takvu odluku, koja proističe iz prirodom uslovljenog teškog položaja. Ovo zavisi od utilitarnog postavljanja cilja koje je na slobodi zaštićenoj na naličju norme. Od teškog položaja uslovljenog prirodom pravo ne može sačuvati nekog čoveka i time ni od odluke o tome, šta u jednoj takvoj situaciji odgovara njegovoj (relativnoj) dobrobiti. Pri svemu tome pravo se može pobrinuti za to, da se neizbežna odluka dodatno ne izobličiti socijalnim silama, i obratno da se odluka akceptira još kao „autonomna“, kada takve sile nedostaju – ovo onome koji odlučuje garantira najveći mogući prostor za ostvarenje onoga, što u njegovoj poziciji smatra kao korisno. Stanje je slično kod pojma slobode.⁷²⁸ Pri ovome, tvorac umerene sistemfunkcionalne krivičnopravne postavke ukazuje na to da američka razjašnjenja i prusko opšte zemaljsko pravo slobodu dovode u vezu sa težnjom ka sreći odnosno sa sleđenjem sopstvene dobrobiti. Sa ovim viđenjem pravno zaštićene slobode iz srećnoetičkog ugla saglasan je i ovde dat opis, jer ono što neki čovek oseća kao njegovu „sreću“ ili „dobrobit“, nije ništa drugo nego ostvarenje njegovih vrednosti.⁷²⁹ U pogledu same autonomije volje, njenih dimenzija⁷³⁰, tvorac umerene sistemfunkcionalne krivičnopravne postavke ga sasvim jasno i definitivno određuje, u skladu sa starijim shvatanjima, vraćajući se pojmu autonomije volje koji se uklapa u uračunavanje. Naime, izvor tih shvatanja je očigledno određenje lica odnosno osobe kao subjekta čije su radnje podobne za uračunavanje.⁷³¹ Prema shvatanju umerene sistemfunkcionalne postavke, sposobnost za pristanak se ne može učiniti zavisnom od poricanja okolnosti, da je neka odluka o pristanku, kao i svako drugo ljudsko ponašanje, stavljena u beskrajni tok uzroka i prouzrokovanja. Štaviše uračunavanje zahteva, da se navedu razlozi za to, zbog čega se neki lanac uzroka ne sledi unazad do svog početka, nego se prekida kod određenog lica, kome se pripisuje odgovornost za njegovu odluku. Pri tome, da li se takvi razlozi mogu naći, zavisi od određenih faktičkih i normativnih pretpostavki.⁷³²

⁷²⁶ Tako Amelung prenosi Kantovo shvatanje autonomije u istom delu, S. 194.

⁷²⁷ Primer iz pećine tiče se hipotetičkog slučaja koji Amelung postavlja i razrešava. Reč je, u ovom kontekstu, o tome, da čovek, koji se nalazi u pećini i stenom je priklješten u predelu noge, krvari i ne može se fizički izvući bez amputacije, lekaru koji se nalazi spolja i može obaviti zahvat, daje pristanak na amputaciju noge koja je priklještena. Amelung ovde ističe da prirodni uzrok (priklještenost kamenom) ne utiče na valjanost pristanka u ovom konkretnom slučaju i da lekar stoga može obaviti zahvat uz dejstvo pristanka oštećenog isključenjem protivpravno koji se zahvat odnosno operacija u konkretnom slučaju iscrpljuje u amputaciji noge pristajućeg. (Vidi: Amelung, isto, S. 184, 185.)

⁷²⁸ Isto, S. 194.

⁷²⁹ Isto, S. 194.

⁷³⁰ Tako Amelung pored faktičkih, poznaje i normativne pretpostavke sposobnosti za uračunavanje, a u tim okvirima i dimenzije autonomije iz kojih izvodi ove pretpostavke. (O tome više, vidi Amelung, *Über die Einwilligungsfähigkeit*, S. 822.)

⁷³¹ Tako Kant, *Metafizika morala*, str. 25.

⁷³² Amelung, *Über die Einwilligungsfähigkeit*, S. 822. Amelung dalje, na ovom mestu, napominje da, sledi li se Adornova kritika Kanta, tako najzad samo drugi postupak obećava posledicu, te ukazuje na stav koji Adorno izražava u svome delu: *Negative Dialektik*, *Gesammelte Schriften* Bd. 6, 1973, S. 230: „Slobodu valja shvatiti jedino u određenoj negaciji, shodno konkretnom obliku neslobode.“ Veoma visok stepen sličnosti sa gornjim Amelung-ovim stanovištem i određenjem po pitanju slobode volje uočljiv je u Spinozinom rešenju ovog problema u okvirima odgovarajućim njegovom determinizmu. On je, u pogledu pitanja koja dotiče i na veoma sličan, suštinski isti, način razrešava i Amelung, kako je to gore u tekstu i navedeno, od Spinoze formulisan na sledeći način: „U duhu nema nikakve apsolutne ili slobodne volje, nego je duh opredeljen da hoće ovo ili ono od uzroka, koji je takođe opredeljen od drugoga, a ovaj opet od drugoga, i tako u beskonačnost.“ (Spinoza, *Etika*, Deo 2, Postavka XLVIII, str. 92.) Utoliko se može govoriti i o Hobsovom uticaju na umerenu sistemeoretsku, funkcionalističku koncepciju, ukoliko je Spinoza sledio Hobsovu ideju. Tačnije, ukoliko Parsons i Amelung slede Hobsove ideje, na šta Parsons i sam ukazuje. Dovoljno je, u prilog tome, podsetiti da Parsons u stvari rešava od Hobsa postavljeni problem. Problem rata protiv svih. Tačnije, rešenje stavlja u normativni poredak na društvenoj ravni. (Vidi: Parsons, *Moderna društva*, str. 21.) Jer, u pogledu na prvopomenutu dvojicu filozofa, kako to ističe Mihajlo Đurić, svojom izrazito naturalističkom orijentacijom,

I tek na ovom mestu, u pogledu faktičkih i normativnih pretpostavki se javlja pomenuto funkcionalističko izobličenje, da je, u suštini, autonomija zavisna od podele rada, kao i prenaplašen značaj normativnog u odnosu prema faktičkom.⁷³³ Ako bi se ova funkcionalistička izobličenja uklonila, rešenje problema pristanka oštećenog u krivičnom pravu dato od ove postavke na čisto normativnom nivou bi bilo sasvim prihvatljivo.

Značajno za dogmatiku pristanka je rešenje problema mana volje kod pristanka od umerene sistemfunkcionalne krivičnopravne koncepcije. Stoga, ovde se ono iscrpnije prikazuje u njegovim bitnim momentima.

Kao što je već napomenuto, tvorac umerene sistemfunkcionalne postavke mane volje posmatra kao problem uračunavanja dela.⁷³⁴ Polazi se od toga da dejstva pristanka povređenog prema opštem mišljenju počivaju na načelu „volenti non fit iniuria“. Ovo načelo se danas razume tako, da pristajuća volja ovlašćenog na raspolaganje nekom povređivanju pravnog dobra uzima stigm protivravnosti, ona dakle opravdava. Istovremeno princip u sebi sadrži iskaz o uračunavanju ovog povređivanja dobara: pristajući ih je imao „da pripiše samom sebi“ i stoga ne može onoga koji zahvata učiniti odgovornim za njih.⁷³⁵ Pri tome, u rešavanju centralnog problema autonomije volje, koji se ogleda u manama volje kod pristanka,

patetičkim naglašavanjem bezuzetne kauzalne uslovljenosti celog zbivanja i odlučnom borbom protiv svakog vida teleologije, Hobz je umnogom pripremio put Spinozi, kao što je i svojim odlučnim materijalističkim stanovištem stvorio sistematsku protivtežu Dekartovom dualizmu i Lajbnicovom spiritualizmu. Dosledno ovom osnovnom filozofskom stavu, Hobz govori o strogoj kauzalnoj određenosti ljudskih postupaka i odbacuje učenje o slobodi volje kao apsurdno. (Đurić, Predgovor delu: Tomas Hobs, Levijatan, str. 13.) U delu Levijatan, Tomas Hobs o ovome svoj stav razvija u Glavi VI O unutrašnjim počecima voljnih kretanja, obično zvanih strastima i o govorima pomoću kojih se izražavaju. Između ostalog, Hobs ovde ističe i sledeće: ...ceo taj skup želja, averzija, nadanja i strahovanja, koji traju sve dok se stvar ne učini ili dok se ne dođe do zaključka da je stvar nemoguća, nazivamo premišljanjem... ..Kod premišljanja onaj poslednji prohtev ili ona poslednja averzija koji se neposredno vezuju sa radnjom ili sa propuštanjem radnje nazivaju se voljom. To je čin a ne sposobnost htenja... ..Volja je, dakle, poslednji prohtev prilikom premišljanja. Pa iako u običnom govoru kažemo da je neki čovek imao jednom volju da učini nešto od čega se ipak uzdržao, to znači samo da je postojala izvesna sklonost koja nijednu radnju ne čini voljnom radnjom, jer radnja ne zavisi od sklonosti nego od poslednje sklonosti ili od prohteva. Jer ako prohtevi koji su se javili čine koju radnju voljnom, onda iz istog razloga sve averzije koje su se pojavile čine istu radnju nevoljnom, pa bi tako jedna ista radnja bila u isti mah i voljna i nevoljna. Prema tome, očigledno, je da su voljne radnje ne samo radnje čiji je zadatak u pohlepnosti, ambiciji, požudi ili u drugim prohtevima za stvar što se ima u vidu nego i one čiji je zadatak u averziji ili u strahu od posledica koje bi nastale ako se radnja propusti. (Hobs, Levijatan, str. 77., 78.) Na drugom mestu o istom problemu, u delu: Čovek i građanin, i to u delu o čoveku XI 2, Hobs ističe i sledeće: Kad god nekog pitamo da li bi trebalo da uradi nešto predloženo ili ne, kaže se da on razmatra, to jest da ima slobodu da odbaci bilo koje rešenje. U tome će se razmatranju, onako kako uviđamo prednosti i nedostatke, i apetit i averzija smenjivati, dok situacija ne zatraži odluku. Poslednji se apetit (činjenja ili nečinjenja), onaj koji neposredno vodi ka činjenju ili nečinjenju, pravilno naziva volja. (Hobs, Čovek i građanin str. 29.) Najzad, u istom delu, ali u delu o građaninu V 8, nalaze se i sledeći Hobsovi navodi: Mada samo imati volju nije voljno, već samo početak voljnih činova (mi nećemo da imamo volju, već da nešto učinimo), ni najmanje ne spada pod razmatranje i ugovor. Ipak, onaj ko podvrgne svoju volju volji drugoga, na drugoga prenosi pravo na svoju snagu i sposobnosti. Ukoliko su i ostali učinili isto, onaj kome su se potčinili ima toliko moći da strahom može podvrgnuti volju posebnih ljudi jedinstvu i slozi. (Isto, str. 94.)

⁷³³ O tom odnosu trebanja i bivstva vidi više u okvirima izlaganja o slobodi i slobodi volje pri razmatranju tešenja vladajuće krivičnopravne koncepcije.

⁷³⁴ Svoj jasan oblik ovo učenje dobija u članku Amelung-a, Willensmängel bei der Einwilligung als Tatzurechnungsproblem, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Heft 3, Band 109, 1997, S. 490-518, dok svoje zaokruženo shvatanje Amelung iznosi u monografiji: Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln bei der Einwilligung des Verletzten, Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge, Band 108, Duncker und Humblot, Berlin, 1998. Rönnau ističe da je prvi osnovni deo, dakle prvih 45 stranica ove Amelung-ove monografije u tekstu identično sa navedenim Amelung-ovim člankom čije pojavljivanje je vremenski prethodilo javljanju ove monografije. (Vidi: Rönnau, Willensmängel, S. 333., Fn. 274.)

⁷³⁵ Amelung, Willensmängel, S. 36., 37.

dolazi do odvajanja suda o nedelotvornosti od pitanja uračunavanja. Sud o nedelotvornosti s jedne strane sa svom poželjnom jasnoćom razumljivo određuje, da volja ovlašćenog na raspolaganje ne dolazi više u obzir kao osnova uračunavanja. S druge strane, to još ne prejudicira odluku, kome sada treba uračunati povređivanje pravnog dobra; jer ovo je novo, dodatno pitanje, koje se može odvojiti od pitanja delotvornosti. Sud o nedelotvornosti manom opterećenih pristanaka ima dakle samo funkciju da istraje u tome da volja ovlašćenog na raspolaganje, koja podržava legitimaciju i pravni mir, ne dolazi u obzir kao osnova uračunavanja i stoga pitanje, kome treba uračunati povređivanje pravnog dobra, mora biti iznova postavljeno.⁷³⁶ U okvirima umerene sistemfunkcionalne postavke, u obzir dolazi uračunavanje u odnosu na dva lica, pristajućeg i zahvatajućeg, kao licima koja su umešana u povređivanje pravnog dobra, pri čemu se odgovor na pitanje, kome to povređivanje treba uračunati pri postojanju mane volje pristajućeg, dobija u zavisnosti od toga, na čijoj pogrešci počiva ta mana. Razumljivo je reći: počiva li mana na pogrešci pristajućeg, onda oštećenje dobara treba uračunati pristajućem, počiva li mana na pogrešci zahvatajućeg, onda je treba uračunati ovome. Odgovaranje na pitanje, šta pristajućem treba uračunati kao grešku, ipak pričinjava teškoće. Radi se pri tome o „grešci protiv sebe samog“, dakle o dužnostima za čiju ocenu nedostaju merila; neko orijentiranje na civilnopravne izjave volje bilo bi sasvim protivno stvari. Tome se pridružuje jedna praktična zamerka. Utvrđi li se da pristajući nije počinio grešku, tada ovo još ne znači, da povređivanje pravnog dobra sad automatski treba uračunati zahvatajućem. Za to se mora utvrditi stanje stvari koje zasniva uračunavanje. Ukoliko to nije moguće, onda se manljivi pristajući u svakom slučaju nalazi u svojoj šteti, bez da bi se zahvatajući za to krivičnopravno ili u pogledu prava na naknadu štete mogao vući na odgovornost.⁷³⁷ Od pitanja, da li je pristajući počinio „grešku“, može se stoga odustati. Pri odgovaranju na pitanje, da li on ili zahvatajući ima da nosi terete oštećivanja pravnog dobra, u principu je dovoljno koncentrirati se na to da li zahvatajući ostvaruje neko biće dela koje zasniva odgovornost. Kao što je već napomenuto, za ovo stoji na raspolaganju čitavo pouzdano učenje o individualnom uračunavanju deliktne posledice.⁷³⁸ Time se ne tvrdi, da krivičnopravne i deliktne posledice

⁷³⁶ Isto, S. 37., 38.

⁷³⁷ Isto, S. 38.

⁷³⁸ Amelung, isto, S. 38. Amelung ovde ističe i to da je učenje o individualnom uračunavanju posledice bilo poznato i pre Arzta, dakle pre učenja prema kome se mana volje uvažava kao razlog nedelotvornosti pristanaka kada se ona odnosi na pravno dobro. (O tome vidi: Arzt, Willensmängel) U istom delu, na kasnijim mestima ove svoje monografije gde se obrađuju unekoliko konkretnija pitanja uračunavanja u slučaju mane volje, Amelung se izjašnjava da se cene subjektivni i objektivni kriterijumi uračunavanja, kao i o tome da je reč o objektivnom uračunavanju. Amelung se u pogledu na učenja o individualnom uračunavanju pre Arzta, izričito poziva na članak u kome je izraženo počelo ovog učenja. U njemu se ističe da se u kazničnom pravu ne radi o odnosu između učinioca i povređenog, nego o pravnoj oceni dela u svom značenju za celokupni pravni poredak. Ali, i bez da se sledi objektivirajuća teorija BGH, delo može biti pravilno ocenjeno: Ukoliko je povređeni, koji čak neće da pristane, pokazao ponašanje koje valja tumačiti kao pristanak i ukoliko je učinilac stoga mislio da drugi pristaje, onda ovo štiti njegovu zabludu. (Bockelmann, Operativer Eingriff und Einwilligung des Verletzten, S. 527.) Rönnau ističe da je tretman mane volje relevantnih za pristanak u teoriji do istraživanja Arzta u 1970-toj godini iscrpno izložio Michael Kußmann, Einwilligung und Einverständnis bei Täuschung, Irrtum und Zwang, Bonn, 1988. Tako Rönnau ova učenja predstavlja prema navedenom Kußmann-ovom delu pojednostavljeno prema uzrocima nastajanja mane volje. Tako, prema sasvim pretežnom mišljenju u ranijoj literaturi pristanke opterećene zabludom valja i tada kvalificirati kao nedelotvorne, kada se zabluda ne svodi na prevaru, nego svoj uzrok ima jedino u licu pristajućeg. Starija literatura je pristanke koji počivaju na zabludi uslovljenoj prevaram stepenovala naprosto kao nedelotvorne. U ovim slučajevima pristanak nije dat slobodnom voljom odnosno autonomno. Uz to predaja pravnog dobra ne odgovara „pravoj volji“ imaoća dobra, uz koju pravni poredak za zahvatajućeg vezuje dejstvo pristanaka koje rasterećuje od odgovornosti. Pri tome se još često razlikovalo između saglasnosti rezistentne na mane volje i pristanaka koji isključuje protivpravnost, kod kojeg su mane volje načelno uvažive. Zasebno su autori još tada stavili u pitanje učenje o generalnoj nedelotvornosti pristanaka pribavljenih lukavstvom i pokušali prvo razgraničenje od zabluda o motivu.. U starijoj literaturi je vladao konsens o tome, da je pristanak prouzrokovan na osnovu pretnje ili drugom silom – drugačije najčešće kod saglasnosti koja isključuje biće dela – nedelotvoran. Kao i kod prevare, upućivalo se na to, da se na ovaj način proizveden pristanak žrtve više ne javlja kao slobodovoljan i autonoman, tako da se nepravilno uzvraća „pravoj volji“ pristajućeg. (O ovoj starijoj teoretskoj orijentaciji i stavovima vidi nešto detaljnije u: Rönnau, Willensmängel, S. 273-

kriterijume uračunavanja treba primeniti na primaoca pristanka bez svakog preoblikovanja. Mora se uzeti u obzir posebna situacija onih koji oštećivanje pravnog dobra podupiru izjavom pristanka. Na primer, zaslužuje pažnju to da primalac pristanka po pravilu teško dolazi do jasnosti o motivu pristajućeg, kao ovaj sam. Utoliko i na strani učinioca ima specifičnih problema učenja o manama volje nekog pristanka. Ipak se pri ovome ne radi o problemima koji bi se morali pretresti kod pitanja delotvornosti, nego o zahtevima konkretiziranja opšteg učenja o uračunavanju nekog protivpravnog dela i njegovih posledica. Odvajanje oba kruga pitanja je pravnosistematski naloženo i tek ono otvara put ka dovoljno diferencirajućoj proceni interesa. Kod tretmana pitanja delotvornosti se bez daljeg može uneti u proračun, da načelno svako vezivanje pristajućeg za pristanak opterećen manom oštećuje njegove interese. Ali kod tretmana uračunavanja učiniocu tada isto tako nesumnjivo može naći obzira okolnost da se normalno sme pouzdati u ispravnost (Mangelfreiheit) izjave drugoga.⁷³⁹ Rečeno važi i za okolnost, da protivpravan napad postoji u smislu § 32 nemačkog KZ, kada primalac pristanka dotakne pravno dobro pristajućeg na osnovu nedelotvornog pristanka. Kako je napomenuto, s time povezano otvaranje prava nužne odbrane protiv primaoca pristanka je doduše štetno za ovoga, ali ova šteta je od malog značaja, jer je po pravilu opoziv pogrešnog pristajanja najblaže podobno sredstvo za okončanje napada. Gde izuzetno opoziv nije dovoljan ili nije moguć, nanovo zahvataju opšta načela, koja garanciju i meru ovlašćenja nužne odbrane čine zavisnim od toga, ko je odgovoran za situaciju nužne odbrane. Tako na primer onaj koji je samoskrivljenom zabludom „provocirao“ oštećivanje nekog njegovog pravnog dobra od primaoca, ne može iziskivati za sebe sva prava, koja normalno jamči § 32 nemačkog KZ.⁷⁴⁰

U pogledu sadržine autonomije, valja napomenuti da tvorac umerene sistemfunktionalne postavke daje i razrađeniji pojam autonomije, kao i adekvatniji, pristup koji je primeren pravnodogmatskim potrebama. Naime, on polazi od toga da pristajući sme biti vezan samo za takvu odluku koja odgovara smislu instituta pristanka povređenog.⁷⁴¹ S obzirom da je, prema vladajućem mišljenju, pristanak osnov isključenja protivpravnosti, dakle odustanak od zaštite, konstatuje da ovo karakteriziranje nije dovoljno, jer se iz toga ne može razaznati, zbog čega pristajući sme odustati od zaštite koju pruža objektivno pravo. Njegov smisao prema tome leži u tome, da se pristajućem obezbedi slobodan prostor za autonomno ophođenje sa njegovim dobrima, gde od zakonodavca ne biva priznat neki protivni interes opštosti, pri čemu zakonodavac nije potpuno slobodan pri priznavanju protivnih interesa koji ograničavaju pristanak, jer sloboda pristajanja poseduje ustavnopravni osnov u čl. 2 st. 1 osnovnog zakona.⁷⁴² Pristajućem pristanak po pravilu služi za sleđenje čvrstih svrha. On neko dobro žrtvuje, tako se dešava u pravilu, da bi održao neko drugo, da dobije neko novo ili da se oslobodi nekog koje ga opterećuje. Sloboda „kao takva“ je u igri u retkom graničnom slučaju u kojem pristajući predaje dobro u odnosu na koje je ravnodušan. Pristanak je tako instrument očuvanja interesa predajom pravnog dobra. Ovoj sasvim utilitarističkoj funkciji bi se morali podrediti svi zahtevi delotvornosti, trebaju li oni jamčiti da juristička upotreba ovog pravnog instituta postiže njegovu svrhu.⁷⁴³ U pogledu samog određenja pojma autonomije, tvorac umerene sistemfunktionalne postavke ističe značenje ove utilitarističke funkcije, kao sastojka vladajućeg

278.)

⁷³⁹ Amelung, isto, S. 39. 40.

⁷⁴⁰ Isto, S. 39, 40.

⁷⁴¹ Isto, S. 40.

⁷⁴² Tako Amelung u istom delu, S. 40., 41.

⁷⁴³ Isto, S. 41. Na ovom mestu ističemo da se u članku: Amelung, Über Freiheit und Freiwilligkeit auf der Opferseite der Strafnorm, u pogledu utilitarističkog principa poziva na delo: Mil, Utilitarizam. Očigledno je da se Amelung u velikoj meri oslanja na Milovo shvatanje pri određenju sadržine i pojma autonomije, jer autonomiju, osim u graničnom slučaju, u kojem je reč o „slobodi kao takvoj“, ispunjava utilitarizmom, principom korisnosti. Naime, prema Milu, pitanja o ciljevima jesu pitanja o tome koje su stvari poželjne? Po utilitarističkom učenju sreća je poželjna, i to je jedina stvar koja je poželjna kao cilj, dok su sve druge stvari poželjne samo kao sredstva za taj cilj. (Mil, Utilitarizam, str. 83.)

određenja njegovog smisla, za delotvornost pristanka. Iz utilitarnog ugla posmatranja, po njemu, pristanak se javlja kao autonomno dat, kada pristajući sam može odrediti šta mu koristi i šta mu šteti. Apstraktnije formulirano: Kao autonomno dat mora važiti pristanak kod kojeg pristajući odlučuje u saglasnosti sa njegovim sistemom vrednosti. Jer tada on odlučuje prema samopostavljenim pravilima (preferencije). Delotvoran je stoga pristanak koji pristajući da u saglasnosti sa svojim sistemom vrednosti, nedelotvoran takav, koji je s njim u protivrečju. Protivrečje sistemu vrednosti pristajućeg jednom može proisteći iz toga, da pristajući nije sagledao, koje posledice njegova izjava ima za njegove vrednosti. To je slučaj zablude. Protivrečje sistemu vrednosti pristajućeg nastaje osim toga, kada je ovaj prinuđen da drukčije vrednuje nego što je hteo. Ovo je slučaj kod pretnje; koja zaprećenog prisiljava da žrtvuje neku vrednost koju bi rado sačuvao.⁷⁴⁴

Pored problema uračunavanja i sadržine i pojma autonomije, u okvirima umerene sistemfunkcionalne postavke, kao treća referentna tačka se javlja značenje izjave pristanka. Ističe se da okolnost, da je pristajući stavio u svet neku određenu izjavu ne predstavlja razlog da se pristajući uz nju fiksira, kada pristanak protivreči njegovim interesima. Najpre se ukazuje na razliku između izjave volje u građanskom pravu i pristanka. Prema tome, izjava volje je osnova planiranja, a pristanak je jedino informaciono sredstvo kojim pristajući primaocu pristanka stavlja do znanja o svojoj odluci. Zbog ove služeće funkcije čisto izjavi ne pripada samostalno značenje pri oceni pitanja delotvornosti. To se jasno pokazuje kada primalac izjave ima bolje znanje o odluci koja joj leži u osnovi i o njenim pretpostavkama nego što mu je izjava posredovala. Ovo se razjašnjava u konkretnom primeru, u kome je pristajući u izjavi načinio omašku i umesto reči jednog upotrebio reči drugog značenja. No, pošto je primalac izjave znao da je reč o omaški i učinio zahvat prema izjavi kako je izgovorena, a ne onako kako je trebalo, u slučaju da u izjavi omaške nije bilo, što je dakle znao, on ne zaslužuje zaštitu. On je bez daljeg imao da odustane od zahvata ili je mogao naknadno upitati. Ali zaštitu ne zaslužuje ni sam onaj koji mora imati bolje znanje od onoga koje mu je posredovano izjavom pristajućeg. Dakle, prema ovoj koncepciji, zaštitu ne zaslužuje kako onaj primalac izjave koji ima bolje znanje o odluci koja dato izjavi leži u osnovi i o njenim pretpostavkama od onoga što mu je samom tom izjavom saopšteno, tako i onaj koji takvo, bolje znanje o njoj mora imati.⁷⁴⁵ Neko takvo neuviđanje uz izjavu opterećenu zabludom valja konstruktivno samo savladati, kada se ona uvek tretira kao neuvaživa, takođe i tada, kada se primalac izjave javlja kao vredan zaštite. Sa tim nije povezana nikakva šteta za primaoca izjave. Jer i neka nedelotvorna izjava pristanka je podobna da odstrani umišljaj onoga koji to ne zna bolje, i da potisne prekor za nehat prema onome koji se sme osloniti na rečeno, kao što je to u pravilu slučaj. Time postaje jasan stvarni sklop u kojem stoji izjava pristanka. Ona je kriterijum za odgovaranje na pitanje, šta se učiniocu može uračunati.⁷⁴⁶ Najzad, u pogledu ovakvog prihvatanja značenja izjave pristanka, izražava se protiv povratka na teoriju o upravljenosti volje, u suštini, jer je takvo saopštenje jedini siguran izvor informacija, koji – u datom slučaju naknadnim upitom – mora biti korišćen, da bi bio minimiran rizik od promašivanja volje. Tek tamo gde se ne može doći do

⁷⁴⁴ Tako Amelung u istom delu, S. 41., 42..

⁷⁴⁵ U ovom smislu Amelung u istom delu, S. 42, 43. Na ovom mestu reč je o dve situacije. Amelung ove dve situacije razjašnjava u dva primera, koja ovde prenosimo. Prvi primer, kada primalac izjave stvarno ima bolje znanje od onoga koje mu je posredovano izjavom: Domaći koljač na primer „u skladu s nalogom“ ubija tele, iako on tačno zna, da se seljak zagovorio i u stvarnosti mislio kravu. Kada se koljač u nekom takvom slučaju poziva na to, da je seljak ipak rekao „tele“, onda on ne zaslužuje zaštitu. On je bez daljeg imao da odustane od zahvata ili je mogao naknadno upitati. Drugi primer, kada je primalac izjave morao imati bolje znanje od onoga koje mu je posredovano izjavom: Misli se na zubara, koji je izvadio treći zub levo, bez da proverio, da li je ovaj uopšte oboleo, i stoga nije saznao, da je pacijent pomešao desno i levo. Pogrešna izjava teško može osloboditi zubara prekora, da je ošteti pacijenta kršenjem elementarnih stručnih dužnosti.

⁷⁴⁶ Isto, S. 43.

izjave volje pogođenog, može se od nje odustati. Ali tada se više ne kreće u polju primene pravila o pristanku, nego na tlu drugog pravnog instituta, pretpostavljenog pristanka.⁷⁴⁷

Bitni momenti, u pogledu na ovu koncepciju umerene sistemfunkcionalne postavke, su sledeći. Prvo, u središtu stoji povređivanje pravnog dobra koje je bilo preduzeto na osnovu pristanka. Uračunavanje ovog povređivanja pravnog dobra se vrši s aspekta objektivnog pravnog poretka na osnovu pouzdanih pravila krivičnog i deliktne prava, da bi se utvrdilo, kada povređivanje pravnog dobra treba uračunati povrediocu pravnog dobra, koji je, dakle, to povređivanje proizveo. Pravnotehnički u pročeľje ocene tako stupa radnja zahvatajućeg. Drugo, uračunavanje ovog povređivanja pravnog dobra iziskuje dvostepeni postupak. U prvom stepenu treba pitati, da li je pristanak bio dat u saglasnosti sa sistemom vrednosti pristajućeg. Ukoliko je neko takvo povređivanje pravnog dobra pokriveno voljom ovlašćenog na raspolaganje, tada se pravni poredak može umiriti pri načelu „volenti non fit iniuria“. Ukoliko pristanak ne odgovara volji nosioca pravnog dobra, tada pravni poredak ne može ostati pri ovom načelu. U drugom stepenu, mora biti postavljeno pitanje, da li povređivanje dobra koje od pristajućeg nije ili nije tako hoteno valja uračunati pristajućem samom ili zahvatajućem. Sud „nedelotvornosti“ pristanka ima funkciju, da učini slobodnim put za to, da se ovo pitanje može postaviti. Primena pravila o uračunavanju deliktne i krivičnog prava ima za cilj da proizvede primereno izjednačenje interesa nosioca pravnog dobra i onih od povredioca pravnog dobra. Njihovo konkretiziranje za posebnu situaciju povređivanja pravnog dobra na osnovu pristanka opterećenog manom stoga obećava pravične rezultate. Najzad, ukoliko je razjašnjeno, da je pristajući podlegao mani volje, tada o pitanju, da li on ostaje na svojoj šteti, valja odlučiti u subtraktionom putu. Povređivanje pravnog dobra treba uračunati pristajućem, kada se ono ne može staviti na teret zahvatajućem. Ovo gledanje od pristajućeg ka zahvatajućem i obratno, od zahvatajućeg ka pristajućem, odgovara interakcionističkom karakteru povređivanja pravnog dobra koja se zasnivaju na pristanku.⁷⁴⁸

U navedenom smislu je tvorac umerene sistemfunkcionalne postavke sažeo suštinu problema uračunavanja dela za slučaj mana volje kod pristanka, te je, nakon toga, sproveo ovu svoju koncepciju za posebne oblasti zablude i prevare kod pristanka.⁷⁴⁹ Pri tome, za odgovaranje na pitanje uračunavanja tvorac umerene sistemfunkcionalne postavke poseže za pouzdanim načelima koja su razvijena u krivičnom i Deliktne pravu za uračunavanje povređivanja pravnog dobra. Kategorije umišljaja, nehata, zablude koja isključuje krivicu, ali i kriterijumi objektivnog uračunavanja kao što su kauzalitet, alternativno ponašanje u skladu s pravom itd. bivaju skrojeni za to da na putu uravnoteženja između interesa nosioca pravnog dobra i onih od povredioca pravnog dobra ni za jednu stranu ne dopuste neprimerenu odgovornost. Svakako bi se opšta pravila uračunavanja morala konkretizirati za posebnu situaciju povređivanja pravnog dobra na osnovu pristanka opterećenih manom volje.⁷⁵⁰

Najzad, u okvirima ove koncepcije se obraća pažnja i na odnose iz trećeg ugla za slućajeve mana volje kod pristanka.⁷⁵¹ Ističe se da bi se pristanci koji pate od mane volje uslovljene zabludom ili prevarom mogli izjaviti i u socijalnim odnosima u koje su umešana više od dva lica.⁷⁵² Prema ovoj koncepciji umerene sistemfunkcionalne postavke, i slućajeve ove vrste treba rešiti prema opštim pravilima, da su

⁷⁴⁷ Isto, S. 44

⁷⁴⁸ U ovom smislu Amelung, u sažetku, daje osnovnu misao sopstvene postavke u istom delu, S. 44, 45.

⁷⁴⁹ Za zabludu i prevaru vidi isto delo, S. 46-86. Sve slućajeve mana volje Amelung skupno obrađuje ranije, ali samo sažeto u članku: Amelung, Über Freiheit und Freiwilligkeit auf der Opferseite der Strafnorm, S. 195-203.

⁷⁵⁰ Tako Amelung-ove misli vezane za probleme uračunavanja dela sažima Rönnau, Willensmängel, S.337.

⁷⁵¹ Vidi: Amelung, Willensmängel, S. 87-89.

⁷⁵² Isto, S. 87. Amelung ovde daje primer da vođa operacionog tima ne prosveti dovoljno pacijenta, ali operaciju preduzme drugi.

pristanci neuvaživi kada protivreče sistemu vrednosti pristajućeg, ali zahvatajući odgovara samo kada mu je povređivanje pravnog dobra uračunljivo prema opštim načelima. Primena ove formule na slučajeve jednostavne zablude ne zadaje suviše velike teškoće. Svako ko se umeša u zahvat, odgovara za ono što on zna ili mora znati o povređivanju pravnog dobra.⁷⁵³ Pristanak koji je prouzrokovan prevarom je samo podslučaj onog koji počiva na zabludi. Njegova posebnost leži jedino u tome, da kod njega nije iskorišćena neka već postojeća zabluda, nego tek biva proizvedena uticanjem na odluku. Stoga varajući odgovara za povređivanje pravnog dobra. Za one koji se kao treći umešaju u zahvat omogućen prevarom važi ono što je rečeno i kod zablude.⁷⁵⁴ Praktično, zna li treći za prevaru, treći kao zahvatajući odgovara kao umišljajni učinilac.⁷⁵⁵

Prema ovom rešenju problema mana volje kod pristanka, koje je, prema našem mišljenju pravnodogmatski dosledno, upućena je smisljena kritika koja se ipak prevazilazi. Stoga, ovde se sagledava kritika ovog rešenja problema mana volje kod pristanka i njeno prevazilaženje. U pojedinostima, u pogledu rešenja navedenog problema, protiv ove koncepcije se ističe nekoliko prigovora.⁷⁵⁶

Kao prvi se postavlja prigovor koji se odnosi na razumevanje pravnog dobra po kolizionom modelu odnosa volje imaoća pravnog dobra i samog tog dobra,⁷⁵⁷ Ovaj prigovor je neosnovan, jer kolizioni model predstavlja pravnodogmatski dosledno rešenje.⁷⁵⁸

Drugi prigovor se tiče pravnodogmatske nedoslednosti, koja se vidi u odvajanju suda o delotvornosti pristanka od suda o uračunavanju dela od strane koncepcije tvorca umerene sistemfunktionalne postavke za slučajeve mana volje kod pristanka. Ovaj prigovor stoji u centru kritike ovog rešenja umerene sistemfunktionalne postavke.⁷⁵⁹ Naime, prema opšteusvojenom mišljenju, objektivno uračunavanje je smešteno u oblast bića krivičnog dela.⁷⁶⁰ Tako bi, prema tome, isključenje objektivnog uračunavanja moralo voditi isključenju objektivnog bića dela, to bi nalagala pravnodogmatska doslednost. S obzirom da je ovo opšteprihvaćeno, u tom načelnom smislu se i ističe prigovor koji se odnosi na odvajanje suda o delotvornosti pristanka od suda o uračunavanju dela, jer umerena sistemfunktionalna postavka, podsećamo, pristanak smatra osnovom opravdanja.⁷⁶¹ Praktično, objektivno uračunavanje se ne vrši u sferi protivpravnosti.

Dakle, suština ove kritike odvajanja suda o nedelotvornosti pristanka i suda o uračunavanju dela učinjenog s tim pristankom sastoji se u veoma ozbiljnom prebacivanju tvorcu umerene

⁷⁵³ Isto, S. 87. Amelung se ovde nastavlja na svoj primer, tako što ističe da u primeru operacionog tima, ukoliko onaj koji vrši prosvetavanje zna da je njegovo prosvetavanje nepotpuno, ali to ne zna onaj ko vrši operaciju, tada odgovara onaj koji prosvetuje kao posredni izvršilac snagom vlasti nad zabludom. Obratno, dela li onaj ko prosvetuje nepažljivo, ali onaj ko operiše zna za manu volje, tada poslednji odgovara kao neposredni umišljajni izvršilac, prvi naprotiv za nehat. Delaju li obojica nepažljivo, tada oni odgovaraju kao nehatni sporedni izvršioци (Nebentäter). Za neposredno zahvatajućeg ovo važi naravno samo tada, kada on nije smeo da se pouzda u propisno prosvetavanje od šefa tima i on je bio obavezan da preispita stanje stvari uprkos izjavi pacijenta.

⁷⁵⁴ Isto, S. 88.

⁷⁵⁵ U tom smislu Amelung stvar pojašnjava na primeru. Vidi isto, S. 88.

⁷⁵⁶ U ovom radu, ukazuje se dalje na prigovore koje, Amelung-ovom rešenju problema dejstva i problema mana volje kod pristanka, upućuje Rönnau, Willensmängel, S. 343-359. Na ovom mestu se ne razmatra prigovor koji Rönnau upućuje Amelung-ovom realnom pojmu pravnog dobra i njegovom kolizionom modelu, jer je u ovom radu ispred već razmotreno ovo pitanje i prihvaćen realan pojam pravnog dobra. (Za tu kritiku vidi isto delo, S. 344.)

⁷⁵⁷ Tako Rönnau, Willensmängel, S. 344. On ovaj prigovor upućuje kao zastupnik baznog modela.

⁷⁵⁸ O tome više vidi u odeljku 2. ovog dela ovog rada.

⁷⁵⁹ Tako Rönnau, Willensmängel, S. 343.

⁷⁶⁰ Mesto mnogih, vidi Kühl, Strafrecht, AT, S. 32-60.

⁷⁶¹ Tako Rönnau, Willensmängel, S. 343. i dalje.

sistemfunkcionalne postavke, da nije poštovao osnovni koncept trostepenog krivičnogpravnog vrednovanja. Prevažilaženje ovog prigovora, međutim, ne potiče od tvorca umerene sistemfunkcionalne postavke samog, nego od strane zastupnika vladajuće krivičnogpravne koncepcije. Pri tome, presudnu ulogu ima misao o jedinstvu funkcije bića dela i protivpravnosti.⁷⁶² Naime, polazi se od toga da osvrtna misao, za pristanak važećeg, i od ustava zadatog, principa rešenja nekog internog konflikta prema visokim ličnim merilima imaoca pravnog dobra nikako ne prisiljava da se pristanak bezuslovno naseli u ravni protivpravnosti (uvršten u ostale osnove opravdanja za očuvanje interesa višeg ranga) u sistem krivičnog dela: materijalna osnovna zamisao pristanka (predaja pravnog dobra u vršenju ustavnopravno zaštićene slobode) s jedne strane je deljiva od uvrštavanja ove osnovne zamisli u sistem krivičnog dela s druge strane. Odmeravanje dobara koje se na strani imaoca pravnog dobra dešava pri pristanku – koje krivičnogpravni poredak tada nadovezuje na rezultat ovog internog odmeravanja – ne obrazuje osnov konkretnog opravdanja, nego dogmatski model razjašnjenja za pristanak odnosno pravno-političku pozadinu za priznavanje dispozicione slobode kao takve. Iz ovoga za smeštanje pristanka može biti izvedeno isto tako malo, kao što model tumačenja odmeravanjem interesa odaje regulativu koja upravlja u konkretnom slučaju primene pristanka.⁷⁶³ U pogledu smeštanja pristanka u sistem krivičnog dela vrednosna razlika bića dela i protivpravnosti ostaje bez odlučujućeg značenja. Nedostatak vrednosne razlike bića dela i protivpravnosti se kratko zasniva: Pošto je u biću dela krivičnog propisa kao rezultat neke ocene interesa na strani zakonodavca obuhvaćeno posebno socijalno štetno stepenovano ponašanje, biće dela do duše ne može biti posmatrano kao „bezvredna stvar“. Ali uprkos tome shodnost biću dela ne čini samostalan, krivičnogpravno relevantan stepen vrednovanja. Tek protivpravno delo izaziva pravne posledice; neko samo shodno biću dela, ali ne i protivpravno delo ne čini osnov za krivičnogpravnu sankciju; krivični zakon razlikuje između protivpravnosti i krivice, ali ne između bića dela i protivpravnosti. Biće dela i protivpravnost čine dalje jedinstvo zadataka. Kako biće dela tako i protivpravnost sadrže okolnosti koje isključuju kažnjivost, koje se odnose na nepravo.⁷⁶⁴ Dodatno, kao odgovarajući „znak prstom“ može biti navedeno i kolebanje zakonodavca samog, da li on kod određenih bića dela pristanak treba da formulira kao isključenje bića dela ili kao osnov isključenja protivpravnosti.⁷⁶⁵

⁷⁶² Misli se prvenstveno na koncepciju u: Sternberg-Lieben, Objektive Schranken, S. 66-74.

⁷⁶³ Sternberg-Lieben, isto delo, S. 66. Tako i Zipf sažeto ističe da se kod pristanka upravo ne radi o konkretnom odmeravanju vrednosti preduzetom od strane pravnog poretka, nego o apstraktnom priznanju dispozicionog ovlašćenja pojedinca. (Vidi iscrpnije u: Zipf, Einwilligung und Risikoübernahme, S. 58., 59. i 63.) No, za razliku od Sternberg-Lieben-a, Zipf pristanak ne smatra problemom opravdanja ponašanja shodnog biću dela, nego kao takav problem pri samom ispunjenju bića dela. (Zipf, isto, S. 63.)

⁷⁶⁴ Tako Sternberg-Lieben u istom delu, S. 66-68.

⁷⁶⁵ Tako Sternberg-Lieben u istom delu, S. 68. U istom smislu Maiwald izlaže u korist gore izloženog učenja o jedinstvu funkcije bića dela i protivpravnosti, a u pogledu kolebanja zakonodavca, ali iz jasne perspektive istorije zakonodavstva. No, iako je jasno da se ovaj Maiwald-ov argument može upotrebiti u prilog učenja o jedinstvu funkcije bića dela i protivpravnosti, napominjemo da taj argument Maiwald koristi u kontekstu rasprave koja poriče značaj dogmatskog pitanja, da li pristanak isključuje biće dela ili je osnov isključenja protivpravnosti, za problem kako rešiti predmetno pitanje, koju relevanciju ima mana volje pristajućeg. (Maiwald, Einwilligung, S. 173.) O ovome se izjašnjava i Arzt razmatrajući problem mana volje kod pristanka. On ističe da mu nije očigledno, dajući pri tome primer za biće dela iz § 299 nemačkog KZ, da iz prirode stvari ili kvalifikacije pristanka kao osnova isključenja bića dela ili osnova opravdanja treba slediti, da li na primer pristanak žrtve na otvaranje nekog pisma, koji je učinilac dobio lukavstvom, sa uputom da je to poslovno pismo, dok se u stvarnosti, što odgovara pretpostavci učinioca, radi o privatnom pismu, da u pogledu na prirodnu volju žrtve treba isključiti biće dela § 299 nemačkog KZ. (Arzt, Willensmangel, S. 10, 11.). Posebno sa tla učenja o odnosu dopunjavanja između bića dela i protivpravnosti ne može se uvideti, da prema uvrštavanju u biće dela ili u protivpravnost na predmetno pitanje mana volje treba biti različito odgovoreno. – I kada se odbaci učenje o odnosu dopunjavanja, izgleda proizvoljno da se pri tretiranju mana volje nadoveže na obe ove kategorije. (Isto, S. 11.) Kao i Maiwald, Arzt „u okvirima svoje teme, ističe da upravo kod upotrebljenog primera povređivanja tajne pisma (§ 299 nemačkog KZ), ali i kod bića dela za zaštitu intimne sfere (§ 298 nemačkog KZ, §182 E 62) istorija zakonodavstva pokazuje, da zakonodavac pristanak normira čas kao osnov isključenja protivpravnosti onda opet kao osnov isključenja bića dela, bez da položi račun o tome, da ovo za sobom povlači konsekvence za tretman mana volje. Često je

I obeležja kojima se vrednuje celokupno delo kao i prihvatanje negativnih obeležja protivpravnosti u biće dela ističu jedinstvo funkcije bića dela i protivpravnosti.⁷⁶⁶ Ali ne samo ove pozitivnopravne indicije se mogu navesti za okolnost da za ocenu neprava biće dela i protivpravnost sadržinski pripadaju jedno drugom.⁷⁶⁷ I materijalno promišljanje podržava ovaj rezultat nužnog zajedničkog dejstva bića dela i protivpravnosti pri određenju neprava, jer kao drugačije nego ispunjenjem obeležja bića dela, nepravo bi trebalo biti zasnovano, da bi se tada posredstvom osnova opravdanja „ukinulo“? Biće dela predstavlja pozitivno opisivanje neprava (biće krivičnog dela i pozitivna komponenta protivpravnosti imaju tako isti substrat), nedostatak osnova opravdanja čini negativnu pretpostavku ocene neprava; za krivično pravo sa svojim specifičnim pravnim posledicama odlučujuće je tek protivpravno delo. I posredstvom osnova opravdanja treba biti upravljano ljudskim ponašanjem; tek iz zajedničke igre zabrana i naloga snabdevenih kaznom sa sklopovima dozvola pokazuju se sadržina i granice krivičnopravnih normi ponašanja. I ponekad srodna formuliranja nekog „indiciranja“ odnosno neka prethodna ocena neprava usled shodnosti biću dela takođe ne dopuštaju da se zaključi, da biću dela treba biti dodeljen neki naspram protivpravnosti materijalno samostalan stepen vrednovanja, kao neko naglašavanje pravilo-izuzetak-odnosa ili neka posebna neobičnost radnji shodnih biću dela: Misaona neophodnost neke postupne obrade sistematičkih stepena krivičnog dela ne menja ništa na tome da sud o vrednosti odnosno nevrednosti postoji već u vreme počinjenja dela; važenje osnova opravdanja je – ukoliko bi oni trebali biti nadležni – od isto tako generalne prirode kao i onog od bića krivičnih dela; pravilo-izuzetak-diferenciranje može statistički pasti u oči, za sistematička pitanja krivičnog dela ili normativna postavljanja problema ono nije od značaja. Najzad, ni promišljanje, da bi u pogledu „hijerarhične“ strukture krivičnopravnog sistema uračunavanja dotični rasterećujući momenti trebali biti uneseni u postavku na što je moguće ranijem stepenu uračunavanja (to ovde dakle znači: isključenje bića dela pristankom), ne može prodreti: Prvo, biće dela i protivpravnost čine upravo normativno jedinstvo ocene, drugo, razlikovanje bića dela i protivpravnosti uvažavajući njihovo dotično isključenje bi za jurističkog laika (učinioca) ionako bilo sporedno.⁷⁶⁸ Čak ni monističko objašnjenje svih osnova opravdanja ne sili na lociranje pristanka u biće dela delikta, jer princip pretežnih interesa može objasniti institut pristanka.⁷⁶⁹ Konačno, valja ukazati da smeštanje pristanka kao osnova isključenja bića dela ili pak kao osnova opravdanja za sobom ne vuče praktične konsekvence ni za kažnjivost saučesnika niti za pitanja zablude.⁷⁷⁰ Kao mogući problem za objektivne granice pristanka navodi se da bi se po ishodu relevantna razlika usled kaznenosistematskog smeštanja ovog instituta mogla pokazati tada, kada bi se htelo poći sa tradiranim shvatanjem o sveobuhvatnom – dakle nespecifičnom za pravnu oblast – isključenju protivpravnosti. („jedinstvo pravnog poretka“). Ovo bi moglo stajati nasuprot zahvatu nekog pristanka koji dejstvuje isključujući protivpravnost tada, kada bi se delom kršila vankrivičnopravna pravila ponašanja pravnog poretka (na primer iz upravnog, ali i statusnog prava).⁷⁷¹ Nasuprot tome, isključenje bića dela pristankom bi vodilo diskrepanciji u reguliranju između krivičnog prava i drugog dela pravnog poretka, bez da se ponašanje u

sporno, da li valja prihvatiti pristanak koji isključuje protivpravnost ili saglasnost koja isključuje biće dela, tako kao da je kod lišenja slobode (§ 239 nemačkog KZ) i kod povređivanja tajnosti pisama (§ 300 nemačkog KZ). Ovakva sumnja dopušta da se javi kao malo primereno, kada na ovo nesigurno razgraničenje biva povezan u osnovi različit tretman pristajanja žrtve s manom volje. (Isto, S. 11., 12.)

⁷⁶⁶ Tako Sternberg-Lieben u istom delu, S. 68.

⁷⁶⁷ Sternberg-Lieben, isto, S. 68. Ovde se napominje i to, da od ove unutrašnje zavisnosti valja odvojiti pitanje o dvostepenoj ili trostepenoj strukturi krivičnog delaa. (Isto, S. 68., Fn 68.)

⁷⁶⁸ Isto, S. 68., 69., 70.

⁷⁶⁹ Tako Sternberg-Lieben u istom delu, S. 70, 71. Ističe se da su interesi imaoca pravnog dobra (u koje se pored „statičkog“ elementa postojanja dobra ubraja i dinamička strana raspolaganja nad ovim) da disponira nad svojim dobrom pretežniji od dobra, koje čak i doživljava krivičnopravnu zaštitu upravo u interesu pristajućeg. (Isto, S. 71.)

⁷⁷⁰ Isto, S. 71.

⁷⁷¹ Isto, S. 71.

pitanju pozitivno ceni od celokupnog pravnog poretka. No, nema prepreke da se pođe od smeštanja pristanka u protivpravnost i da se u odgovarajućim slučajevima ne prihvati delotvoran pristanak koji isključuje biće dela, pri čemu stvari drugačije stoje sa saglasnošću koja isključuje biće dela.⁷⁷² Tako se dolazi do toga, da je spor koji je vođen oko smeštanja pristanka u oblast bića dela ili protivpravnosti, sa ne beznačajnim utroškom, irelevantan za praktične rezultate u pitanjima određenja objektivnih granica pristanka, za razliku od značajnosti razlike pristanka i saglasnosti.⁷⁷³ Najzad, ako, po ovom učenju, bolji razlozi govore za stepenovanje pristanka kao osnova isključenja protivpravnosti, čak i kada bi se pristanak hteo stepenovati kao osnov isključenja bića dela, to nema značaja za određivanje njegovih objektivnih granica, jer radi se o (negativnom) obeležju (bića dela), koje zbog nedostatka zakonskog fiksiranja ne učestvuje u garantivnoj funkciji bića dela.⁷⁷⁴

Tako, vladajuća koncepcija, putem primene ovog učenja o jedinstvu funkcije bića dela i protivpravnosti, daje osnova i primeni pravila o individualnom uračunavanju dela u slučaju mana volje kod pristanka. Tako je put primene pravila o uračunavanju na probleme mana volje kod pristanka otvoren ne samo za vladajuću krivičnopravnu koncepciju, nego je to istovremeno slučaj i za odgovarajuća rešenja umerene sistemfunktionalne postavke, uprkos činjenici da pristanak, prema obe ove koncepcije, predstavlja tek osnov isključenja protivpravnosti, dakle biće dela je već realizovano. Pristanak nema uticaja na shodnost biću dela. Uz to, logika učenja o jedinstvu funkcije bića dela i protivpravnosti je primerena kako problematici objektivnih granica pristanka, tako i problemu uračunavanja dela u slučaju mana volje kod pristanka. Jer ovo učenje poseduje dovoljan stepen apstrakcije, tako da prijanja uz obe ove vrste problema. Iz krivičnopravne perspektive, ono ih rešava na višem nivou. Ono tako omogućuje, otvara put i primeni pravila o uračunavanju dela kada je reč o manama volje kod pristanka, bez obzira na to u koju se sferu dejstvo pristanka plasira, da li u sferu bića dela ili u sferu protivpravnosti, uprkos činjenici da je isključenje objektivnog uračunavanja kao i objektivno uračunavanje u pravilu nadovezivanje na uzročnost u sferi bića dela.

Kao treći prigovor ovom rešenju umerene sistemfunktionalne postavke, u pogledu njenog rešavanja problema dejstva pristanka i mana volje kod pristanka, ističe se i suviše idealno razumevanje autonomije.⁷⁷⁵

Najpre, valja napomenuti da umerena sistemfunktionalna postavka pojam „slobodovoljnosti“ određuje polazeći od toga da se radi o normativnom problemu.⁷⁷⁶ U jurističkim sklopovima se očito ne radi o tome, da se opiše opštevažeći pojam slobodovoljnosti u sociološkim ili psihološkim terminima. Štaviše, pojam slobodovoljnosti nekog pristanka, kao i pojam slobodovoljnosti odustanka od pokušaja, je pravni pojam koji u pravu pristanka ispunjava određeni normativni zadatak i prema opštim pravilima teleološkog obrazovanja pojma dakle mora biti definiran polazeći od ovog zadatka.⁷⁷⁷ Ovaj pojam je, prema umerenoj sistemfunktionalnoj postavci, merilo za procenu delotvornosti pristanka, tako da je to korak koji prethodi uračunavanju dela, pristajućem ukoliko je pristanak delotvoran ili ukoliko to nije, tada se pitanje uračunavanja rešava po pravilima o uračunavanju dela. Pri tome, kao autonoman i delotvoran važi pristanak kod kojeg je pristajući odlučio u saglasnosti sa svojim sistemom vrednosti. S obzirom da se kod autonomije radi samo o merilu za stepen samoodređenja nekog lica i da se tačka gledišta sopstvene

⁷⁷² Tako Sternberg-Lieben u istom delu, S. 71, 72.

⁷⁷³ U ovom smislu Sternberg-Lieben u istom delu, S. 72, 73.

⁷⁷⁴ Isto, S. 74.

⁷⁷⁵ Tako Rönnau, Willensmängel, S. 354., 355.

⁷⁷⁶ Tako Amelung, Einwilligung, S. 82.

⁷⁷⁷ Isto, S. 83.

odgovornosti za posledice i pretpostavke odluke premešta u učenje o uračunavanju, ovaj pojam autonomije je „prijateljski prema žrtvi“, jer je određen kao najviše moguće nefalsifikovan izraz volje imaoca dobra.⁷⁷⁸

Ovaj prigovor se koncentriše oko toga da je ovaj pojam autonomije predaleko od životne stvarnosti. Odluke, i odluke o pristanku, se često donose pod uslovima koji nisu optimalni, jer nosiocu odluke često nedostaju informacije relevantne za odlučivanje odnosno ne odgovaraju stvarnosti i/ili lice dela pod silom koja utiče na odlučivanje. Ovaj nalaz dobija značenje u okvirima dogmatike mana volje naročito kod samoproizvedenih zabluda kao i konstelacija trećeg ugla, u kojima zabluda odnosno sila ne potiče od zahvatajućeg, nego od nekog drugog lica. U svim ovim slučajevima idealno orijentirani pojam autonomije mora voditi nedelotvornosti pristanka. Da bi sa ovog stajališta dospelo do rezultata koji zahvatajućeg ne opterećuju neprimereno sa rizikom kažnjivosti, tvorcu umerene sistemfunkcionalne postavke ne preostaje ništa drugo, nego da pod normativnim aspektima značajno ograniči njegovu krivičnu odgovornost.⁷⁷⁹ Čak se postavlja pitanje, da li ovo shvatanje koje ekstremno ometa pristanak ne zanemaruje interese učinioca, pošto kriteriji koji su u ovom shvatanju svedeni za ograničenje odgovornosti ne predstavljaju dovoljan korektiv.⁷⁸⁰

Odgovarajući na ovaj prigovor pojmu autonomije, da je on suviše „idealna“, jer ne uzima u obzir da su rupe u znanju i sila endemični u ljudskom zajedničkom životu i da stoga ne pruža dovoljne kriterije na osnovu kojih može biti izabrano koji deficiti u znanju i sile su pravno relevantni, tvorca umerene sistemfunkcionalne postavke ističe da ono što ovde na socijalnim faktima još nije bilo istraženo na njihovu pravnu relevanciju, biva rešeno u ispitivanju, da li nastupelo povređivanje pravnog dobra, prema pravilima o uračunavanju dela, treba uračunati primaocu pristanka ili nekom trećem. Pošto ovaj celokupni koncept umerene sistemfunkcionalne postavke ovde tako sadrži pouzdan filter, deli pravno značajno od irelevantnog, na kraju sam kritičar ovog koncepta razjašnjava da je njegov prigovor u osnovi samo konstruktivne prirode.⁷⁸¹ Na ovaj način, smatramo s uspehom, prevaziđen je i ovaj, prigovor koji se tiče isuviše idealnog pojma autonomije.

Četvrto, ističe se prigovor koji se odnosi na normativna ograničenja odgovornosti zahvatajućeg. Kao i kod objektivnog uračunavanja, obilje različitih kriterija nastoji da zahvatajućeg oslobodi od odgovornosti.⁷⁸² Suština kritike se sastoji u tome, da u okviru datih rešenja primera nije jasan odnosno nije opravdan razlog za kročenje putem oslobođenja zahvatajućeg.⁷⁸³

Kao protivljenje kritici se navodi to, da se ova kritika može svesti na prigovor da se ova rešenja umerene sistemfunkcionalne postavke ne drže granica tradiranog učenja o uračunavanju, te se ističe da to nije moguće, jer isključenje nepravda pristankom pokazuje posebnost, da ono počiva na interaktivnom događaju. Teorija krivičnog prava nije ustanovljena radi ocene dvopolnih postupaka ove vrste. Pošto ne

⁷⁷⁸ Tako Rönnau predstavlja ovo Amelung-ovo rešenje. (Rönnau, Willensmängel, S. 354.)

⁷⁷⁹ Tako Rönnau u istom delu, S. 354.

⁷⁸⁰ Tako Weber, *Besprechung von Knut Amelung, Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln bei der Einwilligung des Verletzten*, 1998, in *Goltdammers Archiv für Strafrecht*, 2000, S. 77, 78. (Navedeno prema istom delu Rönnau-a, S. 354, 355, Fn 348.)

⁷⁸¹ Tako Amelung, *Buchbesprechung: Rönnau, Thomas: Willensmängel*, S. 718.

⁷⁸² Tako Rönnau, *Willensmängel*, S. 356.

⁷⁸³ Vidi o ovome iscrpnije isto delo, S. 356-359.

pasuju ni odredbe Građanskog zakonika, ne preostaje ništa drugo, nego da se prekorače granice tradicije, pri čemu se one upotpunjuju u pogledu dosadašnjih propusta.⁷⁸⁴

Ovde se, da bi se kritička misao približila, iznosi kritika rešenja jednog primera od strane umerene sistemfunkcionalne postavke. Reč je o primeru koji se odnosi na izvođenja za „prevaru o protivusluzi“.⁷⁸⁵ Tvorac umerene sistemfunkcionalne postavke slučaj koji niže prenosimo svrstava među važnije slučajeve u kojima lažno obećanje do duše prouzrokuje predaju pravnog dobra, ali iz toga nastalu štetu iz normativnih razloga ne treba uračunati varajućem.⁷⁸⁶ Primer: Studentkinja koja bi rado htela prodati svoju krv, ali je tražila među najčešćim ponuđačima i pri ovome dospela do prevaranta, koji joj je protivno istini obećao, da će joj platiti dvostruko od onoga što je uobičajeno na „tržištu davalaštva“.⁷⁸⁷ Tvorac umerene sistemfunkcionalne postavke drži da nisu vredni zaštite oni koji su načelno spremni na prodaju svoje krvi onima koji se najčešće nude, ali od zahvatajućeg bivaju prevareni o tome, da će im platiti dvostruko od onoga što je uobičajeno na „tržištu davalaštva“ U ovom slučaju, prema opštim pravilima o uračunavanju se varajućem ne bi moglo uračunati telesno povređivanje, pošto ono ne potpada pod područje zaštite norme. Pošto je o pitanju „da li“ predaje pravnog dobra već bilo odlučeno pre nastupa učinioa, pri nekom kažnjavanju po biću dela telesnog povređivanja inače bi na nedopušten način bila zaštićena jedino ekonomska očekivanja. Od varajućeg izdejstvovan pristanak bi morao pokazati izvestan „odnos prema pravnom dobru“, kada ovaj treba biti vučen na odgovornost za time motivisanu predaju pravnog dobra. Tvorac umerene sistemfunkcionalne postavke ovim predlogom do duše ne beznačajno proširuje područje zaštite u poređenju s koncepcijom prema kojoj je odnošenje mane volje prema pravnom dobru osnovni kriterijum.⁷⁸⁸ Ali on se očigledno plaši da kroz § 223 nemačkog KZ garantuje optimalnu korisnu upotrebu tela. To se može zastupati, ali nikako uverljivo. Jer neko autonomno postupanje sa telom bi u ovom slučaju na osnovu prevare kauzalne za pristanak isto tako moglo da se ne dogodi. Načelno postojeća spremnost, da se krv razmeni za naknadu, ne menja ništa na tome, da se pri odlučivanju, kome će je konačno prodati, gubici na telesnom integritetu iznova uzimaju u obzir. Svrha upotrebe telesne substance, da se za to postigne najveća moguća naknada, je osujećena.⁷⁸⁹ Tako, ovde nije jasno, zašto zahvatajući treba da prođe nekažnjeno u odnosu na biće dela telesnog povređivanja, kada je on doveo u zabludu imaoa dobra pri iskorišćavanju svog ograničenog resursa krvi. Predlog tvorca umerene sistemfunkcionalne postavke, koji izričito odbacuje tezu o (anti-) komercijaliziranju⁷⁹⁰ i sa individualnim pravnim dobrom smatra zaštićenom i „razmensku vrednost“, stoga deluje neiskreno.⁷⁹¹

⁷⁸⁴ Tako Amelung, Buchbesprechung: Rönnau, Thomas: Willensmängel, S. 716.

