

ZLOSTAVLJANJE U PRAVNOJ DRŽAVI – SLUČAJ DAŠNER U NEMAČKOJ

Da li državnim organima izuzetno može biti dopušteno da
pribave iskaz prinudom

Državnim organima zabranjeno je da pribegnu zlostavljanju (mučenju) čak i kada je to jedini način da se spasi život nedužnih. Oni koji se zalažu za dopuštenost zlostavljanja u izuzetnim prilikama previđaju da međunarodnopravni instrumenti izričito zabranjuju sve zamislive izuzetke od zabrane zlostavljanja, kao i činjenicu da je pojam zlostavljanja određen u više konvencija, te da se ne može po potrebi sužavati. No, i kada izuzeci ne bi bili izričito zabranjeni, dobri razlozi govore u prilog stanovištu da je zabrana zlostavljanja suštinski – i kao načelna – zamisliva samo ako je apsolutna. U praksi je nemoguće postaviti granice zlostavljanju – ili ga neće biti uopšte, ili će biti skinut lanac, pa će ga biti u nepredvidivom obimu.

Ključne reči: tortura; apsolutna zabrana; pravna država; slučaj Dašner; Nemačka

I. Uvod

Pokušaj zamenika šefa frankfurtske policijske uprave Dašnera (Daschner) da prinudom pribavi iskaz od okrivljenog polako postaje najkontraverzniji slučaj u nemačkoj posleratnoj krivičnopravnoj teoriji. Dašner je naredio da se Gefgenu (Gaefgen), mladom pravniku koji je oteo dete jednog poznatog bankara, pripreti silom, kako bi ovaj otkrio gde se dete nalazi. Kako stvari stoje, Dašner je bio spreman da naredi i primenu sile, odnosno telesno zlostavljanje. Pretnja je međutim urodila plodom. Zaplašeni Gefgen, čija je zamisao isprva bila da iznudi otkup, odao je lokaciju deteta. Dete je nađeno mrtvo. Gefgen ga je ubio nedugo nakon otmice.

Da li je prinuda u iznetom i sličnim slučajevima kažnjiva ili naprotiv dopuštena, predmet je žučne rasprave. Isprva se u svim (polu)zvaničnim saopštenjima insistiralo da takvo postupanje ne može biti dopušteno. Takvo je viđenje i nemačkog Saveznog ustavnog suda¹ i njegovog predsednika², a i Zemaljskog suda (Landgericht) u Frankfurtu.³ Taj sud je oglosio Dašnera krivim za krivično delo prinude (u Srbiji iznuđivanje iskaza), ali mu nije izrekao kaznu već samo sudsku opomenu. Društvo sudija Nemačke (Deutscher Richterbund)⁴ zauzelo je u saopštenju za medije sledeće stanovište: »Svaki vid sile, pa i pretnja silom kojom se pokušava iznuditi iskaz od okrivljenog je zabranjen... Nikakva relativizacija te zabrane, uključujući i onu koja se predlaže za »vanredne okolnosti«, ne dolazi u obzir«. Mackenroth, predsednik Društva sudija, isprva je bio zauzeo drugačije stanovište, ali je od svog viđenja kasnije javno odustao.⁵ I branioci u Nemačkoj su u stavu jedinstveni – pretnja da će biti upotrebljena sila nikad ne može biti dopuštena.⁶

U novijoj literaturi, nepobitno, ima sve više i više stavova koji nisu tako isključivi. Navešću samo nekoliko, ilustracije radi. Poznati komentatori našeg ustava (»Osnovnog zakona«) Herdegen⁷ i Starck⁸, ali i neki drugi autori⁹ drže da u svakom konkretnom slučaju treba sagledati situaciju u celini, te da se u određenim konstelacijama može uzeti da uopšte nema povrede ljudskog dostojanstva okrivljenoga, ili, ako je i ima, da zaštita žrtve u konkretnom slučaju ima prevagu u odnosu na zabranu zlostavljanja. Erb¹⁰

1 *Profesor Klaus Roxin, jedno je od najznačajnijih imena današnjice u svetu krivičnopravne nauke. Između ostalog, on je 25.09.2008. dobio diplomu počasnog doktora nauka beogradskog Univerziteta.

NJW 2005, 657. [ključ skraćenica: juristische-abkuerzungen.de]

2 *Papier*, Frankfurter allgemeine Zeitung, 2.1.2006., s. 2: zabrana zlostavljanja je apsolutna; ni zakonodavac je ne može relativizovati, taman i da hoće..

3 NJW 2005, 692.

4 Saopštenje za medije od 23.2.2003.; DRiZ 2003, 123.

5 V. Saopštenje iz 4. fusnote.

6 Tako u Pozivu na godišnje savetovanje branilaca (2005), prema *Herzberg*, JZ 2005, 325, fn. 14.

7 *Herdegen*, u: Maunz/Düring, Grundgesetz, 42. svezak (2003), čl. 1 I, n. 43–45.

8 *Starck*, u: Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, čl. 1 I, n. 71.

9 *Brugger*, JZ 2000, 165 dd., koji se prvi u Nemačkoj založio za dopuštenost zlostavljanja u izuzetnim prilikama (v. *Roxin*, FS Eser, 2005, 461 dd.); *Götz*, NJW 2005, 953 dd.; *Wittreck*, u: Gehl (pr.), Folter – zulässiges Instrument im Strafrecht?, 2005, 37 dd.

10 *Jura* 2005, 24 dd.; *NStZ* 2005, 593 dd.; *Nitschke* (pr.), *Rettungsfolter im modernen*

na više mesta iznosi svoj stav da je u slučaju povrede ljudskog dostojanstva koju je učinio Dašner preteći telesnim zlostavljanjem protivpravnost isključena, jer je Dašner pomagao drugom u nuždi da se odbrani, što je vid nužne odbrane. Po Erbu iz tih razloga suštinski ne postoji ni povreda međunarodnih konvencija koje svaki oblik mučenja odnosno zlostavljanja zabranjuju. Za Jerouscheka¹¹ pretnja Dašnera nije krivično delo, jer je u kontekstu krivičnog prava protivpravnost isključena, ali predstavlja disciplinski prekršaj. Hilgendorf¹² pomišlja da u budućnosti »lakše slučajeve«, u koje bi mogao spadati i slučaj Dašner, »ne treba ni podvoditi pod zabranu zlostavljanja«. Herzberg¹³ drži da se iz »čl. 1 Osnovnog zakona ne može ni izvesti zabrana upotrebe sile ili pretnje silom«. Za njega je pretnja silom – ali ne i sama upotreba sile (telesno zlostavljanje), do koje zapravo nije ni došlo – u slučaju Dašner bila dopuštena. I Kühl¹⁴ i Otto¹⁵ naginju shvatanju da u slučajevima nalik Dašnerovom treba uzeti da je ponašanje lica koja prete silom ili primenjuju silu opravdano, odnosno da je protivpravnost isključena.

Protivnici svake prinude su i dalje u većini.¹⁶ Kako je rasprava koja se vodi burna i jedni i drugi skloni su ekstremnim formulacijama. Za Hassemera,¹⁷ zamenika predsednika našeg Saveznog ustavnog suda, dopuštanje prinude makar i u sasvim izuzetnim slučajevima značilo bi »kraj jednoj uzvišenoj, božanskoj ideji. Prodire se tamo gde nijedna društvena zajednica ne sme

Rechtsstaat? Eine Verortung, 2005, n. 149 dd.

