

Sladana Jovanović*

STICAJ KRIVIČNIH DELA I PROBLEM ALTERNATIVNOG UMIŠLJAJA

Apstrakt: Problem sa kojim se susreće materijalno krivično pravo prilikom utvrđivanja krivične odgovornosti učinioca koji je preduzeo radnju izvršenja, postupajući sa takvim subjektivnim odnosom, olicenim u svesti o nastupanju dve ili više mogućih posledica, određenih po svojim obeležjima, pri čemu podjednako hoće, odnosno pristaje na nastupanje bilo koje od njih, isključujući mogućnost njihove kumulacije, u okviru teorije sticaja, našao je svoj odraz u kreiranju pravne konstrukcije, označene kao alternativno ispoljavanje umišljaja ili *dolus alternativus*. Na praktičnom planu, dodatni subjektivni element, u vidu alternativnog odnosa između predviđenih posledica, izazvao je polemiku oko načina kvalifikovanja ovakvih slučajeva, smeštenih na granici između jedinstva i pluraliteta krivičnih dela. Dolazi se do zaključka da rešenje treba tražiti na planu odnosa između idealnog i prividnog idealnog sticaja, u zavisnosti od konkretnih oblika ispoljavanja alternativnog umišljaja.

Ključne reči: *dolus alternativus*, alternativno ispoljavanje umišljaja, idealni sticaj, prividni idealni sticaj.

UVOD

Konstrukcija *dolus alternativus* – a, kao specifičan oblik ispoljavanja sadržaja svesti i volje učinioca, zasnovan na odnosima indiferentnosti i međusobnog isključenja predviđenih ishoda kriminalnog ponašanja, otvara niz dilema u pogledu praktičnih posledica radnji preduzetih pod navedenim uslovima.

Iako na prvi pogled može izgledati da je ova pravna figura odraz posebne varijante umišljaja kao oblika krivice, između ostalog i zbog svojevrstne terminološke konfuzije, praćene doslovnim shvatanjem izraza „alternativni umišljaj“, ipak se čini da je u konkretnom slučaju reč o sukobu krivičnihopravnih normi, te da njeno mesto u sistemu krivičnog prava, pripada problematici sticaja krivičnih dela.

Smatramo da suprotno shvatanje nije u skladu sa opštom svrhom i ciljevima predmetnog koncepta, zbog čega bi na samom početku trebalo razjasniti da se ne radi o posebnom umišljaju *sui generis*, te da bi u cilju izbegavanja eventualnih ter-

* MUP Republike Srbije, sladjana.jovanovic@gmail.com.

minoloških zabuna, ispravnije bilo koristiti konstrukcije poput – „alternativni sticaj umišljaja“, ili „alternativno ispoljavanje umišljaja.“

Relevantnost odnosa indiferentnosti učinioca prema mogućim posledicama i isključenja mogućnosti njihovog kumulativnog nastupanja, uslovlila je brojne polemike u doktrini. Ipak, kao najadekvatnije rešenje, u postupku krivičnog pravnog tretmana alternativnog umišljaja, pojavljuje se njegovo razmatranje u sklopu opštih pravila teorije sticaja krivičnih dela, što omogućava ostvarivanje zahteva za celovitošću zaštite svih ugroženih pravnih dobara, dok diferencijaciju u odnosu na koncept kumulativnog umišljaja, treba tražiti na planu odmeravanje kazne.

1. *DOLUS ALTERNATIVUS* KAO PRAVNA KONSTRUKCIJA

1.1. *Teorijsko određenje*

U nemačkoj literaturi, *dolus alternativus* se definiše kao pravna figura, koja se može ispoljiti u svim postojećim formama umišljaja, od direktnog do eventualnog, manifestovana u vidu akta, usmerenog ka dva pravna odnosa (objekta), na takav način da se može realizovati povreda samo jednog od njih.¹ Tako, Roxin (Roxin)², prilikom određivanja pojma alternativnog umišljaja, polazi od pojavnih oblika njegovog ispoljavanja, navodeći da on postoji onda kada učinilac računa da svojom radnjom može ostvariti jednu od alternativno predviđenih posledica.

U našoj literaturi, definisanje se vrši polazeći od sadržaja elemenata svesti i volje, pa tako Stojanović navodi da alternativni umišljaj podrazumeva predviđanje dve ili više posledice, određenog karaktera, u odnosu međusobnog isključenja, pri čemu je volja učinioca upravljena na nastupanje bilo koje od njih.³ Sa neznatnim modifikacijama, postoji opšta saglasnost u pogledu pojmovnog određenja.⁴

Važno je izdvojiti i definicije koje na praktičnom planu diferenciraju dve vrste alternativnog umišljaja, koje se mogu označiti kao *dolus alternativus* u užem i širem smislu. U tom kontekstu, ovaj pojam se definiše kao psihički odnos prema preduzetoj radnji, odlikovan alternativno predviđenim ciljevima, od kojih su oba obuhvaćena umišljajem, odnoseći se na različite oblike krivičnog dela, ili na različite pasivne subjekte.⁵ Na diferencijaciju ova dva oblika alternativnog umišljaja, ukazuje i Stojanović.⁶

1 M. Köhler /1997/: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Springer-Verlag, p. 169. Autor kao klasičan primer navodi učinioca koji puca na dve osobe koje ga jure, želeći da pogodi bilo koju od njih.

2 C. Roxin /1997/: *Derecho penal, Parte General, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid [orig. Roxin C. /1997/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Beck, München, trad. y notas por Luzón Peña D. M. et al.], p. 455.

3 Z. Stojanović /2018/: *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, p. 152.

4 Vid. B. Čejović /2006/: *Krivično pravo*, Beograd, p. 204; Lj. Lazarević /2011/: *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije*, Beograd, p. 135; J. Tahović /1961/: *Krivično pravo – opšti deo*, Beograd, p. 177.

5 L. Sansone /2011/: *Pareri di diritto penale*, Santarcangelo di Romagna, p. 141.

6 Vid. Z. Stojanović /2018/: *Krivično pravo – opšti deo*, Beograd, p. 174–175.

Može se uočiti nekoliko elemenata koji su zajednički za sve iznete definicije, a istovremeno služe i za razgraničenje alternativnog umišljaja od sličnih manifestacija svesti i volje: 1) kvantitet posledica – podrazumeva se da u svesti učinioca postoje dve ili više posledica; 2) odnos između predviđenih posledica – manifestuje se u vidu alternativiteta, odnosno međusobne nekompatibilnosti; 3) indiferentnost učinioca prema proizvedenom faktičkom rezultatu.

Shodno tome, mogla bi se dati jedna sveobuhvatna definicija, po kojoj *dolus alternativus* predstavlja specifičnu formu ispoljavanja umišljaja, direktnog ili eventualnog, koja se karakteriše indiferentnim odnosom učinioca prema nastupanju neke od alternativno predviđenih posledica, čijih je obeležja u potpunosti svestan i podjednako želi bilo koju od njih, uz negiranje mogućnosti njihovog kumulativnog nastupanja. Takvo ispoljavanje umišljaja, u zavisnosti od konkretnih fenomenoloških oblika, može dovesti do sticaja predviđenih krivičnih dela, ili pak konstatacije da je sticaj samo prividan.

1.2. Pravni karakter

Prevod latinskog izraza „*dolus alternativus*“, na prvi pogled ukazuje da se radi o posebnoj vrsti umišljaja. Međutim, ovakvo terminološko određenje ne pokriva adekvatno suštinu pojava oblika obuhvaćenih tim pravnim fenomenom, što otvara pitanje njegovog mesta u sistemu krivice, kao i praktične potrebe za utvrđivanjem domašaja primene u praksi.

