

Др Драгана Васиљевић,*

доцент,

Факултет безбједносних наука, Универзитет у Бањој Луци,

Република Српска, Босна и Херцеговина

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

10.5937/zrpfm1-40271

UDK: 343.236.1:122](4:410+73)

Раđ примљен: 21.09.2022.

Раđ прихваћен: 04.11.2022.

ПОЧЕТАК ИЗВРШЕЊА КРИВИЧНОГ ДЈЕЛА У ЕВРОКОНТИНЕНТАЛНОМ И АНГЛОСАКСОНСКОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ

Апстракт: јасно и прецизно одређење дјелатности која означава почетак извршења кривичног дјела, као граница између начелно некажњивог и кажњивог стадијума његовог остварења, од великог је значаја за кривично право. Приликом одређивања ове границе савремена кривична законодавства и доктрина кривичног права се руководе различитим критеријумима. У евроконтиненталном правном систему одређење покушајне дјелатности проналази се у теоријама, док се кривична законодавства у англосаксонском кривично-правном систему у својој казуистици више ослањају на одговарајуће тестове. У чланку се анализирају теоријска и законодавна рјешења почетка извршења кривичног дјела и његовог разграничења од стадијума припремања, која су присутна у овим системима.

Кључне ријечи: покушај, кривично дјело, припремне радње, евроконтинентално кривично право, англосаксонско кривично право.

* dragana.vasiljevic@fbn.unibl.org

1. Увод

Доктринарно тематизирање покушаја кривичног дјела често се сматра замршенијим и сложенијим за разумијевање од било којег другог дијела кривичног права. Сложеност проблема се можда и понајбоље илуструје разноликошћу рјешења која предлажу теоретичари, закони и судије. Одребе које се односе на ову материју редовно су садржане у правним актима (законима) у форми института или посебног (непотпуног) кривичног дјела (Bohlander, 2009: 137). Исто тако, покушајна дјелатност редовно је предмет и доктринарних расправа. То је увелико случај у евроконтиненталном правном систему што је резултирало одговарајућим теоријама. За разлику од овога, у англосаксонском кривичном праву издвајају се тестови, уз назнаку да се и овдје могу пронаћи одређене теорије.

Ваља истаћи да без обзира на то да ли је ријеч о теоријама или тестовима, оне/они, под условом да није ријеч о екстремним, у савременом кривичном праву недопустивим схватањима, своје постојање утемељују на два конститутивна елемента: субјективном и објективном. Субјективни елемент покушаја кривичног дјела је умишљај (у англосаксонском кривичном праву означен термином *intent* – намјера, а у евроконтиненталном као директни и евентуални) (Милић, 2017: 408). Објективни елемент, на коме уједно и почива демаркација између начелно некажњивог и кажњивог стадијума остварења кривичног дјела далеко је више споран. Недвосмисленим се чини једино покушај који се састоји у предузимању дјелатности која је у бићу кривичног дјела означена као радња. У осталим случајевима покушајном се одређује она дјелатност која је различито дефинисана; према широкој лепези понуђених рјешења то је радња која је повезана и која најчешће непосредно предстоји радњи извршења кривичног дјела, радња којом се започиње остварење кривичног дјела, радња која без даљњих (битних) међуаката води остварењу кривичног дјела, радња која је више од припремне, радња којом се без даљњих међуаката остварује временски и просторни захват у сферу бића или жртве кривичног дјела и сл. Консеквентно томе кривичноправна интервенција код неких мање, а код неких више задире у домен претходног стадијума остварења кривичног дјела.

2. Покушај кривичног дјела у евроконтиненталном правном систему

Кривичноправни институти у евроконтиненталном правном систему доктринарно су појашњени путем теорија. Изузетак није ни покушај кривичног дјела. Овдје се, истина више као историјске категорије, јављају

тзв. чисте или једностране теорије нудећи објашњење почетка извршења кривичног дјела помоћу само једне његове саставнице, објективне или субјективне (Gorpp, 2015: 337–343). Прве за почетак извршења кривичног дјела као критеријум узимају предузету дјелатност. Са друге стране, субјективна схватања почетак извршења кривичног дјела виде у оној дјелатности путем које се испољава злочиначка намјера. Поред ових утемељења, присутна су и схватања која уважавају обе његове саставнице.

Говорећи о овом правном систему редовно се сусрећемо са текстовима о формално-објективној и материјално-објективној теорији, тј. схватањима која можемо квалификовати као традиционална. Поред њих, својим значајем се посебно издваја њемачка кривичноправна доктрина која је у оквиру савремених мјешовитих схватања, између осталог произвела и све прихватљивију Индивидуално-објективну теорију почетка извршења кривичног дјела, допуњену са Теријом међуакта.

2.1. Објективне теорије

Формално-објективна теорија. Ова теорија, оваплоћена у француском *Code Pénal* из 1810. године и чувеној формулацији *commencement d'exécution* (почетак извршења), покушај кривичног дјела види у дјелимичном остварењу неког од обиљежја конкретног кривичног дјела (најчешће радње). Поменута формулација, која почетак извршења одређује у „*строгом*“ смислу (Schönke, Schröder, 2010: 411), на први поглед уважава начела законитости и правне сигурности. Штавише, могло би се учинити и да представља идеално рјешење и за неспорне случајеве покушаја кривичног дјела, оне у којима је испољена радња извршења, међутим то није случај. Наведено из разлога што за покушај кривичног дјела није довољно започињање остварења само једног његовог обиљежја уколико се не започне са остварењем цјелокупног бића кривичног дјела (у смислу вишеактних и квалификованих кривичних дјела као и кривичних дјела која се означавају „припремом за акцију“¹) (Novoselec, 2008: 728–730). Исто тако, није погодна за констелацију кривичних дјела код којих у законском опису није предвиђена радња извршења.² И на крају, без обзира

1 На примјер извршилац ноћу извади двије даске да би следећи дан могао да уђе у кућу и изврши крађу, остварио је квалификаторно обиљежје али неће постојати покушај кривичног дјела јер није одмах намјеравао извршити крађу (квалификована кривична дјела), или извршилац крађе који при себи има оружје које има намјеру да употрејеби да би задржао украдену ствар, али то не учини одговараће само за тешку крађу јер није употрејебио принуду (вишеактна кривична дјела), (Novoselec, 2008: 729).