11 JuS 2005, 296 d.

12 JZ 2004, 331 (339).

13 JZ 2005, 321 dd. (322).

14 Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch²⁵, 2004, § 32, n. 17 a; Kühl, Strafrecht – Allgemeiner Teil, ⁵2005, § 7, n. 156 a.

15 JZ 2005, 321 dd. (322).

16 Bielefeld, u: Nitschke (pr.), (fn. 10), n. 95 dd.; Enders, u: Nitschke (pr.), (fn. 10), n. 133 dd.; Hecker, Kritische Justiz 2003, 210 dd.; isti, FS Verwaltungsfachhochschule Wiesbaden, 2005, 295 dd., Heuchemer, JA 2006; isti, JA 2006 (Hausarbeit); Isfen, u: Esser idr. (pr.), Die Bedeutung der MRK für die nationale Rechtsordnung, 2004, 21 dd.; Jahn, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 2004, 24 dd.; Jeßberger, Jura 2003, 711 dd.; Kaiser, Kriminologisches Journal 2003, 243 dd.; Kinzig, in: Gehl (pr.), (fn. 9), n. 35 dd.; Kretschmer, Recht und Politik, 2003; Kreuzer, u: Nitschke (pr.), (fn. 10), n. 35 dd.; Lüderssen, FS Rudolphi, 2004, 691 dd.; Marx, in: Gehl (pr.), (fn. 9), 95 dd.; Merten, JR 2003, 404 dd.; Neuhaus, GA 2004, 756 dd.; Norouzi, JA 2005, 306 dd.; Perron, FS U. Weber, 2004, 143 dd.; Saliger, ZStW 116 (2004), 756 dd.; Schild, in Gehl (pr.), (fn. 9), 59 dd.; isti, u: Nitschke, (fn. 10), n. 69 dd.

17 Süddeutsche Zeitung, 27.2.2003. (= DRiZ 2003, 122).

da se nađe, taman da i svi građani tako odluče«. Sam Savezni ustavni sud¹⁸ povodom slučaja Dašner zaključio je da svako zlostavljanje u krivičnom postupku razara »one elementarne pretpostavke, bez kojih egzistencija čoveka i društva nije moguća«. Erb sa druge strane upravo u kažnjavanju prinude u slučajevima nalik Dašnerovom vidi »flagrantni totalitarizam«. ¹⁹ Po njemu, apsolutna zabrana prinude nezamisliva je bez nastojanja da se »potpuno (totalno) ovlada ljudima i njihovim ponašanjem« i zbog toga i sama takva zabrana pripada »totalitarističkoj ideologiji«. ²⁰

I sa jedne i sa druge strane dopiru, kako se vidi, teške reči. To je razumljivo. Imajući u vidu današnju političku situaciju u svetu, užasavajuća je pomisao da je zabrana zlostavljanja u krivičnom postupku, uopšte zabrana svakog oblika telesnog ili duševnog mučenja od strane države dovedena u pitanje. Sve to utoliko pre što, kako pokazuje primer SAD, zabrana o kojoj je reč nije večna već ljudi uvek iznova za nju moraju da se bore. Sa druge strane, užasavajuća je i sama pomisao da će neko možebiti umreti, jer onaj koji bi ga inače spasio – pribavljajući iskaz prinudom – to ne sme zbog zabrane svake prinude prilikom saslušanja, odnosno zabrane zlostavljanja uopšte.

Nedoumica nije jednostavna – otvara velike pravno-etičke dileme. Zbog toga i velikog broja novih viđenja koja su izneta u literaturi u poslednje vreme, rešio sam da se ovim problemom pozabavim još jednom. ²¹ Želim da podelim sa čitaocem svoj odgovor na tri pitanja. Da li je prema važećem pravu prinuda kao oblik zlostavljanja (mučenja) dopuštena (II)? Da li je u slučaju Dašner protivpravnost mogla biti isključena prema pravilima o nužnoj odbrani (III)? Kakva je ocena celog slučaja nevezano za važeće propise (IV)?

II. Da li zlostavljanje načelno može biti dopušteno kada se nastoji spasiti život nedužnih?

Ne mali broj autora i institucija koje su zauzele svoj stav, uključujući i Zemaljski sud u Frankfurtu koji je presudio Dašneru, drži da je pravno sve jasno – zlostavljanje, bilo da se radi o upotrebi sile ili o pretnji silom, uvek

18 NJW 2005, 657.

19 Jura 2005, 30.

20 U: Nitschke (pr.), (fn. 10), n. 165.

21 Upućujem čitaoca na svoj raniji prilog u poklonici Ezeru (FS Eser, 2005, 461 dd.).

je zabranjeno, pa je tako moralo biti i u Dašnerovom slučaju.²² Tako i ja mislim. Ustav – Osnovni zakon – je u prvom članu odredio da je ljudsko dostojanstvo »nedodirivo«. Čl. 104 I 2 Osnovnog zakona propisuje da lica lišena slobode »ne smeju biti zlostavljana ni telesno ni duševno«. Postoje i mnogobrojne međunarodne konvencije koje zabranjuju svaki vid zlostavljanja.²³ Takve odredbe su ratifikacijom postale ili su i inače kao opšta (opšteprihvaćena) pravila međunarodnog prava prema čl. 25 Osnovnog zakona sastavni deo našeg prava.²⁴ Nijedan od međunarodnih instrumenata ne imenuje nijedan izuzetak u kome bi zlostavljanje bilo dopušteno iako svako zna da postoje slučajevi u kojima pribavljanje iskaza prinudom može da spasi život nedužnih. Različiti instrumenti koji kod nas u Nemačkoj imaju pravnu snagu isključuju svaki izuzetak *expressis verbis*. Prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima, zabrana zlostavljanja (mučenja) ne može se suspendovati čak ni u slučaju rata ili nekog drugog vanrednog stanja u državi (»javne opasnosti«).²⁵ A u Konvenciji UN protiv mučenja i drugog okrutnog, nečovečnog ili ponižavajućeg postupanja^{26[25a]}, koja u Nemačkoj važi od 1990. godine, u čl. 2 II stoji: »vanredne okolnosti ma koje vrste, bilo rat i ratna opasnost, unutrašnja politička nestabilnost ili kakvo drugo vanredno stanje u državi, ne mogu biti opravdanje mučenju«.

U procesnom pravu, § 136 a I nemačkog Pravilnika o krivičnom postupku (Strafprozessordnung - StPO) zabranjuje svako zlostavljanje okrivljenog uključujući i pretnju silom. Tako pribavljen iskaz ne sme se ceniti u daljem postupku (§ 136 a III StPO). § 12 IV Zakona o javnoj bezbednosti (*Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung*) savezne 22 LG (Zemaljski sud) Frankfurt, NJW 2005, 695: »zakon je jasan«. Javni tužilac *Schäfer*, NJW 2003, 947, naglašava da »je pravno sve jasno« i da zabrana zlostavljanja ne sme biti tek tako, usput, relativizovana. Advokat *Düx*, ZRP 2003, 180, kaže: »Sa stanovišta prava sve je jasno – upotreba sile prema licu koje je lišeno slobode kojom se nastoji pribaviti iskaz uvek je zabranjena, a isto u takvim okolnostima važi i za pretnju da će sila biti upotrebljena; nijedan izuzetak nije dopušten«. Naveo sam svega nekoliko primera.