Pre svega, neophodno je jasno postaviti granice upotrebe pomenutog termina, koji je prvenstveno tehničkog karaktera, budući da se njime, u sadržinskom smislu, ne obuhvata nezavisna vrsta umišljaja, već varijanta manifestacije njegovih postojećih zakonskih oblika. Zbog specifične prirode *dolus alternativus*-a, u doktrini se susrećemo sa neusaglašenim stavovima o pravnom karakteru ovog instituta, koji se kreću od pokušaja da se uklopi u postojeće zakonske i teorijske podele umišljaja kao oblika krivice⁷, pa do negiranja njegovog nezavisnog karaktera u tom smislu.⁸

Međutim, smatramo da je najispravnije njegovo određenje kao posebnog oblika ispoljavanja odnosa između jedinstva i pluraliteta krivičnih dela, zasnovanog na specifičnoj manifestaciji alternativiteta između posledica obuhvaćenih umišljajem, koja na praktičnom planu dovodi do prevlasti ili idealnog, ili prividnog idealnog sticaja, u zavisnosti od određenih kriterijuma. Navedeni kriterijumi se vezuju prvenstveno za ne(ekvivalentnost) zaštićenih pravnih dobara u vrednosnom smislu

7 Posebno je od značaja gledište po kome se alternativni umišljaj pojavljuje kao antipod figuri eventualnog umišljaja. (Vid. G. P. Demuro /2007/, *Il dolo – L'accertamento*, Milano, p. 273), ili pak kao tzv. indirektni umišljaj, vid. R. Giovagnoli /2008/, *Studi di diritto penale, Parte generale*, Milano, p. 500.

8 G. Jakobs /1995/: *Derecho penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputacion*, Madrid [orig. Jakobs G. /1991/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*“, Berlin, trad. J. C. Contreras, J. L. Serrano Gonzales de Murillo], p. 278; G. Lattanzi, E. Lupo /2010/: *Codice Penale, Rassegna di giurisprudenza e di dottrina, vol. II – Il reato*, Milano, p. 371.

(homogeni i heterogeni alternativni umišljaj)⁹, istovetnost objekta radnje (alternativni umišljaj u užem i širem smislu)¹⁰, odnosno njegova determinisanost.¹¹

2. KRIVIČNOPRAVNA KVALIFIKACIJA *DOLUS ALTERNATIVUS-A*

Dileme u pogledu pravne prirode alternativnog umišljaja, kao i mesta u sistemu krivičnog prava, odrazile su se i na planu njegove kvalifikacije. Nesumnjivo je da se i pored brojnih suštinskih i teorijskih nedoslednosti, koje dovode u pitanje njegovu održivost uopšte kao problema materijalnog krivičnog prava kome treba dati karakter posebnog instituta, ipak ne može negirati značaj *dolus alternativus-a* i potreba da se doktrina izjasni o načinu tretiranja ovih slučajeva. Dok, s jedne strane, može izgledati da se radi isključivo o problemu pravno-tehničke prirode, ipak zadatak njegovog kvalifikovanja, u uslovima sučeljavanja važnih krivičnopравnih principa, zahteva obazrivost i kretanje u granicama, kako načela krivice, tako i ciljeva kažnjavanja.

Pravno kvalifikovanje slučajeva označenih kao *dolus alternativus*, u doktrini se kreću između dve granice, povezane sa pitanjima kako pravno-tehničke, tako i kriminalno-političke prirode. Teorijska shvatanja o kvalifikaciji alternativnog umišljaja polaze od njegovog poimanja u sklopu subjektivne odgovornosti učinioca i kreću se između pridavanja karaktera samostalnog instituta, sa posebnim uslovima primene, i negiranja njegove relevantnosti kao modaliteta krivične odgovornosti, koji zaslužuje odvojen krivičnopравni tretman. Karakteristično je da nijedno od njih ne obezbeđuje podjednak tretman svih prepoznatih oblika manifestacije *dolus alternativus-a*, pa se tako pravi razlika u zavisnosti od vrednosti objekata radnje, kao i njihovog međusobnog odnosa. U tom smislu, od značaja je klasifikacija nemačkog autora Jerdena (Joerden)¹², koji oponira slučajeve kada se učiniocu pripisuju sva

9 Govori se o alternativnom umišljaju kako u primeru učinioca koji baci ciglu na grupu okupljenih ljudi, znajući da može ubiti ili povrediti bilo koga, ali uvek samo jednog od njih – homogeni (vid. A. G. Muñoz /2013/: El denominado dolo alternativo, un caso entre el concurso de leyes y el de delitos, *Revista Penal México*, n° 5, p. 142), tako i u slučaju šumara, koji zajedno sa svojim psom, juri lovca, pri čemu lovac, kojem je ostao samo jedan metak, isti ispaljuje u pravcu šumara i psa, nastojeći da usmrti jednog ili drugog – heterogeni (Vid. J. Wessels, W. Beulke /2009/: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Heidelberg, p. 85). Tako i J. M. Tamarit Sumalla /1992/: La tentativa con dolo eventual, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n°2, p. 527.

10 Iako se ova klasifikacija posebno ne naglašava u teoriji, smatramo da je ključna za razumevanje njegove fenomenološke dimenzije, a samim tim i za krivičnopравni tretman, sa aspekta sticaja krivičnih dela.

11 Na jednu od distinkcija alternativnog umišljaja, ukazuje nemački autor Roxin, koji ovu pravnu figuru definiše polazeći od oblika ispoljavanja iste u praksi. Shodno tome, on ukazuje na dve grupe slučajeva: 1) postojanje relevantne sumnje kod učinioca u pogledu činjenice koja određuje vrstu realizovanog krivičnog dela; 2) postojanje sumnje u pogledu objekta radnje. Vid. C. Roxin: *op. cit.*, p. 455.

12 J. C. Joerden /2010/: *Logik im Recht: Grundlagen und Anwendungsbeispiele*, Springer – Verlag, p. 42.

dela obuhvaćena alternativnim umišljajem, naspram onih gde se uzima da postoji samo jedno umišljajno delo.

Prilikom klasifikacije najrelevantnijih teorijskih shvatanja, poći ćemo od kriterijuma jedinstva i pluraliteta umišljaja i razmotriti sledeće varijante: 1) teorija pluraliteta; 2) teorija jedinstva; 3) kompromisne teorije.

2.1. Teorija pluraliteta (restriktivno gledište)

Jedna od postavki na kojima se zasniva shvatanje označeno kao teorija pluraliteta, jeste negativan odgovor na pitanje da li *dolus alternativus* predstavlja samostalni institut, posebnog sadržaja i kvaliteta. Sporno ispoljavanje umišljaja se shodno tome, razmatra u sklopu idealnog sticaja, a o kvalifikovanju koje podrazumeva postojanje samo jednog krivičnog dela, može se govoriti jedino ukoliko su ispunjeni uslovi za postojanje prividnog idealnog sticaja.

U okviru navedenih opštih kriterijuma, modifikacije teorije pluraliteta se tiču odnosa tako postavljenih inkriminacija sa stanovišta zakonskih oblika umišljaja, pa se u zavisnosti od njihovog subjektivnog sadržaja, kvalifikacija kreće u dva pravca: 1) sticaj umišljajnih inkriminacija; 2) sticaj umišljajnih i nehatnih inkriminacija.

2.1.1. Sticaj umišljajnih inkriminacija

Najrasprostranjenije doktrinarno gledište, koje se, između ostalih, vezuje za nemačke autore poput Vebera (Weber)¹³ i Jakopsa (Jakobs)¹⁴, polazi od hipoteze da postojanje alternativnog umišljaja, upravljenog na dve posledice koje se međusobno isključuju, dovodi do idealnog sticaja između svih obuhvaćenih krivičnih dela, bez obzira da li su oni dovršeni, ili su ostali u stadijumu pokušaja. Shodno tome, Roxsin¹⁵ ističe da će prema ovom gledištu, čak i u slučajevima kada nije nastupila nijedna posledica, postojati sticaj pokušaja.