2 Без обзира на недостатке у смислу рестриктивности, ова синтагма је данас присутна у појединим европским кривичним законодавствима уз назнаку да се у доктрини са

на постављање као границе разграничења припремних радњи и покушаја кривичног дјела синтагме „почетак извршења“ она стадијум покушаја кривичног дјела може, са једне стране, одложити што је више могуће чинећи да подручје кривичне одговорности „заостаје“ за подручјем ризика по потенцијалну жртву (Gropp, 2015: 342), или, са друге стране, у одређеним (већ поменути) случајевима, покушај одредити прерано квалификујући радње из стадијума припремања као почетак извршења.

Материјално-објективна теорија. Начелна ригидност формално-објективне теорије настојала се кориговати проширењем границе кажњивости и на друге дјелатности које не представљају радњу извршења кривичног дјела. С тим у вези, материјално-објективна теорија је означила као покушајне и оне дјелатности које су тако наслоњене на радњу извршења да са њом чине природно јединство. Према Франковој формули, то су оне радње које су, иако припадају стадијуму припремања кривичног дјела и нису саставни дио чињеничног описа кривичног дјела, због нужне повезаности са радњом извршења њен саставни дио (Roxin, 2003: 368), и које као такве представљају опасност по правно заштићено добро. Критика би се могла упутити обема саставницама овога учења. Прије свега, поставља се питање како посматрати синтагму природног јединства. Трагање за природним јединством може довести до опасности од проширења зоне кажњивости. Ријеч је о прилично неодређеном појму који намеће потребу рашчлањивања предузетих дјелатности на појединачне акте, а да при томе не постоје мјерила за одређење неких од њих као покушајних. Квалификовање ових аката на нужне и оне који то нису не даје задовољавајуће резултате, као ни Франково настојање да одреди линију разграничења квалификујући

тих подручја покушај ипак тумачи у ширем смислу. Овдје прије свега треба поменути француски Кривични законик (чл. 121–5) према коме покушај постоји када је „... започето извршење...“ (Penal Code of the French Republic. Преузето 3. 1. 2022. https://www.legislationline.org/download/id/3316/file/France_Criminal%20Code%20updated%20on%2012-10-2005.pdf). Кривични законик Швајцарске у чл. 22, ст. 1 такође користи ову формулацију према којој покушај остварује онај ко „започне извршење кривичног дјела или прекршаја...“ (Criminal Code of Swiss Confederation, of 21. December 1937, Amended 2017. Преузето 1. 2. 2022. https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/54/757_781_799/en), а интересантно законско рјешење садржи и фински Кривични закон. Наиме, поред формулације према којој лице треба да „...започне извршење кривичног дјела“, фински законодавац поставља и захтјев да је усљед ових предузетих дјелатности „...дошло до опасности да ће кривично дјело бити извршено“, (Criminal Code of Finland, 39/1889, amendments up to 766/2015. Преузето 23. 12. 2021. <https://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/1889/en18890039.pdf>). Исто тако, у контексту формално-објективне теорије значајно је поменути и законска рјешења кривичних законодавстава са простора бивше Југославије, која су (са изузетком хрватског) у одређењу покушајне дјелатности задржала формулацију „почетак извршења“.

припремне радње као дјелатности које нису нужне. Уосталом, код оваквог стања ствари умјесно је поставити питање зашто и припремне радње не би могле бити нужне за његово извршење (Вуковић, 2021: 296)? Треба признати да одређивање почетка извршења кривичног дјела „наслоњено“ на критеријуме *природног јединства* и *нужне повезаности* јесте пригодно из разлога што проширује зону кажњивости постављену у контексту формално-објективне теорије, уједно је ограничавајући постављањем захтјева да су то само оне дјелатности које чине поменуто „*природно јединство*“ у смислу близине, и које су нужне за извршење кривичног дјела у смислу њиховог значаја. Оно, штавише, уз одређене модификације поново и долази до изражаја, у смислу комбиновања критеријума извршиоцевог „плана“ и „*природног заједништва*“, а примјећује се и увођење и додатног материјалног критеријума непосредне опасности по правно заштићено добро у смислу да буде изложено „*конкретном ризику*“ (Schönke, Schröder, 2010: 411).

2.2. Субјективне теорије

Према својој зачетнику Фон Бурију, оријентисане искључиво ка извршиоцу кривичног дјела у смислу његове злочиначке воље и поимања почетка извршења, код ових схватања је занемарен/искључен објективни елемент.³ Почетак извршења кривичног дјела у смислу синтагме „*Jetzt geht es los*“ одијелио је покушај од бића кривичног дјела и учинио га више или мање широким, све у зависности од схватања извршиоца. У коначници, то је она радња којом извршилац према својој замисли остварује кривично дјело без обзира на то што она (можда) припада стадијуму припремања кривичног дјела.

Савремена субјективна схватања се по природи ствари доводе у везу са сврхом кажњавања, па је субјективни елемент значајан у контексту специјалне превенције.⁴ Ланг (*Lange*) покушај кривичног дјела види у радњи која нападача учини опасним за правнозаштићена добра, а Бокелман (*Bockelmann*) сходно својој теорији „*ватрене пробе*“ за покушај узима онај моменат у коме је „*намјера извршиоца прошла ватрену пробу у критичној ситуацији*“ (Roxin, 2003: 345). Субјективну теорију покушала је да допуни Теорија утиска (*Eindruckstheorie*) у чијој суштини се налази „*утисак дјела на ширу јавност*“ тј. „*социопсихолошки ефекат*“ оствареног акта који „*шокира*“ јавност и његово „*повјерење у ваљаност правног система*“ (Jakobs, 1991: 712).