23 V. *Kinzig*, in: Gehl, (fn. 9), 16 dd.

24 Prema čl. 7 I f, II e Rimskog statuta i § 7 I (5) nemačkog Kodeksa međunarodnih zločina (*Völkerstrafgesetzbuch*), zlostavljanje odnosno mučenje civila predstavlja »zločin protiv čovečnosti«.

25 I po Međunarodnom paktu o građanskim i političkim pravima iz 1966. godine (čl. 7) mučenje je zabranjeno i u slučaju da je u državi zavedeno vanredno stanje.

26 ^[25a] Sl. list SFRJ MU 9/1991 (prapatni srpskohrvatski prevod u nijansama ne odgovara autentičnom engleskom tekstu).

države Hesena (u kojoj se nalazi Frankfurt), koji uređuje policijsko delovanje, upućuje upravo na § 136 a StPO, a u § 52 II istog zakona izričito stoji da je svaki vid prinudnog pribavljanja iskaza zabranjen.

Retki su slučajevi u pravu da je neka zabrana ponovljena u tako velikom broju akata. Unatoč velikom broju propisa koji sadrže decidirane zabrane svakog zlostavljanja, nemali broj autora se zalaže za isključenje protivpravnosti zlostavljanja, odnosno pretnje telesnim zlostavljanjem u slučajevima nalik Dašnerovom. Među njima jedni polaze od toga da je u tim slučajevima opravdano dati prevagu spasavanju života, pa sam otuda tu koncepciju i nazvao koncepcijom prevage (u originalu »Abwegungslösung«). Drugi pak drže da, iako je država adresat zabrane zlostavljanja, to nije nužno i službeno lice koje pribegne zlostavljanju. Tu koncepciju nazvao sam koncepcijom zasebnog delanja (»Differenzierungslösung«). To su dve osnovne koncepcije kojima se nastoji utemeljiti isključenje protivpravnosti. U literaturi se sa velikim žarom zagovara i ograničenje pojma zlostavljanja, bilo kvantitativno (male muke nisu zlostavljanje), bilo kvalitativno (pretnja nije zlostavljanje). Nisam propustio da se osvrnem ni na takva shvatanja.

1. Pokušaji relativizovanja zabrane zlostavljanja – koncepcija prevage

Autori poput Bruggera, Götza i Wittrecka²⁷ polaze od toga da zlostavljanje u obliku prinude jeste povreda elementarnog dostojanstva – »ljudskog dostojanstva« okrivljenog, ali da državi upravo čl. 1 Osnovnog zakona^{28[26a]} nalaže da štiti ljudsko dostojanstvo svih građana. Država prema tome ima dve obaveze: jednu da pazi da ne povredi svojim delanjem elementarno dostojanstvo bilo kog pojedinca, i drugu, da štiti, štoćereći brani od raznolikih napada elementarno dostojanstvo svakog pojedinca. Naspram tih obaveza stoje prava – jednih da im država ne povređuje ljudsko dostojanstvo, drugih da uživaju državnu zaštitu svog dostojanstva. U slučaju Dašner, država nije mogla da ispuni obe obaveze. U takvim

27 V. fn. 9. Wittreck međutim drži da ubistvo nekog lica samo po sebi ne mora biti kvalifikovano kao povreda ljudskog dostojanstva, već smatra da treba da postoje naročite okolnosti koje vređaju ljudsko dostojanstvo.

28 ^[26a] Čl. 1 I: »Ljudsko dostojanstvo je nedodirivo. Dužnost je države da se susdrži od povreda i da ga zaštiti.«

situacijama treba odmeriti sve okolnosti i realizovati jače pravo odnosno dati prevagu jačoj obavezi: život otetog deteta vredniji je od telesnog i duševnog integriteta otmičara. Zbog toga zlostavljanje u obliku prinude, unatoč brojnim izričitim zabranama, nije protivpravno.

Na prvi pogled takav teorijski rasplet je vrlo ubedljiv, ali je takva koncepcija ipak pogrešna. Za početak se može primetiti da je obaveza države da sama ne povređuje elementarno dostojanstvo pojedinca neograničena, a obaveza države da od tuđih napada štiti elementarno dostojanstvo građana postoji samo kada je zaštita koja treba da bude pružena spojiva sa konceptom pravne države. Tamo gde bi obaveza zaštite ljudskog dostojanstva značila povredu ljudskog dostojanstva, takva obaveza uopšte ne može ni postojati. U krivičnom pravu je odavno prihvaćen princip da u slučaju kada se obaveza propuštanja (nečinjenja) ne može izvršiti a da se ne prekrši obaveza činjenja, prevagu uvek ima propuštanje. Tako na primer u poznatom slučaju lekara iz Trećeg rajha, o kome se u Nemačkoj diskutuje pod nazivom »Euthanasiefall«, lekari su manji broj pacijenata ubijali jer bi inače ti isti lekari bili zamenjeni osobljem koje bi vrlomoguće ubilo sve pacijente. Na taj način, oni su većinu pacijenata spasili od inače sigurne smrti. Većina autora uzima da u takvim slučajevima nema mesta isključenju protivpravnosti.²⁹ Prema tome, obaveza države da sama ne povređuje ljudsko dostojanstvo pojedinca jača je od obaveze države da zaštiti ljudsko dostojanstvo drugih od napada sa strane. U suprotnom bi zlostavljanje moglo za čas da se na velika vrata vrati kao opšti manir u postupanju državnih organa. Čim bi na vidiku bilo da je moguće nečiji život ugrožen, država bi mogla da pribegne mučenjima, odnosno prinudi kao vidu mučenja. Zabrana zlostavljanja postala bi od pravila izuzetak.

Koncepcija prevage je neodrživa iz još jednog razloga. Čak i ako bi se uzelo da treba ceniti prilike, pa u odnosu na njih dati jednoj ili drugoj obavezi prevagu, prevaga se ne može dati nečemu što po sebi uopšte ne postoji. Različiti propisi ne samo da ne predviđaju izuzetke od zabrane zlostavljanja, već izričito isključuju mogućnost da neki izuzetak postoji. Ako primerice u univerzalnoj Konvenciji UN protiv mučenja, u čl. 2 II lepo stoji da »vanredne okolnosti ma koje vrste« ne mogu da opravdaju zlostavljanje (mučenje), onda se ne može tvrditi da je u vanrednim okolnostima kakve su postojale u slučaju Dašner zlostavljanje i mučenje

²⁹ Sa daljom literaturom *Roxin*, Strafrecht – Allgemeiner Teil I, ⁴2006, § 16, n. 33 dd., 117.

izuzetno dopušteno.³⁰ Donosioci konvencije su upravo imali vanredne okolnosti u vidu, pa su odredili da vanredne okolnosti »ma koje vrste« ne mogu opravdati zlostavljanje. Njihova želja je očito bila da u svakom slučaju isključe zlostavljanje (mučenje) kao opciju.

