

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

ПОЧЕТАК ИЗВРШЕЊА КРИВИЧНОГ ДЈЕЛА У
АНГЛОСАКСОНСКОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУДрагана Васиљевић¹

Факултет безбједносних наука Универзитета у Бањој Луци

Апстракт: Одређивање дјелатности која означава почетак извршења кривичног дјела је једно од најзначајнијих и најспорнијих питања кривичног права. Питање је значајно јер представља разграничење кажњивог од начелно некажњивог стадијума остварења кривичног дјела. Оно је исто тако и спорно због тога што не постоје јединствени критеријуми у одређењу линије демаркације. У евроконтиненталном кривичноправном систему одређење почетка извршења кривичног дјела нуде теорије. За разлику од наведеног, англосаксонско кривично право је особено из разлога што демаркацију види у тестовима, иако се и овдје могу пронаћи доктринарна схватања. Аутор у чланку анализира схватања/тестове који се односе на покушај кривичног дјела у англосаксонском кривичном праву.

Кључне ријечи: кривично дјело, тестови, покушај кривичног дјела, припремне радње.

УВОД

Пут остварења кривичног дјела (*iter criminis*) у англосаксонском кривичном праву се, слично евроконтиненталном, састоји из одређених стадијума. На почетку ваља истаћи да пука намјера да се изврши кривично дјело није кажњива. За разлику од тога, препозната је чињеница да одређена понашања која су усмјерена ка извршењу кривичног дјела могу бити кажњива и уколико се не достигне постављени циљ.

У овом кривичноправном систему учење о кривичном дјелу је структурално поједностављено и изведено повезивањем објективног (*objective*) и субјективног (*subjective*) елемента. *Actus reus* или радња

¹ Доктор правних наука, Виши асистент на Факултету безбједносних наука Универзитета у Бањој Луци, email: dragana.vasiljevic@fbn.unibl.org.

извршења представља објективни елемент општег појма кривичног дјела, док је субјективно обиљежје означено као *mens rea*, односно стање свијести извршиоца. Судаћи према наведеном, кривично дјело је у суштини објективно-субјективни појам и постоји у случају предузимања радње са одговарајућим елементом кривице (*actus non facit reum, nisi mens sit rea*).²

Не постоје јединствена схватања о покушајној дјелатности ни у англосаксонском кривичном праву. Чини се да је усаглашено само оно што је очигледно, а то је да је у питању недовршено, односно тзв. „непотпуно кривично дјело“ (*Inchoate offences*)³. У основи покушаја налази се основни принцип да када се криминализира одређено понашање треба да се криминализира и покушај тог понашања⁴. С тим у вези, у правним актима присутним у земљама које припадају овом правном систему уочава се присутност одредби у којима је тематизиран покушај кривичног дјела, иако су критеријуми на којима почива покушајна дјелатност различити. Поглавље пето (секција 5.01) америчког *Model Penal Code-a* (1961) покушај одређује као непотпуно кривично дјело за чије остварење је неопходно са намјером (*intent*) предузети дјелатност која представља „суштински корак“ (*substantial step*) у остварењу кривичног дјела⁵. У Великој Британији покушај кривичног дјела уређује *Criminal Attempts Act* (1981) на нешто другачији начин. Није у питању суштински корак, већ намјерне дјелатности које представљају „више од пуких припремних радњи“ (... *act which is more than merely preparatory...*)⁶. Код оба акта захтијева се присуство субјективног и објективног елемента за заснивање покушајне дјелатности.

Наука кривичног права такође нуди различита схватања почетка извршења кривичног дјела. Присутне су крајности, па се, слично евроконтиненталном кривичном праву, говори о објективистичком (*objectivist*) и субјективистичком (*subjectivist*) приступу. Критеријум се налази у једној од двије компоненте кривичног дјела. Субјективисти за квалификовање једне дјелатности као покушајне захтијевају испољен *mens*

2 Иван Ђокић „Субјективни елемент кривичног дјела у енглеском праву“, (докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, 2015), 37 – 48. Објективне и субјективне саставнице појма кривичног дјела у англосаксонском кривичном праву препознате су и у нашој кривичноправној доктрини, вид. Miloš Babić i Ivanka Marković, *Krivično pravo - opšti dio* (Banja Luka: Pravni fakultet, 2013), 99.

3 Сусреће се и синтагма „неконзумирано кривично дјело“.

4 Mathew Campbell, „Crossing the Rubicons An Argument for Adopting the Model Penal Code Formulation of Criminal Attempt in Massachusetts“, *New England Law Review*, 47 (2015): 950.