³ Често се тврди да је ово схватање у основи рјешења њемачког законодавца из 1975. године (Roxin, 2003: 342).

⁴ С тим у вези „*једном доказана и према свему судећи трајна воља може да генерише хиљаду акција*“ (Roxin, 2003: 344–345).

Једна од варијанти субјективних теорија је и схватање према коме почетак кривичног дјела представља она радња путем које се недвосмислено манифестује злочиначка намјера. Претпоставка је да она подразумева умишљај и да се ове дјелатности не могу објаснити другачије него да је у питању покушај кривичног дјела. Слично схватање, како ће се и увидјети, егзистира и у појединим законодавствима из англосаксонског кривично-правног система. Само за себе, без комбиновања са другим критеријумима, оно ипак не може да понуди исправно одређење покушаја кривичног дјела. Разлог је једноставан; посматра се ислучиво спољашњи елемент, у смислу опасности или „шока... утиска...“ који извршилац кривичног дјела остварује, и на основу њега изводи претпоставка о „подразумијеваном“ субјективном елементу.

2.3. Мјешовите теорије

Собзиром на недостатке „чистих“ објективних и субјективних промишљања и, с тим у вези, немогућности њихове примјене, за конституисање покушајне дјелатности наметнули су се захтјеви за кумулативним остварењем објективног и субјективног елемента. Мјешовите објективно-субјективне теорије комбинују субјективне и објективне критеријуме најчешће засноване на плану извршиоца и непосредности напада на правно заштићена добра (Freund, Rostalski, 2019: 340)⁵. Најзначајније варијанте мјешовитих теорија су схватања којима је заједничко да су окарактерисана као индивидуална, са разликом која почива на објективној саставници.

Индивидуално-објективно схватање (*Tatplantheorie*). Ово схватање као критеријум почетка извршења кривичног дјела види план извршиоца и његово поимање почетка извршења (Schönke, Schröder, 2010: 411).⁶ Као

⁵ Као такве инкорпорирани су и у поједина законска рјешења. Предводник ове констелације је Кривични законик Њемачке који у чл. 22 прописује: „покушај кривичног дјела постоји уколико лице предузме кораке који ће одмах водити ка довршењу кривичног дјела, онако како је он то планирао“. У питању је њемачки еквивалент енглеско-велшкој формулацији покушаја кривичног дјела (*Criminal Attempt Act*) која за почетак види акте који су „more than merely preparatory“ (Bohlander, 2009: 141). Роксин (*Roxin*), како ће се и видјети, говори о новим критеријумима на којима почива њемачка судска пракса: покушај представљају радње које несметано воде ка остварењу чињеница предвиђених у бићу кривичног дјела и имају близак или непосредан просторно – временски однос са њим. У контексту објективног критеријума од великог је значаја и учење о међуакту или посредном акту. Затим је ту субјективни критеријум у смислу снаге воље који се састоји у преласку у стадијум покушаја кроз формулацију „сада почиње“ (Roxin, 2003: 370; Gropp, 2015: 334–335). Почетак кривичног дјела започиње почетком реализације чињеничног описа из бића кривичног дјела, законодавац у први план ставља непосредност чиме се елиминише субјективност (Jakobs, 1991: 726–727).

⁶ За разлику од Индивидуално-објективне теорије, Теорија утиска (*Eindruckstheorie*) узима план извршиоца кривичног дјела као полазиште, али не и и као критеријум

мјеродавна се узима чињеница да ли извршилац радњу коју предузима сматра припремном радњом или радњом извршења кривичног дјела. Као што се примјећује, објективни елемент је маргинилизован јер иако извршилац дјелује у спољњем свијету, важност тог утицаја потиче искључиво из његовог схватања, а не онако како то трећа страна разумије (Safferling, 2006: 686). Наведено схватање је довело до тога да се награђује „злочиначка енергија“ извршиоца који на почетку можда и није марио како може извршити кривично дјело (Beulke, 2018: 131). Поред овога, можда је и највећи проблем који се јавља код ове теорије потенцијална несталност „злочиначког плана“ зато што се губи одлучујући критеријум за разграничење (Maurach, Gössel, Zipf, Dölling, Laue, Renzikowski: 2014: 136). Тако, у једном тренутку извршилац може своје радње сматрати припремним радњама, а у другом радњама којима остварује обиљежја кривичног дјела. Да би се избјегле ове потешкоће поставља се питање да ли би разуман и неутралан човјек који зна за циљеве извршиоца рачунао са могућношћу извршења кривичног дјела (Novoselec, 2008: 736). Овај критеријум, за који можемо рећи да представља и својеврстан коректив схватања, доприноси томе да се покушај кривичног дјела ипак утврђује према објективном мјерилу, али на субјективној подлози. Поред наведеног, види се и да превентивна потреба за кажњавањем покушаја више не произилази из манифестације воље, већ првенствено из пријетње правно заштићеним добрима (Schönke, Schröder, 2010: 411–414), чиме опасност као материјални елемент долази до изражаја.

Индивидуално-формалне теорије – *Teilaktstheorie*. Иако воде рачуна о плану извршиоца, оне у свом меритуму имају критеријум бића кривичног дјела допуштајући помјерање границе почетка извршења и на оне дјелатности које су просторно и временски блиске његовом остварењу.⁷ То су оне радње или међуакти између којих и радње којом се остварује биће кривичног дјела нема више других међуаката. Посматра се сваки корак извршиоца према објекту напада у смислу изолованог, независног чина, а затим се претпоставља да је покушајни онај „последњи акт“ након којег не слиједи други међуакти. С обзиром на чињеницу да у оваквим случајевима може бити ријечи о било којем акту, критеријум је нужно допуњен у смислу „квалитета“ последњег акта који није извршен, на начин да ће покушај кривичног дјела постојати у случају да између акта који је предузет и радње којом се остварује биће кривичног дјела не постоје међуакти који

оцјене. Чињеница да ли одређена радња представља покушајну дјелатност не заснива се на процјени извршиоца кривичног дјела већ на основу објективних стандарда.