⁷⁸⁵ Ova izvođenja za prevaru o protivusluzi data su u: Amelung, Willensmängel, S. 77-80. Na ovom mestu, dalje se, osim u samom predstavljanju primera, oslanjamo na prenošenje koje za potrebe svoje kritike vrši Rönnau, Willensmängel, S. 358, 359.

⁷⁸⁶ Amelung, isto, S. 79.

⁷⁸⁷ Amelung, isto, S. 79.

⁷⁸⁸ Tako Rönnau, isto, S. 358. Za koncepciju Arzt-a, s kojom Rönnau poredi Amelung-ovo shvatanje, vidi kratak prikaz i kritiku u daljem izlaganju, u okvirima vladajućeg shvatanja, pri čemu ovde ističemo da se napred Arzt-ova koncepcija prikazuje u bitnim tačkama i problemima koje ne može da reši, a ne kao vladajuća. Dakle, samo kao koncepcija koju je vladajuće shvatanje prevazišlo.

⁷⁸⁹ Isto, S. 358. Rönnau ističe da inkonkvencu Amelung-ovog rešenja za ovaj slučaj kritizira i Weber u: Besprechung von Knut Amelung, Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln bei der Einwilligung des Verletzten, 1998., Goldammers Archiv für Strafrecht, 2000, S. 77 (78 f.) (Isto, S. 358, Fn 359.) S druge strane, Rönnau ukazuje i na to, da Mitsch daje potpuno pozitivnu kritiku Amelung-ovih rešenja. Dakle, u potpunosti prihvata kao ispravan način Amelung-ovog rešavanja i gore iznesenog primera, i to u: Besprechung von Knut Amelung, Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln bei der Einwilligung des Verletzten, 1998., Juristenzeitung, 1999, S. 513. (Vidi isto delo Rönnau-a, S. 333. Fn 274)

⁷⁹⁰ Dakle, Amelung odbacuje tezu Arzt-a, prema kojoj se štiti samo zaštita stanja, ne i razmenske vrednosti nekog pravnog dobra.

⁷⁹¹ Tako Rönnau, Willensmängel, S. 359.

Nasuprot kritici, u korist rešenja koje pruža umerena sistemfunkcionalna postavka govori sam pojam autonomije. Široko određena autonomija pojedinca govori u prilog i širokom postavljanju odgovornosti pojedinca u slučajevima pristanka. Stoga, smatramo, ovo rešenje i gravitira pripisivanju odgovornosti oštećenom, ukoliko se ona ne može pripisati učiniocu ili trećem.

Ipak, naše mišljenje nije u saglasnosti sa kritikom. Naime, reč je o tome i samo o tome, kojoj perspektivi od dve moguće i suprotstavljene se daje prednost. Da li je primarna individualna perspektiva imaoca pravnog dobra ili je pak primarna druga, njoj suprotna perspektiva opštosti (države-društva)? U prvom slučaju, ako je individualna perspektiva imaoca pravnog dobra primarna, dakle, ako joj se da preimućstvo u odnosu na perspektivu opštosti, države-društva, tada je kritika ovog rešenja opravdana. U drugom slučaju, ako je primarna perspektiva opštosti (države-društva), tada je kritika ovog rešenja umerene sistemfunkcionalne postavke neosnovana. Ovde se može napomenuti da rešenje ovog problema proističe iz činjenice da je pravni poredak objektivan poredak vrednosti. Opštost (država-društvo) je u tom smislu nadređena pojedincu. Usled toga, ovde treba prihvatiti i ovo rešenje umerene sistemfunkcionalne koncepcije o tome da se u ovim rešenjima, postavljanjem nekog normativnog ograničenja, ipak opravdano ograničava krivična odgovornost zahvatajućeg.

Za ovo izlaganje rešenja umerene sistemfunkcionalne postavke možemo sažeto navesti sledeće. Sociološka sistemteoretska postavka na kojoj se bazira umerena sistemfunkcionalna krivičnopravna postavka nije prihvatljiva osnova krivičnopravne regulacije uopšte, ali i posebno regulacije dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu. Pre svega, i njoj, kao i čistoj sistemfunkcionalnoj postavci, prebacuje se napuštanje principa doba prosvete. Zatim, nepromenljivost određenih elemenata koji se posmatraju kao funkcionalne neophodnosti, a u čijim osnovama stoji apriorna nadređenost države-društva pojedincu, protivureći istorijskom razvoju tog odnosa, tako da odnos države-društva i pojedinca načelno određuje duh vremena i on je promenljiv, nije stalno fiksiran u jednom i istom položaju. Svojestvo funkcionalizma kao modela koji čini skup iskaza analognih stvarnosti, a tako i funkcionalističkog modela umerene sistemfunkcionalne krivičnopravne postavke kao skupa iskaza analognih pravnoj stvarnosti i analognih pravnim vrednostima u svojim rešenjima se može prihvatiti samo ukoliko se očisti od svojih funkcionalističkih elemenata. Prvo, pravni mir ne može kao vrednost stajati iznad slobode. Drugo, sam pojam slobode je po sebi neograničen. Tačnije, ograničen je slobodom drugih, i svakako nije smešten u „kućišta“. Sloboda izvire iz sigurnosti, ne iz pravnog mira. Pravni mir je proizvod slobode i pravde, a ne obratno. U ove okvire se stavlja i ustavno uvažavanje sopstvene vrednosti ličnosti, koje je stoga sumnjivo. U pogledu subjektiviteta lica, može se reći da ova koncepcija u faktičkom nivou autonomiju pojedinca čini zavisnom od podele rada, dok u odnosu na problem slobode volje ima izraženu determinističku crtu koja se uočava u tome što je po ovoj koncepciji svrha kazne važenje normi, ali i u tome što normativno ima prenaplašenu ulogu. Rešenje problema dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu koje daje ova krivičnopravna koncepcija je u dovoljnoj, visokoj meri iscrpno i zadovoljavajuće. Ono se zasniva na načelu volenti non fit iniuria i na ustavnopravnoj garanciji slobode delanja. Pravno dobro kao realan pojam predstavlja polazni osnov rešavanju problema dejstva pristanka oštećenog u okvirima kolizionog modela. Usled toga, pristanak je osnov isključenja protivpravnosti. To rešenje je pravnodogmatski dosledno. U srži ovog rešenja stoji autonomija. Autonomno dela onaj ko se orijentira prema samopostavljenim normama, prema sopstvenim, subjektivnim vrednostima. Ovo shvatanje autonomije se može okarakterisati i kao utilitarističko. Ono je izraženo i u rešavanju problema mana volje kod pristanka. Mane volje se posmatraju kao problem uračunavanja dela, pri čemu se sud o delotvornosti pristanka odvaja od suda o uračunavanju. Pri tome, prigovor koji se tiče isticanja nemogućnosti primene pravila o isključenju objektivnog uračunavanja dela u ravni protivpravnosti se prevazilazi učenjem o jedinstvu

funkcije bića dela i protivpravnosti. Prigovor isuviše idealnog pojma autonomije otpada zbog uzimanja u obzir svih pravno relevantnih okolnosti u okvirima uračunavanja dela u slučajevima mana volje kod pristanka. Najzad, normativna ograničenja odgovornosti zahvatajućeg u slučajevima mana volje kod pristanka bi se, prema našem mišljenju, mogla objasniti shvatanjem pravnog poretka kao objektivnog, usled čega se perspektiva opštosti (države-društva) stavlja iznad individualne perspektive. Kada se ova rešenja posmatraju na normativnom nivou, ona se mogu okarakterisati kao iscrpna i pravnodogmatski dosledna. Ukoliko bi se ova normativna rešenja odvojila od svoje sociološke sistemteoretske podloge, svakako bi zasluživala znatno veći stepen uvažavanja.

3.5.3.3 Rešenja vladajuće krivičnopravne koncepcije

Vladajuća krivičnopravna koncepcija, može se reći, u pogledu tretmana dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu, nadovezuje se na ovde izneseno rešenje umerene sistemfunktionalne postavke. Naravno, umesto na sociološko sistemteoretsko postolje, ono je smešteno u okvire vrednosti i stvarnosti, na normativnu i socijalno-činjeničnu ravan, u odnos trebanja i bivstva.⁷⁹² Pri tome, sledi se ideja o odvajanju morala i prava. Iako postoje protivrečnosti u ocenama između ta dva područja, ali se one, tako se kaže, mogu prihvatiti, pošto se, prema toj tezi, pravo i moral ne dodiruju.⁷⁹³ Trenutno, ovo odvajanje prava i morala predstavlja karakteristiku vladajućeg mišljenja, dakle i vladajuće krivičnopravne koncepcije.⁷⁹⁴ Ovo odvajanje prava i morala u okvirima vladajuće krivičnopravne koncepcije ima za konsekvencu, da nemoralna ponašanja, ukoliko nisu popravljena (verrechtlicht), ne mogu imati značaj kriterijuma inkriminisanja, pa tako ne mogu biti ni merodavan kriterijum kod problema dejstva pristanka i mana volje kod pristanka. Pitanja koja u obradi rešenja vladajuće krivičnopravne koncepcije zaslužuju pažnju su: a) Problem odnosa pojedinca i opštosti (države-društva), b) Problemi idejne osnove rešenja vladajuće krivičnopravne koncepcije, c) Subjektivitet lica, d) Granice dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu e) Dejstvo pristanka oštećenog u krivičnom pravu prema vladajućoj krivičnopravnoj koncepciji i f) Problem mana volje kod pristanka po vladajućoj krivičnopravnoj koncepciji.

U pogledu na značajno pitanje odnosa opštosti (društva-države), tačnije vlasti i pojedinca, vladajuće učenje sledi ideje doba prosvetćenosti. U okvirima vladajuće koncepcije nema neizmenjivosti odnosa pojedinca i društva-države, kao što je to slučaj sa funkcionalističkim postavkama. Dakle, duh vremena može u procelje staviti čas pojedinca čas društvo-državu. Revolucija je pravom zabranjena. Ipak, ako je revolucija jednom uspela i osnovano novo uređenje, onda nezakonitost njenog započinjanja i izvršenja ne može podanike osloboditi obavezanosti da se kao dobri državljani pokore novom poretku stvari, pa oni ne mogu da se opiru onom poglavarstvu koje sada ima vlast.⁷⁹⁵ Uopšte, sam odnos vlasti i pojedinca je jasno

⁷⁹² Ovaj metodski dualizam bivstva i trebanja se u vladajućoj koncepciji uočava i u obradi problema koji se tiču pravnog dobra (O tome više vidi: Sternberg-Lieben, Objektive Schranken, S. 381, 382.), kao i u obradi problema slobode volje (O tome više vidi: Dreher, Willensfreiheit, S. 396.)

⁷⁹³ Kaufman, Pravo i razumevanje prava, str. 177. Prema Arturu Kaufmanu, takvo shvatanje zastupali su značajni filozofi, kao što su Tomazijus, Kant i Fihte. (Vidi isto delo, str. 177.) Prema Kant-u, koji piše o principu odvajanja nauke o vrlini od nauke o pravu, to odvajanje, na kome uopšte počiva vrhovna podela nauke o moralu, temelji se na tome: što pojam slobode koji je obema zajednički čini nužnom podelu na dužnosti spoljašnje i unutrašnje slobode, od kojih su ove poslednje jedino etičke. (Kant, Metafizika morala, str. 207.)

⁷⁹⁴ Tako Kaufman ovu tezu o odvajanju prava i morala ističe kao vladajuću u prošlom veku. (Isto, str. 177.) No, ona je i danas, u ovom veku, vladajuća, pa i u okvirima vladajuće krivičnopravne koncepcije. (Vidi o tome: Sternberg-Lieben, Objektive Schranken, S. 362.)

⁷⁹⁵ Imanuel Kant, Metafizika morala, str. 124.

određen mišlju, da suveren hoće prema svom shvatanju da učini narod srećnim, i tako postaje despot; narod neće da napusti opšti ljudski zahtev za vlastitom srećom, i tako postaje buntovnik.⁷⁹⁶ Dakle, kada bi vladar hteo da prekrši ugovor, narod protiv njega zadržava pravo potajne pobune, pošto o tome ne postoji nikakav zakon. Jer, da ustav sadrži zakon za ovaj slučaj koji bi davao pravo da se obori postojeće uređenje iz koga proizilaze svi posebni zakoni (takođe i zakon da se ugovor prekrši) onda bi to bilo očigledno protivrečje.⁷⁹⁷ Pošto izvorni suverenitet trajno ostaje u rukama naroda, to znači da narod zadržava pravo da procenjuje postupke vlasti i da, u krajnjoj liniji, ukloni svaku vlast za koju proceni da je prekoračila društvenim ugovorom dobijena ovlašćenja: „Kad god zakonodavci pokušaju da oduzmu ili razore svojину naroda ili da ga dovedu do ropstva pod arbitrnim vlašću, oni sebe stavljaju u stanje rata sa narodom koji je odmah zatim razrešen svake dalje poslušnosti...“⁷⁹⁸ Ovo prosvetiteljsko omogućavanje revolucionarnih promena u društvu-državi doseže i svoj širi opseg od same revolucije. On se ogleda u pravu na otpor.⁷⁹⁹ Tako, pravo na otpor sadrži u sebi blaže oblike otpora od samog revolucionarnog otpora vlasti, kao što je građanska neposlušnost.⁸⁰⁰

Tako, odnos pojedinca i opštosti (države-društva) ovde zavisi od trenutnih istorijskih odnosa i prilika. Najkraće rečeno, on zavisi od duha vremena.

Upravo iz ovog odnosa opštosti (države-društva) i pojedinca proizilaze i idejne osnove vladajuće krivičnopravne koncepcije na kojima se zasniva krivično pravo.

Tako je rešen ne samo odnos pojedinca, doduše kao činioca naroda, i opštosti, društva-države kao vlasti, nego su u osnovu građanskog društva položene osnovne vrednosti na čijem poštovanju ono počiva. U pogledu na odnos pojedinca i opštosti ustavom se garantuju osnovna ljudska prava, tako da se, u stvari, na taj način ustavom vlast obavezuje na poštovanje tih prava. Osnovni instrument ograničavanja državne vlasti i, istovremeno, osnovni instrument zaštite ljudske slobode jeste pravni sistem.⁸⁰¹ Pisanim pravom se na nedvosmislen način definiše sadržina prirodnog zakona i obezbeđuje njegovo poštovanje, kako od strane građana, tako i od strane države. Drugim rečima, pozitivni pravni sistem utvrđuje primat ljudskih prava u političkoj zajednici i proglašava ta prava „zabranjenim područjem“ za političku vlast, čime je definisana suština još jednog velikog principa moderne demokratije – principa vladavine prava.⁸⁰² Kao opštepoznati pandan ovom anglosaksonskom principu vladavine prava (rule of law) javlja se nemački pojam pravne države (Rechtsstaat). Pojam pravne države se ne iscrpljuje u formalnim institucijama podele vlasti, nezavisnih sudova, zakonite uprave itd. Pravna država je više nego prosta država legaliteta. Njen istinski cilj je materijalna pravda. Formalne garantije sadržane u pojmu pravne države koje takođe mogu biti tako važne, ne smeju nam dopustiti da zaboravimo drugi osnovni element pravne države, naime pravno vezivanje državne moći za ideju materijalne pravde. Tek na takav način i formalni princip legaliteta dobija svoje istinsko opravdanje. Jer i u nekoj nepravnoj državi princip formalne zakonitosti može biti sasvim očuvan.⁸⁰³ Pravna država nije samo država zakonite uprave ili obuhvatne kontrole

⁷⁹⁶ Kant, O uobičajenoj izreci: to bi u teoriji moglo biti ispravno, ali ne vredi za praksu, str. 111.

⁷⁹⁷ Isto, str. 112.

⁷⁹⁸ Tako Jovanović, Dimitrijević, Savremeni politički sistemi, str. 90.

⁷⁹⁹ Nakon Altuzijeve teorije o pravu na otpor i o narodnom suverenitetu, Lok je postavio pitanje o načinu zaštite u državi protiv nasilja i ugnjetavanja koje potiče od apsolutnog vladara. Kant je ukazao da zakonodavna vlast pripada „ujedinjenoj volji naroda“, pa kako od nje treba da proizađe svako pravo, ona svojim zakonom nikome ne sme moći da čini nepravdu. (Beljanski, Poetika prava; Politika filozofije, str. 71.)

⁸⁰⁰ O tome više vidi: Kaufman, Pravo i razumevanje prava, , str. 179-191.

⁸⁰¹ Jovanović, Dimitrijević, Savremeni politički sistemi, str. 90.

⁸⁰² Isto, str. 90.

⁸⁰³ Rudolphi, Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs, S. 159.

sudova, ne samo načelo pravne sigurnosti i izvršnog obavezivanja. Kada se razume u materijalnom smislu, ona znači zajednicu izgrađenu na poštovanju personalne slobode i na principu državne vlasti koja je umerena i čvrsto uređena radi njene zaštite, čiji pravni poredak koji polazi od naroda svo državno delanje vezuje za ove osnove i za težnju ka pravednom i jednakom oblikovanju ljudskih odnosa. Ukratko: Pravna država u sebi otelovljuje zaštitu lične i političke slobode građana i umeravanje i pravno vezivanje svog javnog vršenja vlasti.⁸⁰⁴ Za krivično pravo iz toga sledi – slično kao za policijsko pravo – da je ono ograničeno na „odbranu od opasnosti“. Neka krivična norma je opravdana samo tada, kada je ona neophodna za očuvanje i sigurnost životnih uslova društva koje je izgrađeno na slobodi lica i time istovremeno i za svakoga shvatljiva kao umna. Država naprotiv nema pravo, da uz pomoć pretnji kaznom prisiljava pojedince da za maksimu svog ponašanja izaberu određene religiozne, moralne ili druge vrednosne predstave, kada pokoravanju ovim vrednosnim predstavama ne pripada nikakva funkcija za stvaranje ili održanje društvenog života koji se zasniva na slobodi i odgovornosti individuumu.⁸⁰⁵

Za krivičnopravni ugao posmatranja, karakteristično je bipolarno reguliranje odnosa države i učinioca, pri čemu se oštećeni povlači u pozadinu, dok odnos države i učinioca stoji u proćelju.⁸⁰⁶ Tako, najkraće rečeno, kada se svede na ustavnopravnu perspektivu, može se reći da je odnos društva-države i pojedinca oličen u tome što država-društvo stoji kao garant ustavnih prava, a tako i kao garant objektivnog pravnog poretka. Dakle, pravni poredak je, prema vladajućoj koncepciji, objektivna vrednost, a ne subjektivna vrednost. S druge strane, svođenje trouglog na bipolarni odnos države i učinioca, prema našem mišljenju govori i o tome, da je prema ovoj koncepciji, krivično pravo najpre pravo krivice, a tek potom i pravo zaštite. Uz to, ustavnopravnu podršku doživljava ne samo sloboda delanja, nego se i pojam pravnog dobra formira u sklopu i uz podršku ustavnopravnih odredbi.

Tako se pravno dobro posmatra u novom svetlu, u svetlu ustava. Ustavne odredbe i principi su linija vodilja za tumačenje i kritiku postojećih krivičnih normi. Time je pravno dobro postalo neophodan, ali ustavnopravno noseći osnov, kako za koncepciju dužnosti zaštite tako i za određenje granice zahvata i njihovo precizno dimenzioniranje.⁸⁰⁷ Jer, odgovor na pitanje odnosa krivičnog prava, koncepta pravnog dobra i Ustavnog prava je jednostavan i jasan: Zabrana nekog ponašanja pod pretnjom kaznom, koja se ne može pozvati na pravno dobro, bila bi državni teror. To ne bi bilo manje nego zahvat u ljudsku slobodu delanja, o kome država koja zahvata ne može reći, do kog kraja ona preduzima ovaj zahvat. Ovaj „kraj“ je mesto koje tradicionalno zauzima koncept pravnog dobra. Zahvat u slobodu delanja ne bi imao legitimirajuće nešto, iz kojeg bi mogao proisteći njegov smisao.⁸⁰⁸

Pri tome, ističe se da se od vladajuće koncepcije pojam pravnog dobra određuje kao personalan pojam s jedne strane i kao realan pojam s druge strane.

Personalno shvatanje pojma pravnog dobra se nikako ne ograničava na „klasična“ individualna pravna dobra. Ono je u stanju da uvuče i nadindividualna dobra, ukoliko se ne izgubi iz vida, da se u socijalnoj stvarnosti dešava interakcija između većeg broja individua, tako da se kroz „društvo“ i „državu“ kao onim područjima u kojima individue susreću jedna drugu, obrazuju novi elementi njihovog bivstvovanja u slobodi.⁸⁰⁹ Uprkos tome što se pravno dobro pojmovno određuje personalno, vezujući ga uz lice, ipak je u okvirima vladajuće krivičnopravne koncepcije, kao i u drugim koncepcijama, uočljivo razlikovanje

⁸⁰⁴ Tako Scheuner, *Juristentagsfestschrift* (1960), S. 229 ff. (250). (Navedeno prema istom delu, S. 159.)

⁸⁰⁵ Isto, 170, S. 159.

⁸⁰⁶ Tako Sternberg-Lieben, *Objektive Schranken*, str. 461-465.

⁸⁰⁷ Tako Hassemer, isto, S. 64.

⁸⁰⁸ Isto, S. 64.

⁸⁰⁹ Isto, S. 384.

individualnog i nadindividualnog, personalnog i transpersonalnog. Personalni pojam pravnog dobra, u stvari, posmatra se kao primarni kriminalnopolitički argumentacioni topos. Kao takav, personalni pojam pravnog dobra značajno utiče na sadržinu krivičnopravne zaštite.

Uz to, ističe se i dejstvo razgraničenja pojma pravnog dobra.⁸¹⁰ Kada se pođe od pozitivnog dejstva razgraničenja pojma pravnog dobra, to znači koje datosti se mogu pojmiti kao pravno dobro, dok, ako se pođe od njegovog negativnog dejstva razgraničenja, to znači da se posmatra od razgraničavajuće funkcije određenih ljudskih interesa kao legitimnih predmeta krivičnih propisa (odnosno kao dopušteni objekt zaštite objektivnih granica pristanka).⁸¹¹ I utoliko je ispravno razdvojiti činjenično-socijalnu ravan („društveno vrednosno iskustvo“) i od Osnovnog zakona (ustava) prethodno datu pravno-normativnu ravan.⁸¹²

S druge strane, zastupnici vladajuće krivičnopravne koncepcije pravno dobro odnosno krivičnopravno dobro pojme kao povredivu realnu datost, koja se u istorijskoj situaciji predstavlja kao personalna pretpostavka i uslov razvoja (personalni pojam pravnog dobra).⁸¹³ On se postavlja kod individualnih pravnih dobara, dok nadindividualna dobra treba da iskuse krivičnopravnu zaštitu tek kada se ona mogu izvesti iz personalnih interesa. Tako, ovde je uočljiva i kategorija individualnih, kao i kategorija nadindividualnih pravnih dobara. Isto tako, uočljiva je i kategorija personalnih interesa, a tako i onih koji to nisu ili nisu samo personalni, dakle i transpersonalnih interesa. Ovo je osnova slobodi i pravdi u građanskom društvu.

Najzad, ustavnopravna podrška ovako formiranom pojmu pravnog dobra, koja svakako ima u vidu i ustavno pravo na slobodu delanja, obezbeđena je određenim ustavnopravnim principima, pri čemu njihova primena svakako podrazumeva uzimanje u obzir trenutnog odnosa personalnih i transpersonalnih interesa. Ovi krivičnopravno specifični principi ne mogu u potpunosti odrediti sadržinu krivičnopravne zaštite, ali joj svakako mogu odrediti granice.

Zanimljivo je ovde bliže razmotriti zaštitnu funkciju osnovnih (ustavnih) prava. Osnovna (ustavna) prava čak trebaju ne samo da državne zahvate drže dalje od nekog potencijalnog učinioca, nego i da štite žrtvu.⁸¹⁴ U nekom opširnijem istraživanju su se naročito takvi postulati, kao pitanje zavređenosti kazne (Strafwürdigkeit) i potrebitosti kazne (Strafbedürftigkeit), ultima-ratio misao, kao i teza o tzv. fragmentarnom karakteru krivičnog prava, pokazali kao načelno osposobljeni, da izvrše obogaćenje krivičnopravno specifičnih misaonih dobara u različitim ravnima ispitivanja srazmernosti i da na ovaj način na različitim ravnima obogate načelo srazmernosti sa dogmatskim sadržajem i da ga reaktiviraju za izgradnju ustavnopravnog konstrukta limitiranja.⁸¹⁵

Da bi se razlikovalo od shvatanja slobode od strane umerene sistemfunkcionalne krivičnopravne koncepcije, ovde ukazujemo na princip „in dubio pro libertate“ koji vlada u ovoj koncepciji. Pored toga, svakako se sloboda u najširem smislu od vladajuće koncepcije ne vezuje za kućišta.

⁸¹⁰ Tako Sternberg-Lieben, pri čemu on ovaj pojam pravnog dobra posmatra kao personalan, kao datosti koje predstavljaju personalne pretpostavke razvoja. (Sternberg-Lieben, Objektive Schranken, S. 391.)

⁸¹¹ Tako Sternberg-Lieben u istom delu, S. 391.

⁸¹² Isto, S. 391.

⁸¹³ Tako Sternberg-Lieben, Rechtsgut, Verhältnismäßigkeit und die Freiheit des Strafgesetzgebers, S. 67. Sternberg-Lieben ovde ističe da je ovaj personalni pojam pravnog dobra zastupan od Hassemer-a i Hohmann-a.

⁸¹⁴ Lagodny, Das materielle Strafrecht als Prüfstein der Verfassungsdogmatik, S. 85.

⁸¹⁵ Isto, S. 114.

Pomenuti ustavni postulati su: načelo srazmernosti, podesnost i neophodnost upotrebe krivičnog pravnog instrumentarijuma. Iz ovih principa se izvode i objektivne granice pristanka. Pored tih ustavnih principa, kako zakonodavac, tako i primenjivač prava, pri postavljanju granica pristanka, bi morali uvažavati zahtev za doslednom primenom dogmatskih instituta.

Uopšteno gledajući, granica pristanka radi zaštite slobodno odgovornog pristajućeg od sebe samog je nedopuštena već iz ustavnopravnih razloga.⁸¹⁶ Postavljanje objektivnih granica pristanka radi zaštite interesa trećih od strane primenjivača prava je dopušteno samo u malo konstelacija, u kojima su interesi trećih koje valja štititi izričito prihvaćeni u područje zaštite bića dela nekog krivičnog propisa koji se odnosi na vršenje radnje koja stoji u pitanju, dakle regulacija, koju treba razabrati iz kaznenozakonodavne odluke, da izuzetno radi zaštite interesa trećih ne postoji ni sloboda raspolaganja nad individualnim pravnim dobrom.⁸¹⁷

Iz navedenog, da se zaključiti i to da se u okviru vladajuće krivičnog pravne koncepcije, kao osnovne vrednosti građanskog društva, poštuju principi slobode i pravde. Naime, sloboda izvire iz sigurnosti kao bazične vrednosti, dok se pravda iznalazi u odmeravanju interesa opštosti (države-društva) i interesa pojedinca.

Subjektivitet lica prema vladajućoj krivičnog pravnoj koncepciji može se sagledati u više problemskih područja. Ipak, najpre ukazujemo na činjenicu da je u svakom slučaju ovde reč o čoveku, bez obzira na krivičnog pravnu poziciju prema kojoj se ispitivanje njegovog subjektiviteta vrši (učinilac ili oštećeni) i bez obzira na to, u kojoj se ravni vrši, socijalno-činjeničnoj ili ustavno-normativnoj, u ravni bivstva ili trebanja. To iziskuje i ustavno-pravni princip jednakosti, bez kojeg su nezamislivi savremena država i društvo. Stoga, ispitivanje subjektiviteta čoveka ovde obuhvata, samo u nekim aspektima koje smatramo bitnim, sagledavanje rešenja vladajuće krivičnog pravne koncepcije, ali i kritički osvrt na druge krivičnog pravne koncepcije, naročito funkcionalističkih koncepcija čija rešenja se u ovom radu razmatraju. One se razmatraju u odnosu na sledeća problemska područja: imalaštvo pravnog dobra, sloboda volje učinioca i sloboda volje oštećenog, koja se ovde samo dotiče, jer njena potpunija obrada sledi u odeljku o dejstvu pristanka oštećenog prema vladajućoj krivičnog pravnoj koncepciji.

Problem imalaštva pravnog dobra se najpre posmatra u svetlu ideja prosvetljenosti. Prema njima čovek po prirodi ima vlast da očuva vlastitu svojinu, tj. svoj život, slobodu i imovinu. Pri tome svojina se koristi

⁸¹⁶ Isto, S. 591. Vrednosni sistem Osnovnog zakona (Ustava) se konstituira upravo kroz propise o osnovnim pravima postavljenim na vrhu ustava. U njihovom središtu stoji prema liberalno pravnodržavnom razumevanju osnovnih prava ljudska ličnost koja se slobodno razvija iz sopstvenih sposobnosti i inicijative. Sa ovim se načelno ne može složiti neka nametnuta zaštita od sebe samog. (Isto, S. 38.)

⁸¹⁷ Isto, S. 591. Postavljanje granica pristanka je dopušteno, ukoliko se delom, na koje se pristaje, oštećuju pravna dobra trećih ili opštosti. Zahvat u osnovnog pravnog (ustavnog) zaštićenu slobodu nosioca pravnog dobra koji leži u ograničenju pristanka ima da čini rezultat nekog sveobuhvatnog odmeravanja dobara između prava trećih kao i prava žrtve i učinioca. Za ovo odmeravanje tada valja uzeti u obzir, da se iz Osnovnog zakona (ustava) rangovni poredak od njega zaštićenih vrednosti u svakom slučaju može marginalno razabrati. Načelno valja početi od jednakog ranga osnovnog pravnih (ustavnopravnih) garancija; u drugom slučaju bi to od ustava u njegovoj funkciji postavljanja okvira bio preteran zahtev. U pogledu nedostatka neke opšte smernice za preferenciju dobara u Osnovnom zakonu (ustavu) može mu se u svakom slučaju uzeti „meki“ sistem odmeravanja pokretnih sklopova prema blizini ličnosti dotičnog dobra. Pri tome tada valja težiti uravnoteženju kojim se čuvaju osnovnog pravnog (ustavnog) zaštićene vrednosti i ne da se od početka na osnovi neke apstraktne ocene involviranih pozicija nekom dobru jednostrano prizna prednost; polazeći od principijelno jednake vrednosti zaštićenih prostora slobode onda valja težiti optimiranju područja osnovnih prava (praktična konkordancija). (Isto, S. 54, 55.)

kao opšte ime za život, slobodu i imovinu. I glavni cilj udruživanja ljudi u države i njihovog stavljanja pod vladu jeste očuvanje njihove svojine.⁸¹⁸

Kada se iz ovog koncepta izvuče sam pojam svojine, koja se ovde koristi kao opšte ime za život, slobodu i imovinu, može se uočiti da se sam pojam pravnog dobra, doduše osavremenjen, u grubim crtama uklapa u taj koncept. Izrazi koji se za ovo opšte ime svojine danas najčešće koriste u krivičnom pravu su imalaštvo i nosilaštvo pravnog dobra, dakle individualnog pravnog dobra. U ovoj koncepciji, u savremeno doba, dolazi do svojevrsnog rascepa. Naime, u okvirima same argumentacije o opravdanosti postojanja § 216 nemačkog KZ, pitanje „svojine“ nad životom individuuma, njenog titulara, dobija svoj jasan vid. Prema jednim, život se ne pojmi kao čisto individualno pravno dobro, nego se sasvim ili parcijalno dodeljuje društvu odnosno državi. Prema drugima to je pogrešan put, jer odredbe Osnovnog zakona (ustava) i krivičnog zakonika ukazuju na život kao najviše pravno dobro individuuma.⁸¹⁹

Prema našem mišljenju, ispravno je drugo shvatanje, jer personalni pojam pravnog dobra, koji je prihvaćen u vladajućoj krivičnopravnoj koncepciji to podrazumeva. Kao argument za to se može iskoristiti i objektivna granica pristanka predviđena u § 216 KZ Nemačke. Ona je postavljena zbog interesa trećih. Svrha ove objektivne granice pristanka se, prema vladajućem shvatanju, sastoji u tabuiziranju života. Stoga, ne može biti reči o udelu opštosti u imalaštvu pravnog dobra život. Na ovaj način, u pogledu imalaštva individualnog pravnog dobra, subjektivitet čoveka ostaje netaknut.

Za problem slobode volje učinioca se može reći da zahteva znatno širi obuhvat problema, kako bi se došlo do odgovora na pitanje, da li je u vladajućoj krivičnopravnoj koncepciji i po tom pitanju subjektivitet čoveka ostao netaknut ili to nije slučaj. Ipak, ovde se vladajuće shvatanje daje samo u svojoj osnovi.

Prema tom shvatanju, determinizam se posmatra kao mogući model mišljenja i ne više, tako da on nije prava alternativa indeterminizmu kao neodrecivom elementu postojanja čoveka.⁸²⁰ Usled toga, indeterminizam, njegov smisao se razume tako da on naravno ne znači apsolutnu slobodu, koja nikada ne može biti data i predstavlja prostu maštariju, nego postoji samo kao relativni indeterminizam.⁸²¹ Ističemo da ovo prihvatanje relativnog indeterminizma odobravaju mnogi krivičari.⁸²² Pod okrilje vladajućeg shvatanja bi ulazilo i određenje prema ovom problemu prema kojem je sloboda „moć da se neko stanje započne od sebe.“⁸²³ I ovo shvatanje, kao indeterminističko, polazi od postojanja slobode volje čoveka.

U pogledu na metodski dualizam, prema vladajućoj krivičnopravnoj koncepciji, ističe se da mi ljudi skupa stojimo pod velikim „Ti trebaš“ i to ne u smislu ominoznog „Ti možeš, jer ti trebaš“, nego u smislu „Ti trebaš, jer ti možeš“. Dakle, i bez obzira na rezultate relativno novijih istraživanja mozga, vladajuća koncepcija se drži postojanja slobodne volje čoveka. Smisao tog postojanja u socijalno-činjeničnoj ravni je u korelaciji s normativnom ravni, one su usklađene u potpunosti. Na taj način vladajuća koncepcija u potpunosti poštuje subjektivitet lica, čoveka. U osnovu čovekove slobode postavljena je sloboda njegove volje.

⁸¹⁸ Tako Lok, Dve rasprave o vladi, str. 298.

⁸¹⁹ Tako Schmitt, Ärztliche Entscheidungen zwischen Leben und Tod in strafrechtlicher Sicht, S. 366.

⁸²⁰ Isto, S. 396.

⁸²¹ Tako Dreher u istom delu, S. 396.

⁸²² Tako Hillenkamp, Strafrecht ohne Willensfreiheit? Eine Antwort auf die Hirnforschung, S. 319.

⁸²³ Tako Hillenkamp sledi Kantovu misao, sadržanu u: Kant, Kritika čistog uma, str. 295, 296. (Vidi: Hillenkamp, Strafrecht ohne Willensfreiheit? Eine Antwort auf die Hirnforschung, 2005, S. 320.) Kantov put sledi i Kühl, kako to navodi Lampe, u delu: Kristian Kühl, Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das Strafrecht, 2001.. (Ovo navodi Lampe, Willensfreiheit und strafrechtliche Unrechtslehre, S. 3.)

Ipak, prema pomenutim novijim istraživanjima mozga izvršenim od strane eminentnih nemačkih neurobiologa, najkraće rečeno, sloboda volje je iluzija.⁸²⁴ Kao suština tih navoda do izražaja dolazi rezultat njihovih istraživanja da volja čoveka ne prethodi delanju, već naprotiv, volja vremenski prati radnju. Usled toga, oni podižu pledoaje za ukidanjem krivičnog prava krivice i prelazak na krivično pravo zaštite, koje bi tako bilo determinističko, jer u osnovu slobode delanja ne bi stavljalo slobodu čovekove volje. Sloboda delanja čoveka bi tako ostala bez svoje osnove, lebdela bi u vazduhu, a čovek bi u eventualnom prihvatanju krivičnog prava zaštite bio degradiran na objekt. Ovi rezultati istraživanja mozga bi govorili u prilog funkcionalističkim krivičnopravnim koncepcijama koje su u ovom radu predmet ispitivanja i koje takođe krivično pravo posmatraju kao pravo zaštite. Iz tog razloga, na ovom mestu se iz posebnog ugla daje kritika u odnosu na te funkcionalističke koncepcije, ali se daje i naše mišljenje, koje se u krajnjoj tački u potpunosti slaže sa vladajućim shvatanjem. Najzad, poseban ugao posmatranja se ovde koristi i za slobodu volje pristajućeg oštećenog, pri čemu ukazujemo na to da će ovo pitanje biti obrađeno i u sledećem odeljku o dejstvu pristanka oštećenog u krivičnom pravu. Tako, na ovom mestu slede izlaganja, kako je navedeno.

U pogledu tvrdnji istraživača mozga, o tome da radnja prethodi volji, a ne obrnuto, izjašnjava se, koliko je nama poznato, tvorac, ovde tako nazvane, čiste sistemfunkcionalne postavke, kao i tvorac personfunkcionalne postavke. S obzirom da je tvorac čiste sistemfunkcionalne postavke i ranije preuzimao, unekoliko ga izmenjujući, rešenje problema slobode volje prema kome je sloboda volje državno neophodna fikcija⁸²⁵, razumljivo je što se on u odgovoru na navode istraživača mozga takođe okreće trebanju, te slobodu volje razume kao društvenu, a ne prirodnu tvorevinu, kao normativni konstrukt.⁸²⁶ Tvorac personfunkcionalne postavke takođe se, kao agnostičar, postavlja na pretežno normativnu ravan, jer problem slobode volje vidi kao normativni sklop (normative *Setzung*), kao normativnu pristupačnost (normative *Ansprechbarkeit*).⁸²⁷ Ove konstrukcije su neprihvatljive, najpre zbog prenaplašene uloge trebanja u rešavanju problema slobode volje. Tako one i izbegavaju, zaobilaze prigovor koji proističe iz rezultata novijih istraživanja mozga.⁸²⁸ No, ove koncepcije, kao i druge

⁸²⁴ Tako o tome izveštavaju Hillenkamp, Lampe i Küng. (Vidi: Hillenkamp, *Strafrecht ohne Willensfreiheit? Eine Antwort auf die Hirnforschung*, S. 313, 314; Lampe, *Willensfreiheit und strafrechtliche Unrechtslehre*, S. 1, 2; Küng, *Hirnforschung im Widerstreit*) Dok Hillenkamp iznosi misli Wolf-a Singer-a, direktora Max-Planck-instituta za istraživanje mozga u Frankfurtu na Majni, Wolfgang-a Prinz-a, direktora Max-Planck-instituta za psihološka istraživanja u Minhenu i Gerhard-a Roth-a, ordinarijusa za psihologiju ponašanja u Bremenu i rektora naučnog kolegijuma Hanze u Delmenhorstu, Hans Küng u svom svečanom govoru spominje Gerhard-a Roth-a, Wolf-a Singer-a, forenzičkog psihijatra Hans-Ludwig-a Kröber-a iz Berlina, Tibinškog neurobiologa ponašanja Niels-a Birbaumer-a, ali i druge istaknute naučnike i filozofe koji su se izjašnjavali o ovom problemu, i to Benjamin-a Libet-a, američkog moždanog fiziologa, Wolfgang-a Prinz-a sa Minhenskog Max-Planck-instituta za kognicione i neuronauke, Peter-a Bieri-a, filozofa iz Berlina, filozofa Jürgen-a Habermas-a, psihijatra Manfred-a Spitzer-a (Univerzitet Ulm) i Tibinškog razvojnog biologa Alfred-a Gierer-a. Lampe se oslanja na Hillenkamp-ov prikaz, pri čemu se poziva na Singer-a i Roth-a, kao istraživače mozga čije nalaze stavlja u uvodni deo svog članka.

⁸²⁵ Vidi: Jakobs, *Strafrecht AT*, S. 485. On na ovom mestu ističe da Kohlrausch-ovu čuvenu reč, da bi individualno moći kod krivice bila „državno neophodna fikcija“, valja modifikovati dotle, da moći, ako se hoće na tome zaustaviti, jeste normativna konstrukcija.

⁸²⁶ Tako Jakobs, *Individuum und person*, S. 249..

⁸²⁷ Roxin, *Strafrecht AT*, S. 868.

⁸²⁸ Doduše, Roxin se o ovim rezultatima izjašnjava. (Vidi isto delo, S. 872.) No, prema našem viđenju, on se ne upušta u raspravu, već zaobilazi problem prelaskom na normativnu ravan. Naime, on ističe da njegovo shvatanje slobode volje kao normativne pristupačnosti ne kazuje da je učinilac činjenično mogao drukčije delati – što, po njemu, ne bismo mogli znati – nego samo da se on pri intaktnoj sposobnosti upravljanja i time datoj normativnoj pristupačnosti tretira kao slobodan. Pretpostavka slobode je utoliko „normativni sklop“ (normative *Setzung*), socijalno pravilo igre, čija društvena vrednost je nezavisna od spoznajnoteoretskog i prirodnonaučnog problema slobode volje. (Isto, S. 868, 869) Podsećamo, da po Dreher-u, nemačko krivično pravo se u svom važećem obliku može razumeti samo indeterministički. (Tako Dreher, *Willensfreiheit*, S. 18.) Uz to, determinističko krivično pravo je upravljeno isključivo na budućnost, dok je krivično pravo krivice kao

funkcionalističke krivičnopravne postavke, podležu drugom nedostatku. Naime, svrha kazne je u čistoj sistemfunkcionalnoj krivičnopravnoj postavki određena kao pozitivna generalna prevencija, kao vađenje normi, ali i po druge dve funkcionalističke koncepcije koje se ovde razmatraju, umerena sistemfunkcionalna i personfunkcionalna postavka, svrha kazne je pozitivna generalna prevencija, vađenje normi. Ono igra određenu, ne malu ulogu u ovim koncepcijama.⁸²⁹ Međutim, ova crta je još u ranijoj književnosti označena kao deterministička. Naime, prema tom stavu za deterministu može postojati samo jedno opravdanje kazne: njena neophodnost za održanje pravnog poretka. Njemu kazna može i sme biti ništa drugo do sredstvo zaštite za društvo. Za deterministu može postojati samo jedno opravdanje kazne: njena neophodnost za održanje pravnog poretka. Njemu kazna ne može i ne sme biti ništa drugo nego sredstvo zaštite za društvo. Dosledni determinizam neminovno vodi ka potpunom neograničenom odbacivanju kazne odmazde, ka isključivom i nesuzdržanom priznavanju svrsne kazne.⁸³⁰ Tako, prema ove tri funkcionalističke koncepcije, koje su ovde razmotrene, svrha kazne ima izrazito determinističku projekciju. Pri tome, valja podsetiti i da istu takvu projekciju ima i pledoaje novijih istraživača mozga, naime pledoaje za ukidanjem krivičnog prava krivice i njegovom zamenom krivičnim pravom zaštite. S druge strane, ove tri funkcionalističke koncepcije imaju tendenciju da polaze od slobode kao izvora principa odgovornosti i krivice, u većem ili manjem obimu odnosno rasponu. Najmanje kao sloboda delanja u odnosu na pravnu normu, sloboda kršenja naloga ili zabrane sadržane u pravnoj normi odnosno sloboda pokoravanja pravnoj normi, poštovanje zabrane ili u njoj sadržanog naloga. U tim okvirima, slobode, odgovornosti i svrhe kazne, naročito personfunkcionalno shvatanje klizi u determinizam i iz dodatnog razloga, naime jer se njen tvorac izričito određuje, razume se po pitanju čovekove slobode volje, kao agnostičar.⁸³¹ Reč je o tome, da agnostičari⁸³² nemaju povoljno tlo za utvrđivanje krivičnopravnog značenja krivice, te se, kao što to čini tvorac personfunkcionalne postavke, iz ustava otkriva priznanje za slobodu volje, te on ima mišljenje da ustav dekretira pojam krivice.⁸³³ Već ovo je dovoljno da na polju metodskog dualizma ukaže na nekorektnost shvatanja personfunkcionalne postavke. Ne samo da se radi o onom ominoznom „Ti možeš, jer ti trebaš“, nego je ono normativno dekretirano, i to na bazi agnosticizma po pitanju slobode volje u socijalno-činjeničnoj ravni. Bez posebnih izjašnjenja, valja i umerenoj sistemfunkcionalnoj postavki pripisati isti nedostatak, već stoga što slobodu volje stavlja u normativnu ravan, kao slobodu i slobodovoljnost na učiniočevoj, ali i na žrtvinoj strani krivične norme.⁸³⁴

U pogledu pristupa problemu valjanosti rešenja funkcionalističkih postavki, valja stvari posmatrati u suprotnom smeru, u okviru širih značenja. Kao što je već napomenuto, kada se svrha kazne odredi kao vađenje normi s jedne strane, to s druge strane ima za konsekvencu determinističko opredeljenje u pogledu problema slobode volje. Stoga, može se reći, u okvirima ovde razmatranih funkcionalističkih postavki dolazi do protivurečnosti među osnovnim krivičnopravnim pojmovima i rešenjima osnovnih problema krivičnog prava. Ne ulazeći dublje u funkcionalističku problematiku, valja ovde ukazati na shvatanje koje ne ulazi u takve probleme. Naime, reč je o vladajućem učenju. Može se u njegovom jezgru primetiti filozofskopravno polazište, kao i osvrtnje na druga rešenja. Naime, ono se zasniva na

rezimirajuće načelno orijentirano na prošlost. (Isto, S. 19.)

⁸²⁹ Vidi o tome odeljak III 1. ovog dela ovog rada.

⁸³⁰ Tako Engisch, Willensfreiheit, S. 10-

⁸³¹ Vidi: Roxin, Strafrecht AT, S. 868.

⁸³² Među agnostičare Dreher ne svrstava samo Roxin-a (tvorca personfunkcionalne postavke), nego uz njega i sledeće autore: Jescheck, Krümpelmann, Nowakowski, Rudolphi i Schaffstein. (Vidi: Dreher, Willensfreiheit, S. 43.) Dreher agnostičare pojmovno određuje kao oni, koji problem slobode volje smatraju nerešivim ili najmanje nerešenim i misle da mu samo sa neznanjem mogu doskočiti. (Isto, S. 43.)

⁸³³ Tako Dreher, Willensfreiheit, S. 437. Detaljnu kritiku Roxin-ovog shvatanja Dreher u ovom svom delu daje na više mesta u okviru dela o stavovima Nauke Krivičnog prava o problemu slobode volje, S. 29-57.

⁸³⁴ Vidi: Amelung, Über Freiheit und Freiwilligkeit auf der Opferseite der Strafnorm, S. 182.

filozofskim stavovima u pogledu problema svrhe kazne, i na drugom kraju pronalazi dosledan, neprotivrečan odgovarajući stav prema problemu slobode volje. Tako, ono što se odnosi na savremeni mit o kazni, svakako, tiče se i funkcionalističkih krivičnopravnih postavki koje svakako izbegavaju određenje svrhe kazne kao odmazde, dakle ne prihvataju duh apsolutnih teorija o svrsi kazne. Naime, kazna u mitu je odmazda, a mi smo danas stvorili mit o kazni koja navodno nije odmazda ili je to eventualno tek sekundarno, iako su se najdublje teorijske analize kazne (Kant, Hegel) morale „vratiti“ odnosno potvrditi baš talionsko načelo u poimanju kazne. U protivnom, ona ne bi bila zlo, a ono što nije zlo ne može biti kazna!⁸³⁵ Tako bi kazna ipak bila, već po svojoj prirodi, kao zlo koje se nanosi drugom zbog prestupa, bliža onome što je u arhaičnom mitu nego onom što moderna svest o kazni sugerise.⁸³⁶ Kazna je ipak primarno iracionalna i nema tako veliko značenje u otklanjanju prestupa kako se obično misli.⁸³⁷ Nastojimo da, uverenjem o svrsi kazne, racionalizujemo naš odnos prema prestupu, a nismo dovoljno svesni ili nam je teško prihvatiti da je to uglavnom zaludno, iz prostog razloga što nije moguće takvu po sebi primarno iracionalnu pojavu racionalizovati⁸³⁸ Takvo shvatanje kazne i jeste mit savremenog mitotvorca zbog toga i utoliko koliko je on ubeđen, što on i koliko veruje u veliko pragmatično i racionalno značenje kazne.⁸³⁹ Stoga, i funkcionalističkim učenjima se može pripisati ova savremena mitotvoračka uloga, jer svrhu kazne vide primarno u održanju pravnog poretka, u važenju normi. Stoga, može im se s osnovom zameriti da instrumentalizuju kaznu na štetu čoveka kao ljudskog bića. Jer, u meri u kojoj se kazna instrumentalizuje u vidu mita o njenoj velikoj ulozi u odnosu na prestup (pa i šire), instrumentalizuje se i čovek. Bežeći od mita čovek je upao u novi, „tehnicizirani“ mit!⁸⁴⁰ Štaviše, može se i za funkcionalističko shvatanje svrhe kazne kao održanja važenja normi reći da predstavlja pre degradaciju negoli afirmaciju ljudskog bića.⁸⁴¹ Jer, s obzirom da nema ispravnu osnovu⁸⁴², teorija o pozitivnoj generalnoj prevenciji kao svrsi kazne čini da i kazna koja nije orijentirana na stvarnosti povređivanja norme zasnovane u učiniocu, nego nezavisno od ove na cilju „odanosti pravu“ drugih, mora biti neopravdana. Pojedinaac se tada od onoga ko kažnjava tretira kao objekt za sopstvenu ili tuđu korist.⁸⁴³ Samo kada je učinilac delao skrivljeno, „odanost pravu“ može biti ojačana presudom.⁸⁴⁴ Jer, bilo bi besmisleno kada bi se neko kažnjavao samo zbog toga da bi se drugi prijatnije osećali. Osim toga, teorije bi morale uključiti i onoga koji kažnjava.⁸⁴⁵ S druge strane, pođe li se od toga da se, od strane ovde razmotrenih funkcionalistički otisnutih učenja, sloboda volje, njeno postojanje, makar u odnosu na mogućnost poštovanja ili nepoštovanja pravne norme, krivičnopravnog naloga ili zabrane, potvrđuje, može se doći do zaključka o irelevantnosti razmatranja pitanja slobode volje od strane tih funkcionalističkih krivičnopravnih postavki. Jer, ako se kao primarna svrha kazne predvidi važenje normi, a kazni ne prida značenje apsolutnih teorija o svrsi kazne, tada je problem slobode volje izlišan. Jer, kažnjavanje tada proizilazi iz razloga koji se, u krajnjoj liniji, mogu svesti samo i jedino na determinističko stanovište o problemu slobode volje. S druge strane, u okviru funkcionalističkih

⁸³⁵ Pihler, Kazna u mitu i mit o kazni, str. 269.

⁸³⁶ Isto, str. 269.

⁸³⁷ Isto, str. 269.

⁸³⁸ Isto, str. 270.

⁸³⁹ Isto, str. 270.

⁸⁴⁰ Isto, str. 271.

⁸⁴¹ Tako Pihler u istom delu, str. 271.

⁸⁴² U stvari, Wolff ukazuje na slabosti Luhmann-ovih argumenata o tome da pored zakona obrazovanih na kognitivnom očekivanju, stupaju i takvi koji su obrazovani na novi način, koji se kontrafaktički stabiliziraju.

⁸⁴³ Tako Wolff, Das neuere Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität, S. 802, 803. Ovde valja dodati konstataciju Wolff-a, da se, u pogledu Luhmann-ovog kontrafaktičkog stabiliziranja stvarnosti, u stvari radi o tome, da se zbog korisnosti propagira sistem javne neistine. (Isto, S. 803.)

⁸⁴⁴ Isto, S. 803.

⁸⁴⁵ Tako Wolff u istom delu, S. 804.

konceptija, problem slobode volje se ne posmatra sa determinističkog polazišta, bar je to tako predstavljeno od strane tih učenja. Tako, osnovni problem krivičnog prava nije rešen na odgovarajući način, što proizilazi iz funkcionalističkih određenja svrhe kazne. U okviru funkcionalističkih krivičnopравниh konceptija se stoga uočava protivrečnost između njihovog određenja svrhe kazne i njihovog stava prema problemu slobode volje, iz čega proizilazi da ovi problemi, kao osnovni problemi krivičnog prava u njima nisu na odgovarajući, niti na zadovoljavajući način rešeni. Naročito im se stoga može prigovoriti na njihovoj iskrenosti u određenju prema problemu slobode volje⁸⁴⁶, ali i na čisto normativnoj upravljenosti njihovog rešavanja tog problema. Pored toga, ukazuje se i na to da se više ne mogu priznati učenja o svrsi kazne koja kao svoju neizbežnu bazu nemaju samozasnivajuće razumevanje (autonomiju) lica.⁸⁴⁷

Stoga, ovde se potvrđuje poznata misao o svrsi kazne. Naime, sledeći tu misao, *ius talionis*, po formi, još uvek valja smatrati za jedinu, a priori određujuću (ne iz iskustva uzetu, koja bi lekovita sredstva za tu nameru bila najjača) ideju kao princip krivičnog prava.⁸⁴⁸ Tako, javna pravda sebi principom i merilom vrste i stepena kažnjavanja čini princip jednakosti (u stanju jezička na vagi pravde) da se ne nagne više na jednu nego na drugu stranu.⁸⁴⁹ Samo pravo odmazde, može pred organima suda (ne u tvom privatnom sudu) tačno navesti kvalitet i kvantitet kazne; sve druge su kolebljive i ne mogu, zbog drugih obzira koji se mešaju, sadržavati primerenost presudi čiste i stroge pravde.⁸⁵⁰ Zločinac se mora smatrati kažnjivim pre nego što se još i pomisli na to da se iz te kazne izvuče neka korist za njega samog ili njegove sugrađane.⁸⁵¹

Tako, ovde smatramo primerenim potvrđivanje ispravnosti i vladajućeg shvatanja u teoriji i praksi. U sudskoj praksi se čvrsto uzdizalo na odmazdu za nepravo i uravnoteženje krivica-ispajanje i specijalno i generalnopreventivnim tačkama gledišta je samo utoliko dato prostora, kada one ne dotiču kaznu primerenu nepravu i krivici. U nauci krivičnog prava se pored pristalice linije koju sledi sudska praksa nalaze zastupnici više specijalnopreventivno kao i više generalnopreventivno otisnutog pravca. Široko jedinstvo vlada o tome, da kazna ne sme prekoračiti meru primerenu krivici ni iz specijalno niti iz generalnopreventivnih promišljanja, iako to dopušta doslovni tekst § 46 I („Osnova“) nemačkog KZ.⁸⁵²

Delotvorna generalna prevencija je najbolje zajemčena izricanjem kazne primerene krivici. Samo kada se za krivično delo načelno ispašta primereno krivici, krivično pravo razvija svoje puno dalje dejstvo; dobra generalna prevencija postoji samo, kada ceo svet zna, da u pojedinom slučaju delo prati pravično ispaštanje.⁸⁵³ Pri tome, kako je to napred već navedeno, mera kazne ne sme prekoračiti meru krivice. Nemački Savezni sud je zauzeo stanovište, prema kome se u odmeravanju kazne zastupa teorija slobodnog prostora: Ne bi moglo biti tačno određeno koja bi kazna bila primerena. Štaviše, postoji

⁸⁴⁶ Pihler ističe, mitski čovek je iskreniji. On ne prikriva suštinu kazne. Zato je u njegovom mitu kazna manje mit! Nemitski čovek, nastojeći da racionalizuje kaznu, da je oslobodi mita, u stvari ju je na svojstven način mitologizirao, dajući joj smisao i određujući joj svrhe koje ona ne može da ima. (Pihler, Kazna u mitu i mit o kazni, str. 270.)

⁸⁴⁷ Tako Wolff, *Das neuere Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität*, S. 805. Iscrpnije razjašnjenje ovog stava vidi u istom delu, S. 805, 806. Na ovom mestu Wolff se izjašnjava tako, što ističe da ukoliko se uveri o tome, da izvan zatečenog uma života, um inače još može biti praktičan, mora se napustiti stroga teorija generalne prevencije i prihvatiti apsolutni momenti. Tada se iznova može vratiti na pretpostavku da je učinilac skrivljeno povredio normu.

⁸⁴⁸ Kant, *Metafizika morala*, str. 163.

⁸⁴⁹ Tako Kant u istom delu, str. 134.

⁸⁵⁰ Tako Kant u istom delu, str. 134.

⁸⁵¹ Tako Kant u istom delu, str. 133.

⁸⁵² Tako Baumann/Weber/Mitsch, *Strafrecht AT*, S. 28. Zanimljivo je, za ovaj rad, istaći, da se tvorac personfunktionalne postavke, Roxin uvrštava među pristalice više specijalnopreventivnog pravca. (Isto, S. 28, Fn 86.)

⁸⁵³ Tako Baumann/Weber/Mitsch u istom delu, S. 28.

slobodan prostor, koji biva ograničen prema dole kaznom već primerenom krivici i prema gore kaznom još primerenom krivici. Samo u ovim okvirima bi mogle biti uzete u obzir preventivne svrhe kazne.⁸⁵⁴

Na ovom mestu, najzad, valja zauzeti stav da je, najpre zbog uloge (zastrašivanja pretnjom kaznom - negativne) generalne prevencije krivično pravo i pravo zaštite, ali da je ipak i prevashodno ono pravo krivice.

Na ovaj način se delegitimiraju rešenja funkcionalističkih krivičnopravnih koncepcija koje se ovde, u ovom radu, ispituju. Zbog prenaplašene uloge normativnog, kao i zbog svrhe kazne sa izrazito determinističkom crtom, za ova rešenja se bez sumnje može tvrditi da ne poštuju subjektivitet lica, čoveka, one degradiraju čoveka na objekt ne poštujući njegovo ljudsko dostojanstvo. S obzirom da za personfunktionalnu krivičnopravnu koncepciju ova tvrdnja nije opšteprihvaćena, njeno ispitivanje u narednom odeljku ovog rada se vrši temeljnije upravo sa ovog aspekta, svrhe kazne. Pored toga, za vladajuću krivičnopravnu koncepciju, s obzirom da u osnovu rešenja o svrsi kazne stavlja apsolutnu teoriju, se može tvrditi da kada se posmatra i sa ovog aspekta, ona poštuje subjektivitet lica, čoveka.

Najzad, pored toga što je ovim potvrđeno postojanje slobode volje čoveka u socijalno-činjeničnoj sferi, kada zauzima krivičnopravnu poziciju učinioca, smatramo da je na taj način priznata sloboda volje čoveka uopšte, pa i lica u krivičnopravnoj poziciji oštećenog, pristajućeg. Poseban ugao posmatranja ovog problema dolazi od, u krivičnopravnoj teoriji, opšteprihvaćene pretpostavke dejstva pristanka. Ta pretpostavka se iscrpljuje u tome da pristanak treba da prethodi radnji učinioca. Samo ako je ovaj uslov isunjen, pristanak ima svoje dejstvo. Stoga, smatramo da ova pretpostavka dejstva pristanka ukazuje i na postojanje slobodne volje. Jer, ovde je reč o tome, da se volja na koju se zahvatajući mora osloniti kada dela na osnovu pristanka od njega odvaja, tako da se na taj način volja i delanje ne stiču u istom subjektu, nego su raspoređeni u pristajućeg (volja) i u zahvatajućeg (delanje). I time je u samom pravu određeno da volja mora prethoditi delanju u socijalno-činjeničnoj sferi.

Iako su ovde već dotaknute u razmatranju rešenja vladajuće krivičnopravne koncepcije, granice dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu imaju i svoje konkretne vidove i područja u kojima bi njihovo postavljanje eventualno moglo doći u obzir. Na osnovu suštine i značenja pristanka, kao i na osnovu napred sagledanih ustavnih principa, može se razrešiti i pitanje njihovog postojanja u konkretnijim pitanjima. Ipak, ovde o tome nije prevashodno reč. Prvenstvo i ovde ima pitanje subjektiviteta lica, s obzirom na te granice, a tek od sekundarnog značaja je konkretnije postavljanje tih granica.