5 Michael R. Fishman, „Defining Attempts: Mandujanos Error“, *Duke Law Journal*, 65 (2015): 346 – 347; Campbell, „Crossing the Rubicons An Argument for Adopting the Model Penal Code Formulation of Criminal Attempt in Massachusetts“, 949.

6 Christopher M. V. Clarkson, „Attempt: The Conduct Requirement“, *Oxford Journal of Legal Studies*, 29, 1 (2009): 25.

rea, док је за објективисте од значаја дјеловање у спољњем свијету, тј. *actus reus*. Први проширују зону кажњивости оправдавајући то забринутошћу за јавну сигурност, док је други настоје сузити уважавајући људска права и слободе појединца⁷.

Поред овога присутна су и умјерена схватања која границу кажњивог и некажњивог одређују уважавајући оба конститутивна елемента. Тражи се намјера да се почини кривично дјело, али и дјелатност која је унапређује. Такође се захтијева недовршеност кривичног дјела⁸ и постојање могућности за његово извршење⁹. Сасвим је логично и није спорно опредјељење у смислу прихватања објективно-субјективног схватања, већ питање које се намеће: када једном лице одлучи да почини кривично дјело колико далеко треба да се путем одговарајућих радњи унапређује његова намјера да би постојао покушај кривичног дјела¹⁰? Када једна дјелатност има квалитет радње која пропушта да донесе (намјеравани) резултат у смислу покушајне дјелатности, а које су то дјелатности чијом реализацијом особа само доводи себе у позицију да изврши или покуша да изврши кривично дјело? Покушај кривичног дјела је институт у погледу кога постоји колизија принципа кривичног права¹¹. Уочити и поставити исправну линију разграничења између начелно некажњивог стадијума остварења кривичног дјела и кажњивог је значајна из разлога што савремено кривично право истовремено остварује двије функције: заштиту друштва од криминалитета (*Public Safety*) и заштиту индивидуалних људских права и слобода (*Protection of individual Liberty*).

Све поменуто је разлог зашто је покушај кривичног дјела *la belle dame sans merci*, како је то још давно казао Хал¹². Та „лијепа дама без милости“ је увијек тако близу ономе ко тежи за њом, али када се достигне, када је на „дохвату руке“, она и даље без милости бјежи остављајући у очају свог тражиоца. С тим у вези, трагајући за рјешењем, и констелације схватања/тестова који се користе за одређење почетка извршења кривичног дјела нужно су различите. Тако је једна група тестова фокусирана на радње извршиоца које се реализују и настоје да пронађу тачку у времену у којој

7 О овоме вид. Stephen Mathis, „Criminal Attempts and Objectivism/Subjectivism Debate“, *Ratio Juris*, 17, 3 (2004): 328 – 330.

8 Kayla Barkase and David Macalister, „Impossibility in the Law of Criminal Attempt: A Comparison of Canada, Australia and New Zealand“, *Oxford University Commonwealth Law Journal*, 14, 2 (2014): 156.

9 John C. Klotter and Joycelyn M. Pollock, *Criminal Law* (United States: Routledge, 2006), 117.

10 Fishman, „Defining Attempts: Mandujanos Error“, 247; Catherine Elliott and Frances Quinn, *Criminal Law* (Harlow: Pearson education, 2016), 277.

11 Michael Jefferson, *Criminal law* (Harlow: Pearson education, 2013), 412.

12 Jerome Hall, „Criminal Attempt – a Study of Foundations of Criminal Liability“, *Yale Law Journal*, 49, 5 (1940): 789.

криминална намјера лица прелази из припреме у покушај. Друга група тестова усмјерена је ка карактеру покушајне дјелатности¹³.

САСТАВНИЦЕ ПОКУШАЈА КРИВИЧНОГ ДЈЕЛА

Већ су предочени заснивајући елементи покушаја кривичног дјела. Они кореспондирају са елементима општег појма кривичног дјела, што је и природно јер покушај представља само један од стадијума остварења кривичног дјела. Субјективни елемент означен је као намјера. То је уједно и једина субјективна (у правним актима наглашена) саставница¹⁴. Ни овдје покушај не представља ништа друго до „покушавање“ (*Try*) да се досегне криминални циљ, а покушавати се може само са намјером¹⁵. Ријеч је о намјери да се кривично дјело оствари, односно доведе до краја што је уједно чини специфичном. Значајно је истаћи да се не ради о општем умишљају (*General Intent*) што имплицира да тужилац мора да докаже специфичан умишљај: да извршилац намјерно предузима радњу путем које напредује ка остварењу кривичног дјела и да има намјеру да оствари исход, тј. доврши кривично дјело¹⁶.

