

Dr. sc. Amra Mahmutagić, vanredna profesorica
Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru
Dr. sc. Ivona Šego - Marić, izvanredna profesorica
Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru

OD ORDALIJA DO VINOSTI - EVOLUCIJA OSTVARIVANJA LJUDSKIH PRAVA U PROCESU KAŽNJAVANJA

Sažetak: Još od prahistorije postojala je potreba ljudskog društva da na neki način kazni onoga ko čini nedjelo. Kakav će biti vid odgovora zajednice na postupke delikventa, naravno da je zavisilo od nivoa razvoja društva u kojem je djelo učinjeno. U radu se pokušava dati analiza postepene evolucije u procesima kažnjavanja, počevši od neograničene krvne osvete, preko njenog sužavanja na pripadnike uže porodice delikventa, ili same njegove ličnosti, pa sistema *ius talionis*, sistema otkupa, da bi postepeno, stvaranjem prvih država, počela da se utvrđuje krivica i kažnjava samo onaj ko je kriv i samo kaznom primjerenoj njegovoj vinosti. U prvim državnim oblicima, masovno su se primjenjivali dokazi koji sa stanovišta zdravog razuma ne mogu doprinijeti utvrđivanju materijalne istine, dakle iracionalni dokazi, najčešće su to bile *ordalije*-božiji sudovi, da bi postepeno počeli da preovladavaju racionalni dokazi, te utvrđivanje subjektivnih elemenata krivice. Kroz različite društvenoekonomske formacije, postepeno, uz stalno izraženu klasnost u sistemu kažnjavanja, pored odmazde javlja se i generalna i specijalna prevencija kao sama svrha kažnjavanja. Također se napušta sistem objektivne odgovornosti, te se sve više vodi računa o umišljaju i nehatu, zabludi, krajnjoj nuždi i nužnoj odbrani, kako bi se unaprijedio sistem individualizacije kazne i utvrđivanja vinosti delikventa. Kroz historiju se, mnogobrojnim propisima i zakonicima, pokušavala na najprimjereniji način utvrditi odgovornost pojedinca kao i adekvatna kazna za učinjeno djelo, ali, u konačnici, sve je to opet zavisilo od trenutnih društvenopolitičkih okolnosti i konstalacije odnosa u sistemu podjele vlasti.

Ključne riječi: iracionalni i racionalni dokazi, odmazda, odgovornost, krivica, krivični postupak, klasnost prava

UVOD

Ljudsko društvo u prvobitnoj zajednici, koje je prošlo kroz dvije razvojne etape, divljaštvo i barbarstvo, u svom kasnijem periodu se temeljilo na krvnosrodničkom principu, te su postojali i plemenski organi, kao što je plemenska skupština, vijeće klanskih starješina i plemenski starješina ili vojskovođa. Kako je vladala jednakost među članovima društva, a poštovanje društvenih pravila

je bilo u interesu cijele zajednice, međusobni odnosi su bili uređeni običajima, kao najstarijom formom regulisanja društvenih odnosa. Običajna pravila su bila izuzetno stroga i isprepletena sa prvim oblicima vjerovanja, dakle sa animizmom kao nekom vrstom religije straha, odnosno vjerovanjem da priroda ima dušu i da je čovjek ne bi trebao „razljutiti“ svojim postupcima. Klanovi su imali i svoje toteme, to je bila ustvari obožavana životinja, i njenim imenom su se i oni sami obilježavali. Tako se javlja i niz zabrana „*tabua*“, koje su mogle biti privremene ili stalne¹. Totemske životinje se nisu smjele upotrebljavati za hranu, njihovo ubijanje je bilo strogo zabranjeno, a ubrzo se pojavljuju i agrarni kultovi koji su se strogo morali poštovati. Zajednica je, već tada, na tako primitivnom obliku razvoja, osjećala potrebu da reaguje, da kažnjava prestupnika, što je opet bilo povjereno višim, natprirodnim silama. Smatralo se da svaki pojedinačni prestup, pa čak i nehotičan prekršaj *tabua*, zbog snažno uklopljenog pojedinca u grupu, i jako izraženog osjećaja solidarnosti, može prouzrokovati posljedice po čitav klan². Klansko-plemenske starješine su imale sudsku funkciju, imale su mogućnost da izriču sankcije u kojima su uglavnom bile isprepletene duhovne i svjetovne norme i u početku su bile iste za sve članove klana. Najčešće je bila izricana kazna izopštenja iz plemena, kazna prognanstva, što je u to vrijeme bilo ravno smrtnoj kazni. Postepeno su se počele javljati i razlike u primjeni sankcije, pa se sve više vodilo računa o tome kojem društvenom sloju pripadaju prestupnik i oštećeni, a vrlo često se primjenjivala krvna osveta, tako da se grupa kojoj je pripadala žrtva, svetila grupi počinioaca krivičnog djela³. Vremenom se i sužava krug lica prema kojima se primjenjuje krvna osveta i osveta je trebala biti „adekvatna“, učinjenoj povredi. Dakle, radilo se o privatnoj reakciji, privatnoj pravdi, a u osnovi je bila kolektivna, pošto je ipak pogađala cijelu socijalnu grupu kojoj je pripadao počinilac nedjela. Također se postepeno javlja i sistem kompozicije, obeštećenja koje je kao određena naknada, pripadalo oštećenoj strani, srodnici počinioaca su se dogovarali sa srodnicima oštećenog o njenoj visini. Razvojem proizvodnih odnosa i snaga, pucaju konci klansko-plemenskog društvenog uređenja, društvo se razdvaja u klase, a ona ekonomski jača klasa, težeći da održi postojeće odnose, stvara državu kao sredstvo zaštite svojih interesa. Upravo zbog tih svojih interesa, država će početi stvarati svoj pravni sistem koji će braniti državnom aparaturom, dakle preuzimaće i proces kažnjavanja u svoje ruke, ona utvrđuje vrstu sankcije kao i, umjesto srodnika oštećenog, visinu naknade kao obeštećenja, tako da će takva sankcija poprimiti oblik današnje novčane kazne⁴.

1 Sima Avramović, Vojislav Stanimirović, Uporedna pravna tradicija, Službeni glasnik, Beograd 2009. str. 48

2 Raifa Festić, Opća historija države i prava, Sarajevo 1998. str. 37

3 Vidjeti više Ljubica Slavnić, Istorija pravnih institucija, Alfa-Graf NS, Novi Sad, 2008. str. 48.

4 Vidjeti više Slobodanka Konstatinović Vilić, Miomira Kostić, Penologija, SVEN, Niš, 2011. str. 59-78

2. Orientalne despotije i proces kažnjavanja

Dakle prve države, robovlasničke, stvaraju svoj aparat prinude, raspolažu monopolom fizičke sile, imaju svoje organe, vojsku, policiju, zatvore...., Za razliku od klansko-plemenskog uređenja koje izražava interese cijelog društva, država je instrument jednog dijela društva, i zato je i potreban monopol fizičke prinude⁵. Egipatska i babilonska država će vršiti veliki uticaj na razvoj civilizacije Istoka, te se smatraju najznačajnijim orijentalnim despotijama. Ono što je zajednička, opća karakteristika robovlasničkih država, jeste pravna nejednakost, država i pravo su klasne kategorije, nažalost, pravo nije jednako za sve. U svim prvim državama zadržavaju se mnogobrojni relikti klansko-plemenskog uređenja, koji će se vremenom prilagoditi novim društvenopolitičkim uslovima ili potpuno nestati. U početku su, naravno, slabo izdiferencirane funkcije državnih organa, državni aparat je još uvijek dosta primitivan, još se ne odvajaju upravni i sudski organi, pa ni građanski i krivični postupak. Dapače, već je veliki napredak što ikako postoji određeni sudski postupak. U prvim državama, pravo je uveliko, u svojim počecima, bilo isprepleteno sa religijom. Recimo, u Mesopotamiji, pravda (*mešarum*) i istina (*kittum*), predstavljali su upravo dio religije i mita. Najbliže povezan sa pravdom bio je Šamaš, božanstvo sunca, a *kittum* je imalo osnovno značenje „nešto čvrsto ustanoviti“ i predstavlja kosmičku i nepromjenljivu istinu. Tako kad kombinujemo ova značenja, *kittum mešarum* označava „dobar poredak svake stvari, njenu sudbinu, odnosno pravdu“⁶. Inače je vladar u Mesopotamiji nosilac sve vlasti, ali, ustvari, najvažnija je bila vojna vlast. Sudstvo i uprava su u rukama države onoliko koliko je zainteresovana, vladar može svim organima vlasti, izdavati uputstva, mijenjati stvarnu i mjesnu nadležnost, ali, upravo zbog te izuzetne veze sa božanskim silama, vladari nisu bili izvori prava, oni su u stvari bili posrednici između bogova i ljudi, oni „primaju“ zakone od vrhovnog božanstva i izdaju ih ljudima pod svojim autoritetom. Ali, ipak, u pravnim zbornicima Mesopotamije, sfere koje propisi obuhvataju najviše se tiču svjetovnih odnosa (imovinski i trgovinski odnosi), u normama ipak ne stoji autoritet božanstva nego vladara, tako da se može reći da je recimo Babilon kao despotska monarhija, izgubio teokratski karakter i postao laička država⁷. U takvoj strogo centralizovanoj unitarnoj državi, nije bilo podjele vlasti, sudska vlast nije bila odvojena od izvršne. Sudstvo je bilo laicizirano, vladar je djelovao i kao drugostepena instanca, vršio je pomilovanja i rješavao sporove u posljednjem stepenu, pretpostavlja se da je u nekim slučajevima, vjerovatno kad je bila zapriječena smrtna kazna, funkcionisao kao vrhovni sudija. Iako je, kako je već navedeno, sudstvo bilo vezano uz upravu i odvojeno od sveštenstva, ovdje je sveštenstvo zadržalo određenu ulogu, pred njima se polagala zakletva, sveštenici su bili posrednici u pozivanju na sud, a često su oni sami bili

5 Raifa Festić, n.dj. str. 40

6 Fikret Karčić, Komparativna pravna historija -predavanja i pravni tekstovi, Sarajevo, 2007. str. 22-23.

7 Isto

bilježnici, vještaci, porota. Državni sud je donekle imao oblik arbitraže, s obzirom da su protivpravne radnje uglavnom imale karakteristike povrede privatne sfere, pa su stranke mogle riješiti spor i vansudski⁸. Pravo je uopšte, imalo izrazito klasni karakter, a, pored brojnih krivičnih odredbi u Hamurabijevom zakoniku, smatralo se nerazvijenijim krivično pravo od građanskog, a sudski postupci su vjerovatno bili isti. Ovdje se zadržavaju i mnogobrojni relikti iz preddržavnog uređenja, prije svega kolektivna odgovornost za učinjeno nedjelo u slučaju da počinitelj ne bude uhvaćen, te krvna osveta. Iz propisa Hamurabijevog zakonika, vidi se da djeca odgovaraju za delikte svojih roditelja (čl. 16., 210., 230.,). Recimo u ovom posljednjem članu se propisuje da se treba usmrtiti sin oca koji je svojim nesolidnim radom prouzrokovao smrt svog poslodavca. Kazna ima svojstvo odmazde, dominira objektivna odgovornost, a ne subjektivni odnos počinioaca prema djelu. Praktikovano je dakle *lex talionis*, u sistemu kažnjavanja, po načelu „oko za oko, zub za zub“, a često i simbolički talion, s obzirom da je kažnjavan onaj dio tijela koji je, navodno počinio delikt, recimo odsijecala se ruka liječniku koji nije uspješno izvršio operaciju. Dakle, cilj kažnjavanja je bila odmazda za koju se smatralo da će se postići i generalna i specijalna prevencija. Kako sudski organi nisu poznavali princip krivnje, s pravom se „ovo pravo može nazvati kazneno, a ne krivično pravo“⁹. Kako je već spomenuto, otvoreno je naglašena pravna nejednakost, ne samo da su različito kažnjavani robovi od slobodnih ljudi, nego i pripadnici različitih slojeva (recimo avilumi su bili zaštićeniji od muškenu građana, a muškenu od drugih kategorija slobodnog stanovništva). Po Hamurabijevom zakoniku se očekivala veća odgovornost, izraženija savjest od onih koji neki posao obavljaju kao zanimanje, stalno i stručno (graditelj, pastir, liječnik), i oni „bivaju kažnjeni i za manji propust, pa i onaj iz nehata: javnost se mora zaštititi od nehata stručnjaka“¹⁰. Inače je u Babilonu potpuno izostala individualizacija svijesti, nego se uzimala kao kriterij prosječna svijest. Kod onih kod kojih je postojala umanjena svijest o počinjenju djela i njegovim posljedicama, teret bi pao na staratelje, koji bi svojom uvećanom sviješću morali nadomjestiti umanjenu svijest svojih šticenika, pa se u takvoj logici i vide elementi „odmazde“, i čak određenog socijalnog izopćenja onih čija svijest nije uprosječena, dakle, nije uobičajenog nivoa¹¹. Strogim kaznama je bila zaštićena svojina, većina krađa je kažnjavana smrću ili nadoknadom ukradene stvari njenom višestrukom vrijednošću, a smrću je posebno kažnjavana krađa iz hramova i dvora. Prilikom kažnjavanja za ova djela, provodio se poseban postupak izvršenja, recimo ako je kazna izvršena provaljivanjem zida, počinitelj je ubijan i zatrpan pred otvorom zida (čl.21.), a ko je koristio požar da bi krao, bacan je u vatru¹². Inače, priličan

8 Više o sudstvu inače, Šefko Kurtović, Opća povijest prava i države I. Knjiga, Stari srednji vijek, Zagreb, 1994. str. 57-58

9 Raifa Festić, n.dj. str. 69.

10 Šefko Kurtović, n.dj. str. 70.

11 Vidjeti bliže, Šefko Kurtović, str.70-71

12 Raifa Festić, n.dj.str. 71.

broj propisa govori o načinu izvršenja smrtne kazne, pa se tako članovima 108., 129., 133., 155, propisuje smrtna kazna bacanjem u vodu, a recimo članovima 25., 110., 157., propisuje se spaljivanje kao način izvršenja. Nije postojala kazna zatvora, postojao je samo zatvor u vidu pritvora. Najčešće izricane su kazne sakaćenja, novčane kazne i progonstvo. Inače se postupak pokretao na inicijativu oštećene osobe, ili njenih rođaka, u slučaju počinjenja ubistva. Kao dokazna sredstva, koristili su se i racionalni i iracionalni dokazi, više normi Zakonika predviđa da osumnjičena stranka treba da ide na božiji sud. Postupak je bio usmen i kontradiktoran, a presude pismene, pisane su na glinenim pločicama i sušene na suncu, a sadržavale su najbitnije elemente, dakle imena stranaka, predmet i dispoziciju presude, te se, također, strankama zabranjuje ponovno obraćanje sudu o istoj stvari.

Koliko god sa ovog stanovišta djelovalo grubo, ipak možemo istaknuti da je sa principom *talion*a došlo do ublažavanja prvobitne privatne reakcije kao neograničene osvete, jer sa ovom javnom, državnom reakcijom, kazna je morala biti proporcijalna težini krivičnog djela, dakle, zabranjivala se neograničena krvna osveta.

Za egipatsko pravo uopće, može se reći da nedostaju sačuvani zakonski tekstovi, a što se razloga tiče, svakako je i jedan od njih taj što se radi o izrazito teokratskoj državi, faraon je smatran božanstvom, pripadala mu je i zakonodavna vlast, odnosno, smatralo se da on samim postojanjem kreira zakon, pa da onda i nema potrebe za kodifikacijom prava. Smatralo se da je faraon posrednik između bogova i ljudi, dakle prvosvećenik, najviši religijski funkcioner, te da je bio dužan „da proširuje opći moralni i kosmički poredak koji je označen pojmom, *maat*“¹³. On je obavljao i najvišu sudsku funkciju, bio je posljednja apelaciona instanca, a i mogao je odrediti nadležnost bilo kojeg suda. U egiptu su, osim smrtne i tjelesnih kazni, primjenjuju i kazne imovinskog karaktera, kao i prinudni rad, a klasna razlika nije bila toliko uočljiva, kao što je to slučaj sa Hamurabijevim zakonikom¹⁴.

Što se tiče izvora, uglavnom su sačuvani upravo dekreti i edikti faraona, razni dokumenti iz sudske prakse, upravni akti, te spisi sa moralno-religioznom porukom.

Nisu bilo odvojeni propisi materijalnog i procesnog prava, niti je odvojen građanski, krivični i upravni postupak. Državni organi su pokretali postupke javnih delikata, u kojima je država bila direktno zainteresovana, a u svim drugim slučajevima, zainteresovane stranke. Kako se faraon smatrao posrednikom između bogova i ljudi, tako se posrednikom između faraona i vanjskog svijeta smatrao *džati*, koji je stajao na čelu upravnog birokratskog aparata i u sebi sjedinjavao administrativnu i sudsku vlast. O *džatiju* i specifičnostima kažnjavanj, autor Karčić ističe: „U izvorima se navodi da, kad su džatiji sudili, pred njima se na četiri prostirke nalazi, četrdeset, stvari. Ranije se u nauci držalo da tih , četrdeset , stvari označava četrdeset svitaka propisa dok se u novije doba (John A. Wilson)

¹³ Isto, str. 50

¹⁴ Nikolić Dragan, Istorija prava stari i srednji vek, SVEN, Niš, 2011., str. 98.

smatra da je to bilo četrdeset instrumenata koji su bili korišteni za kažnjavanje. U nekim izuzetnim slučajevima, kao što je zavjera u faraonovom haremu i pljačka faraonove grobnice, sudili su ad hoc sudovi. Na lokalnom nivou postojali su sudovi (knbt) kao što je onaj u Deir el-Medini, koji su javno pred kolegijem sudija rješavali sporove među radnicima i lokalnim stanovništvom¹⁵. Inače su suđenja trajala jedan dan, a presude su zapisivane i na njih se moglo pozivati u sličnim slučajevima, što se tiče samog postupka, bio je jednostavan, pokretao ga je tužilac, odgovarao je tuženi, i zatim slijedi presuda, inače je bio pretežno usmen i javan, a uglavnom, kako je već spomenuto, zasnivao se na samopomoći, privatno lice je podizalo tužbu i učestvovalo u izvršenju presude, javne optužbe skoro da nije ni bilo. Dokazna sredstva koja su se podnosila sudu mogla su biti racionalna i iracionalna, racionalna su mogla sa stanovišta zdravog razuma, doprinijeti utvrđivanju materijalne istine, a iracionalna ne. Kao racionalna su se koristile izjave svjedoka i razni pisani akti, te naravno *corpus delicti* - hvatanje počinioca na mjestu izvršenja djela. Treba naglasiti činjenicu da je u ove dokaze spadalo i priznanje, koje je često bilo iznuđeno mučenjem i koje su Stari Egipćani, prema izvorima, vrlo istrajno podnosili. U iracionalna dokazna sredstva, prije svega, spadaju božiji sudovi (*ordalije*), kao što je vađenje usijanog gvožđa ili kamena iz ključale vode, pa ako rane zacijele, znači da božanske sile kažu da okrivljeni nije kriv, a ako ne zacijele onda jeste, ili samo bacanje u vodu okrivljenog, pa ako ispliva, nije kriv... dakle, smatralo se da će božanske sile, kroz prirodne elemente vatre, vode i sl., dokazati nečiju nevinost, odnosno krivicu. U ove dokaze se ubraja i sudski dvoboj, a donekle i zakletve i sakletvenici. Zakletvi se davao veliki značaj, s obzirom na opće mišljenje da će, u slučaju krivog zaklinjanja, prokletstvo bogova stići osobu koja se krivo zaklela, a i zakonski propisi su veoma strogo kažnjavali krivokletnike. Broj sakletvenika, koji inače nisu bili svjedoci predmetnog spora, uglavnom se kretao između četiri i dvanaest, mada je često znao biti i veći, oni su „podupirali“, stranku na čijoj su se strani zakleli, premda nisu bili upoznati sa materijalnim činjenicama. Sud je više cijenio iskaze sakletvenika koji su uživali veći društveni ugled i status. Bilo je izraženo načelo kontradiktornosti postupka, s tim da su tada stranke sa sobom dovodile svoju rodbinu i prijatelje, koji bi nastojali da na razne načine ostave što jači utisak na sud i suprotnu stranu (galama, vika, plač...). Postepeno je sud preuzimao aktivniju ulogu i od stranaka se sve više tražila argumentacija dokaza koji bi bili odlučujući za donošenje presude, a koja je inače objavljivana bez obrazloženja na način da je sudija bez riječi, sliku istine koju je nosio oko vrata, prislanjao na čelo one strane u čiju je korist spor riješen¹⁶. Nema podataka o tome da li je presuda sadržavala pouku o pravnom lijeku. Egipćani su imali svoju Knjigu mrtvih u kojoj su nabrojana ponašanja koja su neprihvatljiva u njihovom društvu (ubistvo, prevara, krađa,

15 Vidjeti više Fikret Karčić, n.dj. str. 31-32

Dževad Drino, Komparativna pravna historija, Zenica, 2016., str. 44-48

16 Mustafa Imamović, Predavanja iz opće povijesti prava i političkih institucija, Sarajevo, 2005., str. 40.

preljub, silovanje i zlostavljanje)¹⁷. Stroge kazne su bile propisane za krađu, a ako se radilo o krađi iz vladarevog groba, bila je zapriječena smrtna kazna. Smrtnom kaznom se kažnjavala veleizdaja, inače u slučaju veleizdaje, odnosno zavjere protiv države, kažnjavao je ne samo neposredni krivac nego i čitava njegova porodica, a smrtnom kaznom se kažnjavalo i iznevjeravanje sudske funkcije. Ako se radilo o velikodostojnicima, smrtna kazna se izvršavala i mačem koji im je ostavljan da bi izvršili samoubistvo. Kao zločin je okarakterisano silovanje, ali nema dovoljno dokaza o tretiranju preljube, pretpostavlja se da je mogla biti smatrana za privatnu porodičnu stvar koja se trebala rješavati između supružnika. Neovlašten ulazak na zemljište i uvreda, smatrali su se prekršajem. Batinjanjem ili prinudnim radom kažnjavano je zlostavljanje, dok su sakupljači poreza i ostali činovnici koji su bili krivi za iznuđivanje, bivali prognani u udaljena mjesta, a mogli su biti kažnjeni i amputacijama (noseva, ušiju). U tako surove kazne koje su se nerijetko primjenjivale, inače spadaju i žigosanje, nabijanje na kolac. Zatvori su korišteni za držanje optuženog dok čeka suđenje, ili za izdržavanje kazne.

3. Prve Zapadne države u postupcima kažnjavanja

Što se tiče Zapadnih država, koje su mahom bile republike, smanjena uloga države je omogućavala nastanak političke strukture koju karakterišu elementi demokratizma. Premda su uglavnom pred kraj svog razvoja prelazile u monarhije, ovdje nikad nije zavladao grubi unitarizam i centralizam, što će, naravno uveliko uticati na karakteristike prava uopće, a samim tim i na procese kažnjavanja. Polis, koji je prvenstveno bio zajednica građana, bio je osnovni oblik političke organizacije kod starih Grka. Za polis se može reći da je posjedovao političku nezavisnost-autonomiju, i privrednu nezavisnost-autarhiju, svaki je samostalno uređivao svoju unutrašnju organizaciju, tako da su bili raznoliki, od demokratske Atine, do aristokratske Sparte¹⁸. Uglavnom se polis zasnivao na dva principa, *politeia*, kao skup organa koji osiguravaju njegovo funkcionisanje, i *namoi* - zakon koji određuje način konstituisanja i funkcionisanja¹⁹. Atina, koja je uvijek bila republika, do Solonovih reformi aristokratska, a od tada demokratska, bila je jedan od najvažnijih polisa u helenskom svijetu. Što se samog prava tiče, o njemu najvažnije saznajemo iz nepravničkih izvora, filozofskih, književnih, političko-historijskih, slabo imamo sačuvanih zakona i sudskih presuda. Može se reći da je atinsko pravo u biti bilo običajno, pa čak i kad se pojavljuje u obliku pisanih zakona. Zakoni su se donosili po posebnoj proceduri u Ekleziji-narodnoj skupštini, i nazivali su se *nomoi*, a oni koji su se donosili na ad hoc osnovi, dakle prema potrebi u datom trenutku, nazivaju se *psefizme*. Prvi zakoni su vezani za Drakona, a onda slijede Solonovi, pa Klistenovi itd. Država se dugo nije miješala u ona

¹⁷ Fikret Karčić, n.dj., str. 35-36

¹⁸ Blježe o tome Fikret Karčić n.dj., str.50., više o tome Šefko Kurtović, n.dj., str. 79-114

¹⁹ Isto

djela koja nisu direktno vrijeđala njene interese. Dugo su se još „protezali,, ostaci iz preddržavnog uređenja, koji su se postepeno povlačili i nestajali. Jedan od njih svakako je krvna osveta. Postepeno se ipak uvodi sistem obeštećenja, često su srodnici ubijenog sklapali sporazum s ubicom ili njegovim srođnicima o nadoknadi za izvršeno ubistvo. U slučaju da porodica ubijenog pokrene postupak kod suda, ubica je kažnjavao. Samo su srodnici imali pravo na privatnu „odmazdu,, i na nagodbu o naknadi štete, dok treći moraju predmet iznijeti pred sud. Krivac sve to može izbjeći dobrovoljnim izgnanstvom, to ga stavlja iznad atinskog prava i njegove zaštite. Ukoliko bi se takvo lice vratilo u Atinu, svako ga je mogao ubiti²⁰. Iako nisu imali posebnu pravnu granu koja bi odgovarala današnjem krivičnom pravu, Stari Atinjani su imali propise kojima su tretirali kažnjavanje ubistva, krađe, polnih prekršaja i povreda. Inače je sankcija bila dio morala, vjere kao ideologije. Inicijativa za gonjenje zbog povrede prava, ostavljena je savjesti i volji građana. Oštećeni je mogao umjesto suda izabrati vansudsko poravnanje odmazdom ili novčanom naknadom, ili privatnu arbitražu. Dakle, svako ko je smatrao da je oštećen radnjama, a to je moglo biti i ubistvo bližnjega, mogao je prema počiniocu poduzeti osvetu, tražiti imovinsku naknadu, ili tražiti presudu od suda. Inače je glava porodice uvijek istupala kao oštećeni za svoju ženu, djecu, robove, imovinu, stoku, a tako isto je glava porodice počinioca odgovarao za radnje članova svoje porodice, za svoje robove, odnosno štetu koju je prouzrokovala njegova imovina (stoka, životinje, stvari)²¹. Što se tiče krivičnih djela protiv ličnosti, ubrajaju se ubistvo, tjelesne povrede, uvrede, klevete, a od krivičnih djela protiv imovine, na prvom mjestu je krađa koja se najčešće kažnjavala nadoknadom dvostruke vrijednosti stvari, a u slučaju da je lopov uhvaćen u momentu izvršenja, mogao je biti ubijen. Ipak je i država sama u određenim slučajevima pokretala gonjenje, naravno to će biti djela uperene protiv postojećeg poretka, kao što su veleizdaja, obmana naroda, uvreda bogova, podnošenje protivzakonitih prijedloga u skupštini. Dakle i djela religioznog karaktera smatrana su djelima protiv države, vjera je imala državni karakter. Za krivična djela protiv porodice i morala, gonilo se i privatnom i javnom tužbom. Ovdje se kao krivična djela ubrajaju: nevjerstvo žene, podvođenje, otmica djevojke, surovo postupanje sa roditeljima i sl.²². Drakonovim propisima tretirano je krivično djelo ubistva. Prema tradiciji, ovaj mitski atinski zakonodavac, inspirisan bogovima, vlastitom krvlju je pisao prve gradske zakone. I danas se strogi zakoni nazivaju drakonskim, a njihova strogost potiče od činjenice što je njihovo tadašnje donošenje značilo oštar prekid sa rodovsko-plemenskom društvenom organizacijom, a ne što su sami po sebi bili surovi²³. Već se pridavao značaj voljnom elementu, poznavala se razlika između namjernog i nenamjernog ubistva, namjerno ubistvo se strogo kažnjavalo, vjerovalo se da

20 Raifa Festić, n.dj., str. 96.

21 Šefko Kurtović, n.dj., str. 113.

22 Sima Avramović, Vojislav Stanimirović, n.dj., str. 123

23 Mustafa Imamović, n.dj., str. 34.

Više o krivičnom pravu Atine, Dževad Drino n.dj., str. 94-96

namjerno ubistvo prouzrokuje onečišćenje koje zahvata cijelu zajednicu, pa je zato bilo potrebno da dođe do formalnog razrješenja da bi se postiglo religijsko očišćenje. Ipak, relativna strogost Drakonovih propisa, postepeno je ublažavana, mada se može reći da je krivično pravo antičke Grčke i dalje ostalo prilično strogo (Sokratu je bila izrečena smrtna kazna zbog bogohuljenja i bezbožništva)²⁴. Prema Solonovim zakonima, za silovanje je počinilac žrtvi plaćao novčanu kaznu u iznosu od 100 drahmi, a zanimljivo je da je zavođenje smatrano većim deliktom nego silovanje pošto je podrazumijevalo mentalnu varku i staratelj žrtve je imao pravo da ubije zavodnika koga je uhvatio na djelu, ili da ga muči, ili da ga pritvori i traži novčanu naknadu²⁵. Čuveni grčki filozofi, Aristotel i Platon, samo su se uzgredno, u svojim djelima, bavili krivičnopravnom problematikom. Međutim, ostale su poznate Platonove ideje o ciljevima i opravdanju kazne, o specijalnoj i generalnoj prevenciji kao svrsi kažnjavanja, o uzrocima kriminaliteta i osnovama krivične odgovornosti, te Aristotelove o osnovama krivične odgovornosti, prema kojima se krivična odgovornost zasniva na indeterminizmu, itd²⁶.

Što se tiče rimske pravne tradicije, pitanja krivične odgovornosti i načina kažnjavanja, propisana su u priličnoj mjeri već Zakonikom XII ploča iz 451. godine p. n. e., za brojna krivična djela je bila propisana smrtna kazna, propisana je i novčana kazna, a svakako predviđen princip *ius talionis*. Privatna osveta se protezala još i u carsko doba, ali je ipak bila ograničena talionskim principom, te mogućnošću novčane naknade. Kad su u pitanju javni delikti, i car je preuzimao sudsku vlast. I u periodu principata zadržana je smrtna kazna, pripadnici viših slojeva su kažnjavani protjerivanjem i to trajnog ili privremenog karaktera. Kazne su prije svega imale za cilj zastrašivanje, za niže slojeve propisivane su kazne mučenja, kao što su tjelesne kazne batinjanja, bičevanja, a javno su izvršavane. Predviđena je i kazna prisilnog rada, pogotovo u rudnicima. Međutim, mnogi rimski mislioci ustrajavali su sa zahtjevima ka prevenciji kao svrsi kažnjavanja (Seneka najizraženije), i njenom što humanijem i blažem izvršenju. Već je Zakonik XII ploča iz 451. godine p.n.e. ipak davao značaj voljnom elementu prilikom izvršenja krivičnog djela, postepeno se u rimsko pravo uvodi subjektivni elemenat krivnje, razlikuje se nehotično od svjesno učinjenog i namjernog ubistva, tako da je, recimo, za nehotično ubistvo bilo predviđeno samo da se izvrši ritualno žrtvovanje ovna, u takvom slučaju nije bila dozvoljena osveta. Ubistvom se smatralo samo ono koje je učinjeno namjerno i svjesno. Veliki napredak predstavlja i činjenica da je već ovaj Zakonik proglasio načelo legaliteta, pa makar samo u izvršavanju smrtna kazne, zabranjujući da se ona izvrši ako prethodno počinilac nije bio suđen²⁷.

24 Zvonimir Tomić, Krivično pravo I, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2008, str. 55.

25 Fikret Karčić, n.dj., str. 56.

26 Zvonimir Tomić, n.dj., str. 55.

27 Više o Zakoniku XII ploča: Marjan Horvat, Rimsko pravo, Školska Knjiga, Zagreb 1977, str. 19-21., Obrad Stanojević, Rimsko pravo, bosanskohercegovačko izdanje, redaktor Zdravko Lučić, str. 52-54, Zdravko Lučić, Mirela Šarac, Rimsko privatno pravo, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, 2006., 19-22

Premda se ne može reći da je u antičkoj rimskoj državi postojala sistematska obrada krivičnog prava, ipak, veliki značaj se pridavao krivičnom postupku, pa se smatra da su, između ostalog, iz bogate rimske riznice proistekle krivičnopravne ideje, kao što su „*in dubio pro reo*„- dakle u slučaju da sud ostaje u sumnji pri raspoloživim dokazima, da li je optuženi kriv ili ne, donosi se odluka u njegovu korist i počinilac se oslobađa, te „*ne bis in idem*„, prema kojoj se nekome ne može dva puta suditi za isto djelo²⁸.

4. Karakteristike krivičnog postupka u srednjovjekovnom periodu

Za feudalizam kao izrazito klasno društvo, karakteristična je i pravna neujednačenost, partikularizam i po teritorijalnom i po personalnom principu, u prvoj fazi razvoja feudalizma, u kojoj preovladava patrimonijalna država, u nekim zemljama je preovladavao personalni princip važenja prava, a u nekim opće pravo. Ovaj period je trajao od V do X vijeka. U drugoj etapi, koja je trajala od X do XII odnosno XV vijeka, i u kojoj preovladava staleško-predstavnička monarhija, teritorijalni princip potiskuje personalni princip važenja prava, dok će u trećoj fazi, sa apsolutističkom monarhijom kao dominirajućom, početi da preovladava opće pravo, na račun i jednog i drugog partikularizma, ova faza će trajati sve do XVIII vijeka i prvih buržoaskih revolucija. Već od V vijeka, na području nekadašnjeg rimskog carstva, razna germanska plemena stvaraju niz samostalnih germanskih država. Svako pleme, ili grupa plemena, sa sobom donose svoju tradiciju, kulturu i običaje, salijski Franci su se ponašali po jednom, ripuarski po drugom kodeksu, Burgundi po trećem, Vizigoti po četvrtom, da bi se olakšalo primjenjivanje različitih etničkih i plemenskih prava, pristupilo se kodifikovanju, nastali su razni zbornici od kojih je najznačajniji *Lex Salica*, koji je izdan u Francuskoj oko 500 godine. Postepeno se razvilo i opće kraljevsko pravo, koga su sačinjavali zakoni doneseni od strane kralja, tzv. Kapitularije, ustvari, naredbe franačkih vladara sa zakonskom snagom. Ovdje će se u barbarskim kodeksima, protezati oblici društvene reakcije na krivično djelo koji su postojali u predrđavnom uređenju, posebno krvna osveta, a pojavit će se i oblici otkupnine, kao što je „krvnina“ kod ubistva ili „mirovina“ kod lakših djela²⁹. Kralj već u prvoj fazi feudalizma, nastoji da se spriječi krvna osveta, da dođe do „umira krvi“ te da privatnu nagodbu o „cijeni krvi“, pretvori u javnu odštetu. Tako je kralj i davao značaj javnoj vlasti i preuzimao za sebe odštetu ili jedan njen dio, te je na taj način pokušavao da ojača državni autoritet. Postepeno je u državnu jurisdikciju u potpunosti uključena državna i crkvena organizacija, finansije te međunarodni odnosi, a došlo je i do recepcije rimskog prava, koje je kao pandektno pravo, sticajem društvenopolitičkih kretanja i okolnosti, ponovno postalo pozitivno i važno je na teritoriji cijele države. Recepcija rimskog prava doprinosi preciznijem

²⁸ Zvonimir Tomić, n.dj., str. 56.

²⁹ Više o tome: Mustafa Imamović, n.dj., str.70-74, Zvonimir Tomić, n.dj., str. 56-59

oblikovanju krivičnih djela, sve većim napuštanjem objektivne odgovornosti, i učvršćivanjem utvrđivanja krivice kao osnova odgovornosti. Međutim, s obzirom na precizno utvrđivanje kazne u ranijem periodu, partikularizam u ovom periodu doprinosi unošenju arbitrarnosti u određivanju kazne, što je dovodilo i do potpune neodređenosti koje su omogućavale samovolju i zloupotrebu. Ovakav odnos preme procesu određivanja kazne, provući će se sve do buržoaskog perioda. Kazne svakako nisu bile jednake za sve, nego su se određivale prema staleškoj pripadnosti počinioca. Kazne su bile grube, postupak primitivan, a gonjenje je zavisilo u mnogome od oblika državnog uređenja, odnosno od činjenice da li je postojala jaka centralna vlast ili je postojalo puno divergentnih faktora koji su vukli svaki na svoju stranu u procesima funkcionisanja države. Tako su u Njemačkoj, upravo zbog slabe centralne vlasti, delikti dugo zadržali privatnopravni karakter, vrlo malo je bilo djela za koje je država preuzimala gonjenje, nego je to ostalo u privatnoj sferi i prepušteno volji oštećene strane. Tako se razvilo takozvano pravo pesnice, na osnovu kojeg je oštećeni imao pravo da se sam štiti, i koje se, uprkos nastojanjima države, održalo sve do XVI stoljeća. Za razliku od Njemačke, u Francuskoj je već povreda prava pojedinca smatrana povredom društvenog poretka i javnog interesa, tako da je ipak država preuzela gonjenje po službenoj dužnosti, za većinu krivičnih djela. No, posebno je bitno da je došlo konačno do subjektiviziranja krivice, za odgovornost se trebala dokazati vinost počinioca, što, naravno još nije bilo u potpunosti poštovano niti dosljedno primjenjivano, šta više, u praksi su vođeni i postupci protiv životinja koje su nekome nanijele štetu ili povredu. Nažalost, nije se uzimala u obzir ni uračunljivost prilikom izvršenja krivičnog djela, pa su kažnjavana čak i djeca i duševno oboljele osobe. Još se i provlačila kolektivna odgovornost, odnosno, nije se u potpunosti, kod utvrđivanja krivice za određena krivična djela, poštovao princip individualne odgovornosti, pa su tako recimo, za djelo uvrede kralja, pored delikventa, odgovarala i njegova djeca. Francuski pravnik, legalist i prvi pravni teoretičar Philippe de Beaumanoir, izvršio je klasifikaciju krivičnih djela prema njihovoj težini na teška, srednja i lahka. Teška krivična djela su kažnjavana smrtnom kaznom, te sakaćenjem i drugim oblicima tjelesnih kazni, a kao teška, kvalifikovani su hereza, izdaja, ubistvo, silovanje, paljevina, razbojništvo, krađa i krivotvorenje novca. Srednje teška krivična djela, najčešće su kažnjavana globom ili zatvorom (tjelesna povreda, uvreda...), dok za lahka krivična djela nisu bile predviđene kazne, sudija, koji je inače imao, općenito, veliko diskreciono pravo, izricao ih je po vlastitom nahođenju. Ipak, u ovom periodu, odmazda je još uvijek svrha kažnjavanja, što se ogledalo i u činjenici da su se, u cilju zastrašivanja, kazne javno izvršavale. Inače, za određena krivična djela se smatralo da u sebi sadrže stupanj zle volje, a ukoliko je stupanj zle volje veći, odgovornost je veća, kompenzacija je veća, djelo ima veće svojstvo krivičnog, a ukoliko je djelo počinjeno slučajno ili iz nehata, odgovornost je bila blaža, odgovornost se dakle mogla stupnjevati³⁰. Kazna je zavisila i od toga da li počinitelj priznaje ili poriče djelo koje je dokazano, neka djela, kao što

30 Bliže o tome: Šefko Kurtović, n.dj., str.170.

je već spomenuto, sama po sebi uključuju zlu namjeru (krađa, pljačka, otmica, silovanje), a recimo, Salijski zakon spominje pokušaj namjeravanog (umišljajnog) ubistva, pljačke, krađe, zlonamjernog podmetanja ukradene stvari, dakle, već se elemenat volje uzima uveliko u obzir prilikom odlučivanja o kazni, s tim da, ipak, samo odsustvo volje, još ne isključuje odgovornost. Također, bitno je napomenuti da se kažnjavala i naknadna zla volja, s obzirom da postupci počinitelja nakon izvršenog djela, također, umnogome otkrivaju njegovu svijest ili moral. Ako je počinitelj htio prikriti ubistvo, kazna je prema Salijskom zakonu bila tri puta veća, s obzirom da je i „naknadno postupanje pokazivalo zločinačku ćud, a društvo se želi takvih riješiti”³¹. Dakle, i na ovaj način je očigledno da je voljni elemenat bio izuzetno bitan prilikom utvrđivanja krivice, sve zastupljeniji je princip subjektivne odgovornosti.

Inače, u periodu kasnog feudalizma, i njegovog postepenog raspadanja, nova buržoaska klasa primjenjuje posebna sredstva prema seljačkoj klasi da bi ostala bez zemlje i bila pretvorena u novu najamnu fabričku radnu snagu. U takvim društvenopolitičkim okolnostima, i katolička crkva nastoji da uz pomoć inkvizicionih metoda, spriječi uspostavljanje novog poretka na kapitalističkim proizvodnim odnosima i osnovama. Ovakav novonastali historijski ambijent, zahtijevao je i podvođenje pod odgovarajuće pravne norme, pa je tako proistekao i najznačajniji krivični zakonik srednjeg vijeka - Opći njemački krivični zakonik, iz 1532., za vrijeme vladavine njemačkog cara Karla V., koji je ostao poznat po latinskom nazivu *Constitutio Criminalis Carolina*. Premda u Zakoniku preovladavaju odredbe procesnog karaktera, Zakonik sadrži i materijalnopravne odredbe, opće institute, načelo krivnje, osnove isključenja protivpravnosti, suučesništvo, pokušaj, itd. Na običajnom pravu su se zasnivali opisi pojedinih krivičnih djela. Kako je već ranije spomenuta slaba centralna vlast u Njemačkoj i česta primjena instituta samopomoći, odnosno prava pesnice prilikom ostvarivanja prava određenog pojedinca, ovaj Zakonik je imao ogroman značaj i bio je prva svenjemačka kodifikacija krivičnog prava. Bio je poznat i po takozvanoj „salvatornoj klauzuli“, koja je omogućavala primjenu partikularnih prava, ako se odnose na pitanja koja nisu uređena Zakonikom, tako da sam Zakonik nije isključivao običajno pravo. Ovaj Zakonik je imao veliki uticaj na razvoj krivičnog prava, kao i na uopće razvoj evropskog krivičnog zakonodavstva³².

Dakle, za zadnji period razvoja feudalizma, možemo vezati arbitrarnost koja je omogućavala sudsku samovolju, te surovost kazni i njihovog načina izvršenja, s obzirom da je zastraživanje i represija bilo svrha kažnjavanja. Niz kazni se izvršavalo javno, sa sveprisutnim načinima mučenja i ponižavanja počinioca (batinja, bičevanja, vezivanja za stub srama, prisilni rad, protjerivanje iz određenog mjesta ili čak iz same države). Karakteristične su i inkvizicijske metode katoličke crkve, s obzirom da se u tom periodu moglo odgovarati čak i za „grešnu“ misao, jer je cilj kazne bilo izmirenje s bogom do kojeg može doći jedino priznanjem, makar

31 Isto

32 Zvonimir Tomić, n.dj., str. 58.

ono bilo iznuđeno i mučenjem³³. Dakle, ove osnovne karakteristike feudalnog krivičnog prava, prije svega izrazito klasni karakter, neujednačenost koja naravno dovodi do pravne nesigurnosti, znači izražen partikularizam i po teritorijalnom i po personalnom principu, arbitrarnost koja omogućava sudsku samovolju, surovost kazni i njihovog načina izvršenja zajedno sa inkvizicijskim metodama katoličke crkve kojima se trebala postići represija i zastraživanje, doprinijeli su činjenici da se feudalna društvenoekonomska formacija često naziva mračnjaštvom u historiji ljudskog roda.

5. Prosvjetitelji o postupku i vinosti

Era prosvjetiteljstva donosi oslobađajući uticaj i na intelektualni život i na dotadašnju vjersku uskogrudost, i na svjetovnu samovolju i opću društvenu organizaciju. Njene pristalice, vjerovala su da su u stanju da racionalno i valjano tretiraju sve društvenopolitičke probleme, i da će svojim kritičkim propitivanjem društvene tradicije i oslobađanjem ljudskog duha i uma, doći do rezultata u svim sferama društva. Smatrali su da se trebaju sačuvati i razvijati prirodna ljudska prava koja će omogućiti pravno osiguran položaj čovjeka i građanina. Naravno da je došlo i do kritike srednjovjekovnog krivičnog prava i buđenja ideja u pravcu njegove reforme. Poznata i istaknuta imena prosvjetiteljstva su Adam Smith, David Hume, Montesquieu, Voltaire, Rousseau, Marchese de Beccaria, Jeremy Bentham itd. Svojim poznatim djelom *O duhu zakona*, Montesquieu (Charles de Secondat Montesquie), kao pravnik-filozof i sociolog, razvio je teoriju diobe vlasti, i utemeljio, upravo radi onemogućavanja širenja moći nad ljudima, općeprihvaćenu i danas aktuelnu teoriju o trodiobi vlasti na zakonodavnu, sudsku i izvršnu³⁴. Zalagao se i za prevenciju kao svrhu kazne, smatrajući da je zločine bolje sprečavati nego za njih kažnjavati, te je isticao potrebu ka srazmjernosti između krivičnog djela i kazne i stupnjevanje odgovornost i kaznu prema težini zločina. Isticao je i potrebu odbacivanja torture u krivičnoj proceduri i ograničavanja primjene smrtne kazne. Veliki doprinos krivičnopravnim pitanjima, iako se njima nije direktno bavio, daje nam i Jean Jacques Rousseau, svojim djelom *O društvenom ugovoru*, propagira ideju o suverenosti naroda i jednakosti svih građana. Smatra da se društvenim ugovorom svaki pojedinac odrekao svog individualnog prava na odbranu u korist društvene zajednice. Država preuzima pravo na društvenu reakciju na osnovu ovlašćenja koja su na nju prenesena ugovorom, u slučaju izvršenja krivičnog djela. Ruso je nastojao da zaštiti pojedinca od državne svemoći, upravo ograničavajući prava države i njena ovlaštenja prema pojedincu, na mjeru predviđenu Ugovorom, odnosno, najmanju mjeru. Savremenik ove dvojice filozofa, Volter (Francois Voltaire), također, baveći se mnogobrojnim filozofskim pitanjima, daje doprinos

³³ Isto

³⁴ Fikret Karčić, *Moderne pravne kodifikacije, predavanja i zakonski tekstovi*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2006., str. 19-20

i krivičnopravnoj problematici. Bio je oštar kritičar pravosudnih zabluda svoga vremena i također oštar kritičar vjerske netolerancije i mračnjaštva, protivnik okrutnih i javnih kazni, ističući da one samo povećavaju kriminalitet. Napadao je i inkvizitorske postupke katoličke crkve, torturu kao sredstvo za dobivanje priznanja, te se zalagao za primjenu smrtne kazne samo u izuzetnim slučajevima, ukazivao je na ogroman značaj rehabilitacije nekih osuđenika, u nekim sudskim procesima je aktivno interevenisao te čak i uspio pojedinim dokazat nevinost. Ovim francuskim prosvjetiteljima možemo priključiti i italijana Ćezara Bekariju (Cezare Becaria) koji također, u XVIII vijeku objavljuje knjigu O zločincima i kaznama, u kojoj napada krivičnopravne institute i pravosuđe feudalno-apsolutističke monarhije. Knjiga je izazvala senzacionalističke i oprečne reakcije, od oduševljena do oštih kritika pristalica tradicionalnog krivičnog prava. Bekarija je doprinio radikalnoj reformi tadašnjeg krivičnog prava, utičući na tekovine i reforme nakon francuske buržoaske revolucije, smatra se da je postavio temelje savremenom krivičnom pravu³⁵. Slično Rusou, Bekarije polazi od koncepcije društvenog ugovora i smatra da država ima pravo na represiju, ali ta represija mora biti ograničena i treba se strogo poštovati načelo zakonitosti u krivičnom postupku. Ukazuje na nužnost postojanja diobe vlasti, te na nužnost srazmjernosti kazne i zločina. Zalagao se protiv izricanja smrtne kazne, smatrajući je potpuno protivnu razumu i pravednosti i nelogičnom, jer država njenim izricanjem primjenjuje ubistvo radi kažnjavanja za ubistvo. Ističe ideju prevencije kao svrhe kažnjavanja, smatrajući da se kazna ne primjenjuje radi učinjenog djela, nego da se djelo ne bi izvršilo u budućnosti, te da se drugi suzdrže od činjenja krivičnih djela. Dakle, to su ideje specijalne i generalne prevencije. Također, Bekarija se zalagao za ograničenje pritvora, javnost krivičnog postupka, kaznu predviđenu zakonom i primjerenu težini krivičnog djela, a smatrao je da se tortura mora u potpunosti odbaciti. Ubrzo mnoge od ovih ideja potiču kodifikatorski rad i uvrštavaju se u krivične zakonike, toskanski Krivični zakonik iz 1786., austrijski Krivični zakonik iz 1787., u kojem je napuštena smrtna kazna i sve tjelesne kazne sakaćenja, pruski Krivični zakonik iz 1794., kojim su ukinute torture kao i ublažene kazne, inače, te francuski Krivični zakonik iz 1791., u kojem su najšire prihvaćene Bekarijeve ideje. Ovaj zakonik je, prvi put u historiji, podjelio sadržaj na dva djela, koji će kasnije biti označeni kao opšti i posebni dio. U prvom djelu se izlažu opšte odredbe o kaznama, povratu, uticaju uzrasta na vrstu i visinu kazne, o zastarjelosti, o rehabilitaciji. U drugi dio su greškom ušle načelne odredbe o saučesništvu. Krivična djela su podjeljena na krivična djela protiv javnih interesa (protiv bezbjednosti, protiv ustava, protiv autoriteta vlasti, protiv službene dužnosti i protiv javne svojine) i krivična djela protiv ličnosti i svojine. Ukinuta su feudalna i vjerski obilježena krivična djela koja su se odnosila na vradžbine i magije. U Zakonik je uvedena i nova kazna, kazna lišenja građanskih prava. Zbog njegove nedjelotvornosti u pravnom životu, Zakonik je postao predmet kritike, te je dopunjavan novim propisima, a zanimljivo je da je ovim Zakonikom ukinuta kazna doživotnog lišenja slobode, tjelesne kazne,

35 Isto, str. 61.

kazne konfiskacije imovine, te kvalificirane smrtne kazne, tako da se smrtna kazna radi skraćivanja muka izvršavala jedino giljotiniranjem. Što se tiče daljnjeg uticaja filozofa na krivičnopravne institute i krivični postupak, treba spomenuti Emanuela Kanta (Immanuel Kant) i Fridriha Hegela (Georg Wilhelm Friedrich Hegel) koji su svoju misao izgradili na reakcionarnom stavu njemačke feudalne aristokracije. Za razliku od progresivnih stavova svojih ranije spomenutih savremenika, ovi filozofi su nastojali da ožive neka shvatanja koja su već bila uveliko prevaziđena, snažno brane tezu prema kojoj kazna isključivo ima karakter odmazde ili osvete za učinjeni zločin. Ovim idejama su uveliko korigovane Bentamove (Jeremy Bentham) utilitarne ideje. Naime, prihvatajući načelo korisnosti kazne, sve su određivane strožije i strožije kazne, kako bi one svojom oštrinom djelovale što više zastrašujuće. Međutim, ipak na taj način nije došlo do suzbijanja kriminaliteta, pa su ustvari dobro došle ideje o apsolutnoj pravednosti, odnosno nastojanje da se težina kazne određuje prema težini učinjenog djela. Primjenom ovih ideja došlo je do izmjena u Napoleonovom krivičnom zakoniku iz 1832., što je uticalo na znatna ublažavanja kazni i usvajanja olakšavajućih okolnosti prilikom utvrđivanja odgovornosti. Tako se i dalje nastavlja konfrontacija principa odmazde i principa korisnosti kazne.

6. Progresivne ideje Francuske buržoaske revolucije

Francuskom buržoaskom revolucijom iz 1789., i njenom. Deklaracijom o pravima čovjeka i građanina, usvojenom 26. avgusta 1789., prije svega se proklamuju osnovna ljudska prava, kao što su sloboda, svojina, sigurnost i otpor ugnjetavanju i iz kojih će proisteći i niz načela od velikog značaja za procese kažnjavanj i utvrđivanja odgovornosti počinioca krivičnog djela. Deklaracija se upravo zasnivala na idejama već spomenute prosvjetiteljske filozofije te revolucionarne kritike XVIII stoljeća. Već u prvom članu se ističe da se ljudi rađaju slobodni i jednaki u pravima, te da društvene razlike mogu biti osnovane samo u općem interesu. Deklaracija je inače prvi akt ove vrste na evropskom kontinentu koji je raskinuo sa starim režimom, i u kojem su proklamovana osnovna načela budućeg društveno-ekonomskog uređenja i ustavnog poretka. Ističe se da je sloboda pravo ne činiti sve ono što može štetiti drugom, a granice slobode su određene zakonom, te se proglašava sloboda uvjerenja, naročito religijskih, sloboda riječi i štampe. Ustanovljava se i jednakost pred zakonom, te se proklamuje princip suverenosti. Međutim, sa stanovišta ovog istraživanja, posebno treba istaći činjenicu da se u jednom historijskom političkom dokumentu prvi put precizno izražava načelo zakonitosti u krivičnom pravu, kao važna garancija od dotadašnje arbitrarnosti i samovolje. Načelom legaliteta se, po principu *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*, predviđa da niko ne može biti kažnjen za djelo koje nije zakonom predviđeno kao krivično, niti može biti kažnjen kaznom koja nije zakonom predviđena kao kazna za baš to

krivično djelo. Također se predviđa i presumpcija nevinosti, dakle da se svaki pojedinac smatra nevinim dok se pravosnažnom sudskom presudom ne dokaže njegova krivica. Istaknuto je da kazna treba biti srazmjerna učinjenom djelu, da može biti samo lična, te da smrtna kazna ne smije predstavljati mučenje. Nakon Deklaracije, koja je imala veliki uticaj na krivično zakonodavstvo, donosi se niz zakonodavnih akata kojima se pokušava unaprijediti ostvarivanje ljudskih prava u procesima kažnjavanja. Prethodno je već spomenut Zakonik iz 1791., zatim se objavljuje Krivični zakonik od 20. februara 1810., koji je također imao veliki uticaj na evropsko krivično pravo XIX vijeka, a inače, premda je u znatnoj mjeri preuzeo rješenja Zakonika iz 1791., ovaj, Napoleonov zakonik, ipak napušta neka radikalna rješenja iz revolucionarnog kodeksa iz 1791., te se u jednom djelu vraća na pozicije apsolutističkog krivičnog prava. Ovdje se prepliću, uz, dakle, očigledno odstupanje od prosvjetiteljskog humanitarizma, ideje o moralističkoj strogosti i utilitarističkoj želji za zastrašivanjem. I na ovaj Zakonik su naročito imale uticaj ideje već spomenutog engleskog filozofa Bentama, i to posebno njegova shvatanja da kazna mora biti takva da „učinitelj ima više interesa da krivično djelo ne učini, nego da ga učini“³⁶. Neke kazne koje su bile ukinute Zakonikom iz 1791., vraćene su (kvalificirana smrtna kazna), došlo je i do pooštavanja određenih kazni, a naročito je bitno istaknuti da neki opći instituti krivičnog prava, koji su od posebnog značaja za utvrđivanje krivične odgovornosti, nisu uopće bili razrađeni (odredbe o umišljaju i nehatu, zabluda, krajnja nužda...), neki su opet bili predviđeni samo u posebnom dijelu kod nekih krivičnih djela, pa su se onda analogijom proširivali na druga krivična djela³⁷. Nakon ovog Zakonika, XIX vijek nam donosi još niz značajnih krivičnih kodeksa, bavorski Kazneni zakonik iz 1813., pruski Kazneni zakonik iz 1851., austrijski Kazneni zakonik od 1852. godine. Koliki god doprinos da nam ovi zakonici donose u procesima i pokušajima što potpunijeg ostvarivanja ljudskih prava u postupku utvrđivanja odgovornosti i kažnjavanja, moramo istaći izrazito naglašenu objektivizaciju u krivičnom pravu, kao svojevrsan odgovor na dotadašnje pretjerano arbitrarno kažnjavanje koje je omogućavalo sudsku samovolju, s obzirom da se krivično djelo, a posebno njegov počinilac, posmatraju isuviše apstraktno, izvan stvarnog života. Inače je moderni sistem prava zasnovan na opštim, apstraktnim i bezličnim pravnim pravilima, sa generalnim i uopštenim karakterom pravnih normi.

Zaključne napomene

U ranom periodu svjetske historije, sankcije su imale isključivo cilj odmazde, dakle u tolikoj mjeri zastrašiti i kazniti, da se ni počinilac ni iko drugi ne usudi ponovo izvršiti nedopušteno djelo. Kako utvrditi da je neko odgovoran i da je zaslužio kaznu, naravno zavisilo je od nivoa razvoja društva i društvene zajednice

³⁶ Isto, str. 66.

³⁷ Isto, str. 67.

u okviru koje je došlo do izvršenja djela. Smatralo se kao imperativ apsolutne pravde da se i počinocu nanese zlo zbog učinjenog djela, a tek prilično kasno, dakle početkom XVIII vijeka, uočena je potreba za prevencijom i poslije i za resocijalizacijom. U predrđavnom uređenju postojala je samo privatna reakcija, ili privatna pravda, koja je u osnovi bila kolektivna, jer je pored pojedinca pogađala i cijelu socijalnu grupu kojoj je pripadao. Za ovakvu privatnu reakciju, tipična je bila krvna osveta, a pojedinac iz vlastite grupe, kažnjavao se najčešće izopćenjem iz plemena, dakle, za to vrijeme, kao da je kažnjen smrtnom kaznom. Postepeno se prešlo na sistem kompozicije, kao načina obeštećenja oštećene strane. Nastankom prvih državnih oblika, javlja se i javna reakcija na zabranjeno ponašanje. Smatra se da se Hamurabijevim zakonikom počinje primjenjivati princip *ius talionis*, prilikom kažnjavanja se nije smjela preći mjera zla koje je ostvareno zločinom, dakle, ipak se radi o određenom obliku ublažavanja prvobitne privatne reakcije kao neograničene osvete. Krvna osveta koja je bila svojstvena gentilnoj društvenoj organizaciji, sve se više mijenja kaznama ili globama u korist države ili sve češće u korist srodnika oštećenog. Ne uzima se u obzir subjektivni odnos počinioa prema djelu, nego se samo po talijonskom principu kažnjava objektivno zlo. Zadržava se kolektivna odgovornost za krivična djela protiv države, pa se u tim slučajevima kažnjava ne samo počinilac nego i cijela njegova porodica. U prvim državama Starog Istoka, nisu bili izdiferencirani građanski i krivični postupak, a samo procesno pravo se uglavnom zasnivalo na samopomoći. U procesu dokazivanja i utvrđivanja krivice, koristili su se i racionalni i iracionalni dokazi, kao što su božiji sudovi - *ordalijske*, a kao dokazno sredstvo primjenjivalo se i priznanje iznuđeno mučenjem, koje su Stari Egipćani vrlo istrajno podnosili. Postepeno se počinje razlikovati i voljni elemenat prilikom izvršenja djela, tako se recimo u Atini izdvaja namjerno ubistvo koje je kažnjavano smrću ili gubitkom imovine, a smatralo se da to djelo prouzrokuje onečišćenje cijele zajednice. I čuveni Zakonik XII ploča iz 451. godine pr.n.e. već naglašava razliku između nehata i namjernog ubistva, u rimskom pravu, dakle uočava se postepeno subjektivni elemenat krivnje i ističe da se za nehotično ubistvo treba samo izvršiti ritualno žrtvovanje ovna, u takvom slučaju osveta nije bila dopuštena. Veliki je napredak bio i što se Zakonikom proglasilo načelo legaliteta u izvršavanju smrtne kazne, pa je tako zabranjeno da se smrću kazni neko kome prethodno nije suđeno. Koliko god da rimsko pravo nije sistemski obrađivalo materiju krivičnog prava, ipak se smatra da su upravo kao tekovine bogate rimske pravne riznice, općeprihvaćene ideje krivičnog procesa, *in dubio pro reo* i *ne bis in idem*. Što se tiče srednjovjekovlja, izrazita je bila nejednakost u sistemu kažnjavanja. Tamo gdje nije bila jaka centralna vlast, delikti su dugo zadržali privatnopravni karakter po kojem se gonjenje okrivljenog smatralo ličnom stvari oštećenog. Kazne su bile izuzetno grube, postupak kažnjavanja primitivan, svrha kazne je bila odmazda, a u cilju zastrašivanja, kazne su se obično javno izvršavale, počinilac je bio izložen stubu srama. Ponegdje, kao što je to bilo u Francuskoj, naziru se elementi subjektivne odgovornosti i utvrđivanja vinosti počinioa. Buržoasko revolucije će donijeti nove

ideje i promjene u odnosu na srednjovjekovno mračnjaštvo. Čuvena Deklaracija o pravima čovjeka i građanina, iznjedrena iz francuske buržoaske revolucije 1789., proklamuje niz načela koja se tiču i načina utvrđivanja krivične odgovornosti i kažnjavanja, a koja su proistekla iz osnovnih prirodnih i neotuđivih prava čovjeka, kao što su pravo na slobodu, svojinu, sigurnost i otpor ugnjetavanju. Proklamuje se i načelo legaliteta i presumpcija nevinosti. Zakonik koji će ubrzo uslijediti ističe i proporcionalnost između težine kazne i težine krivičnog djela. Kazne su propisivane u apsolutno određenoj visini, što nije ostavljalo mjesta sudskoj ocjeni prilikom određivanja kazne. Svojina je bila zaštićena surovijim mjerama nego ličnost. Prosvjetitelji propagiraju obnovu nauke na racionalnim osnovama, vladavini razuma i konceptu prirodnih prava čovjeka, kritikuju srednjovjekovno krivično pravo, naglašavaju značaj načela zakonitosti i zahtijevaju ograničavanje sudijske samovolje. Engleski filozof Bentam ističe da kazna mora biti takva da počinitelj ima više interesa da krivično djelo ne učini, nego da ga učini. Pokušaj se kažnjavao kao i dovršeno djelo, a saučesnici kao počinitelji. Da bi se odredila vinost, ipak su nedostajale odredbe o umišljaju i nehatu, o zabludi, krajnjoj nuždi i nužnoj odbrani. Za evropsko krivično pravo devetnaestog vijeka, karakteristično je da se krivično djelo, a posebno počinalac, posmatraju prilično apstraktno, pošto se uzima da su sva krivična djela koja imaju ista obilježja, jednaka, i da počinioce treba kazniti istim kaznama, što dovodi do generalizacije i objektivizacije u krivičnom pravu. No, kako god, kroz iscrpljujuću čovjekovu historiju, od ordalija pa do postignutih mogućnosti za određivanje vinosti, mnogi ljudi su nevini kažnjeni, hiljade žena spaljene kao vještice, mnogi raskošni umovi završili na lomači, djeca pogubljena sa svojim očevima..., dakle, historija upozorava čovječanstvo i ostavlja mu konstantan zadatak da se bori i izbori, u procesima ostvarivanja ljudskih prava i krivičnog kažnjavanja, za pravično suđenje, potpunu individualizaciju kazne i njeno što humanije izvršenje.

Literatura:

1. Avramović, Sima, Stanimirović, Vojislav, *Uporedna pravna tradicija*, Službeni glasnik, Beograd 2009.
2. Drino, Dževad, *Komparativna pravna historija*, vlastito autorsko izdanje, Zenica, 2016.
3. Festić, Raifa, *Stari kodeksi*, Magistrat, Sarajevo, 1998.
4. Festić, Raifa, *Opća historija države i prava*, Studentska štamparija Sarajevo, Sarajevo, 1998.
5. Horvat, Marjan, *Rimsko pravo*, Školska knjiga, Zagreb, 1977.
6. Imamović, Mustafa, *Predavanja iz opće povijesti prava i političkih institucija*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2005.
7. Kale, Eduard, *Povijest civilizacija*, Školska knjiga, Zagreb, 1991.

8. Karčić, Fikret, *Pravni tekstovi*, „Štamparija Fojnica“ d.o.o. Fojnica, Sarajevo, 2004.
9. Karčić, Fikret, *Moderne pravne kodifikacije, predavanja i zakonski tekstovi*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2006.
10. Karčić, Fikret, *Komparativna pravna historija, drugo dopunjeno i izmijenjeno izdanje*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2012.
11. Kurtović, Šefko, *Opća povijest prava i države*, autor i Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 1994.
12. Konstatinović, Slobodanka, Vilić- Kostić Miomira, *Penologija*, SVEN, Niš, 2011.
13. Lučić, Zdravko, Šarac, Mirela, *Rimsko privatno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2006.
14. Margetić, Lujo, *Opća povijest prava i države*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 1983.
15. Mousourakis, George, *The Historical and Institutional Context of Roman Law*, Laws of The Nations Series, Routledge, 2003.
16. Nikolić Dragan, *Istorija prava stari i srednji vek*, SVEN, Niš, 2011.
17. Nikolić Dragan, *Fragmenti pravne istorije*, SVEN, Niš, 1997.
18. Ostrogorski, Georgije, *Istorija Vizantije*, Prosveta, Beograd, 1983.
19. Padoa-Schioppa, Antonio, *A History of Law in Europe: From the Early Middle Ages to the Twentieth Century*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.
20. Samardžić, Đorđo, *Opšta istorija države i prava*, Univerzitet u Sarajevu, Sarajevo, 1978.
21. Schiller, A. Arthur, *Roman law: mechanisms of development*, Walter de Gruyter, The Hague – Paris – New York, 1978.
22. Slavnić, Ljubica, *Istorija pravnih institucija*, Alfa-Graf NS, Novi Sad, 2008.
23. Stanojević, Obrad, *Rimsko pravo*, Magistrat, Sarajevo, 2000.
24. Stein, Peter, *Rimsko pravo i Europa – Povijest jedne pravne kulture*, Golden marketing – Tehnička knjiga, Zagreb, 2007.
25. Tomić, Zvonimir, *Krivično pravo I*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, 2008.

Dr. sc. Amra Mahmutagić, associate professor

Faculty of Law, University „Džemal Bijedić“ in Mostar

Dr. sc. Ivona Šego – Marić, associate professor

Faculty of Law, University of Mostar

FROM ORDEALS TO GUILT - THE EVOLUTION OF THE REALIZATION OF HUMAN RIGHTS IN THE PROCESS OF PUNISHMENT

Summary: Since prehistoric times, there has been a need for human society to punish the perpetrator in some way. What will be the type of community response to delinquent actions, of course, depended on the level of development of the society in which the act was committed. The paper tries to give an analysis of the gradual evolution in the processes of punishment, starting with unlimited blood feuds, through its narrowing to members of the offender's immediate family, or his personality, and the *ius talionis* system, the system of redemption. guilt is established and punished only by the one who is guilty and only by the punishment appropriate to his guilt. In the first forms of state, evidence was widely used which, from the point of view of common sense, could not contribute to establishing material truth, ie irrational evidence, most often it was ordained God's judgments, so that rational evidence gradually prevailed and subjective elements of guilt were established. Through various socio-economic formations, gradually, with the constantly expressed class in the system of punishment, in addition to revenge, there is also general and special prevention as the very purpose of punishment. The system of strict liability is also being abandoned, and more and more attention is being paid to intent and negligence, delusion, extreme necessity and necessary defense, in order to improve the system of individualization of punishment and determination of delinquent guilt.

Throughout history, numerous regulations and laws have tried to determine the responsibility of the individual as well as the appropriate punishment for the act, but, ultimately, it all depended on the current socio-political circumstances and the constellation of relations in the system of separation of powers.

Keywords: irrational and rational evidence, retaliation, responsibility, guilt, criminal procedure, class of law