

Др Војислав Ђурђић¹

УТВРЂИВАЊЕ АФЕКТА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

Апстракт

У раду је најпре изложен преглед различитих гледишта о афектима у савременој психијатријској науци, која су инкорпорисана у ставове кривичноправне теорије и праксе, а потом детаљно размотрен њихов кривичноправни и кривичнопроцесни значај.

Други део рада садржи тумачење кривичноправне регулативе и утицаја афеката на кривичну одговорност, кажњавање и квалификовање појединих привилегованих кривичних дела код којих се афект јавља као елемент бића кривичног дела. На основу критичке анализе кривичноправне регулативе кривичноправне одговорности и судске праксе, аутор закључује да је неопходно претходно утврдити да ли се учинилац довео у афектно стање употребом алкохола или под утицајем дроге, јер афект не сме бити скривљен, те да ли је учинилац душевно здрава или душевно болесна особа. У оквиру излагања о афекту као елементу бића привилегованих кривичних дела убиства на мах и тешке телесне повреде на мах, аутор даје препоруке за утврђивање афеката које могу помоћи судији приликом разграничења оних кривичноправних одредби које би могле доћи у колизију.

Кривичнопроцесни аспект утврђивања афеката у кривичном поступку садржина је последњег дела овога рада, у коме су посебно интерпретирана теоријска гледишта, тешкоће и недостаци судске праксе. Разматрани су законски и теоријски захтеви чије је испуњење неопходно за адекватну поделу рада између судије и вештака-психијатра и изнети су теоријски критеријуми за разликовање чињеничних од правних питања, око чијег се рашавања споре теоретичари а спотиче суска пракса. На крају аутор даје тумачење кривичноправних реперкусија утврђених физиолошких афеката који битно утичу на могућност расуђивања и одлучивања.

Кључне речи: афект, врсте и интезитет афеката, урачунљивост, одмеравање казне, убиство на мах, психијатријско вештачење, делокруг рада вештака, правна и чињенична питања.

¹ редовни професор Правног факултета у Нишу

I.

У кривичном праву принципи субјективне одговорности и индивидуализације казне одређују домашај и опредељују кривично-правни значај афекта код учиниоца кривичног дела. Најопштије посматрано, значај афекта видљив је кроз утицај који он има на кривичну одговорност, кажњавање и квалификацију неких привилегованих кривичних дела.

Афект је, најпре, *околност која смањује или искључује кривичну одговорност*: могуће је да у стању афекта учинилац или не буде способан да схвати значај свога дела и да управља својим поступцима или да та способност буде знатно умањена, што се кривичноправно квалификује као неурачунљивост или битно смањена урачунљивост учиниоца. Слично је дејство афекта и на *кажњавање*: поједине врсте афеката, под условом да су снажног интезитета, код прекорачења граница нужне одбране могу довести до ослобађања од казне урачунљивог учиниоца, а ако то није случај, афекти су олакшавајућа (или особито олакшавајућа) околност, од утицаја на избор врсте и висине санкције. Поред тога, афект се јавља као *елеменат бића привилегованих кривичних дела* (убиства на мах и тешке телесне повреде на мах), те је одлучујућа чињеница за правну квалификацију ових дела, па консеквентно и за евентуалну привилеговану кривичну одговорност и блаже кажњавање. Афектно стање учиниоца је у појединим случајевима без икаквог кривичноправног значаја, али никада не поопштрава кривичну одговорност.

Са становишта кривичног поступка, афектно стање учиниоца јавља се у домену утврђивања чињеничног стања, као једна од одлучних чињеница. Будући да је реч о унутрашњој, субјективној чињеници и да за њено утврђивање није довољна професионална стручност и опште образовање судије, суду је неопходна помоћ, која се реализује (судско)психијатријским вештачењем. У правној теорији, судској пракси и судској психијатрији нема већих размимотица око питања да ли је ово вештачење обавезно и када се има одредити. Несагласје је, међутим, велико у погледу оцене исказа (налаза и мишљења) вештака психијатра, поделе компетенција између судије и вештака, а нарочито о томе шта су чињенична а шта правна питања код утврђивања постојања афекта и одговарајућих кривичноправних института чији је он иманентан елеменат.

II.

За разумевање и правилно тумачење појмова и института кривичног права (па и неких кривичних дела) који се темеље на афектном стању учиниоца потребно је одредити појам афекта. Међутим, наука кривичног права не даје своју дефиницију афекта, већ тај појам преузима из других наука, пре свега из психијатрије и психологије. И многа друга објашњења ових наука инкорпорисана су, сасвим разумљиво, у тумачења и ставове кривичноправне теорије и праксе: о дејству афекта на друге психичке функције, о подели (врстама), поремећајима и исходу афеката итд. Отуда су основна знања из ових наука, а особито из судске психијатрије, неопходна судији за правилно утврђивање постојања афекта код учиниоца и правилну правну квалификацију односних кривичноправних института. Зато ћемо, за потребе овога рада, укратко изнети и користити преовлађујућа схватања.