За разлику од субјективног, објективни елемент покушаја кривичног дјела је онај који је споран. У питању је радња извршења која може бити остварена чињењем или нечињењем. Потешкоће почивају у идентификовању тренутка када престају припремне радње, тј. у утврђивању дјелатности која посједује квалитете који се траже у смислу остварења захвата у биће кривичног дјела. Због тога судови користе различите приступе/тестове за идентификовање дјелатности које конституишу покушај кривичног дјела. Тако се наводе „сваки акт“, „значајан корак“, акт који је „више од припремања“, сваки акт „осим посљедњег акта“ и сл.¹⁷ Сваки од поменутих аката захтијева одговарајући напор тужиоца и да га докаже; нпр. први је најповољнији у смислу доказивања, док посљедње наведени изискује највише напора да би се доказао.

13 Stewart Hamish, „The Centrality of the Act Requirement for Criminal Attempts“, *University of Toronto Law Journal*, 51 (2001): 402.

14 Jefferson, *Criminal law*, 414.

15 Catherine Elliott and Frances Quinn, *Criminal Law*, 280.

16 John C. Klotter and Joycelyn M. Pollock, *Criminal Law*, 117.

17 *Ibid.*, 117 – 118.

ПОЧЕТАК ИЗВРШЕЊА КРИВИЧНОГ ДЈЕЛА У ПРАВНИМ АКТИМА

У уводном излагању истакнуто је да правни акти у англосаксонском кривичном праву нису јединствени приликом одређења почетка извршења кривичног дјела. У Сједињеним Америчким Државама након скоро двије стотине година напора да се дефинише покушај кривичног дјела овај институт је инкорпориран у *Model Penal Code* са формулацијом која је омогућавала ранију (правовремену) интервенцију правосудних органа. Ово, и данас присутно рјешење означено је као Тест значајног корака (*Substantial step test*). Из припремних радњи у покушај (односно Рубикон), се прелази моментом предузимања значајног корака ка извршењу кривичног дјела¹⁸. Он није нужно оријентисан само на близину остварења кривичног дјела (наступање последице) већ шире процјењује значај онога што извршилац већ остварио. Судаћи према овом тесту особа је крива за покушај кривичног дјела уколико, дјелујући са субјективним елементом неопходним и за довршено кривично дјело, са намјером учини или пропусти да учини нешто, што под околностима за које вјерује да постоје представља значајан корак у смислу довршења кривичног дјела¹⁹. Ријеч је о индивидуалном тесту који рјешење нуди од случаја до случаја. Основна критика тесту упућена је у контексту пренаглашавања *mens rea* елемента чине се остварује интерференција у домен људских права и слобода појединца. Са друге стране, у прилог употреби теста истиче се управо то да он и није искључиво субјективан; како нема одговорности за мисли, за заснивање одговорности у смислу покушаја захтијева се сврсисходан чин. То значи да није довољан било који акт, већ да он мора бити значајан и показати чврстину злочиначке воље²⁰. Чини се да је рјешење присутно у овом правном акту ипак прилично екстензивно. У прилог наведеном је и сама одредба секције гдје су као дјелатности почетка извршења кривичног дјела означене и лежање, чекање и тражење жртве, посматрање мјеста гдје ће бити извршено кривично дјело, незаконит улазак у просторе и возила што је повезано са извршењем планираног кривичног дјела, посједовање средстава намијењених за извршење кривичног дјела и сл.

Проблематика покушаја кривичног дјела у Енглеској први пут је регулисана у дјелу *Coke's Third Institute* (1694) године утемељеном на Станфордском (*Standford*) „*Pleas of the Crown*“²¹. У овим дјелима

18 Campbell, „Crossing the Rubicons An Argument for Adopting the Model Penal Code Formulation of Criminal Attempt in Massachusetts“, 949.