Pokušaji da se izuzeci, unatoč iznetom, opravdaju ne čine mi se uspješnim. Erb³¹ drži da Konvencija, s obzirom na čl. 2 II u kome su izričito imenovani rat i druga vanredna stanja u državi kao razlozi koji ne mogu da opravdaju zlostavljanje, po svojoj prirodi, kada govori o vanrednim okolnostima, uopšte nema u vidu slučajeve nalik Dašnerovom, i to unatoč tome što je u tekstu Konvencije, kako Erb kaže, patetično naglašeno da se može raditi o vanrednim okolnostima »ma koje vrste«. Taj dodatak međutim uopšte nije patetičan već jasan, a i glasan. On kategorički deplasira sve zamislive »vanredne okolnosti« kao razloge koji mogu opravdati zlostavljanje (mučenje). Radnje zlostavljanja uvek su protivpravne.

Činjenica da su imenovani rat i druga vanredna stanja u državi ne može se shvatiti tako da u poređenju sa tim okolnostima manje vanredne prilike dopuštaju zlostavljanje. A *maiores ad minus*, ako u slučaju rata i ostalih velikih državnih neprilika ništa ne može opravdati zlostavljanje, onda to mora važiti i u vanrednim okolnostima koje se uklapaju u državnu svakodnevicu. Interesantno je da harvardski profesor Dershowitz, koji se često pominje kao veliki zagovornik prinude u ekstremnim situacijama, ne smatra da su prilike u slučaju Dašner bile naročito, odnosno dovoljno ekstremne: »Činjenica da je ugrožen život jednog čoveka, nije dovoljan razlog da se pribegne ekstremnim metodama kao što je mučenje«.³² Erbovo tumačenje prema svemu izloženom niti je u granicama izraza, niti se po sebi bez obzira na propise može smatrati ispravnim.

2. *Pokušaji relativizovanja svojstva adresata zabrane – koncepcija zasebnog delanja*

Na ovom mestu preći ću na analizu koncepcije zasebnog delanja čiji je najangažovaniji zagovornik Erb. On ne spori da se upotrebom i pretnjom silom, štoćereći zlostavljanjem, povređuje ljudsko dostojanstvo i da država kao takva nema pravo da pribegava takvim merama. On kaže

30 Tako lepo Herzberg, JZ 2005, 324.

31 Jura 2005, 28.

32 Die Zeit, 15.12.2005. (br. 51), s. 58.

sledeće³³: »Tačno je da svaki pokušaj da se okrivljeni natera da govori nanošenjem bola predstavlja povredu elementarnog dostojanstva čoveka, a država prema čl. 1 I Osnovnog zakona nikako ne može imati pravo da povređuje ljudsko dostojanstvo«. Država ne sme³⁴ »svojim radnjama da nipodaštava dostojanstvo građanina kao čoveka i to ni onda kada nastoji da zaštiti ljudsko dostojanstvo nekog drugog građanina«. No unatoč tome, Dašner je ipak opravdan (protivpravnost njegovog delovanja je isključena), i to po odredbama opšteg krivičnog prava nužne odbrane iz § 32 KZ Nemačke. Njegova namera je bila da odbije protivpravan napad otmičara koji se sastojao iz propuštanja otmičara da policiji omogući da spasi oteto dete koje može biti negde umire. Kada neko spašava tuđi život, protivpravnost njegovog delanja je isključena po pravilima same prirode (prirodnog prava), a ona su jača od svake državne zabrane.³⁵

Po ovoj teoriji, država ni u kom slučaju ne sme za vanredne prilike predvideti izuzetke od zabrane prinude kao vida zlostavljanja, ali ne sme ni sprečavati svoje službenike kaznenim odredbama da ciljano upotrebe prinudu. Ali i sam Erb primećuje: »Priznajem da deluje paradoksalno državi uskratiti svaku mogućnost da u vanrednim okolnostima svojim službama dopusti zlostavljanje, ali istovremeno i pravo da zlostavljanje u tim slučajevima stavi pod kaznu. Ispada da nije državno delanje kada policajac »iskoči« iz svoje službene uloge, a zatim koristeći se instrumentima policijske organizacije uspešno zlostavlja nekoga«.

Zbog iznete unutrašnje protivrečnosti, Erbova koncepcija je neodrživa. Ono što je državi zabranjeno, ne može njenim službenicima kada postupaju u tom svojstvu po opštem režimu krivičnog prava biti dozvoljeno. Dašner nije delovao kao običan čovek za sebe već u svojstvu visokog državnog činovnika koji je svoju zamisao realizovao naređujući – u skladu sa ovlašćenjima zamenika šefa policije – drugima i angažujući policijske resurse. U takvim situacijama, u kojima se sasvim opipljivo vrši (državna) vlast, nije moguće uzeti da službeno lice – što, da naglasimo, i nije bila Dašnerova zamisao – iskače iz uniforme i u tom trenutku sve obaveze koje ono kao službeno lice ima padaju, jer je vršilac državne službe rešio da dela kao običan čovek čije radnje po opštem režimu krivičnog prava nisu protivpravne.

33 Jura 2005, 26.

34 Die Zeit, 9.12.2004. (br. 51), s. 15.

35 Jura 2005, 29 (odatle je i citat iz sledećeg pasusa).

Vežanost državnog delovanja međunarodnim pravom i naposve međunarodnim konvencijama i unutrašnjim propisima bila bi čista farsa ako bi svaki državni službenik koji vrši vlast mogao da reši da će u sred svog posla od jednog trenutka nastupati kao običan čovek i time prizvati opšti režim krivičnog prava da isključi protivpravnost njegovih radnji.

Erb pokušava da utemelji svoj koncept na prirodnom pravu i to tako što pravo na nužnu odbranu i pomoć (odbranu) u nuždi kao njen vid uzdiže na nivo prirodnog principa.³⁶ Kada država nije u stanju da spreči ubistvo, svako ko je rad da pomogne nalazi se u carstvu prirode i njenih zakona, dakle u situaciji »u kojoj kao da države i njenih propisa nema... Usled toga, svaka norma koja bi zabranjivala neophodan spasilački poduhvat onog ko je spreman da pritekne žrtvi u pomoć, nema u samom startu nikakv legitimitet«.

Međutim, pozivima na prirodno prvo ne mogu se izigravati u međunarodnom pravu i ustavu istinski pravne države utemeljena pravila. Ako se već i pominje prirodno pravo, mnogo je verovatnije da je u njemu utemeljena zabrana zlostavljanja, nego pravo učinioca da pritekne u pomoć (odbranu) drugom. Za pomoć u nuždi, kao vid nužne odbrane, u našem najvećem komentaru³⁷ suptilno se naglašava da se kao pravo ne podrazumeva. No pre svega želim da naglasim da nije tačno da država u takvim prilikama nije u stanju da pomogne, pa eto, na scenu stupaju zakoni prirode. Država može da pomogne, ali ne sme. Ako sama država, kako i Erb primećuje, ne sme da pomogne, onda ona ne sme ni dozvoliti svojim službenicima da vršeći državnu vlast učine nešto što ona ne sme.

Na kraju se može zaključiti da režim nužne odbrane, kada je u pitanju državna služba, mora biti tako koncipiran i tumačen da ne može biti isključena protivpravnost radnji odbrane koje predstavljaju povredu ljudskog dostojanstva u smislu ustava. Prema dosta zastupljenom mišljenju³⁸ protivpravnost delanja državnih organa nikad ne može da bude isključena po propisima o nužnoj odbrani. Na početku pasusa pomenuto ograničenje ima svoje opravdanje u socijalno-etičkom kontekstu nužne odbrane – u principu maksimizacije pravnog i očuvanja prava (Rechtserhaltungsprinzip), koji je jedan od nosećih principa nužne odbrane uopšte. Pošto se pravo ne može čuvati kršenjem normi međunarodnog prava i gaženjem

36 Jura 2005, 29; opširno NStZ 2005, 593 dd.

37 Leipziger Kommentar - Hirsch, ¹¹1992, § 32, n. 12.

38 Više o tome Roxin, (fn. 27), § 15, n. 108 dd.

ustavnih garantija, zlostavljanje nikada ne može da bude »nužno« u smislu zakona to jest propisa o nužnoj odbrani.