У психијатрији се афекти (узбуђења) дефинишу као: "душевни потреси изазвани навалом осећања компликованих представама, који наступају и пролазе најчешће нагло, већином сужавају свесност и праћени су телесним појавама".² Сличан појам даје се и у психологији: по Роту, афекти су емоционална доживљавања која се нагло јављају, имају велики интензитет и буран ток и праћена су изразитим телесним променама.³ Основу сваког афекта чини једно доминантно осећање које у свесност пропушта само истобојна осећања, повезује се само са утисцима и представама истог афективног квалитета. Размишљање човека о нечему другом изван предмета афекта или је отежано или је онемогућено. Управо то дејство афекта на психичке функције даје кривичноправи значај афекту, с обзиром на регламентацију садржаја урачуњливости. Као последица *дејства афекта на стање свести* могу настати квантитативни и квалитативни поремећаји свести. Снажни афекти најчешће доводе до *сужавања обима свести*, али могу проузроковати *помућење свести и губитак свести*. Јак афект *ремети логичко мишљење*, компромитујући интелектуалне операције мисаоног процеса и њихово повезивање. Уз сужење свести и пропуштање само одређене врсте садржаја, јак афект поспешује мисли, у складу са емотивном обојеношћу, које су често јаке асоцијалне компоненте.

² Др Душан Јефтић, *Судска психопатологија*, изд. "Медицинска књига", Београд – Загреб, 1960, стр. 37.

³ Никола Рот, *Психологија личности*, Београд, 1976, стр.

Поремећеност реалног сагледавања узрока и последица дејства јаког афекта, у ствари, представља измењену способност човека, каткад знатно, да схвати значај свога дела и, самим тим, да управља својим поступцима. *Дејство афекта на вољу и одлучивање* може бити стимулативно и дестимулативно. Јаки афекти "стимулишу она опредељења и мотиве који су емотивно обојени и утичу на *брзо доношење одлуке*, без претходне и целисходне борбе мотива и логичког одмеравања реалитета за или против".⁴

Свим врстама афеката не придаје се исти кривичноправни значај. Афекти се, најчешће, деле на *физиолошке* (обичне) и *патолошке*, мада је и ова класификација подвргнута оштрој критици.⁵ Физиолошки афекти су: страх, гнев, радост и жалост, а јављају се и код нормалних и код душевно болесних лица. Патолошким афектима сматрају се она изванредна узбуђења која су патолошка или начином настанка, или својим током и испољавањем ненормалних психичких збивања, или својим патолошким последицама. Одликују се патолошким феноменима у свим или у већини психичких функција. По Јефтићу, најчешћа су патолошка афектна стања: препаст, самртни страх, паника, јарост (разјареност), очајање и радост. У патолошко афектно стање могу запасти ментално здрава и ментално болесна лица и лица заостала у душевном развоју. С обзиром на људску активност, унутрашњу и спољашњу, афекти се деле на *стеничне*, који појачавају телесну и душевну активност и *астеничне*, који те активности коче и спутавају.

Исход створеног афекта и интезитет афекта могу имати утицаја на правну квалификацију дела и на урачунљивост. Зависно од интензитета, трајање и исход створеног афекта у његовом носиоцу манифестују се у облику: интелектуалне обраде афекта, кумулирања афекта (са обичним или аксплозивним пражњењем кумулираног афекта), одлагања афекта и потискивања афекта. Према интезитету, афекти се разврставају у три категорије: слабог, средњег и јаког интезитета. Имајући у виду дејство на психичке функције, превасходно су важни афекти јаког интезитета, али су значајни и афекти средњег интезитета.

За правилно разумевање настанка и дејства афекта, у свакој конкретної ситуацији и у односу на одређену личност, ваља имати

⁴ Др Божидар Крстић, *Форензички аспекти емоција*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 1983, стр. 85.

⁵ Види: др Борислав Капамација, *Убивство у афекту – судскопсихијатријски присилу*, Југословенска ревија за кривично право и кримнологију, 1980, бр. 1, стр. 48–50).

на уму да су афекти тесно *узајамно повезани са особинама личности* и да су *социјализовани*, тј. друштвено условљени. Због ових двеју карактеристика афекта, исти узрок код различитих људи не производи афектно стање или афектно стање није исто, а код истог афекта његово дејство и понашање људи такође је различито. Отуда су ове карактеристике афекта од важности за утврђивање и квалификовање одговарајућих кривичноправних института и привилегованих кривичних дела.