19 David M. Adams, „The Problem of the Incomplete Attempt“, *Social Theory and Practice*, 24, 3 (1998): 320.

20 Вид. више: Adams, „The Problem of the Incomplete Attempt“, 320 *et seq.*

21 F. B. Sayre, „Criminal Attempts“, *Harvard Law Review*, 40 (1928): 822.

неуспјешни покушаји кривичног дјела убиства, па и имовински деликти били су подложни кажњавању на темељу максиме *voluntas reputabatur pro facto*. Ипак, уочава се да је модерна (енглеска) доктрина покушаја кривичног дјела морала да чека до 1801. године и случаја Хогинс (*Hoggins*) да би дефинисала овај институт. Том приликом је констатовано да сваки покушај да се почини злочин без обзира да ли се ради о кривичном дјелу или прекршају, представља прекршај сам по себи и с тим у вези је кажњив²². За разлику од америчког рјешења, *Criminal Attempt Act* је, са друге стране у потпуности посвећен проблематици покушаја кривичног дјела. За проблематику почетка извршења кривичног дјела која се расправља на овом мјесту од значаја је прва одредба која покушај дефинише на сљедећи начин: „ако, са намјером да почини кривично дјело из ове секције, особа почини акт који је више од припремног за извршење кривичног дјела, она је крива за покушај кривичног дјела“. Дистинкција у односу на рјешење заступљено у САД налази се у одређењу границе некажњивог и кажњивог стадијума. За разлику од одлучујућег корака, овдје је ријеч о акту, тј. дјелатности која је „више од припремне“. При томе нису дати никакви ближи критеријуми који би помогли у одређивању оваквог њеног карактера. Законодавац је једино одијелио које се то дјелатности неће сматрати покушајем кривичног дјела (завјера, подстрекавање, помагање и савјетовање...) а одређивање границе кажњивости је, чини се, препуштено судској пракси и одређује се од случаја до случаја²³.

Аустралијски законодавац као критеријум разграничења припремних радњи и покушаја кривичног дјела користи критеријум идентичан ономе предвиђеном у *Criminal Attempt Act*-у. Кривични закон Аустралије из 1995. године у дијелу 2.4. одјелку 11.11.1. у ставу 1. одређује да „особа која покуша да почини кривично дјело чини кривично дјело покушаја тог кривичног дјела и кажњава се као да је починила кривично дјело“, док је у ставу 2. прописано да преузета дјелатност извршиоца мора бити „више него само припремање извршења кривичног дјела“.²⁴

Посебан критеријум уочава се у кривичном законодавству Новог Зеланда. Секција 72 *Crimes Act*-а из 1961. године опширно је регулисала материју покушаја кривичног дјела. Најзначајније је одређење покушајне дјелатности у коме је испољен захтјев да предузета или пропуштена радња

22 Lawrence C. Becker, „Criminal Attempt and the Theory of the Law of Crimes“, *Philosophy & Public Affairs*, 3, 3 (1974): 284.

23 Године 2007. учињени су напори да се измијени објективни елемент покушаја кривичног дјела. Међутим, конкретизација овог елемента која би водила сужавању покушајне дјелатности остала је безуспјешна.

24 „Criminal Attempt Act“, приступљено 26.12.2017, <https://www.legislation.gov.au/Details/C2017C00235>.

треба да буде директно или блиско повезана са кривичним дјелом без обзира да ли недвосмислено показује намјеру да се кривично дјело и изврши²⁵.

И на крају, канадски законодавац, опет, на другачији начин уређује ову материју. Кривични закон из 1985. године у дијелу 13, члану 463. заједно са учешћем у кривичном дјелу уређује и материју покушаја кривичног дјела. У питању је интересантно законско рјешење у коме покушај кривичног дјела није дефинисан, већ је законодавац предвидио у којим случајевима и како се за њега кажњава. На примјер, за покушај кривичног дјела за које се може изрећи казна доживотног затвора предвиђена је казна затвора до четрнаест година, за покушај кривичног дјела за које се може изрећи казна затвора до четрнаест година, једна половина казне за кривично дјело и сл.²⁶

БЛИЗИНА/ВРИЈЕМЕ ПРЕДУЗИМАЊА РАДЊЕ ИЗВРШЕЊА КАО КРИТЕРИЈУМ ЗА ЗАСНИВАЊЕ ПОКУШАЈА КРИВИЧНОГ ДЈЕЛА

Ова група тестова настоји да разграничење стадијума припремања и покушаја кривичног дјела одреди помоћу критеријума тренутка у коме је криминална намјера прерасла из припреме у покушај. У англосаксонском кривичном праву својим значајем се издвајају два теста утемељена на овом критеријуму, дакако спорна због крајности на којима се налазе. Први као покушајну дјелатност одређује први акт (*the first act test*), док други моментом заснивања покушаја одређује посљедњи предузети акт (*the last act test*)²⁷, познат још и као *last proximate act test*²⁸. Оваквој подјели једним дијелом, уједно кореспондира подјела покушаја кривичног дјела на недовршени и довршени покушај. Са друге стране још један тест, не тако екстреман, заснован је на близини предузете радње а то је Тест значајног корака (*Substantial step test*) и уједно рјешење присутно у америчком *Model Penal Code-u*. Наилази се на схватања према којима се ови тестови називају и тестовима близине јер у суштини испитују колико су предузете дјелатности близу остварењу кривичног дјела. Најстрожи облик теста је онај који захтијева предузимање посљедњег акта који у суштини представља дјелатност довршеног покушаја. Према овоме, недовршеног покушаја и нема већ дјелатности које немају наведени

25 Margaret Briggs, „The conduct requirement in the law of attempt: A New Zealand perspective“, *Common Law World Review*, 44, 2 (2015): 146.