Erb³⁹ je – previđajući da je sam zakonodavac⁴⁰ naglasio da izabranom jezičkom konstrukcijom kojom dva puta za redom insistira da radnja nužne odbrane mora biti po sebi i neophodna (»erforderlich«) i uopšte u datim okolnostima potrebna (»geboten«) želeo da postavi elementarne etičke granice odbrani u nuždi –, iznova naćeo stari spor oko znaćenja određenih izraza i jezićke formulacije u celini kojom se zakonodavac poslužio pri koncipiranju nužne odbrane. Nesporno je da nužna odbrana može biti dozvoljena samo u jednom širokom ali naglašenom etićkom okviru. Sporno je međutim da li te granice postavlja naznaka da nužna odbrana mora biti prikladna – u opštem smislu potrebna (»geboten«), ili pak, granice postavlja već sama naznaka da mora da se radi o radnji koja je adekvatna i najblaža – »neophodna«. Erb drži da se iz pojma »prikladnosti« ne mogu izvoditi ogranićenja etićke prirode, jer taj izraz (zapravo nem. »Gebotenheit«) u tom kontekstu ima sasvim neodređen sadržaj. On međutim previđa da je sam zakonodavac naglasio da izabrana jezićka konstrukcija treba da postavi etićke granice odbrani u slučaju nužde.⁴¹ Isto tako, on previđa da o nedovoljnoj određenosti možda može biti reći u nekim granićnim slučajevima, ali ne i kada je u pitanju ponašanje koje najviši pravni akti izrićito zabranjuju, a upravo je takav slućaj sa zlostavljanjem. No, iako stavimo uslov opšte prikladnosti same nužne odbrane kao sporan po strani, granice nužne odbrane i pomoći u odbrani kao njenog vida proizilaze već iz same činjenice da svaka nužna odbrana predstavlja zaštitu pravnog poretka. Taj princip zaštite (oćuvanja) prava ugrađen je u temelje naše nužne odbrane. Svakim preduzimanjem neke radnje u sklopu nužne odbrane ućinilac staje i u odbranu pravnog poretka. Nezamislivo je, međutim, da pravni poredak bude branjen sredstvom koje je strogo zabranjeno – zlostavljanjem.

Nezavisno od Erba, na slićan naćin rezonuje Jerouschek.⁴² On drži da se zabrane utemeljene na mećunarodnom pravu ne odnose na »najnužniju odbranu«. Te zabrane se pre svega odnose na opšte opasnosti kao što je rat ili kakvo vanredno stanje u državi. Takve situacije jesu ekstremne, ali nisu primeri neizostavne nužne odbrane. Jerouschek nema pravo, jer strićkna

39 NStZ 2005, 596.

40 Bundestag-Drucksache V/4095, 14.

41 Bundestag-Drucksache IV/650, 157.

42 JuS 2005, 296 dd.

zabrana izuzetaka u vanrednim okolnostima ma koje vrste obuhvata i – kvantitativno svakako ograničeno – zlostavljanje jednog lica – okrivljenog. Dalje, smatra Jerouschek, nigde ne stoji da država ima obavezu da instrumentima krivičnog prava suzbija razne vidove zlostavljanja. Polazeći od toga, on drži da je u Dašnerovom slučaju ispravno uzeti da je protivpravnost krivičnog dela isključenja, ali da svakako može biti reči o disciplinskom prekršaju.

Protiv toga govori činjenica da su prema čl. 4 I 1 Konvencije UN protiv mučenja »sve države-potpisnice obavezne da sankcionišu svaki vid zlostavljanja kao krivično delo«. Nemačka država nema dakle samo obavezu da zabrani radnje zlostavljanja, već i da ih krivičnopravno sankcioniše. Ako to i stavimo po strani, već smo naglasili povodom Erbovih stavova da u institutu nužne odbrane, kako je koncipiran u Nemačkoj, nema mesta radnjama »odbrane« koje se sastoje iz zlostavljanja. Ako bi se isključila protivpravnost radnji zlostavljanja, došlo bi se do etičkog apsurdna da su radnje policijskih službenika koji bi hteli da spreče mučenje protivpravne, jer radnje zlostavljanja ne mogu biti malo protivpravne, a malo ne.⁴³

3. Pokušaji kvantitativnog ograničenja pojma zlostavljanja

Hilgendorf⁴⁴ je prvi predložio da se u slučaju pretnje upotrebom sile, do kakve je došlo u slučaju Dašner, može uzeti da se uopšte ne radi o radnjama zlostavljanja (mučenja), jer patnja koja se nanosi nije dovoljna velikog intenziteta, a upravo je – po njemu – veliki intenzitet bola i patnje pojmovna karakteristika zlostavljanja. Na taj način bi po njemu bilo moguće otvoriti put isključenju protivpravnosti. Hilgendorf drži da nanošenje bola ispod određene granice ne predstavlja povredu ljudskog dostojanstva; u slučaju povrede ljudskog dostojanstva i po Hilgendorfu bi bilo nemoguće pomišljati na isključenje protivpravnosti. Tako bi na primer rastezanje ručnog zgloba, koje je Gefgenu stavljeno u izgled, svakako predstavljalo nanošenje bola ali ne i zlostavljanje (mučenje). Slično i Otto⁴⁵ drži da otmičar zbog svog zlodela nije prepušten istražnim organima na milost i nemilost, ali ne može od prava da očekuje da zabrani svaku prinudu, pa i najmanje nanošenje bola, kojim bi se nastojala da se sazna lokacija i spasi život deteta.

43 Podrobnije i sasvim ispravno *Heuchemer*, JA 2006.

44 JZ 2004, 331 dd. (338).

45 JZ 2005, 481.

Protiv takvog rezonovanja govori sledeće. Prvo, u slučaju Dašner ne može ni pod razno biti reči o sitnoj odnosno podnošljivoj i inače prihvatljivoj pretnji. Otmičaru su uz naznaku da specijalista za mučenje samo što nije stigao u Frankfurt stavljeni u izgled strašni bolovi »kakve još nikad nije doživeo«. ⁴⁶ Zemaljski sud u Frankfurtu ⁴⁷ je utvrdio da su, prema onome što je okrivljenom rečeno, njemu u izgled stavljene tako velike muke da mu nikakav izbor nije preostao. Kako u čl. I 1 Konvencije UN protiv mučenja stoji da će se zlostavljanjem (mučenjem) smatrati nanošenje svakog »jakog telesnog... bola« sa ciljem da se pribavi iskaz, ne preostaje ni malo prostora da se drži da pretnje silom u slučaju Dašner nisu bile pretnje mučenjem u tehničkom smislu.