III.

1. Дејство афекта на кривичну одговорност. Полазећи од принципа субјективне одговорности и регламентације урачунљивости, може се рећи да афектно стање код учиниоца у односу на одређено кривично дело може изазвати следеће кривичноправне последице: 1) урачунљивост може бити сасвим *искључена*, 2) урачунљивост може бити *битно смањена*, 3) урачунљивост може бити *смањена* али не битно и 4) урачунљивост може остати *интактна*. Свака од ових могућности реперкутује се, на одговарајући начин, на кривичну одговорност и кажњивост. Искључена урачунљивост учиниоца, тј. његова неурачунљивост чини га кривично неодговорним за извршено дело, па самим тим неподобним за кажњавање. Таквом учиниоцу евентуално се могу изрећи мере безбедности медицинског карактера. Битно смањена урачунљивост⁶ не искључује

⁶ Будући да неке врсте афеката одређеног интензитета представљају конститутивне елементе појединих кривичноправних института, односно кривичних дела, поставља се питање кумулације, односно колизије кривичноправних норми кад ти афекти проузрокују битно смањену урачунљивост. У случају прекорачења граница нужне одбране афектна стања јаке раздражености или препасти факултативни су основ за ослобађање од казне кад су испуњени законом предвиђени услови. Међутим, при извршењу кривичног дела у прекорачењу нужне одбране јака раздраженост или препаст може довести до потпуне неурачунљивости или до битно смањене урачунљивости. Потпуна неурачунљивост, јасно је, искључује кривичну одговорност, али кад је урачунљивост учиниоца битно смањена, постоји привид да егзистирају два факултативна основа: битно смањена урачунљивост као основ за блаже кажњавање и афекти јаке раздражености или препасти као основ за ослобађање од казне. Коју кривичноправну норму тада применити? Мислимо да је ограничено ублажавање казне по основу битно смањене урачунљивости садржано у могућности неограниченог ублажавања, тј. ослобађања од казне по основу афектног стања у прекорачењу нужне одбране. Законодавац ничим не ограничава могућност

кривичну одговорност учиниоца, али је основ за ублажавање казне. Кад услед дејства афекта урачунљивост буде смањена али не битно, или остане очувана, афект се може узети као олакшавајућа или особито олакшавајућа околност, зависно од околности конкретног случаја.

С обзиром на овакву законску регулативу кривичне одговорности, психијатар у свом закључку, пошто установи и опише афектно стање, треба да да свој стручни суд о утицају афекта на психичке функције учиниоца које су иманентне за (кривично)правну категорију урачунљивости. Суд је, међутим, тај који једино може, на бази изказа вештака и других изведених доказа, да утврди постојање неурачунљивости или степена урачунљивости.

Да би афектно стање имало дејство на кривичну одговорност и кажњивост, афект не сме бити скривљен од учиниоца кривичног дела. Постојаће пуна кривична одговорност (чл. 12. ст. 3. КЗ СРЈ) ако је афектно стање проузроковано кривицом учиниоца, тј. ако се у афектно стање учинилац довео употребом алкохола, дроге или на неки други начин, без обзира што у конкретној ситуацији дејство афекта има за последицу неурачунљивост, смањену или битно смањену урачунљивост. Афектно стање је само претпоставка за блажу кривичну одговорност, те "афект не може ублажити одговорност у случајевима када је изазван мотивима или личним својствима и навикама које негативно карактеришу учиниоца очигледним испољавањем у конфликтним ситуацијама (осветољубивост и склоност к насиљу, морална и емоционална распуштеност итд.)".⁷ Отуда, приликом утврђивања постојања афектног стања као правно релевантне чињенице, да би афект имао икакво дејство на кри-

*ослобађања од казне по основу прекорачења нужне одбране насталог услед јаке раздражености или препасти. Учинилац, дакле, може бити ослобођен од казне и кад је урачунљивост очувана и кад је смањена или битно смањена (због насталог афектног стања). Битно смањена урачунљивост проузрокована афектом јаке раздражености или препасти само је разлог више да се учинилац ослободи од казне за извршено кривично дело у прекорачењу нужне одбране. Зато је напред поменуто постојање два факултативна основа, како рекосмо, само привид: примењује се одредба о ослобађању од казне по основу прекорачења нужне одбране (чл. 9. ст. 3. КЗЈ), а битно смањена урачунљивост настала под дејством афектног стања у таквој ситуацији само је околност која поспешује примену те одредбе (Види: др Ј. Бутуровић, *Значај афекта за кривичну одговорност*, Југословенска ревија за кривично право и криминологију, 1980, бр. 1, стр. 33.).*

⁷ Б. Сидров, *Аффеки, его уђоловно правовое и криминолођическое значение*, изд. Казанскогo универзитета, 1978, с. 38.