26 „Criminal Code of Canada“, приступљено 05.01.2020, <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/section-463.html>.

27 Hamish, „The Centrality of the Act Requirement for Criminal Attempts“, 402; Mathis, „Criminal Attempts and Objectivism/Subjectivism Debate“, 330 – 332.

28 Fishman, „Defining Attempts: Mandujanos Error“, 247.

квалитет представљају само припремне радње. Наведену констатацију потврђује и Матис (*Mathis*) према коме за заснивање покушајне дјелатности извршилац кривичног дјела треба да у свом дјеловању досегне стадијум у коме нема повратка и у коме је учинио све што је могао да оствари кривично дјело²⁹. Ово је илустровао и Лорд Диплок (*Lord Diplock*) ријечима да покушај кривичног дјела постоји у случајевима када оптужени пријеђе Рубикон и спали чамац. Тако, уколико лице не повуче обарач пиштоља, нема покушаја кривичног дјела. Карактерише га, као што се види, посљедњи акт неопходан за реализацију плана који одговара *actus reus*-у бића кривичног дјела. Извршилац је способан да оствари дјелатности предвиђене у бићу кривичног дјела, али дјело из неког разлога остаје недовршено³⁰. Није тешко увидјети зашто је овај тест једноставно неприкладан за употребу. Посљедњи корак Крокер (*Crocker*) повезује са објективним ризиком који се реализује једном када особа изврши посљедњи чин, односно након што је покушај кривичног дјела довршен³¹. Мислимо да објективни ризик, а самим тим и угроженост правно заштићених добара, истина у нешто мањем степену наступа дефинитивно и прије предузимања посљедњег акта.

Са друге стране, Тест првог акта почетак извршења кривичног дјела види у првој предузетој дјелатности и ријеч је о строго субјективном схватању које као покушајни означава први акт путем кога се манифестује извршилачка воља. Није тешко уочити основни недостатак оваког начина одређења почетка извршења кривичног дјела: важан је само тренутак предузимања радње, а не води се рачуна о њеном карактеру, квалитету и испољеној опасности. Код Висхарта (*Wishart*) као критеријум се примјећује и непосљедњи акт (*non last act test*) према коме покушај кривичног дјела отпочиње у тренутку када особа „упада у сивило између фазе припреме и посљедњег акта“³², мада су присутна размишљања да ове дјелатности представљају само радње припремања³³. Уколико се узме у обзир тврдња да покушај у контексту овог теста „пропада“ већ на првој препреци, онда он асоцира управо на тест првог акта.

29 Mathis, „Criminal Attempts and Objectivism/Subjectivism Debate“, 331.

30 Hannah Wishart, „Criminal Culpability, Criminal Attempts and the Erosion of the Choice Theory“, *The Journal of Criminal Law*, 77 (2013): 80.

31 Adams, „The Problem of the Incomplete Attempt“, 332.

32 Wishart, „Criminal Culpability, Criminal Attempts and the Erosion of the Choice Theory“, 80.

33 Вид. више: Mathis, „Criminal Attempts and Objectivism/Subjectivism Debate“, 330 *et seq.*

КАРАКТЕР ПРЕДУЗЕТЕ ДЈЕЛАТНОСТИ КАО КРИТЕРИЈУМ
ЗА ЗАСНИВАЊЕ ПОКУШАЈА КРИВИЧНОГ ДЈЕЛА

За почетак извршења кривичног дјела према овим схватањима важан је квалитет радње извршења, а не моменат њеног предузимања. Дистинкција између припремних радњи и покушаја кривичног дјела је суштинска и квалитативна и подразумејива везу између испитиваног акта и довршеног кривичног дјела. Овдје се својим значајем издвајају два теста: Тест здравог разума (*the common sense test*) и Тест недвосмислености (*the unequivocal test*).

Тест здравог разума (*the common sense test*).

Тест здравог разума припада категорији тестова у којима је дистинкција припремних радњи и покушаја кривичног дјела утемељена на самој дјелатности извршиоца и њеном схватању од стране просјечног човјека као криминалне/некриминалне. За тест се редовно веже становиште Врховног суда Канаде у случају *Deutsch vs Queen* (1986) у коме је, констатујући да су дјелатности оптуженог „превише близу“ остварењу кривичног дјела, истакнуто: „Познато је да нема задовољавајућег општег критеријума за повлачење границе између припремних радњи и покушаја кривичног дјела, нити га може бити, односно да је тражење ове дистинкције ствар сваког појединачног случаја, те се мора препустити здравом разуму.“³⁴ Разлика између припремних радњи и покушаја кривичног дјела је квалитативна и укључује повезаност између природе и квалитета предузетог акта и природе самог кривичног дјела. Потребно је размотрити близину акта у односу на довршено кривично дјело у смислу времена и мјеста извршења кривичног дјела као и аката који се налазе под контролом оптуженог, а који се морају предузети у смислу довршења кривичног дјела³⁵.