7 Ова теорија у комбинацији са Франковом формулом је релативно успјешна у разграничењу припремних радњи и покушаја кривичног дјела (Roxin, 2003: 373).

се означавају „битним“.⁸ *С тим у вези, Кул (Kühl)* оправдано истиче да се приликом примјене ове теорије треба поступати обазриво због чињенице да човјеково понашање није вјештачки раздијељено (Roxin, 2003: 374). Слично наведеном, и код Езера (*Eser*) се уочавају критике овако формално „нацртаног“ почетка извршења кривичног дјела; према њему постоје кривична дјела која се врше радњама које се у коначници налазе у односу „непримјетног спајања тока који им претходи“, као што је криминалитет бијелог оковратника (Schönke, Schröder, 2010: 414). Оправдане су критике да „слагање“ човјекских радњи није задовољавајући критеријум за одређивање почетка извршења кривичног дјела. У случају дјелатности које не представљају радњу извршења кривичног дјела требао би се узети у обзир и материјални елемент чији је носилац свака од поменутих дјелатности.⁹ Овдје се сада већ јавља други проблем; наиме, може се десити да опасност поједине дјелатности (међуакта) и ризик који она носи може бити таквог карактера да је може означити покушајном дјелатношћу иако није посљедњи акт који претходи извршењу кривичног дјела. И управо се због оваквих случајева као додатни критеријум намеће план извршиоца о извршењу кривичног дјела. Другим ријечима, умјесно је поставити додатно питање: да ли је, према плану извршиоца, већ достигнут стадијум у коме је према његовом схватању предметно правно добро већ угрожено (комбинација индивидуалних и материјалних елемената) (Schönke, Schröder, 2010: 414).

Конкретизујућа теорија дјелимичног акта (*Die konkretisierte Teilaktstheorie*). Теорија дјелимичног акта је захтијевала даљу конкретизацију па се у њемачкој кривичноправној доктрини издиференцирала и Конкретизујућа теорија дјелимичног акта. Наиме, Роксин продубљује претходно наведено схватање и одређује додатне критеријуме за квалификовање покушајне дјелатности. То више није само посљедњи акт, већ предузети акт у случају да се остваре постављени услови: да се утврди „блиска временска веза“ са радњом извршења и да се оствари „захват“ у сферу бића или жртве кривичног дјела. Ако су испуњена ова два критеријума онда то и не мора да буде посљедњи предузети (међу)акт.¹⁰ Значајно је само да критерију-

8 „Битност“ предузетог акта дошла је до изражаја и код Новоселеца (*Novoselec*) у његовом залагању за напуштање формално-објективне и материјално-објективне теорије, (Novoselec, 2008: 741).

9 Због тога се у разграничењу припремних радњи и покушаја кривичног дјела треба руководити проценом ризика (Schönke, Schröder, 2010: 414).

10 Аутор ово објашњава на примјеру крађе ташне из аутомобила. Уколико особа уђе у аутомобил и посегне за штапом да би дохватила ташну која се налази на задњем сједишту, према Теорији дјелимичног акта налази се у стадијуму припремања кривичног дјела јер још увијек предстоје међуакти које је потребно предузети, а

ми буду испуњени кумулативно.¹¹ Ово је у коначници и преовлађујуће теоријско промишљање које је нашло свој пут и у пракси њемачких судова, управо због конкретизације Теорије дјелимичног акта; наиме, признаје се као покушајна дјелатност она радња која у неометаном току и без других међурадњи води остварењу бића кривичног дјела, али уколико то није случај онда се треба руководити конкретизујућим критеријумима блиске временске везе и захвата у сферу бића, односно жртве кривичног дјела.¹²

3. Покушај кривичног дјела у англосаксонском кривичном праву

Уређење покушајне дјелатности у земљама са подручја англосаксонског правног система једнако је значајно као и у евроконтиненталном кривичном праву. Штавише, управо је у енглеском кривичном праву још давне 1649. године у дјелу *Coke's Third Institute* (утемељеном на Станфордском (*Standford*) „*Pleas of the Crown*“) пажња била посвећена проблематици покушаја кривичног дјела гдје су, између осталог, покушаји имовинских кривичних дјела били кажњавани на основу максиме *voluntas reputabatur pro facto* (Sayre, 1928: 821). Данас у већини законодавстава из англосаксонског правног система постоји одредба о почетку извршења кривичног дјела, а уочава се и посебан акт који је у меритуму посвећен овој проблематици. За разлику од кривичних законодавстава евроконтиненталног правног система који материју стадијума остварења кривичног дјела регулишу у општем дијелу кривичних закона, овдје се код већине законодавстава покушај кривичног дјела сврстава у категорију непотпуних или претходних кривичних дјела (*Inchoate offences*).

Говорећи о саставницама покушаја кривичног дјела, уз напомену да нити у овом систему нису изостала екстремна схватања која признају као мјеродаван искључиво објективни или субјективни елемент, примјетно је да је покушајна дјелатност, односно покушавање (*Try*) утемељено

који би засновали покушајну дјелатност. За разлику од тога, према Конкретизујућој теорији дјелимичног акта, овим дјелатностима остварена је временска повезаност и захват у сферу жртве, те предузете дјелатности ваља квалификовати као покушај кривичног дјела (Roxin, 2003: 374).