вичну одговорност, потребно је претходно утврдити да ли је учинилац био у акутном алкохолисаном стању или под утицајем дроге. И за доказивање постојања ових чињеница суду је потребна помоћ вештака, који увек треба да се изјасни да ли је учинилац за време извршења кривичног дела био под дејством алкохола или дроге и да ли је афектно стање настало под тим дејством. Тек кад суд на основу налаза и мишљења вештака искључи могућност да се учинилац довео у афектно стање под дејством алкохола или дроге, чиме се искључује кривица учиниоца за настало афектно стање, даље вештачење афектног стања има смисла. Уколико вештак пропусти да се изјасни о утицају алкохола или дроге, па такав налаз и мишљење суд прихвати, чињенично стање било би неправилно утврђено. Зато је неизбежно питање вештаку о овим околностима у судским одлукама о одређивању вештачења

У афектно стање доспевају душевно здрава и душевно болесна лица. Стога, урачунљивост може бити искључена или битно смањена већ због самог постојања душевне болести или заосталости душевног развоја учиниоца. Основ неурачунљивости или битно смањене урачунљивости тада је то обољење, односно заосталост душевног развоја, што има, апстрактно узев, исте кривичноправне последице на кажњавање као кад је неурачунљивост или битно смањена урачунљивост проузрокована само афектним стањем. У тим случајевима, уз све друге околности кривичног догађаја, афектно стање може служити индивидуализацији казне: као околност за избор *мере* (висине) казне у оквиру општих правила о ублажавању казне кад је утврђена битно смањена урачунљивост, а као околност за избор мера безбедности кад је урачунљивост искључена. Имајући у виду речено, за правилну примену кривичноправних норми, неопходно је да психијатар најпре да своје мишљење о душевном здрављу учиниоца у време извршења дела, а потом да се изјасни о дејству афекта на психичке функције. Утврђивање дејства афекта на психичке функције учиниоца има смисла и након закључка да је учинилац био неурачунљив, јер мишљење вештака може бити од помоћи суду приликом изрицања мера безбедности медицинског карактера. Отуда, у наредби о одређивању вештачења, целисходно је да суд постављањем одговарајућих питања психијатру увек захтева од вештака да најпре испита душевно здравље окривљеног, па тек да се изјасни о дејству афекта на психичке функције окривљеног, чиме би обим и правац вештачења били прецизно одређени.

2. *Дејство афекта на кажњавање.* Афектно стање јаке раздражености или препасти изазване нападом у случају прекорачења граница нужне одбране, представља *факултативни основ за осло-*

бађање од казне (чл. 9. ст. 3. КЗЈ). Напад не сме бити скривљен. Кривично дело мора бити извршено док напад траје и док траје афектно стање, да би постојало прекорачење нужне одбране. Напад и афектно стање, дакле, морају једновремено трајати. Престане ли напад а не и афектно стање, па тада тек учинилац изврши кривично дело, нема нужне одбране јер нема напада, а јака раздраженост или препаст не могу бити основ за ослобађање од казне. Тада евентуално ова афектна стања могу довести до ублажавања казне по основу битно смањене урачунљивости, ако је афектно стање имало такво дејство. Исто тако, друга афектна стања осим поменутих, као ни стање раздражености које није јаког интезитета, не могу бити основ за ослобађање од казне већ основ за ограничено ублажавање казне, такође факултативан, ако је кривично дело извршено у прекорачењу нужне одбране.

Афектна стања могу имати значај *олакшавајућих околности* код одмеравања казне, ако се по закону не могу узети као основ за ослобађање од казне у случају прекорачења нужне одбране, односно ако афектно стање није елеменат бића привилегованих кривичних дела. Такав значај имају, као што рекосмо, друга афектна стања осим јаке раздражености и препаста, те афектна стања која нису настала услед противправног напада код прекорачења нужне одбране, али и афектна стања јаке раздражености и препаста изазвана противправним нападом кад кривично дело није извршено према нападачу. Зависно од околности конкретног случаја, могу се сматрати и особито олакшавајућим околностима.⁸ Исти кривичноправни значај има афектно стање јаке раздражености изазвано од стране трећег лица (без кривице учиниоца) а не од убијеног или повређеног, будући да се кривично дело тада не може квалификовати као убиство на мах, односно тешка телесна повреда на мах.