Дакле, разграничење припремних радњи и покушаја кривичног дјела налази се у активностима извршиоца и схватању тих активности од стране тзв. „здраворазумског човјека“, односно „просјечног човјека“. Критика се упућује у односу на субјективни елемент овако схваћеног разграничења. Просјечан човјек може и редовно опажа само спољње манифестације, а то је понашање другог. Ово би значило да квалификовање одређених дјелатности као покушајних представља прећутно приписивање умишљаја одређеном лицу, односно претпостављање субјективног елемента. Суштина овога теста своди се на посматрање чињеница које се односе на извршиочево

34 Hamish, „The Centrality of the Act Requirement for Criminal Attempts“, 403.

35 *Ibid.*, 402 – 403.

понашање независно од доказа намјере, и на основу предузетих дјелатности извођење закључка да ли исто манифестује криминалну намјеру.

Тест недвосмислености (*the unequivocal test*).

Као једно од најзначајнијих схватања разграничења припремних радњи и покушаја кривичног дјела јавља се Караров (*Carrara*) *тест/теорија недвосмислености*³⁶. Караро одбацује дистинкцију између припремних радњи и покушаја кривичног дјела базирану на емпирији и умјесто тога поставља захтјев доказа³⁷. Према Салмонду покушај кривичног дјела представља акт такве природе који је сам по себи доказ криминалне намјере са којом је извршен. Покушајна радња „носи“ криминалну намјеру на себи³⁸. Слично наведеном и код Бекера (*Becker*) уочавамо став да квалитет покушајне дјелатности остварује само она радња која је такве природе да сама по себи представља доказ злочиначке намјере³⁹. Акт који се предузме подложен је само једној интерпретацији: покушај кривичног дјела. Случај мора да буде у смислу *reps ipsa loquitur*. Са друге стране, акт који је сам по себи невин не може се окарактерисати као покушај кривичног дјела. Теорију недвосмислености заступали су такође Мерл и Виту (*Merle & Vitu*) који су је засновали на субјективно-објективним мјерилима. Субјективни елемент је умишљај (*Intent*), а објективни елемент је означен као просторно-временски.

Хамиш (*Hamish*) је, увиђајући недостатке теста недвосмислености издвојио схватања Бруднера (*Brudner*) и Рипштајна (*Ripstein*) који су га у одређеној мјери модификовали⁴⁰. За Бруднера субјективни елемент човјековог понашања треба да буде подвргнут исправној респективи другог човјека. Он, чини се, задржава спону са тестом недвосмислености јер испољава захтјев према коме се предузети акт квалификује криминалним зато што означава испољавање субјективног елемента у вањски свијет. Тако је утврђено, као код теста недвосмислености, да дјелатности чијим предузимањем се не остварује кривично дјело у потпуности бивају окарактерисане у смислу покушајних уколико не могу бити разумно другачије интерпретиране него само као криминалне. Према Рипштејну криминални акт је више од самих мисли предуслов за заснивање кривичне одговорности, јер само он може бити препознат од стране „разумних

36 Hall, „Criminal Attempt – a Study of Foundations of Criminal Liability“, 824.

37 *Ibid.*

38 Hamish, „The Centrality of the Act Requirement for Criminal Attempts“, 405.

39 Becker, „Criminal Attempt and the Theory of the Law of Crimes“, 284.; Fishman, „Defining Attempts: Mandujanos Error“, 351.

40 Hamish, „The Centrality of the Act Requirement for Criminal Attempts“, 404 *et. seq.*

људи“. Види се да оба аутора као захтјев за интервенцију кривичног права постављају захтјев да „разуман човјек“ означи дјелатности које је предузео оптужени као криминално понашање⁴¹.