11 Тако, уколико лице стоји испред аутомобила у који треба да уђе да би узео ташну, постојаће блиска временска веза, али не и захват у сферу жртве, и покушај ће бити искључен. Исто тако, уколико неко држи пиштољ близу жртве али не жели још да жртву лиши живота неће постојати покушај убиства.

12 Казени закон Хрватске у чл. 33 садржи овакво рјешење. За покушај кривичног дјела тражи се намјера и радња која просторно и временски непосредно претходи остварењу бића кривичног дјела, вид. Kazneni zakon Hrvatske – KZH, *Narodne novine RH*, 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18 i 126/19.

на субјективном *mens rea (intent)*¹³ и објективном (*actus reus*) елементу (Klotter, Pollock, 2006: 116). Оно што се не примјеђује у англосаксонском кривичноправном систему, односно доктрини са овог подручја јесу теорије које образлажу разграничење припремних радњи и покушаја кривичног дјела. За разлику од тога, развијени су одговарајући тестови. Према њима критеријум за разграничење покушаја од припремних радњи може бити „сваки акт“, „значајан корак“, акт који је „више од припремања“, „први акт“, „последњи акт“ и сл. Видљиво је да су критеријуми различити, али пажљивим посматрањем могу се уочити два: вријеме/блискост предузимања радње извршења и критеријум карактера предузете дјелатности.

3.1. Одређивање почетка извршења кривичног дјела према критеријуму времена/близине предузете дјелатности

У меритуму ових схватања налази се одговор на питање да ли је оптужениково понашање „довољно близу“ извршењу кривичног дјела, односно „колико близу“ је „довољно близу“? Нити један акт не може се смарати покушајем кривичног дјела осим уколико не представља корак ка остварењу криминалне намјере и његовим предузимањем извршилац се или директно приближава извршењу кривичног дјела или је одмах повезан са извршењем (Shahar, Harel, 1996: 320). У категорију тестова који почетак извршења кривичног дјела одређују према критеријуму времена, односно близине предузете дјелатности, уврштавају се Тест првог корака (*the first act test*), Тест последњег корака (*the last act test* или *last proximate act test*) (Fishman, 2015: 247) и Тест значајног корака (*substantial step test*) (Hamish, 2001: 402; Mathis, 2004: 330–332).

Прва два теста представљају крајности. Тако, Тест првог корака за покушај кривичног дјела одређује прву дјелатност путем које се испољава криминална намјера. Строго утемељен на субјективном елементу, слично субјективним теоријама присутним у евроконтиненталном правном систему, овај тест не води рачуна о квалитету и карактеру покушајне дјелатности. Са друге стране, Тест последњег корака је крајње објективан тест који као покушај види последњу дјелатност након које извршилац кривичног дјела не треба да даље дјелује да би кривично дјело било довршено. Одмах се примјеђује да се њиховом примјеном увелико помјера

13 Истиче се да је покушај кривичног дјела без намјере незамислив. Са друге стране, јављају се схватања према којима би уколико је одговарајући степен субјективног елемента довољан за довршено кривично дјело, он довољан и за покушај (Enker, 1977: 847, 866). Уочавају се схватања да је за покушај кривичног дјела потребна намјера чак и у случајевима када се за довршено кривично дјело захтијева немар (*negligence*) или несмотреност (*recklessness*), (Shahar, Harel, 1996: 329).

линија разграничења некажњивог и кажњивог стадијума остварења кривичног дјела. Први корак начињен са намјером да се изврши кривично дјело, помјера са једне стране почетак извршења у стадијум припремних радњи јер по природи ствари то може бити дјелатност која се налази у стадијуму припремања кривичног дјела. У својој другој крајности, одређивање покушаја кривичног дјела уз помоћ критеријума посљедње предузете дјелатности сужава могућност његовог постојања, рекло би се, само на довршени покушај (извршилац је предузео све што је према његовој замисли требао предузети да наступи забрањена посљедица) (Wishart, 2013: 80). С обзиром на то да је у овом случају, а како то истиче *Lord Diplock*, испољен захтјев да се „Рубикон пријеђе са чамцем“, а након тога „чамац спали“, јасно је да недовршеног покушаја овдје и нема, већ само припремне радње (Mathis, 2004: 331). Некакву средину у разграничењу припремних радњи и покушаја кривичног дјела проналазимо у *non last act* тесту код *Wishart-a* према коме је покушајна дјелатност она која се налази у некаквом „сивилу“ између припремних радњи и посљедњег акта“ (Wishart, 2013: 80). Када је ријеч о правним актима, треба истаћи да близину предузете дјелатности као критеријум одређивања покушаја кривичног дјела (Тест значајног корака¹⁴) познаје америчко законодавство (*Model Penal Code*) и један дио међународног кривичног права (Римски статут Међународног кривичног суда¹⁵). Покушај представља прије свега непотпуно кривично дјело и за његово заснивање неопходно је са намјером остварити „суштински корак“ (*substantial step*) у његовом остварењу (Fishman, 2015: 345; Cambell, 2013: 949).¹⁶ Уочљиво је да, иако се потенцира синтагма „суштинског корака“, тест није екстремно објективан, већ се овом дјелатношћу потврђује извршиочева *намјера*, односно криминални циљ.

14 Овај сегмент законског одређења је позајмљен из концепта близине остварења кривичног дјела. Други сегмент одређења, испољен у захтјеву да предузете дјелатности треба да недвосмислено илуструју извршиочеву намеру преузет је из друге категорије тестова базираних на критеријуму карактера предузете дјелатности, конкретно Теста недвосмислености.