Na konkretnom primeru, takvo rezonovanje bi prouzrokovalo da će učinilac koji puca u pravcu dve osobe, sa samo jednim metkom u cevi, indiferentan u pogledu toga da li će usmrtiti jednu ili drugu, sa voljnim elementom koji obuhvata nastupanje isključivo jedne od posledica, odgovarati za dovršeno i pokušano ubistvo u idealnom sticaju, odnosno za sticaj pokušaja dva ubistva, sa umišljajem (direktnim ili eventualnim). Do istovetnog zaključka bismo došli i kod objekata različite vrednosti.

Na taj način se u potpunosti obezbeđuje zaštita šticećenim vrednostima, kao i dosledna primena opštih pravila krivičnog prava o kvalifikaciji povreda više zakonskih normi jedinstvenom radnjom učinioca. Međutim, upadljivo je da se zanemaruje poseban aspekt voljnog elementa, oličeni u konstataciji da učinilac želi nastupanje samo jedne posledice, čime se otvara ključna dilema, sadržana ne u pi-

13 Vid. A. G. Muñoz: *op.cit.*, pp. 143 – 144; M. Köhler: *op. cit.*, p. 169.

14 G. Jakobs: *op. cit.*, pp. 278–279. Ovaj autor ističe da će, ukoliko jedna od predviđenih opcija dovede do realizacije krivičnog dela, a druga ne i obrnuto, postojati dve namere (dva umišljaja), te da će se uzeti da postoji jedno dovršeno delo i pokušaj drugog dela.

15 C. Roxin: *op. cit.*, p. 456.

tanju da li je ta činjenica relevantna za ustanovljavanje krivične odgovornosti, već u tome da li taj aspekt treba uzeti u obzir prilikom kvalifikacije, ili pak prilikom odmeravanja kazne.

Stoga se kao osnovna kritika u literaturi ističe izjednačavanje alternativnog sa kumulativnim umišljajem i kršenje principa krivice¹⁶, što dovodi do jednakog tretiranja slučajeva kada učinilac želi nastupanje obe, sa onim kada želi nastupanje samo jedne od predviđenih posledica.

Iako sa logičke tačke gledišta, u svetlu principa pravednosti, izgleda neprihvatljivo da se u primeru učinioca koji baci kamen na grupu ljudi, znajući da može pogoditi samo jednog, uzme da pored dovršenog krivičnog dela ubistva ili teške telesne povrede, postoji još nebrojivo veliki broj pokušaja tih krivičnih dela, u odnosu na sva okupljena lica, to nas opet vraća na shvatanje prirode i suštine voljnog elementa kod *dolus alternativus*-a i tvrdnju da se ne radi o posebnoj vrsti umišljaja, u odnosu na postojeće zakonske oblike. U striktno formalnom smislu, diferencijacija stoga ne može biti vršena u stadijumu kvalifikacije krivičnog dela.

Ako se na pomenuti način shvati odnos između alternativnog i kumulativnog umišljaja, i prihvati jedinstveno rešenje za slučajeve homogenog i heterogenog alternativnog umišljaja, ostaje sporan jedino oblik alternativnog umišljaja u širem smislu, koji podrazumeva nastupanje posledica različitih po težini, na jednom istom objektu.

Tako, moguće je da učinilac alternativno predviđa mogućnost nastupanja smrti ili nanošenja teških telesnih povreda oštećenom, uz ispunjenost svih ostalih uslova za *dolus alternativus*. Odgovornost za pokušaj i dovršeno krivično delo, u uslovima istovetnosti pasivnog subjekta i vrste odnosa između dve predviđene posledice, bila bi u suprotnosti sa opštim pravilima teorije sticaja, zbog čega su se i pristalice ovog gledišta opredelile za izuzetak od opšteg pravila, koji se vezuje za odnos supsidijariteta između alternativno predviđenih posledica.¹⁷ Jasno je da se u ovim situacijama mora uzeti da je sticaj samo prividan i da postoji jedno, primarno delo.

2.1.2. Sticaj umišljajnih i nehatnih inkriminacija

U okviru teorije pluraliteta, svrstaćemo i shvatanje koje negira samostalnost alternativnog umišljaja, predstavljeno od strane nemačkog autora Jerdena¹⁸, po kojem se samo jedna od predviđenih posledica kod *dolus alternativus*-a, može pripisati umišljaju učinioca, i to teža, dok u odnosu na drugu, stoji odgovornost za nehat. Kao osnovna karakteristika ovakvog shvatanja ističe se predviđanje obe mogućnosti kao dve strane istog novčića, a samim tim i rezultat po kome bi umišljaj učinioca mogao da se sastoji jedino iz simultanog obuhvatanja i jedne i druge, uz razmatranje njihovih mogućih relacija iz dve suprotstavljene perspektive, međusobno isključujuće.¹⁹ Kao što se može zaključiti, Jerden polazi od toga da nije moguće da dva

16 A. G. Muñoz: *op. cit.*, pp. 142–145. Vid. i J. Kaspar /2015/: *Strafrecht – Allgemeiner Teil: Eine Einführung*, UTB, pp. 83–84.

17 J. L. Serrano González de Murillo /2009/: La tentativa de homicidio con consumación de lesiones, *Revista Penal*, n° 24, p.185.

18 J. C. Joerden: *op. cit.*, pp. 43–44.

19 A. G. Muñoz: *op. cit.*, p. 143.

umišljaja stoje istovremeno u odnosu alternativiteta, zbog čega se jedna od posledica uvek mora pripisati nehatu.

Međutim, očigledno je da ovo shvatanje izlazi van granica alternativnog umišljaja, a posebno uslova da učinilac *ex ante* nije pravio nikakvu razliku između mogućih ishoda, koja bi uticala na stepenovanje krivice u navedenom pravcu. Osim toga, pored brojnih logičkih protivrečnosti²⁰, očiglednom nastojanju da se napravi diferencijacija u odnosu na kumulativni umišljaj, putem ovakve pravne fikcije, zašlo bi se u drugu krajnost, koja podrazumeva preplitanje sa figurom zablude o uzročnoj vezi. Ključna razlika se ogleda u činjenici da kod *dolus alternativus*-a, ne postoji nikakva stvarna zabluda²¹, po osnovu koje bi se jedna od posledica mogla pripisati nehatu, i opravdala drugačiji tretman. U kontekstu odnosa između dve figure, ističe se da se u određenim situacijama, *dolus alternativus* koristi kako bi se izbegla blaža odgovornost samo za nehatno krivično delo, u slučaju primene zablude o uzročnoj vezi.²²

2.2. Teorija jedinstva

U okviru klasifikacije iznete od strane Jerdena²³, dominantnom rešenju, koje se zasniva na negiranju alternativnom umišljaju karaktera nezavisnog instituta i striktnoj primeni pravila sticaja, suprotstavlja se teorija o pripisivanju učiniocu samo jednog od predviđenih krivičnih dela. U ovom slučaju, uvažava se relevantnost subjektivnog elementa, oličenog u negiranju dvostruke posledice, na uštrb njegove druge dimenzije, odnosno istovremenog formiranja dva umišljaja. Logika teorije jedinstva bi, prema tome, mogla biti zasnovana jedino na fikciji postojanja nekog apstraktnog objekta napada, a budući da se kvalifikacija ne može vršiti prema tako neodređenim kriterijumima, pribegava se vezivanju za posledicu krivičnog dela, odnosno za objektivne elemente. Međutim, time se ne rešava pitanje pokušaja, odnosno situacije kada posledica izostane. Tada dolazi do izražaja dilema o izboru jednog od dva krivična dela koje će se pripisati učiniocu i nužno zalaženje na teren međusobnog suprotstavljanja nekih osnovnih načela krivičnog prava.

2.2.1. Posledično (objektivno) gledište

Suštinu posledičnog rešenja odražava konstatacija „supstancijalne ekvivalentnosti“²⁴ između dva krivična dela, zbog čega se učiniocu može pripisati ono koje je zaista i ostvareno. Međutim, jednostrano rešenje, sa kvalifikacijom alternativnog

20 A. G. Muñoz: *ibid.*, p. 144. Iznosi se shvatanje nemačkog autora Šmita, koji tvrdi da je teško razumljivo da u svim slučajevima kada nastupi najlakša od predviđenih posledica, njihovo nastupanje može da se pripiše samo nehatu.