Prema jednom shvatanju, ovde je reč o sledećem. Naime, razlikuju se objektivne od subjektivnih granica dejstva pristanka povređenog u krivičnom pravu. Pod subjektivnim granicama dejstva pristanka povređenog u krivičnom pravu treba razumeti posebne smetnje stanja u kojem se nalazi lice koje pristaje, koje vode nedostatku (mani) u delotvornosti pristanka, dakle: izostanak sposobnosti za pristanak (zavisno

⁸⁵⁴ Navedeno prema istom delu, S. 28, 29. Teoriju slobodnog prostora koji zastupa nemački Savezni sud kritikuje Wolff, *Das neuere Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität*, S. 786-830. Wolff se, nasuprot stavu nemačkog Saveznog suda o primeni teorije slobodnog prostora, zalaže za odbacivanje te teorije i za izricanje samo pravične kazne od strane sudije, koji kaznu može, po Wolff-u, odrediti bez uzimanja u obzir dodatnih generalnpreventivnih tačaka gledišta. Za sudiju postoji samo pravična kazna. Prođe li on kroz različite momente zasnivanja kazne, tada on nema proizvoljan izbor između različitih kazni. Za druge, takođe i za revizionog sudiju, ovo je utoliko ispravno, ukoliko se oni drže u području umnog naknadnog potvrđivanja. Ali ovo je nešto drugo nego teorija slobodnog prostora, kod koje sudiji treba da je dozvoljeno, da li će ili ne upotrebiti generalnpreventivne momente, jer načelo krivice dopušta neki slobodan prostor. (Isto, S. 830.) Na kraju, Wolff ističe da on ovaj zaključak izvodi iz Kantovih misli, te navodi da do istih rezultata u osporavanju teorije slobodnog prostora dolazi i M. Köhler, te se Wolff saglašava sa njim. Navodi da je Köhler pri tome svoju kritiku usmerio na Hegelov tok misli. Upućuje na delo: M. Köhler, „Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung (1983). (Isto, S. 830.)

od konkretne sposobnosti uviđanja-shvatanja značaja dela i sposobnosti rasuđivanja) kao i postojanje mana volje (dakle problematika relevancije zablude, prevare i prinude-sile i pretnje za pristanak). Nasuprot tome, prema ovom mišljenju, objektivne granice pristanka se ne nadovezuju na ove individualne uslove imaoca pravnog dobra, koji pretpostavljaju pristanak izjavljen bez mana volje u stanju sposobnosti pristajućeg za pristanak. Ali one njegovoj delotvornosti treba da stave granice iz razloga koji su apstrahovani od lica pristajućeg: zaštita interesa trećih odnosno opštosti kao i moguća zaštita imaoca pravnog dobra „za njegovo sopstveno dobro“.⁸⁵⁵

Sa ovim mišljenjem se ne možemo u potpunosti složiti. Radi se upravo o tome da granice koje se postavljaju za dejstvo pristanka jesu apstrahovane od pristajućeg. U tome se s tim shvatanjem možemo složiti. Međutim, one se odnose upravo na subjektivitet čoveka u određenom društvu-državi, jer se tim granicama dira u pravno značenje volje čoveka. One se odnose na čoveka, jer ograničavaju njegovo voljno raspolaganje sa sopstvenim dobrima. To je suštinsko značenje objektivnih granica pristanka. One, kada se postave, upravo izvlače tom raspolaganju subjektivitet čoveka u čijoj osnovi stoji, odnosno trebala bi stojati njegova volja. Stoga, zaštita interesa trećih i opštosti treba da ima veoma restriktivno upliv u taj subjektivitet ili čak da ga uopšte nema u odnosu na isključivo i jedino njegova pravna dobra.

S jedne strane, inkriminacija ubistva na zahtev izvesno te granice postavlja u odnosu prema životu kao pravnom dobru veoma visoke vrednosti. Međutim, kao razlog ove granice pristanku ističe se tabuiziranje koje se dešava u interesu trećih ili opštosti. Ovaj razlog je veoma problematičan, jer ograničava čoveka u raspolaganju sa sopstvenim postojanjem, pri tome vređa slobodu čoveka kao vrhovnu vrednost građanskog društva. Čovek može činiti, sa isključivo njegovim pravnim dobrima, ono što hoće, što želi. Sadržina, značenje samog tabuiziranja ga ne može racionalno opravdati.⁸⁵⁶ Ipak, zabranom ubistva na zahtev se u slobodu čoveka na raspolaganje samim sobom dira u pogledu samog njegovog postojanja. Tako, legitimiranje tabuiziranjem nema racionalnu osnovu, tabuiziranje samo je iracionalno. Stoga, pitanje je da li je ono, budući da je iracionalno, istovremeno i legitimno.

S druge strane, smatramo da je stav vladajuće koncepcije u suprotnom slučaju odgovarajući, da ne dira u slobodu čoveka. Ovde se radi o konkretnijem slučaju, o (ustavnom) pravu pacijenta na uskraćivanje pristanka na lekarski zahvat kojim bi se spasio njegov život. Dakle, reč je o tome, da je alternativa pristanku, u stvari, uskraćivanje pristanka. Ono se takođe može podvesti pod vršenje ustavnog prava na samoodređenje. Stav o kojem, čini se, u teoriji postoji jedinstvo je stav o nepostojanju eventualnih granica dejstvu uskraćivanja pristanka pacijenta na operaciju kojom bi mu se spasio život.⁸⁵⁷ Štaviše, i stavovi sudske prakse podržavaju ovo teorijsko mišljenje.⁸⁵⁸ Time bi se, u stvari, pravno onemogućio prinudan lekarski tretman pacijenta, ukoliko ga on ne želi. I kada se radi o spašavanju života, najviši zakon nije

⁸⁵⁵ Tako Sternberg-Lieben u istom delu, S. 9,

⁸⁵⁶ Prema Leksikonu stranih reči i izraza, Milan Vujaklija, reč „tabu“ znači: svetost i neprikosnovenost bogovima posvećenih stvari, mesta ili osoba, jer, ako se dodirnu, oni, tobože, donose veliku nesreću, bolesti i smrt (u religiji ostrvljana Južnog mora), jedan od najnižih kultova demona i prirodnih predmeta.

⁸⁵⁷ Tako Sternberg-Lieben, Objektive Schranken, S. 281. Na ovom mestu, on ističe da uopšte imalac pravnog dobra ima pravo da svoje ponašanje podesi tako, kako on prema svojoj sopstvenoj vrednosnoj odluci drži za ispravno; Ralph Ingelphinger kao četvri stub prava na smrt predstavlja pravo na samoodređenje pacijenta, koje mu daje vlast, da odbije lekarski zahvat. Uz to dolazi pravo na umiranje u dostojanstvu, koje legitimira ograničavanje tretmana u terminalnoj fazi. (Tako Ingelphinger, Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbebegleitung, S. 825.); Sa vladajućim shvatanjem, po ovom pitanju slaže se i stav umerene sistemfunktionalne postavke. Naime, Amelung ističe da u odnosu na lekara koji protiv volje oštećenog zahvati u njegovu telesnu sferu nije isključena protivpravost, kada zahvat služi tome da se održi život onome ko uskrati pristanak. (Tako Amelung, Über Freiheit und Freiwilligkeit auf der Opferseite der Strafnorm, S. 185. Fn 14); Tako i Gerd Geilen ističe da je prema nemačkom pravu odvajkada priznata obaveznost veta na tretman uložen od pacijenta. (Tako Geilen, Euthanasie und Selbstbestimmung, S. 8.)

„salus“, nego „voluntas aegroti“.⁸⁵⁹ Stoga, smatramo ovo rešenje vladajuće krivičnopravne koncepcije legitimnim.

Najzad, prema našem mišljenju, moguća zaštita imaoća pravnog dobra „za njegovo sopstveno dobro“ kao razlog postavljanja objektivnih granica pristanka samo izuzetno može biti legitiman, jer u krajnjoj liniji znači desubjektivizaciju, staralaštvo nad pojedincem, koji je sam, sa subjektivne strane sposoban da shvati značaj dela i njegovo htenje nije opterećeno manom volje. Stoga, ovaj razlog za postavljanje objektivnih granica pristanka je nelegitiman. Izuzetno je on legitiman kada se tom zaštitom obezbeđuju interesi lica koji se ne bi mogli obezbediti na drugi efikasan način.

Ipak, sa tačke gledišta objektivnih granica pristanka, može se reći da vladajuća koncepcija u veoma visokoj meri poštuje čovekov subjektivitet, jer jedina objektivna granica za koju vladajuće shvatanje smatra da je postavljena iz opravdanog razloga, jeste zabrana ubistva na zahtev.

Dejstvo pristanka oštećenog u krivičnom pravu prema vladajućoj krivičnopravnoj koncepciji se, kako je već navedeno, fundira u imalaštvu pravnog dobra koje se predaje i u slobodnoj volji pristajućeg. Fundament dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu, prema vladajućoj krivičnopravnoj koncepciji, se nalazi u ustavnom pravu na samoodređenje, kako je to već prikazano. Dakle, pristanak, iako je običajnopравни institut, se ne može nadovezati samo na staro pravno načelo „volenti non fit iniuria“, nego on svoj ustavnopravni fundament nalazi u pravu na samoodređenje prema čl. 2 I Osnovnog zakona (Ustava).⁸⁶⁰

Sama sadržina ovog prava na samoodređenje se određuje u skladu s idejama prosvećenosti. Naime, najpre valja ustanoviti, da osnovna (ustavna) prava zasnivaju sa klasičnom liberalnom koncepcijom pravo na slobodu nahođenja (Recht auf freies Belieben). U stvari u čl. 1 I Osnovnog zakona (Ustava) sa ljudskim dostojanstvom je zasnovano pravo na samoodređenje, tj. autonomija čoveka.⁸⁶¹ Jedan deo učenja je shvatanja da je tako individuama dato pravo na samoodređenje, samo u svrhu da mogu slediti dužnost određenu kategoričkim imperativom.⁸⁶² Ipak, ovo shvatanje o čisto moralnoj sadržini ustavnog prava na

⁸⁵⁸ Tako se i u odluci Reichsgericht-a iz 1894 godine (RGSt. 25, 375, priznaje da je bolesnik ovlašćen da nasuprot primene svakog pojedinog sredstva lečenja, bili to medikamenti s unutrašnjim dejstvom, bili to spoljašnji operativni zahvati, stavi pravno delotvorno protivljenje. (Navedeno prema: Geilen, Euthanasie und Selbstbestimmung, S. 9.) Time je priznat načelni prioritet samoodređenja. Iz novije sudske prakse uporedi BGHSt 11, 111 (114): „U čl. 2 stav 2 tačka 1 Osnovnog zakona zajamčeno pravo na telesnu nepovredivost takođe iziskuje uzimanje u obzir kod čoveka koji odbija da preda svoju telesnu nepovredivost tada kada bi on na taj način bio oslobođen od životno ugrožavajućih patnji. Niko ne sme biti sudija u pitanju, pod kojim okolnostima neko drugi treba razumno biti spreman, da žrtvuje svoju telesnu nepovredivost, da bi time ponovo postao zdrav.“

⁸⁵⁹ U tom smislu se izjašnjava Geilen, pri čemu on navodi primer iz nemačke sudske prakse. Naime, po njemu gornja tvrdnja ide tako daleko, da u slučajevima grube neumnosti pacijenta treba respektirati donešenu odluku samu. Tako je pre nekoliko godina osuđen hirurg, jer je on pri zatvaranju creva neophodnu operaciju sproveo protiv izjavljene volje pacijenta. (saopšteno kod Erdsiek NJW 59, 807 (809). (Navedeno prema: Geilen, isto, S. 8, 9.) U jednom drugom slučaju (OLG Stuttgart MDR 64, 1024; BVerfGE 32, 98), u kojem se radilo o odbijanju transfuzije krvi kojom se spašava život iz verskih razloga, kojim se konačno Savezni ustavni sud Nemačke bavio čak i u vezi sa problematikom savesti, razmatrana su najdifcilnija pitanja, ali ne mogućnost prinudnog lečenja pacijentkinje i tome odgovarajuće kažnjivosti lekara koji je ostao nedelatan. (Isto, S. 9.)

⁸⁶⁰ Tako mesto mnogih Kühl, Strafrecht AT, S. 250.

⁸⁶¹ Tako Bleckmann, Probleme des Grundrechtsverzichts, S. 58. Bleckmann na ovom mestu dalje ističe da se ova koncepcija svodi na „Metafiziku morala“ Immanuel-a Kant-a.

⁸⁶² Bleckmann za to shvatanje ističe da se većim delom, skoro skroz svi prilozi, nalazi zastupljeno u zbirci: J Schwartländer (Hrsg.), Menschenrechte – Aspekte ihrer Begründung und Verwirklichung, Vorträge und Diskussionen des Tübinger interdisziplinären Kolloquiums vom 23-25. September, 1977, Tübinger Universitätsschriften, Bd. I, 1978. (Navedeno prema: isto, S. 58. Fn 21.)

samoodređenje je pogrešno.⁸⁶³ Nasuprot tom shvatanju, i sama ta ideja⁸⁶⁴ je pošla od toga, da pravnim poretkom zasnovana sloboda usađuje pravo na slobodu samovolje, što se pokazuje u striktnom odvajanju prava i etike u okvirima te ideje: Pravo sa slobodom stvara samo neophodnu pretpostavku za ispunjenje dužnosti, ali samo ne nalaže ovo ispunjenje dužnosti. Stoga se ova sloboda izjednačava sa „samovoljom“ („Willkür“), dakle sa slobodnim nahođenjem (Belieben).⁸⁶⁵ Upravo jer je danas javni interes upravljn na postizanje osnovnih (ustavnih) prava, pravni poredak individuama mora obezbediti široko pravo raspolaganja nad ovim pravima.⁸⁶⁶ Samoodređenje je tako u dvostrukom smislu pretpostavka slobodnog razvoja ličnosti: s jedne strane ono individuama obezbeđuje slobodu, da sami odrede ciljeve i sredstva razvoja ličnosti. S druge strane ono obezbeđuje maksimiranje ili optimiranje Osnovnim zakonom (ustavom) zaštićenih socijalnih interesa u širem smislu. A to znači, da Osnovni zakon (Ustav) principijelno polazi od toga, da klasičnim i socijalnim osnovnim (ustavnim) pravima zaštićene interese treba da postigne sam nosilac osnovnih (ustavnih) prava. Pošto je javni interes upravljn na postizanje privatnih interesa zaštićenih u osnovnim (ustavnim) pravima, država tako sme da se umeša samo kada individue iz bilo kog razloga nisu u stanju da same ostvare svoje interese.⁸⁶⁷ Tako se, kratko rečeno, funkcija prava na samoodređenje individua iscrpljuje u tome, da nosiocu osnovnog prava mora ostati slobodno, na koji način on svoje osnovnopravno (ustavnopravno) zaštićene interese hoće da maksimira.⁸⁶⁸ Ova sadržina prava na samoodređenje, dakle, kao osnovna odluka Osnovnog zakona (Ustava) predstavlja odluku za slobodu kao privatno nahođenje (Belieben). Pri tome, dakle ne treba priznati „vrednosnu upravljnost“ opšte slobode delanja odnosno vršenja osnovnih (ustavnih) prava.⁸⁶⁹

Valja ovde, u obrazovanju pravnog pojma „autonomija“, kao na opšte mesto, ukazati na to, da reč autonomija koja potiče iz grčkog (autos = sam; nomos = zakon, zakonitost) znači samozakonodavstvo ili samoodređenje.⁸⁷⁰ U pojmu autonomije se ne izražava samo samoodređenje lica, nego on istovremeno stoji i za njegovu sopstvenu odgovornost.⁸⁷¹

Iz ovako određene autonomije, kao ustavne kategorije u koju se usađuje pristanak, sasvim jasno proističe princip koji se odnosi na granice pristanka, princip „neminem laede“. Iz ovakvog određenja proizilazi i dejstvo pristanka oštećenog u krivičnom pravu. Pri tome, samo to dejstvo, prema vladajućoj koncepciji, ima tri pravne forme, tri vida. Najpre, razlikuju se pristanak kao osnov isključenja protivpravnosti i saglasnost koja isključuje biće dela. Treći vid tiče se pristanka na lekarski zahvat lečenja i njegovog dejstva.

Prvo, osnovno rešenje pristanak smatra osnovom isključenja protivpravnosti. Osnovna misao o pristanku kao osnovu isključenja protivpravnosti je opisana sa „principom manljivih interesa“. Tačnije, radi se o nedostatku potrebitosti zaštite nekog pravnog dobra od imaooca pravnog dobra predatog pristupu nekog drugog: za pravo ne postoji povod da neko dobro štiti od nekog određenog zahvata, kada njegov imalac u konkretnoj situaciji neće da bude zaštićen od ovog povređivanja. Time se pravo na samoodređenje u

⁸⁶³ Ovo se ovde, pored učenja o odvajanju morala i prava o kojem je u ovom radu napred već bilo reči, ponovo ističe, jer ne samo da je značajno za ovu vladajuću koncepciju, nego služi i kao dobra osnova kritici svih shvatanja koja moral uvlače u probleme vezane za dejstvo pristanka oštećenog u Krivičnom pravu.

⁸⁶⁴ Bleckmann navodi da sam Kant to čini. (Isto, S. 58.)

⁸⁶⁵ Isto, S. 58.

⁸⁶⁶ Isto, S. 59.

⁸⁶⁷ Isto, S. 61.

⁸⁶⁸ Isto, S. 62.

⁸⁶⁹ Tako Sternberg-Lieben, Objektive Schranken, S. 37.

⁸⁷⁰ Tako Rönnau, Willensmängel, S. 205.

⁸⁷¹ Isto, S. 205, 206.

krivičnom pravu neposredno sprovodi kao osnov isključenja protivpravnosti.⁸⁷² Kada se tako posmatra, kao osnov isključenja protivpravnosti, tada se pristanku može prići od opšte odredbe osnova isključenja protivpravnosti. Naime, tvrdnja, prema kojoj pristanak imaoca pravnog dobra obuhvata osnovnopravno (ustavnopravno) zaštićene interese koji su posredstvom izjavljenog pristanka od njega takođe sleđeni, doživljava potvrdu kroz sledeće promišljanje, koje se naslanja na pravnu figuru posrednog zahvata u osnovna (ustavna) prava: krivično pravo sužava osnovnopravno (ustavnopravno) zaštićeni prostor slobode pojedinca. Funkcija osnova osnova isključenja protivpravnosti se sastoji upravo u tome, da ponovo uspostavi ograničenu slobodu delanja (u pravilu: učinioca; ali u slučaju pristanka i onu od žrtve: trpljenje nekog tuđeg povređivanja). Ukoliko bi se sada ustanovile granice pristanka, tada bi u istoj meri postojalo oštećivanje slobode učinioca i žrtve: delotvornost odnosno nedelotvornost pristanka odlučuje o oba prostora slobode. Ukoliko pristanak usled nedelotvornosti ne razvije dejstvo kojim oslobađa od kažnjivosti, tada postoji i – posredni – državni zahvat u dotičnu specijalno osnovnopravno (ustavnopravno) zaštićenu sferu slobode pristajućeg imaoca pravnog dobra. Do duše, krivični propis neposredno ovlašćuje samo na zahvate u osnovnopravno (ustavnopravno) zaštićena dobra učinioca (zastrašivanje odnosno izricanje kazne). Ali, u ispitivanje srazmernosti, koje valja sprovesti za ovaj suverenski zahvat, treba uvući ne samo interese potencijalnog učinioca za razvoj sopstvene slobode, nego i, u datom slučaju, osnovnopravno (ustavnopravno) zaštićene interese trećih lica dotaknute krivičnopravnom zabranom, koja bi htela posegnuti ili su čak upućena na sleđenje sopstvenih interesa u delanju učinioca koje stoji u pitanju.⁸⁷³ Kako smo videli, reč je o interesima trećih za postojanje zabrane ubistva na zahtev, koje ograničava dejstvo pristanka, ali i o drugim slučajevima, gde se radi interesa trećih ili opštosti ili u slučajevima nemoći samog pristajućeg u kojima je ta nemoć na putu slobodnom odgovornom pristanku, određena ponašanja zabranjuju uprkos postojanju pristanka oštećenog na njih. Dakle normiraju se granice individualnog dispozicionog ovlašćenja.⁸⁷⁴ Dakako, te granice dispozicionog ovlašćenja se normiraju i u nekim slučajevima kada je, u stvari, reč o načinima ponašanja za koje je kažnjivost (za prekršaj ili krivično delo) predviđena jer kombiniraju elemente samooštećivanja i oštećivanja trećih. Utoliko pristanak na tuđe povređivanje sopstvenih dobara ne treba uvažiti uvek kada i ukoliko se delom povređuju ili ugrožavaju pravna dobra trećih višeg ranga. S druge strane, obratno se mora uzeti u obzir, da u pravilu samooštećenje štetno po treće (kao i sadejstvo trećih pri ovome) ostaje

⁸⁷² Tako Kühl, Strafrecht AT, S. 251. Sternberg-Lieben se o dejstvu pristanka oštećenog u Krivičnom pravu izjašnjava tako što ističe da bolji razlozi govore za pristanak kao osnov isključenja protivpravnosti. (Vidi: Sternberg-Lieben, Objektive Schranken, S. 59-74.) Ovakvo rešenje prihvataju i Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, S. 191.

⁸⁷³ Sternberg-Lieben, Objektive Schranken, S. 37.

⁸⁷⁴ Isto, S. 169. Sternberg-Lieben, u istom delu, pored krivičnog dela ubistva na zahtev, razmatra i druge odredbe Krivičnog zakonika kao primere ograničenja pristanka, i to: krivično delo telesne povrede iz § 226a, ističući da ovo ograničenje dejstva pristanka smatra protivustavnim, u biti zbog nedostatka zakonske određenosti, što je protivno ustavnom nalogu određenosti zakona iz čl. 103 II Osnovnog zakona (Ustava) (Isto, S. 121 i dalje), kao što razmatra i § 218 kao krivični propis za suzbijanje pobačaja, koji sadrži ograničenje pristanka trudnice u interesu ljudskog ploda utrobe, §§ 174-176, koji sadrže ograničenja pristanka na vršenje prava na seksualno samoodređenje za lica koja to pravo nisu u stanju da vrše slobodno odgovorno zbog razvojno ili lično uslovljene nezrelosti (Isto, S. 163, 164.), § 302a koji, kao propis za suzbijanje individualnog zelenaštva, sadrži ograničenje pristanka lica koje se nalazi u stanju nužde u pogledu imovinskih stvari prema zelenašu (Isto, S. 165, 166.), §§ 284, 286 koji sadrže ograničenja pristanka u slučajevima organizovanja igara na sreću odnosno lutrije, gde se dejstvo pristanka oštećenog ograničava u slučaju manipulacija (Isto, S. 166, 167.). Pored toga, kao primere ograničenja pristanka, Sternberg-Lieben razmatra norme sporednih krivičnih propisa. Radi se o mnoštvu propisa iz sporednog krivičnog prava i prekršajnog prava u kojima o zabrani raspolaganja pristajućem u datom slučaju nad interesima trećih (na primer prekršaji iz Zakona o omamljujućim sredstvima, kojima se inkriminira nedozvoljeno postupanje sa produktima kanabisa) ili se zasnivaju na zakonodavnoj prezumpciji nedostatka slobodnog samoodređenja konsentirajućeg (na primer propisi za zaštitu razvoja maloletnika i propisi o zaštiti posloprimca, koji štite održanje zdravlja ili radne snage. Ovim propisima u osnovi leži generalizirano pretpostavljena posebna zavređenost zaštite beneficijara norme (protiv volje) usled razvojno uslovljene nezrelosti ili ekonomsko-socijalne podređenosti. (Isto, S. 167, 168.)

nekažnjeno.⁸⁷⁵ Najzad, ukoliko nedostaje jedino i isključivo imalaštvo pravnog dobra pristajućeg, tada od početka nije dato dispoziciono ovlašćenje, što je pitanje tumačenja pojedinih bića dela.

Tako, ispunjenje zahteva za jednim i isključivim imalaštvom odnosno nosilaštvom pravnog dobra pristajućeg predstavlja ne samo bitnu pretpostavku dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu, nego i polaznu osnovu zasnivanju tog dejstva. Jer sloboda disponiranja pravnim dobrom za pristajućeg može postojati samo u odnosu na jedino i isključivo individualno pravno dobro pristajućeg, kada je on nosilac pravnog dobra. Pristanak razvija dejstvo isključenja protivpravnosti samo kada je izjavljen od imaoca dotičnog pravnog dobra – od oštećenog. Iz ovog razloga u obzir dolaze bića krivičnih dela koja štite individualna pravna dobra. Bića krivičnih dela koja štite nadindividualna pravna dobra su nepodobna za pristanak, pošto pristanak opštosti ne postoji ni empirijski ni normativno.

U pogledu na sadržinu samog dispozicionog ovlašćenja koje pripada imaocu odnosno nosiocu individualnog pravnog dobra, kod pristanka se to posebno ističe, ne samo da valja ograditi samo to imalaštvo u odnosu na treće ili opštost, nego, u najmanju ruku, treba isključiti uticaj interesa trećih ili opštosti, bar utoliko, da je interes imaoca odnosno nosioca individualnog pravnog dobra pretežan u odnosu na eventualno postojeće interese trećih ili opštosti. Dakle, da bi razvilo svoje puno dejstvo, slobodno raspolaganje mora biti čisto prema spolja, prema trećima i opštosti, kako u pogledu imalaštva odnosno nosilaštva dotičnog pravnog dobra nad kojim se raspoložuje, tako i u pogledu interesa imaoca odnosno nosioca u pogledu tog pravnog dobra, kod pristanka dakle interesa imaoca za predajom sopstvenog pravnog dobra, interesa koji stoji kao primaran, pretežan naspram eventualno postojećih interesa trećih ili opštosti za njegovim održanjem. S druge strane, već je rečeno, sadržina autonomije ne tiče se vrednosne upravljenosti odluke o raspolaganju, o pristanku. U tom smislu, autonomija, u okvirima vladajućeg krivičnog pravnog učenja, za dejstvo pristanka ima najširu moguću osnovu. Stoga, kao umesno, u okvirima vladajućeg shvatanja, smatramo i ono shvatanje koje za materijalni osnov isključenja protivpravnosti pristankom uzima da se u najčešćim slučajevima pristanka događaj otiskuje tačkom gledišta (internog) konflikta interesa i tako razjašnjava ratio isključenja protivpravnosti.⁸⁷⁶ Prema tom shvatanju, sa pristankom kao osnovom isključenja protivpravnosti pravo omogućuje imaocu pravnog dobra da žrtvovanjem pravnog dobra reši interesne konflikte o dobitku i gubitku. Pristanak je stoga instrument očuvanja interesa. Moment samoodređenja pri tome dolazi u važenje time, da imalac pravnog dobra – ne pravni poredak – odlučuje o vrednosti i dostojnosti preimućstva između oprečnih interesa prema svojoj sopstvenoj oceni.⁸⁷⁷ Tako se, ovim razjašnjenjem, u stvari, razjašnjava i sama autonomija u raspolaganju nad sopstvenim pravnim dobrom. Iako ovo shvatanje ističe da je reč o najčešćim slučajevima pristanka, ono ne samo što razjašnjava samu sadržinu autonomije, nego se ta autonomija određuje i prema pravnom poretku, tako da vrednosna ocena imaoca odnosno nosioca pravnog dobra ima prednost i nezavisnost u odnosu na vrednosne sudove pravnog poretka. Ono jasno uvažava čisto subjektivno pojmljene interese pojedinca u odluci o pristanku, a tako i samu tu odluku podređuje

⁸⁷⁵ O tome vidi: Sternberg-Lieben, *Objektive Schranken*, S. 287-288. Zauzimanje stava po pitanju kažnjivosti samopovređivanja kojim se oštećuju treći Sternberg-Lieben započinje davanjem primera krivičnih propisa koji uz kaznu zabranjuju samopovređivanje. To su penaliziranje samoosakaćenja u § 109 Vojnog Krivičnog zakona, inkriminiranje povređivanja sopstvenih stvari u §§ 304, 306, 308 radi interesa održanja opštosti (§ 304) odnosno za suzbijanje apstraktnih opasnosti za pravna dobra trećih: telo i život (§ 306) odnosno zaštitu čoveka ili tuđe svojine (§ 308 I, 2.), stavljanje pod kaznu imovinskopravnog samoosakaćenja (§§ 288, 283 I br. 1, koji zabranjuju izvršnom dužniku, radi zaštite njegovog poverioca, da uništi svoje stvari podobne za izvršenje, odnosno da ošteti stvari zahvaćene stečajem, § 170 b, koji dužniku izdržavanja nalaže da se drži vođenja života koje pošteduje ili poboljšava njegovu privrednu sposobnost za rad, kao i drugi primeri. (Vidi isto delo, S. 284, 285.)

⁸⁷⁶ Tako Baumann/Weber/Mitsch, isto, S. 393.

⁸⁷⁷ Isto, S. 393.

subjektivnom nahodjenju imaoca odnosno nosioca pravnog dobra, tako da se izlazi u susret shvatanju da osnovna (ustavna) prava pojedincu otvaraju slobodan prostor za upotrebu slobode po svom nahodjenju. Dakle, u ovom shvatanju se u punoj i veoma širokoj meri ispunjava normativna sadržina ustavnog prava na samoodređenje, jer osnovnim (ustavnim) pravima je imanentno pravo na samoodređenje nad dotičnim zaštićenim pravnim dobrom.⁸⁷⁸ Naravno, ovo shvatanje ne protivureći vladajućem shvatanju, jer ono svakako naglašava da je (interni) konflikt interesa najčešće u pitanju kod slučajeva pristanka i da je on jezgro ovog osnova isključenja protivpravnosti, dok za materijalni osnov isključenja protivpravnosti, koji se u literaturi različito opisuje kao odustanak od pravne zaštite, manljivi interes, nedostatak potrebitosti zaštite, predaja pravnog dobra, pravo na samoodređenje, sloboda razvoja ličnosti, ističe da predstavljaju krilatice kojima se sveukupno pravilno izražava o osnovu i suštini pristanka, bez da pogađaju jezgro ovog osnova isključenja protivpravnosti.⁸⁷⁹ I iako ovo jezgro ne može obuhvatiti sve slučajeve pristanka, nego samo najčešće, ipak ono ukazuje na raspon autonomije, na subjektivnost nahodjenja sadržanog u tom pojmu, na nezavisnost i samostalnost čoveka kao subjekta donošenja autonomne odluke, kao i na različitost motiva i pobuda koji utiču na donošenje odluke o pristanku. Stoga, prema našem mišljenju, ono predstavlja nezaobilazni način objašnjenja sadržine dispozicionog ovlašćenja koja se reflektuje na socijalno-činjeničnoj ravni.

Tako, ovde se sledi logika dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu prema teoriji o predaji interesa/teoriji o odustanku od zaštite. Pri tome, predaja interesa (za održanjem dotičnog pravnog dobra) se može naznačiti kao jezgro, kao pozadinska, unutrašnja suštinska crta pristanka, dok se odustanak od zaštite može naznačiti kao formalna, spoljašnja njegova suštinska crta koja se najpre tiče trouglog odnosa države, učinioca i oštećenog.

U osnovi ovog rešenja nalazi se kolizionni model odnosa volje imaoca odnosno nosioca pravnog dobra i samog tog zaštićenog pravnog dobra.

Najzad, u igri, prilikom određivanja dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu u okvirima vladajuće krivičnopravne koncepcije kao osnova opravdanja nalazi se ustavni princip srazmernosti, u kome je, smatramo, oličena ideja pravde.

Dejstvo pristanka oštećenog u krivičnom pravu koje se sastoji u isključenju protivpravnosti je osnovni vid pristanka, njegovog dejstva u okvirima vladajuće krivičnopravne koncepcije.

Kao drugi vid pristanka odnosno njegovog dejstva u okvirima vladajuće krivičnopravne koncepcije ističe se saglasnost koja isključuje biće dela. Time je u okviru vladajuće krivičnopravne koncepcije, u stvari, prihvaćeno razlikovanje pristanka kao osnova isključenja protivpravnosti s jedne strane i saglasnosti koja isključuje biće dela s druge strane.⁸⁸⁰

Institut pristanka i saglasnosti, prema vladajućoj krivičnopravnoj koncepciji, se u biti razlikuju po tome što je pristanak samostalan pravni institut, dok se do iznalaženja dejstva saglasnosti dolazi na osnovu tumačenja pojedinog bića dela.⁸⁸¹ Naime, kod saglasnosti se ne radi o pravnom institutu sa samostalnim, za sve forme saglasnosti važećim pravilima, nego o produktu tumačenja obeležja bića dela, kod kojeg čl.

⁸⁷⁸ Pored ovakvog razjašnjenja materijalne sadržine u udžbeniku autora Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, sa ovim shvatanjem saglašava se tako i Sternberg-Lieben, Objektive Schranken, S. 108.

⁸⁷⁹ Tako Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, S. 393.

⁸⁸⁰ O ovome iscrpno vidi u delu II ovog rada. Ovde je dovoljno podsetiti da je ovo razlikovanje prvi jasno načinio Geerds, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht, S. 262-269.

⁸⁸¹ O tome više vidi u delu II ovog rada.

103 II Osnovnog zakona (načelo zakonitosti) markira neprevladive granice: zahteva li neko obeležje bića dela pojmovno neko delanje protiv ili bez pristajuće volje povređenog, tada pri njegovoj saglasnosti dotično obeležje bića dela nije ostvareno. Čl. 103 II Osnovnog zakona ne dozvoljava nikakvu teleološku redukciju na teret učinioca koja bi razbijala zakonski tekst kako on glasi.⁸⁸² Tako, kod saglasnosti, za razliku od pristanka, ne postoje ograničenja ovlašćenja na raspolaganje.⁸⁸³ Naime, izjavi li imalac pravnog dobra saglasnost bez zablude i bez prinude, tada nesporno otpada ostvarenje u biću dela tipiziranog nepravda.⁸⁸⁴ S obzirom na to, a u pogledu eventualnog postavljanja granica saglasnosti, kao što je to slučaj s pristankom, u korist trećih ili opštosti, zauzima se stav da to nije moguće. Naime, jednak tretman (saglasnosti s pristankom) koji bi vodio kažnjavanju prema tome ne uspeva, uprkos podudarnoj zavređenosti kazne po zakonskom tekstu, kao granica tumačenja usađena u ustav.⁸⁸⁵ Za područje saglasnosti sledi da i neko stanje interesa koje je identično s pristankom.- dakle tangiranje interesa trećih dispozicijom nad nekim individualnim pravnim dobrom – ne može voditi do toga, da se pod kršenjem principa zakonitosti u područje primene saglasnosti učitaju odgovarajuće imanentne granice i da se eskamotira neko od zakonskog opisa ponašanja nedvosmisleno iziskivano delanje učinioca protiv odnosno bez volje povređenog.⁸⁸⁶ Ukratko, uatavni princip zakonitosti zabranjuje postavljanje granica saglasnosti koja isključuje biće dela. I u tome, pored napred razmotrenih razlika između pristanka i saglasnosti, može se razlikovati institut pristanka povređenog u krivičnom pravu od saglasnosti kao obeležja bića dela neke inkriminacije. Na toj razlici insistira se u okviru vladajuće krivičnopravne koncepcije.

Za razlikovanje između pristanka kao osnova isključenja protivpravnosti i saglasnosti koja isključuje biće dela može se reći da postoji širok stepen saglasnosti u okvirima vladajuće krivičnopravne koncepcije. Međutim, za treći vid pristanka, čini se, ne može se doći do tako visokog stepena usaglašenosti oko toga, da li uopšte zaslužuje izdvajanje. Reč je o lekarskom zahvatu lečenja. Kod nekih autora, uopšte se ne postavlja ovo pitanje, nego se, prećutno ili izričito, i lekarski zahvati lečenja obuhvataju pristankom na telesno povređivanje, pristankom kome se pridaje značaj osnova isključenja protivpravnosti. Kod drugih, međutim, pristanak uopšte, ali i pristanak na lekarski zahvat lečenja posebno imaju značaj osnova isključenja bića dela. U samom predstavljanju stavova vladajuće krivičnopravne koncepcije, dakle vladajućih stavova u nauci krivičnog prava, ovo pitanje ipak je rešeno tako da se pristanku na lekarski zahvat lečenja pridaje dejstvo isključenja bića dela. Naime, prema vladajućem mišljenju u pravnoj teoriji, uzima se da za zahvate u telesnu nepovredivost preduzete od strane lekara već otpada biće dela, kada se medicinski indiciran tretman preduzme prema pravilima lekarske struke u svrhe lečenja (tzv. lekarski zahvat lečenja). Time nisu obuhvaćeni lekarski zahvati koji služe u druge svrhe kao što su kozmetičke operacije, naučni humani eksperimenti i davanje sredstava dopinga štetnih po zdravlje.⁸⁸⁷

⁸⁸² Tako Sternberg-Lieben, Objektive Schranken, S. 202. Ovakvo shvatanje saglasnost zastupaju i sledeći autori: Kühl, Strafrecht AT, S. 251, 252, zatim Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, S. 390, 391., Gropp, Strafrecht AT, S. 197. i drugi.

⁸⁸³ Tako Sternberg-Lieben, Objektive Schranken, S. 200.

⁸⁸⁴ Isto, S. 200.

⁸⁸⁵ Isto, S. 204.

⁸⁸⁶ Isto, S. 204.

⁸⁸⁷ Kühl, Strafrecht AT, S. 252. Kao zastupnike ovakvog shvatanja o dejstvu pristanka na lekarski zahvat lečenja kao problematici posebnog dela, Kühl navodi sledeće autore: Tag, Knauer, Lackner/Kühl, Lilie, Gössel, Dölling, Hohmann/Sander, Rengier, W-Hettinger. (Isto, S. 252, Fn 46a) Rönnau, saglasno ovom Kühl-ovom isticanju, ukazuje na to, da modificiranja doživljava zaštita telesnog integriteta i zdravlja po sasvim vladajućem učenju u okviru lekarskog postupka lečenja. (Rönnau, Willensmängel, S. 104.) Na osnovu ocene lekarskog postupka lečenja kao socijalno smislenog – pošto je željeni – celokupnog akta vladajuće učenje odbija da zahvat lečenja posmatra kao oštećivanje pravnog dobra, najmanje u slučajevima u kojima je tretman sproveden uspešno i stručno. Isto, S. 104, 105.) Rönnau kao predstavnika ovog shvatanja mesto mnogih navodi Hirsch-a. (Isto, S. 105, Fn 340.)

Iako se ovaj vid pristanka, u stvari ne predstavlja tako, kao poseban njegov vid, nego kao područje primene u kome je reducirano dejstvo pristanka kao osnova isključenja protivpravnosti, ipak, kako god da se do toga dolazi, prema vladajućem mišljenju u pravnoj teoriji, pristanak na lekarski zahvat lečenja isključuje već biće dela. Smatrajući vrednim pažnje ovo pitanje, izdvajamo, u skladu sa njegovim dejstvom, ovaj vid pristanka kao treći u okvirima vladajuće krivičnopravne koncepcije. Dakle, dejstvo i ostale osnovne crte ovog, u pravnoj teoriji specijalno tretiranog, pristanka na lekarski zahvat lečenja očigledno odudaraju od dva osnovna vida pristanka prema vladajućoj krivičnopravnoj koncepciji, od pristanka kao osnova isključenja protivpravnosti i saglasnosti koja isključuje biće dela.

Ovakav, povlašćeniji krivičnopravni tretman lekarskih zahvata nije nova ideja. Još u starijoj krivičnopravnoj teoriji se može naići na predloge i mišljenja prema kojima za pristanak na lekarsku operaciju treba uzeti da dejstvuje tako što isključuje biće dela. Tim pre, jer se zalaganje za povlašćen tretman lekarskog hirurškog zahvata proteže dotle, da ono ide za tim, da se hirurškoj operaciji obezbedi povlašćen tretman tako da čak i kada se vrši bez pristanka pacijenta ili lica pozvanog da ga zastupa lekarski zahvat u nekim slučajevima, kada i ukoliko se radi o hitnom i neophodnom lekarskom postupanju kojim se otklanja neposredna opasnost po život ili zdravlje onoga sa kim se to postupanje vrši, ne predstavlja telesnu povredu.⁸⁸⁸ U vekovnoj polemici u nauci krivičnog prava, sa temom krivičnopravne ocene lekarskog zahvata, uočava se da se najveći broj autora slaže u jednoj tački. Naime, u zahtevu za izdavanjem samostalne pretnje kaznom protiv samovoljnog postupka lečenja.⁸⁸⁹ Radi se upravo o tome, da je ta težnja upravljena na to, da se utiče na zakonodavca da predvidi novu inkriminaciju u krivičnom zakoniku, da inkriminiše samovoljni postupak lečenja, i to kao delikt protiv slobode.⁸⁹⁰ Posebno se ističe i to, da izdavanjem jedne ovakve inkriminacije samovoljnog postupka lečenja ne bi bila razrešena problematika dužnosti lekara na prosvetivavanje. Jer samovoljnost lekara pretpostavlja, da je on izveo tretman bez pristanka pacijenta, i pretpostavka delotvornosti pristanka će takođe i u budućnosti biti, da je on izjavljen od bolesnika, kojeg je lekar prethodno poučio o tome, šta sa njim treba da se desi, šta je povezano za opasnosti sa preduzimanjem, ali s druge strane i sa nepreduzimanjem planiranog zahvata. Zahtev prema samostalnoj pretnji kaznom protiv lekarske samovolje ne podiže se da bi se lekaru dala prilika da sa svojim pacijentom postupa prema nahođenju. Pri svemu tome, prosto povređivanje zabrane samovolje ne treba više biti kažnjivo kao telesna povreda (sa svim posledicama, koje se daju sa primenjivošću krivičnih propisa o telesnoj povredi). Takođe će biti umesno, da se dopuste određeni izuzeci od dužnosti prosvetivavanja pacijenta, eventualno u svrhu, da se predupredi opasnost, da mučno prosvetivavanje vodi zastrašivanju bolesnika ili da u njemu izazove bolesnu depresiju. Pri tome će se naravno ostati kod dužnosti lekara da pribavi pristanak bolesnika pre nego što ga operira, kao i pri dužnosti, da prethodno poduči bolesnika kako treba.⁸⁹¹ Najzad, zaokružujući smisao ove težnje, ističe se da više ne treba biti moguće: da se lekar stoga kazni zbog telesne povrede, jer je njegova indicirana operacija, koju je pacijent odobrio, izvršena stručno i u glavnoj stvari uspešno, vodila nekom uzgrednom dejstvu, na koje lekar pri razgovoru prosvetivavanja nije ukazao pacijentu.

⁸⁸⁸ Tako, predlog inkriminacije samovoljnog lekarskog postupanja, iznosi Stoos, *Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung*, S. 38, tako da ta inkriminacija glasi:

Eigenmächtige ärztliche Behandlung

Wer an einer Person eine ärztliche Behandlung ohne ihre Einwilligung oder ohne Einwilligung der Person, die sie zu vertreten berufen war, vornimmt, wird, sofern diese Behandlung nicht zur Abwendung einer unmittelbaren Gefahr für Leben oder Gesundheit der Behandelten dringend geboten war, bestraft.....

⁸⁸⁹ Tako Bockelmann, *Der ärztliche Heileingriff in Beiträgen zur ZStW*, S. 149.

⁸⁹⁰ Tako Bockelmann u istom delu, S. 149.

⁸⁹¹ Isto, S. 149, 150.

Ove težnje, treba pre svega reći, nisu realizovane. Prema našem mišljenju, dovoljan razlog za njihovo neprihvatanje od zakonodavstva, leži u tome, što po prihvaćenom načelu, nije *salus aegroti*, nego *voluntas aegroti* najviši zakon. Jer, ako bi se ove težnje prihvatile, prema navedenom predloženom starijem rešenju, došlo bi do odvajanja volje pacijenta od njegove dobrobiti, tačnije od njegovog života i zdravlja. Time bi se vredalo ljudsko dostojanstvo. U pogledu druge težnje u nauci krivičnog prava, čini se, za nju važi isto. Jer, ako inkriminacijom samovoljnog lečenja ne bi bio obuhvaćen slučaj neprosvećivanja pacijenta od strane lekara o sporednoj posledici lečenja odnosno zahvata, u tom slučaju, ne samo što sloboda ne bi podrazumevala osnovnu slobodu na postupanje (raspolaganje) sa svojim pravnim dobrom, nego bi lekar bio a priori oslobođen od dužnosti prosvetavanja pacijenta o svim mogućim posledicama zahvata. Tako bi se snošenje te posledice odnosno odgovornost za nju mogla pripisati samo pacijentu, jer on trpi štetu, iako nije znao da ona može nastupiti, tu pouku prosvetavanja nije sadržalo. Takođe, ni sudska praksa lekarski zahvat lečenja ne razdvaja od bića dela telesne povrede. Pristanak je prema ustaljenoj sudskoj praksi osnov isključenja protivpravnosti i u odnosu na lekarski zahvat lečenja.⁸⁹² Pravnodogmatski, ukoliko se pristanak na lekarski zahvat lečenja posmatra, kako je to slučaj prema vladajućem mišljenju, kao osnov isključenja bića dela, i to u suštini zbog socijalne smislenosti (adekvatnosti) samog tog lekarskog zahvata lečenja, dakle zbog samog tog zahvata, ne zbog pristanka na njega, taj zahvat ne bi mogao potpasti pod biće dela telesne povrede § 223 nemačkog KZ. Nametnuti odnosno samovoljni postupci lečenja bi pri konsekvantnoj upotrebi ovog shvatanja ostali nekažnjivi – ukoliko (kao što jeste de lege lata) za obuhvatanje ovog ponašanja ne postoji samostalno biće krivičnog dela i ove mere izuzetno ne ispune §§ 239, 240 nemačkog KZ.⁸⁹³

Nakon digresivnog osvrta na ove težnje za inkriminisanjem samovoljnog zahvata lečenja, valja se vratiti na vladajuće krivičnopravno učenje i njegovo shvatanje o tome da pristanak na lekarski zahvat lečenja isključuje već biće dela. Čini se da je u ovom slučaju svršna misao prodrla u ne mali deo prakse, naime u praksu lekarskih zahvata lečenja. Dakle, ukoliko je reč o lekarskim zahvatima lečenja, svrha zaštite pravnog dobra, njegovo održanje, nije protivna svrsi lekarskog zahvata u njega, lečenju. Tako, izvesno poklapanje svrha zaštite i zahvata, održanja i lečenja, obezbeđuje da se dejstvo pristanka na taj zahvat sastoji u isključenju bića dela. Iako ovaj teorijski stav ne nailazi na potvrdu u sudskoj praksi, njegov smisao čini se kao da govori o prodoru svršne misli u okviru vladajuće krivičnopravne koncepcije uopšte, a tako i o uticaju koje na vladajuće shvatanje vrše personalno orijentirane krivičnopravne koncepcije. Prema našem mišljenju, to bi moglo značiti i pojavu novog talasa u krivičnopravnoj misli, koji najavljuje promene u duhu vremena, u pogledu odnosa opštosti i individue, i to u korist ovog drugog, individue. Stoga, treba obratiti pažnju i na personalno orijentirane krivičnopravne koncepcije i njihova rešenja. Naime, ona, za razliku od vladajuće krivičnopravne koncepcije, kao generalno predviđaju dejstvo pristanka oštećenog isključenjem bića dela. Stoga, personalno orijentiranim krivičnopravnim koncepcijama nije neophodno posebno parcijalno zauzimanje stava o dejstvu pristanka na lekarski zahvat lečenja.⁸⁹⁴

⁸⁹² O ovim stavovima sudske prakse vidi: Rönnau, Willensmängel, S. 264 i dalje; Bockelmann, Operativer Eingriff und Einwilligung des Verletzten, S. 525-529.

⁸⁹³ Tako Rönnau, Willensmängel, S. 105.

⁸⁹⁴ Tako, na primer Roxin, kao predstavnik personfunktionalne krivičnopravne koncepcije, dejstvo pristanka oštećenog odnosno povređenog u Krivičnom pravu generalno obrazlaže svršnom mišlju, ali ipak odvaja pojedine slučajeve pristanka, što, kako je gore navedeno, za njegovu koncepciju nije neophodno. Očigledno on na taj način ide i obrnutim putem, iz pojedinih slučajeva iz posebnih oblasti života i prava on ide ka generalnom zaključku o dejstvu pristanka oštećenog u Krivičnom pravu isključenjem bića dela. To je naročito uočljivo kod iznošenja sopstvenog shvatanja kod problema pristanka na telesnu povredu. (Vidi o tome više u: Roxin, Strafrecht AT, S. 558-562.)

No, vladajuća krivičnopravna koncepcija, nasuprot personalno orijentiranim koncepcijama, generalno predviđa dejstvo pristanka oštećenog u krivičnom pravu kao osnova isključenja protivpravnosti, što ukazuje na princip srazmernosti kao odlučujući u ovom određivanju dejstva. Kod lekarskih zahvata lečenja ta se logika napušta i na njeno mesto stupa svršna misao, tako da je nužno to posebno istaći. Prema našem mišljenju, odgovornost je (ne samo pravna) kategorija na kojoj u savremenom svetu treba insistirati, to iziskuju savremene prilike modernog života. Kako shvatanje o dejstvu pristanka oštećenog isključenjem bića dela u slučaju pristanka na lekarski zahvat lečenja upravo umanjuje tu odgovornost, naše mišljenje se priklanja shvatanju da pristanak generalno, kao i pristanak na lekarski zahvat lečenja isključuje tek protivpravnost. Pravnodogmatski razlozi za to da se pristanku na lekarski zahvat lečenja da tek dejstvo osnova isključenja protivpravnosti dati su i od strane sudske prakse. Naime, radi izbegavanja napred navedene praznine u kažnjivosti, sudska praksa i deo teorije u svakoj lekarskoj meri lečenja vide povređivanje pravnog dobra shodno biću dela, koje se u ravni protivpravnosti na osnovu intervencije osnova osnova isključenja protivpravnosti (u pravilu pristankom – uredno prosvetljenog pacijenta) od prava izuzetno akceptira. Sa ciljem da se već de lege lata štiti pravo na samoodređenje pacijenta (koje se odnosi na telo) se prema shvatanju sudske prakse mera raščlanjuje na pojedine delove akta (zasecanje, udaljavanje delova tela itd.) i na ovaj način zbog neposrednog i fizičkog uticaja na organizam koje usleđuje zasniva se oštećivanje telesne dobrobiti/zdravlja, pri čemu ni konačno nastupela posledica lečenja ništa više ne bi mogla izmeniti.⁸⁹⁵ I ovo pravnodogmatsko zasnivanje stava od strane sudske prakse je, prema našem mišljenju ispravno, a vladajuće shvatanje to nije. Osim ovoga, sa ostalim rešenjima vladajuće krivičnopravne koncepcije koje se odnose na dejstvo pristanka oštećenog u krivičnom pravu, ovde možemo izraziti potpuno slaganje. Ovim rešenjem se u visokoj meri poštuje i subjektivitet imaoca pravnog dobra u postupanju sa svojim pravnim dobrima.

Kao centralni problem pristanka oštećenog u krivičnom pravu, i kod vladajuće krivičnopravne koncepcije, kao i kod svih ostalih koncepcija, javlja se pitanje mana volje kod pristanka. U tom smislu, ovde se iznosi stav vladajuće krivičnopravne koncepcije, ali, lapidarno, i teorijska rešenja ovog problema koja stav koji usvaja vladajuće shvatanje, zbog određenih njihovih nedostataka, prevazilazi.

Najpre, ističemo, uz određene ograde, da se vladajuća krivičnopravna koncepcija u osnovi priklanja rešavanju problema mana volje kod pristanka koje daje umerena sistemfunktionalna postavka. Najpre, kada se rešenje umerene sistemfunktionalne postavke prihvati u okviru vladajuće krivičnopravne koncepcije, to znači da se tom rešenju daje druga osnova. Umesto sociološke teorije sistema, kako je to u okviru umerene sistemfunktionalne postavke slučaj, rešenje problema mana volje kod pristanka stavlja se u vrednosno-stvarnosne socijalne okvire. Tako, u biti, na mesto funkcionalističkog nepromenljivog odnosa društva-države, opštosti i individue, stupa duh vremena, prema kojem prednost može imati i društvo-država, ali i pojedinac, zavisno od istorijske datosti u određenom trenutku. S druge strane, normativno shvatanje slobode volje vladajuće krivičnopravne koncepcije i umerene sistemfunktionalne krivičnopravne postavke je po samoj njenoj sadržini isto. Ona, sloboda volje po obe ove krivičnopravne koncepcije ima istu sadržinu, ona podrazumeva ponašanje u skladu sa sopstvenim nahođenjem. Nosilac slobodne volje odlučuje u skladu sa sopstvenim vrednosnim sistemom. Naravno, kada se prihvata u okviru vladajuće krivičnopravne koncepcije, rešenje problema mana volje kod pristanka odvajaju se od svih funkcionalističkih elemenata u koje ga stavlja umerena sistemfunktionalna krivičnopravna postavka.

⁸⁹⁵ Tako Rönnau, Willensmängel, S. 105. Ova misao je od Rönnau-a preuzeta ovde tako, što je izostavljeno njegovo zapažanje o besmislenom zamagljivanju celokupnog rezultata lečenja ovakvom sudskom praksom. Naše mišljenje se utoliko slaže sa sudskom praksom, a ne sa ovim Rönnau-ovim zapažanjem, ukoliko se na ovaj način volja pacijenta postavlja iznad dobra pacijenta, jer volja, prema našem mišljenju, nosi pravno dobro, a ne obrnuto. Tako se i od sudske prakse dosledno sprovodi ova misao.

Dakle, uklanjaju se oni elementi koji su napred uočeni i razmotreni kao neprihvatljivi u okvirima iznošenja rešenja umerene sistemfunkcionalne postavke i zamenjuju rešenjima koja su ovde data za vladajuću krivičnopravnu koncepciju. Najzad, kao opšte mesto, može se utvrditi identičnost osnove normativnog rešenja ove dve koncepcije. Prema obe ove koncepcije, ključnu ulogu u samom postavljanju problema igraju elementi povređivanja pravnog dobra.⁸⁹⁶ Uz to, u okvirima vladajuće krivičnopravne koncepcije je sporan pristanak na rizik⁸⁹⁷, dok je pristanak koji se odnosi na povređivanje pravnog dobra, kao i njegova ključna uloga, može se reći, opšteprihvaćeno stajalište u vladajućoj krivičnopravnoj koncepciji.⁸⁹⁸ Povređivanje pravnog dobra predstavlja centralnu figuru u okviru rešenja vladajuće krivičnopravne koncepcije odnosno shvatanja koje se od vladajuće krivičnopravne koncepcije priznaje kao vladajuće u rešavanju problema mana volje kod pristanka.⁸⁹⁹ Ukoliko je takvo povređivanje pravnog dobra pokriveno voljom ovlašćenog na raspolaganje, tada se pravni poredak može umiriti pri načelu „volenti non fit iniuria.”⁹⁰⁰ Staro načelo „volenti non fit iniuria“ se u okvirima vladajuće krivičnopravne koncepcije postavlja u ustavnopravne okvire i time čini osnovu za rešavanje problema vezanih za pristanak oštećenog u krivičnom pravu uopšte, kao i za probleme mana volje kod pristanka posebno. Napred je već rečeno da se prigovori koji se upućuju primeni principa objektivnog odnosno individualnog uračunavanja na probleme mana volje kod pristanka prevazilaze, u okvirima vladajuće krivičnopravne koncepcije, na osnovu teorije o jedinstvu funkcije bića dela i protivpravnosti, o čemu je ispred bilo reći. Najzad, vladajuća krivičnopravna koncepcija je shvatanja da se pravni poredak ima objektivno shvatiti. U krivičnom pravu se ne radi o odnosu između učinioca i povređenog, nego o pravnoj oceni dela u svom značenju za celokupan pravni poredak. Za razliku od građanskopravnih pravila, u krivičnom pravu se u trenutku zahvata mora utvrditi, da li je delo kažnjivo, a pristanak tako delotvoran ili ne. Dakle, pristup rešavanju krivičnopravnih problema je objektivistički. Vladajuća krivičnopravna koncepcija tako, i u rešavanju problema mana volje kod pristanka zauzima perspektivu države-društva, opštosti. I iz te perspektive, napred iznesena kritika rešavanja slučaja studentkinje koja daje krv, koja kritika potiče od individualističke perspektive, je neosnovana, a ponuđeno rešenje tog slučaja od strane tvorca umerene sistemfunkcionalne postavke je prihvaćeno kao ispravno i od autora koji su shvatanja koja ulaze u okvire vladajuće krivičnopravne koncepcije.⁹⁰¹ Konačno, i umerena sistemfunkcionalna krivičnopravna postavka i zastupnici vladajuće krivičnopravne postavke, racionalnu strukturu pristanka odnosno njegovo materijalno opravdanje vide u interesima. Iako po obe ove postavke interesi igraju centralnu ulogu u pitanjima dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu, može se konstatovati da obe ove postavke dopuštaju i odsustvo bilo kakvih interesa imaoca odnosno nosioca pravnog dobra. Pristanak, ukoliko

⁸⁹⁶ Tako Amelung, Willensmängel, S. 44. Da je ovo Amelung-ovo stajalište prihvaćeno u okvire vladajuće krivičnopravne koncepcije, postaje jasno nakon uvida u Kühl-ovo predstavljanje vladajuće krivičnopravne koncepcije o problemu pristanka povređenog uopšte, ali i po pojedinim pitanjima. (Vidi: Kühl, Strafrecht AT, S. 250-261.) I Roxin ističe da je na čelu, navodi ga kao prvog, autora vladajuće krivičnopravne koncepcije odnosno vladajućeg rešenja mana volje kod pristanka Amelung, a potom i Baumann/Weber/Mitsch, Blei, Hirsch, Kindhäuser, Köhler, Krey, Maurach/Zipf, Mitsch, Rönna, Stratenwerth/Kuhlen. (Roxin, Strafrecht, AT, S. 587 Fn 182 i S. 581 Fn 154.)

⁸⁹⁷ Kühl upućuje na shvatanje Sternberg-Lieben-a o pristanku na rizik. (Vidi: Kühl, Strafrecht AT, S. 254. Fn 48) Na isti način, kao o visoko spornom pitanju, o pristanku na rizik, izjašnjava se i Rönna, Willensmängel, S. 192.

⁸⁹⁸ U tom smislu vidi izlaganje koje o ovom problemu, kao vladajuće shvatanje, iznosi Kühl, Strafrecht AT, S. 252.

⁸⁹⁹ Kao što je već napomenuto, sa upodobljenom podlogom i shvatanjima vladajuća krivičnopravna koncepcija preuzima i usađuje u svoje okvire rešenje koje nudi tvorca umerene sistemfunkcionalne postavke, Knut Amelung. Prema tom shvatanju Knut-a Amelung-a centralna figura kod pristanka oštećenog u Krivičnom pravu je povređivanje pravnog dobra. (Vidi: Amelung, Willensmängel, S. 44.)

⁹⁰⁰ Isto, S. 45.

⁹⁰¹ Rönna ukazuje i na to, da Wolfgang Mitsch daje potpuno pozitivnu kritiku Amelung-ovih rešenja. Dakle, u potpunosti prihvata kao ispravan način Amelung-ovog rešavanja i gore iznesenog primera, i to u: *Besprechung von Knut Amelung, Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln bei der Einwilligung des Verletzten*, 1998., *Juristenzeitung*, 1999, S. 513. (Vidi isto delo Rönna-a, S. 333. Fn 274)

ispunjava i ostale uslove za to, ima svoje puno dejstvo u svakom slučaju u kome se imalac pravnog dobra postavi po svom nahođenju. Tako, može se konstatovati, da je rešenje umerene sistemfunktionalne postavke, na normativnom nivou, u velikoj meri prihvaćeno i preuzeto na tom normativnom nivou od strane vladajuće krivičnopravne koncepcije u pogledu na opšte značenje i strukturu dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu. Naravno, može se u velikoj meri prihvatiti rešenje umerene sistemfunktionalne postavke kao vladajuće i u pogledu normativnih rešenja u pogledu dogmatske strukture pristanka oštećenog u krivičnom pravu, kao i u pogledu pravila individualnog uračunavanja dela za slučajeve pojedinih mana volje kod pristanka, dakle u pogledu sile, pretnje, zablude i prevare. Naravno, vladajuća koncepcija je, čini se, otvorena za prihvatanje umesnih rešenja pojedinih pitanja i od drugih koncepcija, ali srž vladajućeg rešenja problema mana volje kod pristanka ipak pretežno potiče od umerene sistemfunktionalne postavke. Sasvim vladajuće mišljenje potpuno umesno u pristanku vidi mogućnost imaoca dobra da, u pravom postavljenim granicama, autonomno postupi sa svojim dobrima.⁹⁰² To je osnovna noseća misao pristanka.⁹⁰³ Subjektivne granice dejstva pristanka se tako, kroz rešavanje problema mana volje kod pristanka, postavljaju kada se te mane volje smatraju smetnjama autonomnom postupanju za pristanak sposobnog imaoca pravnog dobra sa svojim pravnim dobrom.

Dogmatika mana volje se u suštini bavi pitanjem, kako da se, u konstelacijama pristanka, primereno podele rizici između disponirajućeg imaoca dobra i zahvatajućeg.⁹⁰⁴ Učenje o manama volje, štaviše postavlja pravila za tretiranje slučajeva u kojima je postupanje imaoca dobra sa svojim dobrom ometeno zabludama ili silom. „Rizik“ za imaoca dobra proističe ovde iz toga, da se štete za njega ispostavljaju kao besmislene. „Rizik“ zahvatajućeg se u konstelacijama pristanka sastoji u tome, da se učini kažnjivim za povređivanje pravnog dobra shodno biću dela pod okolnostima postojanja neke mane volje.⁹⁰⁵ Drugim rečima, iskazano sa pozicija vladajućeg shvatanja, kod mana volje nekog pristanka radi se o uravnoteženju između interesa onoga koji daje izjavu za postojanjem njegovih dobara i interesa primaoca izjave u tome, da se on ne učini odgovornim za povređivanje dobara koje oslanja na manljivom pristanku.⁹⁰⁶ Pri tome, uobičajeno je uzimanje u obzir dva filtera odgovornosti. Prvi je delotvornost odnosno nedelotvornost pristanka, a drugi je primena pravila objektivnog i subjektivnog uračunavanja.⁹⁰⁷ Ovladavanje uravnoteženjem interesa kod pristanka, dakle, u krivičnom pravu ostaje prepušteno učenju o individualnom uračunavanju povređivanja pravnog dobra.⁹⁰⁸

Vladajuće shvatanje se izgrađuje ne samo prema svojoj logici, nego i na kritici prethodno teorijski predlaganih rešenja ovog problema.⁹⁰⁹ Stoga, na ovom mestu, valja istaći da se radi, pre svega, o tri rešenja koja se kritikuju sa aspekta vladajućeg shvatanja. Na osnovu kritike tih rešenja se izgrađuje mišljenje koje se prihvata kao vladajuće. Suština vladajućeg shvatanja, sastoji u postavci po kojoj je merodavno prvo, da li je pristanak dat u skladu sa vrednosnim sistemom pristajućeg, i drugo, ako on nije dat u skladu sa vrednosnim sistemom pristajućeg, da li se zahvatajući može smatrati odgovornim za povređivanje pravnog dobra. Ono je, dakle, prvenstveno prijateljsko prema žrtvi. Pri tome, uzimaju se u

⁹⁰² Tako srž vladajućeg mišljenja predstavlja Rönnau, navodeći mesto mnogih Knut-a Amelung-a kao predstavnika tog mišljenja. (Rönnau, Willensmängel, S. 373. i Fn 412)

⁹⁰³ Tako tu misao karakteriše Rönnau, isto, S. 373.