Ideja da se pojmu zlostavljanja iznađu kvantitativne granice neodrživa je iz još jednog razloga. Pretnja i nanošenje nevelikog bola koji žrtva može da izdrži nastojeći da uskrati iskaz po pravilu neće uroditi plodom. Ako se želi stvarno šta postići, bol mora biti neizdrživ. Nemoguće je međutim deliti jake i »neizdržive« bolove na one koji jesu mučenje, i na one koji nisu mučenje. Čak i kada bi takva podela bila teoretski zamisliva, u praksi bi je bilo nemoguće sprovesti i nužno bi došlo do zloupotreba čije je prisustvo i inače, ali naročito u ovako delikatnoj stvari za pravo neprihvatljivo. ⁴⁸

4. Pokušaji kvalitativnog ograničenja pojma zlostavljanja

Herzberg ⁴⁹ zastupa tezu da nije dopušteno telesno zlostavljanje, ali da je dopušteno pretiti zlostavljanjem. Za njega obaveza države da pazi da ne povredi ljudsko dostojanstvo nije apsolutna, već ima i povreda koje u širem kontekstu mogu biti opravdane. Zabranom zlostavljanja, po njemu, nije obuhvaćeno stavljanje u izgled telesnog zlostavljanja. Tačno je da, osim u § 136 a StPO, nigde ne stoji da je zabranjeno stavljanje u izgled – prećenje telesnim zlostavljanjem. Takva naznaka je međutim suvišna, jer moderni pojam zlostavljanja (»mučenja«), kakav određuje čl. 1 I Konvencije UN protiv mučenja, obuhvata »svako nanošenje jakog telesnog ili duševnog bola ili patnje«. Prema tome, duševno zlostavljanje spada u mučenje u tehničkom smislu.

46 V. detaljnija obaveštenja o činjeničnom stanju koja je *Heuchemer*, Gefgenov branilac, ugradio u zadatak za studente koji je objavljen u JA 2006.

47 NJW 2005, 693.

48 *Hilgendorf* nije našao način da ospori ovaj argument, JZ 2004, 338.

49 JZ 2005, 325.

U našem slučaju mora se uzeti da pretnja bolom kakav otmičar još nikad nije osetio već sama po sebi predstavlja »mučenje«, tako da je pretnja upućena od strane policijskih službenika pravno izjednačena, što će reći podjednako zabranjena, kao i samo nanošenje bola.⁵⁰ Cilj i rezultat i pretnje i telesnog zlostavljanja je prema tome isti – da se slomi volja licu koje uskraćuje iskaz. Nesporno je da nanošenje fizičkog bola nije pojmovna karakteristika zlostavljanja, već samo fakultativni element. I nanošenje samo duševnog bola može biti zlostavljanje.

Herzberg⁵¹ je mišljenja da strah od telesnog zlostavljanja koje je stavljeno u izgled ne može nikada biti okarakterisan kao duševni bol, odnosno kakva duševna patnja, jer zastrašeno lice može da dà iskaz koji se od njega traži i time zlo stavljeno u izgled izbegne. Zastrašeno lice ne daje iskaz zato što oseća kakav duševni bol, već iz straha od priprećenog mu. Čini mi se da je nepobitno da je takav »pokretački« strah po pravilu velika duševna patnja. Šta bi se inače imalo smatrati »duševnim bolom ili patnjom«? Po Herzbergu duševnim bolom ili duševnom patnjom imale bi se smatrati na primer muke na kojima je okrivljeni koji je svestan da bi davanjem iskaza otkrio svoje saučesnike. Ne deluje mi ubedljiva teorija da lice kome je priprećeno silom više pati zbog pomenutih »drugarskih moralnih nedoumica«, nego zbog straha da će mu u slučaju da uskrati iskaz biti nanet neljudski bol.

Koncepcija po kojoj bi bilo dozvoljeno pripretiti silom, ali ne i upotrebiti silu u cilju pribavljanja iskaza, pomalo je besmislena, takoreći nekorisna, na šta sam ja već ukazao. »Jer, pretnja telesnim zlostavljanjem ne može podstaći učinioca da progovori, ako on zna da do telesnog zlostavljanja koje mu je stavljeno u izgled ne sme doći.«⁵² Herzberg na to odgovara⁵³ da većina okrivljenih po pravilu ne zna da je zlostavljanje zabranjeno, te da i pucanj policije u vazduh nije besmislen i to ni onda kada je izvesno da policija ne sme da puca u učinioca«. Teško međutim da će nakon velike medijske pompe u buduće biti otmičara koji nisu čuli za zabranu zlostavljanja. Osim toga, hitac koji policajac ispali u vazduh niko ne shvata kao pretnju smrću. Reč je o zvučnoj opomeni. Poređenje i inače

50 Opšte je prihvaćeno da i pretnja zlostavljanjem može da predstavlja zlostavljenje; v. priloge u Gehl (pr.), (fn. 9): *Kinzig*, s. 16 dd.; *Schild*, s. 61 dd.; *Marx*, s. 102; *Esser*, s. 148-149. Dalje *Neumann* GA 2004, 532, fn. 70 i literatura u fn. 6 i 22.

51 JZ 2005, 328.

52 FS Eser, 2005, 464.

53 JZ 2005, 328.

nije uspeo, jer pucanje u vazduh nije način pribavljanja iskaza.

Po meni stvari stoje ovako: Stavljanje u izgled neizdrživog telesnog bola (pretnja) je već po sebi zlostavljanje, odnosno mučenje u tehničkom smislu. Takvo zlostavljanje čak i kada bi bilo dopušteno, ne bi nikad bilo efikasna preventivna mera, koju bi policija brzo i jednostavno po potrebi mogla da upotrebi.

III. Da li je Dašner delao u stanju nužne odbrane?

Do sada sam razmatrao pitanje da li isključenje protivpravnosti u slučajevima nalik Dašnerovom načelno dolazi u obzir. Da li policija u svom delovanju uopšte može da se pozove na nužnu odbranu⁵⁴ i da li se ćutanje uopšte može smatrati protivpravnim napadom okrivljenog⁵⁵, sporno je, ali može ovom prilikom da ostane po strani jer dobri razlozi govore u prilog takvim shvatanjima. Ali da bi u konkretnom slučaju došlo do isključenja protivpravnosti, potrebno je da budu ispunjeni strogi uslovi instituta koji protivpravnost isključuje. Ti uslovi u slučaju Dašner nisu bili ispunjeni. Niti je objektivno niti je po predstavi policije učinjena pretnja bila »neophodna« u smislu § 32 KZ Nemačke (nužna odbrana).

Ni zemaljski sud u Frankfurtu⁵⁶ nije propustio da naglasi da se u slučaju Dašner nisu stekle izvanredne okolnosti koje bi opravdale pretpostavku da je prinudno pribavljanje iskaza »neophodno«, odnosno da se bez njega život deteta ne bi mogao spasiti. Svoj stav Sud potkrepljuje činjenicom da su postojale brojne okolnosti koje u istrazi još nisu bile razjašnjene, da je bilo otvoreno da li Gefgen ima saizvršioce kojima je dete možebiti povereno i konačno da je nadležni resor policije bio izradio naročit plan u kome je bilo predviđeno nekoliko načina da se sazna lokacija deteta. Plan je između ostalog predviđao i da rodbina deteta porazgovara sa otmičarem. Da li su opcije predviđene planom stvarno obećavale uspeh ne može se ni tvrditi ni osporiti bez upoznavanja sa celim planom, ali je sasvim jasno da je ekipa oko Dašnera nastojala da iznađe druge načina da se sazna lokacija deteta i da dete na taj način bude spašeno.