21 Vid. I. Puppe /2008/: *Aberratio ictus und dolus alternativus*, *Anmerkung zu BGH HRRS*, n° 949, p. 91; J.M. Silva Sanchez /1984/: *Aberratio ictus e imputación objetiva*, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n° 3, p. 356; Ovi autori, opredeljujući se za rešenje po kome u slučaju *dolus alternativus*– a postoji samo jedno krivično delo, navode kao razgraničavajući faktor činjenicu da li je drugi objekat u vidokrugu učinioca, što bi isključilo zabludu o uzročnoj vezi, budući da bi taj objekat u najmanju ruku bio obuhvaćen eventualnim umišljajem.

22 J. Blomsma /2012/: *Mens Rea and Defences in European Criminal Law*, London, pp. 244–245.

23 J. C. Joerden: *op. cit.*, pp. 42–43.

24 R. Giovagnoli: *op. cit.*, p. 498.

umišljaja zasnovanom na posledicama koje su zaista nastupile, bez obzira da li su lakše ili teže, te da li pogađaju objekte iste ili različite vrednosti, ako bi se i prevazišli dogmatski problemi vezani za celovitost krivičnopravne zaštite, relevantno je samo za dovršeno krivično delo, dok je njegova primena neodrživa, ukoliko delo ostane u stadijumu pokušaja. Tada ne postoji mogućnost pozivanja na objektivne okolnosti prilikom opredeljenja za neko od alternativno predviđenih krivičnih dela.

Na izdvajanje ovog gledišta, nailazimo i u ruskoj literaturi, gde se u vezi sa njim ističe da se kvalifikacija krivičnih dela sa alternativnim umišljajem vrši prema posledicama koje su zaista nastupile, što u praktičnom smislu znači da ako učinilac alternativno predvidi i smrt i nanošenje teške telesne povrede, a kao rezultat nastupi teška telesna povreda, onda po ovom pravilu, to delo treba da bude kvalifikovano kao teška telesna povreda, a ne kao pokušaj ubistva.²⁵

Pored ukazanih nedostataka, moramo se složiti i sa Jerdenovom kritikom o neadekvatnosti uplitanja posledice kao objektivnog elementa u problematiku isključivo subjektivne prirode.²⁶

Upravo neodrživost ovog gledišta ukazuje da se ne sme zanemariti krivičnopravna relevantnost činjenice da je učinilac oformio umišljaj u pogledu obe posledice, bez obzira na odnos alternativiteta, koji mu ipak ne daje karakter esencijalno relevantnog faktora, dovoljnog za zanemarivanje dvostrukog umišljaja.

2.2.2. Modifikovano posledično gledište

Budući da se postavke posledičnog (objektivnog) gledišta, nisu mogle primeniti na stadijum pokušaja, kao njegova modifikovana varijanta, izdvojio se predlog različitog tretmana dovršenog krivičnog dela i onog koje je ostalo u stadijumu pokušaja. Ta struja je oličena u pravilu da se alternativni umišljaj kvalifikuje prema posledici, ukoliko je došlo do realizacije krivičnog dela, a da se u suprotnom, odnosno kod pokušaja, kvalifikacija vrši davanjem prednosti lakšem ili težem krivičnom delu.²⁷ Međutim, već se iz same koncepcije ovakvog rezonovanja, uočava neprihvatljivost dvostrukog tretmana istih ponašanja samo zbog stadijuma izvršenja.

Kod varijante koja predviđa odgovornost za teže krivično delo, na konkretnom primeru to bi značilo da ukoliko učinilac puca u pravcu čoveka i automobila, a nastupi posledica u vidu nanošenja štete na vozilu, postoji samo krivično delo uništenja i oštećenja tuđe stvari, dok u slučaju kada promaši i ne pogodi nijedan od dva objekta, nema nikakve prepreke da se uzme u obzir pokušaj ubistva. Time se dolazi do apsurdne konstatacije da realizacija lakšeg krivičnog dela (uništenje i oštećenje tuđe stvari), može da anulira pokušaj težeg (ubistva). U tom smislu i Roksini²⁸ uka-

25 И. П. Семченков /2013/: Актуальные проблемы квалификации преступлений, совершаемых с альтернативным умыслом, *Вестник Калининградской филиала Санкт-Петербургской универсиитета*, n° 2 (32), pp. 28 – 29.

26 J. C. Joerden: *op. cit.*, p. 44. Ovaj autor ukazuje na nezavisnost voljnog elementa, tačnije onoga što učinilac želi, u odnosu na ono što se objektivno manifestovalo u vidu posledice.

27 Vid. A. G. Muñoz: *op. cit.*, p. 146.

28 C. Roxin: *op. cit.*, p. 456. Navodi se primer kada učinilac koji vrši radnju neovlašćenog lova, puca na životinju pored koje stoji osoba, postupajući sa alternativnim umišljajem, u odnosu na smrt životinje i čoveka, a ne nastupi nijedna od tih posledica. Tad je, kako ističe autor, nejasno za koje

zuje da ostaje kontradiktorno postupanje kada nastupi samo znatna lakša posledica. To je dovelo i do preformulisanja ove varijante, uz pozivanje na delo sa najtežom kaznom kod objekata različite vrednosti²⁹, što zapravo samo još više nepotrebno komplikuje problematiku kvalifikacije, pokušavajući da odbrani očigledno neodrživo i logički nedosledno gledište.

Rešavanje problema izostanka posledice, pozivanjem na pravilo po kojem bi uvek trebalo poći od najpovoljnijeg rešenja za učinioca, rezultiralo je drugom varijantom modifikacije posledičnog gledišta, u vidu pravila da će se u slučaju kada se nijedan od alternativno predviđenih delikata, nije realizovao, uzeti da postoji pokušaj lakšeg.³⁰ To bi na primeru pucanja na čoveka i vozilo značilo da će ukoliko učinilac pogodi samo vozilo, postojati krivično delo uništenja i oštećenja tuđe stvari, dok će u slučaju da promaši, postojati pokušaj tog istog krivičnog dela. Dakle, i u jednom i u drugom slučaju, u potpunosti se zanemaruje teža posledica, iz čega proizlazi isključenost pokušaja ubistva, ne samo po osnovu postojanja dovršenog lakšeg, već čak i kada je ono ostalo u stadijumu pokušaja, što bi značilo da pokušaj uništenja i oštećenja tuđe stvari ima primat nad pokušajem ubistva. Jasno je da se za ovakvo rešenje ne može pronaći opravdanje, budući da se kosi sa prihvaćenim principima materijalnog krivičnog prava.

Ovde se dovodi u pitanje mogućnost ostvarivanja specijalne prevencije, odnosno delovanja na učinioca da ubuduće ne čini krivična dela. Stoga, ciljevi kažnjavanja propisani krivičnim pravom ne mogu biti ostvareni, jer neće biti primenjena sankcija koja odgovara preduzetom ponašanju.

2.2.3. Primat najtežeg krivičnog dela

Nasuprot posledičnom, može se izdvojiti shvatanje koje, za razliku od njegovih opisanih modifikacija, ne pravi razliku prema stadijumu izvršenog dela.