⁹⁰⁴ Rönnau, isto, S. 184

⁹⁰⁵ Isto, S. 184.

⁹⁰⁶ Tako Amelung, Willensmängel, S. 16, 17.

⁹⁰⁷ U ovome su, čini se saglasni Amelung, koji govori o dvostepenom postupku uračunavanja (Vidi o tome: Amelung, Willensmängel, S. 45,) i Rönnau, koji i postavlja gornje opšte pravilo, tako da je, u stvari, Amelung-ovo rešenje u skladu sa opštim pravilom koje postavlja Rönnau, u tom najopštijem smislu postojanja ova dva filtera odgovornosti.

⁹⁰⁸ Tako Amelung, Willensmängel, S. 17.

⁹⁰⁹ Vidi o tome u: Amelung, Willensmängel, S. 18-35.

obzir subjektivni kriterijumi, kriterijumi subjektivnog uračunavanja, i to je znanje učinioca za manu volje pristajućeg i objektivni kriterijumi, kriterijumi objektivnog uračunavanja, i to su zavređenost kazne i neophodnost kazne u konkretnom slučaju o čijoj pravnoj oceni se radi.

Vladajuća krivičnopravna koncepcija, u pogledu odnosa pojedinca i države-društva, ima istorijski promenljivu osnovu koja se ogleda u duhu vremena. Idejne osnove ove koncepcije sadržane su u pojmu pravne države koji kao svoje vrhovne principe ima materijalnu pravdu i slobodu, dok u osnovi svake legitimne krivične norme stoji očuvanje i sigurnost životnih uslova društva i izgrađenog na slobodi lica. Pravni poredak je objektivni poredak vrednosti, dok je krivično pravo najpre pravo krivice, a potom i pravo zaštite. Sloboda delanja i pravno dobro, kao personalan i realan pojam, imaju ustavnopravnu podršku. Pri tome, ustani principi mogu limitirati krivičnopravnu zaštitu, dok joj personalni pojam pravnog dobra bliže uređuje sadržinu. Tako su i granice pristanka određene prema ustavnom principu neophodnosti, pri čemu se u tome u obzir uzimaju interese trećih kao merodavan faktor ograničenja. Suština samog pravnog instituta pristanka se određuje u ustavnopravnoj perspektivi, kao proširenje slobode učinioca, jer se kao pravna posledica pristanka javlja proširenje njegove slobode delanja. Sloboda oštećenog se proširuje tako da on uz pomoć pristanka može slediti svoje interese u socijalnoj sferi. Ispitivanje poštovanja subjektiviteta lica od strane ove koncepcije je pokazalo da se njegov subjektivitet kao imaoca individualnog pravnog dobra u potpunosti poštuje. Pojedinaac je isključivi imalac individualnog pravnog dobra. Subjektivitet lica je ispoštovan i u pogledu na problem slobode volje, jer vladajuće shvatanje zastupa relativni indeterminizam, koji podrazumeva i usklađen odnos normativne i socijalno-činjenične sfere, kao i primat apsolutnoj teoriji u određivanju svrhe kazne. Za razliku od funkcionalističkih koncepcija, koje, kada se problem posmatra sa aspekta odnosa normativnog i socijalno-činjeničnog, kao i sa aspekta svrhe kazne u sebi sadrže izrazitu determinističku crtu u rešavanju problema slobode volje, u istim aspektima pokazuje usaglašenost trebanja i bivstva, kao i svrhu kazne preko koje se poštuje ljudsko dostojanstvo, a time zauzima i indeterministički stav o problemu slobode volje. Subjektivitet lica podrazumeva i opšteprihvaćena pretpostavka pristanka, da on mora prethoditi radnji zahvatajućeg. Najzad, objektivne granice pristanka po svom smislu imaju značaj neuvažavanja volje čoveka-oštećenog u raspolaganju sa sopstvenim dobrima. Ipak, granica pristanka predviđena inkriminisanjem ubistva na zahtev i čije legitimiranje tabuiziranjem je problematično, je jedini izuzetak (ne ubrajajući tu protivmoralnost pristanka na telesnu povredu) kojim je postavljena granica pristanku. Tako i u ovom pogledu je subjektivitet čoveka po vladajućoj koncepciji priznat u visokoj meri.

Dejstvo pristanka oštećenog u krivičnom pravu je, po vladajućoj koncepciji, običajnopравни institut sa ustavnopravnim fundiranjem u ustavnom pravu na samoodređenje. Ono se sastoji u pravu na postupanje po sopstvenom nahođenju i predstavlja čisto pravni, dakle ne i moralni, pojam. Ovo pravo čoveku obezbeđuje lični razvoj i sleđenje sopstvenih interesa u socijalnoj sferi i sa sobom povlači i odgovornost njegovog nosioca. Dejstvo pristanka, po ovoj koncepciji, ima tri osnovna vida: pristanak koji isključuje protivpravnost, saglasnost i pristanak na lekarski zahvat lečenja. Dejstvo pristanka koji isključuje protivpravnost je uređeno na legitimnoj i pravnodogmatski doslednoj osnovi, jer počiva na ideji o nedostatku interesa za održanjem predatog pravnog dobra, kao i na realnom i personalnom pojmu pravnog dobra, uz prihvatanje kolizionog modela.. Saglasnost koja isključuje biće dela predstavlja nesamostalan pravni institut kome se granice i značaj određuju tumačenjem na osnovu ustavnog principa zakonitosti. Najzad, pristanak na lekarski zahvat lečenja se u praksi smatra osnovom isključenja protivpravnosti, dok ga vladajuća teorijska koncepcija smatra osnovom isključenja bića dela. Ovo bi bio znak prodora svršne misli u vladajuću krivičnopravnu koncepciju koji nije legitiman, jer za visok stepen primene ovog instituta u medicinskoj praksi ima značenje sniženja zahteva za odgovornošću lekara, ali ni odvajanje volje pacijenta od njegove dobrobiti, koje bi podazumevao ovakav pravni tretman pristanka na lekarski

zahvat lečenja, nije legitiman, jer bi se time kršilo ljudsko dostojanstvo. Najzad, u pogledu rešavanja problema mana volje kod pristanka se prihvataju normativna rešenja umerene sistemfunktionalne postavke tog problema, bez upliva funkcionalističkih izobličenja, koje se postavlja na socijalnu i idejnu osnovu vladajuće koncepcije. Ono naročito ispunjava zahtev za pravnodogmatskom doslednošću, dok joj se legitimnost pribavlja odstranjivanjem elemenata funkcionalističke misli i uz podršku socijalne i idejne osnove vladajuće koncepcije.

Iz svih navedenih razloga, rešenja vladajuće krivičnopravne koncepcije vezana za pravni institut pristanka oštećenog u krivičnom pravu su prihvatljiva kao pravnodogmatski dosledna i legitima.

3.5.3.4 Osvrt na rešenja nekih personalno orijentisanih krivičnopravnih koncepcija

Personalno orijentirane krivičnopravne koncepcije, za razliku od napred razmotrenih krivičnopravnih koncepcija, koje se u većoj ili manjoj meri odlikuju svojom orijentacijom na preimućstvo države-društva u odnosu na pojedinca, se naprotiv, kada se izdvojeno posmatraju njihova rešenja pravnog instituta pristanka, odlikuju davanjem preimućstva poziciji pojedinca. Danas, može se reći, one nisu aktuelne. Radi se najpre o tome da savremeni trenutak pokazuje veći stepen socijalnog vezivanja pojedinca. Dakle, u tom pogledu one ne odgovaraju duhu vremena. S druge strane, njihova rešenja pokazuju i druge slabosti zbog kojih su ona neprihvatljiva, kako uopšte, tako i u pogledu rešenja koja daju za probleme vezane za pristanak oštećenog u krivičnom pravu. Ovde se prikazuju osnovne slabosti tih rešenja uopšte i njihovi načelni nedostaci koji se tiču problema pristanka oštećenog u krivičnom pravu posebno.

Pored navedenog, valja ovde naglasiti i značaj legitimnosti i dogmatskopravne konsekvencnosti pojedinih rešenja. Naime, rešenja koja se mogu prihvatiti moraju biti principijelno zasnovana i uklopiva u dogmatskopravne okvire u koje se stavljaju odnosno iz njih moraju dosledno proizilaziti prihvaćeni dogmatskopravni okviri. Naime, poseban zahtev za legitimnošću ispunjen je kada rešenje čija se legitimnost propituje stoji u saglasnosti sa osnovnim principima građanske države.

Na ovom mestu personalno orijentisane teorije, suština njihovih rešenja, kao i njihova kritika se daju samo ukratko, jer su u prethodnim delovima ovog rada obrađena ključna pitanja zbog kojih su rešenja personalno orijentiranih krivičnopravnih koncepcija neprihvatljiva, a u zauzimanju određenih stavova u ovom radu dobrim delom obuhvaćeni su i stavovi koji proizilaze iz tih koncepcija kao i njihova kritika. Iz navedenih razloga, sledi samo načelna sažeta kritika personalno orijentiranih krivičnopravnih koncepcija. Pri tome, veća pažnja je poklonjena kritici personfunktionalne krivičnopravne koncepcije, jer se ona odnosi i na kritiku s obzirom na svrhu kazne, koja je važenje normi i koja se tako odnosi i na taj ugao i u kritici čiste i umerene sistemfunktionalne krivičnopravne koncepcije, kod kojih prethodno taj ugao nije zauziman. Svrha kazne je u ovim funkcionalističkim koncepcijama jednako određena kao važenje normi. Stoga, taj ugao posmatranja problema, u suštini, ima isto značenje kod svih tih koncepcija. Naročito je to značajno za personfunktionalnu krivičnopravnu koncepciju, jer u teoriji postoje mišljena koja prihvataju i takvo rešenje personfunktionalne krivičnopravne koncepcije, koje se, po našem mišljenju u krajnjoj liniji ogleda u njegovom mogućem značenju za subjektivitet lica u toj koncepciji.⁹¹⁰ Subjektivitet lica je centralno opšte pitanje koje je predmet obrade u pogledu rešenja personfunktionalne krivičnopravne koncepcije.

⁹¹⁰ Na odobravanje ovih rešenja personfunktionalne koncepcije se nailazi kod Kühl-a i Schneider-a.

Ova izlaganja obuhvataju izlaganja koja se odnose na: razloge neprihvatljivosti personfunkcionalne krivičnopravne koncepcije, razloge neprihvatljivosti rešenja zasnovanog na baznom modelu odnosa volje imaoca dobra i samog pravnog dobra i razloge neprihvatljivosti teleološke krivičnopravne koncepcije.

3.5.3.4.1 Razlozi neprihvatljivosti personfunkcionalne krivičnopravne koncepcije

Kao što je već navedeno, personfunkcionalna krivičnopravna koncepcija davanjem preimućstva pojedincu u odnosu države-društva i pojedinca, što se naročito vidi kod dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu, zauzima stav koji je protivan duhu vremena, a za koji je karakteristično upravo suprotno od onoga što personfunkcionalna krivičnopravna koncepcija uzima kao svoju polaznu poziciju, dakle određeni stepen socijalnog vezivanja pojedinca, a ne preimućstvo pojedinca.⁹¹¹ Stoga, ovo je načelni razlog neprihvatljivosti ove koncepcije. Pojedini razlozi neprihvatljivosti ove koncepcije su dati u razmatranjima sledećih problema: a) Osvrt na uticaj sistemteoretske osnove na ovu krivičnopravnu koncepciju, b) Idejne osnove ove krivičnopravne koncepcije i svrha kazne, c) pojam radnje i d) dejstvo i zasnivanje dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu.

Personfunkcionalna krivičnopravna koncepcija se obrazuje pod uticajem njene sistemteoretske osnove. Ona sadrži funkcionaliziranje neokantijanističko-finalističkih misli u nauci krivičnog prava.⁹¹² Ovom personalno naklonjenom funkcionalizmu se načelno može prigovarati je da stvara sistem za preimućstvo pojedinca i tako ulazi u krug neprestanog i nejasnog smenjivanja pojedinca i sistema na mestu prioriteta između ta dva. U svakom slučaju, prema samoj personfunkcionalnoj krivičnopravnoj koncepciji ističu se, što je u prvi mah iznenađujuće, prigovori koji potiču upravo iz ugla koji bi od te koncepcije trebao biti povlašćen, dakle prigovori iz personalnog odnosno personfunkcionalnog ugla.⁹¹³

⁹¹¹ Iscrpno predstavljanje i kritiku tzv. „Minhenske škole“ oko Roxin-a vidi u: Schneider, Kann die Einübung in Normenerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten?, S. 229-311.

⁹¹² O ovoj srodnosti neokantijanističko-finalističke misli i Roxin-ove personfunkcionalne krivičnopravne koncepcije vidi: Schneider, isto, S. 34-39.

⁹¹³ Tako, načelno govoreći, Roxin-ova postavka pokazuje heterogeni lik, u pogledu na učinke ovog stajališta na personfunkcionalnu koncepciju Krivičnog prava i mere sistemfunkcionalne argumentacije. Ono što se prvo ističe je da s jedne strane Roxin naglašava zahtev za zaštitom pojedinca od državnog pristupa u obliku Krivičnog prava i pokušava da ovom bude opravdan kroz limitirajuću funkciju pojma koji se uobičajeno razume kao krivica odmeravanja kazne (Strafzumessungsschuld). Ove težnje se koriguju od pojma pravnog dobra orijentiranog na ograničenja državne kompetencije kriminaliziranja i na isto tako limitirajući princip Krivičnog prava kao ultima ratio socijalne kontrole i “nullum crimen načela” koje ovladava celokupnim učenjem o biću dela. Na drugoj strani stoji njegovo tumačenje krivice koja zasniva kaznu (Strafbegründungsschuld) koje je sumnjivo sa nekog personfunkcionalnog stajališta. (Tako Schneider, isto, S. 258-260.) Schneider dalje iz personfunkcionalnog ugla ne ističe prigovore Roxin-ovom pojmu radnje kao “ispoljavanju ličnosti”, jer njegovo učenje o radnji u suštini primereno vodi računa o personfunkcionalnim potrebama (vidi isto delo, S. 268.) Ističe se čak i to, da je Roxin-ov pojam radnje nadaleko rezistentan prema apsorpciji sistemfunkcionalnim interesima. (Isto, S. 270.) Nasuprot tome, učenje o objektivnom uračunavanju posledice i naročito teorija o povišenju rizika su merodavno nošeni od sistemfunkcionalnih argumentacionih sklopova. (Isto, S. 270.) Kao prvo, što je ovde od značaja, valja istaći da se Roxin nadovezuje na Honig-ovu formulu o objektivnom uračunavanju kao “objektivnoj svrhovitosti”, ali on ovaj kriterijum oslobađa od “fakticiteta moći”, koji je kod Honig-ove formule o “ovladivosti ljudskom voljom” stajao u središtu. Polazište ovaj apstrakciji suda o uračunavanju od volje je od Roxin-a obuhvaćen slučaj oluje, za koji se izvorno zainteresovao Honig radi primeričnog razjašnjavanja. Da bi predočio način funkcionisanja svog učenja o objektivnom uračunavanju, Honig operira sa dve varijante ovog poznatog udžbeničkog slučaja. U osnovnom slučaju, kod kojeg Honig odbacuje ovladivost voljom i time i objektivnu uračunljivost posledice, učinilac šalje svoga ujaka, kojega hoće da nasledi, na neku uzvišicu za vreme oluje. Pri tome se kroz slučaj realizira kauzalna veza kojoj se nadao učinilac i ujak umire usled udara groma. U izmenjenom slučaju,

Idejne osnove ove krivičnopravne koncepcije i svrha kazne, kako je ova koncepcija određuje, najjasnije pokazuju nedostatke te koncepcije.

Veoma značajno za ovu postavku je njeno shvatanje svrhe kazne i krivice, na koju se ova nadovezuje. U tom pogledu, ova koncepcija isključuje princip odmazde kao svrhu kazne⁹¹⁴ i za svrhu kazne uzima pozitivnu generalnu i specijalnu prevenciju.⁹¹⁵ Najzad, tako shvaćena svrha kazne prožima i druge osnovne krivičnopravne kategorije i institute. Pri tome, ni pitanje slobode volje ne biti sme izvučeno pred zgradu već pri zasnivanju pojma kazne.⁹¹⁶

Personfunktionalna postavka isključuje odmazdu kao svrhu kazne, iz tog razloga što se odmazda, zbog svojih filozofskih i teoloških korena, ne može sjediniti sa modernom demokratskom pravnom državom i stoga je treba isključiti iz krivičnog prava.⁹¹⁷ Time personfunktionalna krivičnopravna koncepcija nužno dotiče i problem slobode volje i njegov značaj u krivičnom pravu. Iako je o ovome već bilo reči u ovome radu, valja donekle pojasniti poziciju personfunktionalne krivičnopravne koncepcije. Naime, prema ovoj postavci, u odnosu na debatu o determinizmu/indeterminizmu se ističe da spor o slobodi volje ne sme da deluje na teret, nego u svakom slučaju u korist učinioca. Pošto krivica pojmovno pretpostavlja slobodu volje, teorija odmazde se stoga zasniva na goloj pretpostavci, koja u svakom slučaju nije dovoljna da legitimira državni zahvat u pravne pozicije njenih građana. Kazna odmazde je kriminalnopolitički štetna, jer od nje ne vodi put izvršenju kazne koji je delotvoran za sprečavanje krivičnog dela. Jer kazna zasnovana sa golom odmazdom za krivicu ne daje teoretske i praktične uporišne tačke za moderno izvršenje kazne, sa kojim bi se mogla korigovati „pogrešna socijalna držanja“ koja su odvela u kriminalitet.⁹¹⁸

radnja učinioca leži u osnovi promatranja, da se u dotično godišnje doba oluja u pravilu prazni preko uzvišice i tako tamo treba računati sa udarom groma. Ovde će Honig potvrditi objektivnu uračunljivost sa obrazloženjem, da se učinilac “koristio prirodnom silom” i na taj način sebi predstavio posledicu ne kao slučaj nego kao “svrhovito zamišljenu”. (Tako Schneider, isto, S. 273.) Prema Roxin-u, naprotiv, odlučujući kriterijum za različito rešavanje varijanti slučaja ne leži prvenstveno u (potencijalnoj) ovladivosti događaja voljom, nego pre svega u različitim rizicima nekog mogućeg povređivanja pravnog dobra. Pravni poredak bi stoga samo u osnovnom slučaju mogao odustati od uračunavanja posledice. U izmenjenom slučaju bi naprotiv postojao povišeni rizik za pravno dobro život, prema kome zakonodavac ne bi mogao biti ravnodušan i iziskivao bi uračunavanje posledice. Ova postavka tumačenja već prema stvari poseže za sistemfunktionalnim potrebama. Bude li ujak (u obe varijante slučaja) usmrćen udarom groma, tada njegov život u konkretnom slučaju, takođe ni uračunavanjem posledice učiniocu i odgovarajućom krivičnopravnom reakcijom, više ne može biti zaštićen. Kada Roxin po tome i u izmenjenom slučaju argumentira sa “povišenim rizikom za pravno dobro”, tome u osnovi leži (generalno-)preventivno razumevanje zaštite pravnih dobara, koje razvija uticaje samo tada, kada se kao primarni adresat uticaja ne smatra pojedini krivični učinilac, nego opštost (to jest pravu odan narod). Tako Roxin, slično kao i Frisch, u ishodu argumentira sa demonstracionom funkcijom uračunavanja posledice. (Tako Schneider u istom delu, S. 274.) Pored ovoga, ovde se samo može konstatovati i to, da je i na subjektivnoj ravni, prema zastupnicima “minhenske škole”, sud o uračunavanju u suštini upravljen na normativne kriterije. Kako i ovde u proćelju stoji aspekt pozitivne generalne prevencije (Vidi: Schneider u istom delu, S. 282, 283.), može se reći i da tako preimućstvo dobijaju sistemfunktionalni momenti. U pogledu umišljaja, koji Roxin u suštini, u njegovim osnovnim crtama pojmi kao ostvarenje plana (Tako Roxin-ov stav prenosi Schneider u istom delu, S. 283.), takođe se ističu prigovori iz personfunktionalnog ugla, ali i prigovori koji se tiču krivice i odgovornosti.

⁹¹⁴ Tako Schneider u istom delu, S. 236, 237.

⁹¹⁵ Vidi isto delo, S. 237-251

⁹¹⁶ Tako Dreher, Willensfreiheit, S. 33. Ovde Dreher dalje ističe Ukoliko se to ipak učinilo, tada se ne može jednostavno krivica u smislu odlučujućeg „moći drukčije delati“ ponovo uvesti u dogmatiku materijalnog Krivičnog prava, kao da bi tamo načelna problematika drukčije stajala. U stvarnosti je ona pak ista. (Isto, S. 33.)

⁹¹⁷ Tako Roxin-ovu misao prenosi Schneider u istom delu, S. 236. Za izvorna objašnjenja vidi: Roxin, Strafrecht, AT, S. 70-78, 88-91.

⁹¹⁸ Tako stavove Roxin-a prenosi Schneider u istom delu, S. 237.

Ovo rešenje problema slobode volje i svrhe kazne je neadekvatno, prema našem mišljenju sasvim pogrešno. Iako se ono bazira na razumevanju čoveka kao bića koje je sposobno da zauzme stav prema svetu i da svoje delanje teleološki orijentira⁹¹⁹, ono ipak predstavlja stav agnostičara koji slobodu volje dekretira. Jer, po pitanju problema slobode volje tvorac ove koncepcije se izjašnjava kao agnostičar. Tako se, već samim tim, problem slobode volje prenaplašeno stavlja u normativno, i postaje ono ominožno „Ti možeš, jer ti trebaš“. Čovekova sloboda se, na ovaj način, desubjektivizira. Ona se odvaja i od društvene realnosti u kojoj slobodna volja egzistira. S druge strane, na taj način, isključenjem odmazde iz svrhe kazne oduzima se mogućnost primene principa pravde i pravičnosti, kao osnovnih načela građanskog društva, u izricanju kazne. Konačno, navedeno rešenje problema slobode volje, dakle dekretiranje slobode volje od strane personfunktionalne krivičnopravne koncepcije u krajnjoj liniji uslovljava ne samo prisustvo visokog stepena normativnog u rešenjima ove koncepcije, nego se čak i od samih pobornika ove „minhenske škole“ ona još naziva i (funktionalnom) svršnoracionalnim krivičnopravnim sistemom, ali i normativno-funktionalnom krivičnopravnom dogmatikom.⁹²⁰ Svakako, isticanje normativnog u nazivu ove koncepcije nije bez osnova, jer normativno igra odlučujuću ulogu u nekim veoma značajnim rešenjima krivičnopravnih problema koja daje ova koncepcija. Ovde se, samo primera radi, navodi izrazito normativno, i stoga neprihvatljivo, uređenje problema objektivnog uračunavanja, naročito kod povišenja rizika, ali i kod rešavanja problema vezanih za pristanak oštećenog u krivičnom pravu, naročito rešenja problema relevancije pristanka datog usled prevare, o čemu će kasnije u ovim izlaganjima biti više reči.

Kao argument, koji stoji u pročelju ideje tvorca personfunktionalne krivičnopravne koncepcije o odbacivanju odmazde kao svrhe kazne, navodi se to da država kao ljudska ustanova nije ni sposobna ni ovlašćena da ostvaruje metafizičku ideju pravde, te da je volja građana obavezuje na osiguranje ljudskog zajedničkog života u miru i slobodi, pa bi tako, prema viđenju tvorca personfunktionalne krivičnopravne koncepcije, država bila ograničena na ovaj zaštitni zadatak.⁹²¹ Smatramo da ovaj argument stoji na pogrešnim osnovama i ne može se smatrati ispravnim. Naime, istinski cilj pravne države je materijalna pravda.⁹²² Bez pravde nema ni slobode, ove dve vrednosti stoje u upravnoj srazmeri.⁹²³ Ova povezanost slobode i pravde je ne samo društvenoistorijski uslovljena, nego svoj vrhunac iznalazi u državi. Valja naime znati, da je država realizacija slobode, t. j. apsolutne krajnje svrhe, da je ona poradi sebe same; nadalje valja znati, da svu vrijednost, koju čovek ima, svu duševnu zbilju, ima samo pomoću države.⁹²⁴ Stoga, ako je država realizacija slobode, ona nužno mora biti i realizacija pravde. Tako, tvorac personfunktionalne krivičnopravne koncepcije u osnove svoje koncepcije stavlja protivrečan stav, tvrdeći da država s jedne strane ne može ostvarivati ideju pravde, a s druge strane da volja građana državu obavezuje na osiguranje ljudskog zajedničkog života u miru i slobodi i da je država ograničena na ovaj zaštitni zadatak. Jer, bez pravde nema slobode i obratno.

⁹¹⁹ Tako stav Roxin-a prenosi Schneider u istom delu, S. 343

⁹²⁰ Tako Schneider, Kann die Einübung in Normanerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten?, S. 229.

⁹²¹ Tako Roxin, Strafrecht AT, S. 73.

⁹²² Tako Rudolphi, Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs, S. 159. S obzirom da je Rudolphi pripadnik upravo minhenske škole, ovde smatramo umesnim istaći ovo neslaganje tvorca personfunktionalne krivičnopravne koncepcije, Claus-a Roxin-a i njegovog učenika, takođe pobornika ove krivičnopravne koncepcije. S obzirom da je reč o pravnoj državi i pravdi kao njenom cilju, to ovo neslaganje ukazuje najmanje na nedoslednost jednog od ove dvojice u samom postavljanju problema. Prema našem viđenju, nedosledan personfunktionalnoj krivičnopravnoj koncepciji je u tome Rudolphi, dok pogrešan stav zauzima Roxin.

⁹²³ Ovaj argument smo već ranije u ovom radu izveli iz samih Hegelovih misli. (Vidi: Hegel, Filozofija povijesti, str. 102.)

⁹²⁴ Vidi isto, str. 52.

Uz ovaj načelni argument, o neprihvatljivosti odbacivanja sposobnosti i ovlašćenosti države da realizuje pravdu, stoji rešenje tvorca personfunktionalne krivičnopravne koncepcije koje se u istom pravcu, upravljeno na obrazloženje odbacivanja odmazde kao svrhe kazne, odnosi na problem slobode volje. Prema njemu, prihvatanje „krivice“ koja iziskuje odmazdu ne može samo nositi kaznu; individualna krivica je povezana na postojanje slobode volje, čija nedokazivost je čini nepodobnom kao jedinom osnovom državnih zahvata.⁹²⁵ Ovo uprkos činjenici da on ističe tvrdnju o postojanju jedinstva o tome da krivično pravo mora poći od slobode volje, iako ona nije egzaktno dokaziva.⁹²⁶ Po njemu bi se štaviše moralo verovati u slobodu volje, da se „prizna“, da bi se ona mogla položiti u osnovu pravnih pravila.⁹²⁷ Po njemu, takođe, uopšte treba sumnjati u to, da bi neuslovljena odluka bila slučajna i da se upravo stoga ne bi mogla pripisati svom tvorcu.⁹²⁸ Najzad, prema shvatanju koje on favorizuje krivica je mešovita empirijsko-normativna datost. Tako, empirijski je utvrdiva principijelna sposobnost za upravljanje sobom i time data normativna pristupačnost. Normativno pripisana biva naprotiv – u svakom slučaju onome koji se neće postaviti na indeterminističku poziciju – iz ovog nalaza izvučena mogućnost ponašanja shodnog pravu. Pođe li se od toga da pitanje činjeničnog moći drukčije delati ostaje bez mogućnosti odgovora, tada naravno, po tvorcu personfunktionalne postavke, takav pojam krivice nije podoban da legitimira odmazdu i moralne prekore na teret učinioca.⁹²⁹

U pogledu ovakvog određenja tvorca personfunktionalne krivičnopravne koncepcije o problemu slobode volje, može se reći da je potpuno nejasno šta on zapravo tvrdi i da tako ide od indeterminizma do determinizma. Ipak, to su međusobno isključive pozicije. Pored toga, navedeno shvatanje sadrži iskaze koji su, kada se stave u međusobnu vezu, potpuno neprincipijelni. Sama normativna strana slobode volje je, naravno, prenaplašena, jer u pogledu na empirijsku, socijalno-činjeničnu stranu problema slobode volje tvorac personfunktionalne postavke stoji na poziciji agnosticizma. On dakle u osnove pravnih normi polaže veoma problematično viđenje slobode volje u socijalno-činjeničnoj sferi.

S druge strane, za tvorca personfunktionalne postavke se kod krivice ne radi odlučujuće o „moći drukčije delati“, nego o potrebitosti kažnjavanja ponašanja pod preventivnim tačkama gledišta.⁹³⁰ Tako, po tvorcu personfunktionalne krivičnopravne koncepcije, državna kazna se može legitimirati isključivo preventivnim tačkama gledišta.⁹³¹ U okviru preventivnih svrha kazne on težište stavlja na pozitivnu generalnu i specijalnu prevenciju, koje zajedno predstavljaju odlučujuće legitimacione osnove kazne, koje takođe u pojedinom slučaju jedine mogu zasnovati zahvat u prava slobode učinioca.⁹³² Pri tome, prednost je data pozitivnoj specijalnoj prevenciji, što do izražaja dolazi i u tome, da on u slučaju konkurencije između potreba resocijaliziranja i pozitivne generalne prevencije do izvesne granice polazi od prvenstva resocijaliziranja.⁹³³ Ipak, sama ta prednost specijalne prevencije je veoma problematična ako se ima u vidu

⁹²⁵ Tako Roxin, Strafrecht AT, S. 73.

⁹²⁶ Roxin, Strafrecht AT, S. 870.

⁹²⁷ Tako Roxin u istom delu, S. 871.

⁹²⁸ Isto, S. 872.

⁹²⁹ Tako Roxin u istom delu, S. 872, 873.

⁹³⁰ Tako Schneider, Kann die Einübung in Normanerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten?, S. 242. Na istom mestu Schneider navodi i primer Roxin-ovog rešavanja pojedinih problema, koji potkrepljuju gornju tvrdnju o odlučujućem značaju potrebitosti kažnjavanja, a ne „moći drukčije delati“. Ovo kriminalnopolitičko osnovno orijentiranje kategorije krivice se, u okvirima personfunktionalne krivičnopravne koncepcije, prema Schneider-ovom nazoru, jasno pokazuje kod izvinjavajućeg stanja nužde (§ 35 nemačkog KZ)

⁹³¹ Navedeno prema istom delu Schneider-a, S. 237.

⁹³² Isto, S. 237.

⁹³³ Isto, S. 240.

da za slučaj nesaradnje osuđenog u radu na sopstvenom resocijaliziranju tvorac personfunktionalne krivičnopravne koncepcije pribegava generalnopreventivnoj svrsi kazne.⁹³⁴

Kao konstrukcija koja podržava navedeni primat preventivnog dejstva kazne u okviru rešenja personfunktionalne krivičnopravne koncepcije javlja se krivičnopravna odgovornost.⁹³⁵ Odgovornost zavisi od dve datosti, koje bi morale pridoći nepravu: krivica učinioca i preventivna neophodnost krivičnopravnog kažnjavanja koju treba razabrati iz zakona.⁹³⁶ Skrivljenoj radnji⁹³⁷ je u pravilu takođe potrebno krivičnopravno kažnjavanje iz preventivnih razloga; jer kada zakonodavac prihvati neko ponašanje u biće dela, on polazi od toga, da se pri postojanju protivpravnosti i krivice ono mora suzbijati sredstvima kazne.⁹³⁸ Prema personfunktionalnoj krivičnopravnoj koncepciji, tako bi samo krivica i potreba prevencije zajedno mogle izazvati kaznu.⁹³⁹ Tako se, u stvari, u okvirima personfunktionalne krivičnopravne koncepcije razlikuje između krivice u užem smislu i odgovornosti.⁹⁴⁰ Po tom shvatanju personfunktionalne postavke, krivica kao sistemska krivičnopravna kategorija se izvodi iz svrhe kazne.⁹⁴¹

Nadalje, ova krivičnopravna koncepcija u prvi plan stavljajući specijalnu i generalnu prevenciju kao svrhe kazne, pri izricanju kazne ide na modificiranu teoriju slobodnog prostora u odmeravanju kazne, i to tako da se visina kazne prema gore ograničava krivicom, a prema dole se ograničava generalnopreventivnim minimumom.⁹⁴²

Ovde valja jasno zauzeti stav da tvorac personfunktionalne krivičnopravne koncepcije, uzimanjem pozitivne specijalne i generalne prevencije za svrhe kazne, izuzimajući pri tome odmazdu i uopšte apsolutne teorije o svrsi kazne iz okvira njegovog učenja o svrsi kazne uopšte ne uspeva da prevaziđe

⁹³⁴ Vidi: Roxin, Strafrecht AT, S. 86.

⁹³⁵ Roxin ističe, da odgovornost znači vrednovanje pod tačkom gledišta krivičnopravnog činjenja odgovornim učinioca. Ko ispuni pretpostavke, koje dopuštaju da se shodna biću dela-protivpravna radnja javi kao „odgovorna“, prema kriminalnopravnim merilima prouzrokovao je kaznu. Pretpostavke krivičnopravne odgovornosti su sposobnost za krivicu (§§ 19, 20), mogućnost znanja neprava (§ 17) i normalitet situacije radnje, koja nedostaje kod određenih formi opasnosti (§ 35) i ekscesa nužne odbrane (§ 33); osim toga slučajeva isključenja odgovornosti ima u posebnom delu, u sporednom Krivičnom pravu i u nadzakonskom području. (Tako Roxin, Strafrecht AT, S. 851).

⁹³⁶ Isto, S. 852.

⁹³⁷ Prema Roxin-u, učinilac dela skrivljeno, kada ostvari krivičnopravno nepravu, iako je on u konkretnoj situaciji (još) mogao biti dosegnut dejstvom apela norme i posedovao je dovoljnu sposobnost za upravljanje sobom, tako da mu je bila psihički pristupačna alternativa ponašanja shodna pravu. (Isto, S. 852.)

⁹³⁸ Isto, S. 852.

⁹³⁹ Isto, S. 853.

⁹⁴⁰ Tako Roxin-ovo shvatanje predstavlja Schneider, Kann die Einübung in Normanerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten?, S. 294.

⁹⁴¹ Tako Schneider, isto, S. 294. Schneider pri tome ukazuje na pozamašnu uporedivost Jakobs-ove i Roxin-ove pozicije u pogledu ratia osnova izvinjenja (na pr. § 35), koji se, prema Roxin-ovom shvatanju, sastoji isključivo iz nedostajuće preventivne neophodnosti kazne.

⁹⁴² Tako Roxin-ovu postavku teorije slobodnog prostora iznosi Schneider, isto, S. 246. Baumann/Weber/Mitsch ističu da je prema Roxin-u svrha kazne više specijalna prevencija. (Vidi: Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, S. 28, Fn. 86.)

ideje prosvećenosti., jer svojim tehniciziranjem⁹⁴³ on čak ne stvara ni privid o njihovoj slabosti, uopšte i ničim ih ne dovodi u pitanje. Ti argumenti misli prosvećenosti o svrsi kazne i dalje jasno stoje. Tako, možemo se, nakon razmatranja neuspešnog pokušaja njihovog prevazilaženja od strane tvorca personfunktionalne krivičnopravne koncepcije, vratiti principima i misli prosvećenosti kao osnovi kritike personfunktionalne krivičnopravne koncepcije. Reč je o nedostatku personfunktionalne krivičnopravne koncepcije koji je uzrokovan napuštanjem ideja prosvećenosti u pogledu na problem slobode volje s jedne strane i problem svrhe kazne s druge strane. No, najpre valja izneti te misli i ideje.

U suštini, zločin i osvetnička pravednost predstavljaju u sebi reflektovanu pojedinačnost volje, lice je određeno kao subjekt, kao subjekt u razlikovanju od drugog pojedinca i od opšte volje, kao i od spoljašnje egzistencije volje koja se određuje u sebi i koja je unutrašnji opstanak slobode i istinsko tlo njene egzistencije.⁹⁴⁴ Ukidanje je zločinstva odmazda utoliko ukoliko je ona po svom pojmu povreda povrede, a po opstanku, ukoliko zločinstvo ima određeni kvalitativni i kvantitativni opseg, dakle ukoliko i njegova negacija kao opstanak ima upravo jedan takav opseg. Na taj identitet, koji se osniva na pojmu, nije jednakost u specifičnoj kakvoći povrede, nego u kakvoći koja bitkuje po sebi – prema njenoj vrijednosti.⁹⁴⁵ Povreda koja snalazi zločinca jest ne samo po sebi pravedna – kao pravedna ona je ujedno njegova volja koja po sebi bitkuje, opstanak njegove slobode, njegovo pravo, nego ona je i pravo za zločinca samoga tj. postavljena u njegovoj opstojećoj volji, u njegovoj radnji. Jer, u njegovoj radnji kao umnoga leži da je ona nešto opće, da je njome postavljen jedan zakon, koji je on u njoj za sebe priznao, pod koji se, dakle, on smije supsumirati kao pod svoje pravo.⁹⁴⁶ Nije samo (ovo) pojam zločinstva, ono njegovo umno po sebi i za sebe, s pristankom pojedinčevim ili bez tog pristanka, ono čemu država ima da pribavi važenje, nego također i formalna umnost, htijenje pojedinčevo, leži u radnji zločinčevoj. Što se smatra da kazna u tome sadržava njegovo vlastito pravo, time se zločinac poštiva kao ono umno. – Ta mu čast ne pada u dio ako se pojam i mjerilo njegove kazne ne uzima iz samog njegova čina; - a isto tako ne pada mu ona u dio kad se on smatra samo štetnom životinjom koju treba učiniti bezopasnom, ili pod svrhama zastrašivanja i popravljanja.⁹⁴⁷ Kazna je tako oblik egzistencije pravednosti u državi, ali je ona i područje slobode, koje u svojoj osnovi ima subjektivnu volju.⁹⁴⁸

S obzirom na ovakvo određenje smisla kazne, njene svrhe koja se time prihvata u svom određenju od strane filozofskopravne misli doba prosvećenosti, može se s osnovom tvrditi da se u okvirima personfunktionalne krivičnopravne koncepcije, isto kao i u okviru čiste i umerene sistemfunktionalne krivičnopravne postavke, degradira čovek, ljudsko biće.⁹⁴⁹ Naime, svakako važi za sistemfunktionalne krivičnopravne koncepcije, koje pretpostavke kažnjivosti definišu isključivo preko potreba celokupnog

⁹⁴³ O tehniciziranju kao načinu neadekvatnog prevazilaženja apsolutnih teorija o svrsi kazne se jasno određuje Pihler, zaključujući da u meri u kojoj se kazna instrumentalizuje u vidu mita o njenoj velikoj ulozi u odnosu na prestup (pa i šire), instrumentalizuje se i čovek. Bežeći od mita čovek je upao u novi, „tehnicizirani“ mit! (Pihler, Kazna u mitu i mit o kazni, 1995, str. 271.) O tehniciziranju kao manifestnoj funkciji krivičnopravne dogmatike se izjašnjava i Schneider, Kann die Einübung in Normanerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten?, S. 327, 328. Na ovom mestu Schneider ističe da su, pored glavne funkcije, da iskolči područje kažnjivosti za individualnu izreku krivice i da time formulira suštinske pretpostavke zahvata, priznate i dalje funkcije, koje se svakako opet ne odnose na učinke odluke za društveni sistem. Bez zahteva za potpunosti ovde valja pomenuti „tehničku ili didaktičku funkciju“, kao i „savetodavnu i prethodnu funkciju“. Prva se odnosi na mogućnost poučavanja i učenja pravnog materijala, koja time obezbeđuje da se metodički prerade vodeće osnovne misli prava. Poslednja služi pripremanju zakonodavstva i pokazuje alternative za formuliranje i prilagođavanje zakonskih odredbi.

⁹⁴⁴ Tako Hegel, Prirodno pravo i državno pravo, § 57, str. 247.

⁹⁴⁵ Hegel, Osnovne crte filozofije prava str. 178. (§ 101).

⁹⁴⁶ Isto, str. 176. (§ 100)

⁹⁴⁷ Isto, str. 177. (§ 100)

⁹⁴⁸ Vidi o ovome isto delo, str. 177. (uz § 100) Hegel kasnije, naravno, ukazuje na javni karakter krivičnog delaa i kazne. (Vidi o tome isto delo, str. 182, 183. (§§ 102 i 103)

društva, da postoji opasnost da su izvan pažnje ostavile ustavnopravni fundament krivičnog prava, koji počiva na liku čoveka Osnovnog zakona (Ustava) i kulturnim predstavama zapada, i krivičnog učinioca degradirale na prosti objekt suzbijanja krivičnih dela.⁹⁵⁰ Međutim, prema našem mišljenju, to važi i za personfunktionalnu krivičnopravnu koncepciju.⁹⁵¹ Naime, s obzirom na veoma različite i široke iskaze tvorca personfunktionalne krivičnopravne koncepcije o problemu slobode volje, neophodno je razmotriti problem svrhe kazne, kao problem koji, u krajnjoj liniji, jasno korespondira sa određenim rešenjem problema slobode volje. Iako je na to napred već ukazano⁹⁵², na ovom mestu ističemo da, s jedne strane, svrha kazne koja se iscrpljuje u važenju normi, dakle u pozitivnoj generalnoj prevenciji, implicira determinističko rešenje problema slobode volje, a da s druge strane ideju odmazde kao reakcije na učinjeno zlo zamenjuje u potpunosti ideja korisnosti kazne koja se projektuje za budućnost. Na taj način se jasno kida veza između volje, koja stoji u osnovi slobode delanja učinioca i koja je činjenica iz prošlosti na koju se reaguje kaznom, i same kazne, koja se u ovoj konstelaciji odnosi isključivo na budućnost. S obzirom da personfunktionalna krivičnopravna postavka pored pozitivne generalne predviđa i pozitivnu specijalnu prevenciju kao svrhu kazne, smatramo da se time ovaj odnos volje i kazne nije promenio, veza među njima i dalje ne postoji, jer i pozitivna specijalna prevencija nema ništa s prošlošću. Tako, već na ovoj polaznoj poziciji je moguće s osnovom ustvrditi da personfunktionalna krivičnopravna koncepcija u svojoj suštini, s obzirom na predviđenu svrhu kazne, ne uzima u obzir problem slobode volje. To znači i da personfunktionalna krivičnopravna postavka zastupa tezu o irelevanciji slobode volje u odnosu na samu kaznu, njenu svrhu. Iz toga jasno proističe argument o degradaciji ljudskog bića, učinioca, od strane personfunktionalne krivičnopravne koncepcije.

Na drugom mestu, ovu degradaciju čoveka od strane personfunktionalne krivičnopravne koncepcije možemo jasno uočiti u njenom normativnom rešavanju problema slobode volje. Naime, ovo rešenje koje se naziva normativnom pristupačnošću (normative Ansprechbarkeit), jasno označava prenatlašenost trebanja u odnosu na bivstvo. Kada se uz ovo stavi i samo neznanje tvorca personfunktionalne krivičnopravne koncepcije (dakle, agnostičar je po ovom pitanju) o postojanju ili nepostojanju slobodne volje u socijalno-činjeničnoj ravni, sasvim je jasno da se ovaj normativni sklop o normativnoj pristupačnosti upravlja ka dekretiranju slobode volje, na prenatlašenost elementa trebanja.

Najzad, i to je treća noseća nit ovog funkcionalističkog koncepta, on na krivicu izričito nadovezuje važenje normi kao svrhu kazne. Ovo u sebi nedvosmisleno sadrži i ojačava prve dve noseće niti personfunktionalne krivičnopravne koncepcije. Tako, iza proklamovanih personfunktionalnih obzira čvrsto stoji sistemfunktionalna podloga ovog koncepta. I ovde već jasno dolazi do visokog stepena približavanja opšteg značenja personfunktionalne sa opštim značenjem čiste i umerene sistemfunktionalne krivičnopravne koncepcije. Naime, sistemfunktionalne postavke karakteriše tumačenje osnovnih pojmova krivičnog prava koje je orijentisano neposredno na potrebe sistema, to jest društva kao celine. Vodeća tačka gledišta ove sistemfunktionalne metodologije obrazovanja pojmova je „uvežbavanje u priznavanju norme“, koje se izvodi iz svrhe pozitivne generalne prevencije.⁹⁵³ Dakle, personfunktionalna krivičnopravna koncepcija nema u svojoj osnovi istinsku personalnu orijentaciju.

⁹⁴⁹ Ovu tvrdnju iznosim nasuprot tvrdnji Schneider-a, koji samo sistemfunktionalnim krivičnopravnim koncepcijama zamera za ovu degradaciju čoveka, dok personfunktionalnoj krivičnopravnoj koncepciji ne prebacuje za ovaj nedostatak. (Vidi o ovome: Schneider, Kann die Einübung in Normanerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten?, S. 343.)

⁹⁵⁰ Tako Schneider, isto, S. 343.

⁹⁵¹ Nasuprot našem stoji mišljenje Schneider-a, koji tvrdnju o degradaciji čoveka ističe i nadovezuje jedino na sistemfunktionalizam, dok za personfunktionalni koncept Krivičnog prava ističe da odgovara razumevanju čoveka kao bića koje je sposobno da zauzme stav prema svetu i da njegovo delanje teleološki orijentira. (Vidi isto delo, S. 343.)

⁹⁵² Vidi deo ovog rada koji se odnosi na problem slobode i slobode volje u okvirima vladajuće krivičnopravne koncepcije.

⁹⁵³ Tako Schneider, Kann die Einübung in Normanerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten?, S. 341.

Naprotiv, ona desubjektivizira slobodu i dehumanizira krivično pravo, pri čemu, isto kao i sistemfunkcionalne krivičnopravne koncepcije, u krajnjem ishodu degradira čoveka na prosti objekt suzbijanja krivičnih dela.⁹⁵⁴ Najopštije rečeno, ova koncepcija ne poštuje subjektivitet lica.

Ovo je, u okvirima personfunkcionalne krivičnopravne koncepcije, sprovedeno i u krivičnopravnoj dogmatici. Kao prvo, valja najpre razjasniti zasnivanje kazne prema ovoj krivičnopravnoj koncepciji. Prema personfunkcionalnoj krivičnopravnoj koncepciji, zasnivanje kazne sledi iz zahteva za njenom preventivnom neophodnošću i njenim ograničenjem pravednom merom krivice. Pri tome, pravedna mera krivice se razume tako, da kaznu, budući da ona sadrži lični prekor prema učiniocu, sam učinilac mora razumeti kao zasluženu, što je slučaj kada je ona pravedna i povezana sa krivicom učinioca, tj. nadovezana na krivicu i ograničena njenom merom.⁹⁵⁵ Ovde ukazujemo na dva nedostatka. Prvo, prema tvorcu personfunkcionalne krivičnopravne koncepcije, podsećamo, država nije ni sposobna ni ovlašćena da ostvari metafizičku ideju pravde. Tako ovo zasnivanje kazne nije principijelan način legitimiranja kazne. On je neosnovan. Drugo, ako se uzme, pak, u obzir individualno viđenje pravedne mere kazne, onda se ono svodi na subjektivno osećanje učinioca. Državnopravni poredak je, ipak, objektivan poredak. Zbog toga, ovako shvaćena pravda nije ispravno shvaćena, jer subjektivno osećanje učinioca ne može legitimno biti izvršteno u svrhu kazne niti korišteno u legitimiranju kazne. Stoga, sa punom težinom valja uzeti u obzir tek njegovu tvrdnju da država nije ovlašćena na izricanje kazne koja nije preventivno potrebna.⁹⁵⁶ Jer, prema ovoj koncepciji, iako se krivica odmeravanja kazne odnosi jedino na ličnost krivičnog učinioca i učinjeno delo, kazna koja tome sleduje ne treba da uravnoteži ili ukine krivicu, nego isključivo da razvije preventivnu korisnost. Kazna stoga svoj smisao ne nosi u sebi samoj, nego je ona „instrument u službi socijalnopolitičke svrhe“.⁹⁵⁷ Tako, personfunkcionalna krivičnopravna koncepcija načelno desubjektivizira pojedinca kome se izriče kazna. Izricanjem kazne bez uzimanja u obzir prošlosti je degradiran čovek. Jer na ovaj način se kazna ne svodi na osvetničku pravednost, kao reakciju na učinjeno delo.

Uz to, kao zadatak krivičnog prava u okvirima personfunkcionalne krivičnopravne koncepcije se određuje subsidijerna zaštita pravnih dobara.⁹⁵⁸ Tako, s obzirom na sve ostale karakteristike ove koncepcije, može se ovde istaći osnovna crta personfunkcionalne krivičnopravne postavke. Naime, prema njoj je krivično pravo pravo zaštite. Krivica je tako podređena preventivnoj zaštiti pravnih dobara. Ovo je izrazito deterministička crta u personfunkcionalnoj krivičnopravnoj koncepciji koja takođe ukazuje na nepoštovanje subjektiviteta čoveka. Pored toga, Pošto i ovde u proćelju stoji aspekt pozitivne generalne prevencije, adresat uticaja u formi kazne zbog umišljajnog svršenog delikta je u prvoj liniji „pravu odan građanin“, kome se razjašnjava potencijal rizika određenih načina ponašanja, i koji tako treba da se

⁹⁵⁴ Ovaj naš zaključak stoji u direktnoj suprotnosti sa zaključkom Schneider-a, koji sistemfunkcionalne postavke razlikuje od personfunkcionalne upravo po tome što, po njemu, degradaciju čoveka sadrže sistemfunkcionalne postavke, dok se personfunkcionalnoj postavci, po njemu ovo ne može prebaciti. (Isto, S. 343.) Naša tvrdnja se zasniva na obradi problema slobode volje od strane Dreher-a, koji za Roxin-ovo rešenje tog problema, u suštini ističe da je ono neadekvatno, jer se sloboda volje dekretira ustavom. (Vidi: Dreher, Willensfreiheit, S. 47.) I kada se uz neadekvatno rešenje problema slobode volje pridoda sistemfunkcionalna osnova koju ima personfunkcionalna krivičnopravna koncepcija, tada, smatramo i da ova personfunkcionalna krivičnopravna koncepcija, ovde posmatrano samo u načelnoj vizuri, sadrži degradaciju čoveka.

⁹⁵⁵ Tako Roxin, Strafrecht AT, S. 96.

⁹⁵⁶ Vidi isto delo, S. 96.

⁹⁵⁷ Tako misli Roxin-a prenosi Schneider, Kann die Einübung in Normanerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten?, S. 244. Reč je o tome, da, prema personfunkcionalnoj postavci, u ishodu kazna krivice u svakom slučaju ovako ili onako odgovara neophodnostima generalne prevencije usmerene na integraciju i umirivanje. A iz toga sledi i specijalpreventivna funkcija kazne krivice: Jer pošto je delinkvent sam član pravne zajednice, on će i sa svoje strane još najpre prihvatiti kaznu koju i zajednica oseća kao pravednu i biti pristupačan njenom apelu. (Tako prenosi Schneider, Isto, S. 245.)

⁹⁵⁸ Vidi isto, S. 14.

suzdrži od oponašanja dela. Time izostaje zaštita lica od pristupa krivičnog prava, koja može biti dostignuta personfunktionalno tumačenim kriterijumom umišljaja. No, to se u ovoj koncepciji ne čini, jer i na subjektivnoj ravni sud o uračunavanju je u suštini upravljen na normativne kriterijume. Usled toga postoji opasnost da se učinilac degradira na prost objekt posmatranja.⁹⁵⁹

Kada se izvrši uvid u pojam radnje koji zastupa ova postavka, sasvim jasno se uočava desubjektivizacija čovekove slobode u stepenu mogućnosti upliva normativnog, a tako i sistemfunktionalnog elementa kroz sam taj pojam. Iako se ovom pojmu iz personfunktionalnog ugla ne mogu staviti opravdani prigovori⁹⁶⁰, oni mu se mogu staviti iz principijelnog ugla. Reč je o tome, da tvorac personfunktionalne krivičnopravne koncepcije svoj personalni pojam radnje, kako je to na odgovarajućem mestu u ovom radu već predstavljeno, određuje kao „ispoljavanje ličnosti“ i izvodi iz određenja funkcije pojma radnje (osnovni, vezivni i granični element), posebno ističući da svoje bliže preciziranje pojam radnje dobija tek u kontaktu sa pravnim materijalom, to jest sa socijalnom životnom stvarnošću, smatrajući da tako uspeva da smisljeno usaglasi životnu stvarnost i ideju prava.⁹⁶¹ Stoga se za pojam radnje personfunktionalne krivičnopravne koncepcije i navodi da je on takođe i suviše rezistentan prema potpunoj apsorpciji od sistemfunktionalnih interesa.

Ipak, ovaj pojam radnje u pogledu problema slobode volje već u sebi i sam sadrži degradaciju čoveka. Naime, iako tvorac personfunktionalne krivičnopravne koncepcije, u pogledu radnje kao osnovnog elementa za sve pojavne forme deliktne ponašanja, pokušava da odustane od pojma „volje“ ili „odluke“, sa obrazloženjem da se ovaj neposredno može staviti u odnos sa umišljajnim ostvarenjem delikta i da je najmanje nerazumljiv za nehatno učinilaštvo⁹⁶², on se ipak, u jednom aspektu osvrće na volju u pojmu radnje. Naime, prema njemu, radnja je ponajpre sve što se nekom čoveku može dodeliti kao duševno-duhovnom akcionom centru.⁹⁶³ Ovo po njemu, između ostalog, nedostaje kod ispoljavanja koja koja nisu ovladana ili ovladiva voljom i svešću i stoga nisu označena kao ispoljavanja ličnosti, koja ne bi mogla biti uračunata duševno-duhovnom sloju „ličnosti“.⁹⁶⁴ Pri ovakvom određenju, volja nije samo spomenuta, nego je načinjeno razlikovanje između ispoljavanja ličnosti koja su „ovladiva“ i onih koja su „ovladana“ voljom. Osim terminološke, može se uočiti i značajna značenjska razlika između ovladivosti i ovladanosti voljom. Pri tome, prvi termin, ovladivost, je znatno širi. Jer, on radnju karakteriše od spolja, sa objektivne tačke gledišta. Takođe, ovladivost se odnosi na potenciju, a ovladanost na odnos subjekta i radnje u samom aktu, u činu. Ne mora svako voljom ovladivo ispoljavanje ličnosti biti istovremeno i voljom ovladano. S obzirom da ova dva različita elementa pojma radnje, a koji se odnose na njenu bitnu crtu, na njenu voljnost, tvorac personfunktionalne krivičnopravne koncepcije alternativno predviđa i izjednačava po svom smislu, bez jednoga ili bez drugoga nema radnje, očigledno je da mu je i širi pojam dovoljan za postojanje radnje. Stoga, sama razlika od ovladanosti, kao termina užeg značenja, do ovladivosti, spada ipak samo u ovaj drugi pojam. Jer, taj termin ovladivosti značenjski pokriva prvi

⁹⁵⁹ Tako Schneider, Kann die Einübung in Normanerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten?, S. 282, 283.

⁹⁶⁰ U ovom smislu vidi: Schneider, Kann die Einübung in Normanerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten?, S. 268.

⁹⁶¹ Tako Schneider, isto, S. 262, 263. Schneider ističe da Roxin-ov personalni pojam radnje predstavlja produkt specifičnog kulturnonaučnog obrazovanja pojma. Iz perspektive vrednosnih ideja, to jest od funkcija koje treba da preuzme pojam radnje određene komponente socijalne životne stvarnosti se uzimaju u obzir i pojmovno obuhvataju. Uz ovo valja napomenuti da Roxin ističe, da se kod njegovog pojma radnje radi o normativnom pojmu. On je normativan, pri čemu kriterijum ispoljavanja ličnosti od početka označava odlučujući aspekt ocene o kome se ovde pri ispitivanju radnje pravno radi. On je normativan i utoliko, ukoliko se on u graničnim područjima zaustavlja na pravnoj odluci koja odgovara ovim tačkama gledišta vrednovanja. (Roxin, Strafrecht AT, S. 270.)

⁹⁶² Tako Schneider, isto, S. 265.

⁹⁶³ Tako Roxin, Strafrecht AT, S. 256.

⁹⁶⁴ Isto, S. 256.

termin, ovladanosti voljom. Međutim, značenjski, on ga i prevazilazi, ima širi obuhvat. Jer, svako ispoljavanje ličnosti koje je ovladivo voljom nije u svakom slučaju i ovladano voljom. Stoga, ova ispoljavanja ličnosti, koja su kao voljom ovladiva ipak ostala voljom neovladana, predstavljaju sferu područja sumnjive legitimnosti u pojmu radnje tvorca personfunkcionalne krivičnopravne koncepcije. Ta je sfera praktično desubjektivizirana. Drugim rečima, voljom ovladiva ali ipak voljom neovladana ispoljavanja ličnosti, prema tvorcu personfunkcionalne krivičnopravne koncepcije još uvek predstavljaju radnju, što smatramo da nije legitimno određenje ovog pojma.

Pored toga, nailazi se na tendenciju suprotnog smera u ovoj koncepciji, i to kada se personalni pojam radnje ove koncepcije posmatra iz ugla svrhe kazne. Prvo i osnovno je ovo upravljanje pogleda na budućnost. Učinilac se, prema tome, konsekventnim izvođenjem iz ovako određene svrhe kazne, kažnjava radi sprečavanja ponovnog izvršenja krivičnog dela i njegove resocijalizacije, kao i zarad potvrđivanja važenja normi, radi održanja pravnog poretka. Tako se ni ona preostala mogućnost, kada je u konkretnom izvršenju učinilac ovladao ispoljavanjem svoje ličnosti, ne uzima u obzir. Volja, a tako i slobodna volja i njeno postojanje u socijalno-činjeničnoj ravni postaju irelevantni kada se ovako određen pojam radnje posmatra iz perspektive svrhe kazne kao krajnje tačke smisla krivičnopravne ocene radnje. Ovo potpuno zanemarivanje volje sledi određivanjem svrhe kazne kao pozitivne generalne i pozitivne specijalne prevencije, dakle neutralisanjem tako volje učinioaca već u pojmu radnje. Uzgred, ovde treba napomenuti da se u tome nalazi, prema našem mišljenju, odlučujući razlog davanja prednosti socijalno-personalnom pojmu radnje. Jer, posmatrano sa aspekta svrhe kazne, irelevancija slobodne volje se proteže i na pojam radnje. Time, već u pojmu radnje nije uvažen čovekov subjektivitet.

Iz navedenih razloga, personfunkcionalna krivičnopravna koncepcija uopšte predstavlja neprihvatljivu podlogu za rešavanje, između ostalih, i problema pristanka oštećenog u krivičnom pravu. U pogledu rešavanja problema dejstva i zasnivanja dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu, personfunkcionalna krivičnopravna koncepcija tako nije pogodna da mu da zadovoljavajuću opštu podlogu, ali ni da ga u pojedinostima zasnuje poštujući pri tome zahtev za legitimnošću i pravnodogmatskom konsekventnošću.

Tvorac personfunkcionalne krivičnopravne postavke odbacuje diferenciranje na saglasnost koja isključuje biće dela i pristanak koji predstavlja osnov isključenja protivpravnosti.⁹⁶⁵ On je pobornik tzv. naprednog shvatanja prema kojem su saglasnost i pristanak izjednačeni u svom dejstvu, pri čemu se to dejstvo, u oba slučaja, iscrpljuje u isključenju bića dela.⁹⁶⁶ Ovo shvatanje je neprihvatljivo⁹⁶⁷, u suštini i posebno stoga što pravni poredak nije subjektivan, nego objektivan poredak.

Shvatanju pravnog dobra tvorca personfunkcionalne krivičnopravne koncepcije osnovano se upućuje niz primedaba, ali ovde je dovoljno istaći ona dogmatskopravne prirode. Neprihvatljivo je njegovo shvatanje pravnog dobra po baznom modelu, jer bi takvo određenje vodilo tome da bi lica koja nemaju sposobnost delanja ili lica kojima pravni poredak ne priznaje ovlašćenje na raspolaganje ostanu izvan domašaja krivičnopravne zaštite. Odnos volje imao i pravnog dobra je tako pravnodogmatski nedosledno rešen, i zbog toga je ovo rešenje neprihvatljivo.

⁹⁶⁵ O tome više vidi u delu III ovog rada, kao i u: istom delu Roxin-a, S. 544, 555..

⁹⁶⁶ O tome više vidi u ovom delu ovog rada, odeljak 3. d) i f), koji se tiče logike dejstva pristanka oštećenog u Krivičnom pravu.

⁹⁶⁷ Vidi o tome više u delu II ovog rada, kao i u odeljku ovog dela koji se odnosi na logiku dejstvs pristanka, kao i u prethodećem razmatranju učenja vladajuće krivičnopravne koncepcije.