Svemu tome valja dodati još jednu značajnu okolnost. Nakon što je otmičar lišen slobode, sigurno mu je jasno bilo da očekivani novac (otkup)

54 V. fn. 36.

55 O tome podrobno *Kretschmer*; Recht und Politik, 2003, 112: »neodavanje lokacije... nije napad«. Slično i *Schild*, u: Nitschke (pr.), (fn. 10), n. 85 dd.

56 NJW 2005, 695, 692.

više neće dobiti. Njegov cilj nadalje mogao je biti jedino da prođe što blaže i da izbegne doživotnu kaznu. Da je oteto dete još uvek bilo u životu, kako je Dašner pretpostavljao, kratka naznaka okrivljenog gde se dete nalazi pošteditela bi ga doživotne kazne zatvora i širom mu otvorila vrata različitim privilegijama koje predviđa režim dobrovoljnog odustanka i naročito privilegovani režim za pokajane otmičare koji predviđa § 239 a KZ. Da su policajci Gefgena jasno i podrobno poučili o tim zakonskim privilegijama, a on nastavio da čuti, moralo bi se zaključiti – da on ćutanjem prikriva da žrtva više nije živa, a to znači da bi svako zlostavljanje bilo besmisleno.

Sve u svemu, pretnja silom kako god se uzme nije bila »neophodna« pre pouke. Da su policajci ukazali Gefgenu na naklonost zakona koju bi uživao da im je omogućio da spasi dete ili bi saznali gde je dete, ili bi – u slučaju ćutanja – morali da zaključe da detetu više nema spasa, odnosno da je već mrtvo. Na to su mnogi autori, među njima i ja, već ukazali.⁵⁷ Jedini zagovornik prinude u slučajevima nalik Dašnerovom koji je pokušao da opovrgne ovaj argument je Erb.⁵⁸ »Mnogo toga... [govori] sada u prilog tome... da bi Gefgen nakon što bi mu bile stavljene zakonske pogodnosti u izgled i bez pretnje omogućio spasavanje deteta, da je dete još bilo u životu.« To međutim »nikako« ne znači da je ćutanje otmičara siguran pokazatelj da je žrtva mrtva. Iz vida se ne sme izgubiti da se prestupnici često pa čak i obično ponašaju više iracionalno nego racionalno.

Ja se sa time ne slažem. Ne govori »sada mnogo toga«, već od samog početka sve govori da bi otmičar bio itekako nadahnut zakonskom milošću da je o zakonskim privilegijama podrobno bio poučen. Ne može protivargument biti tvrdnja da se prestupnici često vode iracionalnim momentima. Čim se radi o tome da li će biti izbegnuta doživotna zatvorska kazna ili ne, svako se priziva pameti. Teško je prihvatiti da bi otmičar, pritom školovan pravnik, u takvoj situaciji ostao u sferi iracionalnog.

Sve to međutim nije ni bitno. Čak i da je bila dopuštena prinuda kao krajnje sredstvo, prvo se moralo pokušati sa svakim blažim sredstvom – na primer kvalitetnom poukom. Vremena za pouku bilo je na pretek. Otmičaru je naznačeno da se iščekuje da specijalista za mučenje pristigne u Frankfurt. Imajući u vidu da je bilo i drugih načina da se razjasni situacija, prinuda ne samo da nije bila opravdana, već nije bila ni neophodna.

57 Hamm, NJW 2003, 946; Lüderssen, Frankfurter allgemeine Zeitung, 25.2.2003., s. 13; Neumann, GA 2004, 539; Roxin, FS Eser, 2005, 469 d.; Fr.-Chr. Schroeder, ZRP 2003, 180.

58 U: Nitschke (pr.), (fn. 10), n. 149.

IV. Opravdanost apsolutne zabrane zlostavljanja

Taman i da jesam i da nisam u svemu što sam do sada rekao u pravu, poražavajuće je u neku ruku da postoje situacije u kojima se zbog zabrane zlostavljanja, a time i svake prinude, mora propustiti da se spase ljudski život. Nije li pravni poredak previše rigorozan ako mu je više stalo do apsolutne zabrane zlostavljanja nego do ma i jednog ljudskog života? Moja je pretpostavka da su upravo takve dileme nagnale nemali broj autora da se založe za dopuštenost prinude u izuzetnim okolnostima.

No ipak, postoje dobri i nezaobilazni razlozi koji govore u prilog apsolutnoj zabrani zlostavljanja. Dotaći ću se samo nakratko svega četiri takva razloga, a čini mi se uputnim da naznačim da se i Jan Filip Remcma (Jan Philipp Reemtsma), koji je i sam pre izvesnog vremena bio žrtva otmice, odlučno izjasnio protiv relativizacije zabrane zlostavljanja.⁵⁹

Prvo želim da naznačim da je u našem pravu i u slučajevima u kojima za to ima mnogo manje povoda, odlučeno da se ljudski život ne spasava. Svi se slažu da krv nikome ne sme biti vađena bez pristanka, taman da je to i jedini način da bude spašen nečiji život.⁶⁰ Ja sam lično protiv takvog stanovišta, ali se sa mnom niko ne slaže. Još je ekstremniji primer zakonske regulacije davanja organa. Mnogi ljudi kojima su potrebni novi organi umiru samo zato što zakonodavac insistira da davaocu ne sme slediti nikakva naknada. Davanje i primanje naknade za organe je strogo kažnjivo (§ 17 Zakona o transplantaciji organa - TPG), iako bi isplatom naknade mogli na sebe u celosti da preuzmu zavodi za zdravstveno osiguranje, čime bi svaki privilegovani položaj bogatijih u kupovini života bio isključen. Štaviše, kažnjivo je i od živog i voljnog davaoca uzeti bez naknade organ za presađivanje, osim kada su primaoci organa najbliži srodnici davaoca ili njemu naročito bliska lica. Lekar koji uzme organ iz davaoca biće kažnjen (§ 19 II, 8 R 2 TPG). U iznetim primerima, pravo ne samo da ne podstiče spasavanje tuđeg života, već ga kategorički kažnjava, iako razlozi koji govore takvom maniru u prilog nisu ni izbliza očigledni i jaki kao kod opšte zabrane prinude i ostalih vidova zlostavljanja.

59 Reemtsma, Folter im Rechtsstaat?, 2005: : »Moderne pravne države ne može biti, ako građanima nije potpuno zagarantovano da nikada neće biti objekti radnji koje negiraju njihovo svojstvo sapravnika. To uvek čini onaj ko prelazi preko tuđe volje i daje sebi za pravo da je menja.« (s. 126). Ako bi dopustili zlostavljanje u krivičnom postupku naša pravna kultura bila bi toliko promenjena »da ni sami više ne bi mogli da je prepoznamo« (s. 129).

