

Igor Vuković*

Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu

PRETPOSTAVLJENI PRISTANAK U KRIVIČNOM PRAVU

Apstrakt: Za razliku od pristanka povređenog, koji se u srpskoj literaturi smatra osnovom isključenja protivpravnosti, pretpostavljeni pristanak se u našim udžbenicima krivičnog prava ne razmatra kao osnov opravdanja. Ovaj institut počiva na ideji da u pojedinim slučajevima ne zaslužuje da bude krivično delo ono ponašanje koje se čini bez izjavljenog pristanka titulara dobra, ili zato što se čini u njegovom interesu, ili zato što se odnosi na bagatelna dobra. Uslov je da se pristanak titulara mogao očekivati. Pretpostavljeni pristanak je uobičajen u sferi medicinskog lečenja, gde je neretko neophodna intervencija u odnosu na nesvesnog pacijenta. Nasuprot vladajućem shvatanju u stranoj literaturi, autor zastupa stanovište da pretpostavljeni pristanak ne zaslužuje svoje samostalno mesto u sistemu krivičnog dela, s obzirom na njegovo preplitanje sa institutom krajnje nužde.

Ključne reči: pretpostavljeni pristanak, krajnja nužda, nezvano vršenje tuđih poslova, medicinski zahvati.

Pored pristanka povređenog, koji u uobičajenom pregledu osnova isključenja protivpravnosti krivičnog dela ima svoje nesporno mesto, neretko se kao osnov isključenja protivpravnosti pominje i pretpostavljeni pristanak kao samostalan osnov opravdanja. Pretpostavljeni pristanak počiva na sledećem objašnjenju. Iako titular dobra nije dao svoj prethodni pristanak koji bi isključio protivpravost učiniočevog nedela, protivpravost je isključena ako saglasnost prema okolnostima nije ni bilo moguće pravovremeno pribaviti, jer je titular pravnog dobra (odnosno njegov zakonski zastupnik) bio faktički *nedostupan*. Uslov je da se objektivnim vrednovanjem svih okolnosti u momentu vršenja dela takav pristanak sa sigurnošću mogao očekivati.¹ Ako jedno lice provali u susedni stan kako bi u njemu ugasilo požar, narušavanje nepovredivosti stana koje čini u cilju umanjenja opasnosti što preti imovini komšije ostvaruje obeležja čl. 139 Krivičnog zakonika (lice obija vrata bez ovlašćenja vlasnika),²

* vanredni profesor, igorvu@ius.bg.ac.rs. Ovaj članak je nastao kao rezultat rada na Projektu br. 179051 „Kaznena reakcija u Srbiji kao ključni element pravne države“, koji finansira Ministarstvo nauke Republike Srbije.

1 H.-H. Jescheck, T. Weigend /1996/: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin, 5. Auflage, s. 385.
2 Krivični zakonik („Službeni glasnik RS“, br. 85/2005, 88/2005 – ispr., 107/2005 – ispr., 72/2009, 111/2009 i 121/2012) – u daljem tekstu KZ.

ali se na planu protivpravnosti njegovo činjenje može opravdati pozivanjem na pretpostavljeni pristanak vlasnika. Ipak, slično navedenom primeru, okolnosti u kojima bi ovaj institut mogao da ostvaruje krivičnopravna dejstva neretko se prepliću sa institutom krajnje nužde (čl. 20 KZ). Zaista, protivpravnost narušavanja nepovredivosti stana mogla bi se opravdati pozivanjem na to da je imovini drugog pretela neposredna neskrivljena opasnost koja se drugačije nije mogla otkloniti, a pri tom učinjeno zlo (oštećena vrata) daleko nadmašuju ostvareni rezultati intervencije (vrednost spasenih dobara). U svakom slučaju, zaključci o odnosu ova dva instituta nesumnjivo određuju domašaj pretpostavljenog pristanka prema našem pravu.

Pretpostavljeni pristanak po pravilu nije zakonski regulisan u uporednom zakonodavstvu, već se uobičajeno ističe da je reč o osnovu koji krivičnopravna dejstva ostvaruje na temelju *običajnog prava*.³ Za razliku od strane krivičnopravne doktrine, u dosadašnjoj srpskoj i jugoslovenskoj literaturi pretpostavljeni pristanak je retko izdvajan kao naročit osnov isključenja protivpravnosti,⁴ tako da je njegovo mesto u našem sistemu krivičnog prava oduvek bilo nejasno. Istovremeno, ovaj institut zasluži bliža razmatranja zbog njegovog naročitog praktičnog značaja u sferi lekarskih intervencija, s obzirom da je prema našim postojećim propisima preduzimanje medicinskog zahvata bez uvažavanja volje pacijenta u određenim okolnostima ipak moguće. Otuda bi zaključak da ovi propisi počivaju na ideji uvažavanja pretpostavljene volje pacijenta u ishodu vodio utemeljenju pretpostavljenog pristanka, bar kao posebnog zakonskog osnova opravdanja.

Uobičajeno se razlikuju dve grupe slučajeva pretpostavljenog pristanka: u interesu pogođenog i u interesu nekog drugog lica (ili čak učinioca).⁵ Kolizija interesa *samog povređenog*, koja se rešava zahvatom trećeg lica u njegova dobra nalikuje poslovodstvu bez naloga iz građanskog prava. Opravdanje ovde počiva na ideji da je zahvat u pravnu sferu drugog dopušten s obzirom da umešać radi u interesu oštećenog. Delo provalnika u tuđ stan u uslovima požara (iz našeg početnog primera) – nesumnjivo ide vlasniku stana u korist. Ovde se i ne radi o napadu na dobro titulara već o svake pohvale vrednoj pomoći.⁶ Kažnjavanje u datim okolnostima bilo bi međutim u izuzetku naročitog osnova opravdanja teško izbežno, jer naknadni pristanak ne može da isključi protivpravnost ponašanja, konvalidirajući prethodno

3 T. Fischer /2011/: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München, 58. Auflage, s. 273; B. Heinrich /2010/: *Strafrecht – Allgemeiner Teil I. Grundlagen der Strafbarkeit, Aufbau der Straftat beim Vollendungs- und Versuchsdelikt*, Stuttgart, 2. Auflage, s. 198. To nije smetnja, jer je danas vladajuće shvatanje da važenje načela zakonitosti nije povređeno ako se u korist učinioca konstituiše osnov isključenja protivpravnosti koji nije izričito propisan krivičnim zakonom.

4 Vid. npr. F. Bačić /1986/: *Krivično pravo. Opći dio*, Zagreb, 3. izdanje, str. 229, I. Marković /2011/: *Pristanak povređenog u krivičnom pravu*, u: *Kaznena reakcija u Srbiji* (prir. Đ. Ignjatović), Beograd, str. 292.

5 T. Lenckner /2001/, u: A. Schönke, H. Schröder (Hrsg.) et al., *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München, 26. Auflage, s. 566. Ovo razlikovanje se čini i u našoj literaturi (vid. I. Marković, *op. cit.*, str. 292). Treba imati u vidu da ovo razlikovanje ne vodi drugačijim pravnim pretpostavkama ili dejstvima navedenih podvrsta.

6 R. von Hippel /1929/: „Die Bedeutung der Geschäftsführung ohne Auftrag im Strafrecht“, u: *Die Reichgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben. Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgericht. Fünfter Band*, Berlin – Leipzig, s. 2.

ostvareno krivično nepravdo. Naime, opšte je prihvaćeno da pristanak povređenog kao osnov isključenja protivpravnosti mora biti obnarodovan pre vršenja delikta, kako bi ostvarivao krivičnopravna dejstva.⁷ To ovde izostaje, jer titular ne saopštava svoj stav o zahvatu u njegovo dobro, pa preostaje da se ili ispune pretpostavke krajnje nužde (ako je postojalo stanje neposredne opasnosti po dobra titulara) ili da se učinilac kazni. Situacije kolizije interesa samog povređenog najveću primenu imaju u sferi medicinskih zahvata.

U drugoj konstelaciji, zahvat u tuđa dobra opravdan je i ukoliko se delo ne čini u interesu oštećenog već samog učinioca ili nekog trećeg lica. Iako oštećeni ovde nema neki naročiti upleteni interes (osim razumljivog očekivanja da u uživanju svojih dobara ne bude uznemiravan), smatra se da i ovde može biti isključena protivpravnost povrede ili ugrožavanja njegovih dobara, ukoliko se njegova saglasnost sa uplitanjem drugoga može pretpostaviti. S obzirom da su ove situacije osetljivije od onih u kojima se radi u interesu povređenog, u praksi se one redovno tiču bagatelnih škoda dobara ili podrazumevaju odnose između bliskih lica. Tako, ako deca u rodnoj godini sa komšijskog imanja oberu nešto voća, sitna krađa koju čine može se opravdati pretpostavljenom saglasnošću vlasnika voćnjaka, kao što se osnovano može očekivati da prijatelj neće imati ništa protiv da se pozajmi njegov parkirani bicikl kako bi se na vreme stiglo na voz. U sličnim situacijama pozivanje na krajnju nuždu neretko nije moguće jer izostaje uslov „istovremene opasnosti“ iz čl. 20 KZ. A opet, kažnjavanje onoga ko uzdajući se u prijateljstvo čini kakvo neznatno nepravdo na štetu bližnjeg smatra se kriminalno-politički krajnje sumnjivim i „praktično nesprovodivim“.⁸

1. MESTO PRETPOSTAVLJENOG PRISTANKA U SISTEMU KRIVIČNOG DELA

Prema skoro jedinstveno prihvaćenom gledištu u stranoj literaturi, pretpostavljeni pristanak predstavlja osnov isključenja protivpravnosti. Čak i oni autori koji pristanak povređenog smatraju osnovom koji isključuje biće dela,⁹ pretpostavljeni pristanak smatraju osnovom isključenja protivpravnosti, jer ovde između pretpostavljene i stvarne volje pasivnog subjekta postoji mogući konflikt, koji se ne može razrešiti na nivou zakonskog opisa. Kako učinilac deluje bez pribavljene saglasnosti oštećenog, on postupa deliktno, nezavisno od toga što osnovano veruje da oštećeni vršenju dela nije protivan. Čak i ukoliko se ispostavi da je njegova procena

7 Ako bude izjavljen u toku vršenja delikta može da isključi samo odgovornost za dovršeno delo, ali ne i za pokušaj.

8 Tako C. Roxin /2006/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München, 4. Auflage, s. 829. Slično i F. Bačić, *op. cit.*, str. 230.

9 Vid. U. Kindhäuser /2009/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Baden-Baden, 4. Auflage, s. 164; C. Roxin: *op. cit.*, s. 822. Ovom učenju ne možemo na ovom mestu posvetiti dužnu pažnju. Prema ovom shvatanju objekat krivičnopravne zaštite se u izvesnom smislu personalizuje, te u slučaju pristanka titulara dobra sa njegovom povredom ili ugrožavanjem ponašanje nije deliktno već od samog početka, a ne tek na planu protivpravnosti. Već sama činjenica da je najveći broj delikata kažnjiv nezavisno od stava pasivnog subjekta pokazuje da je ovo shvatanje teško primenjivo na sva krivična dela.

bila pogrešna, učinjeno nepravo ostaje opravdano, ako je utvrđeno da je učiniočeva prognoza volje titulara dobra počivala na objektivnim parametrima.¹⁰

Sporno eventualno može biti da li bi i ovde slično pristanku povređenog trebalo napraviti paralelu između pretpostavljenog pristanka koji isključuje biće dela i pretpostavljenog pristanka koji deluje na terenu protivpravnosti.¹¹ Prema jednom manjinskom gledištu i ovde bi kod delikata kod kojih već zakonski opis podrazumeva delanje protivno volji pasivnog subjekta – pretpostavljeni pristanak isključio već predviđenost dela u zakonu.¹² Tako u pomenutom primeru provale u susedni stan ne bi bilo ostvareno već biće krivičnog dela narušavanja nepovredivosti stana. Iako sam zakonski opis zahteva da se radnja prodiranja vrši neovlašćeno (vid. čl. 139 KZ), uzimanje u obzir i pretpostavljenog pristanka ovde bi onda podrazumevalo ne samo izričito ili konkludentno izjavljenu, već i pretpostavljenu volju. Ipak, ovo shvatanje ne možemo prihvatiti, jer iako pristanak ne mora biti spolja manifestovan, prethodna saglasnost titulara mora predstavljati činjenicu, s obzirom da obeležja bića dela podrazumevaju realno a ne hipotetičko događanje.¹³ Do kakvih mogućih nesporezuma bi slično tumačenje moglo dovesti možemo videti na primeru krivičnog dela obljuje nad nemoćnim licem, gde bi u svakom slučaju seksualnog odnosa sa npr. teško alkoholisanim licem učinilac mogao da tvrdi da je žrtva saglasna sa odnosom. Iako se sličan argument ne može isključiti ni ukoliko se pretpostavljeni pristanak tumači kao osnov isključenja protivpravnosti,¹⁴ generalno preventivno nije prihvatljivo da se vršenje seksualnog odnosa sa nesvesnim licem, bez prethodnog razjašnjenja njegove stvarne volje – *ab initio* ne razume kao kršenje krivičnopravne norme. Upravo suprotno, činjenica da je kod mnogih delikata zakonodavac izričito uneo vršenje dela protivno volji pasivnog subjekta kao obeležje zakonskog opisa govori u prilog snažnog kriminalno-političkog interesa da se pitanje volje titulara razjasni pre preduzimanja inkriminisanog ponašanja.

2. USLOVI PRETPOSTAVLJENOG PRISTANKA

Načelno, svi uslovi koji važe za pristanak povređenog važe i za pretpostavljeni pristanak, osim činjenice da ovde nedostaje izjava kojom se titular pravnog dobra saglašava sa zahvatom. I ovde, otuda, oštećeni mora imati sposobnost za davanje pristanka, kao što se i ovde mora raditi o dostupibilnom pravnom dobru.¹⁵ Ključno obeležje pretpostavljenog pristanka je postojanje nepremostivih prepreka zbog kojih nije moguće pravovremeno dobiti izričito odobravanje vršenja dela od strane

10 T. Lenckner, *op. cit.*, s. 567; H. Müller-Dietz /1989/: *Mutmaßliche Einwilligung und Operationserweiterung*, *Juristische Schulung*, № 4, s. 282.

11 Kao što je poznato, kod nekih delikata volja titulara utiče već na ostvarenost obeležja bića dela (kod npr. silovanja), dok kog drugih delikata saglašavanje titulara isključuje tek protivpravnost dela (vid. npr. Z. Stojanović /2012/: *Krivično pravo. Opšti deo*, Beograd, 19. izdanje, str. 137).

12 T. Fischer: *op. cit.*, s. 273; B. Heinrich: *op. cit.*, s. 202.

13 S pravom R. Rengier /2010/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München, 2. Auflage, s. 208.

14 Ljubavnici su npr. supružnici, a supruga je već u nekoliko prethodnih navrata dopuštala da suprug ima odnose sa njom, nakon što bi popila nekoliko tableta za spavanje snažnog dejstva.

15 B. Heinrich: *op. cit.*, s. 199.

povređenog.¹⁶ Tako se može raditi o njegovoj nesvesti, odsustvu ili nekom drugom stanju ili okolnosti, usled koje je titular dobra faktički *nedostupan*, pa se ne može pribaviti njegovo mišljenje. Propuštanje da se pristanak pribavi i pored nepostojanja smetnji isključuje mogućnost pozivanja na opravdanje po osnovu pretpostavljenog pristanka.¹⁷ Istovremeno, nije prihvatljivo dopustiti isključenje protivpravnosti na temelju pretpostavljenog pristanka ako odlučivanje dopušta odlaganje bez rizika po interese oštećenog.¹⁸ Tako, prema jednoj odluci iz strane sudske prakse, s pravom nije isključena protivpravnost sterilizacije učinjene tokom porođaja carskim rezom, na temelju procenjenog rizika da bi život žene mogao da ugrozi neki budući porođaj. Kako između aktuelnog i nekog kasnijeg porođaja sledi odgovarajući vremenski period u kojem je moguće utvrditi stvarnu volju žene, izostalo stanje nužde ne opravdava propuštanje da se mišljenje žene na valjan način pribavi.¹⁹ To uostalom potvrđuje i Zakon o pravima pacijenata, koji u čl. 18 st. 4 propisuje da ako se tokom operativnog zahvata pojavi potreba za njegovim proširenjem, koje se nije moglo pretpostaviti, proširenje operativnog zahvata može se obaviti samo ako je na osnovu procene doktora (medicine odnosno stomatologije) koji preduzima taj zahvat – on neodložno potreban. Ako se odlučivanje može odložiti, izostaje neophodna pretpostavka za preduzimanje zahvata.

Na koncu, neophodno je da se u vreme dela prema objektivnoj oceni svih okolnosti pristanak može sa sigurnošću očekivati. U oceni ovih okolnosti neophodno je uzeti u obzir svaki interes oštećenog – njegove želje, potrebe, vrednosne predstave i tsl.,²⁰ naročito na temelju njegovih ranijih usmenih ili pisanih izjava.²¹ Od značaja su i njegovi moralni i religiozni nazori. Pretpostavljeni pristanak ne polazi od objektivne vrednosti kolidirajućih dobara i interesa, već od *suda o verovatnoći* šta predstavlja stvarnu volju nosioca dobra u trenutku dela.²² Cilj je hipotetičko ustanovljenje onoga što odgovara stvarnoj volji povređenog. Njegova pretpostavljena volja ima prednost čak i kada prema objektivnim merilima deluje neuobičajeno ili nerazumno.²³ Tek ako konkretni pokazatelji ove stvarne volje izostanu, može se preći na druga merila njenog utvrđivanja.

16 U. Kindhäuser: *op. cit.*, s. 164.

17 Vid. npr. K. Kühl /2008/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München, 6. Auflage, s. 286–287. Ove situacije, naročito aktuelne u lecarskoj praksi, razmatraju se u okviru tzv. *hipotetičkog pristanka*. Ovde lekar ne pribavlja pristanak za preduzimanje medicinske mere iako je to prema okolnostima mogao da učini, a tek se nakon zahvata ispostavlja da bi takav pristanak pacijent dao, da je pristanak bio tražen.

18 Slično H. Frister /2009/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München, 4. Auflage, s. 186; C. Roxin: *op. cit.*, s. 827.

19 Isto važi i u slučaju drugih operativnih zahvata. Uvek kada je prema okolnostima moguće pribaviti stvarnu saglasnost pasivnog subjekta – nije moguće pozivanje na pretpostavljenu saglasnost. Lekar koji bez posledica po zdravlje pacijenta može da pričeka njegovo buđenje iz nesvestice ne može ga operisati pozivajući se na pretpostavljeni pristanak.

20 B. Heinrich: *op. cit.*, s. 199; U. Kindhäuser: *op. cit.*, s. 165; I. Marković, *op. cit.*, str. 292.

21 H. Frister: *op. cit.*, s. 186; J. Wessels, W. Beulke /2011/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Heidelberg, 41. Auflage, s. 140.

22 J. Wessels, W. Beulke: *op. cit.*, s. 139.

23 H. Schlehofer /2003/, u: B. von Heintschel-Heinegg (Hrsg.) *et al.*, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 1*, München, s. 1218.

Tu prema pojedinim autorima u obzir dolaze i kriterijumi nezvanog vršenja tuđih poslova odnosno krajnje nužde.²⁴ Naročito je starija doktrina preporučivala analognu primenu pravila o poslovdstvu bez naloga (vid. čl. 220-228 Zakona o obligacionim odnosima).²⁵ To nije prihvatljivo jer se u krivičnom pravu upoređivanje ne vrši isključivo između imovinskih vrednosti. Slična zadržka se uobičajeno čini i u odnosu na pravila krajnje nužde (čl. 20 KZ). Tako isključenje protivpravnosti zbog pretpostavljenog pristanka ne bi moralo otpasti već zbog toga što je zlo koje je oštećenom učinjeno premašivalo koristi od takvog zahvata. Primaran ostaje kriterijum stvarne volje povređenog, čak i ukoliko ona protivreči zdravom razumu i objektivnim kriterijumima. Razume se, do ovog odstupanja će u praksi doći samo izuzetno. Poređenje zala utvrđivanjem pretežnog interesa, kako smo već konstatovali, došlo bi u obzir tek ukoliko hipotetička volja pasivnog subjekta nije bila utvrđiva na drugi način.²⁶ Tu onda na scenu stupaju vrednovanja karakteristična za krajnju nuždu,²⁷ iako formalno podvođenje pod ovaj osnov isključenja protivpravnosti nekada neće moći biti direktno moguće zbog izostanka uslova neposredne opasnosti (vid. čl. 20 KZ).

U svakom slučaju, ukoliko je oštećeni svoju volju već izjavio u određenom pravcu, bilo izričito bilo prećutno,²⁸ bilo za bilo protiv zahvata u njegova dobra – više se ne radi o institutu pretpostavljenog već o postojanju ili izostanku stvarnog pristanka. Ako je učiniocu poznato da komšija neće ni pod kojim razlogom da ga vidi u svom stanu, on se ne može pozvati na njegov pretpostavljeni pristanak. Dakle, pretpostavljeni pristanak svagda je *supsidijaran* u odnosu na institut pristanka povređenog.²⁹ Svaka izjavljena volja pasivnog subjekta primarna je u odnosu na hipotetičku volju pretpostavljenog pristanka. Tek ako ova volja nije poznata – može se preći na ispitivanje uslovâ pretpostavljenog pristanka. Otuda bi bilo neprihvatljivo da se pravo titulara da sam odluči o sudbini vlastitog pravnog dobra (tamo gde je takvo raspolaganje uopšte moguće) zaobiđe, tako što bi se njegovo odricanje od pravnog dobra na temelju ovog instituta pretpostavilo, umesto da se on sam pita o tome.

24 U. Kindhäuser: *op. cit.*, s. 165.

25 Zakon o obligacionim odnosima („Službeni list SFRJ“, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, „Službeni list SRJ“, br. 31/93 i „Službeni list SCG“, br. 1/2003 – Ustavna povelja) – u daljem tekstu ZOO. Ova pravila se po mnogo čemu poklapaju sa krivičnopravnim vrednovanjima. Tako je pri vršenju tuđeg posla poslovođa bez naloga dužan da se rukovodi „stvarnim ili verovatnim namerama i potrebama onoga čiji je posao“ (čl. 222 st. 1 ZOO).

26 H.-U. Paeffgen /2005/, u: U. Kindhäuser, U. Neumann, H.-U. Paeffgen (Hrsg.) *et al.*, *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch. Band 1*, Baden-Baden, 2. Auflage, s. 1065.

27 H. Otto /2004/: *Einwilligung, mutmaßliche, gemutmaßte und hypothetische Einwilligung*, *Juristische Ausbildung*, № 10, s. 682.

28 Neke situacije prećutne stvarne saglasnosti nije lako razlikovati od pretpostavljene hipotetičke saglasnosti. Tako ostavljanje novca za novine u kiosku u slučaju trenutnog odsustva prodavca ili otvaranje pića u samoposluzi u samoj radnji od strane žednog kupca ne podrazumeva pretpostavljenu već aktuelnu saglasnost na temelju uobičajenog poslovanja (slično i C. Roxin: *op. cit.*, s. 827, suprotno B. Heinrich: *op. cit.*, s. 201, koji slične primere smatra konstelacijama pretpostavljenog pristanka).

29 K. Kühl, *op. cit.*, s. 286; H. Müller-Dietz, *op. cit.*, s. 282; R. Rengier, *op. cit.*, s. 210; C. Roxin: *op. cit.*, s. 826; H. Schlehofer, *op. cit.*, s. 1217.

Nije jednostavno postavljanje čvrstih merila kada bi to pretpostavljeni pristanak mogao da isključi protivpravnost. Pojedini autori razvijaju različite kriterijume vrednovanja u zavisnosti od prirode ugroženih dobara. Tako Roxin (*Roxin*) pravi razliku da li se radi o stvarnim, ličnim ili egzistencijalnim dobrima. Ako se radi o imovinskim dobrima, učinilac bi se mogao pozvati na pretpostavljeni pristanak uvek kada polazi od pretežnog interesa oštećenog, a nema neposredno saznanje da je volja ovoga drugačija. Ako se pak radi o dobrima koja nije lako odmeriti, a dotiču lične naklonosti oštećenog (ubija se teško povređeni pas, iako zbog naročitog emocionalnog odnosa nije sigurno da li bi njegov vlasnik više voleo da mu se skrate muke ili da se pokuša operativni zahvat), učinilac, obrnuto, ne sme poći od pretpostavljenog pristanka, osim ukoliko, izuzetno, naročite okolnosti govore upravo u prilog takvoj odluci. Načelno, isto pravilo bi važilo i ako se ne radi u interesu oštećenog.³⁰ Jedino ako bi se radilo o životu i smrti pasivnog subjekta (npr. dilema između amputacije uda ili smrti), može se opravdano poći od toga da bi nesvesni povređeni odabrao život.³¹ To bi čak važilo i ako bi postojale snažne indicije da bi povređeni doneo suprotnu odluku (član je sekte koja zastupa slične stavove ili je nekada u prisustvu najbližih izjavio da bi pre bio mrtav nego bogalj).³² Zbog neprikosnovenosti života (čl. 24 st. 1 Ustava) i realne mogućnosti da se u odnosu na tako egzistencijalna pitanja u odsutnom momentu promeni stav, prihvatljivije je ovde dopustiti opravdanje i spasiti život bez krivične odgovornosti.³³ U svakom slučaju, oštećeni će kasnije biti u prilici da svoju drugačiju odluku u svakom momentu sprovede u delo svojim odgovornim samoubistvom.

Vrednovanje da li se saglasnost mogla pretpostaviti vrši se prema vladajućem shvatanju u vreme dela i iz perspektive samog učinioca (*ex ante*).³⁴ Kriterijum je *subjektivan*. Odlučna je hipotetička volja koja se mogla spoznati u datom momentu. Ako se ispostavi da je prognoza da pristanak postoji bila pogrešna, delo učinioca ostaje opravdano ako bi i druga lica, u poziciji učinioca i sa njegovim znanjima i iskustvom, takođe imala predstavu da bi saglasnost sigurno

30 Otuda će deca moći da ooberu voće samo ako se komšija tome nije protivio ranijih godina, kao što će i pozajmljivanje bicikla podrazumevati da su prijatelji prethodno u raznim sličnim situacijama bili jedan drugom pri ruci.

31 C. Roxin: *op. cit.*, s. 830–832.

32 C. Roxin: *ibid.*, s. 832.

33 Uostalom, na ovoj liniji je i Zakon o pravima pacijenata („Službeni glasnik RS“, br. 45/2013, u daljem tekstu ZPP), koji u čl. 18 propisuje da se nad pacijentom koji je bez svesti, ili iz drugih razloga nije u stanju da saopšti svoj pristanak – hitna medicinska mera može preduzeti i bez njegove saglasnosti. Iako pacijent ima pravo da odredi lice, koje bi u slučaju njegove nesposobnosti donošenja odluke o pristanku moglo da u njegovo ime da pristanak (čl. 16 st. 5 ZPP), ne mislimo da ovo pravo podrazumeva uskraćivanje pristanka od strane zastupnika i u slučaju da nesposobnost nije nepovratna, naročito ne u smislu odlučivanja o meri koja bi pacijenta održala u životu. Otuda je lekarski zahvat koji održava pacijenta u životu uvek opravdan, ako sam pacijent nije neposredno, u smislu čl. 17 ZPP, odbio medicinsku meru koja spasava njegov život. Međutim, tada već nismo na terenu pretpostavljenog pristanka, već njegovog izjavljenog uskraćivanja (suprotno B. Heinrich: *op. cit.*, s. 198, 200, koji dopušta da je i u slučaju operacije koja bi spasila život moguć „nerazuman“ pretpostavljeni pristanak).

34 B. Heinrich: *op. cit.*, s. 200; U. Kindhäuser: *op. cit.*, s. 166; T. Lenckner, *op. cit.*, s. 567; R. Rengier, *op. cit.*, s. 208.

bila data.³⁵ Suprotno stanovište polazi od kriterijuma *ex post*.³⁶ Ovaj kriterijum je objektivn. Odlučno je naime da li je oštećeni odista u momentu dela bio saglasan sa njegovim vršenjem, nezavisno od predstave trećih lica i samog učinioaca. Ako to nije slučaj, protivpravnost dela ne može se ispraviti unošenjem pogrešne prognoze u objektivnu stranu osnova opravdanja; delo ostaje protivpravno, a učiniočevo kažnjavanje eventualno može otpasti na planu stvarne zablude o okolnosti koja bi delo učinila dozvoljenim.³⁷

Na subjektivnom planu učinilac mora da bude svestan svih objektivnih karakteristika pretpostavljenog pristanka. On mora da ima svest da radi saglasno pretpostavljenoj volji nosioca pravnog dobra.³⁸ Ako učinilac postupi imajući pogrešnu predstavu da su u konkretnom slučaju ispunjene stvarne pretpostavke ovog osnova isključenja protivpravnosti, pre svih da bi titular pravnog dobra bio saglasan sa zahvatom u njegova dobra, postojaće stvarna zabluda o okolnosti koja bi njegovo delo učinila dozvoljenim (čl. 28 KZ), koja isključuje njegov umišljaj, ali ne i nehat ako je nehat kažnjiv. Treba međutim biti oprezan u razgraničenju sa pravnom zabludom. I u slučaju činjeničnog stanja kakvog osnova isključenja protivpravnosti u literaturi se naime čini razlikovanje deskriptivnih i normativnih okolnosti, kao kod razlikovanja obeležja bića dela. Ako učinilac pozajmi bez pitanja komšijin bicikl kako bi na vreme stigao na voz, nerazumno očekujući da ovaj neće imati ništa protiv, njegova pogrešna predstava ne dotiče stvarne okolnosti pretpostavljenog pristanka, već same granice pristanka. Otuda će postojati samo otklonjiva indirektna pravna zabluda sa dejstvom mogućeg ublažavanja kazne (čl. 29 st. 3 KZ).³⁹ Iako ovo razlikovanje nije zasnovano na dovoljno preciznim kriterijumima, šira primena pravne umesto stvarne zablude smatra se kriminalno-politički poželjnijom, kako bi se izbegle pravne praznine u kažnjavanju, s obzirom da primena stvarne zablude isključuje odgovornost za umišljajno delo.⁴⁰

3. PRETPOSTAVLJENI PRISTANAK U NAŠEM PRAVU

Na koncu naših razmatranja o pretpostavljenom pristanku, neophodno je ponovo se osvrnuti na mesto koje ovaj institut treba da ima u našem krivičnom pravu. Od dve pomenute konstelacije pretpostavljenog pristanka – postupanja u interesu povređenog ili u interesu drugog lica – samo u prvom slučaju postoje ubedljivi kriminalno-politički razlozi da se pretpostavljena volja titulara dobra uvaži. Ovde međutim treba biti oprezan. Ovaj osećaj je snažan prevashodno u slučaju da šteta koje pretila dobrima titulara nadmašuje štetu koja se vršenjem dela ostvaruje, a to su zapravo situacije

35 J. Wessels, W. Beulke, *op. cit.*, s. 141.

36 H. Frister: *op. cit.*, s. 186.

37 H. Frister: *ibid.*

38 K. Kühl, *op. cit.*, s. 287; G. Stratenwerth, L. Kuhlen /2011/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat*, München, 6. Auflage, s. 125.

39 Slično C. Roxin: *op. cit.*, s. 835. Primer stvarne zablude bi ovde predstavljala eventualna pogrešna predstava da se komšija ne nalazi u kući i da zbog toga nije bilo moguće pribaviti njegovu saglasnost.

40 Vid. H. Müller-Dietz, *op. cit.*, s. 285.

krajnje nužde (amputacija uda nesvesnog ranjenika kako bi se spasao njegov život). U suprotnom smeru, kada isključujemo protivpravnost na temelju pretpostavljene volje titulara, a gde učinjena šteta, obrnuto, nadmašuje koristi na dobrima titulara (nepreduzimanje amputacije uda nesvesnog teško povređenog pacijenta i dopuštanje njegove smrti, jer je ovaj nekada ranije izjavio „da tako nikada ne bi živeo“), stvari više ne stoje tako jasno. Ne samo što se ovde čini nešto suprotno temeljnoj ideji isključenja protivpravnosti (vrednovanje upletenih interesa koje u ishodu vodi žrtvovanju vrednijeg dobra), već se to čini na temelju hipotetičke volje titulara dobra. Otuda ne vidimo dovoljan razlog da pretpostavljeni pristanak, zasnovan na neodređenoj volji titulara dobra zameni jasne objektivne kriterijume krajnje nužde,⁴¹ uvek kada su ispunjene pretpostavke iz čl. 20 KZ.

S druge strane, neophodno je uvažiti i naše pozitivne propise, u kojima pretpostavljeni pristanak u uslovima medicinskih zahvata ima svoje mesto.⁴² Slične situacije reguliše naime srpski Zakon o pravima pacijenata.⁴³ Prema čl. 18 st. 1 ovog zakona 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). Ako zakonski zastupnik deteta, odnosno pacijenta lišenog poslovne sposobnosti nije dostupan ili odbija predloženu hitnu medicinsku meru, hitna medicinska mera može se preduzeti, ako je to u najboljem interesu pacijenta (čl. 18 st. 3 ZPP). Očigledno je, dakle, da *ratio* ove odredbe počiva na ideji pretpostavljenog pristanka, iako se preduzimanje hitne medicinske mere redovno poklapa sa stanjem neposredne opasnosti, koja se prema našem pravu opravdava institutom krajnje nužde, u vidu svojevrstne pomoći u nuždi. To otvara pitanje potrebe da se slične konstelacije uopšte razmatraju izvan okvira krajnje nužde, i na koncu opravdanosti izdvajanja pretpostavljenog pristanka kao samostalnog osnova opravdanja.

Prema vladajućem stanovištu u literaturi, pretpostavljeni pristanak se u odnosu na krajnju nuždu razlikuje po tome što ovde izostaje objektivno odmeravanje upletenih interesa.⁴⁴ Poređenje zala, o kojem govori odredba čl. 20 KZ, uvek polazi od objektivne procene da li je u nuždi učinjeno zlo veće ili manje od zla koje je pretilo. Kod pretpostavljenog pristanka, međutim, za opravdanje dela nije od značaja šta je objektivno odgovaralo interesima oštećenog, već šta je on prema okolnostima hipotetički mogao da želi. Objektivni interes oštećenog samo je jedna od indicija njegove pretpostavljene volje. S druge strane, stanje krajnje nužde redovno podrazumeva stanje neposredne opasnosti, što kod pretpostavljenog

41 Ovde ostavljamo po strani temeljni nedostatak ovog instituta prema srpskom pravu, činjenicu da krajnja nužda isključuje protivpravnost i u slučaju jednake vrednosti dobara. Ne može pravni poredak da prizna da neko ima pravo da liši drugoga života kako bi spasao svoj život. Ovaj konflikt može se razrešiti tek na planu krivice.

42 Teško bi se naime mogao negirati krivičnopravni značaj pretpostavljenog pristanka kao osnova isključenja protivpravnosti, ako bi se na temelju tumačenja aktuelnih propisa ovi izjasnili u pravcu njegovog šireg prihvatanja. Tada se, štaviše, i ne bi više radilo o običajnom već o zakonskom osnovu opravdanja.

43 Prava pacijenta do donošenja ovog zakona bila se regulisana Zakonom o zdravstvenoj zaštiti.

44 C. Roxin: *op. cit.*, s. 823.

pristanaka može i izostati. Ako se ove dve osobenosti uporede sa odredbama ZPP-a, možemo zaključiti da se isključenje protivpravnosti po osnovu hitne medicinske mere, i u uslovima nesvesnog stanja pacijenta ili drugog stanja zbog kojeg njegovu saglasnost nije moguće pribaviti, pre može podvesti pod institut krajnje nužde. Stanje hitnosti medicinske mere upravo podrazumeva stanje nužde odnosno neposredne opasnosti za život ili telo pacijenta koje zahteva neodložno postupanje. Osim toga, ako „najbolji interes pacijenta“ može nadjačati čak i protivljenje zakonskog zastupnika deteta ili pacijenta lišenog poslovne sposobnosti, onda postupanje u ovom interesu tim pre usmerava delatnost lekara u uslovima nesvesti pacijenta.⁴⁵ Otuda objektivni kriterijumi krajnje nužde u svakom slučaju prema zakonskoj intenciji zaslužuju prednost u odnosu na vrednovanje želja pacijenta, od kojih polazi institut pretpostavljenog pristanaka.⁴⁶

Iako pretpostavljeni pristanak u interesu drugog lica takođe ima izvesno kriminalno-političko opravdanje, njegovo šire prihvatanje opterećuje bojazan da se ovaj institut može zloupotrebiti,⁴⁷ jer se ovde u interese titulara potencijalno upliću i interesi učinioca. Otuda nije slučajno što se situacije njegovog šireg prihvatanja svode na konstelacije bagatelnog kriminaliteta i/ili odnosa među bliskim licima. U mnogim situacijama, gde bi ovaj osnov opravdanja dolazio u obzir, zakonodavac je, polazeći od bliskog odnosa učinioca i oštećenog, krivično gonjenje prepustio privatnoj inicijativi.⁴⁸ Tamo, pak, gde se ova diskrepancija između kriminalno-političke potrebe i okolnosti slučaja ne bi mogla razrešiti na terenu procesnog prava, od nesigurnih pretpostavki pretpostavljenog pristanaka poželjnijim nam se čine okviri dela malog značaja kao osnova isključenja protivpravnosti (čl. 18 KZ). Ovaj institut, iako i sam opterećen mnogim nepoznicama, okrenut je rešavanju upravo bagatelnog kriminaliteta, a prema propisanim uslovima može da uvaži i druge privilegujuće okolnosti konkretnog slučaja (srodstvo, poznanstvo, uobičajeno postupanje itd.).⁴⁹ Iz svih iznetih razloga, čini nam se da naša teorija krivičnog prava osnovano odbacuje samostalno mesto pretpostavljenog pristanaka kao osnova isključenja protivpravnosti.

45 U našoj literaturi se vršenje medicinskih zahvata i inače ne temelji na ideji pristanaka povređenog, već njihove društvene korisnosti (vid. npr. B. Čejović /1967/: Pristanak povređenog kao osnov isključenja protivpravnosti, *Pravni život*, № 2, str. 24; Lj. Lazarević /2011/: *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, 2. izdanje, str. 474; M. Vražalić /1955/: Krivičnopravni značaj pristanaka na lecarsku operaciju, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, № 4, str. 440).

46 Prema do sada važećim odredbama, nad pacijentom koji je bez svesti, ili koji iz drugih razloga nije bio u stanju da saopšti svoj pristanak, hitna medicinska mera mogla se takođe preduzeti bez njegove formalne saglasnosti. Međutim, ako se nije radilo o hitnoj meri, a pacijent je bio bez svesti ili iz drugih razloga nije bio u stanju da saopšti svoj pristanak, medicinska mera mogla se ipak preduzeti nad njim na temelju konzilijarnog nalaza (raniji čl. 34 Zakona o zdravstvenoj zaštiti). Ova odredba ranijeg čl. 34 st. 2 ZZZ mogla se tumačiti i u pravcu priznavanja instituta pretpostavljenog pristanaka, ali to više nije slučaj.

47 Tako I. Marković, *op. cit.*, str. 293.

48 Vid. npr. čl. 222 KZ.

49 Tek u uslovima poželjnog isključivanja dela malog značaja kao osnova isključenja krivičnog dela u našem pravu, ova podvrsta pretpostavljenog pristanaka mogla bi, iako i tada opterećena iznetim primedbama, uz preciznije definisanje njenih pretpostavki zadobiti nešto šire priznanje. Ipak, i tada nam se čini da bi rešavanje bagatelnog kriminaliteta preko drugih instituta materijalnog i procesnog krivičnog prava bilo primerenije rešenje.

Gde god je to moguće, treba poći od pouzdanih kriterijuma krajnje nužde kao osnova isključenja protivpravnosti. Tamo pak gde se osnovano može pretpostaviti da titular dobra ne bi imao ništa protiv zahvata u njegove interese, a gde primena čl. 20 KZ ne bi bila moguća, treba iskoristiti okvire instituta dela malog značaja.

LITERATURA

- Bačić F. /1986/: *Krivično pravo. Opći dio*, Zagreb, 3. izdanje.
- Čejović B. /1967/: Pristanak povređenog kao osnov isključenja protivpravnosti, *Pravni život*, № 2.
- Fischer T. /2011/: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München, 58. Auflage.
- Frister H. /2009/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München, 4. Auflage.
- Heinrich B. /2010/: *Strafrecht – Allgemeiner Teil I. Grundlagen der Strafbarkeit, Aufbau der Straftat beim Vollendungs- und Versuchsdelikt*, Stuttgart, 2. Auflage.
- Hippel R. von /1929/: „Die Bedeutung der Geschäftsführung ohne Auftrag im Strafrecht“, u: *Die Reichgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben. Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichgericht. Fünfter Band*, Berlin – Leipzig.
- Jeschek H.-H., Weigend T. /1996/: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin, 5. Auflage.
- Kindhäuser U. /2009/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Baden-Baden, 4. Auflage.
- Kühl K. /2008/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München, 6. Auflage.
- Lazarević Lj. /2011/: *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, 2. izdanje.
- Lenckner T. /2001/, u: A. Schönke, H. Schröder (Hrsg.) et al., *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München, 26. Auflage.
- Marković I. /2011/: Pristanak povređenog u krivičnom pravu, u: *Kaznena reakcija u Srbiji* (prir. Đ. Ignjatović), Beograd.
- Müller-Dietz H. /1989/: Mutmaßliche Einwilligung und Operationserweiterung, *Juristische Schulung*, № 4.
- Otto H. /2004/: Einwilligung, mutmaßliche, gemutmaßte und hypothetische Einwilligung, *Juristische Ausbildung*, № 10.
- Paeffgen H.-U. /2005/, u: U. Kindhäuser, U. Neumann, H.-U. Paeffgen (Hrsg.) et al., *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch. Band 1*, Baden-Baden, 2. Auflage.
- Rengier R. /2010/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München, 2. Auflage.
- Roxin C. /2006/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München, 4. Auflage.
- Schlehofer H. /2003/, u: B. von Heintschel-Heinegg (Hrsg.) et al., *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 1*, München.
- Stojanović Z. /2012/: *Krivično pravo. Opšti deo*, Beograd, 19. izdanje.
- Stratenwerth G., Kuhlen L. /2011/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat*, München, 6. Auflage.
- Vražalić M. /1955/: Krivičnopravni značaj pristanka na lekarsku operaciju, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, № 4.
- Wessels J., Beulke W. /2011/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Heidelberg, 41. Auflage.

Igor Vuković

Faculty of Law, University of Belgrade

PRESUMED CONSENT IN CRIMINAL LAW

SUMMARY

Unlike the actual consent of the victim, which is in Serbian literature considered as a ground for excluding unlawfulness of a crime, in our textbooks of criminal law presumed consent is not usually considered as an independent ground of justification. This institute is based on the hypothetical will of the victim, on the idea that in some cases, although the holder of the good didn't actually consent, act which endangers some of his goods does not deserve to be considered a crime, either because it appears to be in the holder's interest, or because it represents an insignificant value to the holder. The requirement is that the perpetrator could have expected that the holder of the good, if asked, would consent. Presumed consent is common in the field of medical treatment, where an unconscious patient is often in dire need of immediate medical intervention. Contrary to the prevailing theory, the author argues that the presumed consent does not deserve its own place in the structure of crime, given its overlap with the institute of necessity.

Key words: Presumed Consent, Necessity, *Negotiorum gestio*, Medical Treatment