Оно што се наводи као недостатак схватања је чињеница да се о једном акту ипак не може говорити ништа док се не спознају релевантне чињенице и околности. Изоловано понашање веома лако може бити двосмислено. Ниједан акт није истински сам по себи недвосмислен⁴². Англосаксонска теорија ово показује на случају Гедес (*Geddes*)⁴³ гдје је оптужени боравио у тоалету једне основне школе са намјером да почини кривично дјело. Откривен је али је успио побјећи, остављајући за собом руксак у коме су били канап, љепљива трака и нож. Првобитна осуђујућа пресуда је укинута јер су радње окарактерисане као припремне. За разграничење припремних радњи и покушаја кривичног дјела у другостепеном поступку кориштен је критеријум „више од припремне“ дјелатности, док би према Тесту недвосмислености предмети из руксака управо недвосмислено указивали на покушај кривичног дјела. С тим у вези, истиче се да за квалификовање одређених радњи као покушајних треба узети у обзир не само оптужеников акт већ и спољашње факторе, а иза тога и околности које су претходиле покушајној дјелатности, односе између активног и пасивног субјекта као и друге чињенице које дозвољавају реконструкцију (социјалног) догађаја. Само у случајевима када су све околности конкретног случаја предочене могуће је да се дође до закључка о намјери. Заснованост на радњи извршења и извођењу намјере на тај начин допринијело је да тест буде описан и као „стоп филм“ због тога што је посматрао радње оптуженог као ниједи филм, занемарујући нпр. признање или неки други доказ намјере⁴⁴.

ТЕОРИЈА ПРЕНЕСЕНОГ ТРАНСФЕРА (*THE TRANSFER PRINCIPLE*)

Гидеон Јеф (*Gideon Yaffe*) своје схватање покушаја кривичног дјела темељи на критици субјективистичког и објективистичког приступа у одређивању покушаја кривичног дјела истичући да нити једни нити други нису озбиљно узели у обзир да је покушај кривичног дјела уствари „покушавањем“⁴⁵. Покушавањем, као и све друге радње које закон криминализује састоје се из објективног и субјективног, тј. дијела објективног и дијела

41 *Ibid.*

42 George Fletcher, *Rethinking Criminal law* (USA: Oxford University Press 2000), 142.

43 Christopher M. V. Clarkson, „Attempt: The Conduct Requirement“, *Oxford Journal of Legal Studies*, 29, 1 (2009): 27.

44 Fishman, „Defining Attempts: Mandujanos Error“, 351.

45 Gideon Yaffe, „Criminal Attempts“, *The Yale Law Journal*, 92 (2014): 101.

субјективног који чине довршено кривично дјело. Основни принцип „Пренесеног трансфера“ гласи: „Ако је једна форма понашања легитимно криминализована, онда су криминализовани и покушаји да се та форма досегне.“⁴⁶. Види се да принцип трансфера подржава криминализацију покушаја кривичног дјела само у случајевима када је опис који се односи на покушај, уједно и прикладан опис који је, како је наведено, легитимно криминализовано понашање. Схватање о пренесеном трансферу укључује двије основне идеје: идеја о посвећености на основу намјере и идеја о руковођењу са таквом посвећеношћу. Јафе полази од намјере. Намјера представља субјективни елемент и она усмјерава дјелатности извршиоца ка остварењу циља. Она конституише обавезу да се створе услови који одговарају наносењу штете другима. Објективни елемент представљају радње које воде остварењу намјере. Покушај кривичног дјела, дакле, подразумијева намјеру да се оствари један од услова који су усмјерени ка довршењу кривичног дјела и понашање руковођено том намјером, што представља тзв. *Преглед водећих обавеза (Guiding Commitment View)*.

Види се да аутор на прво мјесто ставља субјективну саставницу покушаја кривичног дјела. С тога је умјесно поставити питање да ли Јефово схватање може почетак кривичног дјела одвести у правцу субјективизма? Његов одговор на ово питање не налази се у модификовању поставки теорије. Јеф под покушајем подразумијева онај акт који је испољен у јавности и који представља средство за остварење покушаја⁴⁷. Надаље, принцип је искључив у смислу да је кажњив покушај у свим случајевима када је дјело означено кривичним, не водећи изгледа рачуна о констелацији кривичних дјела код којих покушај није могућ. Ако и јесте могућ покушај кривичних дјела, принципу се може приговорити и са аспекта политике кажњавања јер савремено кривично право сваки покушај не означава као кажњив.

ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Покушај кривичног дјела у англосаксонском кривичном праву је различито уређен. Јединствена и прецизна формула која би обухватила све потенцијалне случајеве почетка извршења кривичног дјела не постоји ни овдје. Теорије представљају ријеткост, док дистинкција између припремних радњи и покушаја кривичног дјела почива на тестовима. Код једних тестова критеријум разграничења је временска дистанца, док друга констелација стадијуме одјељује помоћу „квалитета“ предузете дјелатности. Тест првог

⁴⁶ Yaffe, „Criminal Attempts“, 102.

⁴⁷ Michael E. Bratman, „Yaffe on Criminal Attempts“, *Legal Theory*, 19 (2013): 102.