15 Вид. чл. 25, ст. 3, тач. ф Римског статута (Rome Statute of the International Criminal Court, *United Nations, Treaty Series, vol. 2187*, No. 38544. Преузето 11. 1. 2022. <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf>)

16 Оваква формулација кориштена је први пут у кривичном законодавству Новог Зеланда и тада је чин оптуженика означен као „стварни и практични корак“ и с тим у вези представљао је *Тест стварног и практичног корака (Substantial and practical act Test)*. Формулација је измијењена, па данас као и у америчком *Model Penal Code* ријеч је о „стварном и суштинском кораку“. Интересантно је поменути схватања према којима се овај тест на Новом Зеланду не примјењује само као средство за утврђивање да ли је неки чин довољно близак или не, већ и као помоћно и допуњујуће средство са циљем утврђивања да ли и „довољно блиско“ може представљати покушај (Sim, 1955: 620–623).

Како се поменутом формулацијом не прецизира линија разграничења, амерички законодавац се определио за прилично добро рјешење да као помоћне критеријуме у одређивању покушаја кривичног дјела, односно његовој елиминацији наведе и одређене дјелатности које, без обзира на то што су снажно поткријепљене извршиоцем намјером не представљају покушај.¹⁷ У питању је констелација дјелатности које се у савременом кривичном праву редовно означавају припремним радњама.

3.2. Одређивање почетка извршења кривичног дјела према критеријуму карактера предузете дјелатности

Временска одредница, на којој почива критеријум непосредности у одређењу покушаја кривичног дјела, засигурно не може дати одговарајуће резултате без узимања у обзир и квалитета радње извршења. То је (додуше у евроконтиненталном праву) признато и у поменутиим теоријама у смислу „битности“ односно „небитности“ предузетих (међу)аката. У англосаксонском кривичном праву својим значајем се издвајају два схватања која линију разграничења виде у квалитету предузете дјелатности: Тест здравог разума (*the common sense test*) и Тест недвосмислености (*the unequivocal test*).

Тест здравог разума. Критеријум који овај тест нуди у разграничењу кривичног дјела саздан је из више саставница. За квалификовање једне дјелатности као покушаја узима се у обзир читав сплет околности које су повезане са предузетом радњом.¹⁸ Тако је ова квалитативна разлика између

17 Дјелатности којима законодавац одриче могућност да саме за себе заснују покушај кривичног дјела предвиђене су у одредби 5.01(2) и то су: чекање, тражење или праћење потенцијалне жртве кривичног дјела, обмањивање или тражење од потенцијалне жртве да оде до мјеста гдје ће кривично дјело бити извршено, извињање мјеста које је предвиђено за извршење кривичног дјела, незаконит улазак у конструкције, возила или ограђене просторе на којима се претпоставља да ће кривично дјело бити извршено, посједовање материјала посебно конструисаног за извршење кривичног дјела или материјала који се у датим околностима не могу користити ни у какве законе сврхе, посједовање, прикупљање или израда материјала који ће се користити у сврху извршења кривичног дјела или у близини мјеста предвиђеног за извршење кривичног дјела уколико се такво посједовање, прикупљање или израда не врши у законите сврхе и тражење невиног агента да се укључи у понашање које представља елемент кривичног дјела, вид. (5.01(2) Model Penal Code. Приступљено 18. 12. 2021. <https://www.pravo.unizg.hr>

18 С тим у вези је и схватање Врховног суда Канаде у коме је у случају *Deutsch vs Queen* (1986) наглашено да нема задовољавајућег критеријума за разграничење припремних радњи и покушаја кривичног дјела, али и да је вријеме предузете дјелатности само један од њих, (Hamish, 2001: 403).

припремних радњи и покушаја кривичног дјела утемељена на природи самог кривичног дјела, природи и квалитету предузете дјелатности, али и на мјесту и времену њеног предузимања. Поред овога, тест је значајан и са једног другог аспекта. Приликом квалификовања одређене дјелатности као покушајне не води се рачуна о схватању извршиоца (није индивидуалан), већ је, како се из и назива теста види, значајно схватање „здраворазумског човјека“.

Тест недвосмислености. Изворно инициран од стране Карара (*Carara*), а оригинално развијен од Салмонда (*Salmond*) читава се у предузимању радње из које је видљива криминална намјера (Hall, 1940: 824; Duff: 2012, 49). Према овом тесту само они акти који „носе“ криминалну намјеру и представљају њен доказ (Shahar, Harel, 1996: 325; Fishman, 2015: 31; Becker, 1974: 351) могу се квалификовати као покушај кривичног дјела, тако да случај буде представљен у смислу *reps ipsa loquitur*. Дакле, објективни елемент покушаја је акт оптуженог који представља корак ка извршењу кривичног дјела, а чињење таквог корака не може се разумно схватити другачије него да је предузето у сврху извршења кривичног дјела. Уочљиво је испољавање захтјева за постојањем објективног и субјективног елемента у смислу заснивања покушајне дјелатности. Међутим, јасно је да се претежни значај овдје даје субјективном елементу. Због тога покушај кривичног дјела може бити само радња која има тај додатни квалитет, квалитет „очитога“ носиоца криминалне намјере. Рјешење је доста критиковано, али није изгубило на значају и одређено је, како смо и указали у америчком *Model Penal Code-u* у коме је поред примарно истакнутог критеријума „значајног корака“ испољен и захтјев да понашање које представља значајан корак буде „снажно поткријељено криминалним циљем“.¹⁹ Тест је нужно модификован од стране Бруднера (*Brudner*) и Рипштајна (*Ripstein*) постављањем захтјева да се недвосмисленост криминалне намјере утврђује од стране „другог човјека“ (Hamish, 2001: 406). Отуда и већ поменуто да је то онај акт који се не може другачије разумно интерпретирати осим у смислу покушаја кривичног дјела (Duff, 2004: 49). С тим у вези, могло би се рећи да тест није екстремно субјективистички, односно да нема предзнак индивидуалног. Код оваквог начина одређења покушаја кривичног дјела спорно је што се у његовом центру налази само дјелатност, а не води се рачуна о релевантним околностима у конкретном случају. А оне могу нпр. указивати на постојање намјере. Примјера ради, није јасно да ли човјек који носи пиштољ то чини са намјером да убије некога или да се одбрани од напада уколико за то буде потребе, а његов положај у кривичном праву се у те двије ситуације увелико разликује.