60 V. Roxin, (fn. 27), § 16, n. 48 d.

Drugo, zabrana zlostavljanja je jedna dobro utvrđena brana. Njena apsolutnost je njena najjača utvrda. Ko pomera utvrde, mora biti spreman da brana bude probijena. Počelo bi se izuzecima u najizvanrednijim okolnostima, a brzo bi se moglo stići do sa stanovišta pravne države potpuno neprihvatljivog obima zlostavljanja.⁶¹ Previše je mnogo terorista, pobunjenika i raznih oblika organizovanog kriminala, da bi u slučaju dopuštanja zlostavljanja u izuzetnim slučajevima moglo biti reči o »izuzetnosti«. Koliko je tanka granica između razumnog i sumanutog, pokazuje primer američke borbe protiv terorizma. Predstava o brani koja puca, o potopu koji kroz njene ruševine nadolazi, najjači je argument u prilog zadržavanju apsolutne zabrane svakog zlostavljanja. Za Erba⁶² je ta predstava samo »ni u čemu utemeljeno nagađanje iz mašte«. Po njemu je sasvim moguće ograničiti proboj zabrane zlostavljanja na one slučajeve u kojima postoji napad koji je u toku (srpski zakonodavac kaže »istovremeni napad«) i koji je uperen protiv sasvim određene žrtve, slikovito govoreći, sa imenom, prezimenom i adresom. No, takvo rešenje je neprihvatljivo. Ako se u slučaju Dašner i ostalim slučajevima u kojima spasioци tačno znaju ko je žrtva ima uzeti, kako hoće Erb, da je zlostavljanje kao radnja spašavanja dopušteno, neobjašnjivo je da zlostavljanje ostane zabranjeno u slučaju kada se nastoji spasiti hiljadu života nedužnih od terorističkih napada koji se nalaze tek u početnoj fazi planiranja kada uopšte ne znamo ko će biti ljudske žrtve, iako je sigurno da će ih biti.

Treće, nezgodni bi bili slučajevi u kojima bi pogrešno bilo uzeto da je u toku protivpravni napad. To se dogodilo upravo u slučaju Dašner. Erb⁶³ vidi rešenje u tome da uvek bude kažnjen svako »ko drugog zlostavlja bez da je svojstvo napadača zlostavljanog lica sasvim očigledno (nesumnjivo)«. Ali tada upravo u slučaju Dašner ne bi moglo da bude govora o isključenju protivpravnosti, za koje se Erb inače baš u tom slučaju zalaže. Osim toga, nije uputno za jednu ograničenu grupu slučaja stvarati poseban režim zablude, drugačiji od onog koji inače važi u krivičnom pravu. Opšti režim zablude međutim obesmišljava Erbovo rešenje, jer svako ko bi pogrešno, pa makar i usled nemarnog previda uzeo da su ispunjeni uslovi za dopušteno

61 Taj scenario sasvim ubedljivo razradio je *Poscher*, JZ 2004, 756 dd. Up. i *Hilgendorf*, JZ 2004, 336, koji naglašava: da je »za zlostavljanje pojmovno karakteristično da su mu strane svake pravne granice; zlostavljeni za tren postaje samo objekat izložen svakoj zamisli svog mučitelja«.

62 NStZ 2005, 601.

63 U: Nitschke (pr.), (fn. 10), n. 155.

zlostavljanje, nalazio bi se u stvarnoj zabludi i samim tim ne bi delao umišljajno – ako bi pripremio silom ne bi bio kažnjen uopšte; ako bi primenio silu, mogao bi biti kažnjen samo za nehatno nanete telesne povrede. Niko savestan ne bi dakle mogao da bude kažnjen baš za zlostavljanje, a u jeku istrage se često sasvim savesno pogrešne pretpostavke uzimaju za istinite, sigurne indicije ne postoje, a u žurbi se greši još više.

Četvrto, ako bi se prinuda u slučajevima nalik Dašnerovom želela dopustiti, to ne bi smelo da bude učinjeno bez da sam čin zlostavljanja u celini bude pravno uređen.⁶⁴ Morao bi biti donet propis u kome bi precizno bila određena dopuštena sredstva i prihvatljiv obim zlostavljanja. Tako je to na primer učinjeno u jednom pravilniku koji je izdao komandant američke vojske u Iraku.⁶⁵ Potrebni bi nam bili profesionalni »zlostavljači«, odnosno mučitelji i lekari posebno školovani za te prilike. Ukratko: probudili bi smo se u kulisama horora koje niko kome se dopada ideja pravne države ne bi trebalo da priželjkuje.

Svako ko ima u vidu četiri okolnosti na koje sam skrenuo pažnju, zagovarajući apsolutnu zabranu zlostavljanja. Pa ipak, barem su u glavi zamislivi slučajevi u kojima važeće pravo nailazi na granice. Takav je slučaj kada je najavljen poguban teroristički napad na nuklearni reaktor koji bi imao nesagledive posledice u sadašnjosti i budućnosti. Ako bi takav napad bilo moguće sprečiti samo pribavljanjem iskaza prinudom od jednog od organizatora napada, treba razmotriti, kao što sam već predložio⁶⁶, da se u tako ekstremnim situacijama – do kojih nadam se nikada neće doći – uzme da su lica koja primenjuju prinudu ekskulpirana. Za takvu ekskulpaciju nema osnova u zakonu, pa ni u ekskulpirajućem vanrednom stanju^{67[64a]} iz § 35 KZ, već se ima uzeti da ekskulpacija proizilazi iz jednog nadzakonskog instituta vanrednog stanja koji obuhvata i slučajeve nalik iznetom. Za detaljnije obrazloženje u okvirima ove rasprave nema mesta.

Što se pak zamenika šefa frankfurtske policije Dašnera tiče, koji je sa svojim slučajem postao nezaobilazna tačka pravne istorije, za njega ne dolazi u obzir ni opravdanje (isključenje protivpravnosti), ni ekskulpacija, odnosno isključenje krivice. Njemu u korist idu brojne olakšavajuće okolnosti, a pre svega dobra i iskrena namera da spasi nedužan život i veliki

64 V. Hilgendorf, JZ 2004, 335 f.

65 V. Poscher, JZ 2004, 761.

66 FS Eser, 2005, 468 d.

67 ^[64a] Kod nas često, ali neadekvatno: »ekskulpirajuće stanje nužde«.

psihički pritisak pod kojim je morao da donosi odluke. On je međutim za svoje postupke sasvim dobro prošao imajući u vidu da mu je izrečena samo sudska opomena. To mu je što mu je – za bolje nije.

Sa ovim bih završio ovaj prilog koji uz srdačne želje povodom 65. rođendana predajem Kajju Nemu. On nije čitavih 12 godina bio samo prvi među našim javnim tužiocima, već je i, baš onako kako treba, bio i revnosan čuvar zakona naše Republike. Zbog toga verujem da će moj skroman prilog njegovoj poklonici odmah privući pažnju našeg slavljenika.

(preveo Luka Breneselović)

Claus Roxin, PhD

Professor emeritus, Faculty of law Munich

TORTURE IN A RULE OF LAW STATE – DASNER CASE IN GERMANY

**Can state authorities exceptionally be allowed to obtain statement by
force**

State organs are prohibited to harass (torture) people even if this is the only way to secure life of the innocent. Those who promote harassment in special circumstances tend to overlook the fact that international legal instruments explicitly prohibit all conceivable exceptions from prohibition of harassment and that the concept of harassment is determined in several conventions and therefore cannot be narrowed in the case of need. However, even if exceptions to harassment were explicitly prohibited, there are good reasons which speak in favor of the stance that the prohibition of harassment is substantively – as a general concept – conceivable only if it is absolute. In practice, it is impossible to set boundaries to harassment – or there will be no harassment, or the chain will be taken off and it will exist in its unforeseeable scope.

Key words: torture; absolute prohibition; rule of law; case of Dasner; Germany