3. Афект као елеменат бића кривичног дела. Посебан кривичноправни значај придаје се афектном стању *јаке раздражености* код привилегованих кривичних дела убиства на мах (чл. 48. КЗС) и тешке телесне повреде на мах (чл. 53. ст. 5). Битан је елеменат бића ових кривичних дела и у знатној мери ублажава кривину одговорност учиниоца, што се види из запређених казни. Кривично дело тешке телесне повреде на мах има исте границе запређене казне као кад је ово дело извршено из нехата, а убиство на мах се по запређеној казни налази између обичног убиства и убиства из нехата.

⁸ Види: *Ј. Бутуровић, Значај афекта за кривичну оговорност, Југословенска ревија за кривично право и криминологију, 1980, бр. 1, стр. 33.*

Да би се кривично дело квалификовало као убиство на мах, односно тешка телесна повреда на мах, потребно је да се стекну следећи услови: да је убиство извршено у афектном стању *јакe раздражености*, да је ово афектно стање изазвано *нападом или тешким вређањем* убијеног, односно повређеног, да до јакe раздражености *није дошло кривицом учиниоца* кривичног дела, да је дело извршено *непосредно после* напада или тешког вређања, и да је дело извршено *док траје стање* јакe раздражености (али не и после његовог престанка). Сви ови услови веома су значајни за вештачење душевног стања окривљеног. Осим на уобичајене чиниоце, посебну пажњу треба посветити врсти (квалитету) и интезитету (квантитету) афекта, узроцима афекта, искључењу кривице учиниоца (употреба алкохола, дроге и сл.), времену настанка афекта и његовог пражњења, времену трајања афекта итд.

У вези са привилегованим кривичним делима извршеним на мах у афектном стању поставља се питање да ли могу бити извршена прекорачењем граница нужне одбране. О томе у теорији, делом и у пракси, постоје четири гледишта. По једном, убиство извршено прекорачењем граница нужне одбране у афектном стању искључу-

⁹ Слично питање може се поставити и у односу на одредбу о битно смањеној урачуњљивости. Јака раздраженост је елемент бића привилегованих кривичних дела убиства на мах и тешке телесне повреде на мах, а истовремено може проузроковати битно смањену урачуњљивост, која је факултативни основ за ублажавање казне (чл. 12. ст. 2. КЗЈ). Стога се, сасвим логично, намеће питање може ли афектно стање јакe раздражености једновремено бити битно обележје привилегованог кривичног дела и факултативни основ привилеговане кривичне одговорности. Одговор је, по нашем мишљењу, потврдан. Друкчије решење било би неправедно према учиниоцу. Ако би се примењивала само једна законска одредба, учинилац или не би могао бити кажњен испод законског минимума прописаног за привилеговано кривично дело (кад би се тумачило да се одредба о битно смањеној урачуњљивости не би могла једновремено примењивати) или би могао одговарати за обично, па чак и квалификовано кривично дело убиства (кад би се тумачило да је битно смањена урачуњљивост изазвана афектом јакe раздражености, само факултативни основ блажег кажњавања, а не и елемент бића привилегованог кривичног дела, па се одредба о блажем кажњавању не би морала увек ни применити). Осим тога, у прилог могућем кумулирању ових законских одредби ваља навести да одредба о факултативном ублажавању казне због битно смањене урачуњљивости важна у односу на сва кривична дела, па и на поменута привилегована кривична дела, јер их закон не искључује. Зато је могуће блаже кажњавање по чл. 12. ст. 3. КЗЈ и за привилегована кривична дела убиства на мах, односно тешке телесне повреде на мах.

је убиство на мах.¹⁰ По другом гледишту, закључак је сасвим супротан: примена одредаба о убиству на мах искључује примену одредаба о прекорачењу нужне одбране. Према трећем гледишту, негира се уопште могућност да се истовремено стекну услови за примену обеју одредби. Протагонисти четвртог гледишта тумаче да се и код дела квалификованог као убиство на мах могу применити одредбе члана 9. ст. 3. КЗЈ о прекорачењу нужне одбране.

Приликом анализе и заузимања става о изнетим схватањима, ваља имати на уму да примена само одредбе чл. 48. лишавала могућности учиниоца да буде ослобођен од казне иако су испуњени сви услови из чл. 9. ст. 3. КЗЈ, а примена само одредби о прекорачењу нужне одбране, чл. 9. ст. 3. у вези чл. 47. ст. 1, омогућује да учинилац буде кажњен већом казном од прописаног максимума за убиство на мах. И једно и друго је неправедно. Зато у сваком конкретном случају треба пажљиво испитати да ли су се стекли услови и за прекорачење нужне одбране и за квалификацију дела као убиства на мах, на основу брижљиво одабраних кривичноправних критеријума. У томе је веома значајна помоћ коју судији може пружити вештак психијатар приликом утврђивања субјективних чињеница. Помоћ би се, по нашем мишљењу, првенствено састојала у одговору на следећа питања: Шта је узрок афектног стања? напад, тешко вређање или неки други узроци? Да ли је однос учиниоца и трећег лица према коме је уперен напад или тешко вређање (убијеног или повређеног) такав да код њега изазива афектно стање јаке раздражености? Да ли афектно стање временски коегзистира са нападом или траје и по његовом престанку? Да ли је афектно стање скривљено, тј. да ли се у стање јаке раздражености учинилац довео употребом алкохола или дроге? Да ли је циљ учиниоца био одбрана законом заштићене вредности а убиство средство или је циљ само убиство под дејством афекта, односно у ком правцу су били усмерени психички процеси учиниоца у моменту извршења кривичног дела, дакако, ако је то могуће спознати? Одговори на ова питања помогли би судији да, уз утврђивање свих других правно релевантних чињеница, успешно разграничи да ли се ради о прекорачењу нужне одбране или о убиству на мах, јер потврдан одговор на нека од ових питања аутоматски искључује примену једне или друге законске одредбе.

¹⁰ Овакав став заузео је Врховни суд Србије, на седници одељења од 30. маја 1968. године (*Збирка судских одлука из области кривичног права*, стр. 63).

IV.

1. Утврђивање афектног стања мора се вршити помоћу (судско) психијатријског вештачења јер опште искуство и професионално знање судије није довољно за самостално утврђивање те одлучне чињенице. Ако се према околностима конкретног дела посумња да је извршено у афектном стању, треба наредити вештачење, будући да нека афектна стања одређеног интензитета могу искључити урачунљивост или довести до битно смањене урачунљивости, што је довољан услов да се нареди вештачење по чл. 258. ЗКП. Отуда је ово обавезна врста вештачерња.

2. Приликом спровођења вештачења ради утврђивања афектног стања учиниоца кривичног дела, треба се придржавати општих препорука кривичнопроцесне теорије којима се обезбеђује компетентност и валидност резултата ове доказне радње.¹¹ За правилност судскопсихијатријског вештачења, о коме је овде реч, посебно је значајна адекватна подела рада између судије и вештака. На први поглед изгледа да у тој сфери не може бити неких нарочитих проблема: вештак треба да се придржава правила своје науке, струке или вештине, а судија да примењује право. Међутим, реално је проблем много компликованији јер су им активности испреплетане. Вештачење је процесна радња суда, мада у њој учествује и судија и вештак. Судија треба да омеђи предмет вештачења, а вештак да се креће у тим границама искључиво применом свог стручног знања, што је некад тешко разлучити. Вештак помаже судији у утврђивању чињеница, али му је каткад за то потребно и сазнање о неким чињеницама или околностима изван његове струке. Чињенице утврђене помоћу исказа вештака треба да омогуће судији да изврши њихову правну квалификацију. Међутим, разликовање чињеничних од правних питања није увек сасвим једноставно, па постоји опасност да вештак и судија замене улоге. Све то компликује и чини комплексним разграничење делокруга рада судије и вештака.

Прва претпоставка за правилно диференцирање делокруга рада судије и вештака је да судија у писменој наредби прецизно одреди предмет вештачења и правилно постави задатак вештаку. Међутим, пракса је често сасвим друкчија, нарочито код психијатријских вештачења. Судије, не ретко, приликом одређивања вештачења само парафразирају законску одредбе, не одређујући ближе предмет, обим и правац психијатријског (или неког другог) ве-

¹¹ *Види наш рад: Процесне гаранције за...*

штачења, дакле, без иједног конкретног питања на које траже одговор заснован на научним методима, а некад чак траже да се судски медицинар или психијатар изјасни о правном питању, нпр. о урачунљивости учиниоца.

Делокруг рада вештака омеђен је достигнућима и сазнањима науке или струке којом се бави. Изван тих граница вештак не сме изићи, ни у поље утврђивања чињеница на основу општег образовања и искуства, а једнако тако, ни у поље правних питања. У тим ситуацијама вештак мора затражити помоћ судије. Још мање би вештак смео да даје мишљење за које нема покриће у правилима своје струке, па да тако лаичко мишљење претвори у стручни закључак, што се догађа у оним областима науке или струке чији закључци нису довољно егзактни. У пракси се, међутим, дешава да вештаци понекад узимају као основ за свој налаз и мишљење чињенице до којих су сами дошли у поступку вештачења а чије утврђивање спада у компетенцију судије (нпр. неке околности кривичног дела, ранији живот учиниоца по његовом казивању, изјаву сведока о понашању учиниоца за време или после извршеног дела и сл.). То је карактеристично за ситуације кад су докази о тим чињеницама и околностима противречни, а свој удео одговорности за прекорачење делокруга вештака имају и судије: уместо да судија на основу изведених доказа алтернативно одреди правац вештачења, са прецизним питањима на које тражи одговоре, он пропушта да то учини, те фактички присиљава вештака, судског психијатра, да се бави утврђивањем чињеничног стања.

3. Разграничење компетенција вештака и судије скоро да није могуће без изналагања јасног критеријума за разликовање чињеничних од правних питања, поготову у области правне медицине. Ово разграничење изузетно је значајно јер од природе неког питања зависи ко ће га решавати. Неспорно је у теорији и пракси да у решавању чињеничних питања судији може да помаже вештак, а да правна питања решава искључиво сам судија. Међутим, због комплексности проблема, нема јединственог гледишта шта одређује природу неког питања које треба решити у судском поступку. Иако се најчешће поима да је задатак изузетно сложен, каткад и нерешив, па отуда и разнолика мишљења, ипак је могуће дефинисати јасне и поуздане критеријуме по којима се разликују чињенична од правних питања. Шта је чињенично а шта правно питање¹², распо-

¹² *О чињеничним и правним питањима види код: Младен Грубиша, Чињенично стање у кривичном поступку, Загреб, 1963, стр. 178е–229.*

знаје се по циљу истраживања и по методу, тј. начину њиховог утврђивања.

Најопштије речено, чињенична питања решавају се помоћу доказа и доказивања, а коначно, на основу слободног судијског уверења. Применом овог метода решавају се чињенична питања, али је оно специфично и по циљу истраживања. Циљ је да се установи да ли у стварности постоји или је постојала нека чињеница, објективна или субјективна. Наиме, приликом решавања чињеничних питања, целокупна активност управљена је само на испитивање да ли постоји, односно да ли се и како догодила нека чињеница, у спољашњем свету или у психи човека, па ако се са сигурношћу судија у то не увери, већ остане у сумњи, примењује правило *in dubio pro reo*. Тиме су уједно одређене и границе вештакове делатности. Вештак своје истраживање и закључивање треба да усмери у правцу размисљања да ли се за неку чињеницу може утврдити и рећи да постоји или да се догодила, закључивањем само на основу правила своје науке или струке. Његов задатак је, наиме, да да само научни или стручни суд да ли нешто јесте и да ли је било, а закључивање да ли то одговара појму из закона, задатак је судије. Много је више изгледа да вештак остане у свом делокругу рада ако не користи појмове, изразе и синтагме из правних норми, јер су то правни појмови (чак и онда кад су истоветни са оним из стварног живота, науке или струке), па њихово утврђивање представља решавање правних питања. Примера ради, вештаци из области медицине треба да се клоне употребе изрази "тешка телесна повреда", "лака телесна повреда", "неурачунљивост", "битно смањена урачунљивост", "убиство на мах" и сл. Правне термине не треба присвајати за своју науку јер ту и не припадају. (Уосталом, песнички опис примерен је психијатру, а правнички језик забрањен!). Разуме се, основно знање из кривичноправне области неопходно је вештаку, али треба да му служи да своје истраживање и закључивање усмери на оне чињенице које су правно важне и тако себи олакша да рационално и квалитетно обави вештачење.

Правна питања су она која се решавају на основу правног знања судије, на основу познавања закона и применом правила тумачења права, према постулатима теорије права. Примењују се, дакле, правни методи. И циљ истраживања посве је друкчији. За разлику од чињеничних питања, мисаона активност код решавања правних питања усмерена је на тражење одговора да ли оно што постоји или је постојало одговара појму (опису) из правне норме. Судија најпре треба да се упозна да правна норма постоји и да важи, да изнађе њено право значење, па тек кад утврди постојање

неке чињенице или њиховог скупа, да испита и закључи да ли она одговара опису из правне норме, тј. да изврши правно квалификовање те чињенице. Иначе, треба узети да су сви појмови у закону правни појмови, па отуда, закључивање о њиховом постојању представља решавање правног питања. Правни институти могу бити означени истим изразима као у свакодневном животу и имати уобичајено значење, а могу бити преузети и из одређене струке, науке или научне дисциплине, али су увек правни појмови.

Иако су предложени критеријуми за разграничење правних од чињеничних питања једноставни и логични, велике су различитости код практичног решавања истих или истоветних питања. Некомпетентност је само једна од последица: вештак под видом утврђивања чињеница *lege artis* решава правна питања, а судија преушавањем чињеничних питања у правна, утврђује чињенице уместо вештака. Такав ток вештачења далеко је од правилног.

4. Проблеми у пракси настају у вези са подвођењем неких афектних стања под одговарајући кривичноправни појам који служи као основ неурачунљивости, односно битно смањене урачунљивости (душевна болест, привремена душевна поремећеност и заосталост душевног развоја), нарочито када се ради о тзв. физиолошким афективним стањима које психијатар не сматра привременом душевном поремећеношћу а битно утичу на могућност расуђивања и одлучивања. Како тај проблем решити? Могуће је неколико решења. Први правац је да се кривичноправни појмови прилагоде савременим достигнућима психијатрије, за шта је потребан мултидисциплинарни приступ. Друга могућност је да се психијатар изјасни да је реч о привременој душевној поремећености иако у то није убеђен, што би било противзаконито, јер вештачење није спроведено по правилима науке. Трећа могућност је да се вештак изјасни само о утицају афекта на психичке функције учиниоца, а да судија такво афектно стање правно квалификује као привремену душевну поремећеност, што нам се при садашњем стању ствари чини најприхватљивијим. Полазна нам је поставка да је привремена душевна поремећеност, као и сваки појам у закону – правни појам, па решавање његовог постојања, сасвим логично, представља решавање правног питања. Стога, вештак психијатар треба да се изјашњава о квалитету и квантитету афекта, његовим узроцима и настајању, кулминацији, пражњењу и гашењу, о утицају афекта на психичке функције учиниоца у односу на конкретно кривично дело итд. А да ли постоји неки основ неурачунљивости и да ли је учинилац неурачунљив, правно је питање које треба да решава судија.

5. Разлике у гледиштима о утврђивању и правној квалификацији афектног стања и других субјективних чињеница у кривичном поступку не постоје само између правне теорије и судске праксе. Још су веће разлике у правној и психијатријској науци у погледу афеката и других субјективних чињеница које се утврђују путем психијатријског вештачења. Смањењу тих разлика и постојећег антагонизма, особито приликом регламентације субјективне одговорности, допринело би веће уважавање природе и архитектонике савременог судског кривичног поступка, с једне стране, и достигнућа и тенденција¹³ психијатријске науке, с друге стране.

¹³ За присталице динамски орјентисане психопатологије "раздвајање биолошког од психолошког приступа урачуљивости насилан је акт над природом, јер је човек јединствена био-психо-социјална целина", а патолошки афект "очит је пример некаквог правно-психијатријског компромиса" (др Борислав Капамаџија, Убивство у афектну – судскопсихијатријски процесу, Југословенска ревија за кривично право и криминологију, 1980, бр. 1, стр. 48. и 50).

ESTABLISHMENT OF AFFECTS IN CRIMINAL PROCEDURE

A survey of various concepts of affects in contemporary psychiatric science, which are incorporated in the postulates of criminal-law theory and practice, are given in the first part of the article. Their penal-law and criminal-adjecutive significance have been subsequently discussed in details.

The second part contains an interpretation of the criminal-law regulations and the impact of affects on the criminal liability, penalization and qualification of particular privileged criminal offences in which the affect appears as an element of the corpus delicti. On the grounds of a critical analysis of criminal-law legislation on criminal liability and legal practice, the author draws the conclusion that it is necessary to determine previously whether the offender was brought into the state of affect either by consuming alcoholic drinks or under the influence of narcotics, being that the affect must not be effectuated. It is also needed to formerly find out whether the offender is mentally sane or insane. Discussing the affect as an element of a privileged corpus delicti in the cases of murder or aggravated assault and battery committed in a fit of passion, the author offers certain recommendations concerning the affect establishment, which may be of use to the judge in separating the criminal-law regulations that could get into mutual collision.

The criminal-adjecutive aspect of the affect establishment in the criminal procedure represents the contents of the final part of this article. Theoretical standpoints, difficulties and imperfections of legal practice are particularly interpreted in this section. Legal and theoretical requirements are discussed, the fulfillment of which is indispensable for the adequate distinction of duties between a judge and a court expert-psychiatrist. Also, the theoretical criteria are presented for differentiating factual from legal questions, over which theoreticians are disputing and the legal practice is stumbling as well. The author finally gives the interpretation of criminal-law repercussions for determined physiological affects that exert a substantial influence upon the capability of reasoning and decision making.

Key words: affect, types and intensities of affects, accountability, meting out a penalty, murder committed in a fit of passion, psychiatric expert investigation, psychiatrist's sphere of action, legal and factual questions.