19 Вид. одредбу 5.01.(2) *Model Penal Code-a*. Проналазе се и схватања да је у ствари ријеч о значајно ослабљеној верзији теста недвосмислености (Duff, 2004: 78).

Покушај кривичног дјела у *Criminal Attempt Act-u*. Енглеска и Велс проблематику покушаја кривичног дјела уређују у посебном акту донесеном 1981. године. Одређивање покушајне дјелатности извршено је нешто другачије него што је то случај у већ презентованим рјешењима у англосаксонском кривичном праву. У чл. 1 истакнуто је да је за покушај кривичног дјела одговоран онај ко са намјером предузме акт који је „*више од припремног*“ (Jefferson, 2007: 416). Детаљније разрађивање критеријума почетка извршења кривичног дјела у овом акту се не проналази, док је сама формулација покушајне дјелатности прилично нејасна и несигурна. Сличан приговор се проналази код Џеферсона (*Jefferson*), према коме, штавише, то не мора бити нити опасан акт, већ акт који ће *mens rea* претворити у кривично дјело.²⁰ Због тога се у пракси од овога и одступа. Наиме, у случају Гулефер (*Gullefer*) констатовано је да покушај кривичног дјела постоји онда када оптужени „*крене у злочин*“, а судови су то употпунили критеријумом да је предузетим активностима дошло до „*сукоба са жртвом*“ или „*сукоба са имовином*“ (Clarkson, 2009: 27). Видљиво је да је предочени законски основ покушаја кривичног дјела преширок, док судови са својим критеријумима увелико умањују могућност да одређена радња буде квалификована као покушај, па је због тога и покушана његова ревизија. Међутим, како је рјешење које је предложено као супститут помјерало границу покушајне дјелатности ка „*последњем акту*“ званично је одбачено.²¹ Уважавајући чињеницу да приједлози у смислу дефинисања покушајне дјелатности у кривичноправној теорији не јењавају прихватљивим се чини Кларксоново (*Clarkson*) схватање према коме покушај кривичног дјела постоји када особа почини дјело које је више од припремног и које је уско повезано са извршењем кривичног дјела у смислу времена, мјеста и преосталих аката који се налазе под контролом оптуженог, а који требају да се изврше (Clarkson, 2009: 27).

4. Закључак

Не постоје јединствени ставови у одређењу почетка извршења кривичног дјела иако се око њега сукобљавају најважнији принципи кривичног

20 С обзиром на употријебљену синтагму према којој извршилац треба да „*предузме акт*“, поставља се питање постојања покушаја у случају радњи нечињења (Jefferson, 2007: 421).

21 Учињени су и напори да се измијени законодавство које се односи на покушај кривичног дјела. Именована Комисија је предложила да постојеће законско рјешење буде замијењено са два одвојена „*претходна*“ кривична дјела: кривично дјело припремних радњи и кривично дјело покушаја који би чинио „*последњи акт*“ потребан за извршење намјераваног кривичног дјела (Clarkson, 2009: 27).

права. Он и даље остаје трајно питање и проблем у најутицајнијим кривичноправним системима. Једностране објективне теорије показале су се исувише ригидним, док разграничење засновано искључиво на субјективном елементу води ка дубокој интерференцији у начелно некажњиви стадијум припремања кривичног дјела. Због тога се трага за разликовањем које је утемељено на материјално-објективним и субјективним саставницама.

Формално-објективна теорија, рекло би се, представља добру полазну основу. Изузевши неколико констелација кривичних дјела, она у већини случајева нуди задовољавајући критеријум разграничења – радњу извршења. Но, како се и увидјело у питању су неспорни случајеви. Разграничење припремних радњи и покушаја кривичног дјела је у већини случајева доста сложеније. Због тога демаркација нужно почива на додатним елементима. Потребно је узети у обзир извршиочеву представу о почетку извршења кривичног дјела, која заједно са умишљајем представља субјективни елемент и само једну саставницу покушаја. Другу би чинила или у бићу предвиђена радња извршења или дјелатност која у бићу кривичног дјела није формално одређена као таква. Јасно је да се промишљања разликују у погледу овога питања. Објективни елемент не би требао да почива на неодређеним синтагмама, већ је неопходно прецизирати критеријуме за његово одређење. Исправно је схватање да се човјекова дјелатност може разложити на низ секвенци и да, с тим у вези, једна од тих радњи у коначници нужно тангира са радњом извршења (ако је предвиђена у бићу кривичног дјела). Међутим, како је тешко одредити ову „последњу“ радњу, неопходно је водити рачуна и о њеној битности као и временској и просторној удаљености али у смислу остварења бића кривичног дјела. Само на овај начин се могу одијелити некажњиве припремне радње од почетка извршења кривичног дјела.

У евроконтиненталном кривичном праву, а под утицајем њемачког кривичноправног система, претежно се уважава већ поменути концепт реализације објективних елемената који према укупном плану извршиоца угрожавају кривичноправни објекат заштите. Диференцијација није изостала нити у рјешењима у англосаксонском правном систему. И овдје рјешења (тестови) не признају почетак извршења кривичног дјела утемељен на само једној његовој саставници. С тим вези, код два најутицајнија законодавства испољава се захтјев за постојањем намјере и предузетих аката који осликавају или одлучујући корак којим се она недвосмислено манифестује или су више од припремања кривичног дјела. Каква год формулација да се употреби, стиче се утисак да законодавства, односно системи имају и додатних додирних тачака. Уочава се разлагање

радње извршења на акте/међуакте, а затим и да су акти који су у једном дијелу англосаксонског кривичноправног система означени као „више од припремних“ у ствари својеврстан еквивалент дјелатностима које су у њемачком праву означене као акти који у несметаном току без додатних међуаката воде ка остварењу бића кривичног дела.