акта и Тест посљедњег акта су најпознатији тестови утемељени на тренутку предузимања дјелатности извршиоца. Видљиво је да нити један од њих не даје задовољавајућа рјешења. Одређивање почетка извршења кривичног дјела на основу посљедње предузете дјелатности не признаје постојање недовршеног покушаја кривичног дјела, а уколико се то учини са првом предузетом дјелатношћу покушај кривичног дјела поприма неоправдано широку конотацију. С тим у вези, друга група тестова се чини некако прихватљивијом.

Значајно је истаћи да поједини тестови уствари представљају пренесена законска рјешења. А она су различита. То су акти који су „*више од припремног*“, односно који представљају „*суштински корак*“. Какво год рјешење да егзистира, покушајна дјелатност исправно почива на објективним и субјективним саставницама. То су, уважавајући констатацију даје покушај покушавања, радња извршења (*actus reus*) и намјера (*mens rea*) који одговарају бићу кривичног дјела.

ЛИТЕРАТУРА

- Adams, M. David, „The Problem of the Incomplete Attempt“, *Social Theory and Practice*, 24, 3 (1998): 317 – 343.
- Babić, Miloš i Ivanka Marković. *Krivično pravo - opšti dio*. Banja Luka: Pravni fakultet, 2013.
- Barkase, Kayla and David Macalister, „Impossibility in the Law of Criminal Attempt: A Comparison of Canada, Australia and New Zealand“, *Oxford University Commonwealth Law Journal*, 14, 2 (2014): 153 – 194.
- Becker, C. Lawrence, „Criminal Attempt and the Theory of the Law of Crimes“, *Philosophy & Public Affairs*, 3, 3 (1974): 262 – 294.
- Bratman, E. Michael, „Yaffe on Criminal Attempts“, *Legal Theory*, 19 (2013): 101 – 113.
- Campbell, Mathew, „Crossing the Rubicons An Argument for Adopting the Model Penal Code Formulation of Criminal Attempt in Massachusetts“, *New England Law Review*, 47 (2015): 949 – 983.
- Clarkson, M. V. Christopher, „Attempt: The Conduct Requirement“, *Oxford Journal of Legal Studies*, 29, 1 (2009): 25 – 41.
- Elliott, Catherine and Frances Quinn. *Criminal Law*. Harlow: Pearson education, 2016.
- Fishman, R. Michael, „Defining Attempts: Mandujanos Error“, *Duke Law Journal*, 65 (2015): 346 – 384.
- Hall, Jerome, „Criminal Attempt – a Study of Foundations of Criminal Liability“, *Yale Law Journal*, 49, 5 (1940): 789 – 840.

- Hamish, Stewart, „The Centrality of the Act Requirement for Criminal Attempts“, *University of Toronto Law Journal*, 51 (2001): 399 – 424.
- Jefferson, Michael. *Criminal law*. Harlow: Pearson education, 2013.
- Klotter, C. John and Joycelyn M. Pollock. *Criminal Law*. United States: Routledge, 2006.
- Mathis, Stephen, „Criminal Attempts and Objectivism/Subjectivism Debate“, *Ratio Juris*, 17, 3 (2004): 328 – 345.
- Sayre, F. B., „Criminal Attempts“, *Harvard Law Review*, 40 (1928): 821 – 859.
- Wishart, Hannah, „Criminal Culpability, Criminal Attempts and the Erosion of the Choise Theory“, *The Journal of Criminal Law*, 77 (2013), 78 – 90.
- Yaffe, Gideon., „Criminal Attempts“, *The Yale Law Journal* (2014): 92 – 156.
- „Criminal Attempt Act“, , приступљено 26.12.2017, <https://www.legislation.gov.au/Details/C2017C00235>.
- „Criminal Code of Canada“, , приступљено 05.01.2020, <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/section-463.html>.

THE BEGINNING OF CRIMINAL OFFENSE IN ANGLOSAXON CRIMINAL LAW

Dragana Vasiljević⁴⁸

Faculty of Security Sciences, University of Banja Luka

Abstract: *Determining the activity that marks the beginning of the commission of a criminal offense is one of the most important and controversial issues of criminal law. The question is important because it represents the distinction between the punishable and the generally unpunished stage of committing a criminal offense. It is also controversial because there are no uniform criteria in determining the demarcation line. In the Eurocontinental criminal law system, theories offer the determination of the beginning of the commission of a criminal offense. In contrast, Anglo-Saxon criminal law is special because it sees demarcation in tests, although doctrinal understandings can also be found here. In this article, the author analyzes the perceptions / tests related to criminal attempt in Anglo-Saxon criminal law.*

Keywords: *criminal offense, tests, criminal attempt, preparatory actions.*