Opredeljenje za samo jedno krivično delo, prilikom kvalifikovanja slučajeva *dolus alternativus*-a, može se rešiti u korist najtežeg od njih. Shodno tome, važno bi pravilo, koje se prvenstveno vezuje za određene nemačke autore³¹, po kome u svim slučajevima alternativnog umišljaja, učinioca treba kazniti samo za jedno krivično delo, i to najteže, budući da uvek postupa želeći samo jedno od njih.³² Na praktičnom primeru, to bi značilo da ukoliko učinilac alternativno, prilikom pucanja iz vatrenog oružja, predviđa da može oštetiti vozilo ili usmrtiti vlasnika koji stoji pored istog, u slučaju smrti čoveka, uzeće se da postoji samo krivično delo ubistva. Isto tako, ukoliko ošteti vozilo, a ne pogodi vlasnika, postojace samo pokušaj ubistva.

krivično delo će biti kažnjen. Takođe, ostalo bi nejasno kako postupiti u slučaju kada nastupi posledica na životinji – jer bi bilo nerazumljivo da pokušaj ubistva jedne osobe ostane nekažnjen samo zato što je učinilac pored toga počinio i krivično delo neovlašćenog lova.

29 Vid., A. G. Muñoz: *op. cit.*, p. 146; Ukazuje se na shvatanje nemačkog autora Fogela (Vogel), koji uvodi pravilo po kome se uzima da postoji pokušaj onog delikta za koji je predviđena najteža kazna, u odnosu na ostale, što važi kako onda kada su oni ostali u fazi pokušaja, tako i onda se realizuje najteži od njih.

30 A. G. Muñoz: *ibid.*, p. 146.

31 Vid. C. Roxin: *op. cit.*, p. 456. Roxin ukazuje da je ovo gledište poslednjih godina dobilo zamah u doktrini zahvaljujući radovima Jerdena. Vid. J. Kaspar: *op. cit.*, p. 84.

32 H. Fuchs /2008/: *Österreiches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Wien, p. 125.

Međutim, očigledno je da se radi o primerima gde su ugrožena dva objekta različite vrednosti, pri čemu se davanju prednosti povredi vrednijeg, iako donekle može imati opravdanje, sa pravom zamera da ne pokriva u dovoljnoj meri stepen nepravda koji proizlazi iz preduzete radnje.³³ Ovo pitanje je usko povezano sa uslovima postojanja prividnog idealnog sticaja, te se uvođenje takvih rešenja, direktno kosi sa pravilima o njegovom razgraničenju od idealnog sticaja.

S druge strane, kada se radi o objektima iste vrednosti, time se onemogućava pružanje zagarantovane krivičnopravne zaštite, bez izuzetaka. Pre svega, kada su u pitanju lična dobra, poput ljudskog života ili telesnog integriteta jednog čoveka, jasno je da oni nikako ne mogu biti predmet poređenja po vrednosnom kriterijumu, u odnosu na život ili telesni integritet drugog čoveka.

2.3. *Kompromisne teorije*

Nalazeći se pred nedostacima iznetih suprotstavljenih gledišta, doktrinarna misao se okrenula ka svojevrsnom kombinovanju elemenata pomenutih shvatanja, uz uvođenje posebnih pravila.

Neki od predloga, vezuju se za nemačku teorijsku misao³⁴, a kreću se u pravcu postavljanja kriterijuma za određivanje u kojim situacijama će se uzeti da postoji jedno krivično delo, a kada će doći do primene pravila o sticaju. Ti kriterijumi se svode na istovetnost težine realizovanog i nerealizovanog krivičnog dela, kao i na stadijum izvršenja i pokrivenost sveukupne nevrednosti preduzetog ponašanja.

Jedan od predloga u literaturi³⁵, polazi od pretpostavke da treba uzeti da postoji jedno krivično delo, samo pod uslovom da je realizovana posledica iste težine kao i ona do koje nije došlo, što ne bi bilo moguće onda kada težina dovršenog krivičnog dela ne može da pokrije nevrednost pokušaja drugog (idealni sticaj). S druge strane, ako izvršenje nijednog od njih nije prevazišlo stadijum pokušaja, tada se primenjuje kriterijum težine, odnosno pokušaj najtežeg, ali opet uz pozivanje na opisani uslov obuhvatanja nevrednosti drugog, čije bi odsustvo ponovo otvorilo vrata idealnom sticaju.

Na primeru učinioca koji puca u pravcu čoveka i vozila, to bi dovelo do toga da mora postojati idealni sticaj onda kada pogodi vozilo (uništenje i oštećenje tuđe stvari i pokušaj ubistva), dok bi u slučaju da pogodi osobu, postojalo ubistvo (teža posledica). Dakle, jasno se uočava logička protivrečnost pojedinačnih elemenata, koji se na veštački način spajaju u celinu, iako jedno drugo opovrgavaju. Osim toga, postavlja se pitanje u čemu bi ovo rešenje doprinelo razrešenju spornog pitanja na drugačiji način od onih već ponuđenih, koji barem ne protivreče sami sebi. Kao što vidimo, ne rešava se čak ni problem izjednačavanja sa kumulativnim umišljajem.

33 Roksin u tom smislu ističe da deluje neprihvatljivo da se na primeru učinioca koji pogodi životinju uzima da postoji samo pokušaj ubistva, onda kada je smrt čoveka postavljena alternativno u odnosu na smrt životinje, i pored toga što se ne može negirati da je ostvareno biće krivičnog dela neovlašćenog lova. Vid. C. Roxin: *op. cit.*, p. 456.

34 A. G. Muñoz: *op. cit.*, p. 147.

35 J. Wessels, W. Beulke: *op. cit.*, pp. 86 – 87.

3. ALTERNATIVNO ISPOLJAVANJE UMIŠLJAJA U SKLOPU TEORIJE STICAJA

3.1. *Komparativnopravni aspekt*

Pozicioniranje figure alternativnog umišljaja u sistemu krivičnog prava, usvojeno je, pre svega, konstatacijom da se ne radi o vrsti umišljaja posebnog kvaliteta u odnosu na već predviđene zakonske forme, a koja bi predstavljala problem krivice u okviru sistematike opšteg dela krivičnog prava. Zapravo, manifestacija ispoljavanja sadržine kognitivnog i voljnog elementa, označena terminom *dolus alternativus*, odgovara tematici sticaja, odnosno kvalifikovanja navedenih ponašanja u skladu sa opštim pravilima o jedinstvu i pluralitetu krivičnih dela, kao i odmeravanja kazne. Iako doktrina igra značajnu ulogu u davanju smernica primene zakonskih pravila i prepoznavanju potrebe njihovog modifikovanja, teško je održati stanovište o samostalnoj figuri sa posebnim zakonitostima primene, koja ne samo da nemaju uporište u zakonskom rešenju, već se čak i očigledno oponiraju postojećim pozitivnopravnim odredbama.

Tome govori u prilog činjenica da se naše zakonodavstvo, baš kao ni nemačko, na čijem se tlu i pojavila konstrukcija *dolus alternativus*-a, ne odlučuju za korak izričitog formulisanja regulatornih odredbi o alternativnom umišljaju, zbog čega on zadržava teorijski karakter. Isto važi i za druga evropska krivična zakonodavstva, poput španskog i italijanskog.³⁶

Najveća pažnja konstrukciji alternativnog umišljaja, posvećuje se u nemačkoj doktrini, za koju se zapravo i vezuju koreni njenog nestanka.³⁷ Međutim, i pored raznovrsne teorijske misli, koja se ispoljila kroz suprotstavljene stavove, alternativni umišljaj nije pronašao svoje mesto u zakonodavnim odredbama³⁸, između ostalog i zbog dominantnosti gledišta o sticaju krivičnih dela u ovim slučajevima, što podrazumeva primenu opštih pravila o idealnom sticaju. Prema odredbama člana 52 nemačkog Krivičnog zakonika, idealni sticaj koji postoji onda kada se jednom istom

36 U tom smislu, interesantna je presuda italijanskog suda, zasnovana takođe na prethodno opisanom rešenju. Naime, Vrhovni sud je presudom iz 2005. godine, potvrdio stav Apelacionog suda u Torinu, kojim je potvrđena prvostepena odluka o oglašavanju M.S. krivim za dva krivična dela, i to pokušaj ubistva S.S. i ugrožavanje javnog saobraćaja, izvršena na taj način što je učinilac 8. jula 2003. godine, bacio kamen sa nadvožnjaka, iznad auto-puta, sa velikom frekvencijom saobraćaja i pogodio automobil kojim je upravljao oštećeni, pri čemu mu je izrečena kazna od četiri godine i četiri meseca zatvora. Vozač nije pogođen zahvaljujući brznoj reakciji u manevrisanju vozilom. Vrhovni sud se složio sa obrazloženjem Apelacionog da je, budući da je opštepoznato da je navedena deonica auto-puta, u vreme kada je došlo do izvršenja, veoma prometna, učinilac postupao u najmanju ruku sa alternativnim umišljajem, tačnije, stavio se u odnos indiferentnosti u pogledu mogućih posledica svoje radnje. I ova sudska odluka takođe potvrđuje rešenje o postojanju sticaja krivičnih dela. Vid. Sentenza 25 gennaio-11 febbraio 2005, n. 5436.