Литература и извори

Becker, C. L. (1974). Criminal Attempt and the Theory of the Law of Crimes. *Philosophy & Public Affairs*. 3(3). 262–294.

Beulke, W. (2018). *Klausurenkurs im Strafrecht III*. Heidelberg: C.F.Müller.

Bohlander, M. (2009). *Principles of german criminal law, Studies in international and Comparative Criminal Law*. Oregon, Oxford and Portland.

Cambell, C. M. (2013). Crossing the Rubicons An Argument for Adopting the Model Penal Code Formulation of Criminal Attempt in Massachusetts. *New England Law Review*. 47. 949–983.

Clarkson, M. V. C. (2009). Attempt: The Conduct Requirement. *Oxford Journal of Legal Studies*. 29(1). 25–41.

Claus, R. (2003). *Strafrecht – Allgemeiner Teil – Band II*. München: C.H. Beck.

Duff, R. A. (2004). *Criminal Attempts*. Oxford: Clarendon Pres.

Duff, R. A. (2012). Guiding Commitments and Criminal Liability for Attempts. *Crim Law and Philos*. 6. 411–427.

Enker, N. A. (1977). Mens rea and Criminal Attempt. *American Bar Foundation Research Journal*. 4. 845–879.

Fishman, R. M. (2015). Defining Attempts: Mandujanos Error. *Duke Law Journal*. 65. 346–384.

Freund, G. Rostalski, F. (2019). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Berlin Heidelberg: Springer.

Gropp, W. (2015). *Strafrecht – Allgemeiner Teil*. Berlin Heidelberg: Springer.

Hall, J. (1940). Criminal Attempt – a Study of Foundations of Criminal Liability. *Yale Law Journal*. 49(5). 789–840.

Hamish, S. (2001). The Centrality of the Act Requirement for Criminal Attempts. *University of Toronto Law Journal*. 51. 399–424.

Jakobs, G. (1991). *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. Berlin – New York: De Gruyter.

- Jefferson, M. (2007). *Criminal law*. Harlow: Pearson education.
- Klotter, J. Pollock, J. (2006). *Criminal Law*. Anderson Publishing.
- Mathis, S. (2004). Criminal Attempts and Objectivism/Subjectivism Debate. *Ratio Juris*. 17(3). 328–345.
- Maurach, R. G. K. Zipf, H. Dölling, H. Laue, D. Renzikowski, J. C. (2014). *Strafrecht Allgemeinteil*. Heidelberg: C. F. Müller.
- Novoselec, P. (2008). Razgraničenje pripremnih radnji i pokušaja. *Zbornik Pravnog fakulteta sveučilišta u Rijeci*. 2. 721–759.
- Safferling, J. M. C. (2006). Die Abgrenzung zwischen strafloser Vorbereitung und strafbarem Versuch im deutschen, europäischen und im Völkerstrafrecht. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. 3. 682–716.
- Sayre Bowes, F. (1928). Criminal Attempts. *Harvard Law Review*. 41(7). 821–859.
- Schönke, A. Schröder, H. (2010). *Strafgesetzbuch Kommentar*. München: Verlag C.H. Beck.
- Shahar, O. B. Harel, A. (1996). The economics of the Law of Criminal Attempts: a Victim-centered perspective. *University of Pennsylvania Law Review*. 145. 299–351.
- Sim, P. B. A. (1955). The Actus Reus in Criminal Attempts. *The Modern Law Review* 18(6). 620–623.
- Wishart, H. (2013). Criminal Culpability, Criminal Attempt and the Erosion of the Choise Theory. *The Journal of Criminal Law*. 77. 78–90.
- Вуковић, И. (2021). *Кривично право општи део*. Београд: Правни факултет.
- Милић, И. (2017). Да ли је кривично дело увек најтеже казнено дело? (II део). *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*. 2. 405–415.
- ***
- Criminal Code of Finland, 39/1889, amendments up to 766/2015. Преузето 23. 12. 2021. <https://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/1889/en18890039.pdf>
- Criminal Code of Swiss Confederation, of 21. December 1937, Amended 2017. Преузето 1. 2. 2022. https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/54/757_781_799/en
- Penal Code of the French Republic, updated 12. 10. 2005. Преузето 3. 1. 2022. https://www.legislationline.org/download/id/3316/file/France_Criminal%20Code%20updated%20on%2012-10-2005.pdf
- Model Penal Code. Преузето 18. 10. 2021. <https://www.Pravo.unizg.hr>

Rome Statute of the International Criminal Court, *United Nations, Treaty Series*, vol. 2187, No. 38544. Преузето 11. 1. 2022. <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf>

Kazneni zakon Hrvatske. *Narodne novine RH*. Br. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18 i 126/19.

*Dragana Vasiljević, LL.D.,
Assistant Professor,
Faculty of Security Science, University of Banja Luka
Republika Srpska, Bosnia and Herzegovina*

COMMENCING THE COMMISSION OF A CRIMINAL ACT IN THE EUROPEAN-CONTINENTAL AND THE ANGLO-SAXON CRIMINAL LAW

Summary

A clear and precise definition of the activity that marks the beginning of the commission of a criminal act (Fr. commencement d'exécution), as the boundary between the non-punishable and the punishable stage in the commission of a crime, is of great importance for criminal law. The contemporary criminal legislation and criminal law doctrine are guided by different criteria in determining this boundary. In the European-continental legal system, the definition of criminal attempt is found in criminal law theories, while the criminal legislation in the Anglo-Saxon criminal justice system rely on appropriate tests in establishing the causal link. In this article, the author analyzes the theoretical and legislative solutions in the European-continental and the Anglo-Saxon criminal law on the activity that marks the beginning of the commission of a criminal offense and its delimitation from the preparatory stage.

Keywords: *criminal attempt, criminal act, preparatory actions, European-continental criminal law, Anglo-Saxon criminal law.*