Ono što je od značaja za dalje razmatranje, ovde možemo reći da je autonomija određena subjektivnim vrednostima, subjektivnim preferencijama pristajućeg, tako da je u pogledu ove njene sadržine ona nezavisna od objektivnog pravnog poretka. Pravni poredak treba samo da obezbedi uslove za ovako shvaćenu autonomiju. No, personfunkcionalna postavka o ovome očigledno ne vodi računa. Napred iznesen stav o slobodi volje kao normativnoj pristupačnosti je neprihvatljiv i kada je reč o rešavanju problema pristanka oštećenog u krivičnom pravu.

Dejstvo pristanka oštećenog u krivičnom pravu, prema ovoj koncepciji, proizilazi neposredno iz ustavom garantovane slobode delanja.⁹⁶⁸ No, prema našem mišljenju, ovo nije dovoljno za ispravno zasnivanje dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu. Naime, s obzirom na shvatanje tvorca personfunkcionalne krivičnopravne koncepcije o problemu slobode volje, koje se svodi na prenaplašeni značaj normativnog aspekta, po šablonu normativne pristupačnosti (normative Ansprechbarkeit), kao i na druge nedostatke o kojima je u ovom radu već bilo reči, jednako kao i za učinioca, on za oštećenog u raspolaganju svojim pravnim dobrima slobodu volje dekretira ustavom. A to je, shodno napred iznesenoj kritici, neprihvatljivo jer je slobodna volja bitan činilac stvarnosti u državi i građanskom društvu. Stoga, kada je reč o raspolaganju pojedinca sa sopstvenim pravnim dobrima, ova koncepcija ne poštuje subjektivitet čoveka, jer u osnovu slobode delanja nije položena slobodna volja.

Sama konstrukcija tzv. naprednog shvatanja, prema kojem se dejstvo pristanka oštećenog u krivičnom pravu ogleda već u isključenju bića dela, pored navedenih neprihvatljivih određenja o pravnom dobru, njegovom pojmu i sadržini, proizvod je i svršne misli karakteristične za personfunkcionalnu krivičnopravnu koncepciju.⁹⁶⁹ Svršna misao se ne može prihvatiti uopšte, ali ni posebno u pojedinim slučajevima pristanka oštećenog. I ovde je argument za neprihvatanje sastoji u tome da pravni poredak je objektivian poredak. Njime se ne mogu slediti subjektivno posmatrane svrhe. Mesto subjektivnog elementa je sadržano upravo u pravu čoveka na samoodređenje i u njegovom stvarnom samoodređenju, u slobodi njegove volje. Ono sadrži subjektivian poredak vrednosti. Pravni poredak je pak objektivian poredak vrednosti.

Najzad, rešenje personfunkcionalne krivičnopravne koncepcije koje se odnosi na mane volje kod pristanka odnosno na prevarom proizveden pristanak je prevaziđeno od strane shvatanja prihvaćenog kao vladajućeg za rešenja ovog problema.⁹⁷⁰ U suštini, prema toj kritici, rešenje problema prevarom proizvedenog pristanka od strane tvorca personfunkcionalne krivičnopravne koncepcije je neprihvatljivo zbog toga što ono meša predmet zaštite i ovlašćenje na raspolaganje.⁹⁷¹ No, ovom shvatanju se prigovara i to, da ono, u suštini, nije razvijeno od teoretske baze koja se prihvata od osnovnih misli o pristanku, nego su pri iznalaženju rezultata normativni, kriterijumi odlučujući.⁹⁷²

Pri analizi njegovih pojedinih obrazloženja se ispostavilo da argumentacija nosi suviše široku zaštitu autonomije, pošto ono njegovim izuzecima sugerise prema odnošenju mane volje na pravno dobro. Tvorac personfunkcionalne krivičnopravne koncepcije kao zastupnik personalnog učenja o pravnom dobru time konačno ne može da zadovoljavajuće objasni zašto i kako se sloboda delanja pristajućeg mora odnosno može smisleno ograničiti. Rešenje stoga deluje neiskreno.⁹⁷³

⁹⁶⁸ Tako Roxin, Strafrecht AT, S. 546,

⁹⁶⁹ Roxin svršnu misao primenjuje u svim slučajevima pristanka, posebno se osvrćući na krivično delo telesne povrede, kao delo sa ograničenom mogućnošću pristanka u slučajevima protivnosti moralu. (Vidi: Roxin, Strafrecht AT, S. 558-568.)

⁹⁷⁰ O tome više vidi u izlaganjima rešenja vladajuće krivičnopravne koncepcije.

⁹⁷¹ Ovu kritiku ističe, kao što je to napred i navedeno, Knu Amelung, Willensmängel, S. 25-30.

⁹⁷² Tako Rönnau, Willensmängel, S. 318.

⁹⁷³ Tako Thomas Rönnau, Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, S. 318, 319.

U celosti ostaje kritika koja se odnosi na posebno normativno davanje oblika odlukama o pristanku i posebno se odnosi na obrazloženje daljeg merila delotvornosti, kao i na razumevanje „autonomije“ i „samoodređenja“ od strane personfunkcionalne krivičnopravne koncepcije.⁹⁷⁴

Prvo, tvorac personfunkcionalne krivičnopravne koncepcije nije obrazložio, zašto mu je pored autonomije pristajućeg koja se odnosi na dobro, koju zakonodavac štiti u okvirima objektivnih granica pristanka određenim u §§ 216 (krivično delo ubistva na zahtev), 228 (krivično delo telesne povrede) nemačkog KZ, potrebno dalje merilo (delotvornosti) odnosno dalja instanca da bi razlikovao delotvorne od nedelotvornih pristanaka.⁹⁷⁵ Time nastaju frikcije i zategnutosti između odnosnih delova dogmatike koje nisu mogle biti pokrivena i već uopšte ni prevladane uz pomoć normativnog merila. Teško se može razumeti kada se tvorac personfunkcionalne krivičnopravne koncepcije okreće protiv neke „suverenosti uma“ koju pravni poredak sebi ne bi smeo prisvojiti uzimanjem u obzir „stvarnog dobra“ nosioca pravnog dobra⁹⁷⁶ i istovremeno pod tačkom gledišta „bilo kog umnog pacijenta“ ograničava krivičnopravno relevantne mane volje.⁹⁷⁷ Prema našem mišljenju, ovo je karakteristika delotvornosti pristanka koja ukazuje na ugroženost autonomije. Jer za delotvornost pristanka se od ove koncepcije zahteva da je u skladu sa umom koji je za pristajućeg spoljašnji. Njegove lične preferencije tako gube značaj za delotvornost pristanka. Kada se ozbiljno uzme autonomija imaoca dobra zaštićena u formi individualnih pravnih dobara i takođe pristanak shvati kao instrument samovoljnog zadovoljenja interesa i odelotvorenja slobode, mnogo govori za to, da se svaka zabluda uslovljena prevarom, koja je postala kauzalna za pristanak, prizna kao razlog nedelotvornosti.⁹⁷⁸ No, normativna merila u rešenju personfunkcionalne krivičnopravne koncepcije to sprečavaju.

Drugo, ovo rešenje ima i suštinske nedostatke, jer se u njemu ne definišu pojmovi „autonomije“ i „samoodređenja“ koji su fundamentalni za određenje merila delotvornosti pristanka, ne izlaže otvoreno svoje razumevanje ovih centralnih pojmova. Na taj način svrha koju prevareni pristajući sledi sa svojom predajom pravnog dobra i koju ne ostvaruje zbog intervencije (uzrokovanjem mana volje kod pristajućeg) učinioca i suviše lako izlazi iz vida pri ispitivanju delotvornosti pristanka. Umesto toga, obrazuju se grupe slučajeva i o pitanju uvaživosti prevarom dobijenog pristanka se pre intuitivno odlučuje prema pravnom osećaju u pogledu na najpristupačnije moguće primere.⁹⁷⁹ Ovde se upotrebljava kazuistika koja se ne

⁹⁷⁴ Ovu kritiku daje Rönnau u istom delu, S. 312-316.

⁹⁷⁵ Tako Rönnau u istom delu, S. 312, 313.

⁹⁷⁶ Ovu misao Roxin izražava u: Roxin, Strafrecht AT, 1997, S. 465. Na tu misao poziva se i Rönnau u svom istom delu, S. 313.

⁹⁷⁷ Tako Rönnau, isto, S. 313. Ovu protivrečnost Roxin-ovih misli Rönnau uočava suprotstavljanjem Roxin-ovih navoda iz dela iz prethodne beleške i onih navedenih u: Roxin, Die durch Täuschung herbeigeführte Einwilligung im Strafrecht, S. 289. Naime, na ovom mestu Roxin se izjašnjava na način, da bi zabluda o pratećoj okolnosti (reč je o tome da lekarski zahvat izvrši pripravnik, na šta je pacijent pristao pošto je bio u zabludi, pogrešno smatrajući da se radi o lekaru, dakle u zabludi o svojstvu lekara) mogla isključiti delotvornost pristanka samo tada, kada ovaj zbog pogrešne predstave više ne bi bio izraz slobode delanja pacijenta. Ali to se ne može reći. Jer pošto ne zavisi od samovoljnog nahodjenja prevarenog, nego zavisi od normativne ocene da li neka pogrešna predstava pristajućeg dopušta da predaja pravnog dobra još predstavlja slobodno raspolaganje ili ne, morale bi biti nevažive zablude koje su bez značenja za donošenje odluke bilo kog umnog pacijenta. To postoji samo, ali i uvek, tada, kada je stručnost zahvata nezavisno od lica koje ga vrši. Ovo Roxin-ovo postupanje sa pojmom autonomije primećuje i Amelung. Naime, prema Amelung-u, ovo obrazloženje daje dalji primer za Roxin-ovo čudno postupanje sa pojmom autonomije. „Sloboda delanja“ prema citiranoj rečenici dolazi do izražaja samo u takvim pristanacima koji ne proističu iz „samovoljnog nahodjenja“, nego se mogu vršiti od „umnog pacijenta“. Time bi se na slobodu mogao pozvati samo onaj ko se pokori nalogu nekog uma zadatog od treće strane. To je tumačenje pojma slobode za koji sigurno u evropskoj istoriji od prosvetljenosti nema uzora sa kojim bi se Roxin hteo identificirati. (Tako Amelung, Willensmängel, S. 63.)

⁹⁷⁸ Tako Rönnau, Willensmängel, S. 313.

⁹⁷⁹ Isto, S. 313, 314.

može zasnovati iz strukture pristanka.⁹⁸⁰ To naročito upečatljivo dokazuju izvođenja tvorca personfunktionalne krivičnopravne koncepcije za prevare o altruističkim postavljanjima svrha, koje, pošto su na krivičnopravno relevantan način štetne za autonomiju, on stepenuje kao razlog zasnivanja kažnjivosti.⁹⁸¹ Ovde se normativno merilo, koje konačno treba da bude odlučujuće za priznanje nekog pristanka kao delotvornog ili nedelotvornog, izjednačuje sa pravnim osećanjem posmatrača (naučnika koji se bavi krivičnim pravom, krivičnog sudije itd.).Opravdanje instance izvan imaoca dobra, da obavezujuće utvrdi svrhe upotrebe pravnog dobra koje treba krivičnopravno štititi, nije obrazloženo od strane tvorca personfunktionalne krivičnopravne koncepcije.⁹⁸² Na ovaj način, ovde se autonomija nelegitimno sužava tako što se umesto subjektivnih preferencija pristajućeg postavlja objektivni spoljašnji kriterijum umnosti pristanka.

Iako ovo nije jedini primer normativnog rešavanja problema mana volje kod pristanka od strane tvorca personfunktionalne krivičnopravne koncepcije⁹⁸³, smatramo da je dovoljno na njemu se zaustaviti i ukazati na to, da ovakvim rešavanjem problema, naročito nedostatkom definisanja pojma autonomije, ne može da se vidi dogmatski ubedljiva argumentacija koja bi bila izvedena iz osnovnih misli o pristanku kao instrumentu očuvanja interesa imaoca dobra. Naprotiv, u ovom rešenju subjektivno polje autonomije je napušteno, dok se od spolja, normativnim kriterijumima određuje da li ona sadrži nedostatak usled čega bi sam pristanak „trebao“ biti delotvoran ili nedelotvoran. Smatramo da na ovaj način personfunktionalna krivičnopravna koncepcija tako degradira čoveka i u slučajevima njegovog postupanja sa pravnim dobrima čiji je on nosilac.

Iz izloženog proizilazi da se personfunktionalna krivičnopravna koncepcija obrazuje na osnovi koja je ispunjena potrebama sistema. Neosnovano se napušta ideja pravde, što je uočljivo određenjem svrhe kazne kao pozitivne generalne i pozitivne specijalne prevencije i napuštanjem odmazde kao svrhe kazne. U pogledu rešenja problema slobode volje, izražena je deterministička crta ove koncepcije koja vodi nepoštovanju subjektiviteta lica. Ona znači degradaciju čoveka. Prvo, to je uočljivo kod samog sklopa normativne pristupačnosti (normative Ansprechbarkeit), jer u tom sklopu je uloga trebanja prenaplaštena u odnosu na bivstvo. Drugo, određenje svrhe kazne kao pozitivna generalna i pozitivna specijalna prevencija, čini jasnim da ova koncepcija na taj način za svrhu kazne čini irelevantnim delo učinjeno u prošlosti. Svrha kazne je upravljena isključivo na budućnost, na održanje pravnog poretka i resocijalizaciju učinioca. Sloboda volje učinioca je tako irelevantna za kažnjavanje. Na taj način i generalnopravna zaštita pravnih dobara, kao zadatak krivičnog prava određen od ove koncepcije, čini krivično pravo pravom zaštite, ne i pravom krivice. Ovo preventivno određenje svrhe kazne, u krajnjoj liniji, čini nelegitimnim i personalni pojam radnje koji daje ova koncepcija. Kada ova koncepcija kroz svrhu kazne pogled upravlja isključivo na budućnost, tada je jasno i da je slobodna volja irelevantna i za sam personalni pojam radnje. Stoga, i ovaj pojam je nelegitiman i kao takav neprihvatljiv. I u njemu, ne poštuje se subjektivitet lica.

⁹⁸⁰ Isto, S. 314.

⁹⁸¹ Tako Rönnau u istom delu, S. 314. Reč je o primeru koji Roxin obrađuje, a u kome odluka o pristanku majke, koja na osnovu prevare ne može postići svrhu svog darivanja rožnjače (otklanjanje slepoće ćerke), treba biti nedelotvorna, jer se kod nje radi o „žrtvi dostojnoj sažaljenja“, koja bi Krivičnim pravom bezuslovno morala biti zaštićena protiv „prepredenih napada takve vrste“. Po viđenju Roxin-a bilo bi „cinično“ tvrditi da je prema pravnim merilima telesni zahvat pokriven voljom nosioca pravnog dobra. (Tako Rönnau navodi Roxin-ov primer). Za iscrpniji prikaz vidi: Roxin, Die durch Täuschung herbeigeführte Einwilligung im Strafrecht, S. 280.

⁹⁸² Tako Rönnau, Willensmängel, S. 314.

⁹⁸³ Dalje primere navodi Rönnau u istom delu, S. 315-318.

Iz razloga dogmatskopravne nedoslednosti, neprihvatljivo je i napredno shvatanje koje zastupa ova koncepcija, te je tako pravnodogmatski nedosledno i izjednačenje ove dve različite normative situacije koje se ogleda u njihovom jedinstvenom dejstvu isključenjem bića dela. Odnos volje imaoca i samog pravnog dobra, kada se shvati po baznom modelu, neprihvatljiv je iz pravnodogmatskih razloga, jer bi na taj način ostali nezaštićeni nesposobni za delanje i oni kojima je pravni poredak oduzeo ovlašćenje na raspolaganje nad sopstvenim pravnim dobrima. Za problem slobode volje oštećenog važi isto kao i za učinioca, time nije ispoštovan subjektivitet lica ni kada se ono stavi u poziciju pristajućeg oštećenog. U tom smislu je nelegitimno rešenje dejstva pristanka po ovoj koncepciji. Slobodna volja nije smeštena u osnovu slobode delanja, nego se ona dekretira ustavom. Osnove neprihvatljivosti rešavanja problema mana volje kod pristanka od ove koncepcije se iscrpljuju u tome da ona meša predmet raspolaganja i ovlašćenje na raspolaganje, ali i u tome da su normativni kriterijumi odlučujući. Pri tome, ne samo da ova koncepcija ne daje pojam autonomije, nego ga nelegitimno i sužava, u nekim slučajevima, jer delotvornost pristanka čini zavisnom od spoljašnjeg objektivnog uma. Stoga, ova koncepcija ne poštuje subjektivitet lica ni u pogledu na njegovo raspolaganje sa svojim dobrima.

3.5.3.4.2 Razlozi neprihvatljivosti personalno orijentisane krivičnopravne koncepcije zasnovane na baznom modelu odnosa volje imaoca dobra i samog pravnog dobra

U pogledu ove krivičnopravne koncepcije ovde se ne operiše sa svim njenim krivičnopravnim rešenjima.⁹⁸⁴ Ipak, i pored toga, sasvim se jasno u njoj uočavaju bitni elementi koji se odnose na rešenja vezana za institut pristanka oštećenog u krivičnom pravu.⁹⁸⁵ S obzirom da su svi bitni momenti koji se odnose na dejstvo i zasnivanje dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu u ovom radu već obrađeni, na ovom mestu se samo, u najsazetijem vidu, ukazuje na rešenja ove koncepcije, koja su istovremeno i razlozi njene neprihvatljivosti. Pored toga, sažeto, predstavlja se i rešenje problema mana volje kod pristanka od strane ove koncepcije, kao i razlozi neprihvatljivosti i ovog njenog rešenja.

Najpre, ukazujemo na to da se po ovoj koncepciji pravno dobro pojmi kao realno dobro⁹⁸⁶, što je svakako ispravno rešenje. Dakle, ono je legitimno i pravnodogmatski dosledno sprovodivo. Svakako, pravno dobro se shvata kao personalno. Dakle, prema ovom shvatanju, zaštita se jamči već na ravni pravnog dobra stoga jer pojedinom licu, kojem je dodeljen konkretan predmet, trebaju biti garantirane celokupne mogućnosti delanja. krivično pravo polaže dakle zaštitni zid oko predmeta, da bi ovaj neoštećen stajao na raspolaganju za kasnije dispozicije.⁹⁸⁷ I samo to personalno shvatanje je u neku ruku korektno i saglasno je sa većinskim shvatanjem pravnog dobra kao personalnog u samoj nauci. Međutim, ovim nije samo

⁹⁸⁴ Celokupna krivičnopravna koncepcija Rönnau-a nam nije bila dostupna, nego samo rešenja koja se odnose na neke osnovne probleme koji se tiču pristanka oštećenog u Krivičnom pravu uopšte i mana volje kod pristanka posebno.

⁹⁸⁵ Ove elemente bitne za problem dejstva i zasnivanja dejstva pristanka oštećenog u Krivičnom pravu sadrži delo: Rönnau, Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001.

⁹⁸⁶ Rönnau, Willensmängel, S. 90. Ovde ukazujemo na to da Rönnau ovde ne raspravlja specijalno o pravnom dobru kao ideelnom ili realnom pojmu. Međutim, to da se on opredeljuje za realni pojam pravnog dobra vidi se iz osnovne misli koju sažeto daje za bazni model. Naime, deo ove misli u kome se, prema našem mišljenju, spoznaje opredeljenje za realni pojam pravnog dobra glasi: „Od Krivičnog prava zaštićeni, t. j. od krivičnog zakonodavca kao stanje stvari pozitivno ocenjeni i krivičnim normama – delom samo fragmentarno – osigurani, bivaju najpre predmeti (spoljnog sveta) u svojoj materijalnoj ili ideelnoj formi, dakle instrumenti personalnog razvoja (stvari, telo, kućno pravo itd.)

⁹⁸⁷ Isto, S. 90.

skicirano personalno shvatanje pravnog dobra, nego je u njemu određen i stav o odnosu volje imaoca i predmeta koji čini to dobro. Radi se o baznom modelu pravnog dobra. Individualno pravno dobro tu predstavlja rezervoar za delanje njegovom imaocu, bazu za njegov personalni razvoj.⁹⁸⁸ Za njega, međutim, važi da ne ispunjava zahtev za pravnodogmatskom doslednošću u pogledu lica nesposobnih za samo delanje.⁹⁸⁹ Stoga, već ovaj pojam pravnog dobra je neprihvatljiva osnova zasnivanja dejstva i samog dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu. Pored toga, iz baznog modela se izvlači zaključak o tome da pristanak oštećenog u krivičnom pravu isključuje već biće dela⁹⁹⁰, pa je tako i ovaj zaključak o dejstvu pristanka neprihvatljiv, jer proizilazi iz neprihvatljivog shvatanja pravnog dobra po baznom modelu. Uz to, ni deo ovog shvatanja koji se odnosi na to da tvorac ovog shvatanja ne vidi načelne strukturne razlike između saglasnosti i pristanka⁹⁹¹ se ne može prihvatiti. Jer, sama činjenica da se dejstvo saglasnosti koja isključuje biće dela oslanja na ustavno načelo zakonitosti, a dejstvo pristanka zasniva se u drugim, dubljim materijalnopравnim korenima, ukazuje na to da su ova dva pravna instituta ne samo različito zasnovana u svom dejstvu, nego su time i različito strukturirana.

Nadalje, držimo za prihvatljive njegove osnove shvatanju autonomije. Naime, kao njegovo uporište tvorac ovog personalnog učenja uzima indeterminističku filozofsku osnovu.⁹⁹² I mane volje kod pristanka obrađuje tako da u centar stavlja pojam autonomije, jer mane volje posmatra kao slučajeve u kojima pristanak ne počiva na autonomnoj odluci pristajućeg,⁹⁹³ što je takođe zadovoljavajuće rešenje. Međutim, on kao „idealni“ odbacuje pojam autonomije koji autonomni pristanak opisuje kao odluku saglasnu sa vrednosnim sistemom pristajućeg.⁹⁹⁴ U realitetu uvek ima deficita znanja i socijalnih sila, zbog kojih bi se „idealni“ pojam autonomije morao posmatrati već kao mane volje, tako da bi se, na taj način, neka odluka teško mogla nazvati „autonomnom“.⁹⁹⁵ Ovo rešenje već stoga, i načelno, nije prihvatljivo.

Ukoliko se vratimo na same dogmatskopравne probleme, prema ovom pojmu autonomije, od ove krivičnopравne koncepcije postuliranog kao „relativan“ pojam autonomije, deficiti autonomije relevantni za delotvornost pristanka postoje samo tada, kada oni rezultiraju iz nemoralnog ljudskog ponašanja.⁹⁹⁶

⁹⁸⁸ Isto, S. 453.

⁹⁸⁹ Vidi o tome deo 2. b) ovog dela ovog rada.

⁹⁹⁰ Tako Rönnau, Willensmängel, S. 92, 93. i 143. i Rönnau, Die Einwilligung als Instrument der Freiheitsbetätigung, S. 598.

⁹⁹¹ Isto, S. 143, 144.

⁹⁹² Iako ovde nije uzeto u obzir celokupno Rönnau-ovo krivičnopравno učenje, a naročito se to odnosi i na problem svrhe kazne, može se sa velikim stepenom izvesnosti tvrditi da je reč o indeterminističkom stavu o problemu slobode volje, jer je uočljivo njegovo isticanje uloge Kanta u pravnoj tradiciji slobode, pa tako smatramo da to znači i njegovo oslanjanje na Kanta. (Vidi isto delo, S. 52.)

⁹⁹³ Tako Amelung, Buchbesprechung: Rönnau, Thomas: Willensmängel, S. 712. Za izvorno Rönnau-ovo shvatanje vidi u: Rönnau, Willensmängel, S. 200. i dalje.

⁹⁹⁴ Tako Amelung, isto, S. 712. Izvorno shvatanje glasi: Krivično pravo ima tako da uzme u obzir, da se pri samoodređenju prakticiranom na osnovu prirodno date ograničene baze znanja radi samo o nekom „(ostatku) slobode“, koja se u odnosu prema idealnoj slobodi svezajućeg nužno predstavlja kao relativna sloboda. (Vidi: Rönnau, Willensmängel, S. 220.) Ovde podsećamo da je, smatramo, ovaj Amelung-ov pojam autonomije, koji Rönnau odbacuje, saglasan sa vladajućim učenjem o pojmu autonomije i sadrži njegovo najšire moguće sadržinsko određenje. Kao takav, taj Amelung-ov pojam autonomije je prihvaćen i u ovom radu, naravno na normativnom planu.

⁹⁹⁵ Tako Amelung, isto, S. 712.

⁹⁹⁶ Tako Amelung, isto, S. 712. Termin koji Rönnau koristi, termin „unlauter Verhalten“, ranije u ovom radu je već preveden terminom „nemoralno ponašanje“, jer se njime koristi i u okviru rešenja čiste sistemfunktionalne koncepcije (Jakobs). U rečniku (Enciklopedijski nemačko-srpskohrvatski rečnik II, izradili prof. dr fil. Svetomir Ristić, prof. dr Jovan Kangrga, Drugo izdanje znatno prošireno i prepravljeno, obradio prof. dr Svetomir Ristić, Prosveta, Beograd, Max Hueber Verlag, München) se ovaj termin, ova nemačka reč (na str. 568. tog rečnika) „unlauter“ na srpski jezik prevodi sledećim terminima: nečist; crvljiv; neplemenit; koristoljubiv, samoživ; nedopušten. U skladu sa kontekstom u kome se ovaj termin koristi od strane Rönnau-a (prethodno i od strane Jakobs-a), kao pogodna za prevod smo smatrali dve reči iz srpskog jezika. To su reč „nepošteno“ i reč

„Drukčije formulirano: kao autonoman s tim valja stepenovati i pristanak, koji počiva na zabludama ili sili, ukoliko zahvatajući ne može biti učinjen odgovornim za prethodno pomenute faktore smetnje.“⁹⁹⁷ U praktičnom ovo ima za posledicu, da onaj ko u znanju nekog deficita znanja pristajućeg ošteti njegova pravna dobra, za ovo povređivanje ne odgovara, kada se pri ovome radi o zabludi o motivu za čije nastajanje zahvatajući ne snosi odgovornost. Ukoliko je pristajući naprotiv u zabludi „u odnosu na pravno dobro“, tada u znanju neke takve zablude zahvatajući ostaje kažnjiv, jer onaj, ko podleže zabludi koja se odnosi na pravno dobro, već uopšte nije izjavio pristanak.⁹⁹⁸

Prema našem mišljenju, ovde je, s načelne tačke gledišta, problematično i uvlačenje morala u pravo. Jer „nemoralno ponašanje“ samo nije popravljeno, nije pravom predviđen razlog za ocenu slučajeva mana volje kod pristanka. S druge strane, i sam pristanak je običajnopravne prirode, nije zakonom regulisan pravni institut, pa bi s te strane i moglo biti reči o uvlačenju morala u pravo za slučajeve mana volje kod pristanka.⁹⁹⁹ Ali, ipak se mora istaći njegova pravna, a ne moralna priroda. Pristanak je instrument odelotvorenja spoljašnje slobode, a ne unutrašnje slobode, on po prirodi stvari ima pravnu, ne moralnu prirodu, što bi opet govorilo o neosnovanom uvlačenju morala u pravo od strane ove personalno orijentirane krivičnopravne koncepcije. No, ako bi se i zanemario ovaj prigovor¹⁰⁰⁰, ističu se i drugi koji se tiču njegovih osnovnih odrednica, kao i pojedinih rešenja. Od njih su neki napred već istaknuti, dok se drugi prigovori niže navode.

Kao što je napred već navedeno, iz razloga dogmatskopravne nedoslednosti neprihvatljiv je pojam pravnog dobra po baznom modelu, ali je već iz načelnih razloga neprihvatljiv, već i sam relativan pojam autonomije, kojim se već od početka neosnovano sužava sadržina same autonomije. Pored toga, nesposobni za delanje uopšte nisu jedini problem ovog personalnog učenja.¹⁰⁰¹

Kao značajna načelna primedba se ističe, da se tvorac ove personalno orijentirane postavke postavlja manje direktno prema problemima koji proističu iz interaktivnog karaktera pristanka. Njegova teza, da bi se pristanak smeo posmatrati kao nedelotvoran samo tada, kada je na njega uticano nemoralnim ponašanjem nekog drugog, na tradicionalan način se postavlja najpre kod učinioaca, ne kod žrtve. Ovaj postupak krije opasnost da interesi pristajućeg nisu ili u svakom slučaju nisu potpuno obuhvaćeni, jer za to nije predviđena neka sopstvena stanica ispitivanja.¹⁰⁰²

Najzad, u pogledu na pojam autonomije, valja ovde istaći, da je po ovoj koncepciji njegova tačka odnošenja odluka o koristi-šteti, pri čemu pristajući subjektivne koristi žrtvovanog dobra postavlja niže od

„nemoralno“. Na kraju, ipak smo se odlučili za prevod prema ovoj drugoj mogućnosti, dakle za reč „nemoralno“ iz tog razloga, što se kasnija primedba na Rönnau-ovo rešenje odnosi upravo na problem odnosa morala i prava i što po svom smislu obuhvata ovu terminologiju.

⁹⁹⁷ Tako Rönnau, Willensmängel, S. 263.

⁹⁹⁸ Tako Amelung, Buchbesprechung: Rönnau, Thomas: Willensmängel, S. 712.

⁹⁹⁹ Za ovu tematiku ima premalo mesta u ovom radu. Ovde se polazi od Kantovog odvajanja prava i morala (Vidi: Kant, Metafizika morala, str. 207.) onako kako je to prihvaćeno i u vladajućoj krivičnopravnoj koncepciji, ali i u njenom shvatanju pojma autonomije (Vidi: Bleckmann, Probleme des Grundrechtsverzichts, S. 58), o čemu je napred i bilo reči u okvirima predstavljanja vladajuće krivičnopravne koncepcije.

¹⁰⁰⁰ Uvidom u načelne zaključke Rönnau-a, moglo bi se doći i do zanemarivanja ovog prigovora, jer on autonomiju posmatra kao normativan pojam, pri čemu se može istaći da on koristi pretežno pravne kriterijume za merila relevancije mana volje u pogledu delotvornosti izjavljenog pristanka. Tako, gornji prigovor bi eventualno mogao ostati, i to samo kao prigovor načelne prirode. U konkretnim Rönnau-ovim rešenjima, njegov značaj je mali.

¹⁰⁰¹ Tako Amelung, Buchbesprechung: Rönnau, Thomas: Willensmängel, 491., S. 717.

¹⁰⁰² Tako Amelung, Buchbesprechung: Rönnau, Thomas: Willensmängel, S. 712.

time postignute dobiti.¹⁰⁰³ Iako ova misao ne odgovara za altruističke radnje¹⁰⁰⁴, smatramo da ona ima u vidu osnovnu crtu čoveka u građanskom društvu, njome je obuhvaćena suština delanja u građanskom društvu.

Iz načelnih pojmova pravnog dobra, shodnosti biću dela i autonomije se, od strane ove koncepcije, izvlače konsekvence i za slučajeve mana volje kod pristanka i ove primenjuju na grupe slučajeva koje su za to obrazovane.¹⁰⁰⁵ Pri tome, u njihovu ocenu se ovde ne ulazi, jer smatramo da je ova postavka sasvim dovoljno sagledana u odnosu na njenu načelnu prihvatljivost/neprihvatljivost.

U suštini, reč je prvo o slučajevima koji se odnose na slučajeve jednostavnih (samoproizvedenih) zabluda, koje su po ovoj koncepciji načelno uvažive samo kada se odnose na pravno dobro, jer tada već nedostaje informisani pristanak. Zablude koje se ne odnose na pravno dobro naprotiv načelno ne vode neuvaživosti pristanka, jer nije svaka pogrešna predstava realiteta već povreda autonomije i princip samoodgovornosti zahteva da se pristajući u svom području odgovornosti informira o svim faktima relevantnim za odlučivanje. Ovo treba da važi kada je prijemnik pristanka spoznao deficite znanja pristajućeg. Zablude o pratećim okolnostima pristanka su uvažive samo tada, kada one povisuju rizik za zaštićeno pravno dobro.¹⁰⁰⁶ Posebna pravila važe kada je zahvatajući garant, kao što je lekar u odnosu lekar-pacijent, jer on mora odstraniti mane volje pristajućeg i odgovara za umišljaj i nehat, kada ovo ne učini.¹⁰⁰⁷ Počiva li pristanak na prevari, tada je on uvek neuvaživ.¹⁰⁰⁸

Pri oceni uticaja pretnje i sile na delotvornost pristanka, ova personalna koncepcija se orijentira na prinudu u smislu § 240 nemačkog KZ, ograničavajući područje primene norme na „pravno priznatu slobodu“. Iz toga proističe da je pristanak iznuđen pretnjom sa propuštanjem, prema ovoj personalno orijentiranoj koncepciji, nedelotvoran samo kada je preteći bio obavezan na preduzimanje propuštene radnje.¹⁰⁰⁹

Ovde se samo načelno, u odnosu na ovu celokupnu koncepciju, sažimaju njene prihvatljive i neprihvatljive crte. Prihvatljiva je indeterministička osnova o problemu slobode volje, kao i okrenutost rešenja autonomije ka modelu koristi-šteta, jer korisnost je bitna crta građanskog društva. Neprihvatljiv je relativan pojam autonomije, jer ideja napretka kao ideja vodilja građanskog društva pruža argumentaciju za suprotan stav, za prihvatanje najšireg mogućeg pojma autonomije po svojoj sadržini, da pojedinac može činiti šta hoće. S druge strane, prihvatljivo je držanje pravnog dobra za realno dobro, dok bazni

¹⁰⁰³ Tako prenosi Amelung, isto, S. 717, 718.

¹⁰⁰⁴ Isto, S. 718.

¹⁰⁰⁵ O ovome vidi izvorno, Rönnau, Willensmängel, S. 410-451.

¹⁰⁰⁶ Ovaj i dalji prikaz Rönnau-ovih rešenja, ali i njihova kritika se oslanja na skraćeni prikaz i za nas bitan deo kritike koje daje Amelung, Buchbesprechung: Rönnau, Thomas: Willensmängel, S. 713, 714. Amelung daje primer za ove prateće okolnosti pristanka. Rönnau, po Amelung-ovim navodima, slučaj u kome pacijent nekom određenom hirurгу izjavi pristanak na operaciju, ali mesto ovog njegovog operiše drugi, ali jednako kvalificirani lekar, tada je ova mana volje uvaživa, jer u drugačijem slučaju „bi se individualnom pravnom dobru uzelo posebno značenje za razvoj slobode lica.“ (Tako Amelung u istom delu, S. 713, 714.)

¹⁰⁰⁷ Rönnau posebno ističe, isto kao što je i prema Amelung-u, dakle vladajućem shvatanju o ovom problemu, da ovo načelo važi i za zablude o motivu, dakle kao i za zabludu o vrsti bolesti koja se prebrodila sa operacijom. (Navedeno prema istom delu Amelung-a, S. 714.)

¹⁰⁰⁸ Ovo rešenje je isto kao i Amelung-ovo i važi i za prevare koje ne vode zabludi koja se odnosi na pravno dobro, pri čemu je razlog za ovo, da sa priznanjem principa autonomije kao osnova pristanka istovremeno mora biti priznato da krivičnopravna zaštita pravnih dobara nije samo zaštita stanja, nego isto i zaštita mogućnosti korišćenja nekog pravnog dobra. (Navedeno prema istom delu Amelung-a, S. 714.)

¹⁰⁰⁹ Tako Rönnau-ov stav prenosi Amelung u istom delu, S. 714.

model odnosa volje i imaoca dobra to nije, zbog svoje dogmatskopravne nedoslednosti. Uz to, dejstvo pristanka isključenjem bića dela nije ni legitimno ni pravnodogmatski dosledno. Pravni poredak je objektivn, a ne subjektivn, tako da se ovo rešenje ne može podržati ni u pogledu dejstva pristanka isključenjem bića dela. Sama pojedina konkretna rešenja su, kao istrgnuta od svoje podloge koju imaju u ovoj koncepciji, postala sastavni deo vladajućeg krivičnopravnog shvatanja o problemu mana volje kod pristanka.¹⁰¹⁰ Međutim, zbog navedenih načelnih nedostataka u rešenjima ove koncepcije, ona sama i načelno nije prihvatljiva.

3.5.3.4.3 Razlozi neprihvatljivosti teleološke krivičnopravne koncepcije

Teleološka krivičnopravna koncepcija¹⁰¹¹ zauzima specifičan, poseban stav o osnovnim problemima krivičnog prava, ali sadrži isto tako i posebno rešenje o dejstvu pristanka oštećenog u krivičnom pravu i njegovom zasnivanju.¹⁰¹² U stvari, iz vremenske perspektive pojavljivanja ove krivičnopravne koncepcije, i najopštije rečeno, namera tvorca ove krivičnopravne koncepcije nije u prvoj liniji plastično predstavlanje nekog kanoniziranog naučnog materijala, nego štaviše brižljivo širenje rezultata svojih sopstvenih misli. On pruža „novi lik sistema krivičnog prava“, od njega tako zvanu „teleološku sistematiku obeležja krivičnog dela“.¹⁰¹³

Teleološka krivičnopravna koncepcija¹⁰¹⁴ danas gotovo da nema svojih pobornika.¹⁰¹⁵ Centralnu figuru u tom učenju predstavlja specifična konstrukcija pravnog dobra. Naime, reč je o tome da se krivičnim delom povređuje zahtev za uvažavanjem koji potiče od pravnog dobra.¹⁰¹⁶ Dakle, radi se o ideelnom pojmu pravnog dobra, koji je, kao što je to na odgovarajućem mestu navedeno¹⁰¹⁷, napušten, te se stoga za ovo učenje gubi interesovanje. Prema tom shvatanju, merodavan vrednosni aspekt proističe iz autonomije ovlašćenog nad raspoloživim dobrima¹⁰¹⁸, a sposobnost uviđanja (shvatanja značaja dela) je osnov autonomnog raspolaganja nad dotičnim dobrima. Za autonomiju onoga koji raspolaže se ovde radi o tome, da je on sposoban da spozna suštinski sklop stvari.¹⁰¹⁹ No, bez obzira na ovu doslednost u stavljanju autonomije u prvi plan, dejstvo pristanka oštećenog u krivičnom pravu se ne može zasnivati na nečemu ideelnom, pa ni na ideelnom pojmu pravnog dobra. Pored toga, iz ovog rešenja je vidljivo i to, da ono

¹⁰¹⁰ O tome više vidi u: Kühl, Strafrecht AT, S. 257-261.

¹⁰¹¹ Vidi o ovoj krivičnopravnoj koncepciji udžbenik njenog tvorca: Eberhard Schmidhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, Zweite, neu bearbeitete Auflage, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1984.

¹⁰¹² Za osnove vidi isto delo u svojoj celokupnosti, ali i posebno za osnovne crte rešenja pristanka oštećenog u Krivičnom pravu vidi isto delo, S. 113-122.

¹⁰¹³ Tako Roxin, predstavljajući prvo izdanje Schmidhäuser-ovog udžbenika, u: Roxin, Ein „neues Bild“ des Strafrechtssystem, S. 369.

¹⁰¹⁴ Tvorac ove koncepcije je Eberhard Schmidhäuser, čiji osnovni stavovi su izraženi u njegovom udžbeniku: Strafrecht Allgemeiner Teil, Zweite, neu bearbeitete Auflage, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1984. Napred je predstavljen intencionalni pojam radnje koji zastupa teleološka krivičnopravna koncepcija, dok je ona manje iscrpno predstavljena među drugim krivičnopravnim koncepcijama shvatanja strukture krivičnog dela, koje se na odgovarajućem mestu ispred iscrpnije predstavljaju. Ovde podsećamo na to da je u ovoj koncepciji zastupljena trostepena struktura vrednovanja.

¹⁰¹⁵ Vredan pomena je Paul, koji se posebno bavio tematikom pristanka povređenog. Vidi: Paul, Zusammengesetztes Delikt und Einwilligung.

¹⁰¹⁶ Vidi napred u delu 2 a) ovog dela ovog rada.

¹⁰¹⁷ Vidi prethodnu belešku.

¹⁰¹⁸ Tako Schmidhäuser, Strafrecht AT, S. 114.

¹⁰¹⁹ Tako Schmidhäuser, isto delo, S. 120.

sadrži shvatanje o mogućnosti spoznaje istine kao suštinskog sklopa stvari. Najzad, u skladu sa svojim shvatanjem pravnog dobra kao ideelnog, prema stavu teleološke krivičnopravne koncepcije, pristanak oštećenog isključuje već biće dela, delovanje pokriveno pristankom oštećenog predstavlja „prividnu povredu pravnog dobra“.¹⁰²⁰ Dakle, ni ova konstrukcija, da se povređivanje uz pristanak povređenog smatra prividnom povredom pravnog dobra, nije ispravna. Tako određena logika dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu ne odgovara stavovima koji se uz opštu saglasnost zauzimaju o pravnom dobru uopšte, a ni u vezi pristanka posebno. Naime, ako se izvrši uvid u kritiku, dovoljno je uzeti u obzir da se pojam pravnog dobra teleološke krivičnopravne koncepcije, koja pojam pravnog dobra definiše kao „ideelno viđeno dobro, dakle od punovrednih stanja stvari polazeći zahtev za uvažavanjem“, naprotiv samo teško može usaglasiti sa zakonskom formulacijom § 34 nemačkog KZ. Neko takvo pravno dobro, koje se na taj način razume kao ideelno, se ne može kauzalno povrediti..¹⁰²¹ Pored ovoga, integracioni model pravnog dobra uopšte, pa i ovaj integracioni model odnosa volje imaoca i pravnog dobra teleološke krivičnopravne koncepcije posebno, ne može, nije sposoban da izdrži kritiku i stoga pati od nedostatka koji se najkraće može označiti kao pravnodogmatska nedoslednost.¹⁰²²

S druge strane posmatrano, ni osnove centralnog problema krivičnog prava, problema slobode volje, nisu u ovoj krivičnopravnoj koncepciji postavljene na odgovarajući legitiman način. Dakle, rešenje problema slobode volje tvorca ove krivičnopravne koncepcije je nelegitimno, ono se protivi osnovama i osnovnim principima građanskog društva. Ono je protivno i prema stvarnosti u tom društvu. Tvorac teleološke krivičnopravne koncepcije o problemu slobode volje zauzima poziciju sličnu onoj koju ima tvorca personfunktionalne krivičnopravne koncepcije.¹⁰²³ Naime, prema tvorcu teleološke krivičnopravne koncepcije, „krivičnopravna krivica je duhovno ponašanje koje povređuje pravno dobro... Ukoliko je ovo pitanje u pojedinom slučaju potvrđeno na osnovu momenata koji su gore navedeni (sposobnost za krivicu i subjektivna računljivost), tada je data krivica. O pitanju slobode volje u filozofskom smislu sa ovom tvrdnjom nikako nije zauzet stav.“ Tvorac teleološke krivičnopravne koncepcije, koji misli da je dovoljno, da se krivica pojmi u svojoj samostalnoj nevrednosti kao duhovno ponašanje, polazi od toga „da duhovno savršeni svoje ponašanje može upravititi prema objektivnim vrednostima“, ali objašnjava: “kako prema upravljanju pogleda vidimo istog učinioaca u istom delu ovde u slobodi, koju je on ostvario (i kažemo, on je trebao drukčije delati), i tamo ga vidimo upletenog u poreklo i životni put, koji ga je gonio na to delo (i kažemo, to uopšte nije moglo doći drukčije, nego da je ovaj čovek u ovoj situaciji učinio ovo delo).“ Pusti li ga se da stoji bez daljeg produbljivanja i zadovolji se time, da krivicu posmatra bez zauzimanja konačnog stava o pitanju slobode volje jedino kao „duhovno ponašanje kojim se povređuje pravno dobro“, tada pak ostaje otvoreno, da li se ovo ponašanje mora smatrati determiniranim ili ne. Ovo pitanje se ne može izbeći. Ono upravo nije prosto filozofsko, kako tvorca teleološke koncepcije smatra sa mnogim drugim juristima, nego za krivično pravo problem najvišeg aktualiteta. To pak upravo pokazuju i refleksije tvorca teleološke krivičnopravne koncepcije.¹⁰²⁴

Prema navedenom, uočljiv je metodski dualizam koji tvorca teleološke krivičnopravne koncepcije primenjuje kada je reč o problemu slobode volje u krivičnom pravu. Pozicija na kojoj on stoji u tom

¹⁰²⁰ Vidi o tome u istom delu Schmidhäuser-a, S. 114.

¹⁰²¹ Tako Schmidhäuser-ov pojam pravnog dobra kritikuje Rönnau, Willensmängel, S. 43, 44.

¹⁰²² Vidi o tome u odgovarajućem odeljku ovog dela ovog rada pod 2. b).

¹⁰²³ Tako Schmidhäuser-ov stav o problemu slobode volje iznosi Dreher, Willensfreiheit, S. 32. Dreher to Schmidhäuser-ovo stanovište iznosi i kritikuje u okviru iznošenja stavova agnostičara o ovom problemu, i zajedno ga sa tim stavovima, pa i njihovu kritiku, smešta u iste argumentacione okvire.

¹⁰²⁴ I ovaj deo odabira iz Schmidhäuser-ovih misli je ovde preuzet od Dreher-a, isto delo, S. 32. Naime, Dreher je očigledno pažljivo odabrao te misli, tako da je na osnovu njih, i iz ovog kratkog njihovog prikaza, sasvim jasan Schmidhäuser-ov stav o problemu slobode volje kao centralnom problemu Krivičnog prava.

pogledu veoma je slična poziciji tvorca personfunkcionalne krivičnopravne koncepcije. Naime, između trebanja i bivstva odnos je tako postavljen, da je sasvim izvesna prenatraglašenost uloga trebanja. Stoga, već na ovom prvom stepeniku ispitivanja rešenja problema slobode volje može se reći da teleološka koncepcija taj problem nije rešila na zadovoljavajući način. Uloga trebanja je čak toliko ojačana u odnosu na bivstvo, da se u kritici ovog shvatanja postavilo i pitanje o determinističkom karakteru tog rešenja. Ova prenatraglašenost trebanja već i sama po sebi je dovoljan razlog za tvrdnju o neprihvatljivosti ovog rešenja teleološke krivičnopravne koncepcije. No, ako se ovom rešenju teleološke krivičnopravne koncepcije priđe s druge strane, od problema svrhe kazne, tek tada bi se izvesno mogla potvrditi neprihvatljivost rešenja problema slobode volje od strane ove krivičnopravne koncepcije.

U pogledu svrhe kazne izjašnjenje tvorca teleološke krivičnopravne koncepcije je nedvosmisleno. Prema njemu, državna institucija kazne služi suzbijanju krivičnog dela – i ne eventualno proizvođenju pravde na zemlji ili omogućenju moralnih ostvarenja ispaštanja (ili čak izmirenju božanstva, kao što je to bilo doživljeno u ranom vremenu ljudskih društava).¹⁰²⁵ Tako tvorca teleološke krivičnopravne koncepcije, kao što se to čini i u personfunkcionalnoj postavci, prvo, napušta ideju pravde, dakle noseću ideju građanskog društva, a u tom kontekstu napušta i apsolutne teorije o svrsi kazne. Tako, tvorca personfunkcionalne krivičnopravne postavke staje na neprihvatljivu polaznu poziciju. Jer, ne samo što je pravda ideja koja predstavlja vrhovni princip građanskog društva i države, nego ona, kako je to napred i navedeno, stoji u upravnoj srazmeri prema slobodi. Stoga, i samo viđenje slobode u teleološkoj krivičnopravnoj koncepciji postaje problematično. U tom pogledu, već je konstatovana prenatraglašenost uloga trebanja u rešenju problema slobode volje koje daje ova krivičnopravna postavka.

Određujući svrhu kazne, s obzirom da napušta pravdu i apsolutne teorije o svrsi kazne, tvorca personfunkcionalne krivičnopravne koncepcije prelazi na relativne teorije, jer je na njih upućen, kao i na pitanje o svrsishodnosti kazne. Prema njemu, cilj koji je dostižan može pri tome biti samo da se kriminalitet drži u takvim granicama, da je moguć uspešan život zajednice (naročito biva zajamčen pravni mir).¹⁰²⁶ Smatrajući da se institucija kazne kao takva ne može pojmiti specijalno preventivno, on za svrhu kazne ne uzima ideju specijalne prevencije.¹⁰²⁷ Kao što je to i napred istaknuto, odbačena je i svaka apsolutna teorija o svrsi kazne. Tvorca ove koncepcije ističe da se opravdanje državne kazne može naći samo u saglasnosti sa opravdanjem same države, jer svaka državna zajednica je u svojoj unutrašnjoj egzistenciji upućena na to, da u slučaju nužde potisne protivnu volju pojedinca. Samo jer i ukoliko donekle uspešnom životu društva priznamo prednost umirenju zajedničkog života u interesu svih naspram sudbine pojedinca, samo stoga i utoliko – pravedna, umerena – kazna može biti opravdana kao nanošenje zla prema pojedincu. U pogledu na kažnjenog samog kazna kao institucija je besmislena (pošto ona po svojoj intenciji nanosi zlo bližnjem čoveku, ali u pogledu na društvo je smisljena (ukoliko samo njome u neophodnom obimu za zajednički život može biti dobijeno inače nedostižno umirenje društva). Time je istovremeno rečeno, da se u kazni od kažnjenog traži žrtva zbog mirnog zajedničkog života i da on utoliko biva „upotrebljen“ „kao sredstvo“ za svrhu za druge; po tome ova kazna može biti opravdana, kada žrtva leži u okvirima generalno preventivno neodrecivog. Neodreciva je ovde od početka samo u okvirima državne kazne relativno pravedna kazna, koja primereno reagira na krivicu učinioca i neophodna je da održi pravni mir.¹⁰²⁸ Kazna nesporno zadržava svoju sadržinu kao nanošenje zla; nagrađivanje za ometanja prava bi životu zajednice još više štetilo nego kazna.¹⁰²⁹ A kazna ostaje nanošenje zla, i ne može se

¹⁰²⁵ Schmidhäuser, Strafrecht AT, S. 17, 18.

¹⁰²⁶ Tako Schmidhäuser u istom delu, S. 18.

¹⁰²⁷ Vidi o ovome više isto delo, S. 19, 20.

¹⁰²⁸ Isto, S. 20, 21.

¹⁰²⁹ Isto, S. 21.

zameniti nekim postupanjem bez nanošenja zla.¹⁰³⁰ Ovo izjašnjenje tvorca teleološke krivičnopravne koncepcije očigledno i značajno menja pogrešan utisak o njenoj naklonjenosti pojedincu koji je dobijen na osnovu sličnosti sa personfunkcionalnom krivičnopravnom koncepcijom kod koje je njen oslonac u opštosti znatno bolje skriven, ali i na osnovu rešenja koja se odnose na dejstvo pristanka oštećenog u krivičnom pravu kako ga predviđa ova koncepcija, o čemu će kasnije biti reči.

U pogledu određene svrhe kazne, može se istaći da je ona isključivo generalna prevencija. Dalje, ona počiva na tri. funkcije kazne. Funkcija potvrđivanja prava se, u suštini, sastoji u potvrđivanju empirijskog važenja normi zajedničkog života i time pravne svesti društva, i to kroz socijalnopsihološko delovanje kažnjavanja kao pravednog reagiranja na nemoralno ponašanje i zavređenost kazne za to ponašanje.¹⁰³¹ Drugo je funkcija zastrašivanja, a treća funkcija kazne je funkcija tabuiziranja koju treba videti u tome da kršilac prava iz straha od kazne svoje krivično delo čini krišom i u pravilu se naknadno ne ispoveda o svojim povredama prava. U okviru ovih funkcija, jedino funkcija kazne koja se sastoji u zastrašivanju uvlači i kažnjelog učinioca.¹⁰³² Ali, može se reći, i tog pojedinca pored svih drugih pojedinačno uzetih članova te državne odnosno društvene zajednice. Stoga smatramo da je ovo beznačajno u pogledu značenja kazne za prošle događaje, pa i za krivično delo učinjeno u prošlosti, kao i za njegovog učinioca.

Iz navedenog određenja tvorca teleološke krivičnopravne koncepcije o svrsi kazne kao generalnoj prevenciji, njegovom prenatlašenom isticanju uloge trebanja u rešavanju problema slobode volje, kao i njegovom jasnom izjašnjenju o prednosti koju ima država-društvo u odnosu na pojedinca da se izvesti zaključak da i ova krivičnopravna koncepcija degradira čoveka. I to sasvim slično načinu na koji je to učinjeno u okviru personfunkcionalne koncepcije. Pri tome, uloga trebanja je na taj način u rešavanju problema slobode volje do te mere ojačana, da se sasvim opravdano postavlja pitanje o determinističkom karakteru ove koncepcije. U svakom slučaju, teleološka krivičnopravna koncepcija u sebi sadrži veoma snažno izraženu determinističku crtu. Stoga, njeno rešenje problema slobode volje je generalno neprihvatljivo.

Uvidom u određenje svrhe kazne uočljivo je jasno okretanje od čoveka i njegova degradacija ovakvim određenjem njene generalnopreventivne sadržine. Iz funkcije kazne o potvrđivanju važenja normi, izveden je zaključak o usmerenosti društva i pravnog poretka na sebe same, a tako i o „okretanju leđa“ čoveku kao pojedincu. Iz funkcije kazne kao zastrašivanja je jasno vidljivo degradiranje čoveka i dovoljno je i samo podsećanje na misao prosvetljenosti o ovakvom određivanju svrhe kazne.¹⁰³³ Najzad, prema našem mišljenju, samo tabuiziranje je kao mistifikacija prema građanima koja je stavljena u funkciju njihovog zastrašivanja, tako da je i ona ovde u službi degradiranja čoveka. To degradiranje čoveka se potvrđuje i samim smislom generalne prevencije koju teleološka krivičnopravna koncepcija drži za jedinu svrhu kazne. Ona je upravljena na budućnost, a ne na prošlost, na učinjeno delo. I na taj način, u stvari, ova koncepcija proglašava irelevanciju slobode volje i desubjektivizira slobodu, desubjektivizira delanje, a tako i čoveka.

¹⁰³⁰ Isto, S. 21.

¹⁰³¹ Tako Schmidhäuser, isto, S. 18.

¹⁰³² O ovome više vidi isto delo, S. 18, 19.

¹⁰³³ Feuerbachova teorija kazne zasniva kaznu na prijetnji i misli da ako neko uprkos njoj počini krivičnog dela, onda mora uslijediti kazna jer ju je krivičnog delaac ranije znao. Ali kako stoji sa pravednošću prijetnje? Ona ne pretpostavlja čovjeka kao slobodnog i hoće da izvrši prinudu predodžbom nekog zla. Ali pravo i pravednost svoje uporište moraju imati u slobodi i volji a ne u neslobodi kojoj se obraća prijetnja. Sa zasnivanjem kazne na ovaj način stvar stoji tako kao kad se na psa podiže batina, a čovjek se ne tretira po svojoj časti i slobodi nego kao pas. Ali prijetnja koja u osnovi može čovjeka pobuniti da svoju slobodu dokaže protiv nje, posve ostavlja po strani pravednost. Psihološka prinuda se može odnositi samo na kvalitativnu i kvantitativnu razliku krivičnog delaa, ne na prirodu krivičnog delaa samog, a zakonici, koji su možda proizišli iz ovog učenja, time su lišeni vlastitog fundamenta. (Hegel, Osnovne crte filozofije prava, str. 176.)

S obzirom na ove navode, može se s osnovom izneti tvrdnja da ovu čovekovu degradaciju teleološka krivičnopravna koncepcija ostvaruje već u svom intencionalnom pojmu radnje¹⁰³⁴, te je stoga i to određenje pojma radnje neprihvatljivo.

Očigledno je da navedena shvatanja bitno obeležavaju ovu krivičnopravnu koncepciju, kako u opštim pitanjima, tako i u rešenjima pojedinih krivičnopravnih problema. Pri tome, ističe se rešenje dejstva pristanka oštećenog. Čovek se od ove koncepcije degradira čak i u postupanju sa sopstvenim dobrima. Naime, smatramo da ono što na prvi pogled izgleda čoveku naklonjeno, u stvari i u suštini takođe degradira čoveka. Reč je ovde o samom određenju dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu od strane ove krivičnopravne koncepcije.

Prema teleološkoj krivičnopravnoj koncepciji, pravi se uobičajeno razlikovanje na saglasnost i pristanak.¹⁰³⁵ No, uprkos toj razlici, teleološka krivičnopravna koncepcija i za saglasnost, kao i za pristanak predviđa isto dejstvo. I saglasnost i pristanak, po ovoj koncepciji, isključuju već biće dela. Naime, kod saglasnosti se prati uobičajena logika njenog dejstva, da je reč o takvim bićima dela, u kojima se u opisu događaja iz bića dela volji učinioca protivstavljena volja žrtve pretpostavlja, dok je kod pristanka reč samo o prividnoj povredi pravnog dobra.¹⁰³⁶ Ovo bi, naravno, proizilazilo i iz idealnog pojma pravnog dobra, kao i iz integracionog modela odnosa volje imaoca i tog dobra. Međutim, zbog svoje pravnodogmatske nedoslednosti, ova konstrukcija nije prihvatljiva, tako da ni dejstvo pristanka oštećenog, koje se po ovoj koncepciji sastoji u isključenju bića dela, nema zadovoljavajuću pravnodogmatsku podlogu.

Najzad, ni rešenje problema mana volje kod pristanka koje daje ova koncepcija nije prihvatljivo. S obzirom da pristanak posmatra kao autonomnu predaju dobra, on pristanak priznaje samo toliko daleko, koliko pristajući zna pogođeni objekt i vrstu i težinu zahvata. Svako delanje učinioca koje prevazilazi ovo svesno raspolaganje pogođenog, je povreda njegove autonomije i odgovara tako bićima dela nepravna koja ovde dolaze u obzir. On pri tome priznaje da jasno razlikovanje zabluda, koje bi prevazišlo formalno razgraničenje, još nije iznađeno i pokušava da granice pojasni uz pomoć primera.¹⁰³⁷ S obzirom na to, ovo shvatanje bi se moglo svrstati među nerazvijena. Ono stoga podleže i kritici koja se odnosi na sva starija nerazvijena shvatanja o ovom problemu. Prvo, tim autorima ne uspeva da svoje učenje o manama volje postave na dogmatski ubedljivo zasnovanom fundamentu. Ukoliko se i ne smatra generalno da je pristanak zasnovan na zabludi, prevari ili sili nedelotvoran, kriterijumi uvedeni za diferenciranje ostali su nejasni i neodređeni. Drugo, centralni pojmovi kao što su „autonomija“ i „individualno pravno dobro“ uz pomoć kojih se tretira problem ostaju nedefinirani. Treće, u pozadini njihovih rasprava najčešće stoji težnja da se autonomija pristajućeg najviše moguće zaštiti, čime se suviše jako zanemaruje aspekt odgovornosti imaoca dobra za svoju voljnu odluku. Stoga nije ubedljiva ni ocena pristanaka koji počivaju na samoproizvedenim zabludama odnosno izavljeni su u situacijama u kojima zahvatajući i varajući/preteći nisu identična lica.¹⁰³⁸

¹⁰³⁴ Za ovaj pojam radnje vidi odgovarajuća izlaganja u delu IV 1. ovog rada.

¹⁰³⁵ Vidi o tome u: Schmidhäuser, Strafrecht AT, S. 15, kao i u: Schmidhäuser, Einwilligung, S. 593.

¹⁰³⁶ O tome vidi isto delo, S. 593 i dalje, naročito i u zaključnim napomenama i rezultatu ovog Schmidhäuser-ovog rada, S. 601, 602.

¹⁰³⁷ Tako Schmidhäuser-ovo rešavanje problema mana volje predstavlja Rönnau, Willensmängel, S. 274. Vidi i: Schmidhäuser, Strafrecht AT, S. 121. Ovi Rönnau-ovi navodi smešteni su u okviru prikaza učenja pre Arzt-a iz 1970 godine i koja se mogu naznačiti kao slabije razvijena. Gornji tekst odnosi se na problem zablude, ali ima jasan generalan prikaz Schmidhäuser-ovih stavova o problemima mana volje kod pristanka, pa je ovde iskorišćeno da te stavove razjasni s opštije pozicije.

¹⁰³⁸ Tako Rönnau, Willensmängel, S. 277, 278.

U odnosu na rešenja teleološke krivičnopravne koncepcije, najpre ističemo da ne predstavljaju prihvatljivu opštu strukturu, pa to ne mogu biti ni u pogledu usađivanja dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu. Ova koncepcija napušta ideju pravde u pitanjima svrhe kazne, napuštajući tako princip pravde kao osnovu građanskog društva. Pojam pravnog dobra je određen kao idealan pojam, a odnos volje imaoca i njegovog dobra se svrstava u integracioni model rešavanja ovog problema. Ova rešenja osnovnih problema vezanih za pravno dobro su pravnodogmatski nedosledna i stoga neprihvatljiva. Problem slobode volje takođe je neprihvatljiv. Ovo rešenje teleološke krivičnopravne koncepcije sadrži prenaplašenu ulogu trebanja u odnosu na bivstvo, kada se problem slobode volje posmatra iz perspektive metodskog dualizma. Sumnja u determinizam ove koncepcije, što je ovde dovoljno za utvrđenje nelegitimnosti njenih rešenja, potvrđuje se utoliko što se određenjem svrhe kazne isključivo kao generalne prevencije (zastrašivanja). To s jedne strane u ovu koncepciju utiskuje snažnu determinističku crtu. S druge strane, to je jasno i nedvosmisleno degradiranje čoveka. Stoga, kao nelegitimno i stoga neprihvatljivo možemo označiti rešenje problema slobode volje od strane teleološke krivičnopravne koncepcije. Kada se ova dva noseća stuba krivičnog prava na kojima se zasniva i dejstvo pristanka oštećenog stave u milje tog problema i njima pridoda snažna prevaga opštosti u odnosu na pojedinca, kako je to izričito određeno u ovoj krivičnopravnoj koncepciji, tada se ono što isprva izgleda naklonjeno pojedincu čini kao da ga degradira, i to u postupanju sa svojim sopstvenim dobrima. Dejstvo pristanka oštećenog u krivičnom pravu isključenjem bića dela se može protumačiti kao visok stepen nezainteresovanosti društva-države za interese pojedinca. Tako, pojedinac je degradiran i u postupanju sa sopstvenim dobrima. Naročito ako se uzme u obzir i neprihvatljiv deterministički stav teleološke krivičnopravne koncepcije o problemu slobode volje. Stoga, teleološka krivičnopravna koncepcija ne pruža ni legitimnu, a ni pravnodogmatski doslednu podlogu za ugnježđenje dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu. Pored toga, i samo rešenje dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu, kako je određeno od ove koncepcije ne zadovoljava ni zahtev za legitimnošću, kao ni onaj za pravnodogmatskom doslednošću. Najzad, njena rešenja problema mana volje kod pristanka su nerazvijena i kao takva omogućuju sumnju u njihovu pravnodogmatsku doslednost. Nedostaje čak i fundament tom rešenju.

4. DOGMATSKA STRUKTURA PRISTANKA OŠTEĆENOG

S obzirom da su u prethodnom delu ovog rada obrađena pitanja koja se tiču slobode u njenom vertikalnom zasnivanju, u njenom uspostavljanju u građanskom društvu-državi, preostalo je da se ovde prikaže dogmatskoppravna struktura, pretpostavke i granice tom već uspostavljenom vidu slobode postupanja sa sopstvenim dobrima kao slobode čije odelotvorenje nastupa pristankom pojedinca, oštećenog.¹⁰³⁹ Dakle ovde je reč o uređenju dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu kao instrumenta odelotvorenja slobode, dakle o dejstvu pristanka oštećenog u krivičnom pravu u horizontali. Pri tome, ovde se samo ukazuje na osnovna pitanja i probleme, kao i na njihova rešenja. Jer, ipak je u ovom radu prevashodna pažnja bila usmerena na probleme vezane za samo dejstvo i pre svega na zasnivanje dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu. Kako je legitimno i pravnodogmatski dosledno ugnježđenje dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu izvršeno u vladajućoj krivičnopravnoj koncepciji, to se i njegova dogmatska struktura pretežno daje onako kako je to prihvaćeno u okvirima vladajuće krivičnopravne koncepcije. Naime, sloboda i pravda su u tom delu, u vladajućoj krivičnopravnoj misli, uvaženi, što udovoljava zahtevu za legitimnošću tog rešenja, ali i zahtev za njegovom pravnodogmatskom doslednošću je, po vladajućoj koncepciji, ispunjen.

Zakonska osnova na kojoj počiva dogmatika pristanka je uska. Zakon ne sadrži nikakve pozitivne iskaze o osnovu i pretpostavkama pristanka, nego jedino njegove objektivne granice.¹⁰⁴⁰ Dogmatika pristanka je tako morala biti razvijena samostalno od sudske prakse i teorije i do danas je opterećena sa brojnim nesigurnostima.¹⁰⁴¹

Prema našem mišljenju, u prethodno pitanje dogmatike pristanka, ali ipak pravno pitanje, spada pitanje o samom predmetu pristanka, o tome da li se pristanak odnosi samo na posledicu umišljajnog posledičnog delikta ili i na samu radnju.¹⁰⁴² Naime, odgovorom na ovo pitanje se, od spolja gledano, daje oblik dogmatskoj strukturi pristanka. U njega se uvrštava ili izbacuje, pored pristanka na posledicu koji je izvestan predmet pristanka na koji se uvek računa u rešavanju dogmatskih problema pristanka, i problem da li je i radnja predmet pristanka. Ovde o tome navodimo mišljenje koje se danas može smatrati prihvaćenim. Naime, prema njemu, mnogo govori za to da se kod umišljajnih posledičnih delikata pristanak odnosi na posledicu shodnu biću dela. Jer, kod pristanka se radi o oblikovanju slobode pod svesnim (parcijalnim) žrtvovanjem dobra. Ali obuhvaćeni su i slučajevi u kojima se imalac dobra voljno uputio u stanje u kome – kao eventualno u boksterskoj borbi ili mačevanju – valja ozbiljno računati sa povređivanjima pravnog dobra. Odatle zahvatajući samorazumljivo ima da uvaži zadatke koje mu je pristajuću kao imalac pravnog dobra i ovlašćeni na raspolaganje odredio u odnosu na vrstu i način

¹⁰³⁹ Mezger takođe ukazuje na ova dva problema. Po njemu, učenje o pristanku u Kaznenom pravu ima da da odgovor na dva pitanja: na pitanje o obimu delotvornog pristanka i na pitanje o potrebnim pretpostavkama ovoga. (Mezger, Strafrecht AT, S. 106, 107.)

¹⁰⁴⁰ Tako Rönau, Voraussetzungen und Grenzen der Einwilligung, S. 665, 666.

¹⁰⁴¹ Isto, S. 666.

¹⁰⁴² O tome se raspravljalo, uz pridavanje ovom pitanju znatno većeg značaja, u starijoj literaturi. (Vidi: Robert Schrey, Der Gegenstand der Einwilligung des Verletzten, Schletter'sche Buchhandlung (Frank & Weigert), Breslau, 1928) U njoj su osnovna mišljenja o ovom pitanju podeljena na ona prema kojima je predmet pristanka: 1. posledica, 2. radnja, 3. radnja i posledica, 4. srednja mišljenja. (Vidi isto delo, S. 26-51.)

zahvatnog puta.¹⁰⁴³ Dakle, nesumnjivo glavni i osnovni je problem pristanka na posledicu i kao takav on će biti u centru pažnje ovog prikaza dogmatske strukture pristanka oštećenog u krivičnom pravu.

Dogmatsku strukturu pristanka oštećenog u krivičnom pravu, čine sledeći elementi: 1. Nosilaštvo individualnog pravnog dobra, 2. dispoziciono ovlašćenje pristajućeg, 3. forma i vreme pristanka, 4. sposobnost za pristanak, 5. mane volje kod pristanka, 6. znanje pristanka, kao i 7. pretpostavke saglasnosti koja isključuje biće dela.

4.1 Nosilaštvo individualnog pravnog dobra

Delom neposredno oštećeni može to delo samo opravdati pristankom, kada je on nosilac pravnog dobra koje je zaštićeno bićem dela ostvarenim od učinioca.¹⁰⁴⁴ Ova pretpostavka se, prema našem mišljenju, nalazi u središtu, u tački ukrštanja uspostavljanja i uređenja dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu. Ona je, pored slobodne volje nosioca pravnog dobra, uporište zasnivanju dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu, ali istovremeno i, zajedno sa slobodnom voljom pristajućeg nosioca pravnog dobra, osnovna pretpostavka njegovog dejstva na koju se nadovezuju i ostale pretpostavke.

Pri tome, treba da je u pitanju nosilaštvo odnosno imalaštvo individualnog pravnog dobra.¹⁰⁴⁵ Pristajući treba da je jedini nosilac individualnog pravnog dobra u pitanju.¹⁰⁴⁶

Univerzalnim pravnim dobrima zaštićenim bićima kaznenih dela koja služe isključivo interesima opštosti pristanak nije pristupačan. Ovde može – ako uopšte – jedino država izjaviti dissens u formi službenog odobrenja.¹⁰⁴⁷

Sporna je primena bića kaznenih dela koja štite više pravnih dobara od kojih je neko individualno pravno dobro i neko drugo je nadindividualno pravno dobro. S obzirom na to da se radi i o zaštiti nadindividualnih pravnih dobara, prema jednom mišljenju se poriče mogućnost opravdanja pristankom. Prema drugom mišljenju, koje je suprotstavljeno prvom vladajućem mišljenju, da se potpuno nepravo shodno biću dela ostvaruje tek povređivanjem drugog zaštićenog dobra za koje nije isključena protivpravnost, zauzima se suprotan stav, pošto ovo drugo dobro ima individualan karakter, njegovo povređivanje pristankom može biti opravdano. U ovakvim slučajevima iz toga sledi, da pristanak na povređivanje zaštićenog individualnog pravnog dobra neutralizuje deo neprava. Preostalo nepravo nije dovoljno da nosi osudu iz bića dela. Stoga ovde treba priznati pristanak kao osnov isključenja protivpravnosti.¹⁰⁴⁸

Ukoliko su više pojedinačnih lica, među kojima je i pristajući, nosioci individualnog pravnog dobra, što bi na primer moglo biti u slučaju suvlasništva na određenoj stvari, tada je potrebno da svaki od suvlasnika

¹⁰⁴³ Tako Rönnau, Voraussetzungen und Grenzen der Einwilligung, S. 666.

¹⁰⁴⁴ Isto, S. 253.

¹⁰⁴⁵ U ovom smislu Kühl, isto, S. 253. Tako i Geppert, Rechtfertigende "Einwilligung", S. 953. Amelung/Eymann, Die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht, S. 939, Wessels/Beulke, Strafrecht AT, S. 117., Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, S. 394. kao i mnogi drugi.

¹⁰⁴⁶ Tako Wessels/Beulke, Strafrecht AT, S. 117.

¹⁰⁴⁷ Rönnau, Voraussetzungen und Grenzen der Einwilligung, S. 665, 667.

¹⁰⁴⁸ Tako Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, S. 394.

pristane, na primer, na oštećenje ili uništenje te stvari, dok ako samo jedan od njih izjavi svoj pristanak, tada on ne razvija svoje potpuno dejstvo i u tom slučaju može biti reči samo o njegovom delimičnom dejstvu, tako da usled ovoga dolazi samo do umanjena neprava, ne i do potpunog isključenja protivpravnosti.

Prema jednom mišljenju, kod pravnih dobara pravnih lica ili lica trgovačkih društava organ nadležan za pristanak je onaj u čije poslovno područje i područje zadataka pada upravljanje pravnim dobrom.¹⁰⁴⁹ Prema drugom mišljenju, sa kojim se možemo složiti, za pravno lice je na pristanak ovlašćen organ zastupanja u čija poslovna ovlašćenja spada raspolaganje na stvari.¹⁰⁵⁰

4.2 Ovlašćenje na raspolaganje pristajućeg

Sam pristanak nosioca pravnog dobra na povređivanje nekog njemu pripadajućeg individualnog pravnog dobra nije uvek osnova isključenja protivpravnosti dela. Nosilac pravnog dobra mora biti i ovlašćen na dispoziciju nad njegovim individualnim pravnim dobrom. To nedostaje snagom zakonske odluke kod pravnog dobra život: kao što proizilazi iz § 216 nemačkog KZ, sam pojačani pristanak podignut na stepen ozbiljnog zahteva ne može opravdati ubistvo od drugoga (samo samoubistvo ne ispunjava nijedno biće dela; stoga ono ne mora biti ni opravdano).

Pristajući mora biti ovlašćen na raspolaganje, tj. biti jedini nosilac zaštićenog interesa ili kao njegov zastupnik ovlašćen na raspolaganje nad pravnim dobrom.¹⁰⁵¹

U suštini, ovde je, kada se ova pretpostavka dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu uopšti, reč o disponibilitetu zaštićenog pravnog dobra. Od objektivnog prava, od zakonodavca zavisi da li postoji disponibilitet ili je za raspolaganje nad određenim pravnim dobrom postavljena izvesna objektivna granica njegovom nosiocu. Prema navedenom, pravno dobro život je indisponibilno individualno pravno dobro.¹⁰⁵² Ukoliko nosilac pravnog dobra ima dispoziciono ovlašćenje, on može uključiti i druga lica kao svoje zastupnike odnosno punomoćnike.

4.3 Forma i vreme pristanka

U pogledu forme pristanka, iako je samo rešenje jasno i precizno prihvaćeno u vladajućoj krivičnopravnoj koncepciji, najpre ukazujemo na moguća rešenja ovog problema poznata u teoriji. Još su u starijoj teoriji bile suprotstavljane dve mogućnosti vezane za uslove koji se tiču samog postojanja pristanka. Prema

¹⁰⁴⁹ Tako Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, S. 395.

¹⁰⁵⁰ Kühl, Strafrecht AT, S. 255. Ovo je i mišljenje, stav sudske prakse (BGH NJW, 2003, gde se kod evidentne zloupotrebe zastupničke moći pristanak oglašava nedelotvornim)

¹⁰⁵¹ Wessels/Beulke, Strafrecht AT, S. 117. O zahtevu za jedinim nosilaštvom pravnog dobra i postojanju dispozicionog ovlašćenja vidi iscrpno: Sternberg-Lieben, Objektive Schranken, S. 81-103.

¹⁰⁵² Kühl daje i primer za uzimanje organa od živog davaoca koji su za posledicu imali smrt, ističući da je tako uzimanje srca od živog davaoca bez izuzetka nedopušteno, pa je lekar koji to učini kažnjiv ne samo prema § 19 II Zakona o transplantaciji, nego i prema § 216 nemačkog KZ, za krivično delo ubistva na zahtev. (Kühl, Strafrecht AT, S. 253.)

jednom shvatanju, “pristanak je izjava saglasnosti moje volje sa voljnim aktom drugoga”. Pri tome, razume se da nije potrebno da ova izjava bude izričita. Ona može biti data i konkludentno.¹⁰⁵³ Prema drugom shvatanju, naime za pristanak tj. saglasnost volje uopšte nije potrebno da bude ispoljen; nego je dovoljna upravljenost volje kao čisto interni postupak.¹⁰⁵⁴ Nakon prvobitnog prihvatanja drugog shvatanja, da je za pristanak dovoljna samo upravljenost volje kao čisto interni postupak¹⁰⁵⁵, ubrzo se iskristalisalo mnjenje da je ispravno prvo shvatanje i treba uzeti da je, što se tiče forme pristanka, opšteprihvaćeno da sa izričitom izjavom jednako stoji i konkludentno delanje pristajućeg, jer pravo nema ništa sa mislima, samo sa radnjama¹⁰⁵⁶, te je ovo stanovište i danas zastupljeno među predstavnicima vladajuće krivičnopravne koncepcije. Dakle, pristanak može biti izjavljen ne samo izričito, nego i konkludentno.¹⁰⁵⁷

Pristanak mora bit jednoznačan, nedvosmislen¹⁰⁵⁸ U pogledu lekarske obaveze na prosvetivavanje pacijenta, pored svega što je u tom pogledu već izloženo u ovom radu, u krivičnopravnim dimenzijama, svakako nije potrebno da to prosvetivavanje bude dato pismeno, kao što je i za sam pacijentov pristanak dovoljno da bude dat usmeno. Međutim, pacijent mora biti prosvetćen konkretno, u odnosu na zahvat lečenja koji se nad njim ima vršiti, i dovoljno, tako da bi mogao sagledati sve rizike i posledice skopčane za lekarski zahvat lečenja na koji pristaje. Prosvetivavanje takođe mora uslediti prilagođeno pacijentovom obrazovanju, godinama i stanju, tako da razume ono što mu se kazuje.

Pored toga, izjava pristanka posmatrana u svom krivičnopravnom okruženju i značenju nema ništa sa izjavama volje u građanskopravnom okruženju i značenju.¹⁰⁵⁹ Osnovna razlika se sastoji u tome da su izjave volje u Građanskom pravu konstitutivne prirode, dok je pristanak u krivičnom pravu regulativne prirode.¹⁰⁶⁰ Izjave volje su izjave sa kojima onaj ko izjavljuje uzima učešće u pravnom prometu.¹⁰⁶¹ Za njih se vezuju određena očekivanja. Naime, njima se stvaraju na primer ugovor ili testament za koji su vezana očekivanja koja predstavljaju osnovu daljih planova prijemnika izjave.¹⁰⁶² Za razliku od toga, pristanci se odnose na regulativne norme. To su norme koje štite postojeća dobra – kao zabrana da se drugi telesno povredi. Pristanci takve norme stavljaju van snage prema prijemniku izjave. Kao prosti odustanak od zaštitnih normi oni ne služe izgradnji očekivanja budućeg ponašanja, nego jedino daju obaveštenje o tome da pristajući sada ne pridaje vrednost održanju nekog određenog dobra. Time nije nameravano obavezivanje pristajućeg za budućnost. Jer vezivanje pristajućeg za njegovu izjavu ne bi bilo ništa drugo nego ovlašćenje primaocu izjave da i nakon promene smisla za pristajućeg – dakle prema onome ko se protivi – preduzme zahvat.¹⁰⁶³ A to bi bilo, na primer kod napada na telesnu nepovredivost, kršenje državnog monopola sile. Pristanci su stoga u svako doba slobodno opozivi. Zbog ove opozivosti pristanak nije podobna osnova planiranja za buduće dispozicije. Štaviše je on samo pravno priznato sredstvo informacije, sa kojim pristajući svom partneru stavlja do znanja njegov sadašnji stav prema svom dobru.¹⁰⁶⁴ Pored toga, na primer kada od vremena davanja izjave o pristanku do trenutka otpočinjanja

¹⁰⁵³ Tako Holer predstavlja Kessler-ovo shvatanje. (Holer, Einwilligung, S. 72.)

¹⁰⁵⁴ Tako Holer predstavlja Binding-ovo shvatanje. (Isto, S. 72.)

¹⁰⁵⁵ Ovo shvatanje tako prihvata Holer, isto, S. 72.

¹⁰⁵⁶ To stanovište zauzima i navodi Honig, Einwilligung, S. 145, 146, 147.

¹⁰⁵⁷ Vidi: Kühl, Strafrecht AT, S. 255., kao i Amelung/Eymann, Die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht, S. 941. i Gropp, Strafrecht AT, , S. 194.

¹⁰⁵⁸ Tako Kühl, Strafrecht AT, S. 255.

¹⁰⁵⁹ Tako Amelung, Willensmängel, S. 13-17.

¹⁰⁶⁰ U tom smislu Amelung, isto, S. 14, 15.

¹⁰⁶¹ Isto, S. 15.

¹⁰⁶² Tako Amelung u istom delu, S. 15.

¹⁰⁶³ Tako Amelung u istom delu, S. 15.

¹⁰⁶⁴ Isto, S. 16.

izvršenja dela protekne više vremena, pristanak od početka stoji pod uslovom, da se motivaciono stanje koje leži u osnovi pristanka nije odlučujuće promenilo. Što duže unazad postoji izjava o pristanku, utoliko verovatnije je da je pristanak u međuvremenu izgubio svoju osnovu i više ne odgovara pravoj volji imaooca pravnog dobra. Stoga, nakon proteka dužeg perioda vremena učinilac mora brižljivo da ispita, da li je izvorno odobreno delo pod sadašnjim okolnostima još uvek u saglasnosti sa voljom imaooca pravnog dobra.¹⁰⁶⁵ Najzad, kod pobijanja izjava volje u Građanskom pravu se radi o uravnoteženju između interesa onoga ko daje izjavu, da se ne obaveže protiv svoje volje, i interesa prijemnika izjave za održanjem pretpostavki svojih planiranja. Kod mana volje nekog pristanka se naprotiv radi o uravnoteženju između interesa onoga ko daje izjavu za postojanjem svojih dobara i interesa prijemnika izjave u tome da se on ne učini odgovornim za povređivanje pravnih dobara koje oslanja na pristanku s nedostatkom.¹⁰⁶⁶

U pogledu značenja odluke o pristanku, dakle subjektivno donesene odluke, prema subjektivnim merilima pristajućeg, kada data izjava od nje odstupa, mogu se uočiti izvesne razlike u shvatanjima. Prema jednom, za izjavu pristanka merodavan je objektivni smisao izjave, tako da objektivni smisao date izjava ima prednost u odnosu na unutrašnju volju pristajućeg, ukoliko dođe do njihovog razlikovanja.¹⁰⁶⁷ Kod drugog, koje je prihvaćeno kao ispravno u okviru vladajućeg shvatanja, dolazi do izvesnog snižavanja vrednosti date izjave naspram odluke o pristanku. Kao osnova ovom rešenju se uzima da je delotvoran onaj pristanak koji pristajući daje u saglasnosti sa svojim vrednosnim sistemom, a nedelotvoran onaj koji mu protivreči. Do tog protivrečja dolazi, prema ovom shvatanju, u slučaju zablude i prevare. Tako okolnost da je pristajući stavio određenu izjavu u svet ne predstavlja osnov da se pristajući drži za tu izjavu, kada pristanak protivreči njegovim interesima. Jer kao osnov planiranju u građanskom pravu se shvata izjava volje, dok je izjava pristanka u krivičnom pravu naprotiv prosto sredstvo informacije, sa kojim pristajući svoju odluku stavlja do znanja prijemniku pristanka. Zbog ove služeće funkcije čistoj izjavi ne pripada samostalno značenje pri oceni pitanja delotvornosti. To se jasno pokazuje kada prijemnik izjave ima bolje znanje o odluci koja toj izjavi stoji u osnovi i o pretpostavkama te odluke nego što mu je posredovano izjavom. A isto tako i kada je morao imati bolje znanje.¹⁰⁶⁸ Takvo neuvažavanje zabludom opterećene izjave je konstruktivno za ovladavanje samo kada se ona uvek tretira kao neuvaživa, dakle i kada se prijemnik izjave javlja kao vredan zaštite. Za ovoga s tim nije povezana šteta. Jer i nedelotvorna izjava pristanka je podobna da odstrani umišljaj onoga koji to ne zna bolje i da suzbije prekor za nehat protiv onih koji se smeju pouzdati u rečeno, kao što je to u pravilu slučaj. Time postaje jasna stvarna veza u kojoj stoji izjava pristanka. Ona je kriterijum za odgovor na pitanje, šta se učiniocu može uračunati.¹⁰⁶⁹ Pri tome se ne prelazi na teoriju o upravljenosti volje, nego na institut pretpostavljenog pristanka, kada izjave nema.¹⁰⁷⁰ Dakle, svakako je po ovom shvatanju potrebno da se izjava da, ali njeno značenje se može razaznati tek kada se postavi pitanje uračunavanja dela učiniocu.

Najzad, pristanak može biti izjavljen i pod nekim uslovom (na primer prethodno doznačavanje novca za sadističku telesnu povredu).¹⁰⁷¹

¹⁰⁶⁵ Tako Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, S. 398.

¹⁰⁶⁶ Tako Amelung, Willensmängel, S. 16, 17.

¹⁰⁶⁷ Tako Zipf, Einwilligung, S. 381.

¹⁰⁶⁸ Tako Amelung, Willensmängel, S. 42, 43. Tako ovde Amelung navodi primer da je kućni koljač "shodno znanju" ubije tele, iako je tačno znao da se seljak zagovorio i da je u stvari mislio kravu. U takvom slučaju, on ne zaslužuje zaštitu kada se pozove na to da je seljak rekao "tele". On je imao da odstupa od zahvata ili je mogao da naknadno pita. Ne zaslužuje zaštitu onaj ko mora imati bolje znanje nego ono što je doznao na osnovu izjave pristajućeg. Eventualno se misli na zubara koji je izvadio treći zub levo, bez da proverio, da li je ovaj uopšte oboleo, i stoga nije spoznao da je pacijent pobrkao desno i levo. (Isto, S. 43.)

¹⁰⁶⁹ Isto, S. 43.

¹⁰⁷⁰ Isto, S. 44.

¹⁰⁷¹ Tako Kühl, Strafrecht AT, S. 255.

Konačno pristanak mora biti izjavljen pre dela koje treba da opravda i ostati na snazi pri činjenju dela., ne sme tako na primer biti opozvan; opoziv je moguć i slobodan u svako doba. Naknadno odobrenje u krivičnom pravu nema opravdavajuću snagu.¹⁰⁷² Ovo je, može se tvrditi, opšteprihvaćeno mišljenje.

4.4 Sposobnost za pristanak

Pored mana volje kod pristanka, o kojima je unekoliko već bilo i biće reči¹⁰⁷³, kao noseća subjektivna pretpostavka dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu javlja se sposobnost za pristanak.¹⁰⁷⁴ Kod sposobnosti za pristanak se radi o “pitanju, ko je sposoban da preuzme odgovornost za odluku o pristanku.”¹⁰⁷⁵ U tom smislu, može se govoriti i o zrelosti za pristanak.¹⁰⁷⁶ Prema tome, sposobnost za pristanak pretpostavlja razumno obrazovanje volje i donošenje odluke. Naročito je potrebna dovoljna zrelost razuma. Pri tome, za pristanak nije potrebno biti objektivno uman, ali on mora proishoditi iz duha subjektivno sposobnog za umne odluke. Za njegovu umnost je načelno merodavan subjektivni vrednosni sistem pristajućeg. Time otpada mogućnost da se sposobnost za “ispravnu” ocenu jednostavno ceni uz pomoć “objektivno umnog” vrednosnog sistema, eventualno onom od pravnog poretka.¹⁰⁷⁷ Takođe nije moguće sposobnost za pristanak generalizirajuće vezati za određenu starost. Sud o sposobnosti za pristanak mora biti dobijen iz individualnih datosti pojedinog slučaja.¹⁰⁷⁸

Ova sposobnost ne zavisi od civilnopravne poslovne sposobnosti pristajućeg, nego od njegove konkretne sposobnosti uviđanja i sposobnosti rasuđivanja. Pristajući mora, nezavisno od svojih godina, da shvati suštinu, značenje i domašaj dela koje je upravljeno protiv njega, uključujući njegove posledice (na primer telesnog zahvata lekara).¹⁰⁷⁹ Kao što je već napomenuto, neumnost odluke nepopravljivog ne govori – drukčije od neke konstitucionalne slabosti “pristajućeg”¹⁰⁸⁰ – još ništa za nedostatak sposobnosti uviđanja pristajućeg pacijenta; u drukčijem slučaju bi pristanak od instrumenta samoodređenja postajao instrument pravnog staralaštva.¹⁰⁸¹

¹⁰⁷² Tako Kühl, isto, S. 255. Ovi Kühl-ovi navodi se mogu smatrati i opšteprihvaćenim mišljenjem o vremenu i opozivosti pristanka..

¹⁰⁷³ Vidi izlaganja rešenja problema mana volje u delu IV ovog rada, u okvirima izlaganja i kritike rešenja čiste sistemfunktionalne, umerene sistemfunktionalne i vladajuće krivičnopravne koncepcije, kao i u okviru raspravljavanja o personalno orijentiranim krivičnopravnim koncepcijama.

¹⁰⁷⁴ Tako Rönna, Voraussetzungen und Grenzen der Einwilligung, S. 668.

¹⁰⁷⁵ Tako Kühl, Strafrecht AT, S. 256. Kühl se ovde, u stvari, poziva na Amelung-ova početna razmišljanja o ovom problemu. (Vidi: Amelung, Über die Einwilligungsfähigkeit, S. 525.)

¹⁰⁷⁶ Tako Baumann/Weber/Mitsch, iako raspravljaju o sposobnosti za pristanak, odeljak udžbenika u kojem to čine naslovljavaju sa „Zrelost za pristanak“. (Vidi: Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, S. 396.)

¹⁰⁷⁷ Tako Amelung, Über die Einwilligungsfähigkeit, S. 551.

¹⁰⁷⁸ Tako Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, S. 396, 397. Ovde valja napomenuti da maloletstvo, o kojem je u daljim izlaganjima o sposobnosti za pristanak reč, nije čvrsto određena veličina, kada je reč o problemima vezanim za pristanak. Prevažodno je merodavna zrelost pristajućeg u pogledu na njegovu mogućnost donošenja odluke o pristanku.

¹⁰⁷⁹ Tako Kühl, Strafrecht AT, S. 256. Za ovo shvatanje, Rönna ističe da ga zastupa sudska praksa i pretežan deo literature. (Vidi: Rönna, Voraussetzungen und Grenzen der Einwilligung, S. 669.)

¹⁰⁸⁰ Ovde Kühl ističe da Amelung pod ovim podrazumeva: „psihičku bolest, duhovnu ometenost ili maloletstvo.“ (Vidi: Kühl, Strafrecht AT, S. 256. Fn 53a.)

¹⁰⁸¹ Isto, S. 256.

Dve perspektive, koje se koriste, mogle bi donekle dodatno rasvetliti problematiku sposobnosti za pristanak. U prvoj perspektivi do izražaja dolazi sličnost problematike sposobnosti za krivicu sa problematikom sposobnosti za pristanak. U drugoj perspektivi do izražaja dolazi druga strana, naličje sposobnosti za pristanak. Dakle, šta u slučaju u kome bi se utvrdilo da pojedinac ne poseduje sposobnost za pristanak?

U prvoj perspektivi je reč o tome, da je blisko pameti da se autonomija potrebna za pristanak definira kao "sloboda volje". To odgovara tradicionalnoj postavci pri određenju sposobnosti za krivicu, i takođe i poslovna nesposobnost u § 104 br. 2 nemačkog Građanskog zakonika biva opisana kao stanje, u kome je isključeno "slobodno određenje volje".¹⁰⁸² Prema našem mišljenju, ova polazna osnova problema je, samo sa indeterminističkog stanovišta, nesporna. I bez obzira na dalja izvođenja, ovde se konstatuje prisustvo pojave tzv. spojenih sudova. Dakle, slobodna volja čoveka kao subjekta prava mora biti položena u osnove pravnih normi. No, ukoliko se ponovo obrati problemu sposobnosti za pristanak, tada postaje jasno da paralela između vizija slobode volje kod sposobnosti za krivicu i kod sposobnosti za pristanak, budući da leže na istoj osnovi, ali stoje u različitim kontekstima, treba da ima istu osnovu rešenja koja bi primenjena na sposobnost za krivicu i na sposobnost za pristanak dovela do izvesnih razlika upravo zbog njihove kontekstualne različitosti.

Do te sličnosti, ili ako se tako hoće reći, identiteta problema sposobnosti za krivicu i sposobnosti za pristanak uz tu ogradu, da iz njihovog različitog kontekstualnog ležišta proizilaze razlike u rešenjima ova dva problema, a imajući u vidu da je rešenje nesposobnosti za krivicu (neuračunljivosti) za vladajuću krivičnopravnu koncepciju, ali i uopšte poznato, ovde naročito ukazujemo samo na jedno relativno novije rešenje problema sposobnosti za pristanak i njegove specifičnosti. Najjednostavnije rečeno, prema tom rešenju, nesposoban za pristanak je onaj ko zbog maloletstva, duševne poremećenosti ili psihičke bolesti ne može da shvati: (a) koju vrednost ili rang za njega imaju dobra i interesi dotaknuti pristankom, (b) o kojim se činjenicama radi, (c) koje posledice i rizici proizilaze iz odluke o pristanku i (b) koja druga sredstva postoje za postizanje cilja za kojim se teži pristankom, koja bi ga opteretila što je moguće manje. Prema ovom rešenju, isto važi kada maloletni, duševno poremećeni ili psihički oboleli doduše poseduje potreban stepen mogućnosti shvatanja značaja dela, ali nije u stanju da se prema njemu odredi.¹⁰⁸³

Svakako, treba uvek imati u vidu, napred već navedenu, neprevaziđenu osnovu rešenja problema nesposobnosti za pristanak, a na kome se temelji i sudska praksa i vladajuće učenje. Radi se o rešenju prema kojem pristajući mora, nezavisno od svojih godina, da shvati suštinu, značenje i domašaj dela koje je upravljeno protiv njega, uključujući njegove posledice.

U drugoj perspektivi, postavljeno je pitanje rešenja za slučaj da je utvrđeno da lice u pitanju nije sposobno za pristanak. Za ovaj slučaj, odgovor je opšteprihvaćen i jednostavan. Ukoliko je imalac pravnog dobra nesposoban za pristanak, tada je na njegovom mestu na pristanak ovlašćen zakonski zastupnik.¹⁰⁸⁴ Dakle, nesposobnost za pristanak u igru uvodi lice koje zakon predviđa, zakonskog zastupnika koji stupa na mesto nesposobnog za pristanak i za nesposobnog za pristanak donosi odluku o pristanku i, ako tako odluči, daje pristanak mesto nesposobnog za pristanak.¹⁰⁸⁵

¹⁰⁸² Tako Amelung, Über die Einwilligungsfähigkeit, S. 821.

¹⁰⁸³ Tako Amelung/Eymann, Die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht, S. 942.

¹⁰⁸⁴ Tako, mesto mnogih, Amelung/Eymann, isto, S. 940.

¹⁰⁸⁵ O tome nešto više vidi u narednom delu ovog rada.

4.5 Mane volje kod pristanka

Mane volje kod pristanka su kao jedno od ključnih pitanja pre svega vezana za zasnivanje dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu. Kao što je to već istaknuto, kod njih se odabirom različitih kriterijuma dolazilo do različitih rešenja ovog problema na opštijem planu. Ovde samo napominjemo da je u vladajućoj krivičnopravnoj koncepciji prihvaćeno rešenje za dejstvo pristanka oštećenog opterećenog nekom od relevantnih mana volje smešteno u okvire rešavanja problema uračunavanja dela. Osnovno je pitanje, kome se ima uračunati delo opterećeno nekom manom volje. Tek u okvire rešavanja ovog osnovnog problema je smešten i problem delotvornosti odnosno nedelotvornosti pristanka opterećenog nekom manom volje.¹⁰⁸⁶ Budući da je ova problematika, smatramo u dovoljnoj meri, već obrađena¹⁰⁸⁷, na ovom mestu je umesno jedino osvrtnje na pojedine mane volje kod pristanka. Reč je o tome da se uobičajeno razmatra problematika mana volje u slučajevima sile, pretnje, zablude i prevare. Jer, institut pristanka se svodi na misli o slobodi. Na taj način i ovi slučajevi, generalno posmatrano, se imaju smatrati kao faktori uticaja na slobodu pristajućeg, a tako su oni i pravno relevantni. U slučaju njihovog postojanja dolazi do nedelotvornosti pristanka, kao pravnoj posledici postojanja nekog od navedenih slučajeva mana volje pristajućeg. Naravno, i ovde postoje sporni slučajevi u kojima se relevancija pojedinih mana volje kod pristanka različito posmatra. Ovde će biti načinjen kratak osvrt na svaki od ovih pojedinih slučajeva mana volje kod pristanka u okvirima rešenja vladajuće krivičnopravne koncepcije.

Kao prvi, ističu se slučajevi sile i pretnje. Pošto je pristanak akt praktikovanog samoodređenja, on pretpostavlja autonomno voljno donošenje odluke. To nedostaje kada je imalac pravnog dobra prisiljen na davanje izjave o pristanku. Pri tome, težak položaj koji se ne zasniva na prinudi, nije protivan delotvornosti pristanka.¹⁰⁸⁸ Merodavan osnov nedelotvornosti pristanka u slučajevima prinude je vlast onoga koji vrši prinudu nad zlom (sadašnjim ili onim kojim se preti) koje imaoca pravnog dobra navodi na pristanak. Jer, pošto i za pristanak važi princip potrebitosti zaštite, nije isključena protivpravnost dela učinioaca koji je sposoban i obavezan da odstrani pritisak koji se vrši na imaoca pravnog dobra, bez zahvata u njegovo pravno dobro. Ovo se naravno tiče prinudioca. Naprotiv, isključena je protivpravnost dela za učiniloca koji žrtvu ne može osloboditi pritiska na pristanak bez odobrenog povređivanja pravnog dobra, je opravdan i kada je imalac pravnog dobra na pristanak prisiljen od trećeg.¹⁰⁸⁹ Najzad, ističe se da se vladajuće mišljenje pri raslojavanju socijalno adekvatne od krivičnopravno značajne ljudski uzrokovane sile orijentiše prema § 240 (krivično delo prinude) nemačkog KZ.¹⁰⁹⁰ Prema tome, prinuda isključuje opravdavajuće dejstvo pristanka tek kada pritisak prinudom dostiže jačinu opisanu u § 240 nemačkog KZ.¹⁰⁹¹ Ipak, sporno je na kom stepenu vršenja uticaja pristanak postaje nedelotvoran. Suviše stroga granica data je sa merilom § 35 nemačkog KZ (“opasnost za život, telo i slobodu”), jer slobodno samoodređenje onoga kome se preti se okončava već kada on bude učinjen žrtvom prinude.¹⁰⁹²

¹⁰⁸⁶ O ovome kao rešenje prihvaćeno u okvirima vladajuće krivičnopravne koncepcije vidi rešenje dato u: Amelung, Willensmängel.

¹⁰⁸⁷ Na rešenja ovog osnovnog problema dejstva pristanka opterećenog manom volje je već, smatramo u dovoljnoj meri, obrađana pažnja u prethodnom delu ovog rada, naročito u okviru razmatranja rešenja umerene sistemfunktionalne, kao i vladajuće krivičnopravne koncepcije. Stoga, u tom pogledu upućujemo na ta razmatranja.

¹⁰⁸⁸ Isto, S. 398.

¹⁰⁸⁹ Isto, S. 399. Ovde se može, radi pojašnjenja, dodati da učinilac u ovakvom slučaju dela bez znanja za postojanje defekta volje kod žrtve. (Tako Rönnau, Voraussetzungen und Grenzen der Einwilligung, S. 674.)

¹⁰⁹⁰ Tako Rönnau, isto, S. 674.

¹⁰⁹¹ Tako Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, S. 399.

¹⁰⁹² Tako Kühl, Strafrecht AT, S. 257

Kao drugi slučaj, navodi se prevara. Prevarom dobijeni pristanak je podslučaj pristanka koji se zasniva na zabludi. No, to je slučaj kod pitanja delotvornosti, ali ne mora biti jednako krivičnopravnom tretmanu pristanka datog u zabludi, jer kod prevara na pitanje šta treba uračunati učiniocu ne mora nužno uvek slediti isti odgovor kao kod zablude.¹⁰⁹³ Prevare koje “pristajućem” prikriju da on predaje neko pravno dobro, čine pristanak nedelotvornim. Ovo važi i za prevare koje vode neznanju o značenju, domašaju i učincima odustanka od pravnog dobra (tzv. zabluda koja se odnosi na pravno dobro). Naročito treba uvažiti zablude o vrsti i obimu povređivanja pravnog dobra. Sa time je povezano sadržinsko ograničenje zablude izazvane prevarom: ova se mora odnositi na stanje pravnog dobra.¹⁰⁹⁴

Proizvođenje zabluda o motivu, kod kojih učinilac zna da on predaje pravno dobro, ali ga ne bi predao da mu prevarom nije bio pružen motiv za predaju, po tome ništa ne menjaju na delotvornosti pristanka.¹⁰⁹⁵ Ipak, o ovome ne vlada široka saglasnost pri rešavanju baš svakog slučaja zablude o motivu.¹⁰⁹⁶

Ko nadaleko svakoj prevarom uslovljenoj zabludi pridaje značenje po kojem se isključuje delotvornost pristanka, učinioca mora štititi od neopravdane kažnjivosti primenom pravila o objektivnom uračunavanju.¹⁰⁹⁷

Najzad, kao treći slučaj javlja se zabluda. Pristanak mora biti slobodan od zabluda. Zablude mogu nastupiti kod obrazovanja i kod ispoljavanja volje. Stoga nedostaje delotvoran pristanak, kada imalac pravnog dobra usled zablude da izjavu o pristanku koja odstupa od njegove volje.¹⁰⁹⁸ Izjava pristanka jedina nije sposobna da opravda delo, delo od imaoca pravnog dobra i stvarno mora biti hoteno. Zabluda koja nije uslovljena prevarom vodi nedelotvornosti pristanka najmanje kada učinilac (na primer lekar) ima dužnost prosvetavanja.

Naširoko se pristanku odriče delotvornost već kada pristajući nije sagledao koje posledice ima njegova izjava za njegove vrednosti.¹⁰⁹⁹ No, kao sporno se ističe pitanje, koje vrste mora biti zabluda, da bi se njeno iskorišćavanje moglo smatrati neopravdanim povređivanjem pravnog dobra; naročito je sporno, da li se iskorišćena zabluda mora odnositi na pravno dobro ili sme biti ma koja zabluda (greška u izjavi ili u odluci) uključujući i zablude o motivu. Ko sledi “široko” shvatanje i za sve zablude drži da isključuju delotvornost, i ovde mora posegnuti za staviti u pitanje uračunavanje posledice učiniocu (koji iskorištava zabludu). Uračunavanje ovde valja poreći tada, kada greška leži kod pristajućeg koji je u zabludi. Osim

¹⁰⁹³ Tako Amelung, Willensmängel, S. 72.

¹⁰⁹⁴ Tako Kühl, Strafrecht AT, S. 257, 258. Kühl, za primer, ovde daje dva rešenja. Prvo, pristanak pacijenta je nedelotvoran, kada ga lekar prevare o štetnim dejstvima injekcije za umirenje. Drugo, delotvoran je naprotiv, kada je umesto lekara zahvat lakog telesnog povređivanja, kojim se može ovladati i sa znanjem onoga ko nije lekar, preduzeo pripravnik za kojeg je pacijent držao da je lekar. (BGHSt 16, 309) (Isto, S. 258.)

¹⁰⁹⁵ Isto, S. 258.

¹⁰⁹⁶ Tako Kühl, isto, S. 258. Tako na primer, mnogi autori se drugačije opredeljuju u rešavanju Roxin-ovog primera u kojem majka svojoj ćerki daruje rožnjaču, budući da je od lekara prevarena da će joj ćerka, ako to ne učini, oslepeti. Majka je dala svoj pristanak i, u stvari, lekar je do gubitka oka kod majke doveo da bi joj se osvetio. Njemu uopšte nije bio potreban transplantat za lečenje deteta i bacio je izvađeno oko majke. (Tako Roxin, Die durch Täuschung herbeigeführte Einwilligung im Strafrecht, S. 280.) Naime, mnogi smatraju da se u ovom primeru radi o nedelotvornom pristanku, jer time što je od učinioca uzrokovana mana volje izazvala predaju pravnog dobra, ovde se teško može govoriti o slobodnoj voljnoj odluci, kada se prevarom proizvodi situacija, koja je izjednačena sa nekim odgovarajućom pretnjom izazvanim prinudnim položajem. (Tako Kühl, Strafrecht AT, S. 258.)

¹⁰⁹⁷ Isto, S. 258. Kühl ističe da ovim putem korača Amelung.

¹⁰⁹⁸ Tako Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, S. 400.

¹⁰⁹⁹ Isto, S. 259. Ovaj Kühl-ov navod se poziva na Amelung-ovu misao.

toga, pri neznanju učinioca za zabludu pristajućeg treba da bude isključen umišljaj, dok moguć nehat propada kada se učinilac sme pouzdati u rečeno. No, ako je zabludu prouzrokovao učinilac, tada zahvat nije pokriven pristankom, a ukoliko počiva na samoproizvedenoj zabludi koja se ne odnosi na pravno dobro (zabluda o motivu), pristanak je tada delotvoran.¹¹⁰⁰

Pri svemu ovome, i u ovim slučajevima se primenjuje misao o izvršilaštvu kao vlasti nad delom, tako da učinilac ovladavanjem manom volje kod oštećenog u stvari ima vlast nad delom.

4.6 Znanje pristanka

Kao subjektivni element isključenja protivpravnosti, kada su za to ispunjene i ostale pretpostavke, predviđeno je znanje učinioca. Učinilac mora znati za pristanak. Ova pretpostavka pristanka oštećenog u krivičnom pravu je pretpostavka koja važi i kod svih drugih osnova isključenja protivpravnosti.¹¹⁰¹ Učinilac mora delati u znanju pristanka. No, po pitanju, da li on mora delati i na osnovu pristanka ili ne, različito se odgovara. Daju se i potvrdni odgovori na ovo pitanje, dakle da učinilac mora delati i u znanju i na osnovu pristanka¹¹⁰², ali i odrečni odgovori, da nije potrebno da učinilac dela na osnovu, nego samo u znanju pristanka da bi delo njime bilo opravdano, jer ne vrednost radnje njegovog dela je ukinuta već sa znanjem o predaji pravnog dobra od strane imaoca pravnog dobra.¹¹⁰³

Učinilac tako mora znati, da je imalac pravnog dobra saglasan sa delom i da je ovo takođe izjavio pre dela. Ukoliko između izjavljivanja pristanka i dela postoji duži vremenski period, učinilac u vreme dela mora zamisliti da imalac pravnog dobra još uvek hoće delo, da on dakle nije opozvao pristanak i da takođe ne postoje okolnosti iz kojih se može zaključiti o pretpostavljenom opozivu. Sumnja li učinilac u nastavljeno postojanje pristanka, on treba da se obavesti kod imaoca pravnog dobra, da li delo još uvek odgovara njegovoj volji. Ukoliko više nije moguće uputiti pitanje, učinilac sme učiniti delo, ukoliko ne postoje tačke oslonca za pretpostavljeni opoziv.¹¹⁰⁴

Ukoliko učinilac ne zna za objektivno postojeći pristanak, tada postoji situacija slična pokušaju, pošto učinilac tada ne može proizvesti nepravo posledice, a subjektivno postavlja nepravo radnje, pitanje je da li u ovom slučaju postoji apsolutno nepodoban pokušaj (nepodobnost objekta napada, koji zbog odustanka od pravne zaštite ne može biti kaznenopravno relevantno povređen).¹¹⁰⁵ Ukoliko učinilac samo u zabludi smatra da postoji pristanak, tada se on nalazi u ozabludi o okolnostima dopuštenja dela, kada bi on, u slučaju kada bi njegova pogrešna predstava bila stvarnost, bio opravdan zbog pristanka.¹¹⁰⁶

¹¹⁰⁰ Tako Kühl u istom delu, S. 259, 260.

¹¹⁰¹ Tako Jescheck/ Weigend, isto, S. 383.

¹¹⁰² Tako Zipf, Einwilligung, S. 384; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, S. 383;

¹¹⁰³ Tako Kühl, Strafrecht AT, S. 260.

¹¹⁰⁴ Tako Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, S. 402, 403.

¹¹⁰⁵

Tako Zipf, Einwilligung, S. 384 Zipf uz gornje ističe da bi to u austrijskom kaznenom pravu značilo nekažnjivost po § 15 stav 3 Kaznenog zakonika, dok bi u nemačkom pravu takav nepodoban pokušaj bio nekažnjiv. (Isto, S. 384.) Da se ovde po nemačkom pravu radi o kažnjivom nepodobnom pokušaju, potvrđuje Kühl, Strafrecht AT, S. 260.

¹¹⁰⁶

Isto, S. 260. Pravna posledica zablude o okolnostima dopuštenja dela je isključenje kažnjivosti zbog umišljajnog dela.

4.7 Pretpostavke saglasnosti koja isključuje biće dela

U pogledu saglasnosti koja isključuje biće dela je napred, u okviru iznošenja rešenja vladajuće krivičnopravne koncepcije, istaknuto veoma značajno mesto ustavnog principa zakonitosti u iznalaženju pojedinih rešenja. Uspostavlja se visok stepen zavisnosti pojedinih dogmatskopравnih rešenja za saglasnost koja isključuje biće dela od tumačenja pojedinog bića dela u granicama principa zakonitosti. Ipak, kao što je to već napred isticano, mogu se očitati bitne odlike saglasnosti koja isključuje biće dela u odnosu na njenu dogmatsku strukturu. Pri tome, u osnovi se razlikuju dve različite struje. Prva, u suštini, ostaje pri izvornom razlikovanju na saglasnost koja isključuje biće dela, pri čemu ovo razlikovanje povezuje sa njihovim različitim pretpostavkama delotvornosti. Ova struja smatra se delom i do danas održala. Po njoj, pre svega, zablude onoga koji se saglašava ne treba uvažiti; takođe, onaj koji se saglašava svoju saglasnost ne bi morao izjaviti i učinilac za nju ne bi morao znati.¹¹⁰⁷ Druga struja je preovlađujuća. Prema njoj, ne treba uvažiti prevarom dobijenu saglasnost. Ali kako saglasnost može voditi isključenju bića dela, o uvaživosti zablude uslovljene prevarom bi trebalo da odluči tumačenje dotičnog bića dela.¹¹⁰⁸

1107

Tako Kühl, Strafrecht AT, S. 260. Navodi se da se u ovu struju ubrajaju Hoyer, Wessels/Beulke i Kindhäuser AT. (Isto, S. 260.)

1108

Tako Kühl, Strafrecht AT, S. 260. U ovu preovlađujuću struju Kühl uvrštava sledeće autore: Bernsmann, Gössel/Dölling, Kindhäuser BT, Roxin, Hinterhofer, Lackner/Kühl, Mitsch, prema kome shodnost biću dela isključuje i

5. SUROGATI PRISTANKA OŠTEĆENOG

S obzirom da je u prethodnim delovima ovog rada obrađena lepeza dogmatskopравnih i kriminalnopolitičkih pitanja koja se tiču tzv. pravog, izjavljenog pristanka, na ovom mestu daje se samo pregled situacija u kojima ne dolazi do izjavljivanja pristanka od strane imaoца pravnog dobra, nego se taj pristanak zamenjuje drugim konstrukcijama, kao i njihovo pravno značenje i tretman. Reč je o opštepoznatim surogatima pristanka. To su: 1. zastupanje kod pristanka, 2. pretpostavljeni pristanak i 3. hipotetički pristanak. Naravno, i ovaj pregled se odnosi na vladajuće shvatanje ove problematike. Naša ambicija u obradi ovih problema, a s obzirom da centralnu temu ovog rada predstavlja napred obrađena problematika koja se tiče izjavljenog, tzv. pravog pristanka, ne ide dalje od prikaza ovih pravnih instituta.

5.1 Zastupanje kod pristanka

Zastupanje kod pristanka se može javiti u dva različita vida. Naime, u određenim slučajevima javlja se zakonsko zastupanje, ali u drugim slučajevima određeno lice može samovoljno angažovati punomoćnika, da za njega izjavi pristanak.

Ukoliko je pristajući nesposoban za pristanak, tada je na njegovom mestu zakonski zastupnik ovlašćen na pristanak. To je kod maloletnika onaj ko je ovlašćen na lično staranje, uglavnom roditelji, kod duhovno ometenog ili psihički bolesnog odraslog staralac.¹¹⁰⁹ Naime, zakon iz razloga staranja predviđa premeštanje ovlašćenja na pristanak na navedena druga lica, kada imalac dobra zbog nedostatka sposobnosti shvatanja značaja dela i sposobnosti za rasuđivanje nije u stanju da sam donese odgovornu odluku.

Pri raspolaganju sa svojinom i imovinom opšte je priznato ovlašćenje na raspolaganje nekog drugog lica zavisno od volje imaoца dobra.¹¹¹⁰ Druga načela bi trebala važiti za povređivanje visoko ličnih pravnih dobara.¹¹¹¹ Prema jednom raširenom mišljenju zastupanje po punomoćniku kod zahvata u visoko lična pravna dobra lica treba da je generalno isključeno ili mu se značenje pridaje samo u širem području zaštite ličnosti.¹¹¹² Najzad, u porastu je dopuštanje davanja pristanaka putem autorizovanih lica i kod oštećivanja koja se tiču jezgra ličnosti. Posebno se diskutuje o pitanju tzv. zastupnika pacijenata, dakle lica koja je pogođeni u stanju u kojem je još sposoban za pristanak opunomoćio da kasnije kada postane nesposoban za odlučivanje za njega izjave uputstva za tretman.¹¹¹³ U tom smislu, upotrebu zastupnika po sopstvenoj volji, po jednom mišljenju, treba akceptirati najmanje tamo gde ovo ne može voditi konfliktima, jer opunomoćeni treba da odluči kada je davalac punomoćja zbog nesvesnosti nesposoban za odlučivanje.¹¹¹⁴

¹¹⁰⁹ Tako Amelung/Eymann, Die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht, S. 940. U ovom smislu i Rönnau, Voraussetzungen und Grenzen der Einwilligung, S. 667. Pri ovome, ovi autori se pozivaju na odredbe nemačkog Građanskog zakonika.

¹¹¹⁰ Tako Rönnau, Voraussetzungen und Grenzen der Einwilligung, S. 667.

¹¹¹¹ Tako Lenckner, Die Einwilligung minderjähriger und deren gesetzlicher Vertreter S. 456.

¹¹¹² Tako Rönnau, Voraussetzungen und Grenzen der Einwilligung, S. 667. Tako i Amelung/Eymann, Die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht, S. 940. Ovi autori kao primer za šire područje zaštite ličnosti daju tajnost pisma. O ovom problemu nešto više vidi u: Lenckner, Die Einwilligung minderjähriger und deren gesetzlicher Vertreter, S. 456-458.

¹¹¹³ Tako Rönnau, Voraussetzungen und Grenzen der Einwilligung, S. 667.

¹¹¹⁴ Tako Amelung/Eymann, Die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht, S. 940.

Najzad, ovde još valja spomenuti dva posebna problema. Najpre, šta važi, kada maloletnik po sebi već dovoljno sposoban za shvatanje značaja dela (na primer sedamnaestogodišnji gimnazijalist) izjavi pristanak, ali se roditelji kao zakonski zastupnici protive (na primer kod neke neštete ambulantno izvršene operacije)? Problem je značajno sporan i nije doveden do nekog opšte akceptiranog rešenja. Konsekventno se mora odlučiti za prednost odluke maloletnika samog već dovoljno sposobnog dashvati značaj dela. Dalji problem se postavlja kada je uskraćivanje pristanka od strane zakonskog zastupnika izvršeno uz zloupotrebu prava. I ovde praktično najvažniji slučaj primene opet leži u području lekarskih zahvata. Primer: roditelji uskrate pristajanje na operaciju na njihovom teško povređenom detetu, jer oni kao pripadnici određene sekte takav zahvat odbijaju iz religioznih razloga. Ovde postoji mogućnost da se pristanak roditelja zameni parcijalnim oduzimanjem starateljskog prava i postavljanjem advokata.¹¹¹⁵ Prema jednom mišljenju, koje se, prema našem mišljenju, može osporavati, ako za lekara koji postupa na osnovu hitnosti zahvata ne postoji mogućnost da proizvede neku takvu odluku, tada dolazi do primene instituta krajnje nužde.¹¹¹⁶

5.2 Pretpostavljeni pristanak

Isto kao i izjavljeni pristanak, pretpostavljeni pristanak nije pozitivno zakonski regulisan, ali je običajnopravno priznat. Drugačije nego kod pristanka, ovde je neosporno da se radi o osnovu isključenja protivpravnosti, ne o osnovu isključenja bića dela.¹¹¹⁷ On je, prema sudskoj praksi i vladajućem učenju samostalan, običajnopravno priznat osnov isključenja protivpravnosti.¹¹¹⁸, uprkos njegovoj velikoj sličnosti sa pristankom. Dodirne tačke postoje i sa stanjem nužde gde dolazi do isključenja protivpravnosti, dok se razgraničenje vrši i u odnosu na poslovodstvo bez naloga kao krivičnopravno relevantnog osnova isključenja protivpravnosti, ukoliko je ono kao takvo priznato.¹¹¹⁹ Ipak, pretpostavljeni pristanak kao samostalan osnov opravdanja je uvršten između pristanka i o stanja nužde kao osnova isključenja protivpravnosti. Ističe se da ovaj osnov isključenja protivpravnosti nije podslučaj instituta krajnje nužde, jer se on ne zaustavlja na objektiviranom odmeravanju interesa, nego na subjektivnim – pa bilo to i neumno – interesima oštećenog.¹¹²⁰ “Ukoliko se i pri neophodnom brižljivom ispitivanju ne nalaze konkretne okolnosti za utvrđivanje individualne pretpostavljene volje bolesnika, tada se može i mora posegnuti za kriterijumima koji odgovaraju opštim vrednosnim predstavama.”¹¹²¹

Vladajuće mišljenje pretpostavljeni pristanak posmatra kao surogat pristanka. Zbog toga su obeležja osnova isključenja protivpravnosti pretpostavljeni pristanak u velikom delu identična sa onim od

¹¹¹⁵ Tako Zipf, Einwilligung, S. 384.

¹¹¹⁶ Tako Zipf u istom delu, S. 384.

¹¹¹⁷ Tako Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, S. 403.

¹¹¹⁸ Tako Kühl, Strafrecht AT, S. 261. Iako je danas, može se reći, opšteprihvaćeno da je pretpostavljeni pristanak osnov opravdanja, u starijoj krivičnopravnoj teoriji, rasprava je tekla upravo, i u suštini, o zasnovanju dejstva i samog dejstva pretpostavljenog pristanka. (Vidi o tome više: Arndt, Die mutmaßliche Einwilligung als Rechtfertigungsgrund, Schletter'sche Buchhandlung, Breslau, 1929.)

¹¹¹⁹ Tako Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, S. 403.

¹¹²⁰ Tako Otto, Einwilligung, mutmaßliche, gemutmaßte und hypothetische Einwilligung, S. 681, 682.

¹¹²¹ Tako Otto u istom delu, S. 682, navodeći, u stvari, odluku Saveznog suda Nemačke BGHSt 40, 257, 263. Za ovaj stav sudske prakse vidi i: Merkel, Tödlicher Behandlungsabbruch und mutmaßliche Einwilligung bei Patienten im apallischen Syndrom, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Heft 3, 1995, S. 546.

pristanaka.¹¹²² No, u odnosu na pristanak, pretpostavljeni pristanak je subsidijeran, treba ga tek naknadno ispitati.¹¹²³

Najjasnija razlika između oba osnova isključenja protivpravnosti se sastoji u tome da u slučaju pretpostavljenog pristanaka ne postoji stvarni stav pogođenog imaooca pravnog dobra koji govori za delo. Ovaj ili nije obrazovao volju koja odobrava delo ili ovu najmanje nije – kako bi to bilo potrebno za delotvoran pristanak – ispoljio. U tipičnom slučaju pretpostavljenog pristanaka imalac pravnog dobra uopšte ne zna da će (odmah potom) nastupiti situacija koja bi ga motivirala na pristanak na delo. Kada je ova situacija postala stvarnost imaoocu pravnog dobra iz bilo kojeg razloga – na primer nesrećom uslovljena nesvest – nedostaje sposobnost da obrazuje volju odnosno da izjavi pristanak. Pri izvršenju dela tako nedostaje svaki aktuelan odnos volje imaooca pravnog dobra prema radnji shodnoj biću dela. Na mesto pristanaka koji nedostaje stupa “pretpostavljena volja” u biću dela pretpostavljenog pristanaka, kao zamena pristanaka.

Pretpostavljeni pristanak, kao prvo, nastupa u formi nedostajućih interesa (kratkoročno korišćenje tuđeg bicikla), kao drugo, kao delanje u interesu oštećenog. Poslednja forma je pre svega važna kod neophodnih operacija, koje bi se morale preduzeti bez pristanaka, jer pacijent nije više pri svesti. I, možemo se složiti s tvrdnjom da je težište primene pretpostavljenog pristanaka upravo područje primene lekarskog postupka lečenja, on najveće praktično značenje ima u tom području.¹¹²⁴

Naravno, ukoliko oštećeni može biti upitan, tada za delo preduzeto bez pitanja ne treba isključiti protivpravnost preko pretpostavljenog pristanaka. Pitanje je suvišno samo u slučajevima nedostatka interesa.¹¹²⁵

Pitanje da li je oštećeni pretpostavljeno pristao pretpostavlja iznalaženje njegove hipotetičke volje, pri čemu treba uzeti u obzir njegove individualne interese, želje, potrebe i vrednosne predstave. Uz to, pretpostavljeni pristanak ne sme voditi staralaštvu od strane nezamoljenog drugoga.¹¹²⁶

Najzad, protivno stojeća volja se ne može zameniti objektivnom umnošću dela (na primer operacija kojom se spašava život). Ali, ukoliko nedostaju tačke oslonca za pretpostavljenu volju oštećenog, tada se može poći od toga da oštećeni hoće najbolje za sebe (na primer održanje života kada je to operacijom moguće, ali i dopuštanje umiranja (tzv pasivna pomoć u smrti)).¹¹²⁷

Uz ova opštija pitanja sledi, naravno, osvrt na pretpostavke pretpostavljenog pristanaka, pri čemu je napred već navedeno da su ta obeležja ovog osnova isključenja protivpravnosti u velikom delu identična sa onim od pristanaka.

¹¹²² Tako Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, S. 403.

¹¹²³ U ovom smislu Kühl, Strafrecht AT, S. 261. Ističe se i to, da pretpostavljeni pristanak nije subsidijeran samo u odnosu na pristanak, za njega pre svega nema mesta kada se imalac pravnog dobra izrekao protiv dela. (Isto, S. 405.)

¹¹²⁴ Tako Zipf, Einwilligung, S. 386.

¹¹²⁵ Isto, S. 262.

¹¹²⁶ Isto, S. 262.

¹¹²⁷ Isto, S. 262. Nasuprot Kühl-ovom razmišljanju, Otto ističe da ukoliko individualni interesi pogođenog nisu poznati, tada valja odlučiti prema vrednosnim predstavama koje su merodavne u pravnom društvu., t.j. da se prema ovim vrednosnim predstavama priznaju interesi višeg ranga. Prema Harro Otto-u tako u ovim situacijama treba odlučiti po načelima opravdavajućeg stanja nužde. Po njemu, ovde pretpostavljenom pristanku ne pripada samostalnost. (Tako Otto, Einwilligung, mutmaßliche, gemutmaßte und hypothetische Einwilligung, S. 682.)

Pretpostavljeni pristanak je tako moguć samo kod individualnih pravnih dobara. Naravno, izuzeto je umišljajno ubistvo. Za § 228 (inkriminacija telesnog povređivanja) bi se konsekvntno morala poreći mogućnost opravdanja pretpostavljenim pristankom takođe za telesna povređivanja koja su protivna moralu. Naprotiv, opravdanje nehatnog ubistva pretpostavljenim pristankom nije isključeno.¹¹²⁸

Imalac oštećenog pravnog dobra mora biti identičan sa licem na čijoj se pretpostavljenoj volji zaustavlja.¹¹²⁹

Kod pretpostavljenog pristanka kao surogata pristanka nedostaje upravo izjavljivanje pristanka. Stoga kod pretpostavljenog pristanka na mesto izjavljivanja pristanka stupaju činjenice iz kojih može biti zaključeno o upravljenosti volje imaoca pravnog dobra koja bi se odnosila na pravno dobro i na delo.¹¹³⁰

Pošto je jedino voja imaoca pravnog dobra orijenciona za merilo, treba iznaći njegov subjektivan individualan stav.¹¹³¹ Ovde samo treba ponoviti da se kao i kod pristanka kod pretpostavljenog pristanka pravni poredak ne upravlja po tome, šta bi pravni poredak cenio kao objektivno interesima opravdano, nego po tome, šta se imaocu pravnog dobra pretpostavljeno javlja kao vredno odobrenja. Ukoliko stanje indicija ne dopušta zasnovanu pretpostavku neke takve "posebne volje" imaoca pravnog dobra, sme se prihvatiti, da on pretpostavljeno hoće ono što i iz objektivnog ugla odgovara njegovom interesu – njegovom "istinskom dobru".¹¹³²

Pretpostavljeni pristanak svoje dejstvo isključenjem protivpravnosti mora razviti u vreme izvršenja dela.¹¹³³ Potpuno irelevantno za pretpostavljeni pristanak je odobrenje imaoca pravnog dobra nakon dela. Odlučujuće je jedino, koju upravljenost volje je trebalo pretpostaviti u vreme izvršenja dela.

Konstelacija diskrepancije volje i izjave pristanka kod pretpostavljenog pristanka prirodno nije moguća. Pa ipak, mane volje i ovde igraju ulogu, svakako drugačije nego kod pristanka.¹¹³⁴

Subjektivna pretpostavka isključenja protivpravnosti je namera učinioca, da dela onako kako to odgovara pretpostavljenoj volji nosioca pravnog dobra. Dodatno se od nekih kao subjektivni element isključenja protivpravnosti zahteva savesno ispitivanje¹¹³⁵, jer pri (naknadno spoznatom) nenalaženju istinske volje

¹¹²⁸ Tako Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, S. 406. Za opravdanje nehatnog ubistva pristankom, ovi autori daju sledeći primer. Ukoliko pripit vozač transportira nekog opasno po život povređenog nesvesnog čoveka sa preterano povišenom brzinom u pravcu bolnice, tada može biti opravdana usputno uzrokovana smrtna nesreća, kada je riskantan transport odgovarao pretpostavljenoj volji ubijenog.

¹¹²⁹ Tako Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, S. 406.

¹¹³⁰ Isto, S. 407.

¹¹³¹ Isto, S. 407.

¹¹³² Isto, S. 407.

¹¹³³ Isto, S. 407. O ovome više vidi u istom delu, S. 407, 408.

¹¹³⁴ Isto, S. 408. Ovi autori ističu da je zamislivo, da nastanak indicija za pretpostavljenu volju imaoca pravnog dobra koja govori u prilog dela počiva na manama volje. Zamislivo je i pretpostavljanje, da se imalac pravnog dobra u vreme dela može prevariti i usled toga bi izjavio pristanak na delo. Kao i kod pristanka i kod pretpostavljenog pristanka važi da opravdanje na osnovi – realnih ili hipotetičkih – mana volje nije moguće. Pretpostavka isključenja protivpravnosti je uvek „pretpostavljena volja“ – t. j. bez mana – imaoca pravnog dobra. To je volja na koju nije uticano ni zabludom ni silom. Stoga na primer pretpostavka, da bi imalac pravnog dobra u situaciji dela na osnovu zablude o motivu „koja se ne odnosi na pravno dobro“ izjavio pristanak, nije pretpostavljeni pristanak. (Isto, S. 408.) O manama volje kod pretpostavljenog pristanka kratka zapažanja iznosi Kristian Kühl. (Vidi: Kühl, Strafrecht AT, S. 262, 263.)

imaoca pravnog dobra samo misao dozvoljenog rizika nosi opravdanje; ovo ispitivanje ipak ne treba zahtevati najmanje kada odluka učinioca odgovara istinskoj volji nosioca pravnog dobra.¹¹³⁶

5.3 Hipotetički pristanak

Za pravnu figuru hipotetičkog pristanka se ističe da je još relativno nepoznata.¹¹³⁷ Kod hipotetičkog pristanka se radi negativno o konfiguracijama slučaja u kojima ni pristanak ni pretpostavljeni pristanak ne vode opravdanju. Pozitivno on otvara dalju mogućnost da se u slučajevima pristanka isključi protivpravnost.¹¹³⁸ No, ovde valja naglasiti da ovo stanovište o dejstvu hipotetičkog pristanka ne nailazi na opšte prihvatanje¹¹³⁹, niti su mišljenja o zasnivanju njegovog dejstva sasvim jasno uobličena.¹¹⁴⁰ Ipak, ova pravna figura je ušla i u sudsku praksu.¹¹⁴¹

U okviru vladajuće krivičnopravne koncepcije se, radi razjašnjenja problema vezanih za hipotetički pristanak, daje sledeći primer. Reč je o slučaju u kojem je učinilac operisao pogrešan pršljen i sada operiše tačan (= prema sudskoj praksi i vladajućem učenju telesna povreda po § 223), za šta je on dobio pristanak pacijentkinje P, jer je on pogrešno tvrdio, da nastavljene bolove uprkos uspešnoj prvoj operaciji treba svesti na ovaj pršljen; pri tome - i to je odlučujuće - on je pošao od toga, da bi P sa znanjem stvarnog stanja medicinski neophodne operacije pristala. Na operaciju ovog pršljena P nije pristala, a pretpostavljeni pristanak ne dolazi u obzir zbog neočuvane mogućnosti da se P pita. Time se postavlja pitanje, kako treba oceniti okolnost, da bi P uz tačnu informaciju pristala na drugu operaciju.¹¹⁴²

To bi moglo govoriti za novi osnov isključenja protivpravnosti, a obrazloženje upućuje pre na nedostatak objektivnog uračunavanja pri pravu shodnom alternativnom ponašanju, ovde svakako na ravni protivpravnosti. Ovde se postavlja pitanje, da li je za isključenje uračunavanja dovoljno, da – in dubio pro reo – se može poći od pristanka. U svakom slučaju, treba se složiti sa mogućim isključenjem uračunavanja, jer u ovim slučajevima korektno prosvetćivanje “ne bi ništa donelo”. Hipotetička

¹¹³⁵ Tako se na zahtev za savesno (brižljivo) ispitivanje kao subjektivnu pretpostavku pretpostavljenog pristanka nailazi kod Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, S. 409.

¹¹³⁶ Kühl, Strafrecht AT, S. 262.

¹¹³⁷ Tako Kühl, Isto, S. 263.

¹¹³⁸ Isto, S. 263.

¹¹³⁹ Roxin navodi da potpuno odbacivanje pravna figura hipotetičkog pristanka nalazi kod Puppe-a. Njegov glavni argument je ovo, da pri priznavanju hipotetičkog pristanka, da bi „kaznenopravna zaštita pacijenta od nepotpunog prosvetćivanja bila ne samo praktično, nego i teoretski isključena. (Navedeno prema: Roxin, Strafrecht AT, S. 594, 595. Za odbacivanje pravnog instituta hipotetičkog pristanka uopšte se zalaže i Jäger, koji predlaže da se prihvati kažnjivost zbog telesnog povređivanja, kada operacija usledi bez prethodnog pravno delotvornog pristanka pacijenta. (Jäger, Zurechnung und Rechtfertigung, S. 26.)

¹¹⁴⁰ O tome vidi: 1. Wolfgang Mitsch, Die „hypothetische Einwilligung im Arztstrafrecht, Juristenzeitung, Heft 6, 2005., S. 279-285. 2. Philipp Bocker, Die „hypothetische Einwilligung im Zivil- und Strafrecht, Juristenzeitung, Heft 19, 2005. S. 925-932, 3. Lothar Kuhlen, Hypothetische Einwilligung und „Erfolgsrechtfertigung“, Juristenzeitung, Heft 14, 2005, S. 713-718, 4. Wolfgang Mitsch, Schlusswort zu Lothar Kuhlen, Hypothetische Einwilligung und „Erfolgsrechtfertigung“, JZ, 2005, S. 713., Juristenzeitung, Heft 14, 2005, S. 718., 5. Harro Otto, Einwilligung, mutmaßliche, gemutmaßte und hypothetische Einwilligung, Jura, Heft 10, 2004, S. 682-683., 6. Roxin, Strafrecht AT, S. 590-595.,

¹¹⁴¹ Kao dve merodavne objavljene sudske odluke Saveznog suda Nemačke o hipotetičkom pristanku Roxin navodi BGH NStZ 1996, 34 i BGH StrV 2004, 376., ali i treću odluku BGH JR, 2004, 469. (Roxin, Strafrecht AT, S. 593, 594.)

¹¹⁴² Tako Kühl, Strafrecht AT, S. 263.

promišljanja uvek pokazuju izvesnu nesigurnost. Važniji je prigovor, da zahvat uprkos zamišljenom hipotetičkom pristanku sadrži povređivanje prava na samoodređenje i stoga je protivpravan.¹¹⁴³

Radi boljeg razumevanja, ovde se navodi samo još jedan primer iz sudske prakse u kome nije primenjena pravna figura hipotetičkog pristanka. Naime, jedan i iz ugla suda jasan slučaj obradio je Savezni sud Nemačke. Ovde se lekaru vrh burgije slomio u kosti i ostao zaglavljen. Da ne bi morao otkriti ovu stručnu grešku, on je lažno prikazao druge okolnosti, koje je trebalo da obrazlože potrebu druge operacije. Ovde i Savezni sud kaže: “Na osnovu jasnih utvrđenja, prema kojima pacijent... ..nije dao pristanak na udaljenje slomljenog vrha burgije, nije bilo prostora za pretpostavku, da bi prosvেćivanje moglo otpasti stoga, jer bi pacijent u sprovedenom prosvеćivanju pristao, pri prosvеćivanju u skladu sa istinom.”¹¹⁴⁴

Prema našem mišljenju, u vezi osnovanosti postojanja hipotetičkog pristanka kao osnova opravdanja, može se tvrditi da je veoma problematična njegova legitimnost. Stoga, valja pratiti reč nauke i sudske prakse u negovoj daljoj obradi.

¹¹⁴³ Tako Kühl, isto, S. 264.

¹¹⁴⁴ Navedeno prema: Roxin, Strafrecht AT, S. 594.

6. PRISTANAK OŠTEĆENOG U SRPSKOM KRIVIČNOM PRAVU

Za pristanak oštećenog u našem krivičnom pravu se može reći da je sasvim nerazvijen pravni institut. Ipak, početne osnove ovom pravnom institutu su prihvaćene u teoriji, sudskoj i medicinskoj praksi, ali donekle i u zakonodavstvu. Stoga, postoji dovoljna osnova da se na ovom mestu iznesu određeni problemi naše nauke, zakonodavstva i prakse koji se odnose na ovaj pravni institut. Ovde se razmatraju sledeći problemi pravnog instituta pristanka: pristanak oštećenog u dosadašnjem pravu Srbije, pristanak oštećenog u našoj nauci krivičnog prava, polje primene pristanka u našoj praksi, razlikovanje na saglasnost i pristanak u našoj nauci krivičnog prava i značaj individualnog pravnog dobra, ustavnopravna osnova dejstvu pristanka u našem pravu, pristanak u oblasti vršenja medicinske delatnosti, pristanak u našoj sudskoj praksi.

Kao što je to u uvodu i navedeno, pravni institut pristanka oštećenog u našem dosadašnjem krivičnom pravu je donedavno išao sasvim drugim kolosekom nego što je to slučaj sa nemačkim, ali i uopšte sa pravima drugih zapadnih zemalja. Do trenutka raspada SFRJ, na slučajeve pristanka primenjivana su pravila instituta neznatne društvene opasnosti¹¹⁴⁵, dok se autonomija zanemarivala. To je bio odraz izrazito nadindividualističkih nazora u tadašnjem društvu i državi. U tom smislu je i krivično delo određivano kao društveno opasno delo.¹¹⁴⁶ Posebno se može uočiti da je u problemu osnova vršenja lekarskih operacija ova nadindividualistička crta naročito dolazila do izražaja, jer je taj osnov viđen u njegovoj društvenoj korisnosti koja onda ukazuje na nedostatak društvene opasnosti konkretno učinjenog lekarskog zahvata.¹¹⁴⁷ Danas, usled toga, nedostaje ne samo sudska praksa u primeni ovog instituta., nego, kao i u većini drugih zemalja, nema ni zakonske regulacije ovog instituta. U tom pogledu, u našem pozitivnom pravu, izuzetak je jedino Zakon o pravima pacijenata¹¹⁴⁸ Opšta pravila za pristanak, dejstvo i pretpostavke

¹¹⁴⁵ Tako Carić ističe da se u tadašnjoj teoriji pristanak povređenog vezuje za pojam neznatne društvene opasnosti. Po ovim mišljenjima, pristanak povređenog ukazuje na mali značaj dela, a ako su i pored toga i štetne posledice neznatne ili nisu nastupile, onda krivično delo ne postoji, ne zbog pristanka povređenog, već zbog neznatne društvene opasnosti. (Carić, Pojam pristanka povređenog i njegov značaj za kazneno zakonodavstvo, str. 184, 185.) I Đorđević ističe, da će na postojanje krivičnog dela pristanak uticati u onim slučajevima kada ova okolnost sa gledišta društvene opasnosti u toj meri utiče na značaj konkretno učinjenog dela da se ono može smatrati kao delo neznatne društvene opasnosti. (Đorđević, Krivičnopravni značaj pristanka povređenog, str. 6.)

¹¹⁴⁶ Iz literature tog vremena ovde izdvajamo članak o samom ovom pojmu društvene opasnosti, a na osnovu kojeg se, u stvari, formira i pojam neznatne društvene opasnosti kao nedostatak ili neznatnost u ostvarivanju upravo ovog materijalnog obeležja pojma krivičnog dela. Prema shvatanju koje je u njemu izraženo, kao društveno opasna smatraju se ona ponašanja koja ugrožavaju osnovne vitalne interese jugoslovenskog društva. Ili, to su ona ponašanja koja su uperena protiv socijalnih, ekonomskih, političkih i moralno-etičkih načela na temelju kojih je organizovana jugoslovenska socijalistička društvena i državna zajednica. (Mihajlovski, Pojam društvene opasnosti krivičnog dela, str. 532.) U ovom pravcu se može sagledati i i stav naše sudske prakse izražen u odluci Vrhovnog suda Jugoslavije br. 24/64 od 17.06.1964. godine. Prema tom stavu, „neprihvatljivo je stanovište žalbe, da bi se – u slučaju da jedna organizacija zapadne u finansijske teškoće – izlaz mogao tražiti u falsifikovanju dokumentacije i da bi sud mogao tako što da odobri ili da uvaži i da učinioca krivičnog dela oslobodi krivične odgovornosti. Pri tome je bez značaja da li se organ upravljanja saglasio ili nije da se čine falsifikati, pošto ni takva saglasnost ne može osloboditi krivične odgovornosti učinioca krivičnog dela, budući da, niko ne sme činiti ono što zna da predstavlja krivično delo, bez obzira da li se neko sa tim saglašava, ili mu čak i naređuje.“ (Navedeno prema: Slavoljub Carić, Pojam pristanka povređenog i njegov značaj za kazneno zakonodavstvo, str. 185.)

¹¹⁴⁷ Tako B. Čejović. (Navedeno prema: Tomković, Krivična djela tjelesnih povreda, str. 72.)

¹¹⁴⁸ Dakle, ova regulacija se odnosi na posebnu kategoriju delatnosti i strane koje se u toj delatnosti redovno javljaju. Reč je o medicinskoj delatnosti i s jedne strane o lekarima i drugim zdravstvenim radnicima, a s druge strane o pacijentima. Dakle, reč

njegovog dejstva u Krivičnom zakoniku Republike Srbije nisu sadržana. Tako, njegovo dejstvo se i kod nas može koreniti u načelu „volenti non fit iniuria“, te bi shodno tome i u našem pravu pristanak bio institut običajnog prava, uprkos činjenici da se na njega donedavno nije obraćala pažnja iz krivičnogpravnog ugla posmatranja. Stoga, smatramo da Srbija kao evropska država može tekovine evropskog prava, posebno rimskog prava, uzimati i kao osnove pravnih instituta koji postoje u našem pravnom sistemu, ugledajući se i na rešenja ovog problema u pravnim sistemima drugih evropskih država.

U našoj nauci krivičnog prava ovom pravnom institutu ni danas se ne posvećuje velika pažnja.¹¹⁴⁹ Kao centralni problem kod pristanka povređenog kao osnova isključenja protivpravnosti ističe se pitanje: gde

je o davaocima i korisnicima usluga zdravstvene zaštite. U taj zakon su unešene odredbe koje obezbeđuju autonomiju pacijenta (Zakon o pravima pacijenata, Službeni glasnik Republike Srbije br. 45/2013) Prema članu 1. ovog zakona: Ovim zakonom uređuju se prava pacijenata prilikom korišćenja zdravstvene zaštite, način ostvarivanja i način zaštite tih prava, kao i druga pitanja u vezi sa pravima i dužnostima pacijenata. Od opštih načela, vredna pomena su ona koja su sadržana u članu 3. ovog zakona. U stavu 1. člana 3. ovog zakona određuje se načelo jednakosti. Ova odredba glasi: Pacijentu se garantuje jednako pravo na kvalitetnu i kontinuiranu zdravstvenu zaštitu u skladu sa njegovim zdravstvenim stanjem, opšteprihvaćenim stručnim standardima i etičkim načelima, u najboljem interesu pacijenta i uz poštovanje njegovih ličnih stavova. U stavu 2. i 3. člana 3. ovog zakona stoji načelo koordinacije glavnih subjekata u ostvarivanju zdravstvene zaštite. Oni glase: stav 2. Ostvarivanje prava iz stava 1. ovog člana zasniva se na partnerskom odnosu pacijenta kao primaoca zdravstvenih usluga i zdravstvenog radnika, odnosno zdravstvenog saradnika kao davaoca zdravstvenih usluga. stav 3. Partnerski odnos iz stava 2. ovog člana podrazumeva uzajamno poverenje i poštovanje između pacijenta i zdravstvenog radnika, odnosno zdravstvenog saradnika na svim nivoima zdravstvene zaštite, kao prava i dužnosti partnera u tom odnosu. Prema navedenom, ovaj zakon reguliše odnose u oblasti zdravstvene zaštite. Ne tiče se drugih oblasti socijalnih zbivanja. Tako i autonomija odnosno sloboda pacijenta, koja je regulisana u sledećim odredbama ovog zakona, nema opšte, nego samo specijalno značenje. Prostor slobode zagarantovane ovim zakonom tiče se smeštanja pacijenta u odnose u zdravstvenoj zaštiti. U drugim oblastima života one nemaju bilo kakvo značenje. Ono što u oblasti zdravstvene zaštite, po pitanju autonomije pacijenta nije regulisano, ima se rešavati u duhu ovog zakona, te u duhu običajnogpravnog instituta pristanka oštećenog u Krivičnom pravu, koji institut predstavlja jezgro slobode. No, s druge strane, u meri u kojoj se primenjuju u toj posebnoj oblasti, odredbe ovog zakona tiču se i njihove primene u krivičnom pravu. Dakle, primena ovih odredaba se prostire samo u oblasti zdravstvene zaštite, dok običajnopравни institut pristanka nalazi primenu u drugim oblastima socijalnog života. Nasuprot tome, u krivičnom pravu, ako drugačije nije regulisano odredbama Zakona o pravima pacijenata, a ne radi se o oblasti zdravstvene zaštite, imamo primenu običajnogpravnog instituta pristanka oštećenog u krivičnom pravu. Može se reći, da se ovde dosledno sprovodi princip jedinstva pravnog poretka, i to bez obzira na to koje se maksimalno dejstvo pridaje pristanku oštećenog u krivičnom pravu, da li kao osnovu isključenja bića dela ili kao osnovu isključenja protivpravnosti. (O sličnom problemu se izjašnjava Knauer, pri čemu on polazi od toga da se prema vladajućem mišljenju maksimalno dejstvo pristanka oštećenog u krivičnom pravu iscrpljuje u isključenju protivpravnosti, te bi tako pristanak morao slediti jednake pretpostavke u svim pravnim područjima. No, valja imati u vidu i to, da onaj ko primenjuje kazneno pravo, pred očima mora imati ustavne granice i „ultima-ratio“ princip. U tom smislu, u pogledu lekarevog prosvetavanja pacijenta, vidi: Knauer, Ärztlicher Heileingriff, Einwilligung und Aufklärung, S. 22., 23.) Ono što je u ovom zakonu načelno, jeste odnos koordinacije između lekara i pacijenta. Taj odnos se, u suštini, može odrediti tako što se postavlja upravna srazmera između znanja lekara i slobode pacijenta. Što je veće znanje lekara (pod uslovom da je ono u celosti u bitnim momentima saopšteno pacijentu), to je veća realna sloboda pacijenta. I obratno, što je manje znanje lekara, to je manja realna sloboda pacijenta. Ovaj odnos u obrnutoj srazmeri se ne može uspostaviti. Naime, to stoga što se pravno sloboda pacijenta tiče kako oblasti pokrivenih znanjem lekara, tako i oblasti koje tim znanjem nisu pokrivene. Odredbe tog Zakona o pravima pacijenata koje se neposredno tiču slobode pacijenta su ovde navedene dalje po redu i kako glase. Član 7. Pravo na informacije. stav 1. Pacijent ima pravo na sve vrste informacija o stanju svoga zdravlja, zdravstvenoj službi i načinu kako je koristi, kao i na sve informacije koje su na osnovu naučnih istraživanja i tehnoloških inovacija dostupne. stav 2. Pacijent ima pravo na informacije o pravima iz zdravstvenog osiguranja i postupcima za ostvarivanje tih prava. stav 3. Pacijent ima pravo da informacije iz st. 1. i 2. ovog člana, dobije blagovremeno i na način koji je u njegovom najboljem interesu. stav 4. Pacijent ima pravo na informaciju o imenu i prezimenu i profesionalnom statusu zdravstvenih radnika, odnosno zdravstvenih saradnika koji učestvuju u preduzimanju medicinskih mera i postupku njegovog lečenja uopšte. Član 11. stav 1. Pacijent ima pravo da od nadležnog zdravstvenog radnika blagovremeno dobije obaveštenje, koje mu je potrebno kako bi doneo odluku da pristane ili ne pristane na predloženu medicinsku meru. stav 2. Obaveštenje iz stava 1. ovog člana obuhvata: 1) dijagnozu i prognozu bolesti; 2) kratak opis, cilj i korist od predložene medicinske mere, vreme trajanja i moguće posledice preduzimanja,

povući granicu između krivičnih dela za koje je društvo apsolutno zainteresovano i onih gde bi se eventualno pasivnom subjektu moglo dozvoliti da isključi protivpravnost¹¹⁵⁰. Pri tome, zainteresovanost društva se uočava kod nekih ličnih dobara koja se rangiraju veoma visoko, tako što se ističe da tu postoji izrazit društveni interes, tako da se ne bi moglo prepustiti pojedincima da o njima odlučuju iako su oni njihovi neposredni nosioci (na primer, pravo na život).¹¹⁵¹ Na ovaj način, u našoj nauci uočen je sam značaj nosilaštva individualnih pravnih dobara za dejstvo pristanka oštećenog u krivičnom pravu, ali i značaj odnosa personalnih i transpersonalnih interesa u postavljanju objektivnih granica dejstvu pristanka oštećenog u krivičnom pravu. Time je obrazovana dobra polazna osnova za obradu ovog pravnog instituta i u našoj nauci krivičnog prava. Ipak, naša nauka, može se reći, ovaj pravni institut ne posmatra kao

odnosno nepreduzimanja predložene medicinske mere; 3) vrstu i verovatnoću mogućih rizika, bolne i druge sporedne ili trajne posledice; 4) alternativne metode lečenja; 5) moguće promene pacijentovog stanja posle preduzimanja predložene medicinske mere, kao i moguće nužne promene u načinu života pacijenata; 6) dejstvo lekova i moguće sporedne posledice tog dejstva. stav 3. Obaveštenje iz stava 1. i 2. ovog člana nadležni zdravstveni radnik dužan je dati pacijentu i bez traženja. stav 4. Obaveštenje daje nadležni zdravstveni radnik usmeno i na način koji je razumljiv pacijentu, vodeći računa o njegovoj starosti, obrazovanju i emocionalnom stanju. Ako nadležni zdravstveni radnik proceni da pacijent, iz bilo kog razloga, ne razume dato obaveštenje, obaveštenje se može dati članu pacijentove uže porodice. stav 5. Ako pacijent ne poznaje jezik koji je u službenoj upotrebi na teritoriji zdravstvene ustanove, mora mu se obezbediti prevodilac, a ako je pacijent gluvonem, mora mu se obezbediti tumač, u skladu sa zakonom. stav 6. Pacijent se može odreći prava na obaveštenje, osim obaveštenja o tome da je predložena medicinska mera potrebna i da nije bez znatnog rizika, odnosno da je rizično njeno nepreduzimanje. stav 7. Nadležni zdravstveni radnik može, izuzetno, prećutati dijagnozu, tok predložene medicinske mere i njene rizike, ili obaveštenje o tome umanjiti, ako postoji ozbiljna opasnost da će obaveštenjem znatno naškoditi zdravlju pacijenta. U tom slučaju obaveštenje se mora dati članu uže porodice pacijenta. stav 8. U postupku ostvarivanja zdravstvene zaštite, dete koje je sposobno za rasuđivanje, bez obzira na godine života, ima pravo na poverljivo savetovanje i bez pristanka roditelja, kada je to u najboljem interesu deteta. stav 9. Pacijent, odnosno zakonski zastupnik ima pravo na obaveštenje i uvid u troškove lečenja pacijenta. stav 10. Nadležni zdravstveni radnik u medicinsku dokumentaciju unosi podatak da je pacijentu, članu uže porodice, odnosno zakonskom zastupniku, dao obaveštenje o podacima iz st. 1. i 2. ovog člana. Član 12. Pacijent ima pravo na slobodan izbor doktora medicine, odnosno doktora stomatologije, zdravstvene ustanove, kao i slobodan izbor predloženih medicinskih mera, u skladu sa zakonom kojim se uređuje oblast zdravstvene zaštite i zakonom kojim se uređuje oblast zdravstvenog osiguranja. U članu 13. predviđeno je pravo pacijenta na drugo stručno mišljenje, a u članu 14 pravo pacijenta na privatnost i poverljivost. Pravo na pristanak je regulisano u odredbama članova od 15. do i zaključno sa članom 19. ovog zakona. Član 15. stav 1. Pacijent ima pravo da slobodno odlučuje o svemu što se tiče njegovog života i zdravlja, osim u slučajevima kada to direktno ugrožava život i zdravlje drugih lica. stav 2. Bez pristanka pacijenta ne sme se, po pravilu, nad njim preduzeti nikakva medicinska mera. stav 3. Medicinska mera protivno volji pacijenta, odnosno zakonskog zastupnika deteta, odnosno pacijenta lišenog poslovne sposobnosti, može se preduzeti samo u izuzetnim slučajevima, koji su utvrđeni zakonom i koji su u skladu sa lekarskom etikom. Član 16. stav 1. Pacijent može dati pristanak na predloženu medicinsku meru izričito (usmeno ili pismeno), odnosno prećutno (ako se nije izričito protivio). stav 2. Za preduzimanje predložene invazivne dijagnostičke i terapijske medicinske mere, neophodan je pismeni pristanak pacijenta, odnosno njegovog zakonskog zastupnika. stav 3. Pacijenta ne obavezuje pristanak kome nije prethodilo potrebno obaveštenje u skladu sa članom 11. ovog zakona, a nadležni zdravstveni radnik koji preduzima medicinsku meru, u tom slučaju snosi rizik za štetne posledice. stav 4. Pristanak na predloženu medicinsku meru pacijent može opozvati (usmeno ili pismeno), sve dok ne započne njeno izvođenje, kao i za vreme trajanja lečenja, pod uslovima propisanim ovim zakonom. stav 5. Pacijent ima pravo da odredi lice koje će u njegovo ime dati pristanak, odnosno koje će biti obavešteno o preduzimanju medicinskih mera, u slučaju da pacijent postane nesposoban da donese odluku o pristanku. Član 17. stav 1. Pacijent, koji je sposoban za rasuđivanje, ima pravo da predloženu medicinsku meru odbije, čak i u slučaju kada se njome spasava ili održava njegov život. stav 2. Nadležni zdravstveni radnik dužan je da pacijentu ukaže na posledice njegove odluke o odbijanju predložene medicinske mere, i da o tome od pacijenta zatraži pismenu izjavu koja se mora čuvati u medicinskoj dokumentaciji, a ako pacijent odbije davanje pismene izjave, o tome će sačiniti službenu belešku. stav 3. U medicinsku dokumentaciju nadležni zdravstveni radnik upisuje podatak o pristanku pacijenta, odnosno njegovog zakonskog zastupnika na predloženu medicinsku meru, kao i o odbijanju te mere. Član 18. stav 1. Nad pacijentom koji je bez svesti ili iz drugih razloga nije u stanju da saopšti svoj pristanak, hitna medicinska mera može se preduzeti i bez njegovog pristanka, o čemu će se obavestiti članovi uže porodice, uvek kada je to moguće. stav 2. Medicinska mera iz stava 1. ovog člana u zdravstvenoj ustanovi, preduzima se na osnovu konzilijarnog nalaza. stav 3. Ako zakonski zastupnik deteta, odnosno pacijenta lišenog poslovne sposobnosti nije dostupan ili odbija predloženu hitnu medicinsku meru, hitna medicinska mera

instrument odelotvorenja slobode, što on jeste po svojoj suštini. Prema našem mišljenju, u vezi ove suštinske odrednice pristanka kao instrumenta odelotvorenja slobode, sloboda koja se ostvaruje pristankom nosioca individualnog pravnog dobra treba da bude osnovna linija vodilja i u naučnoj obradi ovog pravnog instituta.

U starijoj srpskoj literaturi iz predsocijalističkog vremena se može istaći pokušaj aktuelizovanja tematike pristanka oštećenog u krivičnom pravu koji se tako poklapa sa vremenom njegove aktuelnosti u starijoj stranoj, nemačkoj književnosti. Prema tome, pristanak oštećenog kod telesne povrede i ubistva po tadašnjem srpskom Kaznenom zakoniku isključuje protivpravnost.¹¹⁵² Čak je u tom pokušaju sadržano i shvatanje koje i danas ima presudan značaj za dejstvo pristanka povređenog u krivičnom pravu, da pristanak povređenog ne isključuje protivpravnost kod svakog krivičnog dela, nego su tu zakonodavci kod raznih krivičnih dela činili razlikovanja s obzirom na odnos privatnog i javnog interesa u jačini njihove zainteresovanosti za održanje nepovredivosti raznolikih pravno zaštićenih interesa.¹¹⁵³ No, u prvi mah, ovo shvatanje nije naišlo na prihvatanje u našoj teorijskoj misli, jer se tvrdilo da je shvatanje o tome da pristanak povređenog isključuje protivpravnost pogrešno zbog pogrešnog razumevanja pojedinih inkriminacija u tadašnjem pozitivnom pravu.¹¹⁵⁴

Ipak, ovo starije shvatanje o dejstvu pristanka koji isključuje protivpravnost i njegova zasnovanost u odnosu personalnih i transpersonalnih interesa, kako je gore navedeno, je tek nakon proteka dužeg vremenskog perioda ponovo ušla u našu savremenu nauku krivičnog prava, i to bez osporavanja. Stoga,

može se preduzeti, ako je to u najboljem interesu pacijenta. stav 4. Ako se tokom operativnog zahvata pojavi potreba za njegovim proširenjem, koji se nije mogao pretpostaviti, proširenje operativnog zahvata može se obaviti samo ako je, na osnovu procene doktora medicine, odnosno doktora stomatologije koji preduzima taj zahvat, on neodložno potreban. Član 19. stav 1. Ako je pacijent dete ili je lišen poslovne sposobnosti, medicinska mera može se preduzeti, uz pristanak njegovog zakonskog zastupnika, koji je prethodno obavešten u smislu člana 11. ovog zakona. stav 2. Nadležni zdravstveni radnik, odnosno zdravstveni saradnik dužan je da omogući da dete, odnosno pacijent lišen poslovne sposobnosti i sam bude uključen u donošenje odluke o pristanku na predloženu medicinsku meru, u skladu sa njegovom zrelošću i sposobnošću za rasuđivanje. stav 3. Nadležni zdravstveni radnik, koji smatra da zakonski zastupnik pacijenta ne postupa u najboljem interesu deteta ili lica lišenog poslovne sposobnosti, dužan je da o tome odmah obavesti nadležni organ starateljstva. stav 4. Dete, koje je navršilo 15 godina života i koje je sposobno za rasuđivanje može samostalno dati pristanak na predloženu medicinsku meru, uz prethodno obaveštenje iz člana 11. ovog zakona. stav 5. Ako dete, koje je navršilo 15 godina života i koje je sposobno za rasuđivanje, odbije predloženu medicinsku meru, nadležni zdravstveni radnik dužan je da pristanak zatraži od zakonskog zastupnika.

¹¹⁴⁹ Tako Stojanović ovom institutu posvećuje praktično jednu stranicu svog udžbenika. (Vidi: Stojanović, Krivično pravo opšti deo, str. 159, 160. U okviru svog Komentara Krivičnog zakonika ovaj autor o pristanku vodi računa jedino posredno, prilikom izlaganja o krivičnom delu lišavanja života iz samilosti iz čl. 117. KZ, pri čemu u stvari on i ističe da "sam pojam zahteva podrazumeva uticanje na volju učinioca. Nije dovoljno obično pristajanje, saglašavanje pasivnog subjekta." (Stojanović, Komentar Krivičnog zakonika, str. 344.) Stojanović ovde ne ističe čak ni činjenicu da je ovom inkriminacijom u stvari postavljena objektivna granica pristanku oštećenog, pasivnog subjekta.

¹¹⁵⁰ Tako Zoran Stojanović, Krivično pravo opšti deo, str. 159.

¹¹⁵¹ Isto, str. 159.

¹¹⁵² Vidi o tome više u delu: Živanović, Dejstvo pristanka povređenog kod telesne povrede i ubistva po srpskom Kaznenom zakoniku, str. 314-318.

¹¹⁵³ Isto, str. 314.

¹¹⁵⁴ O ovome vidi više u: Marković, Pristanak povređenoga ne isključuje protivpravnost, str. 45, 46. Ovo neprihvatanje Živanović argumentovano odbacuje u: Živanović, Pristanak povređenog isključuje protivpravnost, str. 236-240. No, i nakon davanja sasvim argumentovanog i ispravnog stava, Živanovićovo mišljenje opet nailazi na neprihvatanje u: Lončarević, Pristanak povređenog ne ništi protivpravnost, str. 548-551. To neprihvatanje se ponavlja i bezmalo 20 godina kasnije u: Kulaš, Pristanak povređenoga, str. 20-23.

smatramo da je opravdano bavljenje ovim aspektom problema u ovom radu. Naime, kao instrument odelotvorenja slobode, kako je to prikazano i prethodno u ovom radu¹¹⁵⁵, pristanak može biti osujećen u ostvarenju svoje svrhe, da predstavlja sredstvo širenja individualne slobode, na veoma različite načine, pri čemu u tom zaprečavanju dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu može doći do izražaja degradiranje čoveka. Tako, kao u našoj nauci izvesno mlad, relativno skoro prihvaćen pravni institut, pristanak zaslužuje najviše pažnje u pogledu očuvanja čovekovog subjektiviteta po ugledu na zapadnu kulturnu tradiciju i pravničku misao o slobodi, pravdi i pristanku. U tom pravcu, zakonodavac je dao dovoljan impuls normativnim obezbeđenjem slobode pacijenta, u okviru obavljanja medicinske delatnosti i zdravstvene zaštite uopšte, u Zakonu o pravima pacijenata Republike Srbije. Nauka, sudska i medicinska praksa bi trebalo da pozitivno odgovore na ovaj impuls. U tome, smatramo, najveću ulogu ima Medicinsko pravo, koje je i ranije ušlo u teorijske i praktične probleme vezane za institut pristanka oštećenog u krivičnom pravu.¹¹⁵⁶ U oblasti medicine, značajno je da mogućnost nanošenja telesnih povreda pri lekarskim intervencijama i pri sportskim takmičenjima ukazuje na nužnost primene instituta pristanka povređenog kod utvrđivanja odgovornosti za nanete povrede.¹¹⁵⁷

Kao najšire polje primene pristanka u našoj praksi, može se navesti oblast medicine (telesnih povreda) i oblast oštećenja tuđe stvari. Ukazujući ovde na medicinsku praksu koju smo kod nas uočili, da se pacijentu već po njegovom smeštanju u određeno bolničko odeljenje, radi potpisivanja, predaje obrazac na kojem stoji da pacijent pristaje na sve mere i zahvate koji će se nad njim eventualno vršiti, ističemo da je ova praksa sasvim pogrešna. Jer, prosvetavanje pacijenta mora uslediti konkretno i u odnosu na konkretan operativni ili drugi zahvat. Na tom obrascu nema čak ni reči o prosvetavanju. S druge strane, pristanak na neodređenu medicinsku meru dat za budućnost ne može proizvesti svoje dejstvo. On je dat apstraktno i u neznanju pacijenta o njegovom budućem tretmanu u bolničkoj ustanovi. Najčešće, u tom trenutku kada pacijent potpisuje izjavu o pristanku (odmah nakon prijema u bolnicu) čak ni lekari ne mogu sasvim izvesno znati koje i kakve mere će prema njemu biti preduzete.

Svakako, može se tvrditi, da je u našoj nauci krivičnog prava izražena i misao o razlikovanju na saglasnost i pristanak, uprkos činjenici da se ona ne ogleda u ovakvom terminološkom razlikovanju ova dva pravna instituta. Ipak je razlika među njima jasno i suštinski uočljiva kao obuhvat različitih vidova pristanka na normativnom nivou.¹¹⁵⁸ Prema našem mišljenju, naročito bi trebalo obratiti pažnju na samostalnost opšteg pravnog instituta pristanka i saglasnost kao nesamostalan institut čije dejstvo i pretpostavke dejstva treba iznalaziti tumačenjem pojedinog krivičnog dela s osloncem na ustavni princip

¹¹⁵⁵ Misli se najpre na deo III, 5., c) ovog rada o ugnježdenju dejstva pristanka oštećenog u različite krivičnopravne koncepcije.

¹¹⁵⁶ Mesto mnogih teoretičara koji su se bavili ovim problemima iz ugla Medicinskog prava ovde navodimo: Radišić, Medicinsko pravo, Beograd 2004, str. 72-87.

¹¹⁵⁷ Petrović, Telesne povrede i pristanak povređenog, str. 133.

¹¹⁵⁸ Tako u našoj starijoj literaturi čini Živanović, Osnovi Krivičnog prava I, opšti deo, Beograd, 1910, str. 110, 111. U našoj savremenoj nauci Krivičnog prava ovakvo razlikovanje izražava Stojanović, koji ističe da pristanak oštećenog kao opšti institut treba razlikovati od slučajeva kada jednostavno nisu ispunjeni elementi nekog krivičnog dela zato što pristanak lica prema kome se neke radnje preduzimaju isključuje prinudu kao bitan elemenat tih krivičnih dela (npr. pristanak je nespojiv sa krivičnim delom razbojništva, prinude, silovanja, iznude itd), ili se zbog pristanka delo ne vrši neovlašćeno, što je kod nekih krivičnih dela obavezan elemenat (npr. krivično delo povrede tajnosti pisama ili drugih pošiljki ili neovlašćeno otkrivanje tajne od strane advokata ili lekara). (Stojanović, Krivično pravo opšti deo, str. 159.)

zakonitosti. Pri tome, treba imati u vidu da dejstvo i pretpostavke pristanka, s obzirom na specifičnosti pojedine inkriminacije, ne moraju biti iste pri tumačenju različitih inkriminacija.

U pogledu našeg krivičnog zakonodavstva, smatramo nužnim isticanje osnovne jedinice koja opredeljuje u kojim inkriminacijama treba tražiti mogućnost dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu, ali i saglasnosti. To je individualno pravno dobro. U obzir za primenu instituta pristanka ili saglasnosti dolaze pojedina krivična dela u kojima je zaštićeno isključivo pojedinčevo individualno pravno dobro. Tada je reč o mogućem maksimalnom dejstvu pristanka koji isključuje protivpravnost ili saglasnosti koja isključuje biće dela. Individualno pravno dobro kao merodavna smernica za primenu instituta pristanka oštećenog u krivičnom pravu treba da bude osnova i u zasnivanju dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu, ali i u tumačenjima koja se tiču pretpostavki pristanka oštećenog u krivičnom pravu. Tako, jednako kao i u nemačkom pravu, i kod nas bi individualno pravno dobro trebalo tumačiti na pravnodogmatski dosledan i legitiman način.

Ustavnopravna osnova dejstvu pristanka oštećenog u našem krivičnom pravu na koju naleže običajnopravna izreka „volenti non fit iniuria“ je, u suštini jednaka ovoj ustavnopravnoj osnovi kako je ona određena u nemačkim ustavnopravnim rešenjima. Tako, u članu 19 Ustava Republike Srbije je predviđeno sledeće: Jemstva neotuđivih ljudskih i manjinskih prava u Ustavu služe očuvanju ljudskog dostojanstva i ostvarenju pune slobode i jednakosti svakog pojedinca u pravednom, otvorenom i demokratskom društvu, zasnovanom na načelu vladavine prava. Član 23. Ustava Republike Srbije glasi: Ljudsko dostojanstvo je neprikosnoveno i svi su dužni da ga poštuju i štite. Svako ima pravo na slobodan razvoj ličnosti, ako time ne krši prava drugih zajemčena ustavom.

Ovim ustavnim odredbama je na jasan i nedvosmislen način određeno da osnovu našeg društva čine sloboda i pravda, dok je ljudsko dostojanstvo stavljeno na veoma visoko mesto u ustavnom poretku vrednosti. Za ljudsko dostojanstvo se vezuju neotuđiva ljudska prava i slobode. Ljudsko dostojanstvo je na taj način i u našem pravu postalo vrednost koja, kao primarna, stoji iznad drugih vrednosti. To govori i o veoma visokom mestu lica u našem pravnom poretku. Stoga smatramo da i u našem pravnom poretku ljudsko dostojanstvo ne samo da u sebi implicite sadrži i pravo čoveka na samoodređenje, nego se prema tome i kod nas mora voditi računa o veoma visoko određenoj ulozi sopstvene vrednosti ličnosti.

Na rešenja koja se tiču pravnog instituta pristanka u našem pravu, ove ustavne odredbe bi trebale imati odlučujući značaj. Tako, smatramo da, s obzirom na ove ustavne odredbe, i u našem pravu osnovni topos treba da bude topos ličnosti. Pri tome, ovo bi se trebalo odraziti i na shvatanje pravnog dobra. Jer personalni pojam pravnog dobra bi sa njima bio sasvim usklađen,

Prema našem mišljenju, ove odredbe ustava je zakonodavac u visokoj meri uvažio i konkretizovao za oblast vršenja medicinske delatnosti. Smatramo da Zakon o pravima pacijenata, svojim rešenjima, ukazuje na visok stepen poštovanja pacijenta i njegovog ljudskog dostojanstva. U odredbi člana 15. st. 1. ovog zakona je predviđeno da pacijent ima pravo da slobodno odlučuje o svemu što se tiče njegovog života i zdravlja, osim u slučajevima kada to direktno ugrožava život i zdravlje drugih lica. U st. 2 istog člana stoji da se bez pristanka pacijenta, po pravilu, ne sme preduzeti nikakva medicinska mera. Pored toga, u odredbi čl. 17. stav 1 ovog zakona je predviđeno da pacijent koji je sposoban za rasuđivanje ima

pravo da predloženu medicinsku meru odbije, čak i u slučaju kada se njome spašava ili održava njegov život. Ove odredbe Zakona o pravima pacijenata jasno ukazuju na visok stepen uvažavanja volje pacijenta od strane zakonodavca. Jer, sam pristanak je predviđen kao uslov bez koga se ne može preduzeti nijedna medicinska mera, dok s druge strane, pacijentu je u punoj meri priznato pravo na uskraćivanje pristanka. Pored toga, smatramo kao specifičnosti ovog zakona regulaciju slučajeva koji su, u stvari, situacije koje se odnose na pretpostavljeni i hipotetički pristanak. U odredbi člana 18. st. 1. ovog zakona određen je pretpostavljeni, a u odredbi čl. 18. stav 4. ovog zakona. hipotetički pristansk. Mišljenja smo da su ovim odredbama sasvim jasno regulisani pretpostavljeni i hipotetički i pretpostavljeni pristanak za oblast u kojoj se inače najviše i praktikuju. Jer, oni na odgovarajući, obuhvatan način postavljaju situacije za slučaj čijeg nastupanja je predviđena primena ova dva instituta. Odredba čl. 18, st. 1 ovog zakona glasi: Nad pacijentom koji je bez svesti, ili iz drugih razloga nije u stanju da saopšti svoj pristanak, hitna medicinska mera može se preduzeti i bez njegovog pristanka, o čemu će se obavestiti članovi uže porodice, uvek kada je to moguće. Odredba čl. 18. st. 4. ovog zakona glasi: Ako se tokom operativnog zahvata pojavi potreba za njegovim proširenjem, koji se nije mogao pretpostaviti, proširenje operativnog zahvata može se obaviti samo ako je, na osnovu procene doktora medicine, odnosno doktora stomatologije koji preduzima taj zahvat, on neodložno potreban.

Pristanak u našoj sudskoj praksi, s obzirom da je on kod nas mlad pravni institut, može se posmatrati tako, da se njegova primena pojavljuje u manjem broju slučajeva u kojima sudska praksa ima potrebu da zauzima određeni stav o spornim pitanjima. Pre svega, treba reći da je sudska praksa kod nas do sada bila okrenuta slučajevima na koje se odnosi tzv. saglasnost. To su u sudskoj praksi najčešće bili slučajevi koji predstavljaju neko od krivičnih dela protiv polne slobode iz glave Osamnaeste krivičnog zakonika RS. S obzirom da ta sudska praksa postoji već dugi niz godina, i bez obzira na noviju pojavu primene instituta pristanka, ovde se može samo konstatovati, da se ona, što smatramo ispravnim stavom naše sudske prakse, svodi na tumačenje pojedinog bića krivičnog dela protiv polne slobode. Time bi, može se reći sasvim opravdano institut saglasnosti imao značaj nesamostalnog instituta saglasnosti, tako da smatramo suvišnim isticanje pojedinih problema u vezi primene saglasnosti u našoj sudskoj praksi.

S druge strane, ipak se u našoj sudskoj praksi započelo s primenom instituta pristanka i zauzeti su određeni stavovi po nekim pitanjima u primeni ovog instituta, no nalazimo kao primereno navesti za to najpre slučajeve telesnih povreda u sportskim takmičenjima, ali i još neke slučajeve iz naše sudske prakse.

Može istaći posebnost primene pravnog instituta pristanka u slučajevima krivičnog dela telesne povrede u sportskim aktivnostima. U ovoj oblasti smo čak naišli na više sudskih odluka iz prakse naših sudova. Sudska praksa u jednom takvom slučaju zauzima sledeći stav: Ne može se primeniti pravni institut pristanka povređenog, kada optuženi prilikom utakmice u malom fudbalu udari oštećenog pesnicom i nanese mu tešku telesnu povredu. U obrazloženju Presude se nalaze sledeći navodi: Optuženi je, revoltiran padom na terenu zbog podmetnute noge od strane oštećenog, podigavši se sa zemlje udario oštećenog pesnicom u predelu lica i naneo mu tešku telesnu povredu... Nesporno je da učesnici u sportskoj igri pristaju i prihvataju da u žaru sportske borbe eventualno budu i povređeni. Ali u konkretnom slučaju fudbalski sudija je zbog prekršaja oštećenog dao znak za prekid igre, a postupak optuženog koji je nakon toga prišao i udario oštećenog u predelu lica nikako se ne može smatrati slučajnošću ni reakcijom u žaru sportske borbe, već njegovom namerom da se osveti oštećenom za sportski prekršaj koji je ovaj nad njim prethodno načinio. Neprikladna su poređenja nastale povrede sa povredama zadobijenim u sportovima kao što su boks, karate i slično, koje branilac navodi u nameri da tešku telesnu povredu nanetu oštećenom prikaže kao uobičajenu za fudbalsku utakmicu. (Presuda Okružnog suda u Beogradu, Kž. 240/2000).

U drugom takvom slučaju je, iako u predmetu vođenom po tužbi za naknadu štete, ipak zauzet stav za koji se može smatrati da ima opštije značenje i da se tako može primeniti i u tzv. krivičnim predmetima, dakle u slučajevima pristanka na telesno povređivanje u sportu uopšte. On glasi: Kada je oštećeni bio registrovan kao igrač amater i član sportskog kluba, a nije imao svojstvo profesionalnog sportiste i pretrpi telesnu povredu na treningu na igralištu tuženika, bez kontakta sa drugim igračima, tada se radi o pristanku oštećenog, pa je tužbeni zahtev tužioca za naknadu štete neosnovan jer se ni u kom slučaju ne radi o tzv. sportskoj povredi. (Stav iz presude Okružnog suda u Užicu, Gž. 1393/2008.

U ova dva slučaja se, smatramo, radi o dva slučaja u kojima se vrši razgraničenje sfera primene specifičnih slučajeva primene sportskih pravila igre od sfera primene opštih odredbi zakona o krivičnom delu telesne povrede i onih o (ne)deliktnoj radnji u Građanskom pravu. Prema našem mišljenju zauzeti stavovi su sasvim osnovani samo u prvom slučaju, jer u prvom slučaju se u konkretnom slučaju uopšte ne radi o sportskoj povredi, pa se ne može smatrati da je ona nanescena u sportu, a tako ni da je pokrivena pristankom povređenog na povredu koju zadobije u sportu. Ovde se činjenično razjašnjenje ticalo same primene prava i sam interaktivni odnos učesnika događaja ispravno podveo pod normativnu sferu regulacije van sporta u kojoj se tako ni pravni institut pristanka ne bi mogao primeniti svodeći ga na pristanak na sportsku povredu. U drugom slučaju se na drugi način, polazeći od potreba koje nalažu pravila odredbi Zakona o obligacionim odnosima, takođe došlo do razgraničenja sfera primene instituta pristanka. U ovom slučaju je takođe izostao intersubjektivitet odnosa, i u primeni krivičnog prava, to bi bilo dovoljno da izostane krivica, nedostaje učinilac, reč je o samopovređivanju. Međutim, pravila o objektivnoj odgovornosti u građanskom pravu su nalagala upravo suprotno nastrojeno izvođenje dokaza radi utvrđivanja drugih činjenica. Smatramo da je ovde izvođenje dokaza bilo pogrešno upravljeno, te je stoga i samo izvođenje zaključka o postojanju pristanka irelevantno za sporni slučaj. Prema našem mišljenju, ovde se trebalo dokazivati ili osporavati postojanje neke okolnosti koja bi imala uticaja na postojanje ili nepostojanje objektivne odgovornosti. (na primer nedovoljno stanje zaravnjenosti terena i sl.)

Iako doneta u tzv. građanskom predmetu, Presuda Vrhovnog suda Srbije Gž. 2756/77, u pogledu sada važećeg prava bi govorila za primenu pravnog instituta pristanka oštećenog u krivičnom pravu i tako isključenje postojanja krivičnog dela. Naime, radi se o stavu iz navedene presude koji glasi: Kad putnik zna da je vozač u alkoholisanom stanju, i pristane na vožnju, onda u slučaju nastanka štete do koje je došlo krivicom alkoholisanog lica postoji podeljena odgovornost vozača i oštećenog putnika, jer se ima uzeti da je putnik prihvatanjem vožnje svesno preuzeo rizik mogućeg nastanka štetnih posledica.

U prilog tvrdnje o specifičnostima primene saglasnosti, govori stav sudske prakse u kome stoji: Za postojanje krivičnog dela neovlašćenog korišćenja tuđeg vozila iz čl. 213. st. 1 KZ-a, nije nužno dokazati koje je mere oštećeni – vlasnik vozila preduzeo, da bi zaštitio svoje vozilo. (Presuda Osnovnog dsuda u Čačku K. 234/15 i Presuda višeg suda u Čačku Kž. 232/15) (Ovde je lice koje je dobilo otkaz u pravnom licu, nakon toga koristilo vozilo. Konkretno sud je bio mišljenja da ovlašćenje na korišćenje vozilima dato ranije, više ne važi za lice koje nakon toga ne radi kod tog pravnog lica. Samo ovlašćenje na korišćenje prestalo je da važi aktom davanja otkaza tom licu.

Na kraju navodimo slučaj iz naše sudske prakse, u kome dolazi do kolizije između odredaba Zakona o pravima pacijenata i odredaba Zakona o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti. Ovde se svakako radi o utvrđenju značaja javnih i personalnih interesa, tako da je stoga veoma značajan stav naše sudske prakse o ovom pitanju. Naime, prema tom stavu, obavezna vakcinacija je svakako jedan od izuzetnih slučajeva koji

su utvrđeni zakonom i u javnom je interesu. Sa druge strane međutim postoji i pravo pojedinca da odlučuje o svom sopstvenom životu i da odbije i vitalno indikovanu medicinsku meru. Ovo pravo pojedinca je tako jasno izraženo u Zakonu o pravima pacijenata da zakonodavac propisujući kaznene odredbe u Zakonu o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti, nije uspostavio pojedinačnu kaznenu odredbu samo za slučaj odbijanja vakcinacije, već je sve obaveze pokrio istom, opštom kaznenom odredbom. U tom smislu i sudovi treba da budu vrlo pažljivi prilikom tumačenja odredbi Zakona o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti. i Zakona o pravima pacijenata u ovakvim slučajevima. Ova odluka Vrhovnog suda Srbije je, smatramo pravnodogmatski sasvim dosledno donesena i u njoj se pravilno utvrđuje način na koji je zakonodavac trebao da ograniči pravo pacijenta na odbijanje vakcinacije. Uz to, sasvim je ispravno uočen i značaj odnosa javnih i personalnih interesa za dejstvo pristanka odnosno u ovom konkretnom slučaju za dejstvo uskraćivanja pristanka na obaveznu vakcinaciju. Zbog ovakvog stava naše sudske prakse u ovom konkretnom slučaju, smatramo da postoje jasno i opravdano fundirani stavovi o samom zasnivanju dejstva pristanka oštećenog u krivičnom, a u ovom konkretnom slučaju prekršajnom, pravu. Stoga, čini se opravdanim očekivanje da u našoj sudskoj praksi uskoro dođe do jasnog uobličavanja ovog pravnog instituta, a s obzirom da su stavovi o nesamostalnoj saglasnosti jasno izraženi u dosadašnjoj sudskoj praksi.

U pogledu na pravni institut pristanka oštećenog u našem pravu uopšte, na osnovu izloženog možemo zaključiti da je njegov život započet na ispravan način u svim sferama, u nauci i sudskoj praksi. Prema tome, može se očekivati postupna izgradnja pravila o pristanku, kako u nauci, tako i u sudskoj praksi. Ovo naročito s obzirom da je pravnom institutu pristanka u našem pravu data prikladna ustavna osnova u odredbama o ljudskom dostojanstvu, slobodi i određenju normativne težnje da naše društvo počiva na principu pravde, kao pravedno društvo.

ZAKLJUČNO RAZMATRANJE

Prethodno izvršene analize pojedinih problema dopuštaju da se kao zaključci predstave ne samo rezultati istraživanja izvršenih u odnosu na pojedine probleme koji su sagledavani, nego i u sklopu zadatka postavljenog u uvodu. Naime, sam zadatak ovog rada iscrpljuje se u iznalaženju legitimnog i pravnodogmatski doslednog rešenja dejstva i zasnivanja dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu, poštujući pri tome naročito princip subjektiviteta čoveka, njegovo ustavom zajemčeno ljudsko dostojanstvo.

Krivično pravo je prevashodno okrenuto prema učiniocu kao subjektu svog interesovanja. S druge strane, i žrtva ima svoje mesto, tako da se i u njoj ostvaruje određeni subjektivitet koji bi krivično pravo trebalo da uvaži. U tom smislu se ovde i istražuje problem pristanka oštećenog u krivičnom pravu. Svakako, i bez obzira na krivičnopravnu poziciju koju čovek zauzima, u pogledu njegovog subjektiviteta treba da bude poštovano njegovo ustavom zajemčeno ljudsko dostojanstvo.

Pre svega, razlikovanje na saglasnost i pristanak koji isključuje protivpravnost je u nauci krivičnog prava dobilo sasvim jasnu osnovnu konturu. Pravni institut pristanka oštećenog u krivičnom pravu je prema tome samostalan opšti institut, dok je saglasnost nesamostalna, te se primenom ustavnog principa zakonitosti obeležja saglasnosti (dejstvo i pretpostavke dejstva) dobijaju, tako što se u svakom pojedinom slučaju vrši tumačenje bića određenog krivičnog dela. U pogledu tog razlikovanja samog, postoje slučajevi pojedinih inkriminacija u kojima se pristajanje žrtve pridaje značaj saglasnosti ili pristanka. Međutim, da li je reč o saglasnosti ili o pristanku, nije sasvim jasno, jer se u biće dela postavlja obeležje prema kojem se zahteva da se ono vrši "protivpravno" ili "protivzakonito", kao što je krivično delo protivpravnog lišenja slobode iz čl. 132 KZRS ili krivično delo protivzakonitog pretresanja iz čl. 140 KZRS. Tako, ovo razlikovanje nije sasvim jasno razvijeno i s obzirom na to, u svakom pojedinom slučaju treba voditi računa o pojedinostima slučaja koji se supsumira ili ne pod određenu inkriminaciju.

U savremenoj nauci krivičnog prava, prilikom određivanja dejstva pristanka, se polazi od načela volenti non fit iniuria, i tako da se dejstvo pravnog instituta pristanka ogleda u nekažnjivosti. Spor o tome da li je pristanak osnov isključenja bića dela ili osnov isključenja protivpravnosti je dogmatskopravne prirode i ima znatno manji značaj od kriminalnopolitičke dimenzije problema pristanka oštećenog u krivičnom pravu. Dogmatskopravne konsekvence opredeljivanja za pristanak kao osnov isključenja bića dela ili kao osnov isključenja protivpravnosti bi se postojale u odnosu na sadržinu umišljaja, učenje o zabludi i učenje o pokušaju, kao i u odnosu na formulisanje pretpostavki isključenja protivpravnosti. Ipak, kriminalnopolitički posmatrano, pristanak oštećenog u krivičnom pravu ima nemerljivo veći značaj kao instrument odelotvorenja slobode. Suština pristanka se sastoji u proširenju slobode učinioca, ali i u proširenju slobode oštećenog. Razlika je jedino u tome što se za učinioca sloboda proširuje u pravnoj sferi, uklanjanjem važenja krivičnopravne norme zabrane, dok se za oštećenog sloboda proširuje u socijalnoj sferi, omogućujući mu da sledi svoje interese. Učinilac se posmatra i kao produžena ruka oštećenog.

Ispitivanje pravnodogmatske (ne)doslednosti i legitimnosti pojedinog rešenja se vrši u sledećim pitanjima i problemima krivičnog prava.

Socijalno-činjenična sfera se može smatrati ispravnom, legitimno uzetom, jedino ukoliko odgovara istorijski datom socijalnom realitetu i duhu vremena u pogledu odnosa društva-države, opštosti i pojedinca, a pojedina normativna rešenja su legitimna ukoliko su upravljena na ovako određenu socijalno-činjeničnu sferu, dakle na socijalni realitet.

Idejne osnove pojedine koncepcije su legitimne ako su u skladu sa osnovnim principima građanskog društva, koji su i ustavom zajemčeni i obezbeđeni. To su pravda, sloboda i istina.

Pravni poredak je jedinstven. On je objektivni poredak vrednosti u građanskom društvu-državi. Svako određenje pravnog poretka kao subjektivnog je neprihvatljivo kao nelegitimno. U suštini, ukoliko bi pravni poredak bio postavljen kao subjektivni poredak, time bi se kršilo načelo pravne sigurnosti. To načelo je jedna od osnovnih odrednica građanskog društva i države i stoga je ovde uzeto kao adekvatno merilo legitimnosti pojedinih rešenja.

Legitimne idejne osnove pojedinog normativnog rešenja su bez sumnje sloboda i pravda, ne samo stoga što su to principi koji su kao takvi predviđeni i ustavima savremenih država, nego su oni izraz ideja doba prosvetljenosti. Oni su u socijalno-činjeničnoj sferi ostvarivi principi. Njihovo ležište predstavlja odnos pojedinca i opštosti, države-društva. Iz njih treba da proističu pojedina pravna i posebno krivičnopravna rešenja, što se odnosi i na pravni institut pristanka oštećenog u krivičnom pravu, da bi bila pravedna. S obzirom na njihovo visoko mesto u ustavima savremenih država oni su osnovni postulati građanskog društva-države,

Kao merodavan aspekt subjektiviteta čoveka uzima se ustavnopravno jemstvo ljudskog dostojanstva u ustavima savremenih demokratskih društava, koje se nalazi u proćelju, kao vrhovna vrednost ustava koja se kao takva odnosi i prema drugim ustavom zajemčenim pravima i slobodama. Ustavno jemstvo ljudskog dostojanstva u sebi implicite sadrži i pravo na samoodređenje, autonomiju kojoj korespondira slobodna volja u socijalnom realitetu.

Dalja merila legitimnosti i pravnodogmatske doslednosti se oslanjaju ne samo na osnove krivičnog prava, nego i na načelo volenti non fit iniuria, koje uz ustavnopravnu podršku važi u pravnim sistemima savremenih država, kao osnova primeni pravnog instituta pristanka oštećenog u krivičnom pravu. Reč je o pravnodogmatskoj doslednosti shvatanja pravnog dobra i slobode volje njegovog imaoca, jer se pristanak ovde određuje kao autonomno postupanje (raspolaganje) sa sopstvenim pravnim dobrima.

Zahtev pravnodogmatske doslednosti shvatanja pravnog dobra ispunjava realni pojam pravnog dobra, jer se pravno dobro određeno kao ideelni pojam u realnosti ne može povrediti. Pravnodogmatski dosledno rešenje problema odnosa volje imaoca pravnog dobra i samog tog dobra je kolizioni model, dok su integracioni i bazni model neprihvatljivi s obzirom na činjenicu da bi ostavljali nezaštićenim lica nesposobna za delanje i lica kojima se pravom oduzima ovlašćenje za raspolaganje nad određenim pravnim dobrima. U pogledu pitanja pripadnosti individualnog pravnog dobra pojedincu li zajednici, legitimno je personalno shvatanje pravnog dobra, jer opštost, država postoji zbog čoveka, a ne čovek zbog države. Svrha prava je čovek. Transpersonalni interesi tako mogu legitimno uticati na dejstvo pristanka samo od spolja kao interesi opštosti ili drugih lica, a ne mogu se nalaziti unutar individualnog pravnog dobra kao udeo u njegovom pripadništvu.

Legitimno rešenje problema slobode volje je indeterminističko shvatanje o njenom postojanju, koje se izražava u usklađenom odnosu normativne i socijalno-činjenične sfere. pre naglašavanje značaja jednog od

ta dva nije legitimno, jer je normativno slobodna volja sadržana u ustavom zajemčenom ljudskom dostojanstvu, dok u je u socijalnočinjeničnoj sferi ona realitet, socijalni realitet. Nelegitimno je stoga svako determinističko određenje po ovom problemu, kao i svako pre naglašavanje značaja normativne u odnosu na socijalno-činjeničnu sferu.

Najzad, ustavnopravni princip jednakosti podrazumeva jednak pravni status i položaj svih lica, tako da je to legitimno i ustavnopravno zasnovano rešenje, dok se svaki pravno predviđen nejednak tretman lica stoga smatra nelegitimnim i protivustavnim. I ova nejednakost, ukoliko je predviđena prema pojedinom rešenju, predstavlja nepoštovanje subjektiviteta.

Principi slobode i pravde su osnovna idejna osnova i pravnog instituta pristanka oštećenog, pri čemu se pravda prema ovom pravnom institutu odnosi kao formalni, uređujući princip, dok sloboda za ovaj pravni institut ima značaj materijalnog, vodećeg principa. Pri tome, sloboda i pravda imaju ležište u odnosu personalnih i transpersonalnih interesa iz kojih proizilaze i rešenja koja se odnose na pravni institut pristanka oštećenog u krivičnom pravu. Pravda i sloboda istovremeno imaju značenje i ustavnih principa, tako da stoje na vrhu pravnog poretka.

U poštovanju subjektiviteta čoveka nalazi se primarni cilj ispitivanja rešenja dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu, koja daju pojedine krivičnopravne koncepcije. U tom smislu, ispitivanje se pretežno odnosilo na subjektivitet čoveka u postupanju sa svojim pravnim dobrom. S tim primarnim ciljem vršeno je ispitivanje pravnodogmatske doslednosti i legitimnosti rešenja sledećih krivičnopravnih koncepcija i dobijeni su sledeći rezultati tog ispitivanja.

Čista sistemfunktionalna krivičnopravna koncepcija od samog početka pokazuje nepoštovanje subjektiviteta čoveka. Njena sociološka sistemteoretska osnova ima u sebi projektovan nepromenljiv odnos društva-države i pojedinca u korist države. Drugi nedostatak se upravo sastoji u odustajanju od polaganja ideje pravde u njene osnove. Čovek se desubjektivizira, svođenjem njegovog značaja na apstraktnu ulogu koju ima u društvu i tako i samim zanemarivanjem internog ugla posmatranja čoveka. Za ovu koncepciju odlučujući je eksterni ugao, što praktično apstrahuje pojedinca do nivoa njegove društvene uloge. Razlikujući tri vida dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu ova koncepcija ne poštuje subjektivitet čoveka naročito u pogledu trećeg vida pristanka, gde se za dejstvo pristanka koji isključuje protivpravnost zahteva, kao uslov njegovog dejstva, da je on u saglasnosti sa objektivnim umom zajednice. To bi značilo nedopustivo staralaštvo opštosti nad čovekovim postupanjem sa svojim pravnim dobrima. S druge strane, kada čovekova sloboda volje posmatra kao državopravno neophodna fikcija, normativna sfera je pre naglašena, dok svrha kazne koja je pozitivna generalna prevencija takođe nije legitimna, jer na ovaj način se ne poštuje subjektivitet čoveka. Čovek je tako prema ovoj krivičnopravnoj koncepciji degradiran na prosti objekt posmatranja.

Umerena sistemfunktionalna koncepcija takođe ima neodgovarajuće projektovanu neizmenjivu sistemteoretsku podlogu, sa preimućtvom opštosti nad individuumom, umesto u stvarnosti postojeće socijalno činjenične sfere. Idejna osnova ove koncepcije je takođe neodgovarajuća, s obzirom na shvatanje slobode kao kućišta slobode i stavljanje pravnog mira na mesto najviše društvene vrednosti. Pravno dobro i rešenja ove koncepcije se u odnosu na pristanak oštećenog shvataju na pravnodogmatski dosledan način i kao takva mogu, pod uslovom da se to učini odvojeno od sistemteoretske i idejne osnove ove koncepcije, biti prihvaćena u okviru vladajućeg shvatanja, što se naročito ističe za rešenje problema mana volje kod pristanka. Čisto normativno posmatrano ona su ispravna. Međutim, u socijalno-činjeničnoj sferi projekcija ove koncepcije ne poštuje subjektivitet čoveka, jer ga u raspolaganju sa svojim pravnim

dobrima upućuje na podelu rada i njene rezultate, jer bi jedino tamo mogao potvrditi svoju autonomiju. Predviđanjem svrhe kazne kao važnja normi takođe se zastupa deterministička pozicija i na taj način ova koncepcija ne poštuje subjektivitet čoveka uopšte. Njeno rešavanje problema mana volje kod pristanka se preuzima jedino na normativnoj ravni u vladajuće rešenje. Čovek je tako degradiran i u rešenjima umerene sistemfunkcionalne krivičnopravne koncepcije.

Personfunkcionalna krivičnopravna koncepcija u svojoj ima pogrešnu sociološku osnovu, jer prividno daje prednost pojedincu, s obzirom da se u krajnjoj liniji ipak oslanja na preimućstvo sistema. Nelegitimno napušta ideju pravde. Njeno rešavanje problema slobode volje kao normativna pristupačnost je nezadovoljavajuće, jer ima prenaplašenu ulogu normativnog, dok problem slobode čovekove volje poriče i kroz određenje svrhe kazne kao važenje normi. Čak na taj način postaje nelegitimnim i njeno rešenje pojma radnje kao ispoljavanje ličnosti. I taj pojam je određen uz nepoštovanje subjektiviteta čoveka. U odnosu na problem pristanka, može se dodati da i ovde kod problema mana volje kod pristanka zauzima eksternu perspektivu i postavlja spoljašnji um kao merilo delotvornosti pristanka, što takođe predstavlja. Pored toga, nelegitimna je, iz napred navedenih razloga, i bazni model pravnog dobra, kao i tzv. napredno shvatanje koje zastupa ne razlikujući tako saglasnost i pristanak u svom dejstvu, jer bez razlike pristanak po ovoj koncepciji isključuje protivpravnost. Najzad, nelegitimno u nekim slučajevima pravnom poretku prilazi kao da se radi o subjektivnom poretku, sledeći pojedinčevu svrhu. na ovaj način se čovek degradira u personfunkcionalnoj krivičnopravnoj koncepciji.

Teleološka krivičnopravna koncepcija u sebi takođe sadrži degradaciju čoveka, i to usled predviđanja svrhe kazne kao negativne generalne prevencije (zastrašivanje). Pored toga, usled izrazite nadređenosti opštosti nad pojedincem, rešenje dejstva pristanka ove koncepcije je neprihvatljivo. Konstrukcija prividne povrede pravnog dobra i usled nje određeno isključenje bića dela pristankom je neprihvatljivo, jer pravno dobro nije idealan nego realan pojam. Najzad, ova koncepcija ima nerazvijena rešenja problema mana volje kod pristanka.

Personalno orijentisana koncepcija koja u osnovi ima bazni model odnosa volje i pravnog dobra je neprihvatljiva upravo stoga što je bazni model pravnodogmatski nedosledan, ostavlja izvan krivičnopravne zaštite lica nesposobna za delanje. Njena rešenja mana volje kod pristanka su neprihvatljiva jer u odnosu na pravni poredak preveliki značaj daju subjektivnom momentu. Samo neka od tih rešenja su prihvaćena u okviru vladajuće krivičnopravne koncepcije.

Najzad prihvatljiva po svojim rešenjima je vladajuća krivičnopravna koncepcija, koja svoja rešenja čini zavisnim od duha vremena izraženog u odnosu pojedinca i opštosti. Zasnovana je na principima pravde i slobode. Imalaštvo pravnog dobra je u ovoj koncepciji shvaćeno tako da je imalac individualnog pravnog dobra isključivi njegov nosilac, opštost u njemu ne može imati udela, nego samo od spolja kroz interese drugih lica i celokupnosti može uticati na rešenja dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu. Ustavno-pravni princip srazmernosti kao ustavni princip u kojem se sadrži pravda, ali i drugi ustavno-pravni principi podržavaju realan i personalan pojam pravnog dobra koje ova koncepcija zastupa. Takođe kolizionni model odnosa volje imaoca i pravnog dobra samog je takođe pravnodogmatski dosledna osnova ovog rešenja. U pogledu problema slobode volje vladajuće shvatanje ima indeterminističko stanovište, kao i uravnotežen odnos bivstva i trebanja u rešenju problema slobode volje, dok prihvatanje apsolutne teorije o svrsi kazne konačno čini legitimnim njeno rešenje problema slobode volje. Najzad ona pravni poredak posmatra kao objektivni poredak vrednosti, što omogućuje adekvatna rešenja pojedinih pravno krivičnopravnodogmatskih problema od strane ove koncepcije. Osnovnu nit u rešenju problema pristanka zauzima značaj interesa u građanskom društvu. Problem dejstva pristanka se rešava kroz

razlikovanje na saglasnost (kao nesamostalan institut) koja isključuje biće dela i pristanak koji isključuje protivpravnost. Problem slobode volje se određuje kao slobodno nahodjenje. Lične preferencije su odlučujuće. Na ovaj način, vladajuća krivičnopravna koncepcija svojim rešenjem problema dejstva pristanka oštećenog u krivičnom pravu, kao i svojim opštijim rešenjima pokazuje potpuno poštovanje čovekovog subjektiviteta. Prema ovim rešenjima ni u jednom pogledu se ne dovodi u pitanje ljudsko dostojanstvo.

Dogmatska struktura pristanka oštećenog u krivičnom pravu izgleda sasvim pravnodogmatski konsekvantno izvedena. Međutim, u razlikovanju pristanka i saglasnosti i njihovih pretpostavka pokazuje kolebanja koja upućuju na zaključak o potrebi daljeg razvijanja dogmatske strukture pristanka.

Surogati pristanka se ne dovode u pitanje, kada je reč o zastupanju kod pristanka i pretpostavljenom pristanku. Oni su adekvatni, legitimno i pravnodogmatski dosledno predviđeni instituti. Problematičan može biti hipotetički pristanak, koji predstavlja noviju pravnu figuru nemačke sudske prakse i krivičnopravne teorije. Smatrajući da teorijska i obrada ovog problema u sudskoj praksi nije dovoljno razvijena, držimo da možemo odustati od njegove ocene..

U našem pravu teorijska obrada problema pristanka oštećenog u krivičnom pravu nije preobimna. Međutim, postojeća teorijska rešenja i stavovi sudske prakse pokazuju pristup rešavanju ovog problema koji u svojim začecima prati dostignuća nemačke vladajuće krivičnopravne koncepcije i stoga se mogu izraziti očekivanja da će se u teorijskoj obradi i sudskoj primeni instituta pristanka oštećenog u krivičnom pravu dostići visok stepen poštovanja subjektiviteta, ljudskog dostojanstva čoveka. Jer, i Ustav RS sadrži principe zasnovane na slobodi i pravdi, kao i na jemstvu ljudskog dostojanstva kao vrhovnoj ustavnoj vrednosti.

Iz ovih razloga, izražavamo nadu da će ovaj prevashodno teorijski rad biti od koristi u daljem pristupu problemima pristanka oštećenog u našoj krivičnopravnoj teoriji i sudskoj praksi.

LITERATURA

1. Amelung, Knut - Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre von strafrechtlichen Rechtsgüterschutz, u: Die Rechtsgutstheorie, Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel, Roland Hefendehl/Andrew von Hirsch/Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden 2003. (citirano kao: Amelung, Begriff des Rechtsguts)
2. Amelung, Knut - Buchbesprechung: Rönnau, Thomas: Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht. Tübingen, Mohr 2001. XVII, 491 S, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 115, 2003, Heft 3. (citirano kao: Amelung, Buchbesprechung: Rönnau, Thomas: Willensmängel)
3. Amelung, Knut - Die Einwilligung des Unfreien, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Heft 1, 1983. (citirano kao: Amelung, Die Einwilligung des Unfreien)
4. Amelung, Knut - Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes, Eine Untersuchung im Grenzbereich von Grundrechts- und Strafrechtsdogmatik, Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 392, Duncker & Humblot, Berlin, 1981. (citirano kao: Amelung, Einwilligung)
5. Amelung, Knut - Grundsätzliches zur Freiwilligkeit der Einwilligung des Verletzten, Neue Zeitschrift für Strafrecht, Heft 6, 2006. (citirano kao: Amelung, Grundsätzliches zur Freiwilligkeit der Einwilligung des Verletzten)
6. Amelung, Knut - Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln bei der Einwilligung des Verletzten, Duncker & Humblot, Berlin, 1998. (citirano kao: Amelung, Willensmängel)
7. Amelung, Knut - Über die Einwilligungsfähigkeit (Teil I, II), Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Heft 3, 4, 1992. (citirano kao: Amelung, Über die Einwilligungsfähigkeit)
8. Amelung, Knut - Über Freiheit und Freiwilligkeit auf der Opferseite der Strafnorm, Goldammer's Archiv für Strafrecht, Heft 4, 1999. (citirano kao: Amelung, Über Freiheit und Freiwilligkeit auf der Opferseite der Strafnorm)
9. Amelung, Knut - Willensmängel bei der Einwilligung als Tatzurechnungsproblem, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Heft 3, Band 109, 1997.
10. Amelung, Knut /Eymann, Frieder - Die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht, Juristische Schulung, Heft 10, 2001. (citirano kao: Amelung/Eymann, Die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht)
11. Andrade, Manuel da Costa - Die Einwilligung des Verletzten im Gesetz und in der Lehre Portugals, Rechtfertigung und Entschuldigung III, Deutsch-italienisch-portugiesisch-spanisches Strafrechtskolloquium 1990, Herausgegeben von Albin Eser und Walter Perron, Freiburg im Bresgau 1991. (citirano kao: Andrade, Einwilligung)

12. Aristotel, Nikomahova etika (prijevod s izvornika, bilješke i riječnik nazivlja Tomislav Ladan; Predgovor i filozofijska redakтура Danilo Pejović), Globus/Zagreb, Sveučilišna naklada Liber/Zagreb, 1988. ((citirano kao: Aristotel, Nikomahova etika)
13. Arndt, Herbert - Die mutmaßliche Einwilligung als Rechtfertigungsgrund, Schletter`sche Buchhandlung, Breslau, 1929.
14. Arzt, Gunther - Die Delikte gegen das Leben, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 83, 1971, Heft 1. ((citirano kao: Arzt, Die Delikte gegen das Leben)
15. Arzt, Gunther - Willensmängel bei der Einwilligung, Athenäum Verlag, Göttingen, 1970. (citirano kao: Arzt, Willensmängel)
16. Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang - Strafrecht Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 11. neubearbeitete Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2003. (citirano kao: Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT)
17. Beljanski, Slobodan - Poetika prava; Politika filozofije, Izdavačka knjižarnica Zorana Stojanovića, Sremski Karlovci ; Novi Sad, 1999. (citirano kao: Beljanski, Poetika prava; Politika filozofije)
18. Bichlmeier, Gerd - Die wirksamkeit der Einwilligung in einer medizinisch nicht indizierten ärztlichen Eingriff, Juristenzeitung, Nr. 2, 1980. (citirano kao: Bichlmeier, Die wirksamkeit der Einwilligung in einer medizinisch nicht indizierten ärztlichen Eingriff)
19. Binding, Karl - Handbuch des Strafrechts, Erster Band, Leipzig, Verlag von Duncker & Humblot, 1885. (citirano kao: Binding, Handbuch des Strafrechts)
20. Binding, Karl/Hoche, Alfred - Die freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens, Ihr Maß und ihre form, Zweite Auflage, Verlag von Felix Meiner in Leipzig, 1922. (citirano kao: Binding/Hoche, Die freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens)
21. Bleckmann, Albert - Probleme des Grundrechtsverzichts, Juristenzeitung, Heft 2, 1988. (citirano kao: Bleckmann, Probleme des Grundrechtsverzichts)
22. Bockelmann, Paul - Der ärztliche Heileingriff in Beiträgen zur Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft im ersten Jahrhundert ihres Bestehens, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Heft 1, 1981. (citirano kao: Bockelmann, Der ärztliche Heileingriff in Beiträgen zur ZStW)
23. Bockelmann, Paul - Operativer Eingriff und Einwilligung des Verletzten, Juristenzeitung, Heft.17, 1962, S. 528. (citirano kao: Bockelmann, Operativer Eingriff und Einwilligung des Verletzten)
24. Bocker, Philipp - Die „hypothetische Einwilligung im Zivil- und Strafrecht, Juristenzeitung, Heft 19, 2005.

25. Böse, Martin - Grundrechte und Strafrecht als "Zwangsrecht", u: Die Rechtsgutstheorie, Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel, Roland Hefendehl/Andrew von Hirsch/Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden 2003. (citirano kao: Böse, Grundrechte und Strafrecht als "Zwangsrecht")
26. Bracigalupo, Enrique - Die Einwilligung des Verletzten im spanischen Strafrecht, Rechtfertigung und Entschuldigung III, Deutsch-italienisch-portugiesisch-spanisches Strafrechtskolloquium 1990, Herausgegeben von Albin Eser und Walter Perron, Freiburg im Bresgau 1991. (citirano kao: Bracigalupo, Einwilligung)
27. Breithaupt, Volenti non fit iniuria, Puttkammer & Mühlbrecht, Berlin, 1891. (citirano kao: Breithaupt, Volenti non fit iniuria)
28. Bricola, Franco - Die Einwilligung des Verletzten im italienischen Strafrecht, Rechtfertigung und Entschuldigung III, Deutsch-italienisch-portugiesisch-spanisches Strafrechtskolloquium 1990, Herausgegeben von Albin Eser und Walter Perron, Freiburg im Bresgau 1991. (citirano kao: Bricola, Einwilligung)
29. Brunner, Bernhard - Die vorsätzliche Tötung im Strafrecht der Vereinigten staaten, insbesondere des staates Kalifornien, im Vergleich zum Deutschen Recht unter hervorhebung der Euthanasie-problematik, Dissertation zur Erlangung des Doktorgrades der Juristischen Fakultät der Universität Regensburg (nedostaje označenje godine u samom radu Bernhard-a Brunner-a.). (citirano kao: Brunner, Die vorsätzliche Tötung unter hervorhebung der Euthanasie-problematik)
30. Bunzel, Michael - Die Potenz des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips als Grenze des Rechtsgüterschutzes, u: Die Rechtsgutstheorie, Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2003. (citirano kao: Bunzel, Die Potenz des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips als Grenze des Rechtsgüterschutzes)
31. Crnogorčević, Jovo - Jedan pogled na problem uzročnosti u krivičnom pravu, Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd, 1952 (citirano kao: Crnogorčević, Problem uzročnosti)
32. Čulinović, Ferdo - Narodno pravo, Zbornik pravnih misli iz naših narodnih umotvorina, Izdano potporom Jugosl. Akademije Znanosti i Umjetnosti u Zagrebu (Primljeno na sjednici juridičko-filozofskog razreda od 20 dec. 1937 i na skupnoj sjednici Akademije od 12 februara 1938. g.), Beograd, 1938. (citirano kao: Čulinović, Narodno pravo)
33. Del Vekio, Đorđo - Pravo, pravda i država (Preveli sa italijanskog Miodrag T. Ristić i Đorđe Tasić S predgovorom o idealizmu Đ. Del Vekio od Đorđa Tasića), Plato, Beograd, 1998. (citirano kao: Del Vekio, Pravo, pravda i država)
34. Dreher, Eduard - Die Willensfreiheit, Ein zentrales problem mit vielen Seiten, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1987. (citirano kao: Dreher, Willensfreiheit)
35. Đurić, Miloš N. - Istorija helenske etike, Zavod za udžbenike i nastavna sredstva, Beograd, 1997. (citirano kao: Đurić, Istorija helenske etike)

36. Đurić, Mihajlo - Predgovor delu: Tomas Hobs, Levijatan, Ili materija, oblik i vlast države crkvene i građanske, 1, Predgovor napisao i knjigu priredio dr Mihajlo Đurić, Gradina, Niš, 1991. (citirano kao: Đurić, Predgovor delu: Tomas Hobs, Levijatan)
37. Ehrhardt, Helmut E. - Schwangerschaftsabbruch und Euthanasie, Archiv für Kriminologie, Band 152, 5. u. 6. Heft, 1973. (citirano kao: Ehrhardt, Schwangerschaftsabbruch und Euthanasie)
38. Engisch, Karl - Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart, Walter de Gruyter & Co, Berlin, 1963. (citirano kao: Engisch, Willensfreiheit)
39. Engisch, Karl - Die Strafwürdigkeit der Unfruchtbarmachung mit Einwilligung, Festschrift für Helmuth Mayer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965, Duncker & Humblot, Berlin. (citirano kao: Engisch, Die Strafwürdigkeit der Unfruchtbarmachung mit Einwilligung)
40. Eser, Albin - Strafrecht I, Athenäum Verlag, 1971. (citirano kao: Eser, Strafrecht)
41. Finger, August - Das Strafrecht, Erster Band, Zweite umgearbeitete Auflage, Compendien des Österreichischen Rechtes, Carl Heymanns Verlag, Berlin, 1902 (citirano kao: Finger, Strafrecht)
42. Flere, Sergej/ Marjanović, Miloš - Uvod u sociologiju, Treće izmenjeno i dopunjeno izdanje, Izdavač Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, 1991. (citirano kao: Flere/ Marjanović, Uvod u sociologiju)
43. Frank, Stanko - Teorija Kaznenog prava po krivičnom zakoniku od godine 1951., Opći dio, Zagreb, 1955. (citirano kao: Frank, Kazneno pravo Opći dio)
44. Fuchs, Helmut - Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, Grundlagen und Lehre von der Straftat, Fünfte, überarbeitete Auflage, Springer Verlag, Wien New York, 2002. (citirano kao; Fuchs, Strafrecht AT)
45. Gadamer, Hans-Georg - Um u doba nauke, (Prevod s nemačkog Suzana Spasić, Izbor tekstova Ilija Marić), Plato, Beograd, 2000. (citirano kao: Gadamer, Um u doba nauke)
46. Geerds, Friedrich - Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht, Goldammers Archiv für Strafrecht, 1954. (citirano kao: Geerds, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht)
47. Geerds, Friedrich - Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafgesetzentwurf, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 72, 1960, Heft 1/2. (citirano kao: Geerds, "Einwilligung" und Einverständnis des Verletzten im Strafgesetzentwurf)
49. Geilen, Gerd - Einwilligung und ärztliche Aufklärungspflicht, Verlag Ernst und Werner Giesecking, Bielefeld, 1963. (citirano kao: Geilen, Einwilligung und ärztliche Aufklärungspflicht)
50. Gerd Geilen, Euthanasie und Selbstbestimmung, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1975. (citirano kao: Geilen, Euthanasie und Selbstbestimmung)

51. Geppert, Klaus - Rechtfertigende „Einwilligung“ des verletzten Mitfahrers bei Fahrlässigkeitstraftaten im Straßenverkehr? (Ein Beitrag zur dogmatischen Struktur der Einwilligung), Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Heft 4, 1971. (citirano kao: Geppert, Rechtfertigende “Einwilligung”)
52. Gropp, Walter - Strafrecht, Allgemeiner Teil, Dritte, überarbeitete und erweiterte Auflage, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2005 (citirano kao: Gropp, Strafrecht AT)
53. Haft, Fritjof - Strafrecht Allgemeiner Teil, Eine Einführung für Anfangssemester, 9. Auflage, Verlag C. H. Beck München, 2004. (citirano kao: Haft, Strafrecht AT)
54. Hardwig, Werner - Betrachtungen zur Frage des Heileingriffs, Goldammer's Archiv für Strafrecht, Heft 6, 1965. (citirano kao: Hardwig, Betrachtungen zur Frage des Heileingriffs)
55. Hassemer, Winfried - Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?, u: Die Rechtsgutstheorie, Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel, Roland Hefendehl/Andrew von Hirsch/Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden 2003. (citirano kao: Hassemer, Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?)
56. Hayek, Friedrich A. - Poredak Slobode (Preveo Ilija Vujačić), Global Book, Beograd, 1998. (citirano kao: Hayek, Poredak Slobode)
57. Hefe, Otfried - Pravda, Filozofski uvod (Preveo s nemačkog Vladimir Milisavljević), Akademski knjiga, Novi Sad, 2008. (citirano kao: Hefe, Pravda, Filozofski uvod)
58. Hefendehl, Roland - Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm, u: Die Rechtsgutstheorie, Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel, Roland Hefendehl/Andrew von Hirsch/Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden 2003. (citirano kao: Hefendehl, Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm)
59. Hegel, Georg Wilhelm Friedrich - Filozofija povijesti (Preveo: Viktor D. Sonnenfeld), Bardfin – Beograd, Romanov – Banja Luka, 2006. (citirano kao: Hegel, Filozofija povijesti)
60. Hegel, Georg Wilhelm Friedrich - Osnovne crte filozofije prava, S Hegelovim vlastoručnim marginama u njegovu priručnom primjerku Filozofije prava, (Prevod: Danko Grlić, Sulejman Bosto) „Veselin Masleša“ – „Svjetlost“, Sarajevo, 1989. (citirano kao: Hegel, Osnovne crte filozofije prava)
61. Hegel, G. W. F. – Prirodno pravo i državno pravo prema predavanju profesora Hegela u zimskom semestru 1818/1819 od G. Homajera (citirano kao: Hegel, Prirodno pravo i državno pravo)
62. Hillenkamp, Thomas - Strafrecht ohne Willensfreiheit? Eine Antwort auf die Hirnforschung, Juristenzeitung, Heft 7, 2005. (citirano kao: Hillenkamp, Strafrecht ohne Willensfreiheit? Eine Antwort auf die Hirnforschung)

63. Hiller, Kurt - Das Recht über sich selbst, Carl Winters Universitätsbuchhandlung, Heidelberg, 1908. (citirano kao: Hiller, Das Recht über sich selbst)
64. Hirsch, Andrew von - Der Rechtsgutsbegriff und das "Harm Principle" u: Die Rechtsgutstheorie, Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel, Roland Hefendehl/Andrew von Hirsch/Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden 2003. (citirano kao: Hirsch, Der Rechtsgutsbegriff und das "Harm Principle")
65. Hirsch, Andrew von /Wohlers, Wolfgang Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur – zu den Kriterien fairer Zurechnung, u: Die Rechtsgutstheorie, Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel, Roland Hefendehl/Andrew von Hirsch/Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden 2003. (citirano kao: Hirsch/Wohlers, Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur)
66. Hirsch, Andrew von – Der Rechtsgutsbegriff und das "Harm principle", u: Die Rechtsgutstheorie, Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel, Roland Hefendehl/Andrew von Hirsch/Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden 2003. (citirano kao: Hirsch, Rechtsgutsbegriff und "Harm principle")
67. Hirsch, Hans Joachim - Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Neunte Auflage, 19. Lieferung, Vor § 51, Herausgegeben von Paulheinz Baldus und Günther Willms, Walter de Gruyter, Berlin – New York, 1974. . (citirano kao: Hirsch, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Vor § 51)
68. Hobs, Tomas - Čovek i građanin (Prevela sa engleskog Natalija Mićunović), Hedone, Beograd, 2006. (citirano kao: Hobs, Čovek i građanin)
69. Hobs, Tomas - Levijatan, Ili materija, oblik i vlast države crkvene i građanske, 1, Predgovor napisao i knjigu priredio dr Mihajlo Đurić, Gradina, Niš, 1991. (citirano kao: Hobs, Levijatan)
70. Holer, Oskar - Die Einwilligung des Verletzten, Ein Beitrag zu den allgemeinen Lehren des Strafrechts, Zürich, 1906. (citirano kao: Holer, Einwilligung)
71. Honig, Richard - Die Einwilligung des Verletzten, Teil I., Die Geschichte des Einwilligungsproblems und die Methodenfrage, J. Bensheimer, Manheim, Berlin, Leipzig, 1919. (citirano kao: Honig, Einwilligung)
72. Humbolt, Vilhelm fon - Ideje za pokušaj određivanja granica delotvornosti države (Prevela s nemačkog Dušica Guteša; Redaktor prevoda Danilo N. Basta), Izdavačka knjižarnica Zorana Stojanovića, Dobra vest, Novi Sad, 1991. (citirano kao: Humbolt, Ideje za pokušaj određivanja granica delotvornosti države)
73. Ingelfinger, Ralph - Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbebegleitung, Juristenzeitung, Nummer 17, 2006. (citirano kao: Ingelfinger, Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbebegleitung)
74. Jäger, Christian - Zurechnung und Rechtfertigung als Kategorialprinzipien im Strafrecht, C. H. Müller Verlag, Heidelberg, 2006. (citirano kao: Jäger, Zurechnung und Rechtfertigung)

75. Jakobs, Günther - Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Lehrbuch, 2., neubearbeitete und erweiterte Auflage, Walter de Gruyter, Berlin – New York, 1993. (citirano kao: Jakobs, Strafrecht AT)
76. Jakobs, Günther - Norm, Person, Gesellschaft, Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie, Zweite Auflage, Dunker & Humblot, Berlin, 1999 (citirano kao: Jakobs, Norm, Person, Gesellschaft)
77. Jakobs, Günther - Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und “alteuropäischem” Prinzipiendenken, Oder: Verabschiedung des “alteuropäischen” Strafrechts?, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Heft 4, 1995. (citirano kao: Jakobs, Verabschiedung des “alteuropäischen” Strafrechts?)
78. Jakobs, Günther - Imputation in Criminal Law and the Conditions for Norm Validity, Buffalo Criminal Law Review, Vol 7 (2004), (citirano kao: Jakobs, Imputation and Norm Validity)
79. Jakobs, Günther - Individuum und person, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 117. Band, Heft 2, 2005. (citirano kao: Jakobs, Individuum und person)
80. Jakobs, Günther - Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Heft 4, 1985. (citirano kao: Jakobs, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung)
81. Janka, Karl - Das österreichische Strafrecht, Vierte Auflage, durchgesehen und ergänzt von Dr. Emilian Freiherr von Kallina, Prag-Wien-Leipzig, 1902. (citirano kao: Janka, Strafrecht)
82. Jaspers, Karl - Um i egzistencija, Pet predavanja održanih od 25. do 29. marta 1935. godine (Preveo s nemačkog Miloš Todorović), Plato, Beograd, 2000. (citirano kao: Jaspers, Um i egzistencija)
83. Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas - Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5., vollständig neubearbeitete und erweiterte Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 1996. (citirano kao: Jescheck/Weigend, Strafrecht AT)
84. Jovanović, Pavle/Dimitrijević, Nenad - Savremeni politički sistemi I deo, Novi Sad, 1991. (citirano kao: Jovanović/Dimitrijević, Savremeni politički sistemi)
85. Jhering, Rudolf von - Cilj u pravu, (Preveos nemačkog Branimir Živojinović) JP Službeni list SRJ Beograd-CID Podgorica-Izdavačka knjižarnica Zorana Stojanovića Sremski Karlovci-Novi Sad, 1998. (citirano kao: Jhering, Cilj u pravu)
86. Kahlo, Michael - Über den Zusammenhang von Rechtsgutsbegriff und objektiver Zurechnung im Strafrecht, u zbirci: Die Rechtsgutstheorie, Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2003. (citirano kao: Kahlo, Rechtsgutsbegriff und objektiver Zurechnung)

87. Kant, Imanuel - Metafizika morala (Prevela s nemačkog Dušica Guteša, Redaktor prevoda Danilo N. Basta), Izdavačka knjižarnica Zorana Stojanovića, Sremski Karlovci; Novi Sad, 1993. (citirano kao: Kant, Metafizika morala)
88. Kant, Immanuel - O uobičajenoj izreci: to bi u teoriji moglo biti ispravno, ali ne вреди za praksu (Prevod: Slobodan Žunjić), u: Immanuel Kant, Um i sloboda, Spisi iz filozofije istorije, prava i države (izbor, redakcija prevoda i predgovor Danilo Basta), Posebno izdanje časopisa Ideje, Beograd, 1974. (citirano kao: Kant, O uobičajenoj izreci: to bi u teoriji moglo biti ispravno, ali ne вреди za praksu)
89. Kargl, Walter - Probleme der Strafbegründung bei Einwilligung des Geschädigten am Beispiel des Dopings, Juristenzeitung, Nummer 8, 2002. (citirano kao: Kargl, Probleme der Strafbegründung bei Einwilligung des Geschädigten am Beispiel des Dopings)
90. Kaufman, Artur - Pravo i razumevanje prava, Osnovni problemi hermeneutičke filozofije prava (S nemačkog preveo Danilo N. Basta), Gutenbergova Galaksija, Valjevska štamparija, Beograd – Valjevo, 1998. (citirano kao: Kaufman, Pravo i razumevanje prava)
91. Keßler, Antonius - Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung, Berlin und Leipzig, Verlag von T. Guttentag, 1884. (citirano kao: Keßler, Einwilligung)
92. Kientzy, Dieter - Der Mangel am Straftatbestand infolge Einwilligung des Rechtsgutsträgers, Juristische Studien, Herausgegeben von Mitgliedern des fachbereichs Rechtswissenschaft der Universität Tübingen, Band 23, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1970. (citirano kao: Kientzy, Einwilligung)
93. Knauer, Christoph - Ärztlicher Heileingriff, Einwilligung und Aufklärung – Überzogene Anforderungen an den Arzt?, S. 23., u: Medizinstrafrecht: Im Spannungsfeld von medizin, Ethik und Strafrecht, hrsg. von Claus Roxin; Ulrich Schroth. In Verbindung mit Christoph Knauer; Harald Niedermair. Mit Beitr. von Johannes Brose... – Stuttgart; München; Hannover; Berlin; Weimar; Dresden; Boorberg, 2001. (citirano kao: Knauer, Ärztlicher Heileingriff, Einwilligung und Aufklärung)
94. Köhler, August - Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Verlag von Veit & Comp., Leipzig, 1917. (citirano kao: Köhler, Strafrecht AT)
95. Korošec, Damjan - Die strafrechtliche Relevanz der Opfereinwilligung aus der Sicht der slowenischen Lehre, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Heft 2, 1998, S. 649. (citirano kao: Korošec, Opfereinwilligung aus der Sicht der slowenischen Lehre)
96. Kühl, Kristian - Strafrecht Allgemeiner Teil, 5., neu bearbeitete Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2005. (citirano kao: Kühl, Strafrecht AT)
97. Kuhlen, Lothar - Hypothetische Einwilligung und „Erfolgsrechtfertigung“, Juristenzeitung, Heft 14, 2005.
98. Kühne, Hans-Heinrich - Die strafrechtliche Relevanz eines auf Fehlvorstellungen gegründeten Rechtsgutsverzichts, Juristenzeitung, Heft 8, 1979. (citirano kao: Kühne, strafrechtliche Relevanz eines auf Fehlvorstellungen gegründeten Rechtsgutsverzichts)

99. Küng, Hans - Hirnforschung im Widerstreit, Festrede Landesforschungspreis, Heidelberg, 8. Juni 2005, izvor s interneta. (citirano kao: Küng, Hirnforschung im Widerstreit)
100. Lackner, Karl/Kühl, Kristian - Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 24., neu bearbeitete Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2001. (citirano kao: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch)
101. Lagodny, Otto - Das materielle Strafrecht als Prüfstein der Verfassungsdogmatik, u: Die Rechtsgutstheorie, Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel, Roland Hefendehl/Andrew von Hirsch/Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden 2003. (citirano kao: Lagodny, Das materielle Strafrecht als Prüfstein der Verfassungsdogmatik)
102. Lampe, Ernst-Joachim - Willensfreiheit und strafrechtliche Unrechtslehre, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Heft 1, 2006. (citirano kao: Lampe, Willensfreiheit und strafrechtliche Unrechtslehre)
103. Lask, Emil - Filozofija prava i kraći spisi, (preveo Danilo N. Basta), Izdavačka knjižarnica Zorana Stojanovića, Sremski Karlovci – Novi Sad, CID –Titograd, 1991. (citirano kao: Lask, Filozofija prava)
104. Latinski citati (Skupio i preveo Albin Vilhar), Dereta, Beograd, 2002.
105. Lenckner, Theodor - Der Grundsatz der Güterabwägung als Grundlage der Rechtfertigung, Goldammer's Archiv für Strafrecht, 1985. (citirano kao: Lenckner, Der Grundsatz der Güterabwägung als Grundlage der Rechtfertigung)
106. Lenckner, Theodor - Die Einwilligung minderjähriger und deren gesetzlicher Vertreter, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 72. Band, Heft 3/4, 1960 (citirano kao: Lenckner, Die Einwilligung minderjähriger und deren gesetzlicher Vertreter)
107. Liszt, Franz v. - Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 21. und 22. Völlig durchgearbeitete Auflage (37. – 40. Tausend), Vereinigung wissenschaftlicher Verleger, Walter de Gruyter & Co., Berlin und Leipzig, 1919. (citirano kao: Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts)
108. Liszt, Franz v. - Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Sechster Band, Berlin und Leipzig, Verlag von J. Guttentag (D. Collin), 1886. (citirano kao: Liszt, Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche) (citirano kao: Liszt, Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche)
109. Lok, Džon - Dve rasprave o vladi, (Preveli: Kosta Čavoški, Nazifa Savčić), Utopija, Beograd, 2002. (citirano kao: Lok, Dve rasprave o vladi)
110. Lüderssen, Klaus - Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischem" Prinzipiendenken, Oder: Verabschiedung des "alteuropäischen" Strafrechts?, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Heft 4., 1995, (citirano kao: Lüderssen, Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischem" Prinzipiendenken)

111. Luhmann, Niklas - Teorija sistema, Svrhovitost i racionalnost, (Prevod sa nemačkog: Franjo Zenko), Plato, Beograd, 1998. (citirano kao: Luhmann, Teorija sistema)
112. Maiwald, Manfred - Die Einwilligung des Verletzten im deutschen Strafrecht, Rechtfertigung und Entschuldigung III, Deutsch-italienisch-portugiesisch-spanisches Strafrechtsskolloquium 1990, Herausgegeben von Albin Eser und Walter Perron, Freiburg im Bresgau 1991. (citirano kao: Maiwald, Einwilligung)
113. Mannheimer, Fritz - Die Einwilligung in eine Körperverletzung, Inaugural-dissertation zur Erlangung der Doktorwürde der Hohen juristischen Fakultät der Grossherzoglich Badischen Ruprecht-Karls-Universität in Heidelberg., Heidelberg, Buchdruckerei Karl Silber, 1911. (citirano kao: Mannheimer, Die Einwilligung in eine Körperverletzung)
114. Maurach, Reinhart - Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1954. (citirano kao: Maurach, Strafrecht AT)
115. Melia, Manuel Cancio - Opferverhalten und objektive zurechnung, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 111, Heft 2, 1999. (citirano kao: Melia, Opferverhalten und objektive zurechnung)
116. Merkel, A. - Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Verlag von Ferdinand Enke, Stuttgart, 1889. (citirano kao: Merkel, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts)
117. Merkel, Paul - Grundriß des Strafrechts, Tel I. Allgemeiner Teil, Ludwig Röhrscheid Verlag, Bonn. 1927. (citirano kao: Merkel, Grundriß des Strafrechts)
118. Merkel, Reinhard - Tödlicher Behandlungsabbruch und mutmaßliche Einwilligung bei Patienten im apallischen Syndrom, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Heft 3, 1995
119. Meyer, Ernst - Die Rechtswirksamkeit der Einwilligung in Körperverletzungen, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde der Juristenfakultät der Universität Rostock, Juristische Verlagsbuchhandlung Dr. jur. Frensdorf, Berlin, 1913. (citirano kao: Meyer, Einwilligung in Körperverletzungen)
120. Meyer, Hugo Grundzüge des Strafrechts nach der Deutschen Gesetzgebung unter Berücksichtigung ausländischer Rechte, F. A. Brockhaus, Leipzig, 1877. (citirano kao: Meyer, Grundzüge des Strafrechts)
121. Meyer, Hugo/Allfeld, Phillip - Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Siebente durchaus veränderte Auflage, A. Deichert sche Verlagsbuchhandlung, Leipzig, 1912. (citirano kao: Meyer, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts) (citirano kao: Meyer/Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts)
122. Meyer, Julius - Der Selbstmord, sowie Anstiftung und Beihilfe zum Selbstmord., Dissertation der Juristenfakultät zu Rostock zur Erlangung der Doktor Würde, Hannover, Druck von Heinr. Ahlfeld., 1907. (citirano kao: Meyer, Selbstmord)

123. Mezger, Edmund - Strafrecht I. Allgemeiner Teil, 6. neubearbeitete Auflage, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Berlin, 1955. (citirano kao: Mezger, Strafrecht AT)
124. Mezger, Edmund - Die subjektiven Unrechtselemente, Der Gerichtssaal, Band LXXXIX, Verlag von Ferdinand Enke, Stuttgart, 1924. (citirano kao: Mezger, Die subjektiven Unrechtselemente)
125. Mezger, Edmund Über Willensfreiheit, München, 1947, Verlag der Bayerischen Akademie der Wissenschaften in Kommission beim Biederstein Verlag. (citirano kao: Mezger, Über Willensfreiheit)
126. Mil, Džon Stjuart - O slobodi (preveli: Jelena Kovačević, Dubravka Mićunović), Plato, Beograd, 1998. (citirano kao: Mil, O slobodi)
127. Mil, Džon Stjuart - Utilitarizam, (Sa trećeg izdanja preveo Dr Nikola M. Popović), Dereta, Beograd, 2003. (citirano kao: Mil, Utilitarizam)
128. Mitsch, Wolfgang - Die „hypothetische“ Einwilligung im Arztstrafrecht, Juristenzeitung, Heft 6, 2005.
129. Mitsch, Wolfgang - Schlusswort zu Lothar Kuhlen, Hypothetische Einwilligung und „Erfolgsrechtfertigung“, JZ, 2005.
130. Mittermaier, C.J.A. - Über den neuesten Zustand der Criminalgesetzgebung in Deutschland, im Verlage von Joseph Engelmann, Heidelberg, 1825. (citirano kao: Mittermaier, Criminalgesetzgebung in Deutschland 1825.)
131. Niese, W. - Finalitet. Vorsatz und Fahrlässigkeit, Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Eine Sammlung von Vorträgen und Schriften aus dem Gebiet der gesamten Staatswissenschaften, 156/157, Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1951. (citirano kao: Niese, Finalitet. Vorsatz und Fahrlässigkeit)
132. Niče, Fridrih - Genealogija morala, (S nemačkog preveo Božidar Zec), Dereta, Beograd, 2003. (citirano kao: Niče, Genealogija morala)
133. Noll, Peter - Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besonderen die Einwilligung des Verletzten, Verlag für Recht und Gesellschaft AG, Basel, 1955. (citirano kao: Noll, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besonderen die Einwilligung des Verletzten)
134. Noll, Peter - Die Rechtfertigungsgründe im Gesetz und in der Rechtsprechung, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Band 80, Heft 2, 1964, S. 160-197. (citirano kao: Noll, Die Rechtfertigungsgründe im Gesetz und in der Rechtsprechung)
135. Noll, Peter - Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als prinzip der Rechtfertigung, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 77, Heft 1, 1965. (citirano kao: Noll, Die Wertabwägung als prinzip der Rechtfertigung)

136. Otto, Harro - Einverständnis, Einwilligung und eigenverantwortliche Selbstgefährdung, Festschrift für Friedrich Geerds, hrsg. von Ellen Schlüchter, Lübeck, Schmidt-Römhild, 1995. (citirano kao: Otto, Einverständnis, Einwilligung und eigenverantwortliche Selbstgefährdung)
137. Otto, Harro - Einwilligung, mutmaßliche, gemutmaßte und hypothetische Einwilligung, JURA, Heft 10/2004 (citirano kao: Otto, Einwilligung, mutmaßliche, gemutmaßte und hypothetische Einwilligung)
138. Otto, Harro - Straftaten gegen das Leben, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 83, 1971, Heft 1. (citirano kao: Otto, Straftaten gegen das Leben)
139. Parsons, Talcott - Moderna društva (Preveo Slobodan Cicmil; pogovor napisala Vesna Pešić) 1. izd., Gradina, Niš, 1992. (citirano kao: Parsons, Moderna društva)
140. Paul, Carsten - Zusammengesetztes Delikt und Einwilligung, Schriften zum Strafrecht, Heft 115, Duncker und Humblot, Berlin, 1998. (citirano kao: Paul, Zusammengesetztes Delikt und Einwilligung)
141. Paunović, Milan Prava životinja, Savremeni međunarodni standardi, Beograd, 2004. (citirano kao: Paunović, Prava životinja)
142. Pavlović, Branko - Metafizika i egzistencija, Plato, Beograd, 1997. (citirano kao: Pavlović, Metafizika i egzistencija)
143. Pejović, Danilo - Aristotelova praktična filozofija i etika (kao Predgovor u: Aristotel, Nikomahova etika (prijevod s izvornika, bilješke i rječnik nazivlja Tomislav Ladan; predgovor i filozofijska redakcija Danilo Pejović, Globus/Zagreb, Sveučilišna naklada Liber/Zagreb, 1988.) (citirano kao: Pejović, Aristotelova praktična filozofija i etika)
144. Pihler, Stanko - Kazna u mitu i mit o kazni, Glasnik Advokatske Komore Vojvodine, br. 7-8, Novi Sad, 1995. (citirano kao: Pihler, Kazna u mitu i mit o kazni)
145. Pihler, Stanko - Čovek – biće koje traga za smislom postojanja, Zbornik Matice srpske za društvene nauke 95/1993. (citirano kao: Pihler, Čovek – biće koje traga za smislom postojanja)
146. Pihler, Stanko - Pravo kao političko sredstvo, Sociološki pregled br. 2-3, Beograd, 1970. (citirano kao: Pihler, Pravo kao političko sredstvo)
147. Platon, Država (Predgovor Veljko Korać, Preveli Albin Vilhar i Branko Pavlović, Objašnjenja i komentari Branko Pavlović), Beogradski izdavačko-grafički zavod, Beograd, 1976. ((citirano kao: Platon, Država)
148. Platon, Zakoni (sa starogrčkog preveo Dr Albin Vilhar; Predgovor napisao Dr Veljko Korać), Beogradski izdavačko-grafički zavod, Redakcija Kultura, Beograd, 1971.
149. Popović, Milijan – Pojam subjektivnog prava (Doktorska disertacija), Novi Sad, 1971. (citirano kao: Popović, Pojam subjektivnog prava)

150. Pulišelić, Stjepan - Hegel – filozof slobode, Zbornik pravnog fakulteta u Zagrebu, god. XXI – broj 2, Zagreb, 1971. (citirano kao: Pulišelić, Hegel – filozof slobode)
151. Radbruch, Gustav - Filozofija prava, (s nemačkog prevela: Dušica Guteša) Nolit, Beograd, 1980. (citirano kao: Radbruch, Filozofija prava)
152. Rasel, Bertrand - Mudrost zapada (Sa engleskog preveli Marija i Ivan Salečić), Dereta, Beograd, 2003. (citirano kao: Rasel, Mudrost zapada)
153. Rieger, Miriam - Das Mitverschulden des Opfers und die Voraussetzungen für den Ausschluss einer Strafmilderung, Inaugural Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Hamburg, Hamburg, 2006. (citirano kao: Rieger, Mitverschulden des Opfers)
154. Rönnau, Thomas - Die Einwilligung als Instrument der Freiheitsbetätigung, Zum Grundgedanken und Wirkgrund der Einwilligung im Strafrecht, Jura, Heft 9/2002. (citirano kao: Rönnau, Die Einwilligung als Instrument der Freiheitsbetätigung)
155. Rönnau, Thomas - Voraussetzungen und Grenzen der Einwilligung im Strafrecht, Jura, Heft 10, 2002. (citirano kao: Rönnau, Voraussetzungen und Grenzen der Einwilligung)
156. Rönnau, Thomas - Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht, 1. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2001. (citirano kao: Rönnau, Willensmängel)
157. Roxin, Claus - Ein „neues Bild“ des Strafrechtssystem, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Heft 2, 1971. (Roxin, Ein „neues Bild“ des Strafrechtssystem)
158. Roxin, Claus - Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 3., vollständig neu bearbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1997. (citirano kao: Roxin, Strafrecht AT, 1997.)
159. Roxin, Claus - Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I – Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4., vollständig neubearbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2006. (citirano kao: Roxin, Strafrecht AT)
160. Roxin, Claus - Die durch Täuschung herbeigeführte Einwilligung im Strafrecht, Gedächtnisschrift für Peter Noll, Schulthess Poligrafischer Verlag Zürich 1984. (citirano kao: Roxin, Die durch Täuschung herbeigeführte Einwilligung im Strafrecht)
161. Roxin, Claus / Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, Festschrift für Richard M. Honig, Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien, Herausgegeben von der Juristischen Fakultät der Georg August Universität Göttingen, Band 77, Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1970. (citirano kao: Roxin, Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht)
162. Rudolphi, Hans-Joachim - Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs, Festschrift für Richard M. Honig, Verlag Otto Schwarz & Co., Göttingen, 1970. (citirano kao: Rudolphi, Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs)

163. Ruso, Žan Žak - Društveni ugovor, (Preveo s francuskog Tihomir Marković) Prosveta, Beograd, 1949. (citirano kao: Ruso, Društveni ugovor)
164. Sacher, Mariana - Systemtheorie und Strafrecht, Kritik der rollenbezogenen Zurechnungslehre, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Heft 3, 2005. (citirano kao: Sacher, Systemtheorie und Strafrecht)
165. Sagel-Grande, Irene - Rechtliche Regelung der Euthanasie in den Niederlanden, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 111, Heft 3, 1999. (citirano kao: Sagel-Grande, Rechtliche Regelung der Euthanasie in den Niederlanden)
166. Sanchez, Jesus-Maria Silva - Die Unerwünschten als Feinde: Die Exklusion von Menschen aus dem status personae. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Heft 3, 2006. (citirano kao: Sanchez, Die Unerwünschten als Feinde)
167. Sax, Walter "Tatbestand" und Rechtsgutsverletzung (I), (II), Juristenzeitung, 1, 14, 1976. (citirano kao: Sax, "Tatbestand" und Rechtsgutsverletzung)
168. Schaefer, Kurt - Die Einwilligung des Verletzten, insbes. bei Körperverletzung, Inaugural-Dissertation der juristischen Fakultät der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen, Buchdruckerei Hugo Schäfer, Berlin S. W., 1913 (citirano kao: Schaefer, Die Einwilligung des Verletzten, insbes. bei Körperverletzung)
169. Schlehofer, Horst - Einwilligung und Einverständnis, Carl Heymanns Verlag KG, Köln – Berlin – Bonn – München, 1985. (citirano kao: Schlehofer, Einwilligung und Einverständnis)
170. Schmidhäuser, Eberhard - Strafrecht Allgemeiner Teil, Zweite, neu bearbeitete Auflage, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1984. (citirano kao: Schmidhäuser, Strafrecht AT)
171. Schmidhäuser, Eberhard - Handeln mit Einwilligung des Betroffenen - strafrechtlich: eine scheinbare Rechtsgutsverletzung, Festschrift für Friedrich Geerds, hrsg. von Ellen Schlüchter, Lübeck, Schmidt-Römhild, 1995. (citirano kao: Schmidhäuser, Einwilligung)
172. Schmidt, Eberhard - Der Arzt im Strafrecht, Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, herausgegeben von der Leipziger Juristen-Fakultät, Heft 116, Verlag von Theodor Weicher in Leipzig, 1939. (citirano kao: Schmidt, Der Arzt im Strafrecht)
173. Schmitt, Rudolf - Ärztliche Entscheidungen zwischen Leben und Tod in strafrechtlicher Sicht, Juristenzeitung, Heft 8, 1985. (citirano kao: Schmitt, Ärztliche Entscheidungen zwischen Leben und Tod in strafrechtlicher Sicht)
174. Schneider, Hans Joachim - Das Verbrechensopfer im Sozialprozeß, Juristenzeitung, Nummer 19, 1977. (citirano kao: Schneider, Das Verbrechensopfer im Sozialprozeß)

175. Schneider, Hendrik - Kann die Einübung in Normanerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten? Eine Kritik des Strafrechtlichen Funktionalismus, Schriften zum Strafrecht, Heft 162, Duncker & Humblot, Berlin, 2004. (citirano kao: Schneider, Kann die Einübung in Normanerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten?)

176. Schrey, Robert - Der Gegenstand der Einwilligung des Verletzten, Schletter`sche Buchhandlung (Frank & Weigert), Breslau, 1928.

177. Schönemann, Bernd - Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation, u: Die Rechtsgutstheorie, Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel, Roland Hefendehl/Andrew von Hirsch/Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden 2003. (citirano kao: Schönemann, Rechtsgüterschutzprinzip)

178. Schönemann, Bernd - The System of Criminal Wrongs: The Concept of Legal Goods and Victim-based Jurisprudence as a Bridge between the General and Special Parts of the Criminal Code, Buffalo Criminal Law Review, Vol 7 (2004) (citirano kao: Schönemann, The Concept of Legal Goods and Victim-based Jurisprudence)

179. Seelman, Kurt - Rechtsgutskonzept, „Harm Principle“ und Anerkennungsmodell als Strafwürdigkeitskriterien, u: Die Rechtsgutstheorie, Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel, Roland Hefendehl/Andrew von Hirsch/Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden 2003. (citirano kao: Seelman, Strafwürdigkeitskriterien)

180. Seher, Gerhard - Prinzipien gestützte Strafnormlegitimation und der Rechtsgutsbegriff, u: Die Rechtsgutstheorie, Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel, Roland Hefendehl/Andrew von Hirsch/Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden 2003. (citirano kao: Seher, Prinzipien gestützte Strafnormlegitimation und der Rechtsgutsbegriff)

181. Singer, Mladen - Pojam radnje u sistemu krivičnog prava /disertacija/, Zagreb, 1963.

182. Spinoza, Baruh de - Etika, (Prevod s latinskog i komentari: Dr Ksenija Atanasijević) Kultura, Beograd, 1970. (citirano kao: Spinoza, Etika)

183. Spinoza - Teološko politički traktat, (Preveo Dr Branko Gavella), Kultura-Beograd, (citirano kao: Spinoza, Teološko politički traktat)

184. Sternberg-Lieben, Detlev - Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, Mohr Siebeck, Tübingen, 1997. (citirano kao: Sternberg-Lieben, Objektive Schranken)

185. Sternberg-Lieben, Detlev - Rechtsgut, Verhältnismäßigkeit und die Freiheit des Strafgesetzgebers, u: Die Rechtsgutstheorie, Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2003. (citirano kao: Sternberg-Lieben, Rechtsgut, Verhältnismäßigkeit und die Freiheit des Strafgesetzgebers)

186. Stojanović, Zoran - Komentar krivičnog zakonika, Treće dopunjeno izdanje, Službeni glasnik, Beograd, 2009. (citirano kao: Stojanović, Komentar krivičnog zakonika)
187. Stojanović, Zoran - krivično pravo opšti deo, Službeni glasnik Beograd, 2000. (citirano kao: Stojanović, krivično pravo opšti deo)
188. Stoos, Carl - Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung, Verlag von Otto Liebmann, Berlin, 1898. (citirano kao: Stoos, Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung)
189. Stoos, Carl - Lehrbuch des Österreichischen Strafrechts, Zweite umgearbeitete Auflage, Franz Deuticke, Wien & Leipzig, 1913. (citirano kao: Stoos, Strafrecht)
190. Stratenwerth, Günther - Handlungs- und Erfolgswert im Strafrecht, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Heft 3, 1963. (citirano kao: Stratenwerth, Handlungs- und Erfolgswert im Strafrecht)
191. Stratenwerth, Günter - Kriminalisierung bei Delikten gegen Kollektivrechtsgüter, u: Die Rechtsgutstheorie, Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel, Roland Hefendehl/Andrew von Hirsch/Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden 2003. (citirano kao: Stratenwerth, Kriminalisierung bei Delikten gegen Kollektivrechtsgüter)
192. Stratenwerth, Günter - Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, Die Straftat, Zweite, neubearbeitete Auflage, Verlag Stämpfli+Cie AG, Bern, 1996. (citirano kao: Stratenwerth, Strafrecht AT)
193. Svensen, Laš Fr. H. - Filozofija zla (Prevela s norveškog Nataša Ristivojević-Rajković), Geopoetika, Beograd, 2006. (citirano kao: Svensen, Filozofija zla)
194. Tadić, Ljubomir - Javna i privatna upotreba uma u Kantovoj praktičnoj filozofiji, Theoria, posebno izdanje „Immanuel Kant i savremena filozofija, Beograd, 1974. (citirano kao: Tadić, Javna i privatna upotreba uma u Kantovoj praktičnoj filozofiji)
195. Tadić, Ljubomir - Predmet pravnih nauka, Dosije, Beograd, 2004. (citirano kao: Tadić, Predmet pravnih nauka)
196. Tekelija, Sava - Pravna disertacija o uzroku i cilju postojanja države (sa latinskog preveo Vladislav M. Todorović), Novi Sad, Matica srpska, 2009. (citirano kao: Tekelija, Pravna disertacija o uzroku i cilju postojanja države)
197. Traeger, Ludwig - Die Einwilligung des Verletzten und andere Unrechtsausschließungsgründe im zukünftigen Strafgesetz, Der Gerichtssaal, 1927. (citirano kao: Traeger, Einwilligung)
198. Tröndle, Herbert - Warum ist die Sterbehilfe ein rechtliches Problem?, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 99, 1987, Heft 1. (citirano kao: Tröndle, Warum ist die Sterbehilfe ein rechtliches Problem?)

199. Weigend, Thomas - Über die Begründung der Strafflosigkeit bei Einwilligung des Betroffenen, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Heft 1, 1986. (citirano kao: Weigend, Begründung der Strafflosigkeit bei Einwilligung)
200. Wessels, Johannes/Beulke, Werner - Strafrecht-Allgemeiner Teil, C. F. Müller, Heidelberg, 2002. (citirano kao: Wessels/Beulke, Strafrecht AT)
201. Welzel, Hans - Das Deutsche Strafrecht, Eine systematische Darstellung, Walter de Gruyter & Co., Berlin 1958. (citirano kao: Welzel, Strafrecht)
202. Wittig, Petra - Rechtsgutstheorie, "Harm Principle" und die Abgrenzung von Verantwortungsbereichen, u: Die Rechtsgutstheorie, Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel, Roland Hefendehl/Andrew von Hirsch/Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden 2003. (citirano kao: Wittig, Rechtsgutstheorie)
203. Wohlers, Wolfgang - Die Tagung aus der Perspektive eines Rechtsguttskeptikers, u: Die Rechtsgutstheorie, Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel, Roland Hefendehl/Andrew von Hirsch/Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden 2003. (citirano kao: Wohlers, Die Tagung aus der Perspektive eines Rechtsguttskeptikers)
204. Wolff, Ernst Amadeus - Das neuere Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 97, 1985, Heft 4. (citirano kao: Wolff, Das neuere Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität)
205. Wolff, Heinrich Amadeus - Die Willensfreiheit und die Grundrechte, Juristenzeitung, Heft 19, 2006. (citirano kao: Wolff, Die Willensfreiheit und die Grundrechte)
206. Zieschang, Frank - Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 1995 in Rostock, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 107 (1995), Heft 4. (citirano kao: Zieschang, Diskussionsbeiträge)
207. Zipf, Heinz - Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht, Strafrecht-Strafverfahren-Kriminologie, Band 29, Luchterhand, Neuwied und Berlin, 1970. (citirano kao: Zipf, Einwilligung und Risikoübernahme)
208. Zipf, Heinz - Die Bedeutung und Behandlung der Einwilligung im Strafrecht, Östereichische Juristenzeitung, Heft 14/15, 1977. (citirano kao: Zipf, Einwilligung)
209. Zipf, Heinz - Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht, Hermann Luchterhand Verlag, Neuwied und Berlin, Darmstadt, Mai 1970. (citirano kao: Zipf, Einwilligung und Risikoübernahme)
210. Zittelmann, Ernst - Ausschluss der Widerrechtlichkeit, Archiv für die Civilistische Praxis, Neunundneunzigster Band. (Neue Folge. Neunundvierzigster Band), Tübingen, Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1906. (citirano kao: Zittelmann, Ausschluss der Widerrechtlichkeit)