37 Á. J. Sanz Morán /2016/: Aproximación al problema del denominado *dolus generalis*, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 3, Barcelona, p. 4.

38 Postojali su pokušaji da se u nemačko zakonodavstvo uvede odredba o *dolus alternativus*-u. Naime, Mecger ukazuje da je u Zakonu o modifikaciji Krivičnog zakonika od 28. juna 1935. godine, ubačena odredba po kojoj će u slučaju kada je prekršio jednu ili više pravnih normi, ali je moguće utvrditi prisustvo samo alternativne namere, učinilac biti kažnjen po najblažem zakonu, ali se od iste odustalo. Vid. E. Mezger /1958/: *Derecho penal – Parte general*, Buenos Aires, p. 66.

radnjom povredi više propisa (heterogeni) ili pak nanese više povreda jednom istom propisu (homogeni), podrazumeva kažnjavanje učinioca samo jednom kaznom predviđenom za najteže krivično delo. U slučajevima alternativnog umišljaja, prema dominantnom gledištu, primenjivala bi se opšta pravila, po kojima bi se njegovi oblici ispoljavanja mogli podvesti pod kategorije homogenog ili heterogenog sticaja, a u svakom slučaju, izrekla kazna koja podrazumeva uzimanje u obzir najtežeg krivičnog dela.

Ovakvo rešenje relativizuje diferencijaciju između suprotstavljenih gledišta o krivičnompravnom tretmanu *dolus alternativus*-a, imajući u vidu, s jedne strane, da se za razliku od realnog sticaja, uzima u obzir kazna za samo jedno krivično delo, a s druge strane, donekle gubi granica na planu odmeravanja kazne između idealnog i prividnog idealnog sticaja. Suština prividnog idealnog sticaja, kao instituta koji predviđa postojanje samo jednog krivičnog dela, iako dolazi u obzir primena više zakonskih normi, ogleđa se u nastojanju da se takva ponašanja izuzmu od slučajeve idealnog sticaja. Međutim, postojeće zakonsko rešenje u Nemačkoj, kao i vladajuća gledišta po kojima se čak i u situacijama označenim kao prividni idealni sticaj, prilikom odmeravanja kazne uzima u obzir ne samo jedno, primarno krivično delo, već i ono koje je na osnovu pravila rešavanja sukoba normi odbačeno, kao posledicu ima gubitak jasne granice sa idealnim sticajem, te u praktičnom smislu tu distinkciju svodi na deklarativni karakter. Sa stanovišta alternativnog umišljaja, to bi značilo da će bez obzira na različita teorijska shvatanja o pravnoj kvalifikaciji opisanih slučajeva, praktične posledice u pogledu kazne izrečene učiniocu biti istovetne, a razlika svesti jedino na način formalnog izjašnjavanja suda o krivici.

Može se izvesti zaključak o ključnom uticaju odredbi o idealnom sticaju i načina njegovog poimanja u određenom krivičnompravnom sistemu na pravne posledice alternativnog ispoljavanja umišljaja. To je u tesnoj vezi sa kriterijumima diferencijacije prividnog idealnog od idealnog sticaja, koji se mogu smatrati i jednim od faktora opredeljenja za konkretno teorijsko rešenje u različitim fenomenološkim oblicima ispoljavanja *dolus alternativus*-a.

Zapravo, u zemljama koje, poput Nemačke, na opisan način regulišu idealni sticaj, nema većih prepreka da se kod alternativnog ispoljavanja umišljaja, čak i kada je reč o umišljaju upravljenom ka objektima iste vrednosti (homogeni), uzme u obzir sticaj dela, jer postoji svojevrsan zakonski korektiv, u vidu diferenciranja idealnog, kao lakšeg, od realnog sticaja, čime se omogućava pravilno vrednovanje celokupnog ponašanja. Osim toga, ako bi se i uzelo da je sticaj samo prividan, jedinstvena kazna se ne bi bitno razlikovala od one koja bi se mogla odmeriti ukoliko se pođe od postojanja idealnog sticaja.

3.2. Pozitivnopravni aspekt

Značaj opredeljenja za jedno od opisanih teorijskih rešenja, znatno je veći u zemljama čije zakonodavstvo, poput našeg, ne pravi formalnu razliku prilikom odmeravanja kazne za idealni i realni sticaj. U takvim situacijama, pravne posledice donošenja zaključaka o postojanju idealnog sticaja, ili pak primeni konstrukcije prividnog idealnog sticaja, imaju velike praktične implikacije, zasnovane na relaciji jedinstvo – pluralitet dela, što zahteva znatno veću opreznost prilikom kvalifikacije.

Dok, s jedne strane, naš zakonodavac ne poznaje konstrukciju alternativnog umišljaja, doktrina se takođe uglavnom izričito ne izjašnjava o spornom pitanju. Konstrukcija alternativnog umišljaja, tretira se u okviru razmatranja o krivici i svodi se na njegovo svrstavanje u tzv. „posebne vrste umišljaja“³⁹, i to najčešće u oblik označen kao *dolus indeterminatus*⁴⁰, u vezi čega se navodi da takva klasifikacija nema osnova u zakonodavstvu, ali da bi mogla uticati na konstataciju da li je delo učinjeno sa direktnim ili eventualnim umišljajem.⁴¹ Može se izdvojiti Bačićev stav, oličan u izričitom opredeljenju za rešenje o postojanju samo jednog krivičnog dela, i to onog koje je stvarno realizovano.⁴²

Krivični zakonik Srbije, u članu 60, predviđa da će sud, u slučajevima kada je učinilac jednom radnjom ili sa više radnji učinio više krivičnih dela, za koja mu se istovremeno sudi, prethodno utvrditi kaznu za svako od tih dela, pa će za sva dela izreći jedinstvenu kaznu, uz formulisanje posebnih pravila, odnosno primenu principa apsorpcije, asperacije ili kumulacije. U granicama navedenih zakonskih odredbi, tretiraćemo i alternativno ispoljavanje umišljaja.

Ako se konstrukcija *dolus alternativus*-a, posmatra sa aspekta teorije sticaja krivičnih dela, u uslovima izostanka striktnih zakonskih odredbi, koje bi mu dale karakter posebnog instituta, ključno pitanje koje treba utvrditi, jeste da li se radi o obliku idealnog, ili je pak reč o prividnom idealnom sticaju.

Ukoliko se prihvati neka od varijanti teorije jedinstva, po kojoj kod *dolus alternativus*-a postoji samo jedno krivično delo, nalazili bismo se pred slučajem prividnog idealnog sticaja, odnosno prilikom odmeravanja kazne, uzimalo bi se u obzir samo jedno krivično delo. S druge strane, prihvatanje suprotstavljenog gledišta omogućava primenu pravila odmeravanja kazne za krivična dela u sticaju. Zbog zakonskog rešenja o idealnom i realnom sticaju, između kojih se ne pravi nikakva diferencijacija na tom planu, takvo rezonovanje bi, za razliku od nemačkog zakonodavstva, prouzrokovalo dijametralno suprotne pravne posledice između različitih teorijskih pristupa, što ukazuje na veliki značaj konstrukcije alternativnog umišljaja u praktičnom smislu, sa aspekta našeg krivičnog prava. Međutim, baš kao i u pogledu problematike razgraničenja idealnog i prividnog idealnog sticaja, koju odlikuje kompleksnost i odsustvo jasnih kriterijuma, kod alternativnog ispoljavanja umišljaja takođe nailazimo na specifično tlo, čije granice nisu precizno određene i koje zahteva individualni pristup razmatranju svakog pojedinačnog slučaja.

Pri tome, opredeljenje za konkretno rešenje spornih situacija, sadrži nekoliko različitih stadijuma, odnosno faza, u postupku utvrđivanja da li se radi o jedinstvu, ili pak pluralitetu krivičnih dela. Naime, situacije alternativnog ispoljavanja umišljaja, zbog varijeteta njegovih pojavnih oblika, ne mogu biti jednostrano posmatrane,

39 M. Radovanović /1969/: Krivično pravo – *Opšti deo*, Beograd, pp. 229–232. B. Čejović: *op. cit.*, p. 202–204. Lj. Lazarević: *op. cit.*, p. 132.

40 Lj. Lazarević: *ibid.*, p. 132. F. Bačić et al. /1978/: Komentar Krivičnog zakona Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije, Beograd, p. 210. J. Tahović /1956/: *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, p. 80. T. Živanović /1937/: *Osnovi krivičnog prava Kraljevine Jugoslavije, Opšti deo, II knjiga*, Beograd, p. 56.

41 Lj. Lazarević: *op. cit.*, p. 135.

42 Bačić F. /1995/: *Kazneno pravo – Opći deo*, Zagreb, p. 210.

uz donošenje istog rešenja za sve pojedinačne slučajeve. Tako, smatramo da nije isključena kako mogućnost postojanja idealnog sticaja, sa svim pravnim posledicama koje to podrazumeva na planu odmeravanja kazne, tako ni varijanta jedinstva krivičnog dela, u zavisnosti od konkretnih oblika ispoljavanja. Upravo iz tog razloga je od značaja *a priori* ustanoviti u kojim se konkretnim fenomenološkim modalitetima može javiti *dolus alternativus*.

Istovrsnost objekata kojima se pruža zaštita, tačnije vrednosna ne(ekvivalentnost) istih, kao i jedinstvo, odnosno pluralitet objekata obuhvaćenih alternativnim umišljajem, po našem mišljenju, predstavljaju ključne kriterijume za utvrđivanje načina kvalifikovanja slučajeve alternativnog umišljaja i donošenje zaključaka o primeni pravila o sticaju.

ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Problem materijalnog krivičnog prava, oličan u konstrukciji *dolus alternativus*-a, koji je izazvao brojne polemike u doktrini, može se rešiti jedino njegovim celovitim sagledavanjem u odnosu na postojeće odredbe i principe krivičnog prava. Između formulisanja posebnih pravila, odnosno priznavanja autonomnog karaktera ovoj konstrukciji i negiranja njene relevantnosti, stoje brojna, kako dogmatska, tako i praktična pitanja, na koja treba dati odgovor.

Propisivanje posebnog instituta, poput alternativnog umišljaja i definisanje zakonitosti kvalifikovanja ovih ponašanja, zahteva veliku opreznost, jer se takvi izuzeci, s jedne strane, moraju primenjivati restriktivno, i to u opravdanim slučajevima, a s druge strane, moraju imati i praktični značaj, koji nije isključivo deklarativnog karaktera.

Stoga, smatramo da je opravdan stav našeg zakonodavca o izostajanju posebnih odredbi o alternativnom umišljaju, te da je ispravno tumačenje o tretiranju alternativnog umišljaja u sklopu opštih pravila o sticaju i odmeravanju kazne, i to iz više razloga, ne samo dogmatske, već i kriminalno-političke prirode. Pre svega, krivičnopravne odredbe o idealnom sticaju i odmeravanju kazne, stvaraju sve neophodne pretpostavke adekvatne ocene ispoljenog ponašanja i izricanja krivične sankcije koja odgovara sadržaju intelektualnog i voljnog elementa kod alternativnog umišljaja. Sudu je prilikom odmeravanja kazne, ostavljena mogućnost da, ne samo kod realnog, već i kod idealnog sticaja, u okviru širokih raspona, uzme u obzir mnoštvo okolnosti, koje mogu imati karakter kako otežavajućih, tako i olakšavajućih. Shodno tome, možemo se složiti sa mišljenjem domaćih autora koji ocenu specifičnih karakteristika posebnih oblika umišljaja, između ostalih i *dolus alternativus*-a, vide u domenu olakšavajućih i otežavajućih okolnosti.⁴³

Time ujedno i teorijski problem razgraničenja između alternativnog i kumulativnog umišljaja, gubi na značaju u praktičnom smislu, imajući u vidu da se diferenciranje može izvršiti na planu odmeravanja kazne. Stoga, smatramo da oponiranju koncepta kumulativnog i alternativnog umišljaja, nema mesta prilikom same kva-

43 F. Bačić *et al.*: *op. cit.*, p. 82.

lifikacije krivičnog dela, imajući u vidu da činjenica da učinilac nije želeo nastupanje obe posledice ne isključuje postojanje dva umišljaja *ex ante*, te da pozivanje na nepravednost njihovog izjednačavanja nije opravdano u ovoj fazi krivičnopravne ocene.

Pitanje da li će postojati samo jedno ili više krivičnih dela rešava se isključivo u skladu sa pravilima teorije prividnog idealnog sticaja, iz čega proizlazi da ovo rešenje obezbeđuje i adekvatnu ocenu onih oblika ispoljavanja alternativnog umišljaja, kada predviđene posledice nastupe na istom objektu (prividni idealni sticaj). Shodno tome, problem koji se prebacuje na plan konstrukcije alternativnog umišljaja, zapravo nije ništa drugo do pitanje odnosa između idealnog i prividnog idealnog sticaja i tako ga treba i posmatrati.

I pored teorijske i praktične opravdanosti nekih od razloga koje ističu suprotstavljene teorije, svi pokušaji da se uvedu nove zakonitosti postupanja kod *dolus alternativus*-a, ne idu u pravcu njegovog ustoličenja kao posebnog instituta, već naprotiv, ka neopravdanom izvitoperenju opšteprihvaćenih pravila teorije sticaja.

Polazeći od iznetog stava o značaju diferenciranja fenomenoloških oblika alternativnog umišljaja, kao i rešenja o idealnom i realnom sticaju u našem zakonodavstvu, adekvatna krivičnopravna ocena instituta se ne može izvršiti na osnovu jednostranih pristupa i opredeljenja za samo jedno od iznetih teorijskih rešenja, prvenstveno iz razloga što se ne radi o fenomenu homogenog sadržaja, sa tačno određenim zakonitostima ispoljavanja, koje bi omogućile podjednako tretiranje svih pojedinačnih slučajeva.

Smatramo da je nesporno postojanje prividnog idealnog sticaja u situacijama kada su alternativnim umišljajem obuhvaćene različite posledice na istom objektu. Stepenn vrednosti preduzete radnje, može biti u potpunosti obuhvaćen jedino ako se uzme u obzir najteža od alternativno predviđenih posledica, koja konsumira lakšu, te je ispravno uzeti u obzir postojanje samo najtežeg, odnosno pokušaja najtežeg dela, ako nastupi lakša posledica, ili delo ostane u pokušaju.⁴⁴

S druge strane, kod alternativnog umišljaja u užem smislu, problemu moramo pristupiti iz dva različita ugla, polazeći od kriterijuma vrednosti pravom zaštićenog dobra.

Naime, kod tzv. heterogenog *dolus alternativus*-a, gde se alternativitet odnosi na nastupanje posledica na objektima različite vrednosti, smatramo da će uvek postojati idealni sticaj krivičnih dela obuhvaćenih alternativnim umišljajem, što je jedino rešenje koje omogućava pokrivanje stepena nepravda obuhvaćenog preduzetim ponašanjem. Činjenicu da je učinilac želeo nastupanje samo jedne od alternativno predviđenih posledica, trebalo bi uzeti kao olakšavajuću okolnost, čime bi se jedinstvena kazna, prema opštim pravilima odmeravanja, predviđenim Krivičnim zako-

44 U tom smislu, ukoliko učinilac, nanoseći udarce oštećenom u predelu tela, predviđa kao moguće posledice svog ponašanja nastupanje lakih ili teških telesnih povreda, pri čemu mu je svedjedno koja će nastupiti, odgovaraće po sledećem obrascu: 1) ukoliko nastupi teška telesna povreda – odgovaraće samo za krivično delo teške telesne povrede iz čl. 121 KZ; 2) ukoliko nastupi laka telesna povreda ili izostanu posledice – odgovaraće za pokušaj krivičnog dela teške telesne povrede iz čl. 121 KZ.

nikom, približila donjoj granici. Na taj način je, sudu ostavljeno dovoljno prostora da izrekne takvu kaznu kojom bi bio uspostavljen adekvatan balans u odnosu na slučajeve kumulativnog umišljaja.

Najveći izazov u pogledu opredeljenja za krivičnopravni tretman *dolus alternativus*-a predstavlja tzv. homogeni alternativni umišljaj. Budući da se radi o objektima iste vrednosti, smatramo da je najadekvatnije rešenje uzeti da je sticaj samo prividan, odnosno da postoji jedno krivično delo, pri čemu okolnost da je umišljaj učinio bio alternativno upravljeno ka više objekata, treba uzeti kao otežavajuću priliku odmeravanja kazne. Međutim, iako je time, sa stanovišta postojećih zakonskih rešenja, omogućeno adekvatno vrednovanje alternativnog, naspram kumulativnog umišljaja, postoji još jedan način, koji bi *de lege ferenda*, trebalo razmotriti kao alternativu za tretiranje homogenog *dolus alternativus*-a. To podrazumeva mogućnost primene posebne zakonodavne tehnike prilikom propisivanja inkriminacija u posebnom delu krivičnog prava, tamo gde zakonodavac oceni da priroda određenih krivičnih dela zahteva predviđanje težih oblika, onda kada je pored osnovnog oblika krivičnog dela, alternativno bila predviđena i mogućnost nastupanja još jedne posledice.⁴⁵

LITERATURA

- Bačić F. /1995/: *Kazneno pravo – Opći deo*, Informator, Zagreb.
- Bačić F. et al. /1978/: *Komentar Krivičnog zakona Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije*, Savremena administracija, Beograd.
- Blomsma J. /2012/: *Mens Rea and Defences in European Criminal Law*, Intersentia, London.
- Čejović B. /2006/: *Krivično pravo*, Dosije, Beograd.
- Demuro G. P. /2007/: *Il dolo – L'accertamento*, Giuffrè Editore.
- Fuchs H. /2008/: *Österreiches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Springer, Wien.
- Giovagnoli R. /2008/: *Studi di diritto penale, Parte generale*, Giuffrè Editore, Milano.
- Jakobs G. /1995/: *Derecho penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, „Marcial Pons – Ediciones Juridicas“, Madrid [orig. Jakobs G. /1991/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*“, Walter de Gruyter, Berlin, trad. Contreras J. C., Serrano Gonzales de Murillo J. L.].
- Joerden J. C. /2010/: *Logik im Recht: Grundlagen und Anwendungsbeispiele*, Springer – Verlag.
- Kaspar J. /2015/: *Strafrecht – Allgemeiner Teil: Eine Einführung*, UTB.
- Köhler M. /1997/: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Springer – Verlag.
- Lattanzi G., Lupo E. /2010/: *Codice Penale, Rassegna di giurisprudenza e di dottrina, vol. II – Il reato*, Giuffrè Editore, Milano.
- Lazarević Lj. /2011/: *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije*, Pravni fakultet Union, Beograd.
- Mezger E. /1958/: *Derecho penal – Parte general*, Editorial bibliografica Argentina, Buenos Aires.

45 Na sličnu inkriminaciju, nailazimo u čl. 114 st. 3 KZ R. Srbije, gde je kao oblik teškog ubistva, predviđeno lišenje života, sa umišljajnim dovođenjem u opasnost života još nekog lica.

- Muñoz A. G. /2013/: El denominado dolo alternativo, un caso entre el concurso de leyes y el de delitos, *Revista Penal México*, n° 5, pp. 141–163.
- Puppe I. /2008/: Aberratio ictus und dolus alternativus, *Anmerkung zu BGH HRRS*, n° 949, pp. 91–92.
- Radovanović M. /1969/: *Krivično pravo – Opšti deo*, Savremena administracija, Beograd.
- Roxin C. /1997/: *Derecho penal, Parte General, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, „Civitas“, Madrid [orig. Roxin C. /1997/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Beck, München, trad. y notas por Luzón Peña D. M. et al.].
- Sansone L. /2011/: *Pareri di diritto penale*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna.
- Sanz Morán, Á. J. /2016/: Aproximación al problema del denominado dolus generalis, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n° 3, Barcelona, pp. 1–25.
- Serrano González de Murillo J. L. /2009/: La tentativa de homicidio con consumación de lesiones, *Revista Penal*, n° 24, pp. 177–186.
- Silva Sanchez J. M. /1984/: Aberratio ictus e imputación objetiva, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n° 3, pp. 347–386.
- Stojanović Z. /2018/: *Komentar Krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, Beograd.
- Stojanović Z. /2018/: *Krivično pravo – opšti deo*, Pravna knjiga, Beograd.
- Tahović J. /1956/: *Komentar Krivičnog zakonika*, Savremena administracija, Beograd.
- Tahović J. /1961/: *Krivično pravo – opšti deo*, Savremena administracija, Beograd.
- Tamarit Sumalla, J. M. /1992/: La tentativa con dolo eventual, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n° 2, Madrid, pp. 515–560.
- Wessels J., Beulke W. /2009/: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, C.F. Müller, Heidelberg.
- Živanović T. /1937/: *Osnovi krivičnog prava Kraljevine Jugoslavije, Opšti deo, II knjiga*, Beograd.
- Семченков И. П. /2013/: Актуальные проблемы квалификации преступлений, совершаемых с альтернативным умыслом, *Весѣйник Калининградскоѣ филиала Санкѣй-Пейтербургскоѣ универсѣйейей*, Калининград, n° 2 (32), pp. 25–30.

Sladana Jovanović*

THE CONCURRENCE OF CRIMES AND THE PROBLEM OF ALTERNATIVE INTENT

SUMMARY

This article discusses the concept of *dolus alternativus* as a specific form of criminal behaviour, from the aspect of the theory of concurrence in criminal law. The main hypothesis is referred to its qualification in regard to different manifestations of the cumulation of offences, particularly ideal concurrence.

In the case of so called „alternative intent“, the element of mens rea is materialized through existence of two intents directed towards two different criminal offences, mutually

* Serbian Ministry of Interior, sladajanna.jovanovic@gmail.com.

excluded, but equally wanted by the offender, who shows indifference to the fact which of the predicted consequences shall occur. In such circumstances, the imputation of criminal act is faced with different doctrinal approaches to the problem.

First of all, it should be emphasized that practical variations of the legal concept defined above, require specific treatment, that results in choosing between ideal and apparent concurrence, which may lead to different penal consequences, depending on the rules of the penalty determination in a specific legal system.

Therefore, unlike German penal law, where the legal treatment of concurrence leads to reducing practical relevance of the differentiation between ideal and apparent cumulation of offences, the rules of the Serbian Criminal code impose the opposite, which results in increased significance of choosing one or another solution for the case of *dolus alternativus*.

Key words: *Dolus alternativus*, Alternative manifestation of intent, Ideal concurrence, Apparent ideal